

Agnieszka Nogal
Uniwersytet Warszawski

Kryzys legitymacji prawa

Problem uznania dla prawa jest jednym z podstawowych problemów współczesnej filozofii polityki oraz filozofii prawa. Można mówić o uznaniu dla prawa w rozmaitych wymiarach: psychologicznym, zbiorowym czy społecznym. Do kwestii uznania dla prawa odnosi się także pojęcie legitymacji, które jest pojęciem węższym. Legitymacja prawa oznacza zasadę lub zasady, na mocy których prawo obowiązuje i przybiera określony kształt. Legitymacja nadaje prawu prawomocność i sprawia, że uzyskuje ono uznanie poprzez odwołanie się do zasady, która jest wobec prawa uprzednia.

Debata na temat legitymacji prawa przybiera formę dyskusji o źródle prawa. Trzy stanowiska, które można w tej debacie wyróżnić to zwolennicy pozytywizmu prawniczego, prawa naturalnego i dyskursywnej legitymacji prawa¹. Pozytywiści prawni twierdzą, że jedynym źródłem prawa są instytucjonalnie określone procedury, które nie są zależne od czegokolwiek uprzedniego wobec prawa. Klasyczni pozytywiści, tacy jak Thomas Hobbes² czy John Austin³, twierdzili, że wystarczającą legitymację prawa stanowi poparty siłą rozkaz władzy. Nowsi pozytywiści, tacy jak Herbert Lionel Adolphus Hart⁴ oraz Joseph Raz⁵, rozłączają legitymację prawa od samego prawa

¹ Niektórzy autorzy wyróżniają jedynie stanowisko prawno-naturalne oraz pozytywizm prawniczy. Por. Ch. Sypnowich, "Law and Ideology", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), E.N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-ideology/>>.

² Th. Hobbes, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, Clarendon Press, Oxford 1561 (przekład polski: Th. Hobbes, *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, przeł. Cz. Znamierowski, PWN, Kraków 1954).

³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London 1832.

⁴ H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1961 (wyd. polskie: H. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998).

⁵ J. Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1970 (wyd. polskie: J. Raz, *Autorytet prawa: eseje o prawie i moralności*, przeł. P. Maciejko, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000).

W przeciwieństwie do takiego ujęcia, klasyczni zwolennicy prawa naturalnego twierdzą, że prawo czerpie swe źródło z czegoś, co jest wobec prawa uprzednie, np. z natury⁶. Współcześni teoretycy prawa naturalnego, tacy jak Leon Fuller⁷ czy Ronald Dworkin⁸, twierdzą, że wystarczającym źródłem prawa są proceduralne ideały, zasada rządów prawa i liberalny, oparty na idei praw człowieka, konstytucjonalizm. Przedstawiciele tego stanowiska zgadzają się jednak, co do tego, że prawo w sensie prawa stanowionego powinno przybierać konkretny kształt poprzez odniesienie do tego, jakie być powinno, a więc do określonych, normatywnych źródeł.

Zwolennicy dyskursywnej legitymacji praw odwołują się do debaty oraz zgody, jako do źródła prawa. Dyskurs, który prowadzi do porozumienia, winien spełniać określone wymogi, a posługujący się argumentacją w sferze publicznej obywatele – stawiane przed nimi normatywne wymagania. Najbardziej znani przedstawiciele dyskursywnej legitymacji prawa to Jürgen Habermas⁹ i John Rawls¹⁰.

Od legitymacji prawa należy odróżnić jego legitymizację. W przypadku legitymacji zasada poprzedza prawo i stanowi źródło jego prawomocności. W przypadku legitymizacji natomiast, szukamy uzasadnienia dla prawa już istniejącego. Legitymacja nadaje prawu prawomocność, przenosząc rozważania w obszar filozofii prawa i pytając o źródło prawa, oraz o to, czy prawo spełnia określone kryteria. Legitymizacja natomiast szuka uzasadnienia mocy obowiązującej i przenosi rozważania w obszar teorii prawa. Kolejną różnicą pomiędzy legitymacją a legitymizacją jest zakres, do którego te pojęcia się odnoszą. Legitymacja uwzględnia obowiązywanie nie tylko poszczególnych elementów, ale także systemu prawnego jako całości. Legitymizacja zaś odnosi się do fragmentów systemu prawa i jej źródłem mogą być akty bardziej zasadnicze, np. konstytucja.

Można ponadto mówić o legitymacji normatywnej oraz legitymacji społecznej lub faktycznej¹¹. Legitymacja normatywna wskazuje na normatywne źródło obowiązywania prawa, legitymacja społeczna zaś wskazuje na faktyczne uznanie określonych zasad za źródło prawomocności prawa przez społeczeństwo. Legitymacja społeczna może być badana przez socjologię prawa. Normatywnie

⁶ Głównym teoretykiem prawa naturalnego jest Tomasz z Akwinu, jego najbardziej znanym współczesnym kontynuatorem – John Finnis (patrz J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980; wyd. polskie: J. Finnis, *Prawa naturalne i uprawnienia naturalne*, przeł. K. Lossman, Dom Wydawniczy ABC, 2001).

⁷ L. Fuller, *The Morality of Law*, revised ed., Yale University Press New Haven & London, 1969 (wyd. polskie: L. Fuller, *Moralność prawa*, przeł. R. Tokarczyk, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004).

⁸ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1977 (wyd. polskie: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998).

⁹ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992 (wyd. polskie: J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie: teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Scholar, Warszawa 2005).

¹⁰ *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993 (wyd. polskie: J. Rawls, *Liberalizm polityczny*”, przeł. A. Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998).

¹¹ Kaarlo Tuori, *Legitymacja*, [w:] *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*. Ch.B. Gray (ed.), Vol. II, Garland Publishing, New York – London 1999, s. 493-494.

pojmowana legitymacja prawa jest zaś jednym z głównych problemów filozofii prawa. Przeważnie normatywna i społeczna legitymacja prawa bywają ze sobą powiązane, a rozważania filozoficzne odzwierciedlają, choć nie wprost, przyjmowane postawy społeczne. Także ich relacja może być przedmiotem badań socjologii prawa. Towarzyszy temu dość powszechnie przyjmowane przekonanie, że porządek prawny nie może być oparty tylko na przemocy i aby był stabilny oraz skuteczny, powinien spełniać określone standardy i znajdować uzasadnienie w wartościach panujących w danej społeczności.

Do współcześnie dominujących zasad legitymacji prawa należą: pozytywizm prawniczy, prawnonaturalne uzasadnienie prawa (poprzez odniesienie do prawa natury lub praw człowieka), oraz dyskursywne uzasadnienie prawa. Tezą tego tekstu jest twierdzenie, że wszystkie te modele legitymacji prawa napotykają poważne problemy, co prowadzi do kryzysu legitymacji prawa. Kryzys oznacza, że nie ma dominującej koncepcji, która mogłaby ostatecznie stanowić źródło prawomocności prawa, a zwolennicy wskazanych stanowisk rozwijają własne teorie, coraz rzadziej poszukując tego, co stanowiska te mogłoby połączyć. Trzeba przy tym zauważyć, że kryzys legitymacji prawa może mieć bardzo daleko idące niepożądane konsekwencje. Sprzyja on postawom oportunistycznym oraz brakowi poszanowania dla prawa. Coraz częściej w związku z tym dochodzi do nieprzestrzegania prawa, a ocena działania przybiera subiektywną formę i wskazuje, czy w konkretnej sytuacji opłaca się stosować prawo. Tymczasem powszechnie lekceważone prawo przestaje być prawem. Spróbujmy więc przyjrzeć się dominującym zasadom legitymacji prawa. Celem tekstu jest wskazanie powodów, dla których przedstawiciele głównych stanowisk krytykują nawzajem swe teorie i odpowiedź na pytanie, czy przy oparciu się na wskazanym stanowisku można wypracować jeden model legitymacji prawa.

JEDNĄ Z DOMINUJĄCYCH WSPÓLCZEŚNIE ZASAD LEGITYMACJI PRAWA JEST POZYTYWNA LEGITYMACJA PRAWA. Pozytywizm prawniczy kieruje nas ku władzy, jako źródłu prawa i nakazuje zadawać pytanie o pochodzenie prawa. Tylko to, co pochodzi od władzy, może zostać uznane za prawo, reszta to obyczaje i inne normy, które nie mają wiążącego charakteru. Pozytywna legitymacja prawa odwołuje się w ten sposób do koncepcji suwerenności wskazującej na rodzaj władzy najwyższej, która ma moc wydawania wiążących aktów woli. Suwerenem jest ten, do kogo należy ostateczna decyzja. Wola suwerena staje się prawem.

Pozytywizm prawniczy niesie ze sobą jednak bardzo poważny problem. W tym ujęciu bowiem prawo czerpie swój autorytet z autorytetu władzy. To władza wprowadza ład, będąc jedynym źródłem wiążących norm. Społeczna współpraca wymaga takiego ładu. Może być oparta albo na jedności społecznej, albo na autorytecie prawa. Jedność społeczna zakładałaby całkowitą społeczną zgodę, co do realizowanych celów. Jedność taka, nawet, jeśli historycznie istniała, to należy już do przeszłości. Wobec narastającego pluralizmu postaw społecznych, rozbieżność celów i związane z tym konflikty pozwalają się uzgodnić tylko przy

oparciu się na zewnętrznym autorytecie. Potrzebny jest autorytet prawa, które rozstrzyga także kwestie będące przedmiotem aksjologicznych sporów.

W ujęciu pozytywistycznym prawo czerpie taki autorytet z autorytetu władzy. A właściwie, nie tyle z autorytetu władzy, co z samej jej istoty. Wystarczy, aby władza była władzą suwerenną, żeby stanowiła źródło prawomocnego prawa. Twórca pojęcia suwerenności, Jean Bodin, opisywał to w następujący sposób: jego zdaniem tylko suweren ma autorytet pozwalający wydawać ustawy oraz oceniać ich słusność, poddani zaś winni respektować każdą wolę suwerena, która staje się prawem. Zdaniem Bodina ustawa jest wolą suwerena: „jest duża różnica między prawem (*le droit*) a ustawą (*le loi*): pierwsze zawiera tylko słusność, ustawa zawiera rozkaz”¹². Ten, kto ma moc wydawania ustaw, jest suwerenem.

Stanowienie ustaw stanowi pierwsze znamię suwerenności. Jeśli czyjaś wola staje się źródłem powszechnego obowiązku, jeśli pociąga za sobą nagrody lub kary, to władza w której imieniu, ustawy te są wydawane, ma charakter suwerenny: „pierwszym znamieniem suwerennego księcia jest możliwość wydawania ustaw obowiązujących wszystkich w ogólności i każdego z osobna”¹³. W takim sformułowaniu wyraża się przekonanie, że prawo czerpie swój autorytet z autorytetu władzy, a władza zasadniczo dysponuje autorytetem, gdyż dysponuje siłą. Kolejny wielki filozof, Thomas Hobbes, mówi wprost o tym, że nie ma różnicy pomiędzy dobrą i złą władzą. Nie istnieje podział na ustroje dobre i zdegenerowane – mają wprawdzie inne nazwy, ale różnią się faktycznie jedynie emocjami, jakie wzbudzają u poddanych. Tyranią poddani nazywają taką monarchię, która budzi u nich negatywne emocje, podobnie jak oligarchia jest określeniem nielubianej arystokracji, a anarchia nielubianej demokracji¹⁴.

Z perspektywy pozytywnej legitymacji prawa władza tyrańska nie różni się zatem jakościowo od władzy demokratycznej – obie są źródłem prawa, które jest prawomocne wówczas, gdy stanowi wyraz woli suwerena i jest obwarowane siłą. Takie pozytywistyczne ujęcie klóci się z najpowszechniej przyjmowanymi intuicjami. Władza tyrańska uważana jest zazwyczaj za władzę pozbawioną autorytetu, podczas gdy władzę demokratyczną zwykliśmy uważać za władzę takim autorytetem obdarzoną. Pozytywizm prawniczy nie pozwala jednak postawić pytania o autorytet samej władzy. Można powiedzieć, że staje się bezradny, gdy podważamy prawomocność władzy, a co za tym idzie także prawomocność sformułowanego przez nią prawa. Tymczasem prawo powinno być stosowane przez ludzi z własnej nieprzymuszonej woli, a nie tylko na skutek strachu przed

¹² J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, przekład zbiorowy z jęz. fr., wstępem opatrzył Z. Izdebski, PWN, Warszawa 1958, Ks. I, s. 139.

¹³ J. Bodin, *op. cit.*, Księga I, s. 183.

¹⁴ W XIX rozdziale Lewiatana czytamy: „W dziełach historycznych i traktujących o polityce są inne nazwy rządów, takie jak tyrania i oligarchia. Ale nie są to nazwy innych form rządu, lecz tylko nazwy tych samych form, gdy się nie podobają” (Th. Hobbes, *Lewiatan czyli materia...*, s. 164).

sankcją. Ponadto – także w wymiarze praktycznym – nie jest możliwe postawienie za każdym stróża nadzorującego stosowanie prawa.

Pozytywizm prawniczy jest krytykowany współcześnie na wielu płaszczyznach. Najważniejszy argument krytyczny wskazuje na to, że poza obszarem zainteresowania filozofii prawa znajduje się tu forma władzy i treść prawa. Władza opresyjna, a nawet zbrodnicza wobec własnych poddanych, traktowana jest przez pozytywistów tak samo jak władza pochodząca z wyborów, o ile tylko jest władzą suwerenną. W pozytywizmie obowiązek posłuszeństwa prawu pochodzącemu od suwerennej władzy traktowany jest jako bezwzględny. Nie można odróżnić ludów dobrze rządzonych od państw bezprawia, rządzonych przez tyranów. Nawet biorąc pod uwagę formę władzy i uznając za władzę prawomocną tylko taką, która ma charakter demokratyczny, nie usuwamy problemów związanych z pozytywną legitymacją prawa. Można bowiem zadać pytanie o dobrą demokrację i moment, w którym przeradza się ona w tyranie większości.

Drugim poważnym zarzutem, jaki można postawić pozytywizmowi prawniczemu, jest to, że nie bierze on pod uwagę treści prawa. Poszerza się społeczna świadomość, iż w wielu przypadkach niesprawiedliwe prawo nie powinno być stosowane, przeciwnie – wymaga nieposłuszeństwa wobec prawa. Historycznym przykładem może być sąd dokonany na podwładnych Hitlera. W procesach norymberskich uznano, że istniał wręcz obowiązek przeciwstawiania się niesprawiedliwemu prawu. Znany niemiecki teoretyk prawa, Gustaw Radbruch, który przed II wojną światową był zwolennikiem pozytywizmu prawniczego, po traumatycznym doświadczeniu totalitarnego reżimu stwierdził, że w przypadku prawa Trzeciej Rzeszy istniał obowiązek niestosowania się do niego. W powojennych pismach uznał, iż najgorszą odmianą bezprawia jest „bezprawie ustawowe”¹⁵. Wskazał, iż idea wspólnego dobra została w rękach nazistów zmanipulowana, i zaanektowana przez dominującą siłę. Prawnicy i naukowcy zaś, nie mieli wystarczającej odwagi, by przeciwstawić się władzy, stosowali bowiem prawo wedle pozytywistycznej formuły.

W rzeczywistości pozytywizm żywiący przekonanie, że „prawo znaczy prawo” uczynił niemiecki cech prawniczy bezbronnym wobec praw stanowionych samowolnie lub w celach [przestępczych].¹⁶

Tymczasem złe wybory, w momencie, gdy dokonywała ich władza, pozostały złe, nawet, jeśli przybrały formę ustawy. Prawa szczególnie niesprawiedliwe zostały przez Radbrucha uznane za ustawowe bezprawie:

Konflikt między sprawiedliwością a bezpieczeństwem prawnym dałby się rozstrzygnąć w ten sposób, że prawo stanowione, gwarantowane przez ustawy i władze, zachowałoby prymat nawet mimo niecelowości i niesprawiedliwej treści – z wyjątkiem sytuacji, kiedy ustawa w stopniu

¹⁵ G. Radbruch, *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Wydawnictwo Naukowe PWN Warszawa 2009, s. 225.

¹⁶ *Ibidem*, 249.

tak nieznośnym przeczy sprawiedliwości, że ta ostatnia musi ostatecznie przeważać nad „prawem niesprawiedliwym”.¹⁷

Po doświadczeniu nazizmu Radbruch z całą mocą uznał, iż obowiązek przeciwstawienia się niesprawiedliwemu prawu mieli nie tylko obywatele, ale także sędziowie. Nie mogli oni bowiem sądzić według prawa, które prawem nie było, mimo iż spełniało kryteria formalne:

Te spośród ludzkich praw, które stoją w nieusuwalnej sprzeczności z prawem naturalnym, cierpią na wrodzoną skazę, której nie jest w stanie usunąć żaden środek przymusu, żadna eskalacja zewnętrznego panowania.¹⁸

W nurcie krytycznym wobec pozytywizmu prawniczego można także umieścić zwolenników nieposłuszeństwa obywatelskiego. Wielu bardzo cenionych współczesnych filozofów prawa, takich jak Ronald Dworkin, John Rawls¹⁹, Robert Alexy²⁰ czy John Finnis²¹ to teoretycy nieposłuszeństwa obywatelskiego. Uważają oni, że człowiek ma nie tylko prawo, ale nawet obowiązek nieposłuszeństwa wobec niesprawiedliwego prawa. Na ten zarzut odpowiedzieli H.L.A. Hart²² oraz Joseph Raz²³, rozłączając legitymację prawa od samego prawa i twierdząc, że pozytywizm prawny wskazuje jedynie na faktyczne obowiązywanie prawa i nie wyklucza motywowanego moralnie nieposłuszeństwa.

Inny wątek krytyki pozytywizmu wskazuje, że legitymacja prawa poprzez odniesienie do woli suwerenna jest niezgodna z tym, w jaki sposób prawo współcześnie oddziałuje. Istotna bowiem jest również praktyka orzecznicza, a interpretacja tekstów prawnych ma twórczy charakter. Wykładnia prawa bierze ponadto pod uwagę powszechnie obowiązującą moralność, która zostaje wpisana w prawo w postaci klauzul generalnych.

POZYTYWIZM BARDZO CZĘSTO JEST KRYTYKOWANY Z PERSPEKTYWY PRAWNO-NATURALNEJ (POPRZEZ ODNIESIENIE DO PRAWA NATURY LUB PRAW CZŁOWIEKA). Prawno-naturalne uzasadnienie prawa nie niesie bowiem problemów, które są charakterystyczne dla pozytywizmu. W tym ujęciu metafizyczny porządek natury (*kosmos*) staje się źródłem uzasadnienia dla prawa rozumianego jako ustawa. Pojęcie prawomocności oznacza zgodność z ładem uprzednim wobec stanowionego prawa. Z tej perspektywy nie jest tak istotna forma władzy, zasadnicza pozostaje jednak treść

¹⁷ *Ibidem*, s. 250.

¹⁸ *Ibidem*, s. 235.

¹⁹ J. Rawls, *Justification of Civil Disobedience*, [w:] *Civil Disobedience: Theory and Practice*, ed. H.A. Bedau, Pegasus Books, New York 1969, s. 240-255; R. Dworkin, *On Not Prosecuting Civil Disobedience*, “New York Review of Books” vol. 10, 2, 6 June 1968, s. 14-21; *idem*, *Civil disobedience and nuclear protest*, [w:] *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985.

²⁰ R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska i J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.

²¹ J. Finnis, *Prawo naturalne...*, s. 409 i n.

²² H. Hart, *The Concept of Law* (ed. cit.).

²³ J. Raz, *The Concept of a Legal System...* (ed. cit.).

prawa, które czerpie swą moc z wykraczającego poza rzeczywistość polityczną metafizycznego porządku natury. Jednak już Max Weber twierdził, że nowoczesność wiąże się z upadkiem założenia o boskim porządku świata i odrzuceniem prawomocności kosmosu. W reformacji widział element wielkiego procesu historycznego polegającego na stopniowym „odczarowaniu świata”²⁴

Empirycznie można wskazać, że nawet jeśli przyjmiemy metafizyczny układ odniesienia, to bardzo trudno będzie wyprowadzić z tego odniesienia konkretne treści. Ludzie we współczesnych społeczeństwach są bowiem bardzo podzieleni ze względu na uznawaną wizję ładu. Spór przenosi się w ten sposób na konflikt wokół źródła ładu i słuszności. Jeśli za model takiego sporu uznamy konflikty religijne, to należy wskazać na ich nierozstrzygalność. Odnoszą się bowiem do porządku, który przekracza doświadczenie i wskazują na konieczność określonej wiary. Prawo mogłoby mieć w takim ujęciu legitymację prawno-naturalną wówczas, gdyby istniała jedność wokół uznania określonej wizji ładu, a najprostszym ujęciem byłaby to jedność religijna. Można również uznać, że mimo różnic religijnych, możliwe jest odnalezienie wspólnego ładu natury, który byłby poznawany racjonalnie. Wymaga to jednak przyjęcia kolejnych założeń, które często są poddawane krytyce.

Z tego też powodu lepszym uzasadnieniem prawa okazała się idea praw człowieka. *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka* została uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 10 grudnia 1948 r. Głosiła, że życie i wolność każdej jednostki, niezależnie od jej poglądów i przekonań, powinny być chronione przez każdą władzę, i tylko prawo stojące na straży równych ludzkich wolności może być nazwane prawem prawomocnym. W ten sposób koncepcja praw człowieka, odpowiadając na pytanie o autorytet prawa, pozwalała odróżnić prawo prawomocne od nieprawomocnego, nie wikłając się przy tym w problemy właściwe dla pozytywizmu prawniczego.

Zbiór praw człowieka nie zawierał żadnego wyraźnego odwołania do konkretnej tradycji religijnej czy filozoficznej, poza uznaniem, że ich źródłem była przyrodzona każdemu człowiekowi godność. Deklaracja w zamierzeniu miała mieć charakter zbioru praktycznych norm moralnych, ujętych w języku praw. Jacques Maritain charakteryzuje je w następujący sposób:

Skoro UNESCO przyświeca cel praktyczny, porozumienie między członkami tej organizacji jest możliwe do osiągnięcia w sposób spontaniczny, nie na bazie wspólnych poglądów wyprowadzonych na drodze spekulatywnej, ale wspólnych poglądów na sprawy praktyczne, nie wskutek uznania jednolitej koncepcji świata, człowieka i poznania, lecz uznania jednolitego zestawu przekonań na temat działania. Bez wątpienia, to bardzo mało, to ostatnia deska ratunku dla intelektualnego porozumienia między ludźmi.²⁵

Przy tej interpretacji prawa człowieka byłyby dyrektywą działania, nieodnoszącą się do żadnego porządku metafizycznego, albo – lepiej – pozwalającą

²⁴ M. Weber, *Etyka protestancka a duch kapitalizmu*, przeł. J. Miziński, Test, Lublin 1994, s. 86.

²⁵ J. Maritain, *Człowiek i państwo*, przeł. A. Grobler, Wydawnictwo Znak, Kraków 1993, s. 8.

się uzasadnić poprzez odwołanie do rozmaitych koncepcji filozoficznych oraz religijnych. Spośród myślicieli podejmujących problematykę praw człowieka jedni wskazują korzenie idei praw człowieka już w czasach starożytnych, inni wiążą ją ściśle z nowożytnym rozwojem praw jednostkowych. Najbardziej popularną interpretacją jest ugruntowanie praw człowieka na prawie naturalnym²⁶, drugą jest ugruntowanie tych praw na prawie pozytywnym²⁷.

Także koncepcja praw człowieka spotkała się jednak z poważną krytyką. Jej dominujące wątki można wskazać na przykładzie zarzutów, jakie wobec teorii praw człowieka sformułowała Chantal Mouffe (ur. 1943). Jej zdaniem, mianem prawa można określić jedynie partykularne konstytucje fundujące konkretny, politycznie umocowany w konstytucji, system prawny. Prawo takie może wyrastać z tradycji, a w przypadku jego naruszeń, jest zagrożone konkretnymi sankcjami. System ten jest więc zabezpieczony siłą, a stosowanie pojęcia prawa do opisu czegoś, co wykraczałoby poza konkretne porządki prawne, jest nadużyciem.

Przy takim ujęciu prawa człowieka są puste i nic nie znaczą, a w przypadku zastosowania tej koncepcji wobec innych porządków prawnych mogą się stać narzędziem hegemonii. W efekcie uznania praw konkretnej wspólnoty politycznej za uniwersalne i nazwania ich „prawami człowieka”, została otwarta, zdaniem Mouffe, droga do globalnych podbojów, których celem byłoby narzucenie innym własnej władzy.

Uwagi krytyczne Mouffe kieruje przede wszystkim wobec argumentacji typu oświeceniowego, która jej zdaniem tkwi u podstaw praw człowieka. Prawa człowieka nie są w tym ujęciu praktyką, która może być rozmaicie uzasadniana, ale przeciwnie stanowią wyraz uniwersalistycznych tendencji obecnych w kulturze zachodu i widocznych w ideologii Oświecenia. Od czasów Kanta moralność jest, zdaniem Mouffe, przedstawiana, jako zbiór uniwersalnych nakazów. To właśnie Kantowski model myślenia o relacji prawa do moralności zdominował myślenie o prawach człowieka i dlatego w tej tradycji traktowane są jako uniwersalne i bezwzględnie obowiązujące. Według Kanta konstytucja ma zapewnić wolności i równości wszystkim obywatelom jako rozumnym podmiotom prawa.

Kantowska teoria państwa prawa, oparta na koncepcji umowy społecznej wolnych i równych jednostek, prowadzi ku metafizycznemu liberalizmowi. Jednostki powinny kierować się regułą, aby wolność jednej osoby była do pogodzenia z wolnością wszystkich innych. Tak interpretowane prawa człowieka czynią swą zasadą maksymalizację indywidualnej wolności. Zdaniem Mouffe, współczesne społeczeństwa nie są liberalne, ale przeciwnie – są głęboko pluralistyczne i naznaczone konfliktem wartości, a prawa człowieka nie mogą stanowić

²⁶ Zob. np. Z. Stawrowski, *Prawo naturalne i jego sens*, „Civitas. Studia z Filozofii Polityki” 2002, nr 6; J. Finnis, *Prawo naturalne...* (ed. cit.).

²⁷ Zob. np. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz Verlag, Wien 1979.

wspólnej płaszczyzny porozumienia w odniesieniu do praktyk, gdyż narzucają określoną koncepcję filozoficzno-prawną i czynią ją koncepcją dominującą²⁸.

Wedle Mouffe, zbiorowości nie składają się z jednostek, które pragną jak najdalej chronić swoją wolność indywidualną, ale z tożsamości, które mają zbiorowy charakter, gdzie akcentuje się przede wszystkim różnice. Różnice takie powinny zostać wyartykułowane i przedstawione w przestrzeni politycznego sporu.

Błędem liberalnego racjonalizmu jest ignorowanie wzbudzanych przez zbiorowe identyfikacje namiętności i twierdzenie, że te rzekomo „archaiczne” emocje niechybnie znikną wraz z postępem indywidualizmu i racjonalności.²⁹

Podsumowując: prawa człowieka krytykowane są jako przejaw konkretnej tradycji filozoficzno-prawnej (kantowskiej), która rości sobie nieuzasadnione pretensje do uniwersalności. Ten nurt krytyczny podkreśla znaczenie innych tradycji polityczno-prawnych oraz konieczność uznania ich za równie uprawnione w debacie na temat legitymacji prawa.

Kolejną – najpowszechniej uznaną współcześnie – teorią legitymacji prawa jest teoria dyskursywnego uzasadnienia prawa. Najbardziej znany z modeli dyskursywnych jest koncept „rozumu publicznego” przedstawiony przez Johna Rawlsa w książce *Liberalizm polityczny* oraz odpowiadający mu normatywny wzorzec obywatela kierującego się obowiązkiem oglądy (*duty of civility*). Można uznać, że deliberatywna legitymacja prawa unika zagrożeń przypisywanych prawom człowieka. Rawls pragnie legitymować prawo poprzez debatę, na samym wstępie uznając pluralizm postaw stron przystępujących do tej debaty za nieusuwalny. Prawo legitymowane to w tym ujęciu prawo, które uzyskało powszechną zgodę. Pozostaje jednak pytanie o to, w jaki sposób należy prowadzić dyskusję, aby doszło do wypracowania obszaru zgody. Dyskursywne teorie legitymacji prawa wskazują więc z jednej strony na zasady debaty, z drugiej zaś na postawy biorących w niej udział obywateli. Kierują się ku etyce dyskursu oraz ku normatywnemu modelowi obywatela.

W pracy *Liberalizm polityczny* (1993, wydanie polskie 1998) Rawls sformułował koncepcję publicznego rozumu, który oznaczał konieczność wypracowania obszaru zgody pomiędzy obywatelami wyznającymi różne światopoglądy. Światopoglądy te Rawls określił mianem rozumnych rozległych doktryn. Sądził przy tym, że celem debaty jest wypracowanie konsensusu, który ostatecznie może znaleźć wyraz w prawie. Prawo budowane przy oparciu się na takim konsensusie byłoby prawomocne, w odróżnieniu od prawa narzucanego przez część społeczeństwa.

Rozum publiczny zawiera podstawowe pojęcia i zasady oraz kryteria poprawności i kryteria uzasadniania, wskazuje na zasady wynikające z etyki dyskursu. Koncepcja rozumu publicznego zawiera też liberalne wartości spr-

²⁸ Ch. Mouffe, *Polityczność. Przewodnik Krytyki Politycznej*, przeł. J. Erbel, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2008, s. 140.

²⁹ *Ibidem*, s. 21.

wiedliwości politycznej, takie jak: równa wolność polityczna, równe szanse, równość społeczna, oraz liberalne wartości prowadzenia debaty publicznej, takie jak: publiczność i przejrzystość.

Rawls wyraźnie odróżnia rozumne rozległe doktryny oraz prawo. Wszelkie rozległe doktryny religijne, filozoficzne lub moralne są w sensie politycznym przyjmowane dowolnie – brak tu politycznych sankcji; można zmienić przekonania religijne, filozoficzne i moralne, można uniknąć form władzy, które sprawowane są w wyznaczonej przez te przekonania wspólnocie. Nie można jednak uniknąć władzy państwowej oraz podległości systemowi prawnemu, chyba że przez opuszczenie terytorium własnego kraju, a jest to krok trudny, jako że odcina od elementarnej wspólnoty języka, znaczeń i wartości. Władza państwowa nie może więc być przedmiotem swobodnego uznania, tak jak doktryny, powinna natomiast stać się przedmiotem refleksji i rozmyślnego kształtowania.

Wymagania, jakie Rawls stawia prowadzonej, opartej na rozumie publicznym, debacie nad prawem, mają charakter stopniowalny: bezwzględnie wymaga się kierowania rozumem publicznym od tych, którzy działają jako reprezentanci całej wspólnoty oraz bronią ładu prawnego. Rozumne, w tym ujęciu, winno być przede wszystkim orzecznictwo sędziów, zwłaszcza zaś sędziów sądu najwyższego. Kryteriom rozumu publicznego powinien czynić zadość również dyskurs przedstawicieli władzy, zwłaszcza zaś władzy wykonawczej i legislacyjnej, a także dyskurs kandydatów do władzy publicznej w ich wystąpieniach publicznych³⁰. Idea publicznego rozumu nie stosuje się zaś do społeczeństwa obywatelskiego oraz mediów.

Szczegółne wymagania dotyczą interpretacji konstytucji. Konstytucja została bowiem przez Rawlsa uznana, za obszar historycznie osiągniętego konsensusu. W kwestiach konstytucyjnych, argumenty powinny się więc obronić wobec wszystkich obywateli. Formułując zaś uzasadnienia konstytucyjne, sędziowie powinni odwoływać się jedynie do uznanych ogólnych przekonań, które nie są sporne.

Dyskutując kwestie konstytucyjne i kwestie sprawiedliwości podstawowej nie powinniśmy się odwoływać do rozległych doktryn religijnych i filozoficznych [...] – ani do czegokolwiek, co jest przedmiotem sporu.

Tak więc, rekonstruując ten dyskursywny model legitymacji prawa, można wskazać, że prawo powinno być ufundowane na dyskursie, w którym wypracowywane są wartości polityczne, które łączą wszystkich obywateli wyznających różne rozumne rozległe doktryny. Takie ujęcie, pozwala odróżnić prawo prawomocne od nieprawomocnego. Nieprawomocne byłaby na przykład próba narzucania innym własnego światopoglądu i użycie w tym celu prawa oraz instytucji państwa. W takich sytuacjach, Rawls popiera zastosowanie nieposłuszeństwa obywatelskiego.

³⁰ J. Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, [w:] *Political liberalism*. Expanded edition, Columbia Classics in Philosophy, Columbia University Press, New York, s. 445.

Innym wymiarem rozważań Rawlsa, jest kreślony przez niego normatywny model kultury politycznej. Filozof wskazuje pożądaną model obywatela oraz motyw, które winny nim kierować. Określa je mianem obowiązku oglądy (duty of civility). Zauważa przy tym, że każdy obywatel jest potencjalnym uczestnikiem dyskusji na temat prawa, w związku z tym, każdy powinien podlegać edukacji politycznej.

Przystępując do dyskusji na temat prawa oglądzony obywatel powinien kierować się publicznym rozumem i dyskutować tak, żeby można było rozsądnie oczekiwać, iż inni zaakceptują zarówno podnoszone przez niego argumenty, jak i proponowane działania. Oglądzony obywatel kierowałby się w głosowaniu nie własnymi interesami, ani tym, co jako człowiek uważa za całą prawdę, tylko rozwiązaniami, które mogą się stać przedmiotem powszechnej zgody. Tu jednak napotykamy poważne trudności, które powodują iż także koncepcja Rawlsa spotyka się z głęboką krytyką.

Równoległe bowiem do zgody, Rawls omawia także inny model relacji politycznej, który sam określa mianem *modus vivendi*. Jest to taka relacja, w której opozycyjne siły polityczne uznają drugą stronę, ale jedynie do momentu, kiedy nie osiągną nad nią zdecydowanej przewagi. W modelu *modus vivendi* obywatelami kieruje dążenie do hegemonii i dominacji. Trzeba przy tym zaznaczyć, że argumentacja podejmowana na podstawie ideału oglądy może zewnętrznie nie różnić się od tej podejmowanej na podstawie nieczystych intencji, czy pragnieniu dominacji, trudno też wykazać hipokryzję polityczną.

Strona może twierdzić, że celem jej argumentacji jest osiągnięcie porozumienia, ale gdy już zdobędzie władzę, zaczyna narzucać innym własny światopogląd (rozumną, rozległą doktrynę). Ideałowi oglądy musi więc towarzyszyć obawa przed nadużyciem języka oraz ukrytym dążeniem do dominacji. Debata, która toczy się w sferze publicznej, może być oceniana jedynie ze względu na sformułowane opinie, a nie ukryte pod nimi intencje. Jednocześnie jedynie intencje decydują o przynależności argumentacji do rozumu publicznego bądź *modus vivendi*. Dyskursywna teoria legitymacji prawa załamuje się w tym miejscu, gdyż nie pozwala odróżnić opinii formułowanych na podstawie dążenia do porozumienia od opinii formułowanych na podstawie dążenia do dominacji. Prowadzić to może do powszechnej podejrzliwości i licznych (dodajmy – nieweryfikowalnych) oskarżeń o hipokryzję.

W efekcie, niezależnie od przyjętego stanowiska – legitymacji pozytywnej, prawno-naturalnej czy dyskursywnej – napotykamy poważne ograniczenia. Każde z tych stanowisk postrzega samo siebie jako uniwersalne i powszechnie ważne, odmawiając uznania pozostałym. Pozytywiści krytykują zarówno zwolenników praw człowieka, jak i legitymacji dyskursywnej za ich normatywizm. Sami są krytykowani za brak normatywizmu. Zwolennicy praw człowieka krytykują pozytywistów za nieprzywiązywanie wagi do formy władzy i treści prawa oraz traktowanie władzy tyrańskiej w taki sam sposób, w jaki winno się traktować

jedynie władzę demokratyczną. Zwolennicy legitymacji dyskursywnej krytykują pozytywistów za uznanie każdej władzy za źródło prawomocnego prawa, a zwolenników konkretnych stanowisk filozoficznych za przypisywanie własnemu stanowisku uniwersalnego charakteru. Zwolennicy dyskursu chcą otworzyć się na faktyczny pluralizm obecny we współczesnych społeczeństwach, ale nie rozwiązują problemu intencji, które stają się kryterium oceny argumentacji, podczas gdy z definicji nie podlegają upublicznieniu.

Nie ma przy tym koncepcji, która mogłaby zostać uznana przez teoretyków należących do trzech wskazanych nurtów za dominującą. Przeciwnie, ich zwolennicy ścierają się – odmawiając uznania koncepcjom głoszonym przez adwersarzy. Gdyby dyskusja ta miała wyłącznie filozoficzno-normatywny charakter, nie stanowiłoby to może aż tak poważnego problemu. Normatywna i społeczna legitymacja prawa bywają jednak ze sobą powiązane, a rozważania filozoficzne odzwierciedlają, choć nie wprost, przyjmowane postawy społeczne. Można więc powiedzieć, że brak zgody wśród filozofów prawa, odzwierciedla brak zgody wśród obywateli, choć oczywiście badane za pomocą socjologicznych metod postawy społeczne będą się rozkładały inaczej niż stanowiska na mapie dyskusji filozoficzno-prawnych. W obu jednak wymiarach brakuje jednego źródła legitymacji prawa, co więcej – po przeanalizowaniu dominujących koncepcji legitymacji prawa – nie udało się odnaleźć obszaru, który mógłby w ogóle umożliwić porozumienie. W takiej sytuacji poszukiwania źródła legitymacji prawa należy zacząć niejako od nowa, pozostawiając na uboczu niekonkluzywne spory prowadzone przez współczesnych teoretyków.

Agnieszka Nogal

Crisis of the Obedience to Law

Abstract

The problem of the obedience to law is one of the fundamental problems of contemporary political philosophy and the philosophy of law. The problem of the legitimacy can, in turn, be viewed from three different aspects: the psychological, collective or social. The concept of the obedience also refers to the concept of the legitimacy which is a narrower one. The legitimacy of law denotes a principle or principles under which the law applies and takes its shape. Legitimacy gives the law certain importance and makes it vivid by referring to a rule that is prior to the law.

The debate on legitimacy takes on the form of the discussion on the source of law. Three stances are to be distinguished in this debate: that of legal positivism, that of natural law, and that of the discursive legitimacy. Legal positivists argue that the only source of law are procedures defined institutionally and not dependent on anything prerequisite thereto. On the contrary, the advocates of natural law theories

argue that the law stems from something that is before the law, for example from nature. Supporters of discursive legitimacy refer to the debate and consent as the source of law. The discourse that leads to agreement must meet certain requirements, and the citizens speaking in public sphere should fulfil the normative requirements. The best known representatives of discursive legitimacy are Jürgen Habermas and John Rawls.

Still, there is no concept that could be considered as dominant by the theorists belonging to the three indicated trends. To the contrary, their followers clash - refusing to acknowledge the ideas advocated by adversaries. If the discussion was purely philosophical and normative, it would not pose such a serious problem. The normative and social legitimacy of the law, however, are interlinked, and the philosophical positions reflect, though indirectly, the attitudes of society. Thus, it can be said that the lack of agreement among legal philosophers reflects the lack of consent among citizens, although, of course, the social attitudes studied with sociological methods might appear different than the positions on the map of philosophical-legal discussion. Both realms, however, lack a single source of legitimacy, and, moreover, after analysing the dominant concepts of legitimacy no level of a possible agreement is likely to appear. In such a situation, the search for the source of the legitimacy of the law should start from scratch, leaving aside the unsettled disputes conducted by modern legal philosophers.

Keywords: legitimacy of law, legitimation of law, legal positivism, natural law, discursive theory of law, social legitimacy.

