

Tomasz Bekrycht

Prawo pozytywne – faktyczność i obowiązywanie – przemoc i przymus

I.

Tytuł niniejszego artykułu nawiązuje do jednej z najważniejszych książek filozoficznoprawnych współczesnego prawoznawstwa, a użycie go (tu w formie parafrazy) nie oznacza, że w poniższych partiach tego artykułu będzie miało miejsce omówienie jej treści, czy też nastąpi jej krytyka lub polemika. Przywołanie tego zwrotu ma zupełnie inne powody. Po pierwsze książka Jürgena Habermasa¹ stanowiła istotną inspirację dla dokonywanych przeze mnie wysiłków intelektualnych, które w ostatnich latach polegały na próbie przebadania zagadnień tradycyjnie zaliczanych do zakresu fundamentalnych pytań nie tylko w obszarze samej teorii i filozofii prawa, ale w ogóle w szeroko rozumianej intelektualnej aktywności człowieka, którą nazywamy filozofią – głównie w kwestiach zagadnień ontologicznych (i to przede wszystkim w stosunku do prawa). Już od wielu lat podejmuję próby uporządkowania aparatu pojęciowego stanowiącego narzędzie analiz pojęcia prawa, ale w stosunku do niektórych rozwiązań można byłoby przytoczyć słowa innego wybitnego współczesnego filozofa (Ernsta Tugendhata) tj., że w niektórych obszarach cały czas ponoszę klęskę, a każdą kolejną próbę podejmuję w tym miejscu, w którym utknęła poprzednia². Oczywiście słów o ponoszeniu klęski nie należy tu traktować do-

¹ Habermas Jürgen. 2005. *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Przeł. Romaniuk Adam, Marszałek Robert. Warszawa: Scholar.

² Tugendhat Ernst. 2004. *Wykłady o etyce*. Przeł. Sidorek Janusz. 3. Warszawa: Oficyna Naukowa. E. Tugendhat od wielu lat stara się sprostac zadaniu polegajacemu na uporządkowaniu zagadnień dotyczących fundamentalnych pytań etyki.

słownie, ale bardziej emocjonalnie, gdyż biorąc pod uwagę dziedzinę wiedzy jaką jest filozofia prawa to „ponoszenie klęski” nie powinno napawać pesymizmem – bo w końcu na tym polega specyfika myślenia filozoficznego, tj. że podejmuje się ono zagadnień najtrudniejszych (fundamentalnych, metaprawnych), co chroni tym samym prawoznawstwo przed dogmatami i ideologiami³. A zatem przytaczając słowa E. Tugendhata głównie chodzi mi o to, że rezultaty poznawcze pojawiające się w ramach filozofii prawa wymagają jeszcze wielu analiz.

Po drugie, Habermas w powoływanej pracy zawarł wiele niezwykle trafnych spostrzeżeń, które pozwoliły mi na nowo rozwiązać interesujące mnie zagadnienia w sposób – przynajmniej w mojej ocenie – lepszy czy poprawniejszy, co nie znaczy, że ostateczny, bo przecież, jak podkreśla za Sokratesem, Platonem i Arystotelesem kolejna wybitna postać myślenia filozoficznego – Hannah Arendt: ostateczna prawda nie mieści się w słowach, ale w zdziwieniu i pytaniach ostatecznych, na które już nie można odpowiedzieć, tym niemniej, należy je podejmować i próbować się z nimi zmierzyć⁴. Oczywiście zdaję sobie sprawę, że nie uczynię z filozofii prawa, tak jak chciał tego Edmund Husserl, nauki ścisłej⁵, bo przecież

wśród problemów formułowanych przez człowieka szczególną rolę w jego życiu odgrywają te, które nie dają się w pełni rozwiązać, lecz których cechą jest „konieczność rozwiązywania”⁶.

Ostatnią podjętą przeze mnie próbą uporania się z uporządkowaniem aparatu pojęciowego fundamentalnych zagadnień w stosunku do prawa, czyli jego ontologii, metafizyki i epistemologii była praca *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnieniu istnienia prawa*⁷. Od jej ukazania znów niektóre kwe-

³ Charakterystyczna ogólność wypowiedzi filozoficznych odróżniająca je od twierdzeń naukowych wywodzi się z początków conceptualnego myślenia, tj. ze zdziwienia i zadawania pytań ostatecznych, czyli esencjalnych, np. co to jest prawo? Wszystkie takie pytania – jak to ciekawie ujęła Hannah Arendt – „[...] łączy to, że nie da się na nie odpowiedzieć w sposób naukowy”. Arendt Hannah (b.r.w.). *Polityka jako obietnica*. Przeł. Majej Wojciech, Godyń Mieczysław. Warszawa: Prószyński i S-ka.

⁴ Ibidem. 67-71.

⁵ Husserl Edmund. 1992. *Filozofia jako ścisła nauka*. Przeł. Galewicz Włodzimierz. Warszawa: Aletheia.

⁶ Szulakiewicz Marek. 2006. *Dialog i metafizyka*. 32. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.

⁷ Bekrycht Tomasz. 2015. *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obo-*

ście wymagają – w mojej ocenie – ułożenia „na nowo”, z tego względu, że albo nie były w ogóle podjęte, albo jedynie zaznaczone na tle innej problematyki i tym samym opracowane w ten sposób, że mogą prowadzić do wieloznaczności.

W związku z tym w niniejszym artykule zarysuję problematykę ściśle związaną z analizą klasycznego w filozofii prawa problemu wzajemnej relacji prawa i moralności, co pozwoli mi precyzyjnie nakreślić pojęcie prawa z perspektywy jego potencjalnego związku definicyjnego z pojęciem przymusu i przemocy.

Impulsem do ponownego podjęcia tych zagadnień była lektura niewielkiego, ale bardzo inspirującego tekstu Ulricha Steinvortha o pojęci sprawiedliwości⁸.

II.

U. Steinvorth w krótkim i przeglądowym zarysie zagadnienia związanego z pojęciem sprawiedliwości postawił kilka pytań, których problematyka pozwoli mi w jakimś stopniu rozwinąć wspomniane powyżej zagadnienia. Dla filozofii prawa są to jedne z tych pytań, które można zaliczyć do najbardziej fundamentalnych w stosunku do przedmiotu analiz tej dziedziny prawoznawstwa. Steinvorth wychodzi od zarysowania dychotomii pojęć sprawiedliwości i moralności, powołując się najpierw na platońskie i arystotelesowskie analizy tych pojęć, które dostrzegają szczególną (dualną) pozycję sprawiedliwości w teorii cnót, a następnie wskazuje, że rozumienie pojęcia sprawiedliwości zostało oddzielone od pojęcia moralności i – można powiedzieć metaforycznie – wchłonięte w zagadnienia dotyczące problematyki prawa. Następnie Steinvorth podkreśla, że w szczególności w kantowskiej koncepcji pojęcia prawa i moralności prawo utożsamia się z ideą sprawiedliwości. Tym samym wskazuje – cytując Kanta – że

„[...] naruszenie albo groźba naruszenia reguły, która określa sprawiedliwe działanie – bądź jednostki, bądź to grupy czy instytucji – daje wszystkim albo

wiązywaniu i uzasadnieniu istnienia prawa. Seria Wydawnicza „Jurysprudencja” (6). Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

⁸ Steinvorth Ulrich. 1995. *Sprawiedliwość*. W *Filozofia. Podstawowe pytania*. 335-378. red. Martens Ekkehard, Schnädelbach Herbert. tł. Krzemieniowa Krysztyna. Warszawa: Wiedza Powszechna.

określonym jednostkom prawo zmuszania do zachowania reguł; naruszenie reguły moralności w sensie węższym nie daje tego rodzaju prawa⁹.

W tej interpretacji głównie chodzi o to, że pojęcie sprawiedliwość jest silniej związane z pojęciem prawa niż moralności, a przez to reguły działania, które wynikają z pojęcia sprawiedliwości mogą być tym samym wymuszone (zrealizowane przemocą) – natomiast w przypadku reguł moralnych taka możliwość się nie pojawia.

Pomijam tu ocenę poprawności zarysowanej przez Steinvortha interpretacji wzajemnej relacji wyżej wskazanych pojęć, tj. sprawiedliwości, moralności i prawa, gdyż na podstawie tak syntetycznie ujętego tekstu nie można w sposób uprawniony tego dokonać. Moim zdaniem lepiej byłoby jednak ująć zagadnienie wzajemnego rozumienia triady pojęć: sprawiedliwość – moralność – prawo w ten sposób, że na sprawiedliwość spojrzy się jako na wartość, która (jako wartość właśnie) domagając się swojej realizacji może być urzeczywistniana w porządku prawnym lub moralnym, czy też – innymi słowy – za pomocą normatywnych porządków prawa i moralności, a ten pierwszy może czynić to również stosując przemoc. Można byłoby też – w mojej ocenie – ująć sprawiedliwość jako wartość moralną i przyjąć, że może się ona realizować również za pomocą norm prawnych. Nota bene zauważa to również Steinvorth, gdy dodaje, że

[t]rzeba jednak uświadomić sobie, że w mowie potocznej posługujemy się często pojęciem sprawiedliwości także i wtedy, gdy nie zakładamy wymuszalności czy podlegania sankcjom w odniesieniu do tego, co nazywamy prawem¹⁰.

Które z tych ujęć poprawnie porządkuje tę relację i czy w ogóle jest to uzasadnione twierdzenie zamierzam poddać weryfikacji¹¹. Niemniej przyjmuję na razie na próbę wszystkie te modyfikacje jako operatywnie pożyteczne dla problematyki, którą chcę tu podnieść, tj. legitymizacji prawa, jako upoważnienia do przymuszania.

Następnie zarysowuje Steinvorth historię zmagania związaną z problematyką zagadnienia sprawiedliwości kończąc tę część swoich rozważań pytaniem, które z kolei ja traktuję jako punkt wyjścia, tj. „[...] dlaczego w ogóle należy akceptować reguły sprawiedliwości, a wraz z nimi przymus, do którego one uprawniają”¹². Biorąc pod uwagę

⁹ Ibidem. 337.

¹⁰ Ibidem. 339.

¹¹ Używając zwrotu „poprawnie porządkuje tę relację”, mam na myśli z jednej strony konieczność analizy samych tych pojęć, z drugiej zaś wzajemnej ich relacji.

¹² Steinvorth, op. cit., 362.

interpretację mówiącą o ścisłym związku pojęcia sprawiedliwości z pojęciem prawa, można to pytanie zmodyfikować i nadać mu następującą treść: dlaczego w ogóle należy akceptować (przyjąć) istnienie prawa, a wraz z nim przymusu, do którego upoważniają jego normy oraz przymusu (a nawet przemocy), który czasami jest potrzebny do urzeczywistnienia ich treści? A tym samym dlaczego nie wystarcza nam samo pojęcie moralności i ewentualne dążenie do wypracowania takiego systemu normatywnego (takich reguł), które by skutkowały realizacją tychże norm?

W mojej ocenie w przypadku namysłu filozoficznego nad fundamentalnymi zagadnieniami dotyczącymi rzeczywistości prawnej i moralnej znajdujemy się w sytuacji szczególnie paradoksalnej, tj. z jednej strony nie możemy obyć się bez pojęcia moralności (mogą o tym świadczyć wielowiekowe zmagania z próbami skonceptualizowania zagadnienia moralności i treści jej norm), z drugiej zaś nie tylko nie przestrzegamy wielu norm moralnych w życiu codziennym, ale co więcej możemy bez większego problemu powiedzieć, że na poziomie faktycznych relacji kooperacyjnych między podmiotami one w ogóle mogą nie wchodzić w rachubę (nie mają znaczenia). Z prawem pozytywnym jest dokładnie odwrotnie. Pojęciowo możemy się bez niego obejść, natomiast faktycznie nie jesteśmy w stanie zbudować potencjalnie trwałych relacji społecznych bez jego norm.

Aby uzasadnić tę tezę należy dokonać kilku drobiazgowych analiz, które uchronią nas przed potencjalnymi błędami pojęciowymi, głównie polegającymi na przesunięciach kategoryalnych. Tu jako narzędzie metodologiczne nieoceniony jest husserlowski postulat (przytaczany niemal w każdej z jego prac) wspierania się metodą analizy fenomenologicznej, aby nie poprzestać na samych tylko słowach, ale cofnąć się do rzeczy samych, a tym samym aby rozjaśnić wszelkie ekwiwokacje i wszelkim pojęciom fundamentalnym nadać trwałe znaczenie¹³.

W związku z tym najpierw poddam analizie samo pojęcie moralności z naciskiem na wskazanie jej *differentia specifica*. Analiza ta będzie czymś w rodzaju poszukiwania natury konstytutywnej, a następn-

¹³ Po raz pierwszy postulat ten pojawił się w jego *Badaniach logicznych*. Por. Husserl Edmund. 2006. *Badania logiczne. Prologomena do czystej logiki*. Przeł. Sidorek Janusz. Warszawa: PWN; Husserl Edmund. 2000. *Badania logiczne. Badania dotyczące fenomenologii i teorii poznania*. Przeł. Sidorek Janusz. Warszawa: PWN.

nie istoty moralności, tak jak chciałaby tego metoda analizy fenomenologicznej odpowiadając na dwa z trzech pytań esencjalnych („Co to jest?” i „Co to jest X?”)¹⁴.

III.

Niewątpliwie to, co jawi się *prima facie* jako fenomen dla wstępnego scharakteryzowania moralności, to odniesienie do pojęcia dobra i pojęcia normatywności. Ze względu na relację do pojęcia prawa skoncentruję się głównie na odniesieniu do normatywności. Pojęcie moralności utożsamiamy z „powinnością”, ale oczywiście jest to „powinność”, która nie dotyczy wszystkich obszarów reguł działania, np. takich jak reguły rachunków logicznych, czy reguły gier. Wprawdzie można powiedzieć, że wspólne dla wszystkich obszarów powinnościowych jest pojęcie przymusu, który to przymus należy jednak traktować dość szczególnie, gdyż wiąże się on jedynie z formułą: jeśli chcesz, aby zaistniał w rzeczywistości zaprojektowany w normie stan rzeczy to musisz (!) dokonać jakichś działań (zaniechań), aby faktycznie się on ziścił¹⁵. Zatem przymus ten nie ma swojego źródła w empirycznej czy psychicznej przemocy, ale ma swoje źródło w innych obszarach, które moglibyśmy nazwać uzasadniającymi i motywacyjnymi dla poszczególnych rodzajów normatywności. Dla praw rachunków logicznych

¹⁴ Ingarden Roman. 1972. O pytaniach esencjalnych. W: *Z teorii języka i filozoficznych podstaw logiki*. 327-482. Warszawa: PWN.

¹⁵ Tu wyraźnie ujawnia się dychotomia między pojęciami „obowiązania” a „faktyczności”. To, że istnieje norma, nie ma nic wspólnego z istnieniem stanu rzeczy, który jest w niej zaprojektowany. Można tu posłużyć się słowami Adolfa Reinacha, że jest to szczególny stan napięcia między tym, co unormowane a jego realizacją. Tym samym norma nigdy nie jest realizowana, a jedynie stan rzeczy w niej unormowany – w innym wypadku norma przestałaby nią być. Na tym polega ten szczególnie dualizm powinności i bytu. Wskazuje to tym samym, że treści norm (innymi słowy to, co unormowane) wszelkiego rodzaju obszarów normatywnych muszą mieć inny sposób istnienia niż istnienie realne. Nie można tu oczywiście mylić ze sobą pojęcia „treści normy” z pojęciem normy czy prawa bądź moralności, a tym samym nie przesądza to oczywiście analiz sposobów istnienia prawa czy moralności. Por. Reinach Adolf. 2009. *Aprioryczne podstawy prawa cywilnego*. Przeł. Bekrycht Tomasz. 175. Kraków: Aureus; oraz Bekrycht Tomasz. 2013. O związku koniecznym między prawem a moralnością. W *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*. 83-95. red. Dębiński Antoni i in. Lublin: Wydawnictwo KUL.

i matematycznych są to prawa, które wynikają ze szczególnego rodzaju bytu, który istnieje idealnie (twierdzenia logiczne i matematyczne). Dla gier są to prawa intencjonalnych algorytmów postępowania, które są stworzone dla zrealizowania pewnej grupy wartości, takich jak przyjemność (ze wspólnej zabawy), czy satysfakcja (z osiągnięcia pewnej sprawności fizycznej czy intelektualnej). Dla moralności z kolei są to normy, które mają swoje uzasadnienie w szczególnego rodzaju wartościach i najczęściej mówimy tu o wartościach, które mają jakieś wyjątkowe znaczenie dla adresatów tych norm. Zwykle mamy na myśli takie wartości jak życie, zdrowie, wolność, sprawiedliwość, odwagę, prawdomówność, itp. Ale przyjmując takie twierdzenie należy zdawać sobie sprawę, że jednak opiera się ono – z punktu widzenia fenomenologicznego – na nieuprawnionym przyjęciu założenia takiego a nie innego katalogu wartości (można dodać – traktowanych przez nas jako „pozytywnych”). A przecież nie jest wykluczone, że możemy zbudować system normatywny w oparciu o katalog takich wartości jak sprawianie cierpienia, oszustwo, nieszczerłość, tchórzostwo itp. i nazwać go moralnością. Tym samym należy zawsze pamiętać, że zgodnie z założeniami analizy fenomenologicznej chodzi nam o przebadanie fenomenu moralności, a nie treści norm moralnych.

Trzymając się zatem ściśle opisu fenomenologicznego powiemy, że jeśli zaczniemy mówić o treści norm moralnych, to popełnimy błąd przesunięcia kategoriałnego, gdyż w tym studium chodzi tylko (albo aż) o uzasadnienie pojęcia moralności, czyli o oddzielenie pojęciowe moralności od innych systemów normatywnych w jej *differentia specifica*, a nie o treść norm moralnych. Tym samym *prima facie* mogłoby się wydawać, że nie ma tu żadnej różnicy pomiędzy systemem normatywnym jakim jest moralność a gramami, bo treści jednych i drugich norm mają swoje uzasadnienie w grupie tych samych wartości: np. mógłby ktoś powiedzieć, że reguły wielu gier realizują ostatecznie takie wartości jak zdrowie czy sprawiedliwość. Ale wtedy nie dostrzega się tej istotnej różnicy, polegającej na tym, że po pierwsze dla norm moralnych wartości te stanowią cel sam w sobie, a nie są wynikiem realizacji innych wartości, a po drugie (co w mojej ocenie najważniejsze, gdyż pierwsza teza może wydawać się kontrowersyjna) istnieje diametralna różnica w motywacji postępowania zgodnie z nimi. Wiąże się to z pojęciem sumienia, które to przynależy tylko do pojęcia moralności, a nie jest charakterystyczne dla innych systemów normatywnych.

Innymi słowy, moglibyśmy powiedzieć, że w moralności pojawia się inny poziom motywacyjny związany z takimi przeżyciami jak gniew czy oburzenie oraz wina czy wstyd – przede wszystkim należy tu zaakcentować owo przeżycie winy, czyli szczególne poczucie utraty własnej wartości, że sprawiłem zawód np. osobie (grupie osób), która mi zaufała. Poza tym to, co najistotniejsze dla scharakteryzowania pojęcia moralności, to możliwość poczucia winy względem siebie samego (czyli można sobie samemu sprawić zawód), wtedy gdy w samym jedynie myśleniu uchybiam normom. Wprawdzie mógłby ktoś powiedzieć, że podobnie jest w grach – np. jeśli przegrałem, bądź źle grałem, to sprawiłem zawód kibicom. Ale właśnie tak nie jest, bo przegrałem bądź źle grałem nie dlatego, że celowo nie przestrzegałem reguł gry, ale że ktoś był ode mnie lepszy, bądź nie byłem w dobrej formie i ewentualnie z tego powodu uchybiałem jej regułom. I o ile może to rodzić gniew czy oburzenie po stronie grupy osób, która miała jakieś oczekiwania względem mnie, to nie czuję się winny i nie jest mi wstyd, chyba że nie przestrzegałem reguł gry w sposób celowy, albo celowo grałem w sposób niedbały, ale tu już przechodzimy na inny poziom analiz – właśnie moralności, czyli na poziom oceny moralnej. Idąc dalej, w analizach pojęcia moralności należy oddzielić od siebie pojęcia wstydu i winy, dla których kryterium różnicy stanowi pojęcie woli – np. mogę zawieść pokładane we mnie nadzieje albo w sposób, na który nie miałem wpływu, albo celowo. W pierwszym przypadku może się to wiązać z poczuciem wstydu, czyli utratą własnej wartości względem innych, ale przecież nie ma tu mowy o winie. Tym samym ujawnił nam się podstawowy – w mojej ocenie – fenomen pojęcia moralności, tj. przeżycie winy. Wydaje się, że to on odróżnia moralność od pojęć związanych z innymi systemami normatywnymi, czyli powinnościami jakiegoś zachowania.

Jednak fenomen ten mocno komplikuje nam ocenę tego, kiedy w ogóle mamy do czynienia z moralnością (czyli jak ją odróżnić od innych systemów normatywnych w relacjach społecznych) i na czym polega zarzut niemoralnego zachowania. Po pierwsze, np. jeśli o zachowaniu danej osoby mówimy, że jest (czy było) niemoralne, to jest to ocena oparta na przeżyciu oburzenia czy gniewu osoby oceniającej, a nie ocenianej. Innymi słowy, nie czując się winny nie postępuję niemoralnie. Po drugie, poczucie oburzenia czy gniewu nie musi być oparte na ocenie moralnej, bo gniew czy oburzenie może pojawić się również wtedy, gdy ocenia się zachowanie w oparciu o inne normy niż moralne

(np. oburzam się, że ktoś zaparkował swój samochód zbyt blisko mojego samochodu, a ja tym samym mam kłopoty ze swobodnym dostaniem się do auta). Po trzecie mogę czuć się winny, a w ocenie innych nie uchybiłem normom moralnym. Oznacza to, że oburzenie po stronie jednego podmiotu nie skutkuje istotnościowo (koniecznie) przeżyciem winy u drugiego, bo okazuje się, że taka tożsamość pojęciowo może wystąpić tylko w subiektywnym przeżyciu. Mamy tu zatem do czynienia z pewnymi – jak mówią fenomenolodzy – związkami istotnościowymi między przeżyciami gniewu (oburzenia) a winy. Wina zakłada oburzenie, ale nie odwrotnie, co oznacza, że wspólnie (jednocześnie) przeżycia te mogą się zrealizować tylko subiektywnie i to tylko dla takich podmiotów, które są refleksyjne (samoświadome). A więc jeśli odczuwam winę, to również muszę przeżywać oburzenie wobec własnego niewłaściwego zachowania. Tym samym to, że pojęcie moralności budowane na fenomenie winy całkowicie się nam pojęciowo wymyka jest skutkiem podejmowania prób jego budowy w oparciu o dwie sfery, tj. subiektywną i obiektywną. Wina jako kategoria psychiczna, czyli taka, która wiąże się z subiektywnym przeżyciem danego podmiotu nie może się w żaden konieczny sposób obiektywizować, a tym samym skoro o moralności (czysto pojęciowo) możemy mówić tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z winą, to musielibyśmy uznać, że moralność jest kategorią subiektywną. Po drugie to, że ja jestem zdolny do takiego przeżycia, a więc postrzegam siebie w kategoriach moralnych, nie oznacza przecież, że zawsze postępuję moralnie. Gdyby tak było, to można powiedzieć, że moralność dokonałaby samouniastwienia. Tym samym pojęcie winy nie wystarcza nam do pełnego (poprawnego) scharakteryzowania moralności – wina jawi się bardziej jako przejaw moralności i wymaga dodatkowego fenomenu dla pełnego jej określenia, tj. refleksyjności (samoświadomości czy samoodniesienia). Samoświadomość zawiera tym samym pewien pierwiastek obiektywizmu, gdyż oceniając sam siebie już dokonuję pewnej obiektywizacji subiektywności. Refleksyjność umożliwia mi zatem przejście do kolejnego stopnia analiz nad fenomenem moralności (i przymusu normatywnego) czyli do kategorii pojęciowej, która będzie stanowiła kryterium oceny mojego własnego postępowania, że „tak a tak powinienem się zachować”. Moim zdaniem musimy uznać i przyjąć (jako wolna decyzja podmiotu) pewien katalog wartości i ich hierarchię, jako kryterium dla określenia konkretnych treści norm moralnych. Ujaw-

nią się tu tym samym dwa kolejne fundamentalne – obok winy – fenomeny determinujące (konstituujące) pojęcie moralności, tj. wartość i wola, czyli zdolność (władza) umysłu do tego, aby decydować, dokonywać wyboru, oraz „rozpocząć coś nowego, coś, o czym wiemy, że również dobrze mogłoby go nie być”¹⁶. Rodzą się tu jednak kolejno trzy trudne, ale istotne pytania, tj. czy możliwe jest, aby postrzeżać siebie amoralnie, tzn. nie dokonywać żadnego wyboru i czy pojęcie moralności dotyczy tylko pojedynczego podmiotu (samowiedzy), czy jednak musi być ono zawsze budowane – jak np. czynił to Kant – dla wspólnoty? Na każde z nich trudno jest odpowiedzieć jednoznacznie. Jeśli przyjmiemy analizy H. Arendt choćby z jej pracy pt. *Wola*, to musimy na pierwsze i drugie odpowiedzieć negatywnie, na trzecie zaś pozytywnie. Jej zdaniem do kondycji ludzkiej przynależy wola, a zatem zawsze potencjalna decyzja o wyborze i możliwości kreowania przyszłości. Innymi słowy, jeśli podejmiemy decyzję o odrzuceniu w ogóle jakiegokolwiek katalogu wartości (i powinności danych zachowań), to i tak dokonujemy wyboru. Wybór jest zawsze wyborem czegoś, czyli pojęcie człowieka bez woli i bez założenia istnienia wartości jest zniesieniem tego pojęcia. Ale wola to nie tylko decyzja wyboru, lecz również permanentna potencja do jej podejmowania, a tym samym do zmiany wcześniejszych decyzji – czyli możliwość powiedzenia „nie chcę”. Ten dualizm skutkuje jednak możliwością rozbicia tożsamości podmiotu, wtedy gdy nie chcę tego czego wcześniej chciałem. Niestety musimy tu z jednej strony powiedzieć, że jest to cena, którą płacimy za władzę intelektualną jaką jest wola, z drugiej zaś, że owa możliwość zniesienia tożsamości podmiotu kreuje miejsce na pojęcie sumienia (oburzenia i winy).

Wola, z jej projektami przyszłości – pisze H. Arendt – rzuca wyzwanie wierze w konieczność, zgodzie panującej w urzędzeniu świata, która z jej punktu widzenia jest martwym spokojem. Czy nie jest jasne dla każdego, że świat nie jest i nigdy nie był tym, czym powinien być? To „powinien” jest utopijne; nie posiada właściwego toposu, czyli miejsca w świecie¹⁷.

A zatem wola czyni moralność kategorią nie tylko utopijną (idea regulatywną), ale wraz z winą, która nie zakłada wspólnoty sumień, jest to wykluczone mocą pojęcia winy i woli, które to fenomeny mogą zaistnieć tylko jako przeżycia danego podmiotu. Tym samym moral-

¹⁶ Arendt Hannah. 1996. *Wola*. 269. Przeł. Piłat Robert. Warszawa: Czytelnik.

¹⁷ Ibidem, 269-270.

ność co do istoty może być tylko prywatnym, indywidualnym systemem normatywnym. Jednak dalej podążając za spostrzeżeniami H. Arendt musimy przyjąć, że do kondycji ludzkiej należy również życie we wspólnotcie.

Ukształtowana przez wolę jednostka – zdaniem Arendt – świadoma, że mogłaby być zupełnie inna, niż jest (charakter, w przeciwieństwie do wyglądu cielesnego, talentów, zdolności, nie jest dany osobie ludzkiej z chwilą narodzin), ma zawsze skłonność do tego by potwierdzać swoje własne „ja” przez kontrast z jakimś nieokreślonym „oni” – wszystkimi tymi, którymi „ja”, jako pewna jednostka nie jestem¹⁸.

Jeśli zatem chcemy budować pojęcie moralności jako kategorii obiektywnej, czyli – używając metafory – jeśli chcemy wyjść z moralnością (własnym systemem normatywnym) poza subiektywny podmiot, to musimy zbudować i uzasadnić pojęcie intersubiektywności.

Najpierw musi to być analiza czysto pojęciowa (analiza samego sensu, którą w kilku poniższych akapitach przedstawię w sposób syntetyczny i niezwykle uproszczony), po dokonaniu której możemy zapytać o motywacje, czyli zadać fundamentalne pytanie w obszarze uzasadnień psychologicznych i funkcjonalnych – innymi słowy, zapytać, skąd bierze się wymieniona przez Arendt skłonność, albo co motywuje nas do „bycia razem”, czyli tworzenia wspólnoty?

Jednymi z pierwszych istotnych prób systematycznego uzasadnienia intersubiektywności były te podjęte przez Johanna G. Fichtego. Zdaniem Fichtego transcendentálne Ja i transcendentálne My pojawiają się jako wzajemne założenia. Nie ma tu żadnej kolejności wyłaniania się obiektywności z subiektywności, gdyż sfery te wzajemnie się dopełniają w ramach samowiedzy podmiotu transcendentálnego. Transcendentálne Ja u Fichtego zakłada odniesienie do My, czyli „[p]odmiotowość już w samej swojej czystej strukturze nie daje się oddzielić od intersubiektywnej więzi łączącej wolne istoty rozumne, czyli od komunikacyjnej więzi społecznej”¹⁹. Nie-Ja nie uchyla istnienia Ja, ale je umożliwia i odwrotnie. Nie można według Fichtego pomyśleć siebie bez przyjęcia założenia o istnieniu drugiego podmiotu. Założenie o przyjęciu istnienia drugiego podmiotu jest początkiem

¹⁸ Ibidem, 269.

¹⁹ Siemek Marek J. 1998. *Hegel i filozofia*. 176. Warszawa: Oficyna Naukowa. Siemek wskazuje, że pojęcie intersubiektywności jest rozumiane u Fichtego nawet na sposób „mocny”, tj. służy jako transcendentalna przesłanka nie tylko obiektywności i prawa, ale w ogóle pojęcia skończonej istoty rozumnej. Ibidem, 180-182.

pojawienia się w bycie relacji społecznej. W *Grundlage des Naturrechts* więc taką nazywa Fichte więzią prawną, czy stosunkiem prawnym, wprowadzając również pojęcie, wolnych podmiotów (*freie Wesen*) i wzajemnego ich uznawania, jako pojęcie transcendentального warunku tej więzi. Wywód ten przedstawia się następująco: po pierwsze wiedza podmiotu o innym podmiocie uwarunkowana jest tym, że podmiot ten traktowany jest przez Ja jako wolny i odwrotnie. Inny podmiot może mnie poznać tylko uznając moją wolność, na zasadzie wzajemności²⁰; po drugie, podmioty te muszą się wzajemnie uznawać i traktować jako wolne.

Nikt nie może uznawać – pisze Fichte – innego podmiotu, jeśli wzajemnie nie będą się uznawały: i żaden podmiot nie może innego podmiotu traktować jako wolnego (*ein freies Wesen*), jeśli nie będą się oboje wzajemnie tak traktowały²¹.

Ewa Nowak podkreśla, że relacja ta jest absolutnie rudymenarna dla budowania stosunków międzyludzkich wolnych od wszelkiej wzajemnej instrumentalizacji²². Należy jednak pamiętać o tym, że pojęcie uznawania jako fundament prawa ma u Fichtego dwa wymiary: etyczny i pozytywnoprawny. Uznanie w pierwszym wymiarze ma charakter pierwotny i należy do niezapośredniczonych prawnie relacji międzyludzkich,

gdzie nie tyle prawo ani tym bardziej komunikacja, ile jedynie moje własne „sumienie domaga się, bym uznał innego w sposób dobrowolny [*frei*] [...]: głos sumienia wzywa mnie do niego”²³.

W drugim wymiarze (pozytywnoprawnym) zasada uznania zostaje zobiektywizowana, gdyż nie wszystkie podmioty osiągnęły jeszcze taki stopień autonomicznego określenia, aby nie naruszać cudzej autonomii. E. Nowak zwraca uwagę – powołując się na Wolfganga Janke – że u Fichtego status prawa oraz relacja prawa i moralności a także zasady uznania są dalekie od ścisłości. W związku z tym proponuje, aby przyjąć, że

²⁰ Fichte Johann G. 1960. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. 44. Hamburg: Felix Meiner.

²¹ Ibidem.

²² Nowak Ewa. 2002. *Autonomia jako zasada etyczności*. 204. Wrocław: Monografie FNP. Seria Humanistyczna.

²³ Ibidem, 205.

relacja uznania jest punktem, w którym krzyżują się wszystkie sfery ludzkiego życia we wspólnocie, od moralności, etyczności i wiary poczynając, na prawie, życiu publicznym, państwie i polityce kończąc²⁴.

Kolejne systematyczne uzasadnienie intersubiektywności znajdujemy u Georga W.F. Hegla. U Hegla owo przejście od subiektywności do obiektywności jest przejściem samowiedzy w pojęcie ducha i intersubiektywnie duchowej jedności, dla której bardzo ważnym elementem jest pojęcie uznawania (*das Anerkennen*). Hegel przypisuje – podobnie jak Fichte – uznawaniu relacyjny charakter. U niego jest to akt, który jest podstawą budowania relacji międzyludzkich, innymi słowy jest podstawą tworzenia intersubiektywności. Akt wzajemnego uznawania daje, w konsekwencji jego dialogicznej natury, możliwość wchodzenia w relację prawa, tj. wzajemnie uznające się podmioty konstytuują siebie jako podmioty prawa²⁵.

Kolejno analizy intersubiektywności jako możliwości uzasadnienia wspólnot normatywnych były przedmiotem wnikliwych badań wielu kolejnych pokoleń filozofów. Można byłoby tu wskazać fenomenologów: Edmunda Husserla i Adolfa Reinacha. W szczególności ten ostatni wpracował fenomenologiczne analizy oddzielenia pojęciowego prawa, moralności i prawa pozytywnego. Następnie można wymienić George'a H. Meada, Karla-Otto Apla, Johna R. Searla i Jürgena Habermasa. Ogólnie można stwierdzić, że rezultaty badawcze dokonywane przez tych filozofów skutkowały wypracowaniem fundamentalnego pojęcia, uzasadniającego istnienie intersubiektywności, tj. materialnego i komunikacyjnego *Apriori*, jako normatywnej kategorii wiążącej podmioty możliwych działań komunikacyjnych.

Poświęcając powyżej nieco miejsca rozważaniom Fichtego i Hegla chciałem zwrócić jedynie uwagę na pionierski charakter ich trafnych spostrzeżeń dotyczących bardzo trudnego problemu pojęciowego przejścia pomiędzy subiektywnością a obiektywnością jako przejścia pomiędzy pojęciem moralności a pojęciem prawa, które w większym lub mniejszym stopniu zaowocowały kolejnymi ważnymi analizami w historii filozofii.

Refleksja nad licznymi rozwiązaniami i wynikającymi z nich rezultatami poznawczymi dotyczącymi tej skomplikowanej problematyki

²⁴ Ibidem, 210-211.

²⁵ Hegel Georg W.F. 2002. *Fenomenologia ducha*. 130-134. Przeł. Nowicki Florian. Warszawa: Aletheia.

może skłaniać to ważnego wniosku o tym, że pierwotnym fenomenem, na którym oparta jest każda wspólnota jest tu pojęcie prawa, a pojęcie moralności (jako „wspólnoty sumień”, czyli czegoś obiektywnego) jest na nim kauzalnie nadbudowane (w znaczeniu uzasadnienia metodologicznego)²⁶. Jeszcze inaczej to ujmując można powiedzieć, że uzasadnieniem kauzalnym pojęcia zobiektywizowanej moralności, czyli moralności, która byłaby pojęciem intersubiektywnym jest pojęcie prawa jako fenomenu roszczenia i zobowiązania.

Wolność filozoficzna, wolność woli – jak słusznie zauważa H. Arendt – odnosi się do ludzi jako samotnych jednostek, niezależnie od społeczności politycznych, w jakich żyją. Społeczności, w których ludzie stają się obywatelami, są tworzone i istnieją dzięki prawom²⁷.

Tym samym powyższe analizy pokazały, że pojęcia prawa nie wywodzi się z moralności w żadnym z jego uzasadnień oraz po drugie, że słuszne są spostrzeżenia E. Tugendhata, że

[r]ównież prawa moralne są prawami nadanymi, nadanymi przez samą moralność (albo, ponieważ to również jest mylące, przez nas samych, o ile rozumiemy się w sposób moralny). Dokładniej musielibyśmy teraz powiedzieć: jeśli w ogóle istnieją prawa moralne, to są one w ten sposób nadane. Ale czy istnieją?²⁸.

Można powiedzieć, że istnieją właśnie o tyle, o ile my jest sobie nadamy, a to nadanie dokonywane jest mocą spełniania aktów mowy (aktów społecznych) jako pierwotnych fenomenów konstytuowania intersubiektywności, czyli mocą pojęcie prawa. Kolejny etap analiz musi wskazać, które to akty społeczne reguły takie urzeczywistniają jako konstytuujące normatywność? Dwa typy aktów społecznych są tu charakterystyczne, tj. akt przyrzeczenia, który *a priori* skutkuje zaistnieniem roszczenia i zobowiązania oraz umowa jako podwójne obustronne przyrzeczenie o wzajemnym skutku roszczeń i zobowiązań.

Kolejno ujawnia się tu problem związany z pojęciami obowiązująca i faktyczności. Każdy system normatywny, każda „powinność” – jak to już zostało zaznaczone powyżej – stanowi inną kategorię bytową niż rzeczywistość, niż każde „jest”. Pomiedzy stanem rzeczy ist-

²⁶ Woleński Jan. 2001. *Epistemologia. T II. Wiedza i poznanie*. Kraków: Aureus.

²⁷ Arendt H. *Wola*, op. cit., 273. Bardzo ważne jest też spostrzeżenie Arendt o niemożliwości implementowania wewnętrznego dialogu samoświadomości jako relacji „ja-ty” w konstruowanie sfery publicznej, co – jej zdaniem – jest błędem filozofii Karla Jaspersa i Martina Bubera. Ibidem, 275.

²⁸ Tugendhat E., op. cit., 371.

niejącym w regule, a jego urzeczywistnieniem, czyli pomiędzy „powinno być” a „jest”, czy obowiązywaniem a faktycznością istnieje przebieg sensu.

Potrzebna jest zatem jakaś zasada organizacyjna mogąca potencjalnie wpłynąć na urzeczywistnianie tych norm, które z jednej strony sami sobie nadajemy, aby budować wspólnoty, czyli żyć razem, z drugiej zaś ich nie przestrzegamy, bo maksymalizujemy własną wizję wartości, determinowaną różnymi czynnikami wynikającymi z naszej kondycji ludzkiej (jako noumenu i fenomenu). Innymi słowy to, że istnieją normy wynikające z praw, które sobie sami nadaliśmy zwykle ze względu na wspólny kontekst wartości, które preferujemy, nie znaczy, że będą one zawsze determinowały wolę do ich realizowania, gdyż zawsze mogą nie chcieć, tego czego wcześniej chciałem. A zatem człowiek ewentualnie postępowałby zawsze zgodnie z treścią norm wzajemnie sobie nadanych tylko wtedy, gdyby był wolny od wszelkich skłonności empirycznych, a zniewolony czystym rozumem praktycznym. Można tym samym powiedzieć, że przestałby być człowiekiem nie tylko dlatego, że pozbawilibyśmy go skłonności, ale przede wszystkim dlatego, że odebralibyśmy mu wolę. Tej dualnej natury człowieka dla projektu uzasadnienia moralności nie wziął – jak zauważył E. Tugendhat – pod uwagę Kant. Krytykę uzasadnienia moralności, w której Kant bierze pod uwagę jedynie czysty rozum praktyczny Tugendhat podsumowuje trafnym pytaniem: „[c]zy tym samym nie tracimy owego «może», tej wolności, która jest wolnością bycia moralnym albo niemoralnym?”²⁹. Można powiedzieć nawet, że utracilibyśmy wtedy w ogóle pojęcie moralności. W związku z tym musimy również pojęciowo wziąć pod uwagę faktyczny wymiar działania praw, które sami sobie nadaliśmy i scharakteryzować ideę pewnej zasady organizacyjnej, która tym samym musi uwzględnić nie tylko wymiar normatywny (obowiązywania prawa), ale również całą problematykę urzeczywistniania się obowiązujących prawnie stanów rzeczy. Do tego jeszcze należy uwzględnić czynnik, który moglibyśmy nazwać logistycznym, tj. fakt niemożliwości wspólnego zbierania się razem i negocjowania przyznawanych sobie praw oraz trudności związanych ze zrealizowaniem takiej zasady organizacyjnej, która by temu czyniła zadość.

²⁹ Ibidem, 166.

IV.

Można powiedzieć, że na obecną chwilę najlepszym kandydatem dla zasady organizacyjnej, która godziłaby problematykę normatywnego realizowania powinności wynikających z praw, które sami sobie nadałiśmy jako rodzaj zobiektywizowanej moralności oraz problematykę również faktycznego ich realizowania jest idea prawa pozytywnego. Jürgen Habermas w swoim projekcie uzasadnienia prawa pozytywnego trafnie dostrzega to napięcie pojęciowe oraz istotną funkcję znoszenia go ideą normatywną jaką jest prawo pozytywne nazywając je wprost kategorią społecznego zapośredniczenia między faktycznością a obowiązywaniem³⁰. Habermas uzasadnia istnienie prawa pozytywnego jako remedium na problem złożoności relacji społecznych w coraz bardziej zróżnicowanych i skomplikowanych wspólnotach, gdzie procesy dochodzenia do porozumienia podlegają wysokiemu stopniu ryzyka rozbieżności stanowisk i niezgody. Prawo pozytywne – według niego – czerpie swoje uzasadnienie z „przymierza” dwóch elementów, tj. decyzji normatywnej prawodawcy i oczekiwań suwerena, czyli adresata tej normatywności. Istnieje tu tym samym pewne – można powiedzieć – idealne napięcie, które

[p]owraca na poziomie prawa we wzmózonej postaci, mianowicie w stosunku między prawnym przymusem, który zapewnia przeciętną akceptację reguł, a ideą prawodawczego samostanowienia (*Selbstgesetzgebung*) – czyli zakładaniem politycznej autonomii zjednoczonych obywateli – która dopiero spełnia roszczenie do prawowitości samych reguł, tj. czyni je racjonalnie akceptowalnym³¹.

Legitymizację prawa pozytywnego dostrzega Habermas w dwóch dość skomplikowanych elementach, które składają się na to, co nazywa on „zasadą demokracji”. „Decydująca myśl jest taka – pisze Habermas – że zasada demokracji bierze się ze skrzyżowania zasady dyskursu i formy prawnej”³², co stanowi dla niego logiczną genezę praw. Całą tę ideę rekonstruuje następująco: budowanie prawa pozytywnego zaczyna się od zasady dyskursu, nadając zasadzie tej formę prawną, celem zapewnienia z jednej strony wolności działania, z drugiej warunków dyskursywnego realizowania autonomii politycznej. Tym samym to dana wspólnota prawa określa się prawnie, z jednej strony jako jedność po-

³⁰ Habermas J., op. cit., 15.

³¹ Ibidem, 52.

³² Ibidem, 137.

lityczna, z drugiej zaś jako jedność aksjologiczna. I w tym znaczeniu to my sami nadajemy sobie prawa, czyli „podtrzymujemy przy życiu” władzę jako narzędzie realizacji tej idei. Tym samym treść prawa „[...] nie istnieje – jak to określił Habermas – w transcendentальной czystości”³³. Legitymizację współczesnych porządków prawnych widzi tym samym Habermas w idei samookreślenia wspólnoty prawnej, która dokonuje tego porozumieniem w osiągniętym dyskursie. Natomiast uzasadnienie funkcjonalne czerpie prawo pozytywne z konieczności pogodzenia ze sobą tego, co prywatne i tego, co publiczne. Ten element różni prawo pozytywne od moralności, albo szerzej od pojęcia prawa jako prawa, gdzie owo samookreślenie jest jednolite, tj. wszędzie tam, gdzie występuje symetria praw i obowiązków. Ta symetria nie może pojawiać się w pojęciu prawa pozytywnego, ze względu na konieczność rozdzielania ról na prawodawcę i adresata. Jeśli uznamy, że istnieją jakieś prawa, poza ideą samookreślenia i ujęcia jej w formie prawa pozytywnego, to prawo przestaje być pozytywne i tym samym legitymizowane przez jego adresatów, a w rezultacie zaczyna nad nimi panować, co grozi ideologią i przemocą – „[...] bezosobowe panowanie ustaw jest tak fundamentalne jak przemoc Lewiatana, którego winny one zakuć w kajdany”³⁴. To członkowie wspólnoty są ontologiczną podstawą prawa pozytywnego, a jego kauzalnym źródłem spełniane przez nich akty komunikacyjne, które znajdują swoje ujście w zasadzie dyskursu, a „[p]rawo nie jest narcystycznym systemem, skoncentrowanym na sobie, lecz żyje «demokratyczną etycznością» obywateli państwa oraz życzliwą akceptacją liberalnej kultury politycznej”³⁵.

A zatem samo pojęcie prawa pozytywnego można więc utożsamić z pojęciem władzy rozumianej dwojako. Po pierwsze jako władzy suwerena, po drugie władzy prawodawcy. Ten dualizm trafnie wyrażają słowa H. Arendt:

Władza nigdy nie jest własnością jednostki; należy do grupy i istnieje tylko dopóty, dopóki grupa trzyma się razem. Kiedy mówimy, że ktoś jest „u władzy”, w rzeczywistości powołujemy się na to, że pewna liczba ludzi upoważniła go do tego działania w ich imieniu”³⁶.

³³ Idem, s. 144.

³⁴ Idem, s. 583.

³⁵ Idem, s. 587.

³⁶ Arendt Hannah. 1999. *O przemocy. Nieposłuszeństwo obywatelskie*. 56-57. Przeł. Łagocka Anna, Madej Wojciech. Warszawa: Aletheia.

Jednak na poziomie faktyczności nie jesteśmy w stanie ani wskazać empirycznie tego podmiotu, ani jego działań normodawczych.

[S]uwerenność ludu nie ucieleśnia się już – jak zauważa Habermas – w zgromadzeniu obywateli, które można naocznie zidentyfikować. Sprowadza się ona do poniekąd bezpodmiotowych obiegów komunikacyjnych różnych forów i ciał³⁷.

Suweren (wspólnota) jest tym samym najwyższą abstrakcją instytucjonalną, należąca do jednego z pojęć uniwersum symbolicznego, uzasadniającego (legitymizującego) prawo pozytywne.

Dopóki lud ma wolę istnienia politycznego, jest on ważniejszy niż jakiegokolwiek unormowanie czy forma. Jako jednostka niezorganizowana, nie może ulec rozpadowi. Dopóki w ogóle istnieje i chce nadal istnieć, siła życiowa i energia ludu są niewyczerpane i jest on zawsze zdolny do znajdowania nowych form egzystencji politycznej. Jego słabość polega na tym, że ma on rozstrzygać w kwestiach fundamentalnych dotyczących swojej politycznej formy i swojej organizacji, chociaż sam nie jest uformowany czy zorganizowany³⁸.

Aby zatem suweren mógł podejmować decyzje normodawcze i faktycznie kształtować treść relacji społecznych musi pojawić się – jako to wyżej określiliśmy – zasada organizacyjna, którą trafnie opisuje z kolei inny wybitny filozof prawa i polityki – Carl Schmitt, gdy mówi o tym, że istnieją dwie przeciwstawne polityczne zasady organizacyjne, tj. tożsamości i reprezentacji. W pierwszej formie suweren byłby nie tylko podmiotem jedności politycznej, czyli ustrojodawcą, ale i prawodawcą. W formie tej nie pojawiłoby się jednak prawo pozytywne – tzn. pozostałibyśmy na poziomie nadawania sobie praw. Natomiast jego istnienie jest ufundowane na drugiej formie, czyli reprezentacji, gdyż „[p]pełna, absolutna tożsamość każdego realnego ludu z sobą samym jako jednością polityczną nigdy i nigdzie nie jest dana”³⁹. Ten sam problem zauważa też Habermas pisząc, że nie da się zadość uczynić idei nadawania sobie praw przez samych obywateli, czyli stworzyć sytuację, w której suweren jest jednocześnie prawodawcą, czyli nadawcą i adresem prawa. Jest to niemożliwe nie tylko dlatego że tracimy z oczu fenomen prawa pozytywnego i pozostajemy na poziomie moralności, lub pojęcia prawa jako prawa, ale przede wszystkim

³⁷ Habermas J., op. cit., 150-151.

³⁸ Ibidem, 152-153.

³⁹ Schmitt Carl. 2013. *Nauka o konstytucji*. 335. Przeł. Kurowska Magdalena, Marszałek Robert. Warszawa: Teologia Polityczna.

jako prawodawcy moralni nie jesteśmy tożsami z podmiotami prawa, którym prawo to zostaje nadane jako adresatom, [...] a idei nadawania prawa sobie samym przez obywateli nie należy zatem sprowadzać do moralnego autonomicznego prawodawstwa (*Selbstgesetzgebung*) pojedynczych osób⁴⁰.

Ta idea nadawania sobie praw nie może istnieć bez idei władzy (rozumianej jako prawowite „poddanie się”). „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”⁴¹.

To, że zwykle odrywamy pojęcie prawa pozytywnego od pojęcia władzy jest błędem, który ma swój fundament w empiryczności. Zwraça na to uwagę Habermas, że prawo jest postrzegane i funkcjonuje często jako instrument władzy, ale jednocześnie podkreśla on, że jest to wypaczenie wynikające z tego, że w takich przypadkach mamy do czynienia tak naprawdę ze zjawiskiem nieprawowitej władzy. Władza i prawo wzajemnie się konstytuują, stąd pojęcie władzy, o którym tu mówimy można właśnie wyrażać nazwą „władza prawowita”. Współczesne skomplikowanie relacji społecznych przysłoniło nam jednak tym samym fenomen prawa pozytywnego, który można – zdaniem Habermasa – poprawnie zrekonstruować na przykładach abstrakcyjnie ujmowanych wspólnot pierwotnych, w których można dostrzec zjawisko przekształcania się władzy ujmowanej jako autorytet we władzę jako instytucję legitymizowaną. Można dostrzec – zdaniem Habermasa – dwa procesy, które występują jednocześnie, *uno acto*, tj. władza autoryzowana jest przez jakąś istotną wartość, zwykle prawo sakralne, a jednocześnie następuje sankcjonowanie prawa przez tę władzę. Musimy tym samym odróżnić – co podkreśla – funkcję, którą władza i prawo pełnią dla siebie nawzajem, od funkcji prawa i funkcji władzy jako ich funkcji własnych⁴². Innymi słowy, jeśli władza jest legitymowana, to tym samym mamy do czynienia z relacją prawa pozytywnego (władzą prawowitą). Nic nie stoi na przeszkodzie, aby z relacji tej zrezygnować; aby ją znieść. Nie jest to istotnościowo wykluczone, a poparcie dla prawa (władzy) – jak pisze H. Arendt –

zawsze może zostać zakwestionowane i jego niezawodność nie może się równać z zaiste «niekwestionowanym posłuszeństwem», jakie wymusza akt przemocy [...]. Jest to poparcie ludu używającego władzy instytucjom danego kraju; sta-

⁴⁰ Habermas J., op. cit., 136-137.

⁴¹ Ibidem, 149.

nowi za ledwie kontynuację owego przyzwolenia, które najpierw powołało prawa do istnienia⁴³.

A zatem pojęcia przymusu – wynikającego z „poddania się” (władzy) – jako kolejnego elementu decydującego o naturze konstytutywnej przedmiotu jakim jest prawo pozytywne nie można mylić z pojęciem przemocy. Ten przymus występuje tu w dwóch wymiarach: normatywnym, charakterystycznym dla każdej pomyślanej „powinności” oraz empirycznym (faktycznym), czasami związanym z realną przemocą, którą moglibyśmy dla porządku pojęciowego nazwać legitymizowaną czy prawowitą, dla odróżnienia jej od arbitralnej przemocy charakterystycznej np. dla totalitaryzmów. Jakakolwiek polityczna forma sprawowania władzy, która czasami wiąże się z użyciem przemocy istotnościowo musi mieć poparcie adresatów prawa. Jeśli ją traci kończy się władza, a zaczyna nielegitymizowana przemoc jako czysto fizyczne oddziaływanie na drugi podmiot (często jako instrumentalizowany arsenał narzędzi coraz lepiej rozwijanych w postępie technicznym)⁴⁴. Władza, czyli prawo pozytywne konstytuuje się „między ludźmi, gdy działają oni razem, i znika w chwili, gdy ulegają rozproszeniu”⁴⁵. Władza wyraża to, co wspólne między działającymi i mówiącymi ludźmi. Władza wynika z owej istniejącej w podmiotach możliwości wspólnego działania – możliwości, którą zapewnia mowa i wspólne życie. To nie jest nic empirycznego, ale intencjonalnego i intelektualnego, dlatego władzę można abstrakcyjnie podzielić, nie uszczuplając jej⁴⁶.

Z perspektywy motywacyjnej można wskazać, że przyczyną zaistnienia prawa pozytywnego (jego uzasadnieniem kauzalnym) jest moż-

⁴² Ibidem, 153-157.

⁴³ Arendt Hannah. *O przemocy*. Op. cit., 52-53.

⁴⁴ Dlatego o rewolucji nie można powiedzieć, że kieruje się przeciwko władzy czy prawu jako takiemu, ale przeciwko konkretnej władzy czy treści prawa. Podobnie instytucja nieposłuszeństwa obywatelskiego jest możliwa tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z grupą, a nie z indywidualną osobą. Bez poparcia grupy naruszanie norm prawa pozytywnego jest oceniane negatywnie jako bezprawne czy niedozwolone, i to nie tylko w sensie oceny szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, ale przede wszystkim jako ocena społeczna. Stąd jawny charakter naruszeń prawa przez pojedynczy podmiot w ramach nieposłuszeństwa obywatelskiego jest niejako emanacją grupy.

⁴⁵ Arendt Hannah. 2000. *Kondycja ludzka*. 219. Przeł. Łagodzka Anna. Warszawa: Aletheia.

⁴⁶ Ibidem, 221.

liwość budowania potencjalnie trwałych wspólnot ze względu na przyjmowany jakiś katalog wartości, a to czy będziemy postrzegali siebie i innych z perspektywy moralnej ma raczej znaczenie drugorzędne. Istnieć razem jako wspólnota nie oznacza konieczności przeżycia danych wartości w ten sam – moralny – sposób. Normami prawa pozytywnego nie ustanowi się moralności dla danej wspólnoty, gdyż istotnościowo ona ustanawiana jest mocą pojęcia prawa jako prawa. Nawet gdyby normy prawa pozytywnego zawierały treści norm, które przez prawodawcę miałyby być postrzegane jako moralne (dyskrecjonalnie), to nie można i tak uczynić je moralnością adresata bez jego uprzedniego ich uznania, a co najwyżej zmusić go do postępowania zgodnie z nimi. Jeśli adresat legitymizuje władzę, to jego motywacje mogą, ale nie muszą być wsparte racjami z zakresu moralności. Dlatego dość łatwo ową legitymację stracić, jeśli nastąpi przekroczenie owej granicy dzielącej nieakceptowalne normy moralne od innych norm organizacyjnych. Prawo pozytywne, które pojęciowo wiąże się z możliwością stosowania faktycznego przymusu (legitymizowanej przemocy empirycznej), musi zatem unikać w treści swoich norm takich regulacji, które postrzegane są jako wieloznaczne moralnie, gdyż owa legitymizowana przemoc straci swoje uzasadnienie. Tym samym jak najbardziej uprawniony jest postulat, że prawo pozytywne powinno dążyć do odmoralnienia swojej treści, a normować tylko w takim zakresie, który dotyczy wartości spoza sfery moralnej lub takich, które choć moralne, nie „zniszczą” jego legitymizacji. Prawo pozytywne jawi się zatem jako granica (w rozumieniu greckiego *nomos*) pomiędzy moralnością wspólnoty (czyli między treścią praw wzajemnie sobie nadanych), a moralnością każdego podmiotu (czyli wolnością sumienia). Jest to jednak granica, która musi jednocześnie dzielić i łączyć. To, że treści norm moralnych są wspólne wielu podmiotom jest w pierwszej kolejności wynikiem ich wzajemnego sobie nadawania, a dopiero w drugiej wynikiem woli prawodawcy i treścią prawa pozytywnego. Skoro tym samym każdy człowiek może zmienić swoje zdanie, bo taką ma wolę, którą zapewnia mu idea wolności, to nie można nikogo zmusić do tego, aby nie mógł z niej korzystać i zdanie swoje zmienić. Jedyne czego nie mogą robić, to ograniczać swoją wolą wolność (wole) innych podmiotów. A więc najpełniejszą legitymację będzie miało prawo pozytywne tylko wtedy, gdy treść jego norm będzie się głównie ograniczała do szeroko rozumianych reguł organizacyjnych maksymalizują-

cych ideę wolności. To, co w danym przypadku jest moralnie słuszne, jest tak trudne i różnicowane, a tym samym, skomplikowane, że dokonujemy często nieadekwatnej symplifikacji, gdy próbujemy podciągnąć to pod regułę (abstrakcyjną)⁴⁷ nie tylko samej moralności, ale również i prawa pozytywnego (można byłoby nawet powiedzieć: a co dopiero prawa pozytywnego). Wiąże się to z problematyką relacji ogółu do szczegółu („[...] słuszności nie sposób określić niezależnie od sytuacji, która wymaga ode mnie słusznego postępowania [...]”⁴⁸). To, że treści niektórych norm uznawanych przez wiele podmiotów za normy moralne są jednocześnie normami prawa pozytywnego jest tylko faktem, który w każdej chwili może się zmienić w zależności od wielu okoliczności.

Dopełniając w tym miejscu analiz wokół pojęcia moralności i pojęcia prawa jako prawa oraz prawa pozytywnego mogliśmy zadać kolejne fundamentalne pytanie, skąd bierze się wskazana skłonność uznawania innego podmiotu i sfery intersubiektywności; innymi słowy, co motywuje nas do bycia razem – tworzenia wspólnoty? Możemy na to pytanie odpowiedzieć albo z poziomu uzasadnień opartych na twierdzeniach perspektywy naturalistycznej (ewolucyjna filozofia prawa) albo czysto spekulatywnie – można powiedzieć: jako uzasadnienie transcendentálne.

W mojej ocenie przekonujące jest tu wyjaśnienie, które znajdujemy w heglowskiej *Fenomenologii ducha*. Syntetycznie ujmując myśl Hegla można powiedzieć, że podmiot (heglowska Samowiedza) pożąda drugiego podmiotu (który jest również dla niego przedmiotem) po to, aby z jednej strony go unicestwić, z drugiej zaś po to, aby tym samym potwierdzić swoją samoistność. Innymi słowy, każdy podmiot potwierdza siłę własnej woli poprzez unicestwienie czy znoszenie (*Aufhebung*) tego, co inne. Ale obok tego „[...] w tym zaspokojeniu – pisze Hegel – samowiedza doświadcza samoistności swego przedmiotu”⁴⁹, bo gdyby tak nie było, to samowiedza nie mogłaby się potwierdzać. To wzajemne potwierdzanie się podmiotów jest zatem – jak to określa Hegel – walką na śmierć i życie. Ten heglowski zwrot o walce na śmierć i życie można traktować empirycznie i inteligibilnie (jako że człowiek jest

⁴⁷ Tugendhat E., op. cit., 244.

⁴⁸ Gadamer Hans-Georg. 2004. *Prawda i metoda*. 434. Przeł. Baran Bogdan. Warszawa: PWN.

⁴⁹ Hegel Georg W.F., op. cit., 131.

częścią przyrody – fenomenem i podmiotem refleksyjnym – noumenem). W interpretacji, którą można byłoby określić jak noumenalną, czyli interpretacji istniejącej dla uzasadnień czysto intelektualnych podmiot potwierdza – jak to Hegel określa – swoją prawdę, którą może być np. prawda co do katalogu i hierarchii wartości (prawda moralna). Do walki tej podmioty muszą przystąpić,

[...] ponieważ – jak pisze Hegel – każda z nich musi pewność siebie samej jako bytu dla siebie podnieść do rangi prawdy – w innej i w sobie. I tylko dzięki narażaniu życia można potwierdzić wolność [...]”⁵⁰.

Można to zatem rozumieć w ten sposób, że musimy polemizować (walczyć) z innymi o własną wizję świata, np. o katalog i hierarchię wartości, a tym samym treści norm moralnych, które miały obowiązywać obiektywnie (dla wielu podmiotów). Jeśli zadamy śmierć (w znaczeniu czysto intelektualnym, np. jeśli pozbawimy kogoś woli, refleksyjności, czyli innymi słowy zawładniemy nim intelektualnie), to jednocześnie sami się unicestwimy, bo nie znajdziemy własnego potwierdzenia. W interpretacji noumenalnej śmierć jest przemocą jednej świadomości względem drugiej. A zatem rezultatem zwycięstwa stać się musi panowanie jednej świadomości nad drugą – świadomości istniejącej nad świadomością urzeczowioną. Jeśli występuje wzajemne uznawanie się podmiotów, to mamy do czynienia z przymusem lepszego argumentu. Jeśli nie, to występuje przemoc manipulacyjna. W szczególności w drugim przypadku mamy wyraźnie do czynienia z relacją pana i poddanego, choć nie jest wykluczone, że i w pierwszym ona wystąpi, jeśli podmioty się na to godzą. To samo można odnieść do interpretacji empirycznej (fenomenalnej). Tam, gdzie pojawi się poddanie jako element relacji empirycznych stosowania siły pomiędzy podmiotami, a jego konieczność będzie legitymizowana, to mamy do czynienia z fizycznym przymusem jako legitymizowaną przemocą. Z kolei tam, gdzie nastąpi „śmierć wolności” tam będzie arbitralna (totalitarna) przemoc. Dialektyka ta wiele nam wyjaśnia. Z perspektywy pojęciowej (logicznego wynikania) legitymizowana relacja pana i poddanego zakłada uznawanie (*das Anerkennen*), czyli pierwotny fenomen prawa jako prawa. Problem polega jednak na tym, co zauważa Hegel, że wgląd w istniejące relacje społeczne pokazuje, że nie dochodzi do wzajemnego uznania „we właściwym tego słowa znaczeniu”. Brakuje tu momentu,

⁵⁰ Ibidem, 135.

[...] by pan to, co czyni w stosunku do drugiego, czynił również w stosunku do siebie, a poddany to, co czyni w stosunku do siebie, czynił też w stosunku do drugiego. Powstało [więc] przez to uznanie jednostronne i nierówne⁵¹.

Tym samym właściwe pojęcie uznawania nie dopuszcza istnienia relacji władzy, a ziścić się może ono tylko wtedy – zdaniem Hegla – gdy Duch osiągnie swoją pełnię w ostatecznym celu, który polega na uświadomieniu sobie wolności. W Wykładach z filozofii dziejów pisze Hegel, że przeznaczeniem świata duchowego, jego ostatecznym celem „[...] jest uświadomienie sobie przez ducha swojej wolności, a wraz z tym rzeczywistość tej wolności w ogóle”⁵². Mamy tu jednak do czynienia z ideą, która nigdy nie może się urzeczywistnić z powodu dualnej natury człowieka (noumenalnej i fenomenalnej). Jest ona tym samym pewną ideą regulatywną: absolutną wolnością, która miałaby zastąpić przemoc faktycznie istniejących (nawet legitymizowanych) relacji społecznych. Z tego też powodu konieczne jest istnienie pewnych reguł dotyczących relacji społecznych uwzględniających ten fakt. Nie chodzi jednak o to, że to moralność wymusza na nas zaistnienie takich reguł, ale właśnie idea wolności, która urasta do naczelnej wartości domagającej się swojej realizacji w każdym faktycznie istniejących warunkach. Nawet podmiot amoralny, aby mógł realizować swoje zamierzone działania, bez względu na to, czy jest w stanie wzbudzić w sobie poczucie winy, czy ma *lack od moral sense* musi ideę tę zaakceptować jako warunek własnej tożsamości, czyli możliwości istnienia woli.

Po analizach pojęciowych dotyczących relacji prawa i moralności powinniśmy w tym miejscu przejść do analiz treści tych systemów normatywnych, a w szczególności treści norm moralnych jako pewnych zobiektywizowanych i absolutnie obowiązujących reguł. Jednak przejście to jest trudnym – nie tylko pojęciowo, ale również z punktu widzenia konsekwencji społecznych – „przeskokiem”. To właśnie w owym „przejściu” ujawniają się – w mojej ocenie – wszystkie kłopoty z uzasadnianiem pojęcia moralności, prawa i prawa pozytywnego w historii myśli teoretyczno- i filozoficznoprawnej. Chcielibyśmy znać treść norm jako coś obiektywnego i gotowego do ujęcia w ramy prawa, ale jest to niemożliwe nie tylko ze względu na ułomności epistemiczne, które rodzą w nas wątpliwości co do tego, że zawsze może zaistnieć

⁵¹ Ibidem, 138.

⁵² Hegel Georg W.F. 1958. *Wykłady z filozofii dziejów*. 29. Przeł. Grabowski Janusz, Landman Adam. Warszawa: PWN.

przecież potencjalnie inne rozwiązanie, ale przede wszystkim ze względu na to, że po pierwsze zniknąłby wpisany w kondycję ludzką wybór i możliwość tworzenia oraz kreowania przyszłości (tym samym dokonałoby się nasze samounicestwienie), a po drugie idea zobiektywizowania norm moralnych, które obowiązywałyby jako absolutna słuszność stanów rzeczy jest niemożliwa nie tylko dla pojedynczego podmiotu, ale przede wszystkim dla potencjalnych wspólnot. To, co nam pozostaje, to publiczne relacje oparte na często wątpliwych do przyjęcia, ale koniecznych normach prawa pozytywnego⁵³.

Bibliografia

- Arendt Hannah. 1996. *Wola*. Przeł. Piłat Robert. Warszawa: Czytelnik.
- Arendt Hannah. 1999. *O przemocy. Nieposłuszeństwo obywatelskie*. Przeł. Łagocka Anna, Madej Wojciech. Warszawa: Aletheia.
- Arendt Hannah. 2000. *Kondycja ludzka*. Przeł. Łagodzka Anna. Warszawa: Aletheia.
- Arendt Hannah (b.r.w.). *Polityka jako obietnica*. Przeł. Madej Wojciech, Godyń Mieczysław. Warszawa: Prószyński i S-ka.
- Bekrycht Tomasz. 2013. O związku koniecznym między prawem a moralnością. W *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*. 83-95. Red. Dębiński Antoni i in. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Bekrycht Tomasz. 2015. *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnieniu istnienia prawa*. Seria Wydawnicza „Jurysprudencja” (6). Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Fichte Johann G. 1960. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Hamburg: Felix Meiner.
- Gadamer Hans-Georg. 2004. *Prawda i metoda*. Przeł. Baran Bohdan. Warszawa: PWN.
- Habermas Jürgen. 2005. *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Przeł. Romaniuk Adam, Marszałek Robert. Warszawa: Scholar.
- Hegel Georg W.F. 2002. *Fenomenologia ducha*. Przeł. Nowicki Florian. Warszawa: Aletheia.
- Husserl Edmund. 1992. *Filozofia jako ścisła nauka*. Przeł. Galewicz Włodzimierz. Warszawa: Aletheia.

⁵³ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu „Demokratyczna legitymizacja wpływu orzeczeń sądowych na system tworzenia prawa”, nr 2015/19/B/HS5/03114, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

- Husserl Edmund. 2000. *Badania logiczne. Badania dotyczące fenomenologii i teorii poznania*. Przeł. Sidorek Janusz. Warszawa: PWN.
- Husserl Edmund. 2006. *Badania logiczne. Prologomena do czystej logiki*. Przeł. Sidorek Janusz. Warszawa: PWN.
- Ingarden Roman. 1972. O pytaniach esencjalnych. W *Z teorii języka i filozoficznych podstaw logiki*. 327-482. Warszawa: PWN.
- Nowak Ewa. 2002. *Autonomia jako zasada etyczności*. Wrocław: Monografie FNP. Seria Humanistyczna.
- Reinach Adolf. 2009. *Aprioryczne podstawy prawa cywilnego*. Przeł. Bekrycht Tomasz. Kraków: Aureus.
- Schmitt Carl. 2013. *Nauka o konstytucji*. Przeł. Kurowska Magdalena, Marszałek Robert. Warszawa: Teologia Polityczna.
- Siemek Marek J. 1998. *Hegel i filozofia*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Stainvorth Ulrich. 1995. Sprawiedliwość. W *Filozofia podstawowe pytania*. red. Martens Ekkehard, Schnädelbach Herbert. Tłum. Krzemińska Krystyna. Warszawa: Wiedza Powszechna.
- Szulakiewicz Marek. 2006. *Dialog i metafizyka*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Tugendhat Ernst. 2004. *Wykłady o etyce*. Przeł. Sidorek Janusz. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Woleński Jan. 2001. *Epistemologia. T II. Wiedza i poznanie*. Kraków: Aureus.

Streszczenie

Artykułu koncentruje się na analizie pojęciowej prawa i moralności z perspektywy ich związku z pojęciem przemocy i przymusu. Autor dokonuje analizy fenomenologicznej pojęcia prawa i moralności wskazując na ich wieloznaczność oraz trudności z określeniem ich wzajemnej relacji. Analizy te prowadzą do wniosku o konieczności uwzględniania trzech fenomenów (prawa, moralności i prawa pozytywnego) w poprawnym określeniu tej relacji. Pozwala to uchronić treść prawa pozytywnego przed dogmatyzmem i ideologiami. Autor podważa również tezę o szczególnej roli moralności w relacjach społecznych, a silnie podkreśla bardzo istotną, prymarną rolę prawa pozytywnego.

Słowa kluczowe: prawo pozytywne, moralność, wola, przemoc, przymus

Positive law – facts and norms – violence and coercion

Summary

This article focuses on the conceptual analysis of law and morality from the perspective of their relationship with the concepts of violence and coercion. The author conducts a phenomenological analysis of the concepts of law and morality, pointing out their ambiguity and the difficulties with defining their mutual relations. This analysis leads to the conclusion that three phenomena (law, morality and positive law) must be taken into consideration for those relations to be correc-

tly defined. This allows the content of positive law to be shielded against dogmatism and ideologies. The author also challenges the thesis of a special role of morality in social relationships and strongly emphasises the crucial, primary role of positive law in those relations.

Keywords: positive law, morality, will, violence, coercion

Dr hab. Tomasz Bekrycht
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki