

Tożsamość kultury prawnej a legitymizacja prawa¹

Tomasz Bekrycht

Identity of legal culture and legitimization of law

Abstract: The paper analyses some elements which create the identity of legal culture. These elements are determined by Greek philosophy, Roman law (the Mediterranean culture) and Christian solidarity. These included positive law (*legem ponere*), jurisprudence, academic teaching, legal text, axiological autonomy of law, Roman law as origin of civil law and its reception, legitimization of law. The paper focuses particularly on problematic aspects of legitimization of law.

In the literature of jurisprudence the problem of the legitimacy (justifying) of law is presented as the justification for the external validity of law or as a justification for the absolute validity. The history of philosophy of law demonstrates that we can talk about same arguments, which may be referred to as transcendental. Those are ultimate conditions of justifying any kind of being – here this particular being is the law.

Firstly, this paper presents two trends (traditions) in the literature of philosophy that have developed the concept of transcendental method, and thus the content of the concept of transcendentalism. Secondly, it presents four arguments which justify the existence of law and which can be called the transcendental arguments.

Keywords: legal culture, positive law, identity of culture, external validity of law, internal validity of law, transcendental argument, transcendentalism

¹ Niniejszy artykuł został napisany w ramach projektu badawczego finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, nr DEC-2012/05/B/HS5/01111.

Wprowadzenie

Istnieją takie klasy pojęć, które – idąc za spostrzeżeniami Leszka Kołakowskiego – skomponowane są niczym worki bez dna i pełnią *par excellence* funkcję ideologiczną². Pojęć takich jest wiele, jak choćby idea praw człowieka, liberalizm, demokratyczne państwo prawne, sprawiedliwość społeczna, relatywizm kulturowy, itd. Nie należy jednak – w mojej ocenie – traktować generowanej przez te pojęcia wieloznaczności jako ich wady, ale właśnie jako wyraz normatywnego, niedoścignionego wzorca, który – nawet jeśli przyświeca wielu przeciwstawnym światopoglądom – ostatecznie służy najszerzej rozumianemu rozwojowi ludzkości. Często refleksja nad tego typu pojęciami, a następnie próba ich urzeczywistnienia w relacjach społecznych jako normatywnej treści prawa pozytywnego wskazuje, że w swojej wieloznaczności zawierają wiele aporii i uwikłane są w problematykę najistotniejszych zagadnień filozoficznych. Niewątpliwie do katalogu tych pojęć należy zaliczyć pojęcie tożsamości kultowej, które może służyć z jednej strony jako ideologiczne hasło walki o wykluczenie innej kultury z granic swego panowania, z drugiej zaś jako godna polecenia idea budowania świadomości podmiotów danej społeczności. Pomijając zagadnienie związane z pierwszą z wymienionych funkcji (ale jednocześnie zdając sobie sprawę z wagi problematyki, jaka wiąże się z refleksją nad nią i potencjalnymi społecznymi konsekwencjami, które może przynieść ze sobą wypracowane i przyjęte na jej gruncie rozwiązanie) koncentruję się na drugiej roli, jaką wymieniłem w ramach pojęcia tożsamości kultury, zawężając stopniowo rozważania do relacji wyznaczonej w tytule, czyli tożsamości kultury prawnej a legitymizacji prawa.

Tytułem wstępu i z konieczności uporządkowania aparatu pojęciowego przyjmuję synonimiczność wyrażen „tożsamość kultury” i „tożsamość kulturowa”, choć można byłoby wskazać na pewne niuanse znaczeniowe tych dwóch wyrażen.

¹ Kołakowski mówił o nich jako o workach na śmieci, jednak zwrot ten ma dość silne zabarwienie pejoratywne, dlatego świadomie parafrazowałem jego słowa na wyrażenie „worki bez dna”. Leszek Kołakowski, *Szukanie barbarzyńcy. Złudzenia uniwersalizmu kulturowego*, [w:] tegoż, *Czy diabeł może być zbawiony i 27 innych kazań*, Znak, Londyn 1984, s. 11.

W pierwszym wyrażeniu „tożsamość” przynależy dzierżawczo do kultury, niczym rower do Janka czy długopis do Zosi. Analogicznie zatem można byłoby powiedzieć, że do pojęcia kultury (przy) należy pojęcie tożsamości. W drugim znaczeniu jest inaczej, tj. tożsamość cechuje kulturę, tak jak może cechować inne przedmioty, gdy mówimy o tożsamości ideologicznej, tożsamości religijnej czy tożsamości prawnej. Następnie, jeśli pojęcie kultury określimy jako coś, co jest wspólnie uznawane i przeżywane przez daną grupę społeczną oraz coś, co przynależy do tej grupy jako wspólne wartości, które wpływają na postawy członków tej grupy i ich sposób życia³, to transponuje nas do pojęcia tożsamości, czyli tego, co wspólne i co również identyfikuje tę a nie inną zbiorowość jako grupę społeczną. Mamy zatem do czynienia z pewnym pojęciowym podwojeniem, gdyż o kulturze możemy mówić tylko wtedy, gdy rozpoznamy to, co wspólne (tożsame) jako wartości, postawy i sposób życia jakiejś ludzkiej zbiorowości, co tym samym identyfikuje nam pojęcie grupy społecznej i przynależnej do niej kultury, której wyodrębnienie przesądza o tożsamości tej grupy. Można byłoby zatem zrezygnować z wyrażenia tożsamość kultury i mówić po prostu o kulturze, gdyż pojęcie to budowane jest poprzez pojęcie tożsamości. Trochę inaczej jest w przypadku analizy pojęcia tożsamości kulturowej. W tym przypadku wyrażenie to nie może być zredukowane, gdyż musimy określić o jaką tożsamość nam chodzi. Jednak w przypadku pojęcia tożsamości kulturowej, pojęcie kultury jest z punktu widzenia metodologii nauk społecznych i humanistycznych zakresowo tak szerokie, że bez doprecyzowania, o jaką kulturę (katalog wartości, postaw i sposobów życia) nam chodzi, to mówiąc o tożsamości kulturowej, mówimy po prostu o kulturze.

Po tych kilku uwagach natury analizy pojęciowej przyjmuję, że gdy mowa jest o tożsamości kultury czy tożsamości kulturowej, to uznaję ich synonimiczność i kieruję rozważania na zagadnienia związane z pojęciem tożsamości kultury europejskiej, identyfikowanej poprzez ogromny katalog wartości, postaw i sposobów życia związanych z tym, co można

³ Jesse J. Prinz, *Culture and Cognitive Science*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (pdf version – <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/culture-cogsci/>), Stanford 2011, s. 2; Simon Blackburn, *Kultura*, [w:] tegoż, *Oksfordzki słownik filozoficzny*, przeł. C. Cieśliński, P. Dziliński, M. Szczubiałka, J. Woleński, Książka i Wiedza, Warszawa 1997, s. 206.

byłoby najogólniej określić jako duchowe dziedzictwo Grecji, Rzymu i Jerozolimy.

To duchowe dziedzictwo sprawiło, że kultura europejska ma pewną istotną (wyróżniającą) ją cechę, tj. zdolność refleksji, samooceny i samokrytyki. L. Kołakowski nazwał tę cechę zdolnością do kwestionowania samej siebie, zdolnością do porzucenia ekskluzywności własnej, jej wolę spoglądania na siebie samą oczami innych⁴. Dzięki temu osiągnęła ona wysoką świadomość własnej identyczności, czyli tożsamość kulturową. Refleksyjność, o której tu mowa stała się w owym dziedzictwie filozofią (umiłowaniem mądrości), czyli wiecznym poszukiwaniem i wyjaśnianiem wszelkiej realnej i pomyślanej rzeczywistości, ale i samej siebie, co można nazwać również samowiedzą, czy autorefleksją.

Tożsamość kultury prawnej

W kulturze europejskiej można wskazać na pewien rodzaj bytu, który w owym dziedzictwie duchowym traktowany jest jako istotna wartość i zajmuje ważne miejsce w relacjach społecznych, wpływając na postawy jego członków, wyznaczając im sposoby zachowania i układając często bezalternatywne relacje, w jakich muszą oni uczestniczyć. Bytem tym jest prawo. W kulturze europejskiej refleksja nad jego miejscem w rzeczywistości społecznej, istotnymi cechami i treścią zajmuje szczególną pozycję w określeniu jej tożsamości. Tym samym w owej samowiedzy i myśleniu samokrytycznym pojawia się również wymienione w tytule artykułu pojęcie tożsamości kultury prawnej. Tożsamość ta została zbudowana z pewnych elementów, które można byłoby nazwać kategoriami myślenia, wyznaczonymi przez wspomniane wyżej dziedzictwo filozofii greckiej, prawa rzymskiego i solidarności chrześcijańskiej. Wskazując te elementy można posłużyć się wyróżnionymi przez L. Kołakowskiego elementami konstytuującymi tożsamość osobową i tożsamość zbiorową. Według Kołakowskiego należą do nich: substancja, pamięć, antycypacja, ciało i umiejscowiony w czasie początek⁵.

⁴ L. Kołakowski, *Szukanie barbarzyńcy...*, dz. cyt., s. 14.

⁵ L. Kołakowski, *O tożsamości zbiorowej*, przeł. S. Amsterdamski, [w:] tegoż, *Moje słuszne poglądy na wszystko*, Znak, Kraków 1999, s. 156-169.

Pierwszym elementem jest substancja. Kołakowski podkreśla, że mówiąc o substancji nie należy traktować jej empirycznie (albo jedynie empirycznie), ale raczej jako ideę transcendentalnej jedności (dla bytu osobowego może to być transcendentalne Ja czy transcendentalne My dla zbiorowości), doświadczania siebie samego czy innych podmiotów oraz doświadczenia wspólnoty. Dla pojęcia tożsamości prawnej możemy wskazać taki czynnik, który wyróżnia prawo substancjalnie z pozostałych obszarów ontycznych. Substancją tą jest jedność więzi normatywnej, mająca swoje źródło w koncepcji prawotwórstwa, a dokładnie w koncepcji idei prawa stanowionego (prawa pozytywnego – *legem ponere*). Jedność ta wyznaczana jest szczególnego rodzaju aktem, zwanym aktem normowania i istnieje w relacji między dwoma podmiotami, jakim są prawodawca (władza ustawodawcza ściśle oddzielna od wykonawczej i sądowniczej) i adresat prawa. Akt ten jest źródłem owej szczególnej normatywności, którą można nazwać projektowaną przez prawodawcę rzeczywistością i która wiąże jej adresatów jako powinność prawna, często wymagająca od nich danego zachowania. Normatywność ta ma szczególnego rodzaju sposób istnienia, wyróżniając ją od innych rodzajów bytu⁶.

Drugim elementem tożsamości jest pamięć. Pamięć rozumiana jest jako warunek zachowania możliwości ciągłości refleksji danego podmiotu. W stosunku do tożsamości zbiorowej zapewniona jest ona ideą nauki i dydaktyki. Dla pojęcia tożsamości prawnej jest nią prawoznawstwo, rozumiane jako wiedza kształtowana w ramach, po pierwsze, dogmatyk prawniczych, jako teoretyczna refleksja nad normami prawa obowiązującego, po drugie, praktyczne urzeczywistnianie wiedzy o prawie w ramach zawodów prawniczych, po trzecie, w filozoficzno- i teoretyczno-prawnym budowaniu aparatu pojęciowego prawoznawstwa, i wreszcie po czwarte, w samej idei edukacji prawniczej.

Trzeci element tożsamości to antycypacja. Chodzi tu o ukierunkowanie w przyszłość i wiązanie ciągłości świadomości

⁶ Adolf Reinach, *Aprioryczne podstawy prawa cywilnego*, przeł. T. Bekrycht, Wydawnictwo Aureus, Kraków 2009, s. 165-205; Tomasz Bekrycht, *Aprioryczność prawa. Ontologia prawa w fenomenologii Adolfa Reinacha*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 131-146.

z wyprowadzaniem wniosków z przeszłości. Antycypacja jest wizją tego, co być powinno i projektowaniem czynników jej realizacji; jest swoistego rodzaju nadzieją. Tożsamość europejskiej kultury prawnej zapewniona jest w tym elemencie ideologią myślenia prawniczego wypracowaną w ramach refleksji filozoficzno-prawnej. Chodzi o pewien wypracowany w kulturze europejskiej sposób abstrakcyjnego myślenia, który umożliwia projektowanie normatywności w sposób ogólno-abstrakcyjny (hipotetyczny i potencjalny). Jest to normatywność przewidująca i oczekująca, a nie stająca się *ad hoc*, tu i teraz. W szczególności dla tożsamości europejskiej kultury prawnej jako systemu-typu prawa kontynentalnego element antycypacji najpełniej się w niej realizuje. Normatywność ogólno-abstrakcyjna jest tu zawsze powinnością skierowaną na przyszłość (do tego chronioną zasadą *lex retro non agit*)⁷.

Czwartym elementem jest ciało rozumiane znów nie jako coś empirycznego, ale (dla tożsamości osobowej) jako idea nosiciela stałego układu genetycznego wyznaczającego tożsamość za życia, a nawet po śmierci. W tożsamości zbiorowej jest to idea państwa jako idea terytorium, ziemi, czy terenu (nawet jeśli jest to tylko „ziemia obiecana”). Ten element w idei tożsamości europejskiej kultury prawnej jest ideą tekstu prawnego jako warunku koniecznego obowiązywania prawa. Tekst prawa jest w europejskiej kulturze prawnej warunkiem koniecznym (choć niewystarczającym) treści prawa, punktem odniesienia w analizie norm i punktem wyjścia w procesie ich interpretacji. Tekst jest tu postrzegany nie tylko jako źródło normatywności, ale również jako nośnik takich wartości jak pewność, bezpieczeństwo i gwarant uprawnień oraz obowiązków obywatela jako adresata prawa. Jako obecność czwartego elementu w charakterystyce tożsamości prawa można byłoby uznać również ideę jego autonomii. Z jednej strony można mówić o aksjologicznej autonomii prawa, gdzie prawo jest rozumiane jako byt urzeczywistniający szczególnego rodzaju wartości, które tym samym uzasadniają jako autonomiczny byt jako tworu kulturowego. Należą do nich sprawiedliwość, godność osoby ludzkiej i wolność. Wartości te stanowią niejako wewnętrzne dobra, które świadczą o jego

⁷ Roman Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 109-137.

tożsamości i bytowej autonomii⁸, biorąc pod uwagę perspektywę aksjologiczną. Z drugiej strony o autonomii prawa można mówić z punktu widzenia ontologii. Jest ono wtedy traktowane np. jako autopoietyczny system⁹ lub emergentny byt, superwenujący na społecznych praktykach kooperacji, które wynikają z naszych biologicznych dyspozycji¹⁰.

I w końcu piąty element konstytuujący pojęcie tożsamości – czasowo rozumiany początek. Chodzi tu o ideę narodzin, źródła, miejsca pochodzenia, początku. W budowaniu tożsamości osobowej i zbiorowej może przybrać ona postać zwrotów: „ja stąd pochodzę (my stąd pochodzimy)”, „tu są moje (nasze) korzenie”. Dla europejskiej kultury prawnej tożsamość w tym elemencie zawarta jest w źródle, jakim jest prawo rzymskie i wypracowane w tej tradycji instytucje prawne oraz idea jego recepcji. Niepodważalnym faktem jest, że europejska kultura prawna ma swoje korzenie w dziedzictwie rzymskiej kultury prawnej, a fundamentalne instytucje współczesnego prawa cywilnego są ich rzymskim odpowiednikiem.

Tożsamość kultury prawnej a legitymizacja prawa

Posługując się metaforą pięciu elementów tożsamości osobowej i zbiorowej wyróżnionych przez L. Kołakowskiego wskazałem powyżej na charakterystyczne zjawiska, o których można mówić jako o elementach składowych tożsamości kultury prawnej. Istnieje jeszcze jedna tendencja intelektualna w europejskiej kulturze prawnej budująca tożsamość tej kultury poprzez silne związanie z filozoficznym nurtem, który

⁸ Martin Krygier, *Legal Traditions and Their Virtue*, [w:] Grażyna Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Kraków 1992; Gustav Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, przeł. Cz. Znamierowski, Księgarnia Powszechna, Warszawa–Kraków 1938; John Shand, Peter Stein, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1974; R. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6; Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1995.

⁹ Niklas Luhmann, *Systemy społeczne. Zarys ogólnej teorii*, przeł. M. Kaczmarczyk, Nomos, Kraków 2012; Gunther Teubner, *Law As an Autopoietic System*, Blackwell Publishers, Oxford 1993.

¹⁰ Wojciech Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.

można określić jako przymus wyjaśniania i uzasadniania, a który – spoglądając syntetycznie na historię myśli filozoficznej – jest jednym z filarów myślenia filozoficznego i budowania tożsamości kultury europejskiej. Jest nim dążenie do legitymizacji prawa, czyli dążenie do jego usprawiedliwienia jako uzasadnienia jego istnienia.

Historia myśli filozoficznej pokazuje, że namysł nad rzeczywistością pozostaje ciągle w dialektycznym konflikcie między tezą o tym, że jesteśmy w stanie poznać fundamentalne elementy, które konstytuują ową rzeczywistość, a nihilizmem, czyli tezą o beznadziejności takich poszukiwań i upadku nadziei ich odkrycia. Spostrzeżenie to dotyczy również tego fragmentu rzeczywistości, który nazywamy prawem i zawiera się w pytaniach o istnienie uniwersalnych struktur tej kategorii bytu i możliwość ich obiektywnego poznania, a przynajmniej takiego poznania prawa (jako kategorii ontologicznej), abyśmy mieli wiedzę, która w powszechnie satysfakcjonujący sposób wskazywałaby podstawę jego istnienia, co ostatecznie stanowiłoby być może powszechny argument za jego przestrzeganiem. Jürgen Habermas przyjmuje, że kulturze przypada szczególne zadanie związane z tym, że w społeczeństwach zorganizowanych w państwa powstaje potrzeba legitymizacji prawa i istnieje konieczność uzasadnienia, dlaczego dany porządek polityczny zasługuje na uznanie¹¹. Jednak wysoki stopień skomplikowania struktur społecznych powoduje, że intelektualnie jest to niezwykle trudne zadanie, a mimo to – jak to określa Habermas – „obrazy świata muszą okazać swoją skuteczność idealizacyjną”¹².

Na podobną problematykę wskazuje Ronald Dworkin w *Imperium prawa*, a mianowicie, że istnieje w prawoznawstwie konieczność takiej refleksji, która musi podejmować problematykę na najwyższym stopniu ogólności, tj. że każda koncepcja prawa musi dostarczyć ogólnego uzasadnienia dla użycia przemocy przez państwo i uzasadnienia legitymizacji władzy, legitymizacji prawa oraz uzasadnienia jego przestrzegania.

¹¹ Jürgen Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II: *Przyczynek do krytyki rozumu funkcjonalnego*, przeł. A.M. Kaniowski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 331.

¹² Tamże, s. 333.

Zagadnienie problematyki uzasadnienia prawa jest w literaturze przedmiotu przedstawiane jako uzasadnienie obowiązywania zewnętrznego prawa albo uzasadnienie obowiązywania absolutnego. „Po pierwsze – pisze Aulis Arnio w *The Rational as Reasonable* – muszą być ściśle od siebie odróżnione dwa różne rozumienia treści pojęcia «obowiązywania formalnego». Nazwijmy je *wewnętrznym (internal)* i *zewnętrznym (external)* obowiązywaniem porządku prawnego. Pierwsze z nich odnosi się do obowiązywania «wewnątrz» («inside») systemu, podczas gdy obowiązywanie wewnętrzne mówi coś o obowiązywaniu systemu jako takiego»¹³.

W związku z tym w literaturze przedmiotu wyróżnia się dwa pojęcia obowiązywania prawa:

1. Obowiązywanie wewnętrzne albo relatywne, albo systemowe. W tym rozumieniu utożsamiamy pojęcie prawa z pojęciem konkretnej normy prawnej i pytamy czy ta ostatnia obowiązuje. Problematyka obowiązywania wewnętrznego jest rozwiązywana w granicach danego systemu prawa albo porządku prawnego. Jednak z punktu widzenia teorii nauki pojęcie obowiązywania wewnętrznego jest narażone na zarzut błędnego koła, gdyż norma prawna obowiązuje, jeśli spełnia algorytm obowiązywania w systemie prawa i porządku prawnym, a dany system jest systemem prawa, jeśli jego normy obowiązują według tego algorytmu. Innymi słowy, prawnik zastanawiając się nad tym, czy dana norma obowiązuje, sięga zwykle do tekstu (systemu prawa), a ten obowiązuje na podstawie norm w nim zawartych¹⁴. Pojęcie obowiązywania wewnętrznego jest

¹³ Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Springer, Dordrecht–Boston–Lancaster–Tokyo 1987, s. 34; Aleksander Peczenik, *The Structure of a Legal System*, „Rechtstheorie” 1975, no. 6, s. 4; Kazimierz Opalek, Jerzy Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, PWN, Warszawa 1969, s. 114-128; Jerzy Stelmach, *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym*, [w:] *Teoria Prawa. Filozofia Prawa. Współczesne Prawo i Prawoznawstwo* (red. zbiorowa), Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1998, s. 315-327; Anna Rojek, *Kilka uwag o obowiązywaniu prawa*, [w:] *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka* (red. zbiorowa), Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2006.

¹⁴ Jan Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, PWN, Warszawa–Kraków 1980, s. 98-110.

tym samym ściśle dogmatyczne, gdyż pytając o podstawę obowiązywania normy w systemie, wskazujemy na akt prawny wyższego rzędu, czyli powiązania kompetencyjne, które ostatecznie prowadzą nas do Konstytucji jako źródła obowiązywania danego systemu prawa i porządku prawnego. Następnie pytając o obowiązywanie Konstytucji musimy stwierdzić, że biorąc pod uwagę reguły systemu prawa, obowiązuje ona na podstawie samej siebie. Aby wyjść z błędnego koła, musimy zatem sięgnąć do uzasadnień, które muszą mieć swoje źródło poza systemem prawa. Jednak pojęcie obowiązywania wewnętrznego jako dogmatyczne, czyli traktujące istnienie prawa bezrefleksyjnie, wystarcza prawnikom ze względów praktycznych, gdyż nie muszą podejmować problematyki filozoficznej w stosunku do zagadnień istnienia prawa i uzasadnienia jego istnienia, co jest z kolei przedmiotem zainteresowania filozofów i filozofów prawa w ramach analizy pojęcia obowiązywania zewnętrznego.

2. Obowiązywanie zewnętrzne albo absolutne odpowiada na pytanie o podstawę obowiązywania prawa jako takiego, czyli ma za swój przedmiot uzasadnienie istnienia prawa. Tu musimy wyjść z refleksją poza dany system i dany porządek prawny i poszukiwać odpowiedzi w samej istocie bytu.

Zagadnienie uzasadnienia zewnętrznego ma ogromne znaczenie z praktycznego (społecznego) punktu widzenia. Praktyka wskazuje, że trwale są tylko takie systemy organizacji społecznej, dla których istnieje wewnętrzna akceptacja istniejących w nich reguł, rozumianych nie tylko jako treść prawa tu i teraz, ale również jako reguł formalnych – czegoś na wzór fullerowskiej wewnętrznej moralności prawa¹⁵. Ma to istotny wpływ na analizę zjawiska tożsamości kultury prawnej, gdyż z jednej strony akceptacja ta wypływa z owego źródła, jakim jest kultura, czyli tożsamość wartości, wspólnych zachowań i tego, co wspólnie przeżywane i uznawane. Z drugiej zaś akceptacja ta umacnia grupę i kulturę poprzez wspólną wizję normatywnego systemu prawa pozytywnego.

¹⁵ Lon Fuller, *Moralność prawa*, przeł. S. Amsterdamski, PIW, Warszawa 1978.

Argument siły i prawdopodobieństwa ukarania czy doznania przykrości jest tak naprawdę słabym spoiwem społecznym, negującym możliwość budowania tożsamości kultury, której prawo i warunek jego uznawania jest istotnym elementem konstytuującym ową tożsamość.

Okazuje się jednak, że zadanie uzasadnienia prawa nie jest łatwe, gdyż mieści się w zakresie trudnej problematyki jego epistemologii i ontologii i często przekracza możliwości jednoznacznej na nie odpowiedzi. Niemniej jest to ten element aktywności intelektualnej kultury europejskiej, który to m.in. przyczynia się do budowania jej tożsamości. Ten ciągły niepokój intelektualny związany z permanentnym zadaniem wyjaśniania i uzasadniania wszelkich form rzeczywistości świadczy – o czym wspominałem we wstępie – o wyjątkowej pozycji kultury europejskiej i jej tożsamości. Literatura przedmiotu wskazuje, że ostateczną zasadę istnienia prawa można byłoby zaliczyć do pojęcia idei regulatywnej, czyli pewnego wzorca przewodniego, którego nigdy nie da się do końca określić.

Pytanie o warunki możliwości istnienia prawa nazywam pytaniem transcendentálním, czyli takim, który poszukuje czegoś uniwersalnego, stałego, a co uzasadnia prawo niezależnie od przyjęcia tego uzasadnienia jako faktycznego argumentu istniejącego porządku społecznego. Treść tego pytania pozostaje zawsze taka sama, zmienia się tylko odpowiedź na nie w zależności od obszaru poszukiwań. I to właśnie ten szczególny rodzaj myślenia – myślenia transcendentálnego – jest jednym z charakterystycznych elementów wyróżniających naszą kulturę i wpływający na to, że mówimy o jej tożsamości.

Oczywiście idea pytania transcendentálnego jest ideą mającą swoje źródło w filozofii Kanta, a nawet Kartezjusza. Jednak w wyniku wielu koncepcji filozoficznych i uprawiania filozofii transcendentálnejszej przez najwybitniejszych filozofów stała się ona nurtem niejednolitym. W literaturze przedmiotu ogólnie można wskazać na dwa nurty, które wykształciły pojęcie metody transcendentálnejszej i tym samym treść pojęcia transcendentálnejszemu.

Pierwszy – zdecydowanie przeważający i historycznie wcześniejszy – to nurt, który można nazwać epistemologicznym, pytający o warunki możliwości poznania, czyli: jak jest możliwe poznanie? Został on zapoczątkowany przez I. Kanta

jako oryginalny program badawczy, dotyczący analizy podmiotowych warunków wszelkiego poznania przedmiotowego. W nurcie epistemologicznym filozofii transcendentalnej można wskazać dwa charakterystyczne obszary: transcendentalny subiektywizm i transcendentalny intersubiektywizm. Dla tego pierwszego charakterystyczny jest zwrot na podmiot jako jednostkowy nośnik relacji poznawczej. Można powiedzieć, że filozofia transcendentalna stała się tym samym teorią świadomości, a jej priorytetowym obszarem czysty podmiot (Ja, Ego), kształtując tym samym pojęcie idealizmu transcendentalnego. Jednak dla wszystkich koncepcji filozoficznych, które przyznają podmiotowi rolę konstytuowania wszelkiego sensu, powstaje problem konstytuowania obiektywności rozumianej jako intersubiektywna sprawdzalność wiedzy, a tym samym i wszelka komunikowalność podmiotów. Powstaje niemalże palące zagadnienie wyjaśnienia intersubiektywności i uzasadnienia konstytuowania jej sensu. Jeśli jedynym bytem, który istnieje jako ten, w który nie można sensownie wątpić jest własna jaźń, czy samoświadomości, to bardzo trudno jest konstytuować inny podmiot, który miałby w owej konstytucji ontycznie ten sam status, co konstytuująca go samoświadomość, a tym samym trudno jest budować wspólny świat podmiotów, które – mówiąc najogólniej – posiadałyby jedną prawdę. Wyzwaniem dla filozofii jest zatem zagadnienie możliwości budowania wspólnej wiedzy i kryteriów jej weryfikowalności, gdyż takie pojęcia jak sprawdzalność i weryfikowalność stają się sensowne dopiero wraz z intersubiektywnością, rozumianą jako coś obiektywnego, a to z kolei jest ściśle związane z komunikowalnością, choć i to jest wielce problematyczne, co pokazują wysiłki filozoficzne skierowane na budowanie definicji prawdy czy analizę problematyki odniesienia słów do rzeczy, czyli znaczenia i oznaczania. Musi zatem pojawić się coś, co przekroczy indywidualne umysły i pozwoli je zobiektywizować, dając jednocześnie możliwość wspólnego dla wszystkich podmiotów poznania prawdy jako czegoś obiektywnego. Tym czymś w filozofii jest idea uzasadnienia istnienia ontycznie niezależnych podmiotów poznania, którą można w skrócie nazwać ideą uzasadnienia intersubiektywności. Trafnie ujmuje to Frederick Copleston, stwierdzając, że filozof idealistyczny odtwarzając proces nieświadomej aktywności, która konstytuuje świat musi zrobić dodatkowy

krok, postąpić jeszcze dalej i uznać, że wytwarzania świata nie można przypisać jednostkowej jaźni, gdyż nie jest się wtedy w stanie uniknąć solipsyzmu. Solipsyzm z kolei jest stanowiskiem, które trudno zajmować na serio. „Idealizm jest więc zmuszony – pisze F. Copleston – wykraczać poza skończony podmiot ku ponadjednostkowej inteligencji, ku podmiotowi absolutnemu”¹⁶. Stąd pojawia się idea Ja nieempirycznego, odsubstancjalizowanego, transcendentального.

Do nurtu epistemologicznego w filozofii transcendentальной w zarówno w obszarze subiektywizmu (idealizmu transcendentального), jak i uzasadnienia intersubiektywności możemy zaliczyć tradycję filozoficzną powstałą w obszarze tradycji filozofii niemieckiej począwszy od wieku XVIII do chwili obecnej. W szczególności można wskazać na sztafardowe postacie jak Kanta, Fichtego, Hegla, Husserla, Apla, Habermasa.

Drugi nurt, który można wyodrębnić w ramach transcendentalizmu, to nurt antyseptyczny, który nazywam metafizycznym. Tutaj stosuje się metodę transcendentálną w postaci tzw. argumentów transcendentálnych, służących z jednej strony do obrony przed sceptycyzmem¹⁷, z drugiej zaś argumentów wskazujących podstawy obowiązywania danych obszarów przedmiotowych, np. przedmiotów empirycznych, moralności, prawa, dzieła muzycznego czy literackiego, uczuć, matematyki czy logiki itd. Nurt ten „odkrywa świat uzasadnień, usprawiedliwień, czy też legitymizacji, warunkujący wszystko to, co przekraczamy albo z czego wykraczamy”¹⁸. On również wychodzi od założeń kantowskiego transcendentalizmu,

¹⁶ Frederick Copleston, *Historia filozofii*, t. VII: *Od Fichtego do Nietzschego*, przeł. J. Łoziński, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1995, s. 10.

¹⁷ Obalenie sceptycyzmu to w ogóle jedno z podstawowych zadań filozofii i z punktu widzenia jej historii jest stare jak ona sama. Również nurt epistemologiczny wpisuje się w to zadanie, ale ten wyraźnie akcentuje rolę podmiotu jako jedyne miejsce, które jest przedmiotem zainteresowania wykazania ważności swojego doświadczenia. Takie ujęcie można traktować jako cel sam w sobie albo jako początek do dalszych spostrzeżeń, innymi słowy, do podjęcia kroku w kierunku wyciągnięcia konsekwencji z ustaleń badawczych tego obszaru. I w tym sensie oddzieliłem te dwa nurty, wskazując na drugi jako antyseptyczny.

¹⁸ M. Szulakiewicz, *Obecność filozofii transcendentальной*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2002, s. 18.

ale przedmiotem jego zainteresowania i głównym celem refleksji filozoficznej nie jest badanie struktury poznawczej, ale formułowanie sądów egzystencjalnych, uzasadniających istnienie jakiejś formy rzeczywistości niezależnej od podmiotu. Nurt ten tym samym zakłada, że metafizyka jest możliwa i współistnieje w ramach filozofii transcendentalnej. Innymi słowy ten – nazwany przeze mnie metafizycznym – nurt filozofii transcendentalnej nie neguje opozycji podmiotu i przedmiotu poznania, traktując przedmiot jako niezależny, samoistny i zewnętrzny byt i jakby odzyskuje dla filozofii rzeczywistą „rzeczywistość” jako tradycyjny przedmiot metafizyki. Można to ująć również w ten sposób, że nurt metafizyczny nie wyciąga (bądź nie chce wyciągać) wniosków antyrealistycznych z kantowskiej metody transcendentalnej i jej badawczych rezultatów. To, że przyjmujemy istnienie pewnych apriorycznych form naoczności i czystych pojęć intelektu, nie znaczy jeszcze, że musimy się opowiedzieć po stronie idealizmu. W szczególności literatura tradycji anglosaskiej ma swój ogromny wkład w rozwój tak rozumianej argumentacji transcendentalnej i opracowanie pojęcia argumentu transcendentalnego.

W literaturze przedmiotu podaje się różne schematy, które odpowiadałyby budowie argumentu transcendentalnego, np. że argumenty transcendentalne pojmowane tradycyjnie, są określane poprzez powiązanie z pewnym rodzajem twierdzenia, „namely that *X* is a necessary condition for the possibility of *Y*—where then, given that *Y* is the case, it logically follows that *X* must be the case too”¹⁹; albo musi istnieć pewne *Y*, jeżeli istnieje pewne *X*, dla którego *Y* jest warunkiem koniecznym²⁰; albo

1. „*Oto doświadczenie*
2. *Koniecznym warunkiem możliwości doświadczenia jest prawdziwość S*
3. *A zatem S*”²¹.

¹⁹ *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/transcendental-arguments/>.

²⁰ Stanisław Judycki, *Epistemologia XX wieku: przegląd stanowisk*, <http://www.kul.pl/files/108/Epistemologia%20XX%20wieku.pdf>, s. 19.

²¹ D. Leszczyński, *Struktura poznawcza i obraz świata. Zagadnienia podmiotowych warunków poznania we współczesnej filozofii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 57.

Argumentując przeciw idealizmowi, na rzecz istnienia realności (obiektywności) świata zewnętrznego w formie niezależnej od świadomości, przyjmuje się, że skoro doświadczamy przedmiotów w porządku przestrzenno-czasowym, to wskazuje się na pewne ogólne cechy danego przedmiotu i się je rozważa, a następnie z tego rozważania wnioskuje się o pewnych zasadach dotyczących warunków koniecznych istnienia tego przedmiotu (np. język zawiera nazwy barw i niektóre wrażenia są definiowalne tylko poprzez odniesienie do jakichś przedmiotów, a zatem istnieją przedmioty kolorowe)²². Do klasycznych uzasadnień dokonywanych w schemacie pojęcia argumentu transcendentального na rzecz istnienia realności należą te, które współcześnie zostały przedstawione w literaturze anglosaskiej m.in. przez Petera F. Strawsona, Hilary'ego Putnama, Donalda Davidsona, czy Johna R. Searle'a, Barry'ego Strouda, Roberta Sterna.

Jeśli teraz spojrzymy na problematykę filozoficzno-prawną, w ramach której podejmowano rozważania zagadnienia uzasadnienia zewnętrznego prawa, to śmiało możemy powiedzieć, że wpisuje się ona w nurt myślenia transcendentального. W uzasadnieniu zewnętrznym prawa poszukuje się ostatecznej podstawy jego istnienia, a tym samym i jego usprawiedliwienia. Transcendentalna filozofia prawa ma z tego punktu widzenia 4 tradycje. Możemy ogólnie mówić o 4 argumentach transcendentálních, które w literaturze filozoficzno-prawnej próbowały uzasadnić prawo.

1. Tradycja teistyczna.
2. Tradycja prawa naturalnego,
3. Tradycja tzw. zwrotu językowego w filozofii
4. Współczesna tradycja naturalistyczna.

Ad. 1. Pierwsza uzasadnia prawo w oparciu o transcendens. Tym samym argument transcendentálny odwołuje się stricte do transcendencji. Tym bytem transcendentnym w tradycji teistycznej jest Bóg – Bóg jako idealny prawodawca. W filozofii Zachodu mamy trzy koncepcje oparte na argumente transcendentálním w postaci Boga: koncepcję wczesnochrześcijańską, koncepcję św. Augustyna. Klasyczną doktryną

²² R. Chisholm, *Co to jest argument transcendentálny*, przeł. J. Rabus, „Principia” 1991, t. IV, s. 24.

jest tomizm z wypracowanym systemem hierarchii praw (*lex aeterna, lex naturalis, lex humana*).

Ad. 2. Drugą tradycję można traktować dwojako. Po pierwsze jako transcendentną, jeśli uzasadnienia prawa będziemy poszukiwali w pojęciu natury, rozumianej jako ogół bytu, którego człowiek jest częścią i podlega jego normatywności. Po drugie jako argumentację immanentną, stricte transcendentalną, odwołującą się do rozumu, nie traktowanego substancjalnie, ale jako Ja transcendentalne, które również kreuje relacje intersubiektywne.

W pierwszej wersji mamy do czynienia z wielością doktryn prawa naturalnego filozofii starożytnej (sofiści, Arystoteles, stoicy), gdzie prawo naturalne traktowane jest jako obiektywna powinność stanów rzeczy, której źródłem jest natura rozumiana jako ogół bytu (wszechświat). Do tej wersji można również zaliczyć doktryny: Grocjusza, Pufendorfa i Hobbes'a, Rousseau, czy współcześnie Finnisa.

W drugiej wersji następuje zwrot w kierunku poszukiwania podstaw prawa naturalnego w podmiocie. Pierwszym filozofem, który poszukiwał źródła prawa naturalnego w podmiocie był Wolff. Następnie u Kanta mamy wyraźne oddzielenie podmiotu od natury rozumianej empirycznie – źródłem prawa staje się rozum pojmowany transcendentalnie. Tą wersję koncepcji prawa naturalnego, którego źródłem jest Ja transcendentalne kontynuuje Fichte i Hegel. W teorii i filozofii prawa ten styl myślenia był podstawą zbudowania pojęcia normy podstawowej (*Grundnorm*) przez Hansa Kelsena jako uzasadnienia prawa – norma podstawowa jest jednym z istotnych argumentów o charakterze transcendentalnym w filozofii prawa. Jest to podstawa istnienia prawa, która – zgodnie z logiką argumentacji transcendentalnej – sama już nie wymaga uzasadnienia.

Ad. 3. Trzecia tradycja uzasadniania prawa to nurt filozofii języka i uzasadniania prawa na szeroko rozumianej teorii aktów mowy i teorii działania komunikacyjnego. Ta tradycja związana jest z tzw. zwrotem językowym w filozofii. Dla koncepcji uzasadnienia zewnętrznego prawa w tej tradycji najważniejsze są koncepcje uzasadnienia prawa wypracowane w fenomenologii prawa przez Adolfa Reinacha, który wskazuje grupę aktów społecznych (*soziale Akte*), nazywanych

potem aktami mowy (*speech acts*), i których spełnienie przez podmiot stanowi źródło istnienia prawa. Do aktów, które stanowią ontologiczną podstawę prawa należą przyrzeczenie (*Versprechen*) i akt normowania (*Bestimmungsakt*). Innymi słowy, argumentem transcendentalem dla uzasadniania prawa jest sfera działań językowych (mownych). Kolejnym transcendentalem projektem uzasadnienia intersubiektywności jako warunku koniecznego istnienia prawa pozytywnego jest pojęcie rozumu komunikacyjnego, przy pomocy którego jego twórca – Jürgen Habermas – buduje projekt teorii działania komunikacyjnego. Podobnie jak u Reinalcha źródłem prawa jest *a priori* sytuacji komunikacyjnej. W ten nurt uzasadniania prawa wpisuje się również *Theorie der juristischen Argumentation* Roberta Alexy’ego, który wskazuje na transcendentálny charakter reguł dyskursu praktycznego.

Ad. 4. Czwarta tradycja związana jest z koncepcją ewolucyjnej filozofii prawa, która widzi prawo pozytywne jako formę przystosowania biologicznego w drodze ewolucji. Perspektywa naturalistyczna może być tym samym traktowana jako argumentacja transcendentálna, jeśli ma na celu wykazanie ostatecznych podstaw istnienia danej kategorii bytowej – dla nas jest to prawo. Teza ontologiczna teorii ewolucji w stosunku do prawa mówi, że jest ono bytem, który nadbudowuje się na społecznych praktykach kooperacji. Te ostatnie zaś są produktem ewolucji biologicznej. A zatem ostateczną podstawą istnienia prawa, czyli argumentem transcendentálnym uzasadniającym prawo jest genetyczna dyspozycja do kooperacji, która jest produktem ewolucji biologicznej²³.

^B W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, dz. cyt.