

Prawo

# Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym

Filozofia polityczna Johna Rawlsa  
z perspektywy prawniczej

Michał Rupniewski



**Prawo jako narzędzie  
sprawiedliwej kooperacji  
w społeczeństwie  
demokratycznym**

**Filozofia polityczna Johna Rawlsa  
z perspektywy prawniczej**



WYDAWNICTWO  
UNIwersytetu  
ŁÓDZKIEGO

**Prawo**

**Prawo jako narzędzie  
sprawiedliwej kooperacji  
w społeczeństwie  
demokratycznym**

**Filozofia polityczna Johna Rawlsa  
z perspektywy prawniczej**

Michał Rupniewski

Michał Rupniewski – Uniwersytet Łódzki, Filia UŁ w Tomaszowie Mazowieckim  
Instytut Turystyki i Rozwoju Gospodarczego  
97-200 Tomaszów Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 65/67  
e-mail: [michal.dru@gmail.com](mailto:michal.dru@gmail.com)

RECENZENT

*Justyna Miklaszewska*

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ

*Dorota Stepień*

SKŁAD I ŁAMANIE

*AGENT PR*

PROJEKT OKŁADKI

*Stämpfli Polska Sp. z o.o.*

Grafika wykorzystana na okładce autorstwa Krzysztofa Małagowskiego

Monografia prezentuje wyniki projektu badawczego, który został sfinansowany ze środków  
Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji  
numer DEC-2012/07/N/HS5/01017

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2015

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego  
Wydanie I. W.06793.15.0.M

Ark. wyd. 19,4; ark. druk. 16,125

ISBN 978-83-7969-566-9  
e-ISBN 978-83-7969-567-6

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego  
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8  
[www.wydawnictwo.uni.lodz.pl](http://www.wydawnictwo.uni.lodz.pl)  
e-mail: [ksiegarnia@uni.lodz.pl](mailto:ksiegarnia@uni.lodz.pl)  
tel. (42) 665 58 63

# SPIS TREŚCI

|  |     |
|--|-----|
| <b>Wykaz skrótów prac Johna Rawlsa stosowanych w tekście</b> .....   | 7   |
| <b>Wstęp</b> .....   | 9   |
| <b>Rozdział 1. Potrzeba prawa – społeczeństwo demokratyczne</b> .....  | 19  |
| 1.1. Idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji .....   | 23  |
| 1.2. Jednostka a obywatel. Polityczna koncepcja osoby .....  | 34  |
| A. Rozumność i racjonalność .....  | 37  |
| B. Wolność i równość .....   | 44  |
| C. Tożsamość instytucjonalna jako tożsamość podmiotu prawa .....   | 51  |
| 1.3. Pluralizm jako trwała cecha wolnych społeczeństw. Ciężary sądu .....  | 57  |
| 1.4. Częściowy konsens rozumnych rozległych doktryn .....  | 64  |
| 1.5. Społeczeństwo dobrze urządzone. Reinterpretacja z perspektywy prawniczej .....  | 70  |
| <b>Rozdział 2. Fundament prawa – prawo w świetle zasad sprawiedliwości i publicznego rozumu</b> .....                      | 81  |
| 2.1. Konstrukcja sytuacji pierwotnej i jej zastosowanie do nauki prawa .....   | 82  |
| A. Sytuacja pierwotna jako narzędzie prezentacji i uzasadnienia koncepcji sprawiedliwości .....                            | 84  |
| B. Sytuacja pierwotna jako źródło formalnych warunków dla prawa .....  | 94  |
| 2.2. Koncepcja działania prawa w praktyce społecznej w świetle zasad sprawiedliwości i doktryny rozumu publicznego .....   | 101 |
| A. Zasady sprawiedliwości dla struktury podstawowej. Argumentacja w sytuacji pierwotnej .....                              | 102 |
| B. Koncepcja rozumu publicznego jako model funkcjonowania zasad sprawiedliwości w praktyce .....                           | 119 |
| 2.3. Publiczny proces prawotwórczy w świetle filozofii politycznej Rawlsa. Zasady sprawiedliwości jako zasady prawne ..... | 131 |
| 2.4. Kooperacyjna koncepcja prawa na tle współczesnych stanowisk w filozofii prawa .....                                   | 141 |
| 2.5. Sprawiedliwe prawo jako dobro wspólne .....   | 147 |
| A. Pojęcie wspólnoty i pojęcie dobra na gruncie filozofii politycznej Rawlsa .....   | 148 |
| B. Związek prawa z dobrem wspólnym u Rawlsa na tle wybranych koncepcji nieliberalnych .....                                | 151 |
| <b>Rozdział 3. W stronę instytucji – polityczna koncepcja sprawiedliwości a porządek prawny</b> .....                      | 157 |
| 3.1. Rządy prawa – Johna Rawlsa doktryna konstytucyjna .....   | 159 |
| A. Liberalna zasada legitymacji i jej znaczenie dla konstytucjonalizmu .....   | 164 |
| B. Podstawowe wolności jako rdzeń konstytucji .....  | 171 |
| C. Równa wolność polityczna: wolność wypowiedzi .....  | 182 |
| D. Równa wolność polityczna: zasada równego uczestnictwa i pozytywny wymiar podstawowych wolności .....                    | 189 |
| E. Kooperacyjna koncepcja prawa a konstytucja w perspektywie prawnoporównawczej .....                                      | 194 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.2. Prawo prywatne w świetle sprawiedliwości jako bezstronności (prawo własności, swoboda umów, prawo rodzinne) .....            | 199 |
| A. Własność .....   | 200 |
| B. Swoboda umów jako podstawa społecznej kooperacji .....   | 208 |
| C. Prawo prywatne jako podstawa ładu publicznego .....  | 214 |
| 3.3. Czy sprawiedliwość jest nadrzędnym pojęciem prawnym? Próba odpowiedzi w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego ..... | 218 |
| 3.4. <i>Quid lex iniusta est?</i> Przestrzeganie prawa i jego granice .....   | 230 |
| A. Przestrzeganie prawa jako obowiązek naturalny .....  | 231 |
| B. Obowiązek przestrzegania prawa niesprawiedliwego. Uzasadnienie i granice .....   | 234 |
| <b>Konkluzje</b> .....  | 239 |
| <b>Bibliografia</b> .....   | 243 |
| <b>Summary</b> .....  | 255 |

## WYKAZ SKRÓTÓW PRAC JOHN A RAWLSA

- CI* – „*Commonweal*” *Interview with John Rawls*, [w:] J. Rawls, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 616–622.
- Fairness to Goodness* – *Fairness to Goodness*, [w:] J. Rawls, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 267–285.
- IMT* – *The Independence of Moral Theory*, [w:] J. Rawls, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 286–302.
- JaF:R* – *Justice as Fairness: A Restatement*, red. E. Kelly, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2001.
- JaR* – *Justice as Reciprocity*, [w:] J. Rawls, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 190–224.
- KC* – *Kantian Constructivism in Moral Theory*, „*The Journal of Philosophy*” 1980, t. 77, nr 9, s. 515–572.
- LFM* – *Lectures on the History of Moral Philosophy*, red. B. Hermann, Harvard University Press, Cambridge 2000.
- LP* – *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012.
- PNM* – *Justice as Fairness: Political, not Metaphysical*, [w:] J. Rawls, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 388–414.
- Prawo ludów* – *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001.
- Reply to Habermas* – *Reply to Habermas*, [w:] J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996, s. 372–434.
- RPRJ* – *O Idei rozumu publicznego raz jeszcze*, [w:] J. Rawls, *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001, s. 187–255.
- Social Unity* – *Social Unity and Primary Goods*, [w:] J. Rawls, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 359–387.
- TS* – *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, przeł. S. Szymański, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
- WFP* – *Wykłady z historii filozofii polityki*, red. S. Freeman, przeł. S. Szymański, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010.





## WSTĘP

*Quid est enim civitas nisi iuris  
societas civium.*  
Cicero, de re publ. 1.49

*Ich bin immer wieder am Anfang.*  
Jan C. Joerden

Przedmiotem niniejszej rozprawy jest filozofia polityczna Johna Rawlsa (1921–2002), słynnego dwudziestowiecznego filozofa, który przez całe dojrzałe życie naukowe i dydaktyczne był związany z uniwersytetem Harvarda. Ze względu na szeroką recepcję swego *opus magnum*, jakim była *Teoria sprawiedliwości* (wydana przez Harvard University Press w roku 1971), Rawls już za życia uzyskał status klasyka teorii moralnej i filozofii praktycznej. Do dziś jest on powszechnie uznawany za kogoś, kto obudził uspiomy przez wiele lat potencjał intelektualny tkwiący w oświeceniowej doktrynie umowy społecznej. W latach 60. owa tradycja była w świecie anglojęzycznym zapomniana, wyraźnie dominowały szkoła języka potocznego i utylitaryzm<sup>1</sup>. Badacz Rawlsa bez wątplenia nie ma łatwego życia – obok nieprzebranej literatury sekundarnej poważnie utrudnia je fakt, iż nie był to filozof jednej książki – pomimo uzyskanej u progu szóstej dekady życia międzynarodowej sławy, koncentrował się głównie na pracy ściśle akademickiej, publikując wciąż nowe artykuły i książki niemal do samej śmierci. Chociaż w ciągu tych lat konsekwentnie bronił pewnych podstawowych dla swej doktryny tez, jego doktryna podlegała także ważnym zmianom, które wyjaśnię nieco później. Jeżeli do wieloletniej aktywności naukowej dołożyć ogromny wysiłek dydaktyczny harwardzkiego profesora<sup>2</sup>, nie dziwi już fakt, że literatura poświęcona jego myśli wypełnia biblioteki na całym świecie. Jest to zresztą sytuacja

---

<sup>1</sup> Por. Cz. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1999, s. 133–165.

<sup>2</sup> Uczniami Rawlsa byli tacy prominentni filozofowie, jak Thomas Pogge, Samuel Freeman, Erin Kelly, Chrisne Korsgaard, Thomas Scanlon czy Onora O’Neill. Dzięki wysiłkowi uczniów wykłady dotyczące historii filozofii polityki oraz moralności opublikowano w tomach: J. Rawls, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, red. B. Hermann, Harvard University Press, Cambridge 2000; idem, *Wykłady z historii filozofii polityki*, red. S. Freeman, przeł. S. Szymański, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010 (wyd. oryg. 2007, Harvard University Press).

w pełni usprawiedliwiona nowatorskim stawianiem problemów i konsekwentnym ich rozwiązywaniem. Stała obecność Rawlsa w tytułach i bibliografiach prac naukowych wynika zatem nie tylko z tego, że jego myśl jest w wielu miejscach niejasna, co rodzi potrzebę egzegezy lub prowokuje do krytyki, ale przede wszystkim z nowatorstwa i przenikliwości jego filozofii, które sprawiają, iż współcześnie podejmując problem sprawiedliwości instytucji (niezależnie od tego, czy mamy na myśli instytucje prawne czy społeczne, lokalne, czy międzynarodowe), kwestię stabilności społecznej czy choćby relacji państwa do religii, nie sposób zignorować też tego wielkiego (natomiast prywatnie zdecydowanie skromnego) filozofa.

W dziele podstawowym, w *Teorii sprawiedliwości*, Rawls przedstawił zasady mające leżeć u podstaw dobrze urządzonego społeczeństwa demokratycznego, ich kompleksowe uzasadnienie oraz zarys systemu sprawiedliwych instytucji, które owe zasady realizują. Stworzona wtedy koncepcja moralna, nazwana sprawiedliwością jako bezstronnością, miała stanowić alternatywę dla utilitaryzmu i intuicjonizmu – nurtów dominujących w ówczesnej anglojęzycznej filozofii praktycznej. Przyjmowała ona dwie zasady sprawiedliwości, które w pierwszej kolejności miały za zadanie regulować coś, co Rawls nazwał „podstawową strukturą społeczeństwa”. Harwardzki profesor od początku koncentrował się przede wszystkim na instytucjach publicznych. Sądził, że centralny dla filozofii politycznej problem sprawiedliwości należy rozpatrywać w kontekście systemu społecznego, który jest systemem kooperacji i dzieli się zasadniczo na dwie części. Innymi słowy, według Rawlsa społeczna kooperacja ma dwa zasadnicze aspekty, które rządzą się odmiennymi zasadami. Pierwszy z nich dotyczy wolności obywatelskich – zarówno politycznych (na przykład prawo do głosowania), jak i osobistych (na przykład wolność sumienia i wyznania). Drugi natomiast dotyczy dystrybucji dochodu oraz pozycji społecznych (stanowisk) wraz ze związanymi z nimi uprawnieniami i obowiązkami. Struktura podstawowa to system instytucji pełniących te dwie zasadnicze funkcje. Obok dwóch zasad dla instytucji (których treść pozostawmy na razie bez szczegółowego omówienia) Rawls wprowadził także zasady słuszności stosujące się do jednostek. Uważał bowiem, iż działania jednostkowe rządzą się odmiennymi zasadami niż funkcjonujące na płaszczyźnie politycznej instytucje.

Rozmach dociekań filozoficznych zrealizowanych w *TS* wykraczał jednak dalece poza system struktury podstawowej. Rawls przedstawił w nim także kompleksową koncepcję rozwoju moralnego jednostki oraz opis naszej najważniejszej jego zdaniem władzy moralnej, którą nazwał zmysłem sprawiedliwości. Wprowadził ponadto swoistą teorię dobra osoby, wyprowadzoną z zasad słuszności i zmysłu sprawiedliwości. Całość posiadała szczegółowe ugruntowanie metodologiczne, którego centralną kategorią nie była wcale, jak utarło się sądzić, sytuacja pierwotna<sup>3</sup>, lecz

---

<sup>3</sup> Termin „sytuacja pierwotna” (ang. *original position*, którego znaczenie stanie się, mam nadzieję, jasne w toku rozprawy) odpowiada terminowi „sytuacja początkowa”, zastosowanemu w najnowszym polskim wydaniu *TS* (przeł., przejr. i uzup. S. Szymański). Pomimo iż wszelkie od-

refleksyjna równowaga<sup>4</sup>. *TS* zawiera więc rozległą teorię moralną o wymiarze uniwersalnym, której centralnym zagadnieniem jest pytanie o najlepsze zasady wyrażające stosunek szacunku pomiędzy wolnymi i równymi, rozumnymi podmiotami. W dalszym rozwoju swojej doktryny myśliciel dokonał zasadniczej rewizji pierwotnego zamysłu. Późna filozofia Rawlsa (jej początek możemy datować na drugą połowę lat 80. XX w.) stawia sobie inne pytanie centralne – jak możliwa jest długotrwała, pokojowa współpraca obywateli, którzy są głęboko podzieleni co do metafizycznych i religijnych sądów na temat świata, Boga i dobrego życia? Innymi słowy: jak możliwa jest demokracja konstytucyjna w warunkach pluralizmu? W największym skrócie Rawlowska odpowiedź brzmi: obywatele demokracji liberalnej, pomimo fundamentalnych różnic na głębszym poziomie przekonań metafizycznych, są w stanie wypracować wspólną, rozsądną, koncepcję sprawiedliwości funkcjonującą na poziomie politycznym. Może to być proponowana przez Rawlsa sprawiedliwość jako bezstronność lub inna koncepcja liberalna. Metodologia, do jakiej sięga tu Rawls, to konstruktywizm polityczny. Odwołuje się ona do tradycji społeczeństw demokratycznych, zmierza do odpowiedzi na pytania filozofii politycznej poprzez odwołanie się do podstawowych idei, które można odnaleźć w tej tradycji – zdaniem Rawlsa są to idee społeczeństwa jako systemu sprawiedliwej kooperacji oraz wolnych i równych obywateli. W dalszej kolejności konstruktywizm polityczny opracowuje podstawowe idee, przekształcając je w polityczną koncepcję sprawiedliwości, stanowiącą podstawę publicznego dyskursu. Ów dyskurs i będący jego wynikiem częściowy konsens obywateli powstają dzięki „publicznemu użyciu rozumu”, jak to ujął Jürgen Habermas. Zasady, które mają obowiązywać w dobrze zarządzonym społeczeństwie, są zatem domeną szczególnego rodzaju rozumu – rozumu publicznego, który kieruje się innymi regułami niż niepubliczne rozumy osoby moralnej, wspólnoty religijnej czy też stowarzyszeń o charakterze ekonomicznym czy badawczym. Późna myśl Rawlsa (filozofia polityczna w sensie ścisłym) nie jest zatem rozległą doktryną moralną – stosuje się do polityki rozumianej jako pospólne bytowanie rozumnych i racjonalnych obywateli. Ci ostatni, złączeni publicznym rozumem,

---

wołania i cytaty z *TS* zawarte w tej pracy są zgodne z wydaniem najnowszym, postanowiłem pozostać przy pierwotnym tłumaczeniu, powszechnie rozpoznawalnym i obecnym w literaturze.

<sup>4</sup> Kwestie metody nie są dla tej rozprawy kluczowe. Warto jednak odnotować, iż Rawls pojmował swą teorię jako opis faktycznego zmysłu sprawiedliwości, którym obdarzona jest każda normalnie rozwinięta osoba. Sądził, iż dzięki zmysłowi sprawiedliwości możliwe jest dojście do tzw. „rozważnych” sądów na temat sprawiedliwości. Stosując narzędzie umowy społecznej, hipotetycznego kontraktu między wolnymi i równymi, uczciwie usytuowanymi jednostkami, możemy – zdaniem Rawlsa – dojść do rozumnych pierwszych zasad rozumowania praktycznego, a dzięki temu, w dalszej kolejności, do rozważnych sądów dotyczących poszczególnych kwestii, które reguluje koncepcja sprawiedliwości. Refleksyjna równowaga jest więc stanem spójności pomiędzy przyjmowanymi zasadami a sądami szczegółowymi. Por. A. Szutta, *Metoda refleksyjnej równowagi. część I: prezentacja metody*, „Diametros”, marzec 2013, nr 35, s. 129–149.

zachowują wolność negatywną w kwestiach swego całościowego światopoglądu. W konstruktywizmie politycznym podstawowe zasady dla instytucji zachowują zasadniczo ten sam kształt, lecz sam ten system jest wyraźnie oddzielony od kwestii metafizyki czy religii. Jest to tak zwany zwrot polityczny w myśleniu Rawlsa, który swe zwieńczenie znalazł w pracy *Liberalizm polityczny* (1993, wyd. pol. 1999). Nie mniejsze znaczenie ma *Prawo ludów* (1999, wyd. pol. 2001), gdzie autor podejmuje problem sprawiedliwych stosunków międzynarodowych; wskazuje na istotne różnice pomiędzy swoją filozofią a klasyczną doktryną praw człowieka, a także na odmiennosc zasad przyjmowanych w relacjach między narodami w stosunku do zasad normujących relacje wewnątrz jednego społeczeństwa politycznego. Interpretując Rawlsa, nie można także zapominać o pisanej w ciągu wielu lat, wydanej przed samą jego śmiercią pozycji *Justice as Fairness: A Restatement* (2001), stanowiącej swoisty komentarz do *Teorii sprawiedliwości*. Nieco wcześniej (1999), w tomie *Collected Papers*, zebrano ważniejsze artykuły z lat 1951–1998, co ułatwia spojrzenie na ewolucję filozofii Rawlsa. Materiał do badań jest zatem ogromny, a jego recepcja wielokierunkowa i niejednokrotnie nadzwyczaj twórcza.

W sposób naturalny pojawia się jednak pytanie – czy warto tu i teraz, w Polsce w roku 2015, poświęcić całą książkę amerykańskiemu filozofowi opisanemu już przez legion komentatorów? Czy w ogóle warto rekonstruować i interpretować czyjąś myśl pomimo napisanych już wielu tomów czasem celnej, czasem zaś opartej na nieporozumieniu krytyki? I wreszcie, czy warto badać klasyka filozofii politycznej z perspektywy prawniczej w sytuacji, gdy wielu wybitnych filozofów prawa wciąż stawia nowe problemy i czeka na swych interpretatorów, zwłaszcza w polskojęzycznym świecie naukowym? U podstaw moich badań, podjętych jeszcze w roku 2009, od początku leżała intuicja (która w toku pracy przerodziła się w głębokie przekonanie), iż dzięki gruntownej analizie, namysłowi i nowej interpretacji myśli Rawlsa można odnaleźć w niej wątki, które rzucają nowe światło na postrzeganie prawa we współczesnym społeczeństwie demokratycznym. O ile bowiem paradygmat kontraktualistyczny w filozofii politycznej ma już niemal status leitmotiwu, to jego ewentualna użyteczność w filozofii prawa czy szerzej – w prawoznawstwie wydaje się ciągle kwestią otwartą<sup>5</sup>. Pomimo róż-

---

<sup>5</sup> We współczesnych syntezach filozofii prawa nie odnajdziemy osobnego rozdziału czy działu dla czegoś, co nazywałoby się „kontraktualistyczną koncepcją prawa”. Obok konwencjonalnej dychotomii iusnaturalizmu i pozytywizmu prawniczego wyróżnia się, jako swoistą „trzecią drogę”, niepozytywizm czy też „integralną filozofię prawa” (por. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 197–213). W literaturze podjęto próbę skonstruowania „kontraktowego modelu prawa”, odwołującego się do ekonomicznego nurtu w teorii umowy społecznej (M. Chmieliński, *Prawo we współczesnej teorii publicznego wyboru*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 269–282). Rozwijając ideę kontraktowego modelu prawa, który okazuje się modelem woluntarystycznym i pozytywistycznym, Chmieliński proponuje odróżnić go wyraźnie od

norodności i niezaprzeczalnych walorów poznawczych współczesnych koncepcji filozoficzno-prawnych, nurt analityczny tej dyscypliny oscyluje, jak sądzę, przede wszystkim wokół kontrowersji związanych z pozytywizmem prawniczym. Myśl Rawlsa, który wprost nie formułował zbyt wielu tez ściśle filozoficzno-prawnych, pozwala spojrzeć na tradycyjne problemy podstaw i natury prawa okiem filozofia analitycznego, które w punkcie wyjścia jest zarazem wolne od ogromnego bagażu, jaki narósł w związku z debatą pozytywizmu z iusnaturalizmem. Budzi to nadzieję na świeże spojrzenie na prawo we współczesnych społeczeństwach. Ponadto wydaje się, że normatywna filozofia polityczna często pozostaje dziedziną czystej spekulacji, jeśli nie ideologii. Podstawowe twierdzenia dotyczące słuszności, dobra społeczeństwa politycznego czy sprawiedliwej dystrybucji są niejako z konieczności oparte na pewnych aksjologicznych aksjomatach. Problem prawa pojawia się tu raczej jako zestaw postulatów względem takich, a nie innych rozwiązań, rzadziej zaś dochodzi do wypracowania jakiejś substancjalnej koncepcji prawa<sup>6</sup>. Nie negując wartości czystej filozofii, w tej pracy mam nadzieję wypracować koncepcję, dzięki której filozofia polityczna w większym stopniu otworzy się na analizę instytucji prawnych, co pozwoli na przybliżenie jej do rzeczywistego świata społecznego; świata, który chce ona wyjaśnić, zrozumieć, a także, być może, zmienić.

Głównym celem rozprawy jest skonstruowanie takiej koncepcji prawa, która odpowiadałaby podstawowym Rawlowskim twierdzeniom z zakresu filozofii politycznej, odnoszącym się do natury społeczeństwa demokratycznego, roli sprawiedliwości w dobrze zarządzonym społeczeństwie oraz procedury i płaszczyzny aplikacji zasad sprawiedliwości. Chodzi tu o taką reinterpretację myśli Rawlsa, która pozwoli włączyć pewną koncepcję prawa w stworzony przezeń system pojęć i twierdzeń<sup>7</sup>. Owo „włączenie” nie powinno pociągać za sobą uszczerbku dla Rawlowskiego systemu filozoficznego, dlatego opracowywana w tej dysertacji

---

modelu wspólnotowo-kolektywistycznego, gdzie zasadniczą determinantę prawa stanowi nie wola i zgoda, lecz zastane praktyki społeczne lub też obiektywne prawa natury (por. M. Chmieliński, *Polemika między komunitarianizmem a kontraktualistami jako nowa odłoga sporu między iusnaturalizmem a pozytywizmem prawniczym*, „Politea” 2013, nr 26, s. 23–43). Niniejsza rozprawa zmierza do wypracowania pewnej pośredniej koncepcji prawa, znajdującej się pomiędzy skrajnymi modelami zaproponowanymi przez prof. Chmielińskiego.

<sup>6</sup> Przykładem może tu być dzieło Briana Barry’ego (np. *Theories of Justice*, University of California Press, Berkley–Los Angeles 1989). Bez wątpienia można odnaleźć także filozofów, którzy skutecznie łączą perspektywy filozofii prawa i filozofii polityki, by wspomnieć choćby Ronalda Dworkina czy Josepha Raza. (por. np. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998; J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1970). Sądzę jednak, iż filozofia Rawlsa pozwala spojrzeć na prawo z jeszcze innej perspektywy – perspektywy politycznego liberalizmu.

<sup>7</sup> Zamierzenia owe przedstawiłem w artykule programowym: M. Rupniewski, *The Fairness of Law. An Outline for A Rawlsian Legal Theory*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, red. M. Sadowski, t. 6, Wrocław 2012.

koncepcja prawa, choć ma charakter autorski, jest ściśle Rawlowska – jeśli odchodzi od jakichś jego twierdzeń, zawsze wyraźnie staram się to zasygnalizować. Pełną realizację mego zamierzenia zapewni realizacja trzech celów badawczych, którymi są: (1) wypracowanie nowej koncepcji prawa, którą nazywam „kooperacyjną koncepcją prawa”, w myśl której prawo należy rozumieć jako oparty na zasadach sprawiedliwości instrument sprawiedliwej kooperacji wolnych i równych obywateli w społeczeństwie demokratycznym; (2) ukazanie rozumianego kooperacyjnie prawa jako współcześnie akceptowalnej i godnej przyjęcia formy dobra wspólnego; (3) weryfikacja wyników dociekań filozoficznych poprzez ukazanie ich implikacji dla podstaw instytucji i praktyk prawnych (zwłaszcza takich jak: konstytucja, prawo własności, prawo umów) oraz skonfrontowanie tychże implikacji z rzeczywistymi instytucjami i praktykami w perspektywie prawno-porównawczej.

Tak pomyślany projekt filozoficzny realizuję w trzech rozdziałach. Pierwszy z nich, *Potrzeba prawa – społeczeństwo demokratyczne*, ma przede wszystkim charakter przygotowawczy i nie padają w nim główne tezy rozprawy. Wskazuję tam natomiast perspektywę, z jakiej została wypracowana koncepcja kooperacyjna. Prezentacja podstawowych idei Rawlowskich dotyczących społeczeństwa demokratycznego (są to idea społeczeństwa jako systemu kooperacji, polityczna idea osoby, fakt pluralizmu, projekt częściowego konsensu i wreszcie idea społeczeństwa dobrze urządzonego) prowadzi mnie do wprowadzenia pomocniczej, autorskiej idei „potrzeby prawa”. Centralna dla Rawlsa idea sprawiedliwej kooperacji jest tutaj interpretowana w sposób, który wykazuje nieodzowność posługiwania się prawem we współczesnych społeczeństwach demokratycznych. Jeżeli społeczeństwo ma być zrzeczeniem obywateli pod rządami publicznego systemu reguł, musi ono być rozumiane jako społeczeństwo więzi prawnej<sup>8</sup>.

W drugim rozdziale, pod tytułem *Fundament prawa – prawo w świetle zasad sprawiedliwości i publicznego rozumu*, wprowadzam główne tezy rozprawy, w myśl których (1) prawo należy interpretować jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji między wolnymi i równymi obywatelami oraz (2) główną formę dobra wspólnego w warunkach współczesnego społeczeństwa demokratycznego. Argumentuję, iż prawnicza reinterpretacja sytuacji pierwotnej i publicznego rozumu prowadzi właśnie do takich konstatacji. Analityczny rozbiór pojęć słuszności, sprawiedliwości i prawa wskazuje ich pokrewieństwo. Model prawodawstwa jako aplikacji zasad w oparciu o rozum publiczny pokazuje praktyczną stronę tego pokrewieństwa.

Trzeci i ostatni rozdział, *W stronę instytucji – polityczna koncepcja sprawiedliwości a porządek prawny*, ma za zadanie poddać przyjęte tezy swoistej próbie ogniowej, jaką jest konfrontacja z praktykami instytucjonalnymi w pań-

---

<sup>8</sup> Por. M. Rupniewski, *Prawny wymiar więzi społecznej w myśli Johna Rawlsa*, „Prawo i Więzy”, jesień 2013, 5, s. 39–57.



stwach demokratycznych. Wskazuję implikacje kooperacyjnej koncepcji prawa dla poszczególnych, wybranych instytucji oraz zastanawiam się, na ile pomaga ona w ich zrozumieniu, a na ile zgodna jest z ich wewnętrzną logiką. Analizowane są tu przede wszystkim konstytucja, własność czy umowy. Jest to zatem próba sfalsyfikowania tez rozprawy, których analityczną spójność mają nadzieję udowodnić pierwsze dwa rozdziały. Koncepcja kooperacyjna wychodzi z tej próby zasadniczo obronną ręką, choć jako jej autor jestem świadomy jej ograniczeń i słabych punktów.

Gdy chodzi o kwestię, jak niniejsza rozprawa odnosi się do aktualnego stanu badań nad filozofią Rawlsa, należy podkreślić, iż ciągle istnieje pewien niedobór literatury polskojęzycznej na ten temat. Chociaż autor *Liberalizmu politycznego* jest często przywoływany w piśmiennictwie polskim, istnieje stosunkowo niewiele dogłębnych studiów monograficznych poświęconych jego ideom<sup>9</sup>. Przez wzgląd na tę sytuację w niniejszej rozprawie stawiam sobie za cel nie tylko syntezę i prawniczą reinterpretację filozofii Rawlsa, lecz także przegląd najnowszych dyskusji i polemik, przede wszystkim angielsko- i niemieckojęzycznych. Mam nadzieję, iż pozwoli to Czytelnikowi na ogólną orientację w tych dyskusjach<sup>10</sup>. Gdy chodzi o kontekst międzynarodowy, sytuacja studiów nad myślą Rawlsa jest radykalnie inna. Zainteresowanie badaczy jest od lat niezmiernie intensywne, czego rezultatem jest ogromny zasób literatury sekundarnej, a także pewne zmęczenie Rawlsem i chęć odnalezienia dróg wyjścia poza wyznaczone przezeń schematy myślenia<sup>11</sup>. W tym kontekście moja rozprawa stanowi próbę obrony stanowiska Rawlsa poprzez jego prawniczą reinterpretację. Jest to w zasadzie zgodne z trendem globalnym, gdyż zainteresowanie Rawlsem wzrasta, jak się wydaje, właśnie wśród prawników. Jest to także teren wciąż nie do końca rozpoznany. W obydwu okresach myśli Rawlsa pojęcie prawa odgrywa duże znaczenie, jed-

---

<sup>9</sup> Por. np. W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988; K. Kędziora, *John Rawls – w poszukiwaniu normatywnych podstaw demokracji*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 2008, praca doktorska; A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota? Spór liberalistów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2000; R. Proszak, *Rzecz o sprawiedliwości. Komunitarystyczna krytyka współczesnego liberalizmu amerykańskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2004; M. Żardecka-Nowak, *Rozum i obywatel. Idea rozumu publicznego oraz koncepcja jednostki we współczesnej filozofii polityki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2007; Z. Rau, *Umowa społeczna w „Teorii sprawiedliwości” Johna Rawlsa*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2010, s. 207–228.

<sup>10</sup> W niniejszej pracy teksty obcojęzyczne prezentuję we własnym tłumaczeniu, jeśli brak jest wydania polskiego. Ilekroć zatem cytuję autora obcego bez wskazania tłumaczenia, jest to przekład własny.

<sup>11</sup> Dobrym tego świadectwem była konferencja *Pluralism and Conflict: Distributive Justice Beyond Rawls and Consensus* zorganizowana w 2013 r. na Fatih University w Stambule. Jej pokłosiem będzie tom pod redakcją Manuela Knolla, Stephena Snydera i Nurdane Şimşek, który ukaże się w roku 2015 w wydawnictwie De Gruyter.



nak nie było ono bezpośrednim przedmiotem jego zainteresowania. W ostatnich latach podjęto wysiłek zastosowania kategorii Rawlsowskich do prawoznawstwa, czego najlepszym przykładem jest konferencja *Rawls and the Law*, zorganizowana na Uniwersytecie Fordham w roku 2003, oraz najnowsza książka pod redakcją Thoma Brooksa, *Rawls and Law*, stanowiąca zbiór już wcześniej opublikowanych artykułów podejmujących tytułowe zagadnienie<sup>12</sup>. Podkreślam jednak, iż dotychczasowa literatura prezentująca ów problem koncentruje się na sprawach szczegółowych lub też zawęża zakres zainteresowania do norm konstytucyjnych czy uprawnień obywatelskich. Niniejsza rozprawa zmierza natomiast do wyartykułowania i obrony substancjalnej koncepcji prawa, która stanowi próbę kompleksowej interpretacji głównych zagadnień filozofii prawa. Proponuje ona zatem nowe odczytanie nie tylko myśli Rawlsa, lecz także, patrząc szerzej, paradygmatu kontraktualistycznego. Również przedstawienie prawa jako formy dobra wspólnego nie jest, w moim przekonaniu, powszechnie przyjętą interpretacją poglądów Rawlsa. O ile pojęcie dobra wspólnego jako celu prawa nie jest niczym nowym dla tradycji tomistycznej czy republikańskiej, o tyle związek prawa z dobrem wspólnym nie jest oczywistym elementem koncepcji liberalnej. Już samo pojęcie dobra wspólnego stanowi w liberalizmie element kontrowersyjny. Próba ukazania, iż prawo może stanowić instytucjonalizację dobra wspólnego, przy zachowaniu liberalnej perspektywy (tj. pewnej formy aksjologicznego i metodologicznego indywidualizmu oraz tezy o pluralizmie), jest w moim zamierzeniu propozycją rozwiązania problemu dobra wspólnego na gruncie liberalizmu.

\*\*\*

Niniejsza książka jest owocem mojej kilkuletniej współpracy z Katedrą Doktryn Polityczno-Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Pierwsza jej wersja została przygotowana w tejże jednostce naukowej jako rozprawa doktorska, którą następnie poprawiłem i uzupełniłem. Choć książka ma tylko jednego autora, który jest za nią w pełni odpowiedzialny, zawdzięcza on bardzo wiele także życzliwym mu osobom. Słowa podziękowania kieruję w pierwszej kolejności w stronę promotora, Profesora Macieja Chmielińskiego, za wielowymiarową pomoc i chęć podzielenia się swoim doświadczeniem naukowym i dydaktycznym. Dziękuję też Pani Profesor Justynie Miklaszewskiej z Uniwersytetu Jagiellońskiego, której krytyczne uwagi przedstawione w recenzji rozprawy doktorskiej ustrzegły mnie przed kilkoma błędami oraz pobudziły do dalszej refleksji i przemyślenia własnej interpretacji Rawlsa z innej niż dotąd per-

<sup>12</sup> T. Brooks (red.), *Rawls and Law*, Ashgate, Farnham–Burlington 2012. Ponieważ układ książki umożliwia cytowanie artykułów zgodnie z ich pierwotnym miejscem druku, każdorazowo podaję oryginalny adres bibliograficzny.

spektywy. Jestem także niezmiernie wdzięczny kierownikowi Katedry i zarazem drugiemu recenzentowi rozprawy doktorskiej, Panu Profesorowi Zbigniewowi Rauowi, nie tylko za stworzenie warunków do ambitnej pracy, lecz także za inspirujące dyskusje podczas seminariów i poza nimi. Bardzo dziękuję katedralnym Koleżankom i Kolegom za stworzoną przez nich atmosferę, w której moja praca była prawdziwą przygodą intelektualną.

Istotną część badań, których zwieńczeniem jest ta rozprawa, przeprowadziłem w Bonn i Nowym Jorku, gdzie mogłem pracować dzięki uprzejmości Profesorów – Christoha Horna (Universität Bonn) oraz Michaela Baura (Fordham University, Nowy Jork). Jestem im za to niezmiernie wdzięczny. Zarówno praca w kraju, jak i wyjazdy zagraniczne nie byłyby możliwe, gdyby nie wsparcie finansowe ze strony Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego (stypendium doktorskie), Katholischer Akademischer Ausländer-Dienst (pobyt badawczy w Bonn) oraz Narodowego Centrum Nauki (finansowanie projektu badawczego o tytule tożsamym z tytułem rozprawy). Za to wsparcie serdecznie dziękuję.

Pragnę podziękować moim Najbliższym – Rodzicom, Siostram, dalszej rodzinie i przyjaciołom – którzy obdarzyli mnie większą cierpliwością i wsparciem niż mógłbym się rozumnie spodziewać. Szczególne podziękowania kieruję w stronę mojej wspaniałej żony Moniki – ta praca to parę lat także i jej życia.



## ROZDZIAŁ 1

### Potrzeba prawa – społeczeństwo demokratyczne

Postrzeganie prawa jako zbioru norm ufundowanych na sprawiedliwości narzuca się zdrowemu rozsądkowi do tego stopnia, że niejednokrotnie w potocznym dyskursie wyrażenia „to jest nakazane przez prawo” i „tak nakazuje sprawiedliwość” używane są tak, jak gdyby były synonimami. Owo entymematyczne przekonanie, które po filozoficznym opracowaniu może przyjąć rzecz jasna wiele wersji (lub zostać w ogóle odrzucone), podzielali i we właściwy sobie sposób uzasadniali tacy filozofowie, jak: Arystoteles, Cyceon, Tomasz z Akwinu, John Locke czy Immanuel Kant<sup>1</sup>. Z całą pewnością także współcześnie wielu teoretyków prawa czy myślicieli politycznych, choćby i w innych kwestiach zajmowali zupełnie odmienne stanowiska, zgodzi się co do konieczności uznania istotnej (choć niekoniecznie fundamentalnej) więzi prawa ze sprawiedliwością<sup>2</sup>. Pomimo swej pozornej oczywistości, takie podejście może być zasadniczo zakwestionowane. Na przykład Nicolo Machiavelli w traktacie *Książę* przekonuje, że prawo jest w rze-

---

<sup>1</sup> Wszyscy ci filozofowie (a są oni jedynie najbardziej znamienitymi przedstawicielami szerokiego grona) przyjmowali, iż obowiązuje pewien wyższy porządek normatywny, którego prawo pozytywne nie może naruszać. W przeszłości zazwyczaj wiązano ten porządek z niezmiennym porządkiem Boskim lub z metafizyczną konstytucją rozumu praktycznego, choć żadne z tych pojęć nie jest, ściśle biorąc, udziałem Rawlsa. Nie zawsze mówiono o tym porządku jako o sprawiedliwości – na przykład u Kanta słowo „sprawiedliwość” pojawia się sporadycznie i w bardzo wąskim znaczeniu. Gdy jednak przyjąć szerokie znaczenie terminu „sprawiedliwość”, jakim posługuje się Rawls, to znaczy, gdy rozumieć sprawiedliwość jako ponadpozytywne, podstawowe zasady dla podstawowej struktury społeczeństwa, można przyjąć, że mamy do czynienia z wielowiekową tradycją ścisłego związku prawa pozytywnego ze sprawiedliwością.

<sup>2</sup> Przekonanie o koniecznym i definicyjnym znaczeniu tych dwu pojęć dzielą filozofowie z nurtu iusnaturalistycznego oraz część kontraktualistów, w tym, jak staram się dowieść, Rawls. Co ciekawe, także współczesne wersje pozytywizmu prawniczego przyznają, że nie należy zupełnie rozdzielać dziedzin prawa i sprawiedliwości, choć o koniecznym związku nie może być mowy (por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 274). Najbliżej uznania pojęciowego związku prawa i moralności jest wśród teorii pozytywistycznych tzw. „pozytywizm inkluzywny” (m.in. M. Kramer, K. Himma), który głosi, iż normy moralne mogą, ale nie muszą, być elementem konstytuującym uznanie obowiązywania reguł prawnych. Pozytywiści inkluzywni przyjmują, że ilekroć konwencja społeczna nakazuje wiązać obowiązywanie prawa z normami moralnymi, mamy do czynienia z takim związkiem, który jednak nie ma koniecznego czy metafizycznego charakteru, zaś ostatecznym i nieodwołalnym kryterium uznania jakichś reguł za prawo jest właśnie konwencja społeczna (por. A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 130–148).

czywistości niczym więcej, jak tylko jednym z wielu instrumentów utrzymania władzy i efektywnej realizacji interesów władcy<sup>3</sup>. Ten typ myślenia stawia zatem na pierwszym miejscu władzę popartą siłą, a inne fenomeny życia zbiorowego, w tym także prawo, odgrywają rolę podrzędną – nie tylko w praktyce, ale już na poziomie teoretycznym. Prawo zatem, tak samo jak sprawiedliwość, jest podporządkowane woli tego, kto posiada realną władzę polityczną, nie zaś abstrakcyjnej idei sprawiedliwości. Do podobnych konkluzji, w moim przekonaniu, prowadzi pierwotna wersja pozytywizmu prawniczego autorstwa Benthama i Austina, gdzie prawo jest rozumiane jako rozkaz suwerena obwarowany sankcją<sup>4</sup>.

Wydaje się, że w wielu współczesnych debatach polityczno-prawnych porbrzmiewa fundamentalne pytanie – czy na prawo należy patrzeć przede wszystkim jako na pochodną sprawiedliwości czy też na pochodną władzy politycznej? I chociaż znaleźć możemy wiele różnorodnych odpowiedzi, pytanie pozostaje niezmiennie niemal od zarania myśli zachodniej, to znaczy od czasów platońskiego *Państwa*. Na samym początku tego dzieła odbywa się dyskusja nad sprawiedliwością. Stronami sporu są Sokrates i Trazymach. Zdaniem tego drugiego pojęcie sprawiedliwości posiada zmienną treść i stosowane jest instrumentalnie. Powiada:

No, więc każdy rząd ustanawia prawa dla własnego interesu. Demokracja ustanawia prawa demokratyczne, dyktatura – dyktatorskie, a inne rządy tak samo. A jak je ustanowią, wtedy ogłaszają rządzone, że to jest sprawiedliwe dla rządzonych, co jest w interesie rządzących, a kto się z tych przepisów wyłamuje, tego karzą za to, że niby prawo łamie i jest niesprawiedliwy.

Więc to jest, pocziwa duszo, to, co mam na myśli; że w każdym państwie sprawiedliwość polega na jednym i tym samym: na interesie ustalonego rządu. Rząd przecież ma siłę. Więc kto dobrze rachuje, temu wychodzi, że sprawiedliwość wszędzie polega na jednym i tym samym: na interesie mocniejszego<sup>5</sup>.

Sokrates staje w tym miejscu w obronie sprawiedliwości i z charakterystyczną ironią stara się sprowadzić twierdzenie Trazymacha do absurdu. Niełatwo jednak przychodzi mu owa obrona, a sprawiedliwość atakowana jest jeszcze z wielu stron, by wspomnieć chociażby argumenty Glaukona na początku księgi drugiej, wedle których to nie sprawiedliwość sama w sobie, a dobra opinia u ludzi i ży-

<sup>3</sup> W tym kontekście warto podkreślić, iż Machiavelli nie uznawał ważności prawa naturalnego, a prawo (*le leggi*) uważał za jeden z głównych sposobów walki (walka na prawa), którymi to miał się posługiwać książę (por. N. Machiavelli, *Książę*, przeł. W. Rzymowski, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków 1969, rozdz. XVIII, s. 75).

<sup>4</sup> Jak słusznie zauważa Höffe, drogę do pozytywizmu przygotowała myśl Hobbesa, według którego „prawa są jednocześnie regułami, które wyznaczają, co jest sprawiedliwe i niesprawiedliwe, przeto nie można uważać za niesprawiedliwe nic takiego, co nie jest sprzeczne z jakimś prawem [państwowym – M.R.] (T. Hobbes, *Lewiatan*, przeł. Cz. Znamierowski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954, rozdz. XXVI, s. 235). Por. O. Höffe, *Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung*, C.H. Beck, München 2001, s. 34–36.

<sup>5</sup> Platon, *Państwo*, przeł. W. Witwicki, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2003, s. 28–29, [I, 338E].

ciowe powodzenie są tym, do czego każdy w ostatecznym rozrachunku dąży. Sokrates podejmuje jednak wyzwanie i stara się bronić sprawiedliwości jako cnoty nadrzędnej, pożądanej zarówno w przypadku dobrze urządzonego (dla Platona przede wszystkim harmonijnego) społeczeństwa, jak i zdrowej (to znaczy podległej pierwiastkowi rozumowemu) duszy człowieka.

Jeśli zatem podążymy za platońskim Trazymachem i przyjmiemy, że prawo wypływa przede wszystkim z politycznej siły, sama sprawiedliwość okaże się pozbawiona jakiegokolwiek mocy wiążącej. Jeżeli zatem w ogóle będzie przedmiotem teoretycznego zainteresowania, to zaledwie jako fasada, którą posługuje się władza lub grupy interesu, aby legitymizować swe działania. Jeżeli z kolei przyjmiemy postawę platońskiego Sokratesa i będziemy starali się bronić naczelnej pozycji sprawiedliwości, będziemy zobowiązani przeprowadzić gruntowne dociekania, które obok ukazania priorytetu sprawiedliwości wraz z taką lub inną treścią jej zasad będą miały za zadanie opracowanie przekonującej (to znaczy wyrażonej w sposób czyniący zadość, na ile to możliwe, rygorom naukowości, w szczególności wymaganiom co do mocy eksplanacyjnej) teorii fundamentalnego związku sprawiedliwości i prawa. Sądzę, że taki filozoficzny zamysł można zrealizować, dokonując prawniczej interpretacji filozofii politycznej Johna Rawlsa<sup>6</sup> i choć udowodnienie związku prawa ze sprawiedliwością nie było głównym celem harwardzkiego myśliciela, to taki związek wynika analitycznie z całego potężnego systemu jego filozofii politycznej.

Udowodnienie tego związku zgodnie z rygorami naukowości wymaga czegoś więcej niż stwierdzenia, że prawo powinno realizować sprawiedliwość; wymaga mianowicie opracowania takiej koncepcji prawa, która byłaby zgodna z teorią sprawiedliwości i liberalizmu politycznego. Staram się to uczynić w niniejszej rozprawie, a rezultat swych wysiłków nazywam „kooperacyjną koncepcją prawa”. Owa koncepcja, opracowana na podstawie kategorii Rawlowskich, postrzega prawo jako podstawę i narzędzie sprawiedliwej kooperacji pomiędzy wolnymi

---

<sup>6</sup> Nie twierdzą przy tym, że filozofie Platona i Rawlsa są do siebie bliźniaczo podobne ani też, że Rawls uznaje sam siebie za kontynuatora myśli Platońskiej. Rawls nie przywołuje w swoich pismach Platona, sięga jednak do Arystotelesa, przekonując, iż ujęcie problemu sprawiedliwości w *TS* bliskie jest Arystotelesowemu (*TS*, § 2: 39). Jak będę argumentował pod koniec rozdziału, filozofia Rawlsa odbiega znacząco od ujęcia klasycznego, a zatem zarówno od Arystotelesa, jak i od Platona. Różnice pomiędzy tym ostatnim i Rawlsem są w wielu przypadkach tak oczywiste, że nie trzeba nawet o nich wspominać. Warto natomiast zwrócić uwagę na różnicę w pojmowaniu zadania filozofii. O ile dla klasycznego greckiego myśliciela filozofia jest domeną obdarzonych szczególnym światłem rozumu mędrców, którzy jako jedyni odkrywają pełnię prawdy o sprawiedliwym porządku politycznym, to dla dwudziestowiecznego egalitarnego liberała filozofia polityczna nie posiada tak szczególnego autorytetu. Jest „wspólnym dziełem tych, którzy piszą, i tych, którzy czytają”, a „autorzy z zakresu filozofii polityki mają nie więcej autorytetu niż każdy inny obywatel i nie powinni rościć sobie pretensji do czegoś ponad to” (*WFP*, s. 46). Uważam jednak, iż ci dwaj odlegli od siebie filozofowie posiadają pewien rys wspólny: obydwaj przyjmują priorytet sprawiedliwości, a tę ostatnią uznają za najważniejszy przedmiot filozofii politycznej.

i równymi obywatelami, a jego instytucje jako dobro wspólne w społeczeństwie demokratycznym. Teza o kooperacyjnym charakterze prawa w społeczeństwie demokratycznym oraz uznanie instytucji prawnych za dobro wspólne w warunkach pluralizmu są to dwa główne rezultaty mojej interpretacji myśli Johna Rawlsa.

Kwestia jest jednak na tyle skomplikowana, że w tym rozdziale nie stawiam jeszcze tezy o kooperacyjnej koncepcji prawa ani nie wyjaśniam, na czym ona polega. Niniejszy rozdział stanowi wstępny krok dociekań, a zasadniczym przedmiotem rozważań będzie tu centralna dla Rawlsa kategoria społeczeństwa demokratycznego. Wprowadzę tutaj także własną ideę, którą nazywam „potrzebą prawa”. Jest ona pewnym rozwinięciem i prawniczą interpretacją Rawlowskiej idei społeczeństwa dobrze urządzonego. W myśl potrzeby prawa społeczeństwo dobrze urządzone należy rozumieć jako społeczeństwo oparte na instytucjach prawnych, odwołujące się do sprawiedliwego prawa jako do wspólnego i ostatecznego trybunału rozstrzygającego skonfliktowane roszczenia.

Bez wątpienia teoria<sup>7</sup> społeczna może się wydawać zaledwie dodatkiem do teorii prawa lub też jedną z jej implikacji, lecz przyjęta w tej pracy metodologia nakazuje myśleć odwrotnie – teoria prawa jest tu szczególnym przypadkiem zastosowania teorii społeczeństwa. Aby zatem przekonująco przedstawić szczególny związek prawa z zasadami sprawiedliwości, czyli kooperacyjną koncepcję prawa, należy w pierwszej kolejności zająć się fundamentalnymi kategoriami, z którymi prawo pozostaje w ściśle określonym stosunku. Dlatego w rozdziale pierwszym omawiam kluczowe koncepcje i idee<sup>8</sup> składające się na możliwy pełny obraz kategorii<sup>9</sup> społeczeństwa, a konkretnie współczesnego społeczeństwa

---

<sup>7</sup> W stosunku do Czytelnika uwrażliwionego socjologicznie pragnę zastrzec, iż słowem „teoria” posługuję się tu w bardzo skromnym znaczeniu. Jest to jedynie model pewnego wycinka rzeczywistości współczesnych państw demokratycznych, a mianowicie, opis tego, jak społeczna kooperacja regulowana jest przez zasady sprawiedliwości. Jest to też opis w dużym stopniu normatywny. W żadnym razie zaś nie jest on propozycją pełnej teorii systemów społecznych stosowanych w socjologii.

<sup>8</sup> W metodologii Rawlsa termin „idea” (*idea*) stosowany jest dość swobodnie i oznacza pewne podstawowe elementy składowe jego koncepcji sprawiedliwości czy liberalizmu politycznego. Są to na przykład „idea społeczeństwa dobrze urządzonego”, „idea sytuacji pierwotnej”, „idea publicznego rozumu” i tym podobne. Z kolei termin „koncepcja” (*conception*) oznacza u Rawlsa albo rezultat zestawienia ze sobą różnych idei, albo również element składowy teorii. W tym drugim znaczeniu występuje termin „koncepcja” na przykład w przypadku politycznej koncepcji osoby (*political conception of the person*) i jest, jak się wydaje, synonimiczny z terminem „idea”. W pierwszym znaczeniu Rawls mówi zaś o koncepcji sprawiedliwości (*conception of justice*), która oznacza uporządkowany zespół zasad, będący wynikiem zestawienia ze sobą podstawowych idei. Rawls odróżnia także wyraźnie koncepcję (*conception*) od pojęcia (*concept*). Pojęcie sprawiedliwości to tylko stosunkowo niewyraźne przeświadczenie o tym, czym jest sprawiedliwość, zaś koncepcja sprawiedliwości to uporządkowany zestaw reguł mający oparcie w refleksyjnej równowadze.

<sup>9</sup> Termin „kategoria” nie jest terminem Rawlowskim. Wprowadzam go jednak dodatkowo jako określenie najbardziej ogólne, oznaczające zestaw przekonań i założeń dotyczących najważniejszych przedmiotów zainteresowania każdej doktryny polityczno-prawnej (w każdej doktrynie



demokratycznego. Kluczowym zadaniem, realizowanym w drugiej części tego rozdziału, będzie omówienie roli sprawiedliwości w społeczeństwie demokratycznym, co doprowadzi dalej do zrozumienia szczególnej roli prawa opartego na sprawiedliwości.

Na początku rozważań wprowadzam fundamentalną i organizującą całe doświadczenia ideę społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji (podrozdział 1.1). Następnie zajmuję się polityczną koncepcją osoby, to znaczy podmiotu sprawiedliwej kooperacji wyposażonego we władze moralne: racjonalność i rozumność (podrozdział 1.2). Kiedy znane są już podstawowe twierdzenia dotyczące jednostki, przechodzę do problematyki społeczeństwa w sensie ścisłym: najpierw zajmuję się faktem pluralizmu, który stanowi niezbywalną cechę współczesnych społeczeństw demokratycznych (podrozdział 1.3), potem zaś pokazuję, jak w ramach tzw. częściowego konsensu (*overlapping consensus*), który jest pewnym filozoficznym projektem, rozumni i racjonalni obywatele mogą kooperować pod rządami wspólnych instytucji porządku konstytucyjnego, pomimo dzielących ich różnic (podrozdział 1.4). Kiedy to już jest wyjaśnione, przechodzę do finału argumentacji – w ramach ostatniego podrozdziału (1.5) prezentuję publiczną rolę koncepcji sprawiedliwości (na tym etapie rozważań szczegółowa treść zasad nie jest dyskutowana), a także wprowadzam kluczową dla opracowywanej koncepcji prawa ideę społeczeństwa dobrze urządzonego, która, po prawniczej interpretacji, dostarcza podstaw dla przyjęcia szczególnej roli prawa w społeczeństwie, nazwanej przeze mnie „potrzebą prawa”.

## 1.1. Idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji

Teoria sprawiedliwości ma za zadanie w pierwszej kolejności dostarczyć bezstronnych kryteriów oceny społecznego rozdziału podstawowych uprawnień, dóbr czy ciężarów, nie dziwi więc stwierdzenie Rawlsa, iż „[a]by w pełni zrozumieć jakąś koncepcję sprawiedliwości, musimy ujawnić leżącą u jej podłoża koncepcję społecznej kooperacji” (*TS*, § 2: 38). W dojrzałej metodologii konstruktywistycznej przejawia się to szczególną pozycją, którą otrzymuje idea społeczeństwa jako sprawiedliwego (*fair*) systemu kooperacji. Jak powiada Rawls, „usiłując wypracować polityczną koncepcję sprawiedliwości dla systemu demokratycznego, używamy tej idei jako centralnej i porządkującej” (*JaF:R* § 2.1: 5 – tłum. M.R.)<sup>10</sup>. Jest

---

takimi kategoriami są społeczeństwo, jednostka, władza, prawo, własność i państwo, choć można zapewne wyróżnić także inne). Czynię to zgodnie z tradycją dydaktyczną i badawczą katedry, w której powstawała rozprawa.

<sup>10</sup> We wcześniejszej pracy, *Kantian Constructivism in Moral Theory* (1980), w której Rawls usiłował przedstawić znaną z *TS* koncepcję sprawiedliwości jako bezstronności w bliższym nawiązaniu do jej kantowskich źródeł, podstawową rolę wydaje się pełnić koncepcja osoby, a konkretnie



to zatem idea fundamentalna dla badanej w tej pracy filozofii politycznej i od niej należy rozpocząć nasze właściwe dociekania.

Ponieważ jest to termin techniczny<sup>11</sup>, czyli wymagający uściśleń odsyłających do całości badanej teorii, to aby zapewnić jego głębsze zrozumienie, przyjrzymy się najpierw pojęciom społeczeństwa, społecznej kooperacji i związku społecznego zawartym w *TS*. Kategoria społeczeństwa podlega analizie już w pierwszym paragrafie Rawlowskiego *opus magnum*, gdzie autor przyjmuje, by „ustalić podstawowe pojęcia”, iż: „społeczeństwo jest mniej lub bardziej samowystarczalnemu stowarzyszeniem osób, które we wzajemnych relacjach uznają pewne reguły postępowania za wiążące i na ogół je respektują. Przypuśćmy dalej – kontynuuj – że reguły te ustalają system kooperacji mający wspierać dobro jego uczestników” (*TS*, § 1: 31). Wyjściowe dla teorii pojmowanie społeczeństwa czerpie zatem wyraźnie z tradycji liberalnej i oświeceniowej; o społeczeństwie nie traktuje się jako o niezależnym od jednostek „organizmie”, lecz jako o systemie współpracy, czymś w zupełności pochodnym od zaangażowanych w społeczną współpracę jednostek. O tejże pochodności mówić można w dwojakim sensie – po pierwsze, tak rozumiana całość społeczna istnieje tylko o tyle, o ile istnieją jej części; po drugie, jej cel czy dobro są w całości pochodną celów czy dobra poszczególnych jednostek. Nie oznacza to przy tym, że dobro jednostki jest w całości tożsame z partycypacją w dobru społecznym ani tym bardziej, że przeciwieństwa pomiędzy poszczególnymi dobrami jednostkowymi dadzą się w zupełności przezwyciężyć poprzez społeczne zjednoczenie. Z punktu widzenia liberalnej teorii sprawiedliwości społeczeństwo jest bowiem niczym więcej, jak tylko „systemem kooperacji”, który funkcjonuje w warunkach pierwotnej rozłączności interesów każdego poszczególnego członka tegoż systemu. Jak pisze Rawls:

Mimo że społeczeństwo jest przedsięwzięciem kooperacyjnym mającym na celu wzajemne korzyści, jest jednak zazwyczaj naznaczone zarówno zbieżnością interesów, jak i ich konfliktem. Istnieje zbieżność interesów, ponieważ społeczna kooperacja umożliwia wszystkim lepsze życie, niż gdyby każdy prowadził je na własną rękę. Jest konflikt interesów, bo nikomu nie jest obojętne, jak dystrybuowane są zwiększające się w wyniku współpracy korzyści, ponieważ dla osiągnięcia swych celów każdy preferuje raczej większy niż mniejszy udział w tych korzyściach (*TS*, § 1: 31).

---

osoby wyposażonej w dwie władze moralne – rozumność i racjonalność. Jak pisze autor: „ideą przewodnią jest tu odnalezienie właściwego związku pomiędzy konkretną koncepcją osoby a pierwszymi zasadami sprawiedliwości, za pomocą procedury konstrukcji” (*KC*, 516) Z powodów, które jeszcze wyjaśnimy, w politycznym konstruktywizmie naczelną rolę przynależy idei społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji, jakkolwiek ta ostatnia jest ściśle powiązana z polityczną (ale ściśle polityczną) koncepcją osoby (*KC*, 528 i n.; *LP*, III, § 4).

<sup>11</sup> Przez „termin techniczny” rozumiem wyrażenie wymagające dodatkowej definicji (właściwej tylko na gruncie danej teorii), pomimo że jest równobrzmiące ze słowami z języka potocznego. Definicję tę zawdzięczam Markowi Radosławowi Dziekanowi.

W powyższej charakterystyce pobrzmiewa klasyczne przekonanie Hume'a, że filozofowanie na temat sprawiedliwości ma sens tylko w warunkach ograniczonej dostępności pożądanego przez każdego dóbr lub zasobów oraz wzajemnej zależności jednostek w realizacji ich celów<sup>12</sup>. Zakłada się ponadto, że przy wyborze zasad sprawiedliwości każdą z jednostek powoduje chęć zabezpieczenia własnego legitymowanego interesu (lub też legitymowanego interesu tych, których reprezentuje)<sup>13</sup>. Punktem wyjścia tak rozumianej teorii sprawiedliwości jest zatem pewne napięcie pomiędzy jednostką a społeczeństwem, co należy ściślej rozumieć jako problem koordynacji interesów wszystkich zaangażowanych w kooperację jednostek. Sprawiedliwość jest czymś więcej niż próbą przeformowania jednostkowego egoizmu, choć musi brać pod uwagę jednostkowy interes. Jeżeli bowiem teoria sprawiedliwości ma być liberalna, musi przy proponowaniu sposobów rozsądzenia przeciwstawnych roszczeń „traktować poważnie różnice między osobami” (*TS*, § 5: 63)<sup>14</sup>. Punktem wyjścia rozwiązania tak postawionego problemu jest właśnie idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. Owa idea jest także jednym z podstawowych elementów koncepcji prawa opracowanej w niniejszej dysertacji. Zanim jednak przejdziemy do szczegółowego jej opisu, należy krótko opisać obecne już w *TS* pojęcie związku społecznego, ponieważ bez niego nie sposób właściwie zrozumieć znaczenia pojęcia sprawiedliwej społecznej kooperacji, kluczowego dla późnej filozofii Rawlsa. Doniosłość tego pojęcia wypływa z faktu, że stanowi ono przeciwwagę dla metodologicznego indywidualizmu i racjonalnej kalkulacji jako paradygmatu dla wyboru zasad sprawiedliwości w sytuacji pierwotnej.

---

<sup>12</sup> O dużym znaczeniu inspiracji Humowskich w myśli Rawlsa obszernie pisze Michael L. Frazer w artykule *Between Two Enlightenments*, „Political Theory” 2007, t. 35, nr 6, s. 756–780. Tekst przekonująco pokazuje, iż znaczenie Hume'a dla Rawlsa było znacznie większe niż się powszechnie uważa.

<sup>13</sup> Oznacza to, iż Rawls nie wyklucza altruizmu jako moralnej motywacji jednostki, lecz wyklucza go w szczególnym przypadku, jakim jest wybór zasad sprawiedliwości. Zajmę się tym zagadnieniem bliżej w rozdziale 2, gdy będę omawiał sytuację pierwotną.

<sup>14</sup> Ten ostatni postulat względem teorii sprawiedliwości jest sformułowany w opozycji do utilitaryzmu i jako główny zarzut przeciw niemu. Klasyczny utilitaryzm, który przy ustalaniu miary słuszności odwołuje się do bezstronnego obserwatora, nakazuje podporządkować wartość jednostki ogólnej sumie szczęścia. Jak trafnie wskazuje W. Proudfoot, utilitaryzm jest stanowiskiem, które „prowadzi do monizmu, w którym suma użyteczności całego społeczeństwa jest jedynym relewantnym punktem odniesienia. Dążności czy prawa poszczególnych jednostek nie mają roszczenia *prima facie* do sprawiedliwości, poza roszczeniem wynikającym z ich potencjalnej wartości w powiększaniu ogólnej sumy. Owa suma nie jest czymś właściwym tylko systemom społecznym. Zdegenerowane społeczeństwo składające się z jednej osoby może być tu analizowane równie dobrze jak społeczeństwo składające się z *n* osób. Nie ma tu szacunku dla osób, który miałby priorytet nad sumowaniem poszczególnych pozycji” (W. Proudfoot, *Rawls on Individual and the Social*, „The Journal of Religious Ethics” 1974, t. 2, nr 2, s. 109–110, przeł. M.R.).

Na samym początku należy zwrócić uwagę, że idea związku społecznego w swojej pierwotnej formie z *TS* nie jest elementem sytuacji pierwotnej i jako taka nie służy określeniu zasad sprawiedliwości, lecz stanowi element teorii dobra, który pozwala powiązać pojęcia słuszności i dobra w zastosowaniu do struktury podstawowej. Dlatego szerzej omówimy ją w rozdziale drugim, przedstawiając kooperacyjną koncepcję prawa jako możliwą interpretację klasycznej idei dobra wspólnego. W tym miejscu jest ona interesująca tylko o tyle, o ile pozwala wykazać, że sprawiedliwość jako bezstronność, pomimo indywidualistycznego punktu wyjścia, jest w stanie dostarczyć aksjologii dla pojęcia wspólnoty. Uświadomienie tego jest konieczne, by należycie zrozumieć te aspekty Rawlowskiego pojęcia społecznej kooperacji, które nie są radykalnie indywidualistyczne. Rawls przestrzega bowiem wyraźnie, by podstawowych założeń co do rozłączności lub konfliktu interesów w społecznej kooperacji nie rozumieć jako opisu modelu realizacji sprawiedliwości jako bezstronności w praktyce. Rawls nie afirmuje bowiem modelu „społeczeństwa prywatnego” jako opisu rzeczywistego społeczeństwa realizującego zasady sprawiedliwości. Społeczeństwo prywatne to pewien model, w którym każdy traktuje społeczną kooperację wyłącznie jako środek do osiągnięcia własnych celów. Pociąga to za sobą dwie istotne cechy takiego społeczeństwa. Po pierwsze, cele poszczególnych jednostek czy stowarzyszeń „mogą być konkurencyjne lub niezależne od siebie, ale [...] w żadnym wypadku nie są komplementarne” (*TS*, § 79: 734), po drugie zaś, ani społeczna kooperacja sama w sobie, ani instytucje tej kooperacji nie są traktowane jako dobro, przeciwnie – być może nawet jako ciężar (*ibidem*). Rawls nie chce zgodzić się na taki model i proponuje alternatywę w postaci zaczerpniętej od Humboldta idei związku społecznego<sup>15</sup>. Model ten sprowadza się do twierdzenia, że społeczna kooperacja jest nie tylko warunkiem koniecznym przetrwania i realizacji jednostkowego dobra, lecz także sama w sobie stanowi dobro, ponieważ dzięki niej każdy może „partycypować w całkowitej sumie urzeczywistnionych naturalnych zalet innych” (*TS*, § 79: 737). Pojawia się tu przestrzeń dla komplementarności celów, czyli również wspólnych celów ostatecznych. Jak słusznie wskazuje W. Proudfoot, do idei związku społecznego nie

<sup>15</sup> Por. W. von Humboldt, *The Limits of State in Action [Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen]*, przeł. J.W. Burrow, Liberty Fund, Indianapolis 1993, rozdz. II, s. 10–15. Warto jednak pamiętać, iż Rawls posługuje się pojedynczą ideą pochodzącą od Humboldta, lecz nie przejmując całości Humboldtowskiego systemu. Jest to bowiem system perfekcjonistyczny, oparty na etyce *Bildung*. Rawls, jak wiemy, odrzucał perfekcjonizm jako podstawę koncepcji sprawiedliwości. Humboldt był natomiast przekonany, że wolne, doskonalące się jednostki w sposób spontaniczny tworzą „związek społeczny” czy raczej „związek narodowy” (*Nationsverein*) i nie ma sprzeczności między społeczną naturą człowieka a jednostkowym perfekcjonizmem. Por. M. Chmieliński, *Atomizm a indywidualizm. Rozważania nad myślą polityczną i prawną Wilhelma von Humboldta*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004, s. 65–72.

stosuje się założenia o rozłączności interesów, dlatego jest ona w stanie rzucić nowe światło na problem ich koordynacji. Dzięki temu

[...] jest to paradygmat, w którym [problem] relacji jednostki do społecznej całości nie jest rozwiązany kosztem ani tej pierwszej, ani tej ostatniej. Nie jest to bowiem ani homogeniczna całość, ani luźny zbiór jednostek. Jednostki są postrzegane jako posiadające pewne cele, które je łączą, i które zapewne wchodzą w skład ich poczucia samych siebie jako jednostek<sup>16</sup>.

Późny Rawls dookreślił, że wspólnym celem społecznym nie jest nic więcej niż utrzymanie sprawiedliwego systemu kooperacji i jego instytucji (*LP*, V, § 7.2: 280)<sup>17</sup>.

Poczyniwszy konieczne uwagi o pojęciach „społeczeństwa” i „społecznej kooperacji” stosowanych przez Rawlsa w *TS*, które wszelako są także aktualne na gruncie jego późnej filozofii<sup>18</sup>, mogę teraz zająć się ideą społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. Jak już wspomniałem, stanowi ona fundamentalny i porządkujący element politycznego konstrukttywizmu. W moim przekonaniu należy wyróżnić dwie funkcje badanej idei. Po pierwsze, stanowi ona punkt wyjścia dla filozofa, który stoi przed zadaniem opracowania politycznej koncepcji sprawiedliwości w warunkach współczesnego społeczeństwa demokratycznego. Jak powiada Rawls, „by to uczynić, przyglądamy się publicznej kulturze politycznej społeczeństwa demokratycznego, a także tradycji interpretacji jego konstytucji i podstawowych praw (*laws*), aby odnaleźć pewne podstawowe, dobrze znane idee, które następnie mogą podlegać [dalszemu] opracowaniu” (*JaF:R*, § 2.1: 5). Idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji jest przeto postrzegana jako zastany w rzeczywistości politycznej element tradycji, przyjmowany co najmniej *implicite* przez obywateli współczesnych państw sposób ugruntowania i interpretacji głównych politycznych instytucji, takich jak konstytucja, prawa podstawowe czy procedury judykacyjne (*ibidem*, por. *LP*, I, § 2.3). A zatem w pierwszej

<sup>16</sup> W. Proudfoot, *Rawls on the Individual...*, s. 114.

<sup>17</sup> Należy zauważyć, iż aktualność idei związku społecznego jest u późnego Rawlsa jedynie częściowa. W *TS* idea ta opiera się bowiem na kantowskiej teorii moralnej, więc nie może być wprowadzona jako element politycznego liberalizmu, zakładającego pluralizm koncepcji moralnych. Rawls wyraźnie stwierdza to w *Reply to Habermas* (s. 388, przyp. 21), gdzie odrzuca ideę związku społecznego rozumianą jako ideał polityczny. Pomimo to idea ta w jakiejś formie jest obecna także w liberalizmie politycznym, gdyż tam również przeciwstawia się społeczeństwo dobrze urządzone społeczeństwu prywatnemu, które znów się odrzuca, a wewnętrzne dobro społecznej kooperacji traktowane jest jako element politycznego konsensu. W mojej prawniczej interpretacji filozofii Rawlsa właśnie ten element politycznego liberalizmu (filozofii politycznej) stanowi podstawę do utożsamienia instytucji prawnej z dobrem wspólnym, co wyjaśniam w rozdziale 2.

<sup>18</sup> Przypomnijmy uwagę zawartą we *Wstępie*: termin „filozofia polityczna” jest zarezerwowany dla późnej filozofii Rawlsa (powiedzmy, od drugiej połowy lat 80.), ponieważ „filozofia polityczna” jest przedstawiana na innej płaszczyźnie i posiada inny zakres niż „teoria moralna” zawarta w *Teorii sprawiedliwości*. Por. K. Kędziora, *John Rawls – w poszukiwaniu normatywnych podstaw demokracji*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 2008, praca doktorska, s. 12–71.

z wyodrębnionych przeze mnie funkcji badana idea jest z e w n ę t r z n a w z g l ę d e m filozofii, traktowana jako element rzeczywistości dostarczający ogólnych ram, w których teoretyk musi się poruszać, jeżeli ma wypracować adekwatną koncepcję sprawiedliwości. W drugiej funkcji przeciwnie – badana idea jest w e w n ę t r z n y m elementem filozofii politycznej. Idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji jest bowiem używana także do celu szczegółowego, mianowicie dostarcza niezbędnych wskazań podczas procedury konstrukcji zasad sprawiedliwości.

Zasygnalizowane wyżej użycie tej idei wymaga szczegółowych wyjaśnień. Jak zostało wskazane we *Wstępie*, Rawls w miarę rozwoju swej myśli głęboko zmodyfikował metodę kontraktalistyczną z *TS*, odwołując się do k o n s t r u k t y w i s t y c z n e g o ugruntowania sprawiedliwości jako bezstronności. Metodologia konstruktywistyczna nie rezygnuje z procedury wyboru zasad sprawiedliwości w sytuacji początkowej za zasłoną niewiedzy, jednakże ściśle wiąże zasady sprawiedliwości z pewnymi normatywnymi ideami. Te ostatnie nie są w żadnym razie produktem konstrukcji, przeciwnie, traktowane są jako dane determinujące wynik procedury. W późnej myśli Rawlsa strony porozumienia pierwotnego (pojmowane, tak jak w *TS*, jako racjonalne podmioty) nie są bowiem przedstawiane wyłącznie jako jednostki dążące do zabezpieczenia własnej korzyści w warunkach niewiedzy, lecz jako świadomi istniejących w kulturze danego społeczeństwa demokratycznego politycznych ideałów reprezentanci obywateli, posiadających określone władze moralne – rozumność i racjonalność<sup>19</sup>. Strony, wybierając zasady mające regulować społeczną kooperację, kierują się zatem ideami obecnymi w kulturze społeczeństwa demokratycznego (rozumianego *in abstracto*)<sup>20</sup>, a także interesami reprezentowanych przez nie obywateli; w szczególności interesami wyższego rzędu, które wyznaczają racjonalność i rozumność. Jednym z elementów politycznej kultury społeczeństw demokratycznych jest właśnie idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. W politycznym konstruktywizmie, czyli dojrzałej wersji konstruktywizmu wypracowanej przez Rawlsa, jest to idea centralna, pozostająca wszakże w ścisłym związku z innymi, również służącymi do konstrukcji zasad<sup>21</sup>. Są to przede wszystkim: koncepcja obywateli jako wolnych i równych, posiadających władze moralne rozumności i racjonalności; oraz idea społeczeństwa dobrze urządzonego. Każdym z tych elementów zajmiemy się szczegółowo w dalszych podrozdziałach. Pozwoli to na wskazanie pierwszych istotnych aspektów koncepcji prawa, adekwatnej do kategorii społeczeństwa demokratycznego.

<sup>19</sup> Rozumność i racjonalność zostaną szczegółowo wyjaśnione w kolejnym podrozdziale.

<sup>20</sup> Mówiąc ściślej, konstrukcja sytuacji pierwotnej odzwierciedla owe podstawowe idee. Por. J. Cohen, *For a Democratic Society*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 98.

<sup>21</sup> Jak pamiętamy, w konstruktywizmie kantowskim naczelną rolę zajmowała idea osoby. Przechodząc na pozycje liberalizmu politycznego, Rawls potraktował ideę społeczeństwa jako centralną, choć ściśle powiązaną z koncepcją osoby (*LP*, III, § 1.2; § 3,1; § 4). Do kwestii tych powrócimy jeszcze wielokrotnie (por. np. S. Freeman, *Rawls*, Routhledge, London and New York 2007, s. 284–323).

Dokonawszy opisu podwójnej funkcji badanej idei możemy przejść do zasadniczej jej treści. Składa się ona z trzech elementów:

a. Kooperacja jest czymś innym niż tylko społecznie koordynowanym działaniem, na przykład działaniem koordynowanym przez polecenia, które wydaje centralna władza. Kooperacją kierują powszechnie uznane normy i procedury, które kooperujący przyjmują i traktują jako odpowiednio regulujące ich postępowanie.

b. Kooperacja zawiera ideę sprawiedliwych warunków kooperacji – są to warunki, które każdy uczestniczący może rozumnie przyjąć, o ile każdy także je przyjmie. Sprawiedliwe warunki kooperacji są wyrazem idei wzajemności: wszyscy zaangażowani w kooperację i dający swój wkład wymagani przez normy i procedury, mają odpowiednio czerpać z tego korzyść, stosownie do właściwej miary porównawczej. [...]

c. Idea społecznej kooperacji wymaga jakiejś idei racjonalnie pojętej korzyści, czy dobra, każdego uczestnika. Ta idea dobra precyzuje, co uczestniczący w kooperacji, jednostki, rodziny lub zrzeczenia, lub nawet rządy narodów starają się osiągnąć, gdy ów system rozpatruje się z ich stanowiska (*LP*, I, § 3.2: 48–49, przykład zmodyfikowany – M.R.).

**Ad a)** Pierwszy element nie wymaga szczególnych wyjaśnień, zwróćmy jednak uwagę na jego istotny związek z uwagami, które poczyniłem we wprowadzeniu do niniejszego rozdziału o możliwych ujęciach relacji władzy i sprawiedliwości. Wskazywałem tam na dwa podstawowe zadania, jakie stoją przed naszymi dociekaniem, skoro przyjmiemy sprawiedliwość jako cnotę niezależną i stojącą ponad władzą. Pierwsze dotyczyło wyjaśnienia koncepcji priorytetu sprawiedliwości, drugie zaś wypracowania odpowiedniej koncepcji związku sprawiedliwości i prawa. Komentowany element stanowi pierwszy i najbardziej ogólny wyraz koncepcji priorytetu sprawiedliwości. Rawls podkreśla tutaj, że model społeczeństwa, w którym prymarną rolę pełni scentralizowana władza koordynująca działania jednostek za pomocą poleceń popartych przymusem, nie może być wzorem dla pojęcia sprawiedliwej kooperacji społecznej. Już w tym miejscu widać bowiem wyraźnie, że społeczeństwo rozumiane jako system sprawiedliwej kooperacji wymaga równorzędności kooperujących podmiotów. W tym przypadku oznacza ona jednakową podległość każdego aktora tym samym normom i procedurom posiadającym odpowiednią legitymację. Ten aspekt idei społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji podlega rozwinięciu i uszczegółowieniu w idei społeczeństwa dobrze urządzonego, którą zajmujemy się w podrozdziale 1.5. Wątek ten pojawi się także przy omawianiu publicznej roli zasad sprawiedliwości.

**Ad b) i c)** Drugi element dotyka kwestii bardziej skomplikowanej, a przy tym kluczowej z punktu widzenia celów tego podrozdziału. Traktuje się tu mianowicie o pojęciu wzajemności (*reciprocity*), które określa pod pewnymi istotnymi względami sprawiedliwe warunki kooperacji<sup>22</sup>. Nie chodzi jednak

<sup>22</sup> Por. N. Makweta Kabeya, *Du Principe du reciprocté dans la theorie de la justice de John Rawls*, Pontifica Universitas Gregoriana, Romae 2006, s. 21–49.



w tym momencie o dostarczenie treściowo określonych zasad sprawiedliwości – to zadanie realizuje procedura konstrukcji, a idea wzajemności jest jednym z wielu czynników kształtujących tę procedurę. Chodzi tu jedynie o wskazanie, jakiego rodzaju motywacja moralna stoi za przyjęciem zasad sprawiedliwości oraz w jaki sposób te zasady koordynują interesy kooperujących jednostek. Pojęcie interesu można w tym miejscu utożsamić z pojęciem dobra czy korzyści<sup>23</sup>. Sprawiedliwość jako wzajemność to pewien model sprawiedliwości, w którym kooperujący aktorzy: (1) starają się pozostawać w rozumnej równowadze pomiędzy jednostkowym interesem czy dobrem a dążeniem do dobra ogólnego i (2) czynią to poprzez przestrzeganie wybranych na drodze bezstronnej procedury zasad sprawiedliwości, które mają być przestrzegane przez wzgląd na nie same<sup>24</sup>. O drugim aspekcie wystarczy w tym miejscu jedynie powiedzieć, że podejście Rawlsa do źródła mocy obowiązującej zasad jest bliższe Kantowi niż Hobbesowi. Ten ostatni traktował reguły sprawiedliwości (prawo natury) jako ograniczenia nałożone na zewnętrzne działania dyktowane przez racjonalność techniczną, która w ostatecznym rozrachunku nie służy niczemu więcej jak tylko jednostkowej korzyści<sup>25</sup>. W ujęciu Hobbesa bowiem prawo natury jest „regułą, którą znajduje rozum”, jest to jednakowoż rozum dobierający jedynie efektywne środki do celów wyznaczonych przez determinantę pozaracjonalną, mianowicie instynkt samozachowawczy<sup>26</sup>. W ujęciu Kanta natomiast rozum jest w stanie sam przez się (a nie ze względu na jakąś determinantę pozarozumową) wyznaczać cele działania, ponieważ wola może być determinowana przez rozumne, niezależne w swych podstawach od niczego poza swoją własną formą, prawo moralne<sup>27</sup>. Rawls co prawda stara się, na ile to możliwe, odchodzić od rozstrzygnięć metafizycznych. Ciągłe jednak blisko mu do Kanta w tym sensie, że zasady sprawiedliwej kooperacji traktuje jako ugruntowane przede wszystkim w ich rozumnej treści, bez odwołania do racjonalnej kalkulacji zysków i strat, czy to w zastosowaniu do jednostki, czy do sumy społecznej<sup>28</sup>. Rozumność zasad jest tu

<sup>23</sup> W tym miejscu wystarczy intuicyjne rozumienie wyrażenia „dobra”. Szczegółowo pojęciem dobra zajmuję się w rozdziale 2.

<sup>24</sup> Załączek tego modelu odnajdziemy u Rawlsa już na wczesnym etapie rozwoju jego myśli, w *JaR*, s. 209.

<sup>25</sup> Aby uniknąć nieporozumień: Hobbes nie posługuje się pojęciem „publicznej koncepcji sprawiedliwości” w sensie Rawlsa. Niemniej jednak szerokie pojęcie sprawiedliwości, którym posługuje się ten ostatni, uprawnia badacza do porównywania normatywnego statusu zasad sprawiedliwości Rawlsa i prawa natury Hobbesa czy innych siedemnastowiecznych filozofów. Zagadnienie rozwijam w podrozdziale 1.6 A.

<sup>26</sup> Por. T. Hobbes, *Lewiatan*, rozdz. XIV, zwł. s. 113–114.

<sup>27</sup> Por. I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, przeł. B. Bornstein, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2002, s. 35–44 [AA V, 19–28].

<sup>28</sup> Pomimo że często przedstawia się *Liberalizm polityczny* jako odejście od kantyzy, sędzę, że w dziele tym jest więcej odwołań do Kanta niż się powszechnie sądzi. W moim przekonaniu doktryna wzajemności i związanej z nią racjonalności i racjonalności osoby jest inspirowana myślą

pojmowana jako ich rozumna akceptowalność dla każdego, niezależnie od partykularnych pozycji w danej sytuacji kooperacyjnej. Zasady sprawiedliwości, choć służą do rozstrzygania poszczególnych konfliktów i rozsądzania poszczególnych interesów, mają jednak pozostawać niezależne od konkretnej sytuacji, a w szczególności od rozkładu siły przetargowej, która istnieje między kooperującymi<sup>29</sup>. Do kwestii tych powrócimy jeszcze w następnym podrozdziale, gdzie zajmiemy się rozumnością jako władzą moralną obywateli.

Powróćmy teraz do pierwszego (1) aspektu wzajemności, który określa model sprawiedliwej kooperacji ze względu na sposób wyważenia interesów jednostkowych i wymogów dobra ogólnego. Sprawiedliwość jako wzajemność (*justice as reciprocity*) sytuuje się pomiędzy dwoma przeciwstawnymi modelami, jakimi są sprawiedliwość jako korzyść wzajemna (*justice as mutual advantage*) oraz sprawiedliwość jako bezstronność (*justice as impartiality*). Pierwszy z tych modeli jest radykalnie indywidualistyczny: zgodę każdego uczestnika na dane zasady sprawiedliwości wyprowadza się ze wzrostu korzyści, który, jak antycypuje, przyniesie mu społeczna kooperacja pod rządami tych zasad. Dlatego model ten jest najczęściej opracowywany z użyciem metodologii zaczerpniętej z teorii gier<sup>30</sup>. Ponieważ każdy z uczestników kooperacji racjonalnie kalkuluje swoją własną korzyść, model ten dozwala na wprowadzenie siły przetargowej stron jako czynnika determinującego zasady sprawiedliwości. Z kolei sprawiedliwość jako bezstronność koncentruje się na dobru ogólnym, całkowicie porzucając perspektywę jednostkową. Zakłada się tu więc altruizm jako podstawę motywacji jednostek i prymat dobra ogólnego nad jednostkowym. Zasady sprawiedliwości są nie tylko rozumnie akceptowalne, ale przysługują im uniwersalne obowiązki; celem nie jest niczyja poszczególna korzyść, lecz sprawiedliwy podział<sup>31</sup>.

---

królewieckiego filozofa. Por. *LFM*, s. 151–152, 274. Nie zgadzam się przeto z autorami, którzy w punkcie wyjścia swej refleksji nad liberalizmem politycznym zakładają, że stanowi on zerwanie z kantyżmem (por. np. R.S. Taylor, *Reconstructing Rawls: The Kantian Foundations of Justice as Fairness*, Penn State Press, University Park, PA, 2011).

<sup>29</sup> Słynny teoretyk sprawiedliwości Brian Barry ujmuje to w ten sposób: teoria sprawiedliwości, która podąża za Hobbesem, wyprowadza pojęcie sprawiedliwej kooperacji ze wzrostu sumy korzyści, które każda ze stron osiąga, zgadzając się na zasady sprawiedliwości. Jeżeli natomiast opieramy się na samej tylko rozumności zasad, poszukujemy warunków porozumienia, które wolne są od moralnie irrelevantnych czynników, takich jak siła przetargowa czy suma korzyści rozpatrywana z perspektywy jednostkowej. Co prawda Barry odnosi się w tym miejscu do sprawiedliwości jako bezstronności (*impartiality*), jednak opisywana cecha przynależy także do modelu wzajemności (*reciprocity*). Por. B. Barry, *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley–Los Angeles 1989, s. 8–10.

<sup>30</sup> Por. np. D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford 1986, a także J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1965.

<sup>31</sup> Najbardziej wyrafinowanym obrońcą tego modelu jest Brian Barry. Zob. B. Barry, *Justice as Impartiality*, Clarendon Press, Oxford 1995.



Sprawiedliwość jako wzajemność czerpie z obydwu modeli<sup>32</sup>. W sprawiedliwym systemie kooperacji powinno się znaleźć miejsce zarówno na dążenie do dobra jednostkowego i zabezpieczenie legitymowanych interesów każdego uczestnika, jak i na dobro wspólne, które w tym przypadku oznacza takie warunki kooperacji, które pozwolą każdemu z uczestników uzyskać z tejże współpracy odpowiednie korzyści w ten sposób, by nikt nie był pokrzywdzony przez okoliczności moralnie irrelewantne. Rawls wyraża to poprzez następującą definicję: „[w]zajemność, jak się ją rozumie w sprawiedliwości jako bezstronności, jest pewnym stosunkiem między obywatelami, wyrażanymi przez zasady sprawiedliwości regulujące świat społeczny, w którym każdy czerpie korzyść według odpowiedniej miary równości, określonej w odniesieniu do tego świata” (*LP*, I, § 3.2: 49).

Podstawowa różnica pomiędzy wzajemnością (*reciprocity*) a korzyścią wzajemną (*mutual advantage*) polega na tym, iż ten drugi model wymaga, aby konkretna sytuacja każdego z podmiotów uległa poprawie, natomiast w modelu pierwszym wymaga się, aby każdy z kooperujących mógł wyrazić rozumną zgodę na dane zasady, niezależnie od konkretnej sytuacji społecznej, w której się znajduje, przy założeniu, że inni również je przyjmą. Stąd każdy z opracowywanych modeli funkcjonuje na nieco innym poziomie. O ile sprawiedliwość jako korzyść wzajemna koncentruje się na sprawiedliwości poszczególnych transakcji między jednostkami (którą zapewniają m.in. wolność od przymusu i pełna informacja negocjacyjna), to przedmiotem dwóch pozostałych modeli jest publiczny system reguł, pod rządami których przebiegają wszystkie transakcje<sup>33</sup>. Z kolei różnica pomiędzy wzajemnością a bezstronnością polega głównie na tym, iż w przypadku tego ostatniego modelu zasady sprawiedliwości ujmowane są jako uniwersalnie obowiązujące; są w pełni niezależne od faktu kooperacji i nie odwołują się do jednostkowej korzyści. Wzajemność, jak widzieliśmy, kładzie nacisk nie na uniwersalne obowiązywanie, lecz na rozumną akceptowalność zasad<sup>34</sup>, a przez to włącza w model sprawiedliwości perspektywę jednostkową<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Autorem, który jako pierwszy zwracał uwagę na wyróżnienie tego pośredniego i mieszane-go modelu sprawiedliwości, był Alan Gibbard. Por. A. Gibbard, *Constructing Justice*, „Philosophy & Public Affairs” 1991, t. 20, nr 3, s. 266–269. Zob. także idem, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1990.

<sup>33</sup> Na ten aspekt zwraca uwagę Catherine Audard, por. C. Audard, *John Rawls*, Acumen, Stocfield 2007, s. 38.

<sup>34</sup> Tak rozumiany model wzajemności wykazuje duże podobieństwa do tradycji idealizmu niemieckiego, gdzie centralnym pojęciem filozofii politycznej jest wzajemne uznanie. Jak wskazuje J. Kloc-Konkołowicz, nurt ów znajduje swój początek w Kantowskim pojęciu szacunku (por. J. Kloc-Konkołowicz, *Das Prinzip der Gegenseitigkeit und der moderne Rechtsstaat*, [w:] A.M. Kaniowski, E. Wyrebska, T. Michałowski (red.), *Rechtsstaatlichkeit. Kant*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2012, s. 55–70).

<sup>35</sup> Por. A. Gutmann, D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, s. 52–95. Autorzy ci proponują interesujące zestawienie analizowanych przez mnie modeli, choć sądzą, iż nie doceniają istotnych różnic pomiędzy

Powyższe rozważania można zilustrować następującym przykładem. Weźmy jakieś proste społeczeństwo, które składa się z grupy rolników żyjących na żyznych równinach oraz myśliwych zamieszkujących pobliskie góry. Kontakty owych grup są sporadyczne, ograniczają się do niezbędnej wymiany handlowej. Zakładamy jednak, że tworzą oni jeden system społeczny, czyli z jakiegoś powodu są od siebie wzajemnie zależni, na przykład myśliwi posiadają dostęp do surowców niezbędnych i niedostępnych rolnikom, zaś myśliwi nie są w stanie wyżywić się tylko tym, co sami są w stanie upolować w górach. Obie grupy muszą wzajemnie kooperować. Przyjmijmy dalej, że rolnicy są właścicielami rozległych działek, nawet zbyt dużych jak na ich siły i możliwości technologiczne. Myśliwi natomiast ledwo są w stanie zaspokoić głód z powodu braku wystarczającej ilości zwierzyny. W pewnym momencie dochodzą do wniosku, iż lepiej im będzie opuścić góry i nająć się do pracy u rolników. Kiedy proponują rolnikom swoje usługi, ci ostatni proponują następujący układ: „owszem, będziecie mogli u nas pracować, uzyskany dochód pozwoli wam żyć na znacznie lepszym poziomie. Stawiamy jednak pewne warunki. Musicie zgodzić się, iż żaden z was nie będzie mógł poślubić żadnej z naszych córek oraz żaden z was nigdy nie będzie miał prawa zasiadać w radzie naszej społeczności”.

Takie rozwiązanie spełnia warunki korzyści wzajemnej, ponieważ sytuacja obydwu grup poprawia się. Rolnicy uzyskują dodatkowe ręce do pracy, dzięki temu znacznie efektywniej uprawiają swoje ziemie. Myśliwi co prawda nie mają pełni praw, ale są wyzwoleni od głodu, a to zdecydowanie poprawia ich położenie. Zakładamy przy tym, że wcześniej i tak nie wykształcili żadnego życia politycznego (ich życie w górach było prymitywniejsze od tego, które wiedzie się na równinach) oraz i tak nie żenili się z córkami rolników.

Proponowany układ nie spełnia natomiast warunków wzajemności ani bezstronności, ponieważ zasady, według których odbywa się kooperacja, nie ustanawiają odpowiedniego stosunku między biorącymi w niej udział podmiotami, przy założeniu ich równości jako podmiotów moralnych. Rolnicy w sposób istotny zawężają możliwość wyboru koncepcji dobra na przyszłość dla myśliwych oraz wydatnie ograniczają ich wpływ na wspólne sprawy poprzez brak możliwości udziału w radzie. I chociaż zgoda na warunki zaproponowane przez rolników jest racjonalna, to nie jest rozumna. Kooperacja w wyżej opisanym przykładzie została bowiem determinowana przez rozkład siły przetargowej stron, a przez to nie jest sprawiedliwa według modelu wzajemności. Ponadto, jeżeli potraktować układ pomiędzy rolnikami i myśliwymi jako konstytuujący publiczny system reguł, łatwo wskazać, że owe reguły nie czynią zadość wymogom wzajemności, ponieważ instytucjonalizują przygodne nierówności, wprowadzając kategoryzację zależną od siły przetargowej układających się grup.

---

bezstronnością i wzajemnością. Są mianowicie skłonni utożsamiać model Barrego i Rawlsa. W tym punkcie się z nimi nie zgadzam, gdyż Barry opowiada się, w moim przekonaniu, po stronie uniwersalnego obowiązywania, zaś Rawls wyraźnie po stronie rozumnej akceptowalności.

Po prezentacji powyższego przykładu rodzi się naturalne pytanie, czym zatem różni się wzajemność od bezstronności. Odpowiedzi dostarcza przykład zaproponowany przez Alana Gibbarda<sup>36</sup>. Zmodyfikujmy nieco sytuację z poprzedniego przykładu. Niech myśliwi i rolnicy żyją na osobnych wyspach, wytwarzając potrzebne do życia dobra zupełnie niezależnie od siebie. Wyobraźmy sobie teraz, iż myśliwi uzyskują informacje o istnieniu rolników oraz jakiś sposób komunikacji z nimi. Podczas rozmów z sąsiadami orientują się, że podczas gdy ich wyspa jest jedynie leśnym nieużytkiem, sąsiednie społeczeństwo korzysta w najlepsze z wielkich, żyznych pól i pastwisk.

W myśl ogólnej idei sprawiedliwości jako bezstronności po stronie myśliwych powstaje automatycznie oparte na sprawiedliwości roszczenie względem rolników – skoro naturalne uposażenie czy ogólnie gorsza wyjściowa pozycja domaga się rekompensaty, to w imię uniwersalnego dobra rolnicy powinni podzielić się z myśliwymi częścią wypracowanych przez siebie płodów. Tymczasem tego rodzaju obowiązek nie zachodzi w przypadku sprawiedliwości jako wzajemności. Problem sprawiedliwości pojawia się bowiem dopiero w przypadku kooperacji, o której w tym przypadku nie może być mowy. Dlatego rolnicy są w pełni uprawnieni do korzystania z owoców swojej pracy<sup>37</sup>.

Na koniec rozważań o centralnej i organizującej idei sprawiedliwej społecznej kooperacji należy dodać, że nie należy jej rozumieć tylko w kategoriach ekonomicznych czy wyłącznie jako podziału pracy mającego na celu wytwarzanie dóbr materialnych. Idea społecznej kooperacji ma znacznie szersze znaczenie i obejmuje także wymianę myśli i idei czy też działanie na publicznym forum politycznym na podstawie publicznie uznanych reguł<sup>38</sup>. Jak zobaczymy, zasady i wartości sprawiedliwości stosują się przede wszystkim do publicznego forum politycznego, lecz mają wpływ na całość struktury społecznej; mają ją regulować w ten sposób, by możliwa była spontaniczna i wieloaspektowa wymiana społeczna.

## 1.2. Jednostka a obywatel. Polityczna koncepcja osoby

Do tej pory pisałem o jednostkach jako podmiotach kooperacji, bez ich głębszego opisu. Tymczasem rekonstrukcja kategorii społeczeństwa wymaga uzupełnienia idei sprawiedliwej kooperacji o adekwatną do niej koncepcję osoby. Autor

<sup>36</sup> Podany przeze mnie przykład jest pewną modyfikacją propozycji A. Gibbarda (*Constructing...*, s. 269).

<sup>37</sup> Rozszerzony opis trzech modeli sprawiedliwości znajdzie Czytelnik w: M. Rupniewski, *Pojęcia wzajemności, bezstronności i korzyści wzajemnej w wybranych współczesnych koncepcjach sprawiedliwości*, [w:] M. Maciejewski, M. Sadowski, M. Marszał (red.), *Tendencje rozwojowe w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014.

<sup>38</sup> Na ten aspekt zwraca uwagę W. Kersting. Por. W. Kersting, *Gerechtigkeit und öffentliche Vernunft. Über John Rawls' politischen Liberalismus*, Mentis, Paderborn 2006, s. 46.

*Liberalizmu politycznego* przedstawia idee społeczeństwa i osoby jako komplementarne (por. *PL*, III, § 4.1), więc mój następny krok jest niezbędny. Zanim jednak przejdę do prezentacji Rawlsowskiej idei osoby, pragnę podkreślić szczególną płaszczyznę, na której ona funkcjonuje. Należy mianowicie bezwzględnie pamiętać, że koncepcja osoby nigdy nie miała charakteru pełnej metafizyki osoby czy ogólniejszej filozofii człowieka. Fakt ten istotnie odróżnia Rawlsa od klasyków filozofii systemowej (od Arystotelesa po Kanta), którzy naukę o moralności opierali na gruntownej metafizyce, w tym metafizyce bytu ludzkiego. Tymczasem w nowoczesnej teorii moralnej (czy to z *Teorii sprawiedliwości* czy z *Kantowskiego konstruktywizmu*) człowiek interesuje Rawlsa tylko o tyle, o ile jest osobą moralną, czyli osobą posiadającą zmysł sprawiedliwości i koncepcję dobra. Przedmiotem teorii jest zatem raczej wrażliwość moralna człowieka niż człowiek badany całościowo dla niego samego. Dlatego charakterystykę osoby Rawls stara się przedstawić jako niezależną od innych dziedzin filozofii, jak choćby od filozofii umysłu czy epistemologii<sup>39</sup>. Innymi słowy teoria moralna traktuje o człowieku tylko jako o podmiocie moralności, nie zaś jako o podmiocie poznającym czy też o istocie rozumiejącej, ekonomicznej lub twórczej. Te istotne (z wielu punktów widzenia kluczowe) aspekty bytu ludzkiego pozostawia się innym dziedzinom filozofii. Zupełnie abstrahuje się też od tradycyjnych zagadnień dotyczących substancji duchowej lub materialnej jako natury człowieka.

W konstruktywizmie politycznym Rawls odchodzi od klasycznej metafizyki w jeszcze bardziej radykalny sposób, zawężając pojęcie osoby moralnej do pojęcia obywatela<sup>40</sup>. Filozofia polityczna zajmuje się już nie tyle moralną wrażliwością człowieka, ile jego publiczną, czyli instytucjonalną i prawną tożsamością – tożsamością obywatela państwa demokratycznego<sup>41</sup>. Właśnie dlatego w liberalizmie

---

<sup>39</sup> Najważniejsze twierdzenia z tego punktu widzenia zawiera artykuł *The Independence of Moral Theory*. Rawls odrzuca tu model hierarchicznego i zupełnego systemu filozoficznego, gdzie jedna z dziedzin (np. teoria poznania lub teoria znaczenia) stanowi fundament, na którym opierają się wszystkie pozostałe dziedziny filozofii. Uznaje on rzecz jasna związek teorii moralnej z innymi dziedzinami filozofii, lecz uważa, że należy ją przedstawiać niezależnie od tychże dziedzin i prowadzić właściwe dla niej tylko badania nad substancjalnymi koncepcjami sprawiedliwości i ich adekwatnością do wrażliwości moralnej (por. *IMT*, s. 286–295).

<sup>40</sup> Por. *PNM*, s. 226–227.

<sup>41</sup> Warto zwrócić uwagę, iż ugruntowanie koncepcji sprawiedliwości w koncepcji obywatela nie jest tożsame z „postmetafizycznym” proceduralizmem, którego rzecznikiem był Habermas. Dla tego ostatniego na przykład prawa podstawowe ugruntowane są w „wolności komunikacyjnej”, a ta ostatnia „istnieje tylko między aktorami, którzy w nastawieniu performatywnym chcą się ze sobą co do czegoś porozumieć i oczekują od siebie zajęcia stanowiska wobec wzajemnie wysuwanych roszczeń ważnościowych” (J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 135). Rawls tymczasem odwołuje się do substancjalnego (a nie wyłącznie proceduralno-komunikacyjnego) ideału obywatela. Konsekwentnie usiłuje przedstawić ten ideał jako niemetafizyczny, a jedynie polityczny. Na problematyczność tej strategii (sytuującej się gdzieś

politycznym miejsce centralne zajmuje idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji, a koncepcja osoby zostaje podporządkowana idei sprawiedliwej kooperacji. Jak pamiętamy, Rawls porzuca projekt kantowskiego konstrukttywizmu na rzecz konstrukttywizmu politycznego<sup>42</sup>. Dlatego „polityczna koncepcja osoby” jest po prostu koncepcją demokratycznego obywatelstwa. Pozwala to przedstawić koncepcję sprawiedliwości za pomocą metodologii, która zachowuje pewną niezależność od rozległych doktryn wyzwanych w danym momencie, w danym społeczeństwie. Zasady sprawiedliwości stanowią publiczną podstawę sprawiedliwej kooperacji i struktury podstawowej; mogą zostać przyjęte przez osoby różniące się co do całościowego światopoglądu, przekonań metafizycznych czy zaangażowania religijnego. Jednostki przyjmują je bowiem przede wszystkim jako obywatele. Koncepcja demokratycznego obywatelstwa determinuje zatem treść zasad sprawiedliwości – powinny one spełniać nie tylko wymogi wzajemności jako wzoru społecznej kooperacji, lecz także muszą móc być rozumnie przyjęte i popierane przez obywateli, którzy postrzegają siebie jako jednocześnie wolnych i równych, zdolnych do kooperacji na sprawiedliwych warunkach<sup>43</sup>. Obywatele, obrawszy odpowiednie dla swego statusu zasady, które odzwierciedlają ich dwie moralne władze – rozumność i racjonalność, będą współpracować z pokolenia na pokolenie w oparciu o te zasady, traktując je jako ostateczny trybunał, do którego należy się odwoływać, rozwiązując najważniejsze problemy i konflikty roszczeń związane z tą współpracą<sup>44</sup>. Punktem wyjścia dla koncepcji osoby jest określenie obywatela jako kogoś, kto: „może brać udział, czy grać określoną rolę, w życiu społecznym, a stąd korzystać z rozmaitych praw i przestrzegać rozmaitych obowiązków” (*LP*, I, § 2.3: 51).

Płaszczyznę rozważań Rawlsa o obywatelu dobrze pokazuje przykład z Piśma Świętego, przywołany w *Liberalizmie politycznym*: Na drodze do Damaszku Szaweł z Tarsu doznaje silnego przeżycia religijnego i staje się Pawłem Apostołem. Trudno o bardziej radykalny zwrot w osobowości moralnej, przekonaniach religijnych czy metafizycznych. A jednak, z punktu widzenia filozofii politycznego liberalizmu, tego rodzaju przemiana nie pociąga za sobą zasadniczych zmian w tożsamości instytucjonalno-prawnej. Niekoniecznie musi także prowadzić do równie radykalnego zwrotu w wyznawanych wartościach politycznych. Szaweł

---

między metafizyką a proceduralizmem) zwraca uwagę choćby T. Hedrick, *Rawls and Habermas: Reason, Pluralism, and the Claims of Political Philosophy*, Stanford University Press, Stanford 2010, s. 61–80.

<sup>42</sup> Przypomnijmy – kantowski konstrukttywizm opierał się w pierwszej kolejności na koncepcji autonomicznej osoby moralnej, natomiast konstrukttywizm polityczny wychodzi od idei społeczeństwa. W moim przekonaniu nie oznacza to, że Rawls zrywa tym samym z kantyzmem – na kartach tej rozprawy wielokrotnie pokazują związki filozofii późnego Rawlsa z myślą Kanta.

<sup>43</sup> Jak celnie porównuje W. Kersting: „sprawiedliwość jest gramatyką uczciwej kooperacji” (W. Kersting, *Gerechtigkeit und öffentliche...*, s. 46).

<sup>44</sup> Por. K. Kędziora, *John Rawls...*, s. 232.

z Tarsu i Paweł Apostoł to ten sam obywatel rzymski<sup>45</sup>. Ilekróć zatem będę się posługiwał terminami „osoba”, „jednostka” czy „moralność”, będę je rozpatrywał na płaszczyźnie instytucjonalno-politycznej. Politycznej koncepcji osoby „nie należy mylić z jakimś ideałem osobistego życia (na przykład z ideałem przyjaźni) ani z ideałem członków jakiegoś stowarzyszenia, a tym bardziej z ideałem takim, jak stoicki ideał mędrca” (*LP*, VIII, § 3: 403).

Na Rawlowską koncepcję demokratycznego obywatelstwa składają się przede wszystkim dwie pary komplementarnych własności, jakimi są: (1) wolność i równość oraz (2) rozumność i racjonalność. Pierwsza para odnosi się do statusu, jaki każdy z obywateli posiada w społeczeństwie demokratycznym, druga natomiast do władz moralnych, które przysługują co do zasady każdemu w niezbędnym stopniu<sup>46</sup>. Status równych i wolnych obywateli otrzymują właśnie z tytułu posiadania wspomnianych władz moralnych. Z tą problematyką wiąże się kwestia autonomii obywateli, lecz tym problemem zajmę się jedynie w ograniczonym stopniu. Powrócę do niej w drugim rozdziale, którego przedmiotem jest między innymi dyskurs publiczny. To tam właśnie autonomia obywateli odgrywa kluczową rolę, gdyż polega ona na realizacji władz moralnych.

## A. Rozumność i racjonalność

W pierwszej kolejności zajmę się władzami moralnymi obywatela, ponieważ, jak zostało powiedziane, stanowią one podstawę dla statusu wolności i równości. Choć w potocznym rozumieniu utożsamia się rozumność z racjonalnością, Rawls ściśle je odróżnia<sup>47</sup>, czerpiąc, według własnych słów, z myśli

<sup>45</sup> Por. *LP*, I, § 4.2. Rawls zwraca tu uwagę na fakt, iż społeczeństwu opierającym podstawowe obowiązki, roszczenia i prawa (w sensie instytucjonalnym i prawnym) na przynależności religijnej, kastowej czy klasowej brak koncepcji równego obywatelstwa.

<sup>46</sup> To, że władze te przysługują każdemu w niezbędnym stopniu jest nie tyle faktem potwierdzalnym empirycznie, ile pewnym założeniem. Nie chodzi w nim jednak o to, iż każdy obywatel jest mądrym czy rozważnym człowiekiem. Raczej o to, że każdy normalny (czyli niecierpiący na ciężkie upośledzenie) człowiek jest na tyle rozumny i racjonalny, żeby angażować się w społeczną kooperację (por S. Freeman, *Rawls*, s. 334).

<sup>47</sup> Warto zwrócić uwagę, iż angielskie wyrażenie *reasonable* (rozumny) posiada w języku naturalnym nie tylko znaczenie identyczne z wyrażeniem *rational* (racjonalny), czyli „zdolny do logicznego myślenia” czy „zdolny do rozumowania”. Może oznaczać także pozostawanie w granicach zdrowego rozsądku lub też bycie umiarkowanym, nienadmiernym. W tym znaczeniu często tłumaczy się *reasonable* jako „rozsądny”, mówiąc na przykład o „rozsądnej cenie” (*reasonable price*). Jak zobaczymy, ów drugi odcień znaczeniowy w potocznej angielszczyźnie ma duże znaczenie dla Rawlowskiej doktryny dwóch władz moralnych. O ile racjonalność może być moralnie neutralna, to rozumność pociąga za sobą pewną uczciwość względem drugiego. Jak powiada Rawls, „zdrowy rozsądek postrzega co do zasady rozumność, nie zaś racjonalność, jako ideę moralną, związaną z jakimś rodzajem wrażliwości moralnej” (*JaF:R*, § 2.2: 7, przeł. M.R.).



Immanuela Kanta<sup>48</sup>. Analogia z Kantem opiera się na dokonaniu przez tego ostatniego rozróżnieniu pomiędzy czystym rozumem praktycznym a rozumem uwarunkowanym empirycznie. W *Krytyce praktycznego rozumu* Kant odróżnia naukę szczęśliwości (*Glückseligkeitslehre*) od nauki moralności (*Sittenlehre*). Specyfika tej pierwszej polega na tym, iż w jej przypadku rozum posługuje się empirycznym przedstawieniem dobra, szczęśliwości czy przyjemności, które wyznacza kierunek woli. Gdy wchodzę do lodziarni, zamierzając nabyć trzy kulki lodów, kieruję przede wszystkim przedstawieniem przyjemności, której przysporzy mi konsumpcja deseru w miłym towarzystwie. Jest to zatem przykład działania rozumu, które przynależy do nauki o szczęśliwości. Tymczasem nauka o moralności bada rozum praktyczny oddzielony od uwarunkowań empirycznych – rozum, który powoduje wolą wyłącznie ze względu na prawo moralne, nie zaś na jakiegokolwiek przedstawienie dobra czy przyjemności<sup>49</sup>. I tak na przykład, choć bardzo lubię lody serwowane w danym lokalu, nie ukradnę ich, jeżeli akurat wchodząc do lodziarni, zastanę ją opuszczoną. Zdaniem Kanta dzieje się tak nie ze względu na jakieś inne dobro, które w tym przypadku zabrania mi kradzieży, lecz ze względu na samo prawo moralne, które determinuje moją wolę i nie pozwala zrealizować przyjemności, jaką dałoby zjedzenie ukradzionych lodów. W podobny sposób Rawls odróżnia racjonalność od rozumności, choć pamiętajmy, że jest to jedynie analogia. Racjonalność jest władzą analogiczną do rozumu uwarunkowanego empirycznie, gdyż ma za przedmiot jednostkową koncepcję dobra i jej realizację. Rozumność zaś jest władzą analogiczną do czystego praktycznego rozumu, ponieważ jest ona tożsama ze zmysłem sprawiedliwości, którego stosowanie nie wymaga odwołania się do jednostkowej koncepcji dobra.

W pierwszej kolejności omówię racjonalność, choć nie należy przez to rozumieć, jakoby racjonalność była w jakimś sensie pierwotna i to z niej dopiero wyprowadzało się rozumność<sup>50</sup>. Według Rawlsa obydwie omawiane władze moralne są odrębne i niezależne od siebie nawzajem w tym sensie, że kierują się oddzielnymi zasadami i przynależą do oddzielnych sfer moralności. Dziedziną racjonalności jest zdolność „kształtowania, rewidowania i racjonalnego dążenia do realizacji jakiejś koncepcji dobra” (*LP*, I, § 5.2: 66). Chodzi tutaj o koncepcję dobra p o s z c z e g ó l n e j o s o b y, przeto sądy z dziedziny racjonalności mają za przedmiot dobór i realizację ostatecznych celów danej jednostki, rozpatrywanych z jednostkowej perspektywy. Innymi słowy, racjonalny podmiot jest w stanie określić, co jest dla niego dobre oraz jakie działania pozwolą zrealizować owo

<sup>48</sup> Por. *LFM*, s. 150 i n.

<sup>49</sup> Por. I. Kant, *Krytyka praktycznego...*, s. 99 [AA V, 93].

<sup>50</sup> Por. *LP*, II, § 1.3. Współcześnie pierwotny charakter racjonalności względem sprawiedliwości czy ogólnie, rozumności, przyjmują tacy autorzy, jak David Gauthier czy Alan Gibbard. Por. D. Gauthier, *Morals...*, s. 64–87; A. Gibbard, *Wise Choices...*, s. 48–50.

dobro w najwyższym możliwym stopniu. Jakiego rodzaju stany rzeczy są tym dobrem, określa „racjonalny plan życia”, który determinuje poszczególne wysiłki jednostki; decyduje o przeznaczeniu dostępnych jednostce środków i o sekwencji jej działań. Zakłada się przy tym, że każdy obywatel posiada racjonalny plan życia w stopniu przynajmniej dostatecznym<sup>51</sup>. Wolfgang Kersting dokonuje błyskotliwego porównania racjonalnego planu życia z klasycznym pojęciem dobrego życia: „U Arystotelesa pojęcie życia oznacza kompleksowe ludzkie działanie, mające na celu realizację dobra. Dobrem, o którego realizację zabiegamy w życiu, jest szczęście. Rawlowskie pojęcie racjonalnego planu życia jest odpowiednikiem koncepcji życia jako integralnej etycznej *praxis*”<sup>52</sup>.

Porównanie zaproponowane przez Kerstinga pozwala pokazać pewien szczególnie istotny aspekt Rawlowskiej doktryny racjonalności. Mianowicie, choć zawsze rozpatruje ona cele i środki z perspektywy jednostkowego interesu i jednostkowej koncepcji dobra, nie zawsze może być utożsamiana z egoizmem. „Interes” jest bowiem rozumiany szeroko – jako możliwość realizacji wszelkich rozumnych celów i wartości, w tym także związanych z różnego rodzaju związkami i sentymentami wspólnotowymi czy nawet poświęceniem części własnego wąsko rozumianego interesu celom nadrzędnym. Jak powiada Rawls:

Działający racjonalnie jako tacy nie kierują się też wyłącznie względem na własny interes – to znaczy, ich interes nie zawsze polega na zapewnieniu korzyści sobie samym. Każdy interes jest interesem własnym działającej osoby, ale nie każdy interes polega na własnej korzyści tej osoby. Działający racjonalnie mogą żywić wszelkiego rodzaju uczucia wobec różnych osób i mogą ich łączyć najrozmaitsze więzi z różnymi wspólnotami i miejscami, łącznie z miłością do kraju i przyrody [...] (*LP*, II, § 1.2: 92)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Por. *LP*, IV, § 2.1. Pojęcie „racjonalnego planu życia” ma też istotne miejsce w argumentacji w sytuacji pierwotnej oraz w teorii dobra, dlatego jeszcze wielokrotnie do niego powrócimy.

<sup>52</sup> W. Kersting, *John Rawls zur Einführung*, Junius Verlag, Hamburg 2001, s. 54, przeł. M.R. Istnieje jednak bardzo istotna różnica pomiędzy etyką cnót Arystotelesa a liberalizmem politycznym, o której zresztą wspomina także Kersting. Mianowicie z perspektywy liberalizmu politycznego nie można wskazać jakiegoś konkretnego ideału dobrego życia, który powinien być realizowany przez osobę moralną, by osiągnęła szczęście. Dlatego pojęcie „integralnej etycznej *praxis*” stosuje się do „racjonalnego planu życia” tylko w sensie formalnym, nie zaś w sensie materialnych (tj. treściowo określonych) cnót.

<sup>53</sup> Oznacza to, iż konsumenta wybierającego droższy produkt nie zawsze nazwiemy nieracjonalnym, choć jego zachowanie jest nieracjonalne z perspektywy ekonomicznej. I tak na przykład, moja praktyka nabywania produktów spożywczych w małych, lokalnych sklepikach jest nieracjonalna ekonomicznie – równie szybko mógłbym dotrzeć do tańszych supermarketów, dzięki czemu oszczędziłbym miesięcznie zapewne niemałą kwotę. A jednak mojego zachowania nie nazwiemy nieracjonalnym z perspektywy moralnej władzy racjonalności. Taka praktyka wynika z chęci wspierania małych sklepów i przekonania, że obok ceny produktów ważne są także lokalne przyjaźnie zawierane przy okazji tego rodzaju zakupów. Dlatego nawet, iż pozornie poświęcam środki ekonomiczne, moje zachowanie jest po prostu racjonalne – realizuje jakąś koncepcję dobra.



Kolejnym charakterystycznym, także bliskim Arystotelesowi rysem racjonalności praktycznej obywateli jest założenie, że racjonalność nie jest zawężona do technicznej zdolności dobierania możliwie najefektywniejszych środków do celów, wyznaczanych przez czynniki pozaracjonalne, takie jak choćby Hobbesowski instynkt samozachowawczy czy Hume'owskie uczucia. Przeciwnie – racjonalność to także zdolność wyboru celów, rozważnego osądu, jakie cele ostateczne najlepiej harmonizują ze sobą, pozwalając zrealizować racjonalny plan życia.

Jest jednak coś, czego brakuje racjonalności, ponieważ, pomimo tak szerokiego ujęcia, sama nie wystarcza do pełnego opisu władz moralnych obywateli. Odpowiedź na pytanie, czego zatem tu brak, jest ściśle związana z tym, co powiedzieliśmy o idei sprawiedliwej kooperacji, a w szczególności o idei wzajemności (*reciprocity*). W poprzednim podrozdziale wskazywałem, że wzajemność (jako model sprawiedliwej kooperacji) wymaga przyjęcia i przestrzegania zasad sprawiedliwości przez wzgląd na nie same. Z powyższego opisu racjonalności wynika zaś jasno, że racjonalny (i wyłącznie racjonalny) podmiot nigdy nie przyjmie zasad przez wzgląd na nie same; będzie się angażował w społeczną kooperację, będzie przyjmował podczas tego procesu jakieś zasady, lecz (jako wyłącznie racjonalny) będzie to czynił zawsze przez wzgląd na własny, chociaż szeroko rozumiany, interes. Rawls pisze: „Tym, czego brakuje działającym tylko racjonalnie, jest owa szczególna forma wrażliwości moralnej tkwiąca u podłoża pragnienia, by angażować się w sprawiedliwą kooperację jako taką, i na takich warunkach, by można było rozumnie oczekiwać, że inni jako równi przystaną na nie” (*LP*, II, § 1.2: 93)<sup>54</sup>.

Rozumność jest zatem ściśle związana z głównym przedmiotem zainteresowania Rawlsa, mianowicie ze zmysłem sprawiedliwości. Polega ona na gotowości, by

[...] proponować, lub uznać zaproponowane przez innych, zasady potrzebne do określenia, co może być postrzegane przez wszystkich jako uczciwe warunki kooperacji. Co więcej, rozumne osoby rozumieją, iż mają przestrzegać tychże zasad, nawet (gdy wymagają tego okoliczności) kosztem ich własnego interesu, o ile od innych także można wymagać przestrzegania tychże zasad (*JaF:R*, § 2.2: 6)<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Konieczność uzupełnienia racjonalności poprzez rozumność uznaje także między innymi Brian Barry. Odwołując się do rozważań z poprzedniego podrozdziału, warto zwrócić uwagę, iż koncepcja sprawiedliwości jako wzajemnej korzyści (*justice as mutual advantage*), poszukując koncepcji sprawiedliwości, odwołuje się tylko do racjonalności jednostek (ponieważ odwołuje się do jednostkowego interesu jako probierza sprawiedliwości). Barry argumentuje, iż z takich założeń nie sposób wyprowadzić zadowalającej teorii sprawiedliwości. Jest tak choćby dlatego, że pozostając w obrębie racjonalności, nie sposób wskazać motywacji dla przestrzegania zasad sprawiedliwości w sytuacji, gdy jest ich nieprzestrzeganie może przynieść racjonalną korzyść. Por. B. Barry, *Justice as Impartiality*, s. 39–46. W nauce polskiej w podobnym duchu (lecz z użyciem metodologii teorii gier) argumentował Wojciech Załuski (zob. W. Załuski, *The limits of naturalism: a game – theoretic critique of justice as mutual advantage*, Zakamycze, Kraków 2006).

<sup>55</sup> Warto zwrócić uwagę, że w *Teorii sprawiedliwości* autor nie posługuje się jeszcze pojęciem rozumności, wyraźnie jednak odróżnia koncepcję własnego dobra i zmysł sprawiedliwości, ten ostatni definiując jako zdolność do przyjęcia i stosowania zasad sprawiedliwości (*TS*, § 77: 716). W tym

Podmioty rozumne (w przeciwieństwie do wyłącznie racjonalnych) są zatem zdolne kierować się ideą wzajemności – proponują zasady sprawiedliwości przez wzgląd na nie same i angażują się w świat społeczny (pojęty jako system kooperacji) również dla niego samego, nie zaś wyłącznie po to, by zmaksymalizować indywidualną użyteczność. Nie oznacza to wszakże, że obywatele jako podmioty rozumne działają motywowani wyłącznie dobrem ogólnym, ocenianym z perspektywy bezstronnego obserwatora. Jak powiedzieliśmy przy omawianiu idei wzajemności, podmioty rozumne znajdują się pomiędzy bezstronnym altruizmem a ukierunkowaną na interes korzyścią wzajemną.

Aby lepiej zrozumieć, dlaczego Rawls wprowadza rozumność jako niezależną od racjonalności władzę moralną, przyjrzyjmy się im obydwu w momencie, kiedy stają się wzajemnie przeciwstawne. Tym momentem jest mianowicie racjonalna korzyść, jaką można uzyskać w sytuacji braku zasad sprawiedliwości czy ich nieprzestrzegania. Często przestrzegamy pewnych zasad (nie muszą być to zasady sprawiedliwości, mogą być to równie dobrze zasady uczciwości czy przepisy prawne) w pewnym sensie ze szkodą dla siebie. Odnieśliśmybyśmy znacznie większe korzyści, gdyby takie zasady nas nie obowiązywały. W sytuacji, gdy pojawia się możliwość złamania obowiązujących zasad bez bezpośrednich nieprzyjemnych konsekwencji, skorzystanie z tej możliwości może okazać się zupełnie racjonalne, o ile takie działanie współgra z koncepcją naszego dobra. Byłoby to jednak działanie nierozumne, ponieważ zasady, których przestrzegamy, nie zależą od naszego dobra. Ich moc wiążąca pochodzi z ich wzajemności – wymagamy ich przestrzegania od siebie na tej podstawie, że rozsądne jest wymaganie tego także od innych. Podkreślając tę różnicę, Rawls pisze:

Lecz podczas gdy [nieprzestrzeganie zasad – M.R.] jest nierozumne, nie jest, co do zasady, nieracjonalne. Pewne osoby mogą bowiem posiadać nadrzędną władzę polityczną lub być usytuowane w bardziej sprzyjających okolicznościach; i choć te warunki są, jak zakładamy, nieistotne przy rozważaniu tych osób jako równych, skorzystanie z lepszej sytuacji może być dla tychże osób racjonalne (*JaF:R*, § 2.2: 7).

---

miejscu warto przywołać szczególnie celnie uwagi W. Proudfoota, które poczynił w cytowanym już przeze mnie artykule (z roku 1974). Krytykując opis stron w sytuacji pierwotnej (w wersji z *TS*) wskazywał, że odwołanie się do racjonalnego wyboru przy założeniu rozłączności interesów nie jest w stanie ugruntować kluczowych dla Rawlsa zasad, jak obowiązek wzajemnego szacunku; ani też nie potrafi wyjaśnić wartości niektórych dóbr podstawowych, w szczególności szacunku do samego siebie (por. W. Proudfoot, *Rawls on the Individual...*, s. 112). Rozwój myśli Rawlsa przebiegał w kierunku, który zdawała się sugerować krytyka Proudfoota. Późny Rawls nie poprzestaje zatem na racjonalności i teorii racjonalnego wyboru, wprowadzając na scenę niezależną od niej władzę moralną, – rozumność. Myślicielem, który wskazywał, iż odwołanie się przez Rawlsa do racjonalnego wyboru było mylące i już w *TS* mieliśmy do czynienia z „rozumnym wyborem” (*Vernunftswahl*), był Otfried Höffe. Zob. O. Höffe, *Ethik und Politik: Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979, s. 185–189.

Jak widać z powyższego rozróżnienia, pojęcie rozumności jest Rawlsowi potrzebne, by ugruntować wymogi sprawiedliwego systemu kooperacji we władzach moralnych obywateli. Sama tylko racjonalność nie może służyć do tego celu, ponieważ odwołując się wyłącznie do niej, nie da się wykazać, że kooperujący obywatele w pewnym sensie muszą proponować trwałe reguły kooperacji, przestrzegać ich i wymagać od innych tego przestrzegania. Gdybyśmy poruszali się w ramach samej tylko racjonalności, rozumianej jako wybór i realizacja koncepcji własnego dobra, społeczna kooperacja mogłaby być doraźnie regulowana przez pewne zasady, które jednak mogłyby być łamane w zależności od sytuacji. To z kolei czyniłoby je co najwyżej nieistotnym dodatkiem do społecznej kooperacji, a w żadnym razie czynnikiem efektywnie ją regulującym. Co za tym idzie, pozostając na gruncie samej racjonalności, musielibyśmy zgodzić się na to, iż okoliczności moralnie irrelevantne, takie jak konkretna pozycja przetargowa stron, miałyby istotowy wpływ na treść zasad sprawiedliwej kooperacji. Jest to konsekwencja, na którą Rawls (przyjmujący wzajemność jako paradygmat dla koncepcji sprawiedliwości) nie może przystać, a racjonalna realizacja jednostkowego interesu musi być w jakiś sposób ograniczona. Tę rolę pełni właśnie rozumność.

Staje się ona przez to w pewnym sensie nadrzędną władzą moralną, nie można jej jednak rozumieć jako jakiegoś rodzaju „wyższej” (tj. osiągananej tylko na wyższym etapie rozwoju moralnego) zdolności jednostki, która ma za zadanie poskromić „pierwotną” maksymalizację własnego interesu w ten sposób, jak choćby Hegłowska etyczność (*Sittlichkeit*) miała znieść niedoskonałą i jedynie formalną moralność (*Moralität*)<sup>56</sup>. W moim przekonaniu taka interpretacja byłaby myląca, gdyż, jak podkreślałem, poruszamy się tu w obrębie normatywnej koncepcji obywatelstwa, nie wchodząc na teren metafizyki osoby, czy tym bardziej jakichś definitywnych sądów o obiektywnej wyższości jakiejś władzy moralnej w sensie psychologii filozoficznej. Prymat rozumności odzwierciedla przede wszystkim konstrukcja sytuacji pierwotnej (zob. rozdział 2 niniejszej pracy), gdzie uczciwe usytuowanie stron nie pozwala korzystać z bardziej korzystnego uposażenia (por. *LP*, I, § 4.3: 60, przypis dolny), a także priorytet słuszności względem dobra, który polega między innymi na tym, iż na koncepcje dobra nałożone są ograniczenia wypływające z zasad słusz-

<sup>56</sup> Rawlsa można byłoby w tym miejscu interpretować tak, że rozumność byłaby odpowiednikiem etyczności, w której, zdaniem Hegla, „zanika samowola jednostki” (G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, przeł. A. Landman, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969, s. 167 [§ 152]). Racjonalność z kolei byłaby tu odpowiednikiem moralności, która u Hegla związana jest z abstrakcyjnymi uprawnieniami i pozbawioną substancjalnej konkretności perspektywą jednostkową (por. D. James, *Hegel's Philosophy of Right: Subjectivity and Ethical Life*, Continuum, London–New York 2007, s. 66). Tym, co przede wszystkim odróżnia Rawlsa od Hegla, jest przekonanie tego ostatniego, że etyczność może się w pełni zrealizować w państwie rozumianym jako wspólnota. O ile u Rawlsa rozumność ma priorytet nad racjonalnością (ze względu na ogólny priorytet słuszności), nie można powiedzieć, że na gruncie jego filozofii politycznej ostateczne cele czy osobowość moralna jednostki realizują się w państwie. Jak zobaczymy, państwo nie jest wspólnotą zespoloną kolektywną koncepcją dobra.

ności (por. *LP*, V, § 1). Gdy jednak chodzi o normatywną koncepcję osoby, obydwie władze są komplementarne, czyli każda z nich wymaga uzupełniania przez drugą. Jak już powiedzieliśmy, podmioty wyłącznie racjonalne nie są w stanie zaproponować i przestrzegać zasad sprawiedliwości, a zatem nie mogą prowadzić stabilnej i sprawiedliwej kooperacji. Skoro zaś zakładamy, że trwała chęć kooperacji oraz odpowiadająca jej idea sprawiedliwych i publicznych warunków tejże są integralnym, zastanym elementem tradycji demokratycznej, należy wprowadzić dodatkową władzę moralną, która potrafi opisać i wyjaśnić ten fenomen. Z drugiej jednak strony nie sposób mówić o podmiotach wyłącznie rozumnych; musielibyśmy mówić o nich jako o pozbawionych racjonalnego planu życia i koncepcji własnego dobra. Byłoby to nonsensem, ponieważ takie podmioty byłyby niezdolne do kooperacji społecznej, a zatem ich rozumność pozbawiona byłaby zupełnie punktu odniesienia. Racjonalność jest zatem trwałą i pożądaną cechą koncepcji demokratycznego obywatelstwa.

Jak zostało powiedziane, dwie moralne władze obywateli są podstawą ich równego statusu. Dlatego w następnej kolejności omówię wolność i równość obywateli; wspólny wszystkim status, wynikający z posiadania opisanych przeze mnie władz moralnych. Zanim jednak przystąpię do tego zadania, pragnę podkreślić znaczące konsekwencje, jakie niesie ze sobą istotowe powiązanie statusu obywatelskiego z opisanymi wyżej władzami moralnymi. Jak trafnie podkreśla Samuel Freeman, oparcie równego statusu obywateli na ich moralnych władzach pozwala wyraźnie odróżnić sprawiedliwość jako cnotę publicznych instytucji (sprawiedliwość społeczną) od „sprawiedliwości praw człowieka” czy „sprawiedliwości humanitarnej”. Roszczenia do tej ostatniej wyprowadza się z samego tylko faktu bycia istotą ludzką, bez odwołania do osobowości polityczno-moralnej. Z kolei roszczenia do sprawiedliwości społecznej wypływają z liberalnych zasad sprawiedliwości, przyjętych ze względu na rozumność i racjonalność obywateli<sup>57</sup>. Oznacza to, że jednostka (zaangażowana w społeczną kooperację przez całe swe życie) jest zarówno punktem wyjścia, jak i celem ostatecznym koncepcji sprawiedliwości – zasady kooperacji przyjmowane są przez obywateli ze względu na ich moralne władze, które umożliwiają im społeczną kooperację<sup>58</sup>. Dzięki temu Rawls pozostaje (przynajmniej na poziomie *stricte* filozoficznym) daleki od welferyzmu. Przedmiotem zainteresowania teorii sprawiedliwości nie jest bowiem poziom dobrobytu (czy miałby to być minimalny, czy też średni dobrobyt), lecz możliwość kultywowania władz moralnych i angażowania się w społeczną współpracę. Ponieważ dobrobyt czy dobrostan jest czymś oczywiście różnym od kultywowania władz moralnych, późny Rawls wciąż pozostaje daleki od utilitaryzmu. Ten ostatni, o ile w ogóle mówi o sprawiedliwości, to jako o czymś pochodnym od ludzkiej zdolności do odczuwania przyjemności i przykrości; moralne władze będą zatem interesowały (klasycznego) utilitarystę co najwyżej o tyle, o ile przyczyniają się do wzrostu społecznej sumy szczęścia czy satysfakcji.

<sup>57</sup> Por. J. Rawls, *Prawo ludów*, § 10.1: 117.

<sup>58</sup> Por. S. Freeman, *Rawls*, s. 287.

Rawlsowska doktryna władz moralnych jako podstaw sprawiedliwości jest bez wątpienia atrakcyjna dla celów tej rozprawy. Jeśli chcemy opracować teorię prawa w jego istotowym związku ze sprawiedliwością, musimy także zastosować określone pojęcie podmiotów prawa – osób, którym przysługują określone uprawnienia oraz do których stosują się reguły prawne. Jeżeli uda się pokazać, że polityczna koncepcja osoby może być także koncepcją podmiotu prawa, będziemy o krok bliżej od opracowania takiej teorii. Jest to w moim przekonaniu możliwe. Aby jednak argument był pełny, opis władz moralnych obywateli należy uzupełnić opisem ich statusu jako wolnych i równych. Kiedy to uczynimy, będzie można w pełni przedstawić zastosowanie politycznej koncepcji osoby do nauk prawnych.

## B. Wolność i równość

Przedstawiając wolność i równość jako kluczowe dla instytucjonalnej tożsamości cechy obywateli, należy na samym początku zwrócić uwagę, że polityczna koncepcja osoby usiłuje pogodzić równość z wolnością; przedstawić je nie jako cechy przeciwstawne i reprezentujące skonfliktowane wartości, lecz jako pochodzące z tego samego aksjologicznego źródła i zakładające się nawzajem. Tego rodzaju przekonanie (choć podzielane przez wielu) jest krytykowane na różne sposoby; choćby z pozycji uznających prymat wolności, rozumianej wyłącznie jako wolność negatywna, czyli jako brak podległości arbitralnej woli innych. Czyni tak choćby F.A. von Hayek, argumentując, iż filozofia polityczna poszukiwać powinna przede wszystkim wolności, czyli takich instytucjonalnych warunków, w których przymus jednych wobec drugich jest ograniczony tak dalece, jak to w społeczeństwie możliwe<sup>59</sup>. Tak rozumiana wolność nie da się pogodzić z egalitaryzmem, jest więc pojmowana jako przeciwstawna względem równości, na poziomie zarówno teoretycznym, jak i aksjologicznym. Podobną perspektywę przyjmował Isaiah Berlin, który, choć nie był antyegalitarystą, pisał:

Chcąc uniknąć jaskrawej nierówności lub powszechnej biedy, gotów jestem poświęcić moją wolność, [...] ale rezygnuję wówczas z wolności na rzecz równości, sprawiedliwości czy miłości bliźniego. W pewnych okolicznościach zasługiwałbym na wyrzuty sumienia, gdybym tego nie uczynił. Ale poświęcenie nie zwiększa tego, co zostało poświęcone, to znaczy wolności, choćby nie wiem jak wielka była potrzeba moralna i osiągnięta dzięki temu korzyść<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> F.A. von Hayek, *Konstytucja wolności*, przeł. J. Stawiński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, s. 25. Por. także idem, *Law, Legislation, and Liberty*, t. 2: *The Mirage of Social Justice*, Routledge, London 1982, s. 62–96.

<sup>60</sup> I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, [w:] idem, *Dwie koncepcje wolności i inne eseje*, przeł. D. Grinberg, Res Publica, Warszawa 1991, s. 117–118. Podobnie rozumował (inspirując się esejem Berlina) Daniel Bell (zob. D. Bell, *Kulturowe sprzeczności kapitalizmu*, przeł. S. Amsterdamski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 297 i n.).

Na przeciwstawnym biegunie znajdują się choćby niektóre współczesne feministki, które uznają równość kobiet i mężczyzn za wartość podstawową. Krytykują zatem wszelką retorykę wolnościową, uznając ją za jeszcze jedną formę paternalizmu<sup>61</sup>.

Rawls traktuje ten spór jako immanentny dla tradycji demokratycznej, nie zaś jako spór o zasadność demokracji jako takiej, choć również i tak można tę różnicę zdań interpretować. Jak pisze w *Liberalizmie politycznym*:

Możemy traktować tę niezgodę jako konflikt w łonie samej tradycji demokratycznej, między tradycją związaną z Lockiem, który nadaje większą wagę temu, co Constant nazwał „wolnościami ludzi nowożytnych” – wolności myśli i sumienia, pewnym podstawowym prawom osoby i własności oraz rządowi prawa – a tradycją związaną z Rousseau, który nadaje większą wagę temu, co Constant nazywa „wolnościami ludzi starożytnych” – równym wolnościom politycznym i wartościom życia publicznego (*LP I*, § 1.1: 33).

Autor *Liberalizmu politycznego* zajmuje w tym sporze stanowisko w pewnym sensie pośrednie, usiłując „rozstrzygnąć spór pomiędzy tymi tradycjami” (ibidem). Próba pogodzenia tradycji Locke’a i Rousseau jest czymś daleko więcej niż rozwiązaniem problemu szczegółowego; zamiysł ten widoczny jest w różnych miejscach jego filozofii – znajduje swój wyraz także w treści zasad sprawiedliwości czy w doktrynie podstawowych elementów konstytucji. Spójrzmy jednak, w jaki sposób Rawls realizuje to zamierzenie na poziomie idei równego obywatelstwa<sup>62</sup>.

Rozpocznijmy od równości. Bez wątpienia Rawls, rozwijający tradycję równego obywatelstwa, sytuuje się pod tym względem blisko Rousseau. Ten ostatni oparł swoją teorię umowy społecznej przede wszystkim na równości, którą każda jednostka uzyskuje w stanie obywatelskim. Jak pisał:

[...] zamiast niszczyć równość naturalną, układ podstawowy zgoła przeciwnie wprowadza równość moralną i prawną w miejsce tego, co z nierówności fizycznej mogła natura wprowadzić między ludzi, i że ludzie, jakkolwiek mogą być nierówni siłą i geniuszem, stają się równymi przez układ i prawo<sup>63</sup>.

Podobnie u Rawlsa: zarówno wczesnej, jak i późnej jego filozofii towarzyszy przekonanie, że porządek instytucjonalny powinien odzwierciedlać równość; status, który każda jednostka „otrzymuje” poprzez sam prosty fakt bycia osobą

<sup>61</sup> Por. np. T.E. Higgins, *Why Feminists Can't (or Shouldn't) Be Liberals*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1629–1641.

<sup>62</sup> Idea demokratycznego obywatelstwa jest ideą kluczową dla pogodzenia wolności z równością również na pozostałych poziomach teorii. Na ten fakt zwraca uwagę Adrés de Francisco, który interpretuje późnego Rawlsa wyłącznie w kategoriach republikańskich (A. de Francisco, *A Republican Interpretation of the Late Rawls*, „The Journal of Political Philosophy” 2006, 3, s. 270–288). W rozdziale 2 powrócę jeszcze do kwestii republikańskiej interpretacji Rawlsa, polemizując z autorem zacytowanego właśnie artykułu. Wątki republikańskie u późnego Rawlsa w interesujący sposób tropi także C. Audard (C. Audard, *John Rawls*, zwł. s. 175–229).

<sup>63</sup> J.J. Rousseau, *O umowie społecznej*, przeł. M. Starzewski, De Agostini, Warszawa 2002, s. 42.



moralną (w przypadku wczesnego Rawlsa<sup>64</sup>) lub obywatelem (w późnej jego myśli). Oznacza to, że nierówny (tzn. niejednakowy) rozkład talentów, pozycji społecznych czy środków przysługujących poszczególnym jednostkom nie powinien wpływać na jednakowe roszczenia do sprawiedliwości, przysługujące każdemu w jednakowy sposób i w jednakowym stopniu.

W *Liberalizmie politycznym* oraz *Justice as Fairness: A Restatement* równość obywatelska jest wyprowadzona z moralnych władz, opisanych przeze mnie powyżej<sup>65</sup>. Zakłada się „posiadanie tych władz w minimalnym stopniu, niezbędnym do tego, by być w pełni kooperującymi członkami społeczeństwa” przez wszystkich obywateli, co czyni ich równymi (*PL*, I, § 3.3: 52, przekład zmodyfikowany). Równość obywatelska nie oznacza przeto identyczności pod względem jakiegś własności naturalnej, lecz posiadanie przez każdego takich samych władz moralnych, choć w różnym stopniu<sup>66</sup>. Fakt, że niektóre jednostki są na przykład bardziej racjonalne (potrafią skuteczniej dobierać środki do celów), lub bardziej rozumne (potrafią z większą swadą deliberować na temat sprawiedliwości) nie stanowi różnicy relewantnej i znoszącej podstawową równość. Oznacza ona zatem nie tyle identyczność podmiotów pod jakimś istotnym względem, co ich r ó w n o ś ć w stosunku do zasad sprawiedliwości (a co za tym idzie, także względem całego porządku instytucjonalnego).

Tego rodzaju ugruntowanie równości rodzi problem osób niepełnosprawnych umysłowo czy też niedojrzałych dzieci. Tego rodzaju jednostki, choć są ludźmi, nie posiadają władz moralnych rozwiniętych w niezbędnym minimalnym stopniu. Kwestia, czy i w jakim stopniu będą one podmiotami sprawiedliwości, pozostaje niejasna<sup>67</sup>. Z całą pewnością Rawls nie godzi się na odmawianie roszczenia do

<sup>64</sup> Por. *TS*, § 77.

<sup>65</sup> Strategia Rawlsa nie różni się w tej materii zasadniczo od strategii przyjmowanych we wcześniejszych pismach, różnica wszak polega przede wszystkim na tym, iż rozumność i racjonalność nie są tam wyraźnie odróżnione i opisane jako władze obywateli. Celne komentarze na temat problematyki równości we wcześniejszych pracach Rawlsa zawiera artykuł M. Gorra, *Rawls on Natural Inequality*, „*The Philosophical Quarterly*” 1983, 33, 130, s. 1–18.

<sup>66</sup> Warto w tym miejscu odnotować, iż szereg autorów libertariańskich, na czele z Murrayem N. Rothbardem, krytykuje polityczny ideał równości jako niedorzeczny, utożsamiając znaczenie terminu „równość” z „identycznością”. Argument ten jest w moim przekonaniu nietrafiony, gdyż, jak widać z powyższego, „równość” jako ideał polityczny oznacza „równy status”, rozumiany jako normatywna składowa koncepcji osoby i nie wymaga identyczności w zasadzie pod żadnym względem (por. M.N. Rothbard, *Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama 2000, s. 1–21). Jak pokazuje egalitarysta Ronald Dworkin, ideał równości wymaga nie tyle identycznego (równego) traktowania wszystkich ludzi, ile traktowania ich j a k o r ó w n y c h (por. R. Dworkin, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, „*Philosophy & Public Affairs*” 1981, t. 10, nr 4, s. 283–345).

<sup>67</sup> Projekt opartej na arystotelizmie (nie zaś na umowie społecznej) teorii sprawiedliwości, która mogłaby objąć także osoby niepełnosprawne, przedstawiła Martha C. Nussbaum. Owa teoria, nazywana „podejściem możliwościowym” (*capabilities approach*) identyfikuje listę podstawowych zdolności czy możliwości (*capabilities*) człowieka, których osiągnięcie winno być umożliwione



sprawiedliwości tylko na podstawie braku rozwiniętej osobowości moralnej, lecz czyni to na czysto pragmatycznej podstawie – takie postawienie sprawy pociągałoby za sobą „zbyt duże ryzyko dla sprawiedliwych instytucji” (TS, § 77: 713). Z pewnością jest także przekonany, że za pomocą jego teorii, po pewnych modyfikacjach, można odpowiedzieć także na pytania dotyczące przypadków szczególnych<sup>68</sup>. Dla celów tej rozprawy wystarczy powiedzieć, że osoby, które w ogóle nie mają zdolności rozwinięcia władz moralnych, nie są podmiotami sprawiedliwości w takim samym sensie i w takim samym stopniu, jak osoby normalnie kooperujące przez całe swe życie. Dzieci nie mogą wysuwać wszystkich roszczeń, które mogą wysuwać osoby dorosłe, co nie znaczy, że sprawiedliwość nie dotyczy dzieci; osoby niepełnosprawne zaś są reprezentowane przez podmioty, które sprawują nad nimi opiekę (por. LP, V, § 3: 257–258). Zdolność do bycia podmiotem jest zatem podobna do znanej z prawa cywilnego konstrukcji zdolności do czynności prawnych.

Równość obywatelska nie jest dominującym elementem politycznej koncepcji osoby; jak powiedzieliśmy, Rawls poszukuje formuły, pod którą równość będzie mogła współistnieć z wolnością<sup>69</sup>. Pod tym względem Rawls wykracza poza schemat wyznaczony przez Rousseau. Ten ostatni bowiem nie przykładą wielkiej wagi do jednostkowych praw i wolności; zarówno jego antropologia filozoficzna, jak i doktryna woli powszechnej zupełnie o nich „zapominają”, przedkładając interes zbiorowości nad wszelkie wartości indywidualistyczne<sup>70</sup>. Rawls natomiast postuluje priorytet podstawowych praw i wolności obywatelskich. Jest to silny

---

każdemu obywatelowi. Tym samym krytykuje Rawlsa przede wszystkim za to, iż nie uwzględnił godności osób niepełnosprawnych (por. M.C. Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2006, s. 155–163). W moim przekonaniu propozycja Nussbaum jest trudna do przyjęcia. Sądzę, iż instytucje publiczne winny być zbudowane na pewnej publicznej koncepcji obywatela, nie zaś na substancjalnym przedstawieniu dobrego życia. Choć sama autorka uznaje się za przedstawicielkę liberalizmu politycznego, jej koncepcja, w moim przekonaniu, zbyt łatwo i zbyt ściśle łączy sfery publiczną i prywatną.

<sup>68</sup> Interpretację problemu osób niepełnosprawnych umyslowo w ramach systemu Rawlsa proponuje H.S. Richardson w artykule *Rawlsian Social Contract Theory and the Severely Disabled*, „The Journal of Ethics”, Dec., 2006, t. 10, nr 4, s. 419–462.

<sup>69</sup> Trudności tego przedsięwzięcia na poziomie pojęć bada D.D. Raphael, *Tensions between Equality and Freedom*, [w:] idem, *Justice and Liberty*, The Athlone Press, London 1980, s. 57–74.

<sup>70</sup> Co bardzo ważne, Rousseau nie przedstawia umowy społecznej jako umowy pomiędzy indywidualnymi, niezależnymi od siebie jednostkami. Słowami Rawlsa można określić, iż doktryna woli powszechnej Rousseau „nie traktuje poważnie różnic między osobami” i nie szanuje przez to ich wolności. Jak dobitnie podkreśla Stephen Ellenburg, u Rousseau „jednostka” jest istotą zależną od społeczeństwa, wyprowadzającą swoją tożsamość z uczestnictwa w spójności społecznej, z której powstaje i której nierozpoznawalną częścią pozostaje. Jednostka istnieje *poprzez* społeczeństwo, a nie tylko *w czy ze* społeczeństwem” (S. Ellenburg, *Rousseau’s Political Philosophy: An Interpretation from Within*, Cornell University Press, Ithaca and London 1976, s. 51, przeł. M.R.; M. Nussbaum, *Frontiers...*, s. 25).

element tradycji Locke'ańskiej, jeśli trzymać się Locke'a i Rousseau jako dwóch biegunów w tradycji demokratycznej<sup>71</sup>. Wolność, rozumiana jako podstawowa składowa politycznej koncepcji osoby, znajduje swoje odzwierciedlenie w uporządkowaniu zasad sprawiedliwości, które wyznacza priorytet równych podstawowych wolności, który zaś zostaje następnie ucieleśniony przez instytucje konstytucyjne. Tymi zagadnieniami zajmę się później, w rozdziałach 2 i 3. Teraz zaś pozostaję na pierwszym, wstępnym etapie Rawlowskiej doktryny wolności, jakim jest wolność jako status obywatela<sup>72</sup>.

Status ten ma trojakie ugruntowanie. Po pierwsze, każdy z obywateli posiada własną koncepcję dobra (por. *LP*, I § 5.2). Ponieważ każdy jest zdolny (i zarazem uprawniony) do jej zrewidowania lub zmiany, uważa się go za osobę wolną. Abstrahuje się przy tym od ewentualnych empirycznych determinant danej koncepcji dobra, traktując ją jako racjonalny, a zatem autonomiczny, konstrukt każdej jednostki. A zatem nawet, gdyby autorem mojej koncepcji dobra był w zupełności mój ojciec, z punktu widzenia politycznego liberalizmu byłaby to moja własna koncepcja dobra, przyjmowana w sposób wolny. Perspektywa politycznej koncepcji osoby nakazuje bowiem zakładać, iż w każdej chwili jestem zdolny zrewidować swoje sądy dotyczące dobra i przestać podążać ścieżkami wyznaczonymi mi przez innych; jestem także do tego uprawniony. Co bardzo ważne, nie istnieje jakaś wybrana koncepcja dobrego życia, którą z punktu widzenia moralności publicznej uznaje się za koncepcję nadrzędną czy wymaganą przez publiczne instytucje<sup>73</sup>. Każdemu przysługuje wolność wyboru, zrewidowania i zmiany własnej koncepcji dobra, zgodnie z posiadaną moralną władzą racjonalności. Wolność w tym znaczeniu posiada szeroki zakres, bowiem, jak dalece jest to rozumne, nie

<sup>71</sup> Warto zwrócić uwagę, iż choć historycznie Locke nie był, ściśle biorąc, demokratą (jako polityk wigowski postulował monarchię ograniczoną), to myśl demokratyczna czerpie z jego pomysłów pełnymi garściami.

<sup>72</sup> Traktowanie wolności jako statusu krytykuje Zbigniew Rau, rozróżniając „wolność otrzymaną” od „wolności zdobytej”. Ta ostatnia – obca myśleniu Rawlsa – nie jest abstrakcyjnym statusem prawnym, lecz wynikiem wysiłku i doskonalenia się jednostki. Por. Z. Rau, *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, przeł. M. Przychodzeń, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2008, s. 45–79.

<sup>73</sup> W tym miejscu Rawls istotnie różni się od innych liberalów, przede wszystkim od Ronald Dworkina. Ten ostatni rozumował bowiem w sposób holistyczny i pragnął powiązać egalitarno-liberalne zasady z odpowiadającą im koncepcją dobrego życia. Tym samym przeciwstawiał się wyraźnie politycznemu liberalizmowi (por. R. Dworkin, *Sovereign's Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2002, s. 237–285; idem, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011, s. 191–219). Różnicę pomiędzy liberalizmami Rawlsa i Dworkina (a także Josepha Raza) podkreśla Martha C. Nussbaum w artykule *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, „Philosophy & Public Affairs” 2011, t. 39, nr 1, s. 4–45. W związku z tymi różnicami należy nie zgodzić się z M. Żardecką-Nowak, która uznaje Dworkina za „spadkobiercę” Rawlowskiego politycznego liberalizmu (por. M. Żardecka-Nowak, *Rozum i obywatel. Idea rozumu publicznego oraz koncepcja jednostki we współczesnej filozofii polityki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2007, s. 252).

podlega ona publicznej ocenie w kategoriach wyróżnionego typu racjonalności. W ten sposób Rawls wymyka się potencjalnym zarzutom o antyreligijny paternalizm, który wykluczałaby osoby religijne z aktywnego dyskursu obywatelskiego<sup>74</sup>. Brak paternalizmu w liberalizmie politycznym polega na tym, że osobiście mogą uważać daną grupę za zniewoloną, to znaczy kierującą się nie tyle racjonalnością, co autorytetem religii bądź konwencji społecznej. Jednakże, jako członek społeczeństwa demokratycznego, jestem zobowiązany uważać swoich współobywateli za wolnych – zakładam, że wybierają oni koncepcję dobra w sposób wolny. Jedynie co mogą zrobić, to apelować właśnie do owej wolności i za pomocą argumentacji przekonywać do mojej koncepcji dobra, która wydaje mi się lepsza także dla nich. Do rozstrzygnięcia tego rodzaju sporów nigdy nie wolno mi użyć aparatu państwowego i sankcji prawnych.

Obywatele uważani są za wolnych także pod tym względem, że „uważają się za samo-uwierzytelniające się źródła ważnych roszczeń (*self-authenticating sources of valid claims*)” (*LP*, I, § 5.3: 69). Oznacza to, że odwołujące się do sprawiedliwości roszczenia obywateli względem publicznych instytucji społeczeństwa lub współobywateli wypływają wyłącznie z ich własnych podstawowych wolności oraz interesów wyższego rzędu każdego. Innymi słowy, każdy jest uprawniony do realizacji własnej koncepcji dobra, ma też roszczenie do prowadzących do tego celu środków społecznych. Argumentacja nie odwołuje się tu, na przykład, do społecznego pożytku, jaki powstaje dzięki realizacji przez

---

<sup>74</sup> Biorąc pod uwagę często występujący zarzut, iż liberalizm polityczny jest w gruncie rzeczy wrogi obywatelom religijnym i wymaga od nich posługiwania się racjami świeckimi (por. np. D.A. Reidy, *Rawls's Wide View of Public Reason: Not Wide Enough*, „Res Publica” 2000, t. 6), podkreślam, iż w moim przekonaniu Rawls nie głosi doktryny, w ramach której religijne argumenty muszą być jakoś „przetłumaczone” na język świecki. Rawls bowiem nie wyróżnia żadnego języka jako uprzywilejowanego. Po pierwsze, sfera pozapolityczna (pod którą podpada aktywność wszelkich dobrowolnych stowarzyszeń, a zatem także np. prasa czy towarzystwa naukowe, związki wyznaniowe) w ogóle nie podlega ocenie z perspektywy politycznego rozumu, o ile nie wchodzi w rażący konflikt z porządkiem prawnym. Natomiast publiczne forum polityczne dopuszcza argument religijny, o ile można podać pasujące doń równoległe racje polityczne (por. *RPRJ*, 211–233). Rawls dopuszcza zatem „paralelne” argumentacje w kategoriach politycznych i religijnych, choć to argument polityczny jest decydujący. Argument polityczny nie jest jednak argumentem świeckim – nie wymaga się tu zatem tłumaczenia poglądów religijnych na język świecki. Wręcz przeciwnie, to współobywatele są zobligowani rozumieć racje religijne jako racje polityczne, jeżeli takie racje można podać. I tak na przykład, gdy obywatel X broni instytucji monogamicznej rodziny motywowany racjami religijnymi, choć wskazuje przy tym racje polityczne (np. pożytek społeczny, prawidłowy rozwój dziecka w rodzinie) świecki obywatel Y jest zobligowany traktować ten argument jako polityczny, choćby nawet w wypowiedzi obywatela X co rusz występowały słowa takie jak: „Dekalog”, „sakrament” czy „Chrystus”. Argumentację w sferze publicznej należy bowiem rozpatrywać z perspektywy podzielanych wartości politycznych, nie zaś z perspektywy świeckiego rozumu. Por. D.A. Dombrowski, *Rawls and Religion: The Case for Political Liberalism*, State University of New York Press, Albany 2001, s. 105–120; P. Neal, *Is Political Liberalism Hostile to Religion?*, [w:] Sh.P. Young (red.), *Reflections on Rawls: An Assessment of his Legacy*, Ashgate 2009, s. 153–177.

jednostki ich racjonalnych planów życia, lecz ma charakter indywidualistyczny. Co więcej, obywatele uważają owe roszczenia za „ważne same przez się, nie zaś wywiedzione z obowiązków i zobowiązań określonych przez polityczną koncepcję sprawiedliwości, na przykład z obowiązków i zobowiązań wobec społeczeństwa” (ibidem: 69–70). Sama koncepcja dobra jest traktowana jako wystarczająca podstawa wszelkich tego typu roszczeń. Polityczna koncepcja sprawiedliwości (na przykład sprawiedliwość jako bezstronność) jest zatem postrzegana nie jako ich źródło, lecz jako probierz do rozstrzygania sporów pomiędzy przeciwstawnymi roszczeniami. Punktem wyjścia wszelkiego orzekania w tej materii okazuje się zatem dobro każdej z jednostek rozpatrywane z osobna. Jest to o tyle szczególnie istotny aspekt koncepcji Rawlsa, o ile wskazuje na indywidualistyczne wątki jego filozofii.

Po trzecie wreszcie, obywateli pojmuje się jako wolnych ze względu na odpowiedzialność, jaką przyjmują za własne cele, w tym sensie, że ocenia się ich roszczenia pod kątem tego, na ile rozumnie można spodziewać się ich realizacji bez pokrzywdzenia innych (*LP*, I, § 5.4). Obywatele są postrzegani jako zdolni do koordynacji realizowanych w toku życia koncepcji swego dobra i związanych z nimi roszczeń w świetle politycznej koncepcji sprawiedliwości. Jak pisze Rawls:

Postępujemy jak poprzednio: zaczynamy od podstawowej idei społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. Gdy idea ta zostanie rozwinięta do postaci koncepcji politycznej sprawiedliwości, to wynika z niej także, że skoro obywatele są osobami, które mogą uczestniczyć w społecznej kooperacji w ciągu całego życia, to muszą też brać odpowiedzialność za swe cele: a więc dostosowywać swoje cele tak, by dało się do nich dążyć przy użyciu środków, które mogą rozsądnie spodziewać się nabyć w zamian za wkład, jaki mogą rozsądnie spodziewać się wnieść (ibidem: 71–72).

O ile pierwsze dwa aspekty wolności obywatelskiej wydają się intuicyjne i mało kontrowersyjne, Rawlowskie pojęcie odpowiedzialności prowokuje do krytyki. Powiedzieliśmy, że obywatele postrzegają samych siebie jako wystarczające źródło ważnych roszczeń; wydaje się, że należałoby konsekwentnie rozpatrywać problematykę odpowiedzialności w podobnym kontekście. Tymczasem Rawls rezygnuje w tym miejscu z indywidualizmu, a przez to nie przedstawia, w moim przekonaniu, satysfakcjonującej koncepcji odpowiedzialności za własne decyzje czy zaciągnięte zobowiązania. Redukuje odpowiedzialność do zdolności (i skorelowanego z nią obowiązku) rozumnego wyważenia swoich celów w obliczu usprawiedliwionych roszczeń współobywateli, opartych na podzielanej powszechnie politycznej koncepcji sprawiedliwości. Trudno zaprzeczyć, że jest to pewien aspekt odpowiedzialności, lecz z pewnością nie sposób wykazać, że jest to aspekt podstawowy czy najważniejszy. Podejście, które ten aspekt uznaje za kluczowy, wyprowadza odpowiedzialność nie bezpośrednio z normatywnej koncepcji wolnej osoby, lecz traktuje ją jako implikację publicznej koncepcji sprawiedliwości. W moim przekonaniu mamy tutaj do czynienia z pewną niekonsekwencją

– o ile za podstawę ważnych roszczeń wystarczy wolność jednostki, to nie jest już tak z odpowiedzialnością. Ten aspekt politycznej koncepcji osoby jest szczególnie wart podkreślenia, gdyż koresponduje on choćby z zasadą różnicy, która nakazuje maksymalizować korzyść najgorzej sytuowanych, nie zadając zarazem pytania o indywidualną odpowiedzialność za społeczną pozycję danej jednostki. Być może Rawlowskie podejście do problemu odpowiedzialności wolnego obywatela nie jest przypadkowe i ma za zadanie stanowić podstawę dla egalitarystycznych zasad sprawiedliwości. Nie zmienia to jednak zasadniczych zastrzeżeń – takie ujęcie prowadzi do sytuacji, w której wysuwaniu ważnych roszczeń opartych na wolności nie odpowiada adekwatna koncepcja odpowiedzialności za własne decyzje.

### C. Tożsamość instytucjonalna jako tożsamość podmiotu prawa

Przedstawivszy główne elementy składowe Rawlowskiej koncepcji demokratycznego obywatelstwa, w tym miejscu chcę dokonać krytycznego podsumowania oraz pokazać zastosowanie politycznej koncepcji osoby do opracowywanej koncepcji prawa. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że koncepcja obywatela, choć w wielu aspektach nowatorska, kontynuuje tradycję myśli kontraktualistycznej. Jak słusznie wskazuje Martha C. Nussbaum, punktem wyjścia każdej tego typu teorii jest wyjściowo równe usytuowanie wolnych jednostek zawierających umowę społeczną. „Strony umowy społecznej są przede wszystkim *wolne*, to znaczy nikt nie jest niczym niewolnikiem czy własnością”<sup>75</sup>. Równość stron z kolei polega na tym, że nikt nie posiada zasadniczo lepszej pozycji negocjacyjnej niż inni. Naturalne różnice pomiędzy jednostkami nie są na tyle fundamentalne, by pociągać za sobą różne traktowanie wobec zasad sprawiedliwości<sup>76</sup>. Dlatego też równość stron zawierających umowę społeczną, to „równość pierwotna – nie jest to po prostu równość moralna, lecz pierwotna równość sił i zasobów [...]”. Jak często wskazują myśliciele tej tradycji, pomiędzy władzami, zdolnościami i potrzebami poszczególnych ludzi nie ma fundamentalnych różnic<sup>77</sup>. A zatem to właśnie w kontekście tradycji kontraktualistycznej należy interpretować opracowaną przez Rawlsa koncepcję obywatela. W szczególności należy przy tym

<sup>75</sup> M. Nussbaum, *Frontiers...*, s. 28.

<sup>76</sup> Już T. Hobbes opisywał stan natury jako stan pierwotnej równości, twierdząc, iż: „gdy weźmie się wszystko w rachubę, różnica między człowiekiem a człowiekiem nie jest tak znaczna, ażeby na tej podstawie jeden człowiek miał mieć roszczenie do korzyści, do której inny nie mógłby mieć równego roszczenia” (T. Hobbes, *Lewiatan*, rozdz. XIII, s. 107). Najlepszym przykładem myślenia odwrotnego jest platońska idea, że każdej jednostce należy się, na mocy jej własnej natury, miejsce w jednej z trzech grup społecznych, fundamentalnie nierównych – posiadających odmienne podstawowe potrzeby i odmienne cnoty. Powraca ona stale w różnych wersjach filozofii konserwatywnej, chociażby u Burke’a.

<sup>77</sup> *Ibidem*, s. 29–30.

pamiętać, że Rawls traktuje ideę umowy społecznej oraz warunki sytuacji pierwotnej jedynie jako narzędzie prezentacji pewnej koncepcji normatywnej. Opis władz moralnych obywateli związanego z nimi równego statusu nie jest przeto doktryną metafizyczną, która miałaby odpowiedzieć na pytanie, kim w swej istocie jest człowiek. Propozycja Rawlsa odnosi się natomiast do tego, jakie podstawowe elementy politycznej tożsamości jednostki powinny być wzięte pod uwagę podczas urządzania społeczeństwa rozumianego jako system kooperacji. Jak pisze:

Podkreślam, że koncepcja osób jako wolnych i równych jest koncepcją normatywną; jest dana przez naszą myśl polityczną i etyczną oraz przez praktykę, a jest zgłębianą przez filozofię moralności i polityki, a także przez filozofię prawa (*JaF:R*, § 7.6: 24).

Jak wszakże widać w powyższym cytacie, Rawls posiada specyficzne, słabsze od tradycyjnego pojęcie normatywności. Nie chodzi tu o uniwersalne obowiązywanie zasad dla wszystkich rozumnych istot, jakie dobrze znamy z filozofii osiemnastowiecznej, lecz o pewne „samorozumienie” obywateli w tradycji demokratycznej. Rawls przedstawia swoje przedsięwzięcie filozoficzne jako próbę interpretacji tradycji demokratycznej, wyrażonej w historii praktyk jurydycznych, politycznych, a także w historii filozofii. Owo samorozumienie nie jest jednak po prostu zbiorem pewnych przekonań, lecz posiada treść normatywną, a w tym sensie moralną. Zasady sprawiedliwości mają roszczenie do ważności względem wszystkich obywateli danego społeczeństwa, lecz jest to kategoria węższa niż kategoria istot obdarzonych rozumem<sup>78</sup>.

W tym miejscu należy podkreślić pewną istotną kwestię, która pozwoli uniknąć nieporozumień. Interpretatorzy Rawlsa często wskazują, iż przejście od teorii moralnej do filozofii politycznej wiąże się z porzuceniem uniwersalizmu i zajęciem stanowiska bliskiego pragmatyzmowi, konwencjonalizmowi i relatywizmowi. Na przykład Richard Rorty przypisuje Rawlsowi pogląd, iż „polityka nie wymaga jakiegoś wstępu w postaci takiej dyscypliny jak ‘antropologia filozoficzna’, lecz jedynie historii i socjologii”<sup>79</sup>. Moja interpretacja filozofii politycznej Rawlsa jest nieco odmienna. Prawdą jest, że autor *Liberalizmu politycznego* rezygnuje z metafizyki osoby oraz to, że posługuje się osłabionym pojęciem normatywności. Jego

<sup>78</sup> Rozważając kwestię uniwersalności zasad liberalno-demokratycznych w *Prawie ludów*, Rawls stwierdza, iż także społeczeństwa (ludy) nieliberalne należy uznać za równoprawnych członków społeczności międzynarodowej. Wymaganie od nich przyjęcia zasad liberalnych, prowadziłoby do sytuacji, w której „idea politycznego liberalizmu nie byłaby w stanie wyrazić należnej tolerancji innym akceptowalnym sposobom urządzania społeczeństwa” (*Prawo ludów*: 89) Warto w tym miejscu odnotować, że w *TS* Rawls był bliższy czysto oświeceniowemu pogładowi o uniwersalności zasad liberalnych, choć tego problemu wprost nie podejmował (por. H.G. von Manz, *Fairneß und Vernunftrecht: Rawls' Versuch der prozeduralen Begründung einer gerechten Gesellschaftsordnung im Gegensatz zu ihrer Vernunftbestimmung bei Fichte*, Georg Olms Verlag, Hildesheim 1992, s. 41).

<sup>79</sup> R. Rorty, *Pierwszeństwo demokracji wobec filozofii*, przeł. J. Margański, [w:] idem, *Obiektywność, relatywizm i prawda. Pisma filozoficzne*, t. 1, Fundacja Aletheia, Warszawa 1999, s. 270.



przedsięwzięcie pozostaje jednak rzetelną filozofią praktyczną, której twierdzenia wysuwają roszczenie do obiektywności. O tym, co sprawiedliwe, nie decyduje ani naga konwencja (rozumiana jako faktyczna społeczna zgoda na jakieś reguły), ani wyłącznie kultura tego czy innego kraju. Uzasadnienie posiada głębokie uzasadnienie filozoficzne, gdzie pewne ideały społeczeństwa czy osoby uznaje się za godne realizacji przez wzgląd na nie same. W pewnym sensie także u późnego Rawlsa te podstawy mają uniwersalny charakter<sup>80</sup>. Co prawda zdaniem Rawlsa nie wszystkie społeczeństwa muszą poszukiwać zasad odpowiednich dla obywateli wolnych i równych, jednak ilekroć tak się dzieje, muszą one przyjąć określone zasady życia publicznego, przynajmniej zbliżone do zasad wypracowanych w koncepcji sprawiedliwości jako bezstronności. Ponieważ jednak społeczeństwa demokratyczne charakteryzują się wielością doktryn, a zatem także funkcjonują w niej różne wizje osoby ludzkiej, proponuje autor, „by w rozumie publicznym zastąpić rozległe doktryny prawdy i słuszności ideą politycznej rozumności, skierowaną do obywateli jako obywateli (*IPRJ*: 188, przekład zmodyfikowany). Ani treść rozumnych zasad, ani leżąca u ich podstawy normatywna koncepcja obywatela nie zależy wyłącznie od faktów socjologicznych czy historycznych zaszłości, lecz jest rezultatem badania zawartości idei wolności i równości obywateli w sprawiedliwym systemie kooperacji. I choć z pewnością różne rozległe doktryny będą wyznawane w Europie, Izraelu, Stanach Zjednoczonych czy Indiach, to, zdaniem Rawlsa, społeczeństwa w tych krajach będą podobnie odpowiadać na problem sprawiedliwego stowarzyszenia wolnych i równych obywateli (*ibidem*). Dlatego nie można, w moim przekonaniu, nazywać późnego Rawlsa relatywistą.

Cóż tego rodzaju stwierdzenia oznaczają dla mojego przedsięwzięcia filozoficznego? Skoro poszukuję konstruktywistycznej koncepcji prawa powiązanego ze sprawiedliwością, to dlaczego tyle miejsca poświęcam koncepcji osoby? Otóż, w moim przekonaniu, normatywny ideał obywatela można postrzegać nie tylko jako pewną ideę polityczną; może on dostarczyć także interesującej perspektywy, kluczowej dla postrzegania podmiotów prawa. Spójrzmy na współczesnych

---

<sup>80</sup> Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, iż późnego Rawlsa dość często przedstawia się jako myśliciela relatywizującego własną koncepcję sprawiedliwości (a zatem także liberalny konstytucjonalizm w ogóle), sprawozdającego ją do jedynie pewnej formy życia zachodnich społeczeństw. Sądzę, iż istnieją dobre powody, by taką interpretację odrzucić. Takim powodem jest chociażby fragment *Prawa ludów*, w którym Rawls pisze: „[I]dy liberalne muszą próbować zachęcać ludy przyzwoite [tj. nieliberalne, ale przyzwoite – M.R.] i nie gasić ich żywotności ciągłym wymuszaniem liberalności wszystkich ludów. Co więcej, jeśli liberalna demokracja jest rzeczywiście formą społeczeństwa lepszą od innych, a sądzą, że jest, to lud liberalny powinien czuć się pewien swoich przekonań i zakładać, że przyzwoite społeczeństwo, gdy obdarza się je należnym szacunkiem, będzie bardziej skłonne do tego, by po pewnym czasie uznać zalety instytucji liberalnych i zrobić krok w kierunku liberalizacji” (*Prawo ludów*: 93). Widać tu wyraźnie, iż choć Rawls uznawał istnienie innych ludów i ich prawo do równego szacunku, przekonany był o szczególnej roli cywilizacyjnej społeczeństw Zachodu.



obywateli państw demokratycznych z punktu widzenia, powiedzmy, antropologii kulturowej. Gdy przyjmiemy tę perspektywę, ujrzymy przede wszystkim wielką różnorodność; ujrzymy istoty, które są do siebie podobne często jedynie na poziomie podstawowych potrzeb, a poza tym przejawiające cały wachlarz różnic. Obywatele współczesnych państw postrzegają rzeczywistość z wielu odmiennych perspektyw, żywią różne przekonania aksjologiczne i moralne. Zachodzi między nimi nieustanna interakcja, rozpięta między konfliktem i nienawiścią z jednej strony a fascynacją i afirmacją odmiennych obrazów świata z drugiej. W tych warunkach fundamentalne przekonania jednostek podlegają procesowi zmian czy rewizji. Powstaje w związku z tym pytanie, które elementy tej wieloaspektowej wielości cech wybrać jako podstawę rozumienia podmiotu prawa (tj. osoby, która posiada prawa podmiotowe i do której skierowane są dyspozycje norm prawnych). Czy ma być to racjonalny egoista, tak dobrze znany z Hobbesowskiego *Lewiatana*? A może ma być to w pełni zależny od społeczeństwa obywatel, o którego edukację zadbał Rousseau w *Emilu*? W moim przekonaniu należy się posłużyć właśnie kontraktualistyczną, normatywną koncepcją osoby jako koncepcją najbardziej poręczną do opisu współczesnego podmiotu prawa. Rozbudowaną jej wersję można odnaleźć właśnie u Rawlsa. Bez wątpienia w społeczeństwach demokratycznych istnieje wiele czynników kształtujących tożsamość jednostek. W ramach kultury społeczeństwa demokratycznego istnieje także coś, „co możemy nazwać ich publiczną czy prawną tożsamością – tożsamością w kontekście podstawowego prawa (*law*)” (*JaF:R*, § 7.4: 22, przeł. M.R.). O ile zatem szerzej rozumiana tożsamość jednostek może się w ciągu życia diametralnie zmieniać (tak jak pokazuje przykład św. Pawła), to pomimo tych zmian „wciąż mają te same podstawowe prawa i obowiązki, są właścicielami tego samego majątku i mogą wysuwać takie same roszczenia jak przedtem, o ile owe roszczenia nie były ściśle związane z ich poprzednią przynależnością do danej wspólnoty religijnej” (*ibidem*). Zdaniem Rawlsa owa publiczna, czy instytucjonalna tożsamość jednostki (przy czym jako tożsamość rozumie się tu koncepcję samego siebie) jest odporna na zmiany tego rodzaju, których doświadczył Szaweł z Tarsu<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> W tym miejscu stajemy przed jednym z większych problemów politycznego liberalizmu – problem pogodzenia szeroko rozumianej tożsamości moralnej czy kulturowej z tożsamością polityczną. Jak pisze Rawls: „Obywatele zwykle mają cele i zobowiązania zarówno polityczne, jak i niepolityczne. Afirmują wartości politycznej sprawiedliwości i chcą je widzieć ucieleśnione w politycznych instytucjach i programach. Poświęcają się również innym wartościom w życiu niepublicznym i celom stowarzyszeń, do których należą. Te dwa aspekty swej tożsamości moralnej obywatele muszą do siebie dostosowywać i godzić ze sobą” (*LP*, I, § 4.2: 66). Zaiste trudnym jest pytanie, czy da się tego rodzaju związek pomiędzy dwiema płaszczyznami – płaszczyzną polityczną w sensie Rawlsa i płaszczyzną całościowego światopoglądu – przedstawić jako realistyczny. Na różnorodne problemy wskazują choćby: L. Siep, *Rawls' politische Theorie der Person*, [w:] W. Hinsch (red.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt 1997, s. 380–395; F. Ricken, *Ist eine moralische Konzeption der politischen Gerechtigkeit ohne umfassende moralische Lehre*

Koncepcja instytucjonalnej tożsamości obywatelskiej dostarcza, w moim przekonaniu, trwałej filozoficznej podstawy instytucji prawnych, o ile odnoszą się do jednostek. Służy także za swego rodzaju pryzmat, przez który można patrzeć na podstawowe uprawnienia obywatelskie zawarte w konstytucji; najważniejsze instytucje prawa cywilnego; wartości, jakie ma chronić prawo karne, czy też *ratio essendi* najważniejszych przepisów prawa administracyjnego. Zastosowaniem tej koncepcji zajmę się szczegółowo w rozdziale trzecim, poświęconym wybranym instytucjom prawa. Teraz przedstawię jedynie najważniejsze idee odnoszące się do podmiotów prawa. Założmy dla uproszczenia, że obywatele współczesnych państw, gdy idzie o kwestie prawne, występują w trzech rolach – prawodawców, adresatów prawa oraz użytkowników prawa. Jeżeli chodzi o rolę prawodawców, oczywistym elementem kultury demokratycznej jest założenie, iż ostatecznym prawodawcą są właśnie sami obywatele. Fakt, że zwykle działają oni przez swoich przedstawicieli niewiele zmienia, bowiem przedstawiciel jest nikim innym jak właśnie obywatelem, z tym, że wyróżnionym i obdarzonym szczególną misją oraz zaufaniem przez wyborców. Nasuwa się tu oczywista implikacja tego, co pisałem o moralnej władzy rozumności. Przyjmując normatywne założenie o rozumności obywateli, twierdzi się także, że powinni kierować się wymogami rozumności także podczas stanowienia prawa. Dlatego prawa przez siebie stanowionego nie mogą traktować jako środka do urzeczywistnienia swoich partykularnych celów czy nawet, powiedzmy, powszechnej szczęśliwości i dobrobytu obywateli, ocenianych wedle własnego mniemania prawodawcy. Zaiste, ich zadaniem jest przede wszystkim dostarczenie uczciwych zasad kooperacji, zgodnych z modelem wzajemności, a zatem niezależnych od partykularnych pozycji poszczególnych współpracujących jednostek. W drugim przypadku, a więc, gdy obywatel jest adresatem prawa, obowiązujące prawo nakazuje, zakazuje, dozwala lub czyni prawnie obojętnymi pewne jego potencjalne działania. Polityczna koncepcja osoby wskazuje przy tym, że adresat prawa nie jest po prostu przedmiotem; tworzywem, które prawodawca może swobodnie modelować zgodnie z własnym przedstawieniem celu normy. Przeciwnie, obywatel jest wolną jednostką, posiadającą swe własne, pierwotne względem prawa interesy wyższego rzędu; posiada koncepcję dobra i zmysł sprawiedliwości, które są źródłem ważnych roszczeń. Koncepcja obywatela przypomina tu zatem, że obywatel, chociaż jest adresatem prawa, nie może być po prostu przedmiotem, lecz powinien być ostatecznym celem wszelkiej regulacji. Bycie adresatem norm prawnych trzeba wszelako odróżniać od posługiwania się nimi – bycia ich użytkownikiem. W ten sposób dochodzimy do trzeciej roli, w jakiej występują podmioty prawa. Przynajmniej od Hartowskiego *Pojęcia prawa* jest bowiem jasne, że prawo to nie tylko nakazy poparte przymusem, ale także pewne instytucje nadające jednostkom możliwości

---

*möglich?*, [w:] W. Hinsch (red.), *Zur Idee...*, s. 420–438. Zagadnienia te nie należą jednak do głównego problemu badań tej rozprawy, która koncentruje się na pojęciu prawa.

prawne<sup>82</sup>. Polityczna koncepcja osoby pozwala przedstawić sobie obywatela jako rozumny i racjonalny podmiot kooperujący, który czyni użytek z instytucji prawnych w celu realizacji koncepcji własnego dobra, ale zarazem czyniącego to pod rządami uczciwych zasad współpracy, spełniających wymogi rozumności. Przykładowo, gdy dwaj obywatele posługują się instytucją najmu lokalu, każdy z nich (wynajmujący i najemca) realizuje w ten sposób swój (określony przez siebie) interes i czyni to dla własnej racjonalnej korzyści; układ jednak nie krzywdzi żadnej ze stron, ponieważ ta instytucja przyznaje każdej z nich odpowiednie uprawnienia i zapewnia uczciwe usytuowanie zarówno najemcy, jak i wynajmującego.

Być może w tym miejscu prawnicza interpretacja idei obywatelstwa stawia przed Czytelnikiem coraz to nowe pytania zamiast udzielić mu odpowiedzi na pytanie już postawione – jak należy pojmować prawo w fundamentalnym związku ze sprawiedliwością? Nie jest przecież jasne, co dokładnie oznacza rozumność zasad sprawiedliwej kooperacji zrealizowana w prawie. Nie wiadomo, w jaki sposób czyni się z niej użytek podczas stanowienia czy interpretacji prawa. Może się także wydawać wątpliwe choćby to, czy założenie o racjonalności adresata normy prawnej rzeczywiście cokolwiek wnosi do problemu jej stosowania w praktyce. Na te i inne pytania staram się udzielić odpowiedzi w dalszych częściach rozprawy. Zamierzeniem niniejszego podrozdziału było jedynie wskazanie, że na podmioty prawa i podmioty sprawiedliwości można spoglądać przez ten sam pryzmat; koncepcję rozumnych i racjonalnych, wolnych i równych obywateli.

\*\*\*

Do tej pory najważniejszymi krokami, które poczyniłem w celu realizacji wskazanego na początku pracy przedsięwzięcia filozoficznego, było przedstawienie idei społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji oraz idei podmiotów tejże. Ta pierwsza idea jest jednak zbyt ogólna, by można z niej było wywieść rolę prawa w społeczeństwie demokratycznym. Jak do tej pory, zarysowałem jedynie, dlaczego prawo jest istotne z punktu widzenia rozumnego i racjonalnego obywatela. Aby w pełni ukazać społeczny wymiar problematyki sprawiedliwości i wyjaśnić to, co nazywam „potrzebą prawa”, należałoby teraz przedstawić publiczną rolę sprawiedliwości, następnie zaś zaprezentować ideę społeczeństwa dobrze urządzonego wraz z jej prawniczą reinterpretacją. Nie mogę jednak przejść do tej tematyki bezpośrednio, gdyż pominąłbym bardzo istotne warunki brzegowe, w jakich funkcjonować ma publiczna koncepcja sprawiedliwości. Dlatego następane dwa podrozdziały poświęcam pluralizmowi i ciężarom sądu (1.3),

---

<sup>82</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 58–61.

a także projektowi częściowego konsensu rozumnych rozległych doktryn (1.4). Dopiero potem przechodzę do planowanego finału argumentacji, gdzie przedstawiam potrzebę prawa (1.5).

### 1.3. Pluralizm jako trwała cecha wolnych społeczeństw. Ciężary sądu

Jak pisałem we *Wstępie*, zarówno *Teoria sprawiedliwości*, jak i dookreślając ją *Kantian Constructivism* były przedstawiane jako filozoficzna alternatywa dla takich doktryn, jak utylitaryzm czy racjonalny intuicjonizm. Rawls zajmował się wówczas moralną wrażliwością osoby; u podstaw badań tkwiła chęć opracowania takiej teorii moralnej, która najlepiej nadawałaby się do tego, by określać słuszne nie tylko instytucje społeczne, ale i słuszne działania człowieka pojmowanego jako osoba moralna. Wczesna teoria Rawlsa (która ma walor teorii moralnej) zawiera zatem całościowy światopogląd etyczny – traktuje nie tylko o zasadach sprawiedliwości, lecz także o rozwoju moralnym jednostki i jej dobru. Wczesna filozofia Rawlsa była zatem rozległą doktryną. Na przykładzie koncepcji osoby wyjaśniłem, jak wraz z przejściem do liberalizmu politycznego płaszczyzna, na której funkcjonuje teoria, zmienia się na czysto polityczną. Niniejszy podrozdział wyjaśnia powody tej zmiany oraz szerzej wyjaśnia jej naturę.

Zarówno wczesnej, jak i późnej myśli Rawlsa towarzyszy przekonanie, że obok wskazania najbardziej rozumnych zasad dla struktury podstawowej społeczeństwa, należy wskazać także źródła jego stabilności. System społecznej kooperacji ma być zatem nie tylko sprawiedliwy, lecz także pozostawać w wewnętrznej równowadze. Jednostki, które wiodą społeczną kooperację pod rządami sprawiedliwych instytucji, „kształtują w sobie zgodny z nimi zmysł sprawiedliwości i pragną przyczynić się do utrzymania tych instytucji” (*TS*, § 69: 644). Publiczna koncepcja sprawiedliwości musi więc w swym uzasadnieniu zawierać też racje, dla których można rozsądnie się spodziewać, iż oparte na niej instytucje będą trwałe, dopóki nie zakłóci ich jakaś siła zewnętrzna. Ten stan rzeczy nie może być jednak narzucony opresyjną siłą państwa, czyli nie może opierać się na strachu, oszustwie czy socjotechnice. Źródłem stabilności ma być zmysł sprawiedliwości kooperujących jednostek<sup>83</sup>. Innymi słowy, społeczeństwo dobrze urządzone to takie, którego członkowie kierują się w sposób efektywny własnym poczuciem

---

<sup>83</sup> Odwołując się do artykułu *The Domain of the Political and Overlapping Consensus* (1989), George Klosko wyróżnia dwa aspekty stabilności społeczeństwa: „socjologiczny” oraz normatywny. Komponent socjologiczny to po prostu brak buntów, rewolucji czy też częstych zmian w konstytucji. Natomiast aspekt normatywny wymaga, by stabilność wynikała ze spontanicznej akceptacji systemu przez większość obywateli, przy zachowaniu podstawowych wolności i sprawiedliwego rozkładu dóbr społecznych. Zob. G. Klosko, *Rawls's „Political” Philosophy and American Democracy*, „The American Political Science Review” 1993, t. 87, nr 2, s. 349–350.

sprawiedliwości i przez to sami z siebie dążą do zachowania sprawiedliwych instytucji. Odpowiada to ich statusowi wolnych i równych podmiotów posługujących się rozumem (por. *TS*, § 86: 797). Cecha stabilności jest niezwykle ważnym walorem koncepcji moralnych, ponieważ „[b]ez względu na swą atrakcyjność pod innymi względami, koncepcja sprawiedliwości wykazuje poważne wady, jeśli nie wywołuje u ludzi zgodnego z zasadami psychologii moralnej, niezbędnego pragnienia działania opartego na tej koncepcji” (*TS*, § 69: 644)<sup>84</sup>.

Kompleksowość projektu wczesnego Rawlsa, który zajmuje się nie tylko sprawiedliwością, ale i psychologicznymi prawami rozwoju moralnego czy jednostkowym szczęściem, ujawnia oświeceniowe korzenie. Blisko niektórym fragmentom *Teorii sprawiedliwości* do myślenia osiemnastowiecznego, pokładającego ufność w przekonaniu, że gdy w świecie społecznym zapanują rządy rozumu, wyemancypowanego z więzów tradycji czy religii, zapanuje także powszechna harmonia. Wyemancypowana jednostka osiągnie doskonałość moralną i szczęście, właśnie dzięki kultywowaniu władz rozumu. Tym przekonaniom towarzyszy jednak liberalne zastrzeżenie (które, o ile możemy przypisać także Kantowi, obce było myślicielom francuskim tamtego czasu), iż nie powinno się narzucać rozumnego działania, szczególnie za pomocą przymusu państwa<sup>85</sup>. Po wieloletnim funkcjonowaniu sprawiedliwości jako bezstronności Rawls uznał, iż jego teoria moralna obciążona była właśnie tego rodzaju błędem – pociągała

---

<sup>84</sup> Takie podejście do problemu stabilności (jako celu) rodzi pytanie, czy nie mamy tu do czynienia z pewną niespójnością – czy Rawls, wielokrotnie podkreślający deontologizm swojej filozofii (priorytet słuszności nad dobrem!) nie popada w tym miejscu w myślenie konsekwencjalistyczne? Sądzę, iż tak nie jest, bowiem stabilność (jak pokazuje choćby cytowany G. Klosko) także związana jest z normatywnością. Ponadto, jak przekonująco pokazuje Will Kymlicka, dychotomii pomiędzy deontologizmem a teleologizmem nie należy traktować jako centralnej dla współczesnego liberalizmu (por. W. Kymlicka, *Rawls on Teleology and Deontology*, „Philosophy & Public Affairs” 1988, t. 17, nr 3, s. 173–190).

<sup>85</sup> Różnica pomiędzy Kantem a filozofami Francuskiego Oświecenia sprowadza się do tego, iż ci ostatni, przynajmniej *prima facie*, nie widzieli niczego zdrożnego w użyciu prawnego czy państwowego przymusu w słusznym ich zdaniem celu, jakim było uwolnienie umysłów obywateli od przesądów, uniemożliwiających im emancypację i życie zgodne z rozumną naturą ludzką. Byli bowiem przekonani, iż życie wolne od przesądów i zgodne z rozumem zgodne jest nie tylko z naturą ludzką, lecz także z wolą powszechną, a przymus tej ostatniej nie znajduje wyjątków (por. C.R. Becker, *Państwo Boże osiemnastowiecznych filozofów*, przeł. J. Ruskowski, Zysk i S-ka, Poznań 1995, s. 75–79). Tymczasem Kant, choć także sądził, iż należy żyć zgodnie z rozumem, nie uważał, by państwo było uprawnione do przymusowego „oświecania” swych obywateli. Jak pisał: „Rząd, opierający się na zasadzie przychylności wobec narodu w sensie przychylności ojca wobec swych dzieci, tzn. rząd ojcowski (*imperium paternale*), przy którym poddani, jako niepełnoletnie dzieci, nie będące w stanie rozróżnić, co w rzeczywistości jest dla nich użyteczne lub szkodliwe, i zmuszone zachowywać się wyłącznie pasywnie, [...] jest największym dającym się pomyśleć despotyzmem” (I. Kant, *O porządkach: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, [w:] idem, *O porządkach. Do wiecznego pokoju*, przeł. M. Żelazny, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 20 [AA VIII: 291]).

za sobą konieczność użycia opresyjnej siły państwa do narzucenia pewnego wyróżnionego typu moralności. A zatem nawet, gdyby społeczeństwo dobrze urządzone zgodnie z teorią moralną zaprezentowaną w *TS* było stabilne, cierpiałyby na niedostatek normatywnego aspektu tej stabilności; nie byłoby stabilnym ze słusznych powodów.

Do takiej konstatacji skłonił autora *Liberalizmu politycznego* pewien nadzwyczaj istotny fakt społeczny, który pomimo swej oczywistości nie został uwzględniony ani w *Teorii sprawiedliwości*, ani w traktatach liberalnych poprzedników Rawlsa. Mam tu na myśli fakt pluralizmu<sup>86</sup>. Współczesne państwa demokratyczne cechuje zaś bez wątpienia wielość wyznawanych przez obywateli poglądów co do natury człowieka, społeczeństwa czy moralności. Pluralizm nie jest przy tym przemijającym stanem rzeczy, lecz szczególną cechą kultury demokratycznej. Obywatele, czyniący wolny użytek ze swych poznawczych władz, są podzieleni głęboko; wyznają odmienne i niemożliwe do pogodzenia, tzw. rozległe (*comprehensive*) doktryny. To, że doktryny są rozległe, oznacza tyle, że obejmują całość moralności, czyli odnoszą się do wszystkich wartości moralnych. Ponadto najczęściej są głęboko powiązane z całym – nie tylko moralnym – światopoglądem jednostki. Dlatego wydaje się, że wyrażenie *a comprehensive doctrine* należy rozumieć właśnie jako „całościowy światopogląd” czy „całościowa doktryna”. W toku wywodu pozostaną jednak przy utartym przekładzie „rozległa doktryna”. To właśnie rozległa doktryna określa koncepcję dobra każdego obywatela i jego podstawowe życiowe cele. W społeczeństwie demokratycznym funkcjonuje wiele odmiennych koncepcji dobra, a różni ludzie i stowarzyszenia mają różne cele ostateczne – na tym polega (rozumny) pluralizm rozległych doktryn.

Sytuację trwałego pluralizmu wywodzi Rawls z kombinacji dwóch czynników: tak zwanych ciężarów sądu (*burdens of judgment*) oraz istnienia wolnych instytucji społeczeństwa demokratycznego. To pierwsze sformułowanie oznacza tyle, iż pojedynczy człowiek, a nawet dobrze zorganizowana wspólnota poszukująca prawdy, nie jest w stanie wypracować satysfakcjonującego rozstrzygnięcia najważniejszych pytań, na które odpowiada każda rozległa doktryna. Innymi słowy, nie jest w stanie odkryć zbioru sądów, które byłyby z pewnością prawdziwe

---

<sup>86</sup> O pluralizmie pisano rzecz jasna i przed Rawlsem. Wspomnieć należy przede wszystkim niezwykle wpływowego filozofa, Isaiaha Berlina. Choć Berlin bez wątpienia wpłynął na Rawlsa (do tego faktu przyczyniło się stypendium, które młody Rawls odbywał w Oxfordzie w roku akademickim 1952/1953), oxfordzki filozof nie dyskutuje jednak zagadnienia normatywności ani nie bierze pod lupę roli państwa w warunkach pluralizmu. W tych kwestiach Rawls jest bez wątpienia jednym z nowatorów. Co niezwykle istotne, dla Berlina pluralizm to pluralizm etyczny, dotyczący sfery wartości, podczas gdy dla Rawlsa pluralizm to przede wszystkim fakt społeczny. Polityczne implikacje pluralizmu wartości Berlina rozwija w sposób systematyczny przede wszystkim Joseph Raz, sytuując się w opozycji do politycznego liberalizmu Rawlsa. Por. J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986. Por. B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Księgarnia Akademicka, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2008, s. 136–139.



i przekonywające dla każdego w takim samym stopniu. Dzieje się tak dlatego, iż skończony umysł ludzki nie jest w stanie uwzględnić w jednym rozumowaniu wszystkich relewantnych dla danej kwestii przesłanek. Każdy zatem dysponuje nieco innym ich zestawem przy rozstrzyganiu tego samego problemu. Ponadto, różne u różnych ludzi doświadczenia rzutują na taką, a nie inną ocenę owych przesłanek. Rawlowska afirmacja pluralizmu rozległych doktryn nie wynika zatem z metafizycznego założenia, że prawda nie istnieje ani też z żadnych twierdzeń o niewspółmierności wartości<sup>87</sup>. Istnienie pluralizmu Rawls wywodzi z obserwacji praktyki, a nie z ontologicznych (a nawet także nie w ścisłym sensie epistemologicznych) założeń<sup>88</sup>. Pluralizm jest w ujęciu Rawlsa empirycznie obserwowalnym rezultatem posługiwania się „władzami ludzkiego rozumu w obrębie utrwalonych wolnych instytucji” (*LP*, II: 88). Jako że rozum ludzki jest ograniczony, ludzie nie są skorzy do jednomyślności, a różnorodność przekonań jest naturalnym skutkiem wolności. Lista najważniejszych ciężarów sądu wygląda następująco:

a. Dowody – empiryczne i naukowe – odnoszące się do danego przypadku są sprzeczne i złożone, a zatem trudne do oszacowania.

b. Nawet, gdy zgadzamy się w pełni co do tego, jakiego rodzaju względy są istotne, możemy się nie zgadzać co do ich wagi, a przez to dochodzić do odmiennych sądów.

c. W pewnej mierze wszystkie nasze pojęcia, a nie tylko pojęcia moralne i polityczne, są nieostre i zawodzą w trudnych przypadkach; a ta nieokreśloność oznacza, że musimy polegać na sędzi i interpretacji [...], w obrębie pewnego pola (którego nie da się wyznaczyć ostro), gdzie rozumne osoby mogą się między sobą różnić.

d. W pewnej mierze (nie potrafimy powiedzieć, jak wielkiej) sposób, w jaki oceniamy dowody i ważymy wartości moralne i polityczne, jest kształtowany przez całe nasze doświadczenie, cały bieg naszego życia do chwili obecnej; a te całościowe doświadczenia muszą się od siebie różnić. Tak więc w nowoczesnym społeczeństwie [...] całościowe doświadczenia obywateli są dostatecznie odmienne, by mieli rozbieżne sądy [...].

e. Często przy rozpatrywaniu danej sprawy z różnych stron w grę wchodzi różnego rodzaju względy normatywne o różnej sile, tak że trudno jest dokonać całościowej oceny.

f. Wreszcie, jak zauważamy odnosząc się do poglądu Berlina (wykład V, § 6.2), każdy system instytucji społecznych jest ograniczony co do wartości, jakie może dopuścić, toteż trzeba dokonać jakiegoś wyboru z pełnego zestawu wartości moralnych i politycznych, które można realizować (*LP*, II, § 2.2: 99–100).

<sup>87</sup> Nie zgadzam w tym miejscu z Johnem Grayem, który przypisuje Rawlowskiemu pogląd, iż liberalizm polityczny opiera się na przyjęciu za prawdziwe twierdzenia, iż wartości moralne są niewspółmierne. Por. J. Gray, *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, Routledge Classics, London and New York 2007, s. 199.

<sup>88</sup> Co prawda doktryna ciężarów sądu, którą bliżej omówię za chwilę, może przypominać koncepcję epistemologiczną. W moim przekonaniu jest to jedynie pewna empiryczna obserwacja i część politycznej psychologii moralnej. Jak pisze Rawls, opis ciężarów sądu „[w]ymienia po prostu pewne okoliczności, które sprawiają, że polityczna zgoda sądu, zwłaszcza sądów na temat rozległych doktryn, jest dużo trudniejsza” (*LP*, II, § 3.4: 108).



Liberalizm polityczny traktuje ciężary sądu jako relewantną dla społecznej kooperacji cechę ludzkiego rozumu, z której wyprowadza konsekwencje normatywne. Gotowość do uznania ciężarów sądu traktuje się tu jako część składową rozumności, jednej z dwu moralnych władz obywateli. Rozumność polega nie tylko na gotowości do proponowania i oceniania uczciwych zasad współpracy, lecz także na uznaniu możliwości trwałych różnic w wyznawanych rozległych poglądach. Owa niezgoda co do fundamentalnych kwestii nie jest w społeczeństwie demokratycznym traktowana jako wyraz błędu czy złej woli. Rawls wprowadza w tym miejscu kategorię „rozumnej niezgody” (*reasonable disagreement*), która oznacza niezgodę co do pewnych kwestii moralnych, która jest trwała, pomimo tego, że poprzedzają ją rzetelne próby dojścia do prawdy. W obliczu ciężarów sądu niezgoda może być rozumna; wpływać może nie ze złej woli, zaślepienia interesem własnym czy też poznawczego niedbalstwa<sup>89</sup>. W sytuacji, w której samorzutne powstanie jedności jest właściwie niemożliwe, jej wymuszenie zaś jest nieuprawnione, liberalizm musi traktować niezgodę jako naturalny rezultat wolności. Przewyciężenie jednej doktryny przez drugą wymagałoby użycia opresyjnej władzy państwa; tego zaś uczynić nie wolno, ponieważ nie istnieje pewna i uniwersalna podstawa, na której można by takie działanie uprawomocnić.

Z powyższych względów pluralizm rozległych doktryn jest pewną polityczną wartością, nie zaś niefortunną okolicznością, która powinna być z czasem przewyciężona i wyeliminowana. Koncepcja sprawiedliwości musi uwzględnić ów polityczny i społeczny fakt, by społeczeństwo było stabilne z dobrych powodów w zgodzie z koncepcją obywateli jako wolnych i równych osób. Wymaga to zasadniczych zmian w sprawiedliwości jako bezstronności i zarazem odejścia od tradycji ujmowania liberalizmu jako doktryny rozległej, obejmującej swym zakresem całość moralności. Jak pisze Rawls, „fakt rozumnego pluralizmu pociąga za sobą stwierdzenie, że nie istnieje częściowo lub w pełni rozległa doktryna, na podstawie której obywatele mogą zgodzić się na rozstrzygnięcie fundamentalnych kwestii sprawiedliwości politycznej” (*JaF:R*, § 11.1: 32)<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Dlatego Rawls wyraźnie odróżnia pluralizm jako taki, który jest po prostu wielością skonfliktowanych doktryn, od pluralizmu rozumnego. Ten ostatni polega na tym, iż główne panujące w społeczeństwie doktryny zawierają w sobie rozumny szacunek dla innych rozległych doktryn. Otwiera to możliwość społecznego konsensu, o którym piszę w następnym podrozdziale.

<sup>90</sup> Rawls argumentuje, że rozległy liberalizm Kanta czy Milla również nie mogą być stabilne bez odwoływania się do opresyjnej władzy państwa (*LP*, § 1.6: 76). Wyrażając się metaforycznie – społeczeństwo pod rządami filozofii Kanta musiałoby być społeczeństwem kantystów, by być stabilne. Musiałaby także istnieć instytucja w rodzaju „kantowskiej inkwizycji”, strzegącej czystości doktryny. Nie oznacza to oczywiście, że rozległy liberalizm Kanta czy Milla to doktryny w całości błędne czy też same w sobie stanowiące jakieś „niebezpieczeństwo” dla społeczeństwa demokratycznego. Argumentacja Rawlsa zmierza jedynie do wykazania, że rozległy liberalizm nie nadaje się na wspólną podstawę sprawiedliwości i publicznych instytucji w warunkach pluralizmu.

Odpowiedzią Rawlsa na wyzwanie, jakie stanowi fakt trwałego pluralizmu, nie było bynajmniej zasadnicze przebudowanie treści sprawiedliwości jako bezstronności, lecz jedynie przedstawienie jej w odmienny sposób. Z tego względu sprawiedliwość jako bezstronność nie jest już koncepcją, która angażuje się w spory metafizyczne z racjonalnym intuicjonizmem czy innymi doktrynami. Rawls przedstawia swoją doktrynę w języku konstruktywistycznym, zastrzegając, iż jest to konstruktywizm polityczny, nie zaś moralny<sup>91</sup>. Różnica między tymi dwoma rodzajami konstruktywizmu sprowadza się do zawężenia dziedziny, do której odnoszą się twierdzenia formułowane w ramach teorii. Przykładowo, na gruncie konstruktywizmu kantowskiego twierdził Rawls, że nie istnieje niezależny od rozumu praktycznego porządek moralny, a zasady sprawiedliwości są konstrukcją podmiotu. Tymczasem konstruktywizm polityczny pozostawia tę kwestię bez rozstrzygnięcia; nie wydaje żadnego sądu na ten temat, a każdy obywatel społeczeństwa pluralistycznego władny jest rozstrzygnąć ten problem w ramach wyznawanej przez siebie doktryny rozległej. Zasady sprawiedliwej kooperacji i ich ugruntowanie są więc traktowane jako koncepcja ściśle praktyczna, mająca służyć rozwiązywaniu sporów na płaszczyźnie politycznej<sup>92</sup>. Należy jednak z całą mocą podkreślić, iż Rawls pozostaje na płaszczyźnie moralności – zmiana polega wyłącznie na tym, iż nie zajmuje się kompleksową teorią moralną, lecz wąskim jej wycinkiem, jakim jest polityczne współistnienie równych i wolnych obywateli. Dlatego też ideały wolności, autonomii czy rozumności, którymi Rawls się posługuje, posiadają znaczenie czysto polityczne; odwołują się do podstawowych uprawnień, praktyki prawnej i instytucji; abstrahują, na ile to możliwe, od metafizyki, religii czy antropologii. Dlatego właśnie ideą centralną jest właśnie idea sprawiedliwego systemu kooperacji (a nie, jak to było wcześniej, idea autonomicznej osoby moralnej). Zakres obowiązywania koncepcji sprawiedliwości jest zawężony do kooperacji jednostek w sferze politycznej czy publicznej.

Zmienia się więc płaszczyzna, na której ma funkcjonować koncepcja sprawiedliwości. Wskazanie tej płaszczyzny opiera się na specyficznym, być może nieintuicyjnym rozumieniu pojęcia „sfera publiczna”. W mowie potocznej skłonni jesteśmy utożsamiać sprawy publiczne ze sprawami społecznymi, np. termin „sprawy publiczne” oznacza „sprawy funkcjonujące w kontekście szerszym niż kontekst

<sup>91</sup> Moralnym konstruktywizmem posługiwał się Rawls wcześniej, w artykule *Kantian Constructivism*.

<sup>92</sup> Rawls sytuuje się w opozycji nie tylko do tradycyjnego rozległego liberalizmu, lecz także do liberałów współczesnych. Nie tylko wspomniany już wcześniej Dworkin, ale także Joseph Raz proponują zdaniem Rawlsa koncepcje, które „same będąc rozległe, niepotrzebnie wchodzą w konflikt z innymi rozległymi doktrynami, z którymi Rawls chce pogodzić własną doktrynę. Dlatego, dopuszczając one [tj. konkurencyjne koncepcje liberalizmu – M.R.] zbyt mało miejsca dla wielkiej różnorodności światopoglądów, które, jak pokazuje doświadczenie, kwitną we współczesnych wolnych społeczeństwach (T. Pogge, *John Rawls: His Life and Theory of Justice*, z niem. przeł. M. Kosch, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 144).

spraw prywatnych”. W potocznym sensie „osobami publicznymi” są na przykład hierarchowie kościołów, dziennikarze czy artyści. Ponieważ jednak u Rawlsa filozofia polityczna ma dostarczyć koncepcji rozumnego współistnienia obywateli głęboko różniących się pod względem wyznawanych rozległych doktryn, zakres spraw publicznych zostaje zawężony, tak aby unikać odwołania do kontrowersyjnych wartości i zażegnać konflikt rozległych światopoglądów, względem których obywatele pozostają lojalni, a jako wolni i równi są do tego uprawnieni. Dlatego Rawls proponuje odróżnić problematykę podstawowych kwestii sprawiedliwości społecznej – konstytucyjnych praw podstawowych, rozkładu korzyści i ciężarów społecznych, czy dystrybucji uprawnień od reszty spraw, które funkcjonują co prawda w przestrzeni społecznej, a jednak nie należą do publicznego forum politycznego w ścisłym sensie Rawlowskim<sup>93</sup>. Nie są nimi przede wszystkim dlatego, że nie regulują bezpośrednio sprawiedliwej kooperacji. Kwestie te rządzą się właściwymi dla siebie, odmiennymi zasadami, a filozofia polityczna nie ma wiele do powiedzenia na temat tych spraw; znajdują się one poza obrębem jej kategorii i postulatów. Zostawia się tu jedynie przestrzeń wolności, która ma być wypełniona przez działalność dobrowolnych stowarzyszeń i poszczególnych jednostek. Wolne instytucje pluralistycznego społeczeństwa tworzą „kulturę podłoża” (*background culture*), stanowiącą arenę debaty na tematy prawdy, obyczaju, zbawienia czy dobrego życia. Jest to proces w dużej mierze swobodny, gdyż sprawiedliwość ingeruje w te sprawy co najwyżej pośrednio. Jak pisze Rawls:

Jako, że sprawiedliwość jako bezstronność rozpoczyna od szczególnego przypadku struktury podstawowej, jej zasady regulują właśnie tę strukturę i nie stosują się bezpośrednio, ani nie regulują wewnętrznej struktury, instytucji i stowarzyszeń wewnątrz społeczeństwa. Przedsiębiorstwa i związki zawodowe, kościoły, uniwersytety czy rodzina są [co prawda] związane ograniczeniami wynikającymi z zasad sprawiedliwości, lecz te ograniczenia powstają niebezpośrednio w związku ze sprawiedliwych instytucji tła, w ramach których funkcjonują stowarzyszenia i grupy, i przez które działanie jego członków jest limitowane (*JaF:R*, § 4.2: 10).

Warto podkreślić, że w ramach kultury podłoża prowadzi się też swobodny dyskurs na tematy ściśle polityczne, gdyż z publicznym forum politycznym mamy do czynienia tylko w przypadku szczególnych gremiów i instytucji, takich jak parlament czy sąd konstytucyjny. Publiczna polityczna koncepcja sprawiedliwości ma zapewnić tylko sprawiedliwą i efektywną koordynację tej żywej i niezależnej aktywności. Na pytanie, jak te normatywne postulaty przekładają się na praktykę społeczną, odpowiada koncepcja publicznego rozumu. Zajmę się nią w drugim

<sup>93</sup> Warto w tym miejscu uściślić, iż tego rodzaju myślenie jest bliskie także *TS*. Zgadzam się tu z P. Berkowitzem, że liberalizm polityczny jest bardziej subtelną wersją teorii sprawiedliwości, nie zaś jej radykalnym przeformułowaniem (por. P. Berkowitz, *John Rawls and the Liberal Faith*, „The Wilson Quarterly (1976–)” 2002, t. 26, nr 2, s. 66). Tak zwany „zwrot polityczny” Rawlsa polega na przeniesieniu akcentów i wyraźnym skoncentrowaniu refleksji na instytucjach publicznych, a także na uwzględnieniu w większym stopniu faktu pluralizmu.

rozdziale, gdzie powrócę do problematyki ciężarów sądu i ich implikacji dla zakresu i reguł publicznego dyskursu (por. podrozdział 2.2 B).

Należy podkreślić, iż liberalizm polityczny nie jest koncepcją w zupełności otwartą; nie jest obojętny na treść funkcjonujących w społeczeństwie rozległych doktryn. Choć filozofia polityczna skierowana jest na koncyliację, ta ostatnia dotyczyć może wyłącznie doktryn rozumnych. Pluralizm, który jest zarazem trwały i wartościowy, nie jest pluralizmem jako takim, który byłby po prostu wielością ścierających się doktryn; jest pluralizmem rozumnym (*LP*, I, § 6.2: 74; ibidem, II, § 3.6: 110). W myśl rozumnego pluralizmu wszystkie doktryny, jeżeli mają być wyznawane przez racjonalnych, rozumnych, wolnych i równych obywateli, powinny zawierać co najmniej jeden wspólny element. Jest nim gotowość do proponowania pokojowego współistnienia na zasadach wzajemności. Rawls jest bowiem skłonny dopuścić do pełni praw tylko doktryny respektujące porządek demokratyczno-liberalny (wraz z przynależnymi każdemu prawami podstawowymi) i szanujące istnienie odmiennych doktryn. Pojawia się w tym miejscu wątpliwość, swego rodzaju niekonsekwencja czy nawet logiczna niespójność. Z jednej strony autor *Liberalizmu politycznego* deklaruje chęć zaniechania ingerencji państwa w rozległe doktryny, z drugiej jednak określa, na poziomie koncepcji politycznej, pewne normatywne wymagania dla treści doktryn, które potencjalnie mogą uzasadnić ingerencję władzy państwowej w owe doktryny. W tym miejscu, ponieważ rozważania w tym rozdziale pozostają na wysokim poziomie abstrakcji, trudno rozwiązać tego rodzaju wątpliwości. Problem ten powróci podczas omawiania konstytucyjnych gwarancji wolności sumienia i zrzeszania się, a także będzie podlegał badaniu przy rozważaniu granic przestrzegania prawa.

Krótkie przedstawienie problematyki ciężarów sądu i wypływającego z nich rozumnego pluralizmu było konieczne, aby uniknąć nieporozumień co do charakteru publicznej roli zasad sprawiedliwości, którą zaprezentuję w podrozdziale (1.5). Opiszę w nim sprawiedliwość jako naczelną cnotę publicznych instytucji funkcjonującą na poziomie politycznym; mającą za zadanie określać działanie instytucji, których troską jest wolność, równość i władze moralne obywateli, nie zaś ich szczęście, dobre życie, dążenie do prawdy czy inne tego rodzaju wartości. Zakres obowiązywania zasad sprawiedliwości zostaje zawężony, a kultura podłoża uzyskuje szeroką przestrzeń, wolną od ingerencji sprawiedliwości; może w ten sposób zachować swoje własne (o wiele bardziej różnorodne) zasady oraz niezależne od politycznej koncepcji sprawiedliwości roszczenia.

#### 1.4. Częściowy konsens rozumnych rozległych doktryn

Zanim przejdziemy do prezentacji idei społeczeństwa dobrze urządzonego wraz z jego prawniczą interpretacją, należy wskazać najważniejsze elementy idei częściowego konsensu, która jest dopełnieniem wizji społeczeństwa jako systemu

kooperacji wolnych i równych obywateli w warunkach pluralizmu. Idea owa pokazuje, w jaki sposób wielość rozumnych światopoglądów może być uwzględniona w porządku demokratycznym. Częściowy konsens nie jest jednak socjologicznym faktem, lecz pewnym projektem filozoficznym<sup>94</sup>. O ile Rawls twierdzi, że współczesne społeczeństwa cechuje (rozumny) pluralizm, to częściowy konsens dopiero może zaistnieć na skutek rozwoju publicznych instytucji i postępu samorozumienia obywateli jako wolnych i równych. Częściowy konsens nie jest więc ani faktem, ani też idealizacją czy ideą regulatywną (jak to jest w przypadku idei społeczeństwa dobrze urządzonego, które w czystej postaci nie zaistnieje nigdy). Idea częściowego konsensu, który ma zapewnić stabilność ze słusznych powodów, polega na tym, iż obywatele, pod innymi względami głęboko podzieleni, mogą się zgodzić na tę samą publiczną koncepcję sprawiedliwości regulującą podstawowe kwestie społecznej kooperacji na poziomie głównych instytucji politycznych. Pomimo ważnych różnic uznają wspólny punkt widzenia, rozsądza- jąc ich roszczenia. Perspektywę, z której poszczególni obywatele postrzegają publiczną koncepcję sprawiedliwości, wyznaczają jednak rozległe doktryny. Jak pisze Rawls:

Choć w społeczeństwie dobrze urządzonym wszyscy obywatele przyjmują tę samą koncepcję sprawiedliwości, nie zakładamy przy tym, że czynią to, jak jeden mąż, z tych samych powodów. Obywatele posiadają ścierające się wzajemnie poglądy religijne, filozoficzne i moralne, i uznają polityczną koncepcję [sprawiedliwości] z perspektywy różnych, przeciwnych rozległych doktryn, a przez to, przynajmniej częściowo, z różnych powodów (*JaF:R*, § 11.1: 32)

W społeczeństwie częściowego konsensu nie ma potrzeby takiej zgody co do koncepcji dobra, która spajała choćby średniowieczną Europę. Filozofia polityczna mogła wówczas traktować bezpośrednio o dobru społeczeństwa jako całości, gdyż członkowie tego społeczeństwa, wyznając wszyscy tę samą religię, mieli łatwe do zidentyfikowania cele ostateczne. Stabilność społeczeństwa średniowiecznego przypominała zatem stabilność mniejszych wspólnot czy stowarzyszeń funkcjonujących wewnątrz społeczeństwa współczesnego. Stabilność tego rodzaju opiera się nie na zgodzie co do zasad sprawiedliwości, lecz co do dobra i wspólnych celów (z których dopiero wyprowadza się, w drugiej kolejności, coś na kształt zasad sprawiedliwości). Na skutek procesów

---

<sup>94</sup> Jak słusznie podkreśla T. Pogge, „[z]daniem Rawlsa jedną z ważniejszych lekcji nowoczesności jest fakt, że możliwe jest życie razem pod rządami wspólnych reguł, nawet w braku wspólnej rozległej doktryny czy koncepcji dobra” (T. Pogge, *John Rawls...*, s. 34, przeł. M.R.). Nie oznacza to jednak, że zarazem Rawls uznaje, że we współczesnej mu rzeczywistości zachodzi już częściowy konsens jako fakt socjologiczny. Sytuację we współczesnej Ameryce interpretował Rawls jako bliższą słabszej formie społecznego porozumienia – konsensu konstytucyjnego (por. *LP*, IV, § 6.1: 226). Ta ostatnia idea także zostanie wyjaśniona w toku wywodu.

zachodzących w historii społeczeństw Zachodu<sup>95</sup> powstała wielość radykalnie odmiennych koncepcji dobra, wyznaczających odmienne cele, a także ugruntowała się afirmacja tolerancji religijnej jako pryncypium politycznego. W społeczeństwie częściowego konsensu cele ostateczne i koncepcje dobra są w rezultacie wyznaczane poza sferą polityczną, w zróżnicowanej kulturze podłoża. Sprawiedliwość – funkcjonująca na wyższym poziomie, poziomie politycznym – zabezpiecza tę wielość, ale także reguluje ją, wprowadzając konieczne ograniczenia<sup>96</sup>. Legitymacja tych ograniczeń odwołuje się do rozumności – muszą one być przedstawiane jako akceptowalne dla każdego rozumnego obywatela. Częściowy konsens (*overlapping consensus*) polega więc na tym, iż rozległe doktryny dzielą pewne wspólne elementy, do pewnego stopnia na siebie nachodzą czy też „zazębiają się” (*overlap*). Tym wspólnym elementem jest przede wszystkim zgoda na rozsądzanie skonfliktowanych roszczeń przez wartości i zasady zgodne z kryterium wzajemności.

Idea częściowego konsensu jest określona pod trzema najważniejszymi względami: głębokości, szerokości oraz szczegółowości treści. Głębokość częściowego konsensu określa, jak daleko w głąb rozległych doktryn sięga będąca przedmiotem powszechnej zgody koncepcja sprawiedliwości. Innymi słowy, określa się tu, w jakim stopniu koncepcja sprawiedliwości wraz z jej uzasadnieniem staje się częścią wyznawanych w społeczeństwie rozległych światopoglądów. Ze względu na problem stabilności, Rawls przedstawia częściowy konsens jako głęboki – w tej idei nie chodzi po prostu o akceptację zasad sprawiedliwości jako formalnych czy też proceduralnie neutralnych reguł; chodzi raczej o uznanie koncepcji sprawiedliwości za najbardziej rozumną; o uznanie jej wraz z jej głębokim uzasadnieniem. Przedmiotem powszechnej zgody mają być zatem, obok treści zasad, także uzasadniająca ją interpretacja zastanych w kulturze demokratycznej idei – wolnych i równych obywateli oraz społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji (por. *LP*, IV, § 3.5).

Szerokość częściowego konsensu odpowiada na pytanie, jaki zakres spraw publicznych regulują zasady sprawiedliwości. Wąskie ujęcie konsensu uznaje, że

<sup>95</sup> Rawls wymienia tu przede wszystkim reformację i wojny religijne (*LP*, *Wprowadzenie*: 17). Choć początkowo pokój zawierano wyłącznie z powodów strategicznych, z czasem uznano zasadę tolerancji religijnej jako wartościową samą w sobie cnotę. Por. B. Dreben, *On Rawls and Political Liberalism*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion...*, s. 342–343.

<sup>96</sup> Chociaż w *Teorii sprawiedliwości* nie występowało pojęcie rozległej doktryny, relacje między koncepcją dobra a słusznością kształtowały się tak samo. To koncepcja dobra wyznacza ostateczne cele każdego obywatela, sprawiedliwość natomiast określa granice realizacji koncepcji dobra. Por. W. Kersting, *Die Gerechtigkeit Zieht das Grenze, und das Gute setzt das Ziel*, [w:] O. Höffe (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998, s. 209–231. Wielu autorów uznaje iż takie stanowisko prowadzi do ekskluzywnego podejścia względem różnorodnych koncepcji dobrego życia. Por. np. T. Tulejski, *Czy liberalizm jest jeszcze liberalny?*, „Prawo i Więzy”, jesień 2013, t. 5, nr 3, s. 7–20.



przedmiotem zasad (a przez to i powszechnej zgody) jest wyłącznie dziedzina procedur politycznych. W takiej sytuacji, chociaż „istnieje zgoda co do pewnych podstawowych praw i wolności politycznych – prawa do głosowania, wolności politycznego wypowiedzania się i zrzeszania [...] – to [...] nie ma zgody co do bardziej szczegółowej treści i granic tych praw i wolności, a także co do tego, jakie dalsze prawa i wolności mają zaliczać się do podstawowych, a więc zasługiwać na ochronę prawną” (*LP*, IV, § 6.1: 226–227). Natomiast w ujęciu szerokim, a właśnie to ujęcie wskazuje Rawls jako właściwe dla swego projektu, częściowy konsens obejmuje całą strukturę podstawową społeczeństwa. Zakres zgody obejmuje więc obok podstawowych praw politycznych również główne kierunki interpretacji podstawowych wolności oraz szereg wybranych przez daną wspólnotę polityczną dalszych praw i wolności. Częściowy konsens jest realizowany nie tylko w konstytucji, lecz także w zwykłym prawodawstwie, któremu przyświeca będąca przedmiotem powszechnej zgody sprawiedliwość (por. *LP*, IV, § 7.2).

Gdy chodzi o szczegółowość treści, chodzi tutaj o to, jak szeroki wachlarz koncepcji sprawiedliwości bierze udział w konsensie rozległych doktryn. Konsens jest najbardziej szczegółowy w społeczeństwie dobrze urządzonym, gdzie funkcjonuje wielość rozległych doktryn, ale tylko jedna koncepcja polityczna. Im więcej różnych koncepcji sprawiedliwości funkcjonuje równolegle, tym konsens jest mniej szczegółowy. Rawls stwierdza roztropnie, iż sytuacja, w której wszyscy obywatele popierają jedną i tę samą koncepcję, jest być może jedynie idealizacją, a jej bardziej prawdopodobną realizacją jest niepełna, mniej szczegółowa forma częściowego konsensu, gdzie funkcjonuje wielość koncepcji sprawiedliwości, przy czym jedna (według nadziei Rawlsa – jego własna) z nich stanowi ośrodek konsensu, czyli koncepcję wyróżnioną i nadającą konsensowi stabilność.

Znając głębokość, szerokość i szczegółowość częściowego konsensu należy odróżnić go od innych form społecznego porozumienia – *modus vivendi* i konsensu konstytucyjnego. W tym pierwszym przypadku nie mamy do czynienia z konsensem, lecz z chwiejnym kompromisem. Jest on w zupełności zależny od aktualnego rozkładu sił i strony są gotowe go złamać, gdy okoliczności się zmienią. Takie porozumienie (którego przykładem może być rozejm zawarty między zwaśnionymi państwami) nie może być ani głęboki, ani szeroki. Problem szczegółowości w ogóle tu nie powstaje, ponieważ nie ma żadnych ograniczeń co do ścierających się politycznych koncepcji, które mogą zawrzeć tego rodzaju rozejm. Krok naprzód w kierunku częściowego konsensu stanowi konsens konstytucyjny. Jest to sytuacja, gdy porozumienie dotyczy wąskiego zakresu spraw – podstawowych praw politycznych chronionych przez konstytucję. Konsens konstytucyjny nie jest ani szczegółowy, ani głęboki, lecz praktyka polityczna kieruje sprawy w kierunku coraz szerszej zgody – niepełnego częściowego konsensu, który zbliża się do konsensu mocnego (por. *LP*, IV, § 7). Powyższe rozważania podsumowuje tab. 1.



Tabela 1. Typologia społecznego konsensu

|                                   | Głębokość   | Szerokość   | Szczegółowość treści   |
|-----------------------------------|---|---|--|
| <b>Modus vivendi</b>              | zupelny brak zależności między rozległymi doktrynami a zasadami; brak uznania samoistnej wartości zasad   | skrajnie wąski zakres spraw, ograniczony do danej sytuacji i tego, co wynika z danych okoliczności. Przedmiotem zgody są ubogie treściowo minimalne zasady (np. nieagresja, tolerancja) | –  |
| <b>Konsens konstytucyjny</b>      | brak ścisłego powiązania zasad i rozległych doktryn; afirmacja samoistnej wartości zasad kształtuje jednak do pewnego stopnia rozległe doktryny | zakres ograniczony do podstawowych praw politycznych zabezpieczonych w konstytucji  | szeroki pluralizm koncepcji; każda koncepcja polityczna akceptująca konstytucyjne minimum bierze udział w konsensie konstytucyjnym |
| <b>Niepełny częściowy konsens</b> | rodzina publicznych koncepcji sprawiedliwości wkracza głęboko w rozległe doktryny   | zasady obejmują całość struktury podstawowej  | brak szczegółowej zgody co do zasad oraz ich interpretacji; ograniczony pluralizm koncepcji liberalno-egalitarnych                 |
| <b>Mocny częściowy konsens</b>    | publiczna koncepcja sprawiedliwości wkracza głęboko w rozległe doktryny   | zasady obejmują całość struktury podstawowej  | szczegółowa zgoda na te same zasady wraz z ich uzasadnieniem   |

Źródło: opracowanie własne.

Jeśli idei częściowego konsensu przyjrzeć się krytycznie, odnaleźć można wiele słabych punktów i kontrowersji. Najważniejszy problem polega na tym, iż (pomimo wskazanych przez Rawlsa kroków od *modus vivendi*, poprzez konsens konstytucyjny do częściowego konsensu) nie jest jasne, jak bez użycia opresyjnej władzy państwa miałyby dojść do tak głębokiego społecznego porozumienia. Problem powstaje na mocy podstawowych założeń samego liberalizmu politycznego, nie chodzi więc w tym miejscu o krytykę z zewnątrz. Należy mianowicie zapytać, jak można pogodzić doktrynę ciężarów sądu i fakt rozumnego pluralizmu z wiarą w spontaniczną zgodę co do zasad sprawiedliwości? Czy ciężary sądu w jakiś magiczny sposób zanikają, gdy przedmiotem sporu jest polityczna sprawiedliwość? Należy zgodzić się w tym miejscu z Michaeliem J. Sandelem, który wskazuje, iż „[choć bez wątplenia członkowie współczesnych społeczeństw wyznają wiele różnorodnych, skonfliktowanych przekonań religijnych i moralnych, nie można powiedzieć, że ‘fakt rozumnego pluralizmu’ nie dotyczy zagadnień sprawiedliwości”<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> M.J. Sandel, *Political Liberalism* [book review], „Harvard Law Review” 1994, t. 107, s. 1776, przeł. M.R. Podkreślam jednak, iż choć Sandel bez wątplenia dostrzega bardzo ważny problem, nie podzielam jego krytyki w całości. Opiera się ona na podkreślaniu i atakowaniu

Jeśli obywatele mają tendencję do rozumnej niezgody, trudno wyobrazić sobie spontaniczne powstanie jedności w tak kontrowersyjnej sprawie, jakimi są kwestie podstawowej sprawiedliwości<sup>98</sup>.

Czy oznacza to, iż idea częściowego konsensu rozsądza od środka cały monumentalny projekt politycznego liberalizmu? Nie sądzę, by tak było. Idea konsensu nie jest w moim przekonaniu zupełnie niedorzeczna, ponieważ niezgoda obywateli co do zasad sprawiedliwości ma nieco inny charakter niż niezgoda co do prawdziwości poszczególnych rozległych doktryn. W warunkach społeczeństwa demokratycznego istnieją co prawda ważne różnice w kwestiach dotyczących relacji między państwem, rynkiem, rodziną czy wspólnotami religijnymi. Niemniej jednak działając na publicznym forum politycznym, poruszamy się w ramach pewnego ustalonego kanonu idei, a podobny kanon nie obowiązuje w sferze rozległych doktryn i koncepcji dobra. Mam tu na myśli pewne fundamentalne zasady państwa prawa, nakazujące traktować obywateli jako wolnych i równych, szanować prawa podstawowe czy dążyć do przejrzystości życia politycznego<sup>99</sup>. Nie należy w tym kontekście zapominać o konstytucji – w państwach o dobrze zakorzenionej tradycji ustrojowej nikt na poważnie nie kwestionuje najważniejszych praw, precedensów czy zwyczajów konstytucyjnych. Rezultatem obowiązywania owego minimalnego kanonu jest sytuacja, w której przedstawiciele nawet skrajnie odmiennych doktryn politycznych dzielą pewną płaszczyznę dialogu, gdy dyskutują jako obywatele sprawujący wysokie funkcje polityczne. Jeżeli jednak dyskutują jako zatwardziały darwinista i wierzący muzułmanin (powiedzmy, że przedmiotem sporu jest pochodzenie człowieka), nie może między nimi dojść do porozumienia – nie ma nawet najbardziej wąskiej płaszczyzny, na której dwie argumentacje mogą się spotkać. W sferze politycznej, w warunkach państw zachodnich, istnieje natomiast pewien wspólny punkt odniesienia, który umożliwia nie tylko kompromis czy rozejm, ale także konsens<sup>100</sup>. Poważne zarzuty, podniesione przede wszystkim przez Sandela, skłaniają do porzucenia idei kon-

---

priorytetu słuszności nad dobrem. Jak wskazywałem wcześniej, oddzielenie dobra od słuszności nie jest jakimś centralnym czy fundamentalnym założeniem liberalizmu politycznego. W moim przekonaniu nie należy opierać interpretacji całości doktryny na owej idei – prowadzi to do pseudo-problemów.

<sup>98</sup> Idea niepełnego częściowego konsensu niewiele tu pomaga, ponieważ wielość koncepcji, które miałyby funkcjonować w ramach niepełnego konsensu jest pozorna. Jak zobaczymy w rozdziale 2, Rawls nakłada na koncepcje sprawiedliwości tak ekskluzywne kryteria, iż mogą je spełnić tylko koncepcje liberalno-egalitarnistyczne (por. podrozdział 2.2 B).

<sup>99</sup> Bez wątpliwości znajdują się także jednostki lub grupy, które nie podzielają liberalno-demokratycznego kanonu podstawowych zasad, kwestionując prawa człowieka czy wymóg traktowania wszystkich obywateli jako równych. Jak jednak pokazuje doświadczenie, takie poglądy zwykle nie są formułowane na publicznym forum politycznym, lecz funkcjonują w kulturze podłoża.

<sup>100</sup> Mam tu na myśli oczywiście czasy wewnętrznego pokoju. Jeżeli społeczeństwem targają fundamentalne konflikty czy wojna domowa (wynikające z zaszłości historycznych, konfliktów etnicznych czy religijnych), taka wspólna płaszczyzna nie istnieje lub jest osłabiona.

sensu o takiej głębokości i szczegółowości treści, jak mocny częściowy konsens Rawlsa. Nie sądzę jednak, by w związku z tym należało zupełnie kwestionować samą ideę konsensu, od której żadna filozofia polityczna nie jest w stanie uciec. Dlatego nie odrzucając idei konsensu przyjmuję, iż (przynajmniej) na potrzeby kooperacyjnej koncepcji prawa opracowywanej przeze mnie w tej dysertacji należy odejść od idei mocnego częściowego konsensu. Może się tu sprawdzić idea niepełnego częściowego konsensu. Można także, jak sądzę, zaproponować nową ideę, którą nazywam „konsensem prawnym”. Jest on czymś więcej niż konsens konstytucyjny, gdyż rozciąga się na całą strukturę podstawową. Nie jest jednak ani tak szczegółowy, ani tak głęboki, jak niepełny częściowy konsens. Ideę tę zaprezentuję w drugim rozdziale, przy ostatecznym sformułowaniu kooperacyjnej koncepcji prawa.

### **1.5. Społeczeństwo dobrze urządzone. Reinterpretacja z perspektywy prawniczej**

Opisując ideę społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji stwierdziłem, że wyraża ona ideę priorytetu sprawiedliwości. Zaiste, przekonanie o fundamentalnej roli koncepcji sprawiedliwości na publicznym forum politycznym leży u podstaw całej filozofii Rawlsa; daje o sobie znać niemal w każdej myśli szczegółowej, składającej się na skomplikowany system. Słynne zdanie, otwierające *Teorię sprawiedliwości*, głoszące, że: „[j]ak prawda w systemach wiedzy, tak sprawiedliwość jest pierwszą cnotą publicznych instytucji” (*TS*, § 1: 30), nie jest jakimś ozdobnikiem stylistycznym, lecz punktem wyjścia, niemal aksjomatem, determinującym kierunek i rezultat dociekań zawartych w całym monumentalnym dziele. Późny Rawls nie porzuca tego przekonania, stawia je jednakże w nieco innym świetle; w świetle religijnej i światopoglądowej różnorodności, o której pisałem w dwóch poprzednich podrozdziałach.

Idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji, choć jako idea centralna i organizująca stanowi konieczny punkt wyjścia, nie wystarcza, by w pełni wyrazić priorytet sprawiedliwości. Uzupełnia ją idea społeczeństwa dobrze urządzonego, która stanowi rozwinięcie idei społeczeństwa jako systemu sprawiedliwej kooperacji w połączeniu z polityczną koncepcją osoby. Aby wyjaśnić jej znaczenie, powróćmy do wyzwania rzuconego Sokratesowi przez Trzymacha w pierwszej księdze Platońskiego *Państwa*. Odpowiadając na owo wyzwanie, starałem się pokazać, iż myśl Rawlsa jest w stanie dostarczyć takiego modelu porządku publicznego, gdzie to nie rząd określa, co jest sprawiedliwe, lecz przeciwnie – sprawiedliwość determinuje zadania i granice rządu. Społeczeństwo jest rządzone przez publiczny system reguł, dlatego rząd ustanawia prawa nie mocą woli politycznych przywódców i dla wąskiego interesu, lecz pozostaje w pełni odpowiedzialny przed społeczeństwem demokratycznym, które zawdzięcza swą

stabilność sprawiedliwym, osadzonym w rozumności praktykom i instytucjom. Aby zrozumieć, na czym polega to, co nazywam potrzebą prawa, należy dokonać reinterpretacji tych ogólnych idei, które wyraża w sposób syntetyczny idea społeczeństwa dobrze urządanego.

Jak widzieliśmy, problem priorytetu sprawiedliwości we wspólnocie politycznej jest tak stary, jak sama filozofia. Dla Platona sprawiedliwość jest nadrzędną cnotą, harmonizującą działania członków wspólnoty, którzy są fundamentalnie nierówni, przez co przynależą do różnych części państwa. Sprawiedliwość umieszcza każdego tam, gdzie leży należne mu z natury miejsce w hierarchii społecznej. Arystoteles z kolei rozumie sprawiedliwość jako szczególnego rodzaju równość jednostek. Jak pisał Stagiryta:

Uważa się, że sprawiedliwość jest pewnego rodzaju równością i przyjaźń zasadza się na równości, o ile nie mówi się bezpodstawnie: przyjaźń jest równością. A wszystkie ustroje polityczne stanowią określoną postać sprawiedliwości, ponieważ tworzą one społeczność, a każda społeczność powstała dzięki sprawiedliwości [...] <sup>101</sup>.

W tym ujęciu sprawiedliwość dostarcza podstawy wszelkiego pospólnego bytowania obywateli. Będąc miarą równości i podstawą obywatelskiej przyjaźni, umożliwia ukonstytuowanie się wspólnoty politycznej. A zatem wyjściowe, starożytne rozumienie sprawiedliwości jest wyraźnie powiązane ze słusznymi relacjami obywateli w ramach politycznej całości.

Rawlowskie pojęcie roli sprawiedliwości okazuje się pod tym względem podobne. „Pierwsza cnota publicznych instytucji” służy za normatywną podstawę społeczeństwa – umożliwia stowarzyszanie się na poziomie politycznym. Rawls przyjmuje jednak pewne założenia, które wyraźnie odróżniają go od Arystotelesa. Jest nim pochodzące od Hume’a przekonanie, iż cnota sprawiedliwości może zaistnieć tylko w sytuacji kooperacji jednostek o pierwotnie rozłącznych interesach i w warunkach ograniczonej dostępności zasobów – tak zwanego umiarkowanego niedoboru (*limited scarcity*) <sup>102</sup>. Sprawiedliwość jest, jak mówi Hume,

<sup>101</sup> Arystoteles, *Etyka eudemejska*, przeł. W. Wróblewski, [w:] idem, *Dzieła wszystkie*, t. 5, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, s. 472 [VII, 1241b]. Przywołanie Arystotelesa w tym miejscu może o tyle zdziwić Czytelnika, że Stagiryta jest przedstawicielem przeciwstawnego zupełnie nurtu w filozofii praktycznej, stawiającej na piedestale pojęcie dobra, z którego to dopiero określa pojęcie słuszości. Niebawem wskażę podstawowe różnice między Arystotelesem a Rawlsem. A jednak, w swojej filozofii politycznej, według niektórych komentatorów, Arystoteles traktuje sprawiedliwość jako centralne pojęcie wszelkiego ustroju państwowego, a zatem i ściśle pojętej filozofii politycznej. Por. F.D. Miller, *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Clarendon Press, Oxford 1995. Autor ten w interesujący sposób łączy podejście Rawlsa z Arystotelesem, utrzymując, że pod pojęciem „istoty politycznej” Arystoteles rozumiał także zdolność do politycznej kooperacji i posiadania pojęcia sprawiedliwości (s. 67).

<sup>102</sup> Por. D. Hume, *Badania dotyczące zasad moralności*, przeł. A. Hochfeld, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1975, rozdz. III, cz. I, s. 19–27.

cnotą ostrożną i podejrzliwą (*cautious and jealous*)<sup>103</sup>. O ile zatem Arystoteles postrzega stosunek polityczny jako pewną formę przyjaźni (dochodzi tu zatem do głosu społeczny holizm), to Rawls – za Hume’em – pojmuje go kooperacyjnie; postrzega go jako oparty na wzajemności stosunek między jednostkami posiadającymi rozłączne interesy. Interes czy dobro każdej jednostki jest rozpatrywane z osobna; Rawls podkreśla różnice między osobami, które teoria sprawiedliwości musi respektować. Priorytet sprawiedliwości nie oznacza więc, że społeczeństwo jest w oczach Rawlsa wspólnotą w sensie Arystotelesowym. Tak samo nie jest ono luźnym stowarzyszeniem egoistów. Choć nie da się w pełni zażegnać przeciwstawności roszczeń czy interesów, jednostki mogą pomimo to pokojowo i trwale kooperować, właśnie dzięki cnocie sprawiedliwości. Rawls pisze:

[...] choć ludzie mogą wysuwać wobec siebie wygórowane żądania, niemniej uznają pewien wspólny punkt widzenia, z którego ich roszczenia mogą być rozsądzone. Jeśli dbałość o interes własny zmusza ludzi do wzajemnej czujności, to publiczny zmysł sprawiedliwości umożliwia im bezpieczne stowarzyszenie się. Między ludźmi o rozbieżnych dążeniach i celach wspólna koncepcja sprawiedliwości ustanawia więzy obywatelskiej przyjaźni; ogólne pragnienie sprawiedliwości ogranicza dążenie do innych celów. Można sądzić, że publiczna koncepcja sprawiedliwości tworzy kartę podstawową dobrze urządzonego stowarzyszenia ludzkiego (*TS*, § 1: 32).

Z powyższego jasno wynika, że sprawiedliwość jest cnotą koncyliacyjną; służy jako trybunał, do którego odwołują się obywatele w sytuacji konfliktu roszczeń. Jak widzieliśmy we wcześniejszych podrozdziałach, pokojowa kooperacja i koordynacja jednostkowych dążeń są możliwe ze względu na władze moralne (rozumność) oraz obecną w kulturze społeczeństwa demokratycznego ideę sprawiedliwej kooperacji. Dzięki tym elementom instytucjonalnej tożsamości jednostek, sprawiedliwość ukonstytuować może „obywatelską przyjaźń”, opartą „jak każda społeczność”, na równym szacunku dla osób<sup>104</sup>. Priorytet sprawiedliwości polega na tym, iż jej rozstrzygnięcia są ostateczne – nie istnieje żadna wyższa instancja (jak choćby siła czy wola panującego), do której można się odwołać. Publiczna koncepcja sprawiedliwości wyraża szacunek do osób, który filozofia polityczna identyfikuje jako naczelną wartość wspólnoty politycznej<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>104</sup> Wątek ten podkreśla Cathrine Audard, pisząc: „[c]o jest szczególną cechą społeczeństw demokratycznych? Jaka jest ich ambicja? Czy jest nią chęć powiększania dobrobytu i dostatku, szczęścia, wolności, czy też jakiejś innej wartości? Zdaniem Rawlsa, to właśnie *sprawiedliwość* i równy szacunek dla osób jest ich podstawowym, odróżniającym od innych społeczeństw przedmiotem troski; troski, która przeważa inne wartości” (C. Audard, *John Rawls*, s. 25).

<sup>105</sup> Warto w tym miejscu nadmienić, iż Rawls nie odwoływał się do idei szacunku na tyle często, by uznać go *prima facie* za wartość naczelną dla filozofii politycznego liberalizmu. Wydaje się jednak, iż idea równego szacunku jest rzeczywistą podstawą priorytetu sprawiedliwości. Podkreśla to choćby Larmore. Por. Ch. Larmore, *Public Reason*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion...*, s. 368–393.

Stawiając sprawiedliwość na tak prominentnej pozycji, posługuje się Rawls dość szczególnym jej pojęciem. Pomimo wskazanych wyżej podobieństw, autor w znacznej mierze odchodzi od klasycznego pojmowania sprawiedliwości, a także potocznego znaczenia, jakie nadaje się słowu „sprawiedliwość”. Rozpatrzę te różnice po kolei. Gdy chodzi o ujęcie klasyczne, to jak już wspomniałem, Rawls na samym początku swego głównego dzieła przekonuje czytelnika, iż sytuuje się blisko Arystotelesa. Sam jednak wskazuje na główną różnicę, pisząc:

W węższym znaczeniu terminu „sprawiedliwość”, który nadawał mu Arystoteles, a do tego odwołuje się większość znanych sformułowań, oznacza on powstrzymanie się od *pleonexia*, czyli uzyskania korzyści przez przywłaszczenie sobie tego, co należy do kogoś innego [...] bądź przez odmowę komuś czegoś, co jest mu należne [...]. Jest oczywiste, że definicja ta ma stosować się do działań, a poszczególne osoby uważa się za sprawiedliwe, o ile dominującą cechą ich charakteru jest trwałe i efektywne pragnienie sprawiedliwego działania (*TS*, § 2: 39).

W tym miejscu Rawls świadomie odchodzi od Arystotelesa, zmieniając pierwszy przedmiot refleksji nad sprawiedliwością. U Arystotelesa stosowały się do działań i cnót poszczególnych jednostek; u Rawlsa zasady sprawiedliwości stosują się w pierwszej kolejności do struktury podstawowej (*basic structure*), czyli do publicznych instytucji, a dopiero w drugiej kolejności i pośrednio do rozczeń i porozumień poszczególnych jednostek. Instytucja w rozumieniu Rawlsowskim to „publiczny system reguł definiujących urzędy i pozycje z przypisanymi do nich prawami i obowiązkami, władzą i immunitetami, itd.” (*TS*, § 10: 99). Poszczególne instytucje łączą się w jeden system, nazwany właśnie „podstawową strukturą społeczeństwa”<sup>106</sup>. W ujęciu starożytnych (a także scholastyków) sprawiedliwość jest przede wszystkim dyspozycją indywidualną, czyli cnotą jednostki<sup>107</sup>. Co prawda dla Arystotelesa sprawiedliwość jest zarazem podstawą każdego ustroju politycznego, jednak traktuje się ją przede wszystkim jako cnotę obywateli, a nie instytucji politycznych jako takich. Obywatele, dzięki posiadaniu tejże cnoty, są w stanie tworzyć stabilny porządek polityczny, zorientowany na dobro wspólne. Sprawiedliwość jest zatem zrelatywizowana do konkretnego *polis* i dobra wspólnego konkretnej wspólnoty, nie jest natomiast cnotą uniwersalną<sup>108</sup>. Dlatego bardzo często „sprawiedliwy ustrój” wedle Arystotelesa, a także Platona, to nie

<sup>106</sup> Pojęcie struktury podstawowej, a raczej jej zakresu, jest niejasne – trudno z całą pewnością stwierdzić, które instytucje wchodzi w jej skład. Rawls pisał o podstawowej strukturze społeczeństwa w sposób nie do końca spójny, przez co można interpretować jej zakres na wiele różnych sposobów. Na razie jednak wystarczy nam intuicyjne rozumienie tego pojęcia, w myśl którego na strukturę podstawową składają się najważniejsze instytucje politycznego społeczeństwa demokratycznego. Do problemu zakresu powrócę w podrozdziale 3.2.

<sup>107</sup> Por. B. Ladwig, *Gerechtigkeits-theorien zur Einführung*, Junius Verlag, Hamburg 2011, s. 38–47.

<sup>108</sup> Por. A. MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1988, s. 146–148.



tylę zbiór sprawiedliwych instytucji czy praw, co takie *polis*, w którym u władzy pozostają sprawiedliwe jednostki<sup>109</sup>. Punkt widzenia Rawlsa jest odwrotnością przywołanego przed chwilą. Co prawda sam autor *TS* sądził, iż jego pojęcie sprawiedliwości pozostaje w zgodzie z ujęciem klasycznym, gdyż „definicja Arystotelesa najwyraźniej zakłada opis tego, co kto słusznie posiada i co się komu należy” (*TS*, § 2: 39). Trudno jednak przyznać mu rację, gdyż bez wątplenia uznawał on, iż pierwszą i najważniejszą manifestacją sprawiedliwości są i n s t y t u c j e, a tymże pojęciem Arystoteles nawet się nie posługiwał. Ujęcie Rawlsa jest natomiast na wskroś nowoczesne, gdzie na problem sprawiedliwości patrzy się przez pryzmat rządów prawa – badania nad zasadami sprawiedliwości rozpoczyna się od wypracowania zasad dla instytucji. Owe normatywne rozstrzygnięcia dopiero w dalszej kolejności mogą dostarczyć zasad słuszności dla jednostek<sup>110</sup>. Instytucje zaś, dzięki odpowiedniej, sprawiedliwej konstrukcji, oddziałują na jednostki, sprzyjając w ten sposób sprawiedliwym działaniom. Działania jednostkowe rządzą się jednak innymi zasadami<sup>111</sup>, a główne zasady sprawiedliwości (w przypadku Rawlsa – pierwsza i druga zasada) stosują się tylko do instytucji. Sprawiedliwość przestaje być rozległym pojęciem etycznym, odsyłającym bezpośrednio do jakiegoś etosu czy konkretnego modelu dobrego życia; staje się pojęciem z zakresu moralności systemu społecznego, nie zaś etyczności jako takiej. Jak słusznie wskazuje Otfried Höffe, obowiązki wynikające ze sprawiedliwości mają w tym ujęciu charakter jurydyczny<sup>112</sup>.

Rawlowskie pojęcie sprawiedliwości jest różne nie tylko od klasycznego, lecz także od potocznego rozumienia sprawiedliwości. Jej zasady, biorąc pod uwagę szerokość częściowego konsensu, nie wyczerpują się w zasadach ustrojowych,

<sup>109</sup> Przypomnijmy w tym miejscu słynny pogląd Platona, wedle którego dopóki „miłośnicy mądrości nie będą mieli w państwach władzy królewskiej, albo ci dzisiaj tak zwani królowie i władcy nie zaczną się w mądrości kochać uczciwie i należycie, i póki to się w jedno nie zleje – wpływ polityczny i umiłowanie mądrości – [...] tak długo nie ma sposobu, żeby zło ustało” (Platon, *Państwo*, s. 177 [V, 473D]). Pogląd ten wynika właśnie z przekonania, iż same instytucje polityczne nie zapewnią sprawiedliwości, muszą to uczynić sprawiedliwi mężowie stanu. Jestem wdzięczny Simonowi Weberowi za głębsze wyjaśnienie antycznego pojmowania sprawiedliwości.

<sup>110</sup> Szczególny nacisk na instytucje, który podkreślał Rawls, zaowocował rozwojem całego szeregu teorii sprawiedliwości, nazwanego „podejściem instytucjonalnym”. Por. np. K.-Ch. Tan, *Justice, Institutions, and Luck*, Oxford University Press, Oxford 2012. Temu podejściu przeciwstawia się na przykład Amartya Sen, twierdząc, iż należy poszukiwać instytucji, które wspierają sprawiedliwość, nie zaś traktować instytucje same w sobie jako manifestację sprawiedliwości (A. Sen, *The Idea of Justice*, Penguin Books, London 2010, s. 82–85).

<sup>111</sup> U Rawlsa są to przede wszystkim „zasada rzetelności” oraz „naturalny obowiązek sprawiedliwości” (por. *TS*, § 18–19). Jest to tak zwany dualizm zasad sprawiedliwości. Można go przeciwstawić monizmowi, który uznaje te same zasady zarówno dla instytucji społecznych, jak i dla jednostek. Przykładami monizmu są choćby klasyczny utilitaryzm i libertarianizm Roberta Nozicka. Monizmu w egalitarnej koncepcji sprawiedliwości bronił np. L. Murphy, *Institutions and the Demands of Justice*, „Philosophy & Public Affairs” 1998, t. 27, nr 4, s. 251–291.

<sup>112</sup> O. Höffe, *Gerechtigkeit...*, s. 29.

ale obejmują różnorodne stany rzeczy – całość struktury podstawowej. Można z nich przeto wywieść różnorodne w swej treści normy (choćby takie, jak nakaz posłuszeństwa sprawiedliwym instytucjom, dozwoleństwo korzystania z legalnie nabytej własności, zakaz rządowego zwalczania jakiegś rozumnej doktryny). W tym miejscu rodzi się wątpliwość, czy rzeczywiście, mówiąc o sprawiedliwości, mamy zwykle na myśli tak zróżnicowany wachlarz norm. Aby uwypuklić ten problem, skontrastujmy koncepcję Rawlsa z opartym o analizę języka potocznego pojęciem sprawiedliwości stosowanym przez H.L.A. Harta, który pisze:

Istotnie, są bardzo dobre racje po temu, aby sprawiedliwość znajdowała poczesne miejsce w krytyce regulacji prawnych. Niemniej jednak trzeba dostrzegać, że jest to jedynie pewien szczególnie fragment moralności, a prawo i jego zastosowanie mogą mieć zalety innego rodzaju lub też ich nie posiadać [...]. Ojciec winny okrucieństwa wobec własnego dziecka zostaje często osądzony za uczynienie czegoś moralnie *złego* czy nawet *nikczemnego* albo też za naruszenie *obowiązku* moralnego lub powinności wobec dziecka. Byłoby jednak dziwne krytykować jego postępowanie jako *niesprawiedliwe*. [...] Słowo „niesprawiedliwy” byłoby właściwe, gdyby ktoś arbitralnie wybrał jedno ze swych dzieci, by ukarać je surowiej niż inne w przypadku takiej samej winy, lub też ukarał dziecko za jakies wykroczenie bez podjęcia jakiegokolwiek próby przekonania się, czy dziecko rzeczywiście źle postąpiło<sup>113</sup>.

Dociekania Harta prowadzą do stwierdzenia, że sprawiedliwość można sprowadzić do maksymy, „traktuj podobne przypadki podobnie, odmienne zaś odmiennie”, z zastrzeżeniem, że potrzebny jest także zbiór kryteriów pozwalających ustalić, które cechy danych stanów rzeczy uznamy za relewantne przy określaniu, które przypadki są podobne, a które różne w danej sytuacji<sup>114</sup>. Dla Harta sprawiedliwość nie obejmuje więc całej struktury podstawowej społeczeństwa, sprowadza się w zasadzie do idei bezstronnego traktowania. Pozostaje jednak ważną częścią moralności o charakterze prawno-publicznym. Bardziej radykalny od Harta jest w swych ostatnich badaniach Christoph Horn. Opierając się, podobnie jak Hart, na analizach semantycznych, dochodzi do wniosku, że „sprawiedliwość” w swoim potocznym znaczeniu odnosi się przede wszystkim do podziału dóbr zgodnego z jakimś słusznym kryterium; nie jest natomiast jakoś specjalnie związana z centralnymi kwestiami moralności czy z podstawową strukturą społeczeństwa<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 214–215.

<sup>114</sup> *Ibidem*, s. 216–220.

<sup>115</sup> Ch. Horn, *Kritische Bemerkungen zum aktuellen Gerechtigkeitsdiskurs*, „Angewandte Philosophie” 2014, t. 1, s. 121–147. Horn argumentuje, iż możemy mieć do czynienia z sytuacją, w której sprawiedliwy podział nie musi w sposób konieczny odbywać się w kontekście moralnym. W takich przypadkach, jak podział łupu przez bandę rabusiów czy też przydział brank w *Iliadzie* Homera (chodzi tu o klótnię Achillesa z Agamemnonem o Bryzejde) mamy do czynienia z roszczeniami odwołującymi się do sprawiedliwości, formułowanymi w kontekście dalekim od moralnego. Trudno chyba powiedzieć, że Achilles ma moralne prawo do będącej łupem wojennym Bryzejdy. Podobnie absurdalne jest mówienie o „moralnym uprawnieniu” rabusia do zrabowanych kosztowności. Tymczasem pojęcie s p r a w i e d l i w e g o podziału łupu nie jest wcale absurdalne

Zwróćmy uwagę, do jak różnych konkluzji prowadzi pojęcie sprawiedliwości stosowane przez Harta czy Horna z jednej strony, a Rawlsa z drugiej. Gdyby rząd Wielkiej Brytanii prześladował liberalnych filozofów w całym kraju, Hart uznałby to postępowanie za nikczemne lub haniebne. Jednak nie byłoby ono „niesprawiedliwe”, o ile rząd nie wybrałby arbitralnie wyłącznie filozofów z Oxfordu, dopieszczając zarazem liberałów z innych ośrodków hojnymi dotacjami na badania. Tymczasem dla Rawlsa prześladowanie liberałów byłoby w każdym przypadku niesprawiedliwe, ponieważ naruszałoby obywatelskie uprawnienie do posiadania i głoszenia rozumnej koncepcji dobra, a to uprawnienie jest oparte, zdaniem Rawlsa, na sprawiedliwości. Kolejna istotna różnica w konsekwencjach różnych ujęć sprawiedliwości polega na tym, iż podejście Hartowskie (które, dodajmy, jest elementem koncepcji pozytywizmu prawniczego) pozostawia wiele miejsca dla innych wartości politycznych odnoszących się do instytucji; pomimo dużego znaczenia sprawiedliwość nie posiada takiego priorytetu w życiu politycznym, które nadaje jej Rawls. U Harta nie ma także mowy o jakiejś szczegółowej i nieziennej treści, jak dwie zasady znane ze sprawiedliwości jako bezstronności.

Konkluzje, do których dochodzą Hart i Horn, mogą być dla projektu Rawlsa niewygodne, gdyż przedstawia on swoją teorię jako „ustalającą zasady rządzące naszymi władzami moralnymi, czy dokładniej – naszym zmysłem sprawiedliwości” (*TS*, § 9: 94). Wydaje się więc, że Rawls chce być blisko naszych faktycznych, zdroworozsądkowych sądów. Co prawda pojęcie refleksyjnej równowagi zawiera w sobie także usuwanie sprzeczności między zasadami wyabstrahowanymi z potocznych sądów i rewizję tychże<sup>116</sup>, a co za tym idzie „[p]rawidłowe wyjaśnienie zdolności moralnych z pewnością będzie zasad i konstrukcji teoretycznych daleko wykraczających poza normy i standardy życia codziennego” (*TS*, § 9: 90). Nie zmienia to jednak faktu, że Rawls chce r e k o n s t r u o w a ć, nie zaś k o n s t r u o w a ć pojęcie sprawiedliwości<sup>117</sup>.

---

(ibidem, s. 137). Być może nie wszystkie tezy w przywołanym artykule są jednakowo przekonujące, niemniej jednak trudno po jego lekturze utrzymywać, iż Rawlsowskie pojęcie sprawiedliwości ma wiele wspólnego z potocznymi sędziami o sprawiedliwości.

<sup>116</sup> Szczegółowej analizy metody refleksyjnej równowagi dokonuje Artur Szutta w tekście *Metoda refleksyjnej równowagi, część I: prezentacja metody*, „Diametros”, marzec 2013, nr 35, s. 129–149.

<sup>117</sup> Wydaje się, iż wyjściowy program Rawlsa przypominać miał Habermasowskie „nauki rekonstrukcyjne”. Słynny niemiecki filozof postrzegał swoją teorię działania komunikacyjnego jako „racjonalną rekonstrukcję” apriorycznych warunków porozumienia czy dyskursu (por. A.M. Kaniowski, *Wstęp*, [w:] J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, przeł. A.M. Kaniowski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999, s. XXVI–XXXII). Rawls rozumował, jak się wydaje, podobnie, chcąc dotrzeć do głębokich reguł sprawiedliwej kooperacji na drodze metody kontraktalistycznej oraz refleksyjnej równowagi. Ze względów wskazanych powyżej ów rekonstrukcyjny w zamierzeniu charakter teorii sprawiedliwości jest jednak zdecydowanie wątpliwy.

W świetle powyższej krytyki należy traktować Rawlowskie pojęcie sprawiedliwości jako termin techniczny, o znaczeniu odbiegającym tak od klasycznego, jak i od potocznego rozumienia sprawiedliwości. Sprawiedliwość w ujęciu Rawlsa reguluje w pierwszej kolejności strukturę podstawową, czyli wszystkie ważniejsze instytucje społecznej kooperacji. Tego rodzaju podejście jest w myśli Rawlsa obecne od samego początku. W roku 1958 pisał:

Będę tu rozważał sprawiedliwość wyłącznie jako cnotę społecznych instytucji lub tego, co nazywam praktykami. Zasady sprawiedliwości są postrzegane jako określające ograniczenia tego, jak praktyki mogą kształtować pozycje i urzędy oraz związane z nimi władze, odpowiedzialność, czy prawa i obowiązki (*JaF*, 164).

Zarówno w *Teorii sprawiedliwości* (1971), jak i podsumowującej wieloletni dorobek, zredagowanej przez Erin Kelly *Justice as Fairness: A Restatement* (2001) Rawls wyróżnia dwie podstawowe funkcje, które pełni struktura podstawowa. Funkcje owe wyznaczają dwie sfery spraw, które reguluje sprawiedliwość. Chodzi tutaj o (a) sposób, w jaki polityczne instytucje przypisują podstawowe prawa i obowiązki oraz (b) regulują podział wszelkiego rodzaju dóbr, będących owocem społecznej kooperacji (zob. *JaF*:R, § 4; *TS*, § 2). Dlatego zarówno „konstytucja polityczna wraz z niezależną judykaturą”, jak i „prawnie uznane formy własności i struktura ekonomiczna (na przykład w postaci konkurencyjnych rynków i własności prywatnej środków produkcji), jak również jakaś forma rodziny, wszystkie przynależą do struktury podstawowej” (*JaF*:R, § 4.1: 10). Pewne kwestie, takie jak dostęp do dóbr kultury czy też kwestie związane z ochroną środowiska, nie są regulowane w ten sam sposób przez strukturę podstawową, mogą być zatem przedmiotem sprawiedliwości jedynie na zasadzie analogii<sup>118</sup>.

Powyższe rozważania pociągają za sobą konstatację, że sprawiedliwość w ujęciu Rawlsa wykracza daleko poza czysto formalny wymóg traktowania podobnych przypadków podobnie czy też traktowania osób adekwatnie do ich sytuacji. Co więcej, jak pokazała analiza politycznej koncepcji osoby, odwołanie się do sprawiedliwości nie jest czysto formalną i neutralną procedurą. Powołując się na sprawiedliwość, odwołujemy się także do substancjalnego ideału rozumnych i racjonalnych obywateli, którym należy się równy szacunek. To właśnie równy szacunek dla wolnych osób jest nieodłącznym elementem sprawiedliwości i on sprawia, że sprawiedliwość obejmuje tak różnorodne kwestie, jak np. przypadek ojca znęcającego się nad dzieckiem czy rządu prześladowającego liberałów; przypadek sędziego decydującego w warunkach niejasności lub luk w prawie; przypadek

<sup>118</sup> Warto w tym miejscu odnotować, iż najnowszy trend rozszerza pojęcie sprawiedliwości także na kwestie ochrony środowiska, związane chociażby ze zmianami klimatycznymi. Por. np. T. Lachowski, *Climate Change and Transitional Justice: Towards the Pursuit of Justice for Climate Change Victims*, [https://www.academia.edu/5514284/Climate\\_Change\\_and\\_Transitional\\_Justice\\_Towards\\_the\\_Pursuit\\_of\\_Justice\\_for\\_Climate\\_Change\\_Victims](https://www.academia.edu/5514284/Climate_Change_and_Transitional_Justice_Towards_the_Pursuit_of_Justice_for_Climate_Change_Victims) (dostęp: 20.03.2014).

legislatora, a nawet przypadek przedsiębiorcy korzystającego z przepisów prawnych dla robienia interesów. O tego rodzaju różnorodnych przypadkach regulowanych przez sprawiedliwość usłyszymy w toku wywodu.

Priorytet sprawiedliwości, jej szeroki zakres i instytucjonalny wymiar dają o sobie znać w idei społeczeństwa dobrze urządzonego. Pojęcie to stanowi daleko idącą idealizację, która jest koniecznym elementem każdej koncepcji sprawiedliwości, gdyż każda współczesna koncepcja sprawiedliwości musi być zdaniem Rawlsa przedstawiana jako koncepcja zdalna do dobrego urzędzenia konstytucyjnej demokracji (*LP*, I, § 6.1: 76). Społeczeństwo jest dobrze urządzone wtedy, gdy spełnia łącznie trzy warunki:

Po pierwsze (co zawiera się w idei publicznie uznanej koncepcji sprawiedliwości), jest to społeczeństwo, w którym każdy uznaje, i wie, że inni uznają, te same zasady sprawiedliwości. Po drugie (co zawiera się w skutecznej regulacji przez taką koncepcję), jest publicznie wiadome, czy też są dobre racje po temu, by sądzić, że podstawowa struktura społeczeństwa [...] czyni zadość tym zasadom. I po trzecie, jego obywatele mają z reguły efektywne poczucie sprawiedliwości, a więc na ogół przestrzegają podstawowych instytucji społeczeństwa, które uważają za sprawiedliwe (*LP*, I, § 6.1: 73, przekład zmodyfikowany)<sup>119</sup>.

Przywołana idea skupia jak w soczewce wszystkie istotne elementy kategorii społeczeństwa: jest ono trwałym (trwającym przez całe życie jednostek, z pokolenia na pokolenie) stowarzyszeniem wolnych i równych obywateli pod rządami publicznego systemu reguł, który to system znajduje oparcie w częściowym konsensie. Na czym polega prawnicza reinterpretacja tej idei? Po pierwsze, chodzi o to, iż prawo pełni w społeczeństwie demokratycznym tę samą rolę, co sprawiedliwość. Jeżeli jesteśmy skłonni patrzeć na prawo jako nakaz (zakaz lub dozwolenie) suwerena, nie dostrzeżemy tego powinowactwa. Jest to jednak pewien niefortunny spadek po tryumfie pozytywizmu prawniczego. W rzeczywistości pojęcie prawa jest jednak starsze niż pojęcie suwerenności<sup>120</sup>. Prawo, podobnie jak sprawiedliwość, jest publicznym systemem reguł pozwalającym rozsądzać roszczenia i tym samym umożliwiającym bezpieczną kooperację<sup>121</sup>. Nieprzypadkowo jednym z głównych filarów porządku prawnego jest pewność obrotu. O ile

<sup>119</sup> Idea społeczeństwa dobrze urządzonego odgrywała tę samą rolę w *TS*, choć nie była przedstawiana jako efekt częściowego konsensu – wczesny Rawls nie zajmował się bowiem problemem pluralizmu.

<sup>120</sup> Jak słusznie wskazuje Glenn, korzeniem prawa rzymskiego są porady udzielane przez jurystów, którzy nie mieli nic wspólnego z suwerenem. Por. P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford–New York 2010, s. 137.

<sup>121</sup> Podobnie rozumował włoski neokantysta, Giorgio del Vecchio (*Justice: An Historical and Philosophical Essay*, red. A.H. Campbell, The Philosophical Library, New York, 1953, s. 115–116). I choć nie był on bezpośrednio inspiracją Rawlsa, to teoria kooperacyjna prawa (ze względu na korzenie kantowskie) wykazuje istotne podobieństwa z koncepcją del Vecchio.

jednak sprawiedliwość jest nienamacalna, pozostaje pewną abstrakcją, prawo jest konkretem zapisanym w ustawie czy w wyroku sądu, jest także realizowane przez posiadające monopol na przymus organy państwa. Rawls wielokrotnie przywołuje ideę legitymowanego prawa czy też sprawiedliwego ustawodawstwa. Nie jest więc, jak wielu filozofów, prawnym nihilistą. Myśliciele od Platona, przez Locke'a do Marksa uważali, że gdyby tylko człowiek stał się istotą lepszą niż do tej pory był, prawo natychmiast stałoby się zbędne. W idealnych społeczeństwach Platona czy Marksa prawo (rozumiane jako prawo stanowione) zanikłoby lub też spełniałoby marginalną rolę. U Locke'a prawo jest konieczne jedynie wobec wad stanu natury, nie posiada zatem wartości samoistnej. U Rawlsa tymczasem instytucje są pierwszym przedmiotem sprawiedliwości; rozważania o sprawiedliwości w kontekście pozainstytucjonalnym są pozbawione sensu. Na tym polega drugi istotny punkt prawniczej interpretacji idei społeczeństwa dobrze urządzonego – prawo jest tu postrzegane jako jedyny operatywny instrument „przetłumaczenia” abstrakcyjnych ideałów na język bliższy empirii. To właśnie sprawiedliwe prawo zdolne jest zapewnić stabilność społeczeństwa dobrze urządzonego. Pojęcie państwa prawa czy rządów prawa dobrze narzuca się tu samo przez się. Prawo może spełnić swą funkcję także w obliczu pluralizmu, gdyż dyskurs prawniczy potrafi być „neutralny”, w tym sensie, że odwołuje się do wewnętrznej aksjologii systemu, do pewnych ogólnych i szeroko podzielanych wartości porządku publicznego, niekoniecznie zaś do rozległych doktryn wyznawanych w danym momencie przez ustawodawcę czy sędziego. Na tym właśnie polega tytułowa „potrzeba prawa”. Sprawiedliwy porządek prawny oparty o rządy prawa jest tu naturalną odpowiedzią na warunki społeczeństwa demokratycznego. Jeżeli uda się dowieść, że to właśnie sprawiedliwość dostarcza głównej aksjologii systemu prawnego, będziemy blisko opracowania teorii fundamentalnego związku sprawiedliwości z prawem.

Stoimy więc u progu drugiej części rozważań. Wiemy, iż społeczeństwo dobrze urządzone w sposób niejako naturalny wymaga prawa opartego na sprawiedliwości. Istota sprawiedliwości i prawa okazują się przy tym bardzo podobne. Prawo ugruntowane jest w zasadach politycznych, nie zaś etycznych, jest zatem neutralne etycznie (tj. neutralne względem *ethosu*), pozostając zarazem częścią moralności. Widziane jest jako pewien polityczny instrument jednostek, służący harmonijnej współpracy i rozstrzygnięciu sporów. Kolejne rozdziały mają za zadanie rozwinąć te ogólne stwierdzenia i prowadzić do udowodnienia tezy o kooperacyjnym charakterze prawa.





## ROZDZIAŁ 2

### **Fundament prawa – prawo w świetle zasad sprawiedliwości i publicznego rozumu**

Rozważania przeprowadzone w rozdziale pierwszym zmierzały do wskazania szczególnej roli prawa w społeczeństwie demokratycznym. Kategoria społeczeństwa, którą zrekonstruowałem z poszczególnych idei cząstkowych wyznaczających treść kolejnych podrozdziałów, okazała się przede wszystkim kategorią normatywną, zakorzoną w kulturze Zachodu. Społeczeństwo jest przez Rawlsa rozumiane przede wszystkim jako sprawiedliwy system kooperacji wolnych i równych obywateli, którzy (jako autonomiczne podmioty) rozwijają w ciągu życia swoje dwie moralne władze – rozumność i racjonalność, przy czym dzięki posiadaniu tej ostatniej są w stanie utworzyć, realizować i modyfikować koncepcję własnego dobra. To właśnie dlatego uważani są za wolnych, a wolność (rozumiana jako status) uprawnia ich do wysuwania ważnych roszczeń. Potencjalnie przeciwstawne roszczenia są rozsądane przez publiczną koncepcję sprawiedliwości; w ten sposób pełni ona rolę ostatecznego i wspólnego wszystkim trybunału. To w oparciu o nią odbywa się koordynacja działań jednostek i stowarzyszeń w ramach społeczeństwa. Na tym polega priorytet sprawiedliwości, która wyznacza uczciwe warunki kooperacji. Zdolność do zaproponowania i przestrzegania tych sprawiedliwych warunków nazywa się rozumnością. Jest to druga z wymienionych władz moralnych obywateli. Koncepcja sprawiedliwości jest określana przez zmysł sprawiedliwości, który, jak się zakłada, jest w ciągu życia rozwijany przez każdego obywatela. Modelem idealnym społeczeństwa rozumianego jako zrzeszenie racjonalnych i rozumnych podmiotów jest model społeczeństwa dobrze urządzonego, w którym każdy uznaje te same zasady sprawiedliwości, które odzwierciedla system publicznych instytucji i zmysł sprawiedliwości jednostek. Rzeczywiste społeczeństwa cechuje jednak pluralizm i to nie tylko pluralizm rozległych doktryn, lecz także przynajmniej ograniczony pluralizm koncepcji sprawiedliwości. Dlatego spójność społeczna wymaga częściowego konsensu lub też – w bardziej ostrożnej wersji – stabilnego konsensu konstytucyjnego, konsensu prawnego czy też niepełnego częściowego konsensu. Prezentacja owych ogólnych idei była konieczna, lecz stanowiła zaledwie przygotowanie gruntu pod właściwą argumentację.

Rozważając prawnicze implikacje twierdzeń dotyczących społeczeństwa wskazywałem, iż nie może się ono obejść bez prawa. Jeżeli kooperacja obywateli ma być efektywnie regulowana przez publiczną koncepcję sprawiedliwości, musi odbywać się w oparciu o prawo, które dostarczy rzeczywistej i bezstronnej podstawy

do rozsądzania skonfliktowanych roszczeń. Treść takiego prawa nie może być jednak dowolna – musi pozostawać w związku z zasadami sprawiedliwości, które określają sprawiedliwą kooperację. Wskazane implikacje nazwałem potrzebą prawa. Prawo postrzegam zatem jako wyraz politycznej autonomii wolnych i równych obywateli, dążących do sprawiedliwej kooperacji zgodnie z ideą wzajemności, posługujących się w tym celu instytucjami prawnymi.

Odpowiedź na wyzwanie Trazymacha, jakoby sprawiedliwość i prawo nie były niczym więcej, jak tylko interesem silniejszego, a przez co podporządkowane były bezpośrednio i wyłącznie woli tego, kto dzierży władzę, nie została jednak w pełni wyartykułowana. Wiemy już wiele o potrzebie prawa w społeczeństwie i o priorytecie sprawiedliwości, jednak koncepcja prawa, która odpowiadałaby tym twierdzeniom, musi dopiero zostać opracowana. Jak pisałem na początku rozdziału pierwszego, wyzwanie rzucone przez Trazymacha wymaga, obok opracowania teorii wyjaśniającej priorytet sprawiedliwości, także wykazania fundamentalnego związku tej ostatniej z prawem.

Do tej pory jedynie zbliżałem się do ukazania takiego związku, choćby podczas rozważań nad charakterem podmiotów prawa i sprawiedliwości. Wskazywałem, iż podmiot prawa i podmiot sprawiedliwości są tożsame. Innymi słowy, na podmioty prawa i sprawiedliwości należy patrzeć przez ten sam pryzmat. Jeżeli przypisujemy obowiązki lub nadajemy uprawnienia o charakterze prawnym, musimy jednocześnie przyjmować jakąś koncepcję podmiotu tych uprawnień i obowiązków. Interesuje nas zatem instytucjonalna i prawna tożsamość obywatela, a Rawls proponuje ciekawą koncepcję tej tożsamości. Przedstawiwszy podstawowe idee o największej ogólności, przechodzę teraz do najważniejszej z filozoficzno-prawnego punktu widzenia części rozprawy. W rozdziale niniejszym zmierzam do wyartykułowania i obrony tez rozprawy, to znaczy (a) do przyjęcia kooperacyjnej koncepcji prawa oraz (b) przedstawienia jej jako głównej postaci dobra wspólnego. Nastąpi to w podrozdziałach 2.4 i 2.5. Rozumowanie prowadzące do tych wniosków wymaga uprzedniego przedstawiania warunków sytuacji pierwotnej jako apriorycznych warunków prawa (podrozdział 2.1), a także krótkiej prezentacji zasad sprawiedliwości przyjętych przez Rawlsa jako najlepiej oddających zmysł sprawiedliwości (podrozdział 2.2). Przed postawieniem tez rozprawy charakteryzuję także model urzeczywistnienia zasad sprawiedliwości, jakiego dostarcza idea rozumu publicznego, oraz implikacje tego modelu dla procedury prawodawczej (zob. podrozdział 2.3 i część podrozdziału 2.2). Przejdźmy zatem do pierwszego kroku rozumowania.

## **2.1. Konstrukcja sytuacji pierwotnej i jej zastosowanie do nauki prawa**

W poprzednim rozdziale opisałem priorytet sprawiedliwości wraz z koncepcją jej przedmiotu (kooperacja społeczna w oparciu o instytucje), a także podmiotu (wolny i równy obywatel). Koncepcje te wyznaczają niezbędne ramy dla kon-

cepcji sprawiedliwości, lecz niewiele mówią o samej treści publicznej koncepcji sprawiedliwości. Aby idee cząstkowe, które opisałem w pierwszym rozdziale, przekształcić w treściowo określoną koncepcję sprawiedliwości, potrzebne jest jakieś dodatkowe narzędzie metodologiczne, które pozwoli na wybór (czy też konstrukcję) określonych zasad. Właśnie tę rolę przede wszystkim pełni sytuacja pierwotna – pozwala wybrać jedne zasady, a odrzucić drugie (por. *JaF:R*, § 6.2: 14).

Jednakże nie tylko z tego względu zajmiemy się teraz sytuacją pierwotną. Dla głównych tez tej rozprawy samo brzmienie zasad nie jest najważniejsze i można byłoby pozostawić je na boku, koncentrując się wyłącznie na priorytecie sprawiedliwości i jej fundamentalnym związku z prawem. W niniejszym rozdziale zobaczymy bowiem, iż nie sposób wykazać, że prawo jest substancjalnie powiązane z jakąś substancjalną koncepcją sprawiedliwości (którą mogłaby być na przykład sprawiedliwość jako bezstronność Rawlsa). Integralny związek sprawiedliwości z prawem oznacza raczej związek z pewną rodziną podobnych do siebie koncepcji. Pomimo to, nawet gdybyśmy zrezygnowali z prezentacji treści danej koncepcji sprawiedliwości, odwołanie się do sytuacji pierwotnej byłoby niezbędne. Służy ona bowiem nie tylko konstrukcji treści zasad, ale stanowi także, a może przede wszystkim, rdzeń argumentacji u z a s a d n i a j ą c e j moc obowiązującą i priorytet sprawiedliwości<sup>1</sup>. Dobrze uzasadnienie o charakterze moralnym jest kluczowe dla tego projektu filozoficznego. Jak zobaczymy, publiczna koncepcja sprawiedliwości nakłada na działania obywateli mniej lub bardziej oczywiste powinności, które nie są prezentowane jako nakazy suwerena poparte przymusem, lecz jako obowiązki moralne. Podobnie wszelkie rozwiązania instytucjonalne, jakich sprawiedliwość wymaga, powiązane są nieuchronnie z przymusem państwowym; lecz są zarazem przedstawiane jako instytucje realizujące dobrze uzasadnione nakazy moralności publicznej, nie zaś po prostu arbitralne akty woli suwerena czy też jakieś przymusowe reguły wynikające ze społecznej konwencji. Skoro tak, należy zapytać o narzędzie moralnego uzasadnienia, a tego jeszcze w zadowalającym stopniu nie uczyniliśmy. Dlatego w pierwszej części tego podrozdziału zajmiemy się sytuacją pierwotną jako sposobem argumentacji moralnej odnoszącej się do kooperacji obywateli. Wskażemy zatem, jakie moralne racje podaje ona dla przyjęcia szczególnej roli sprawiedliwości, a także, w jaki sposób pozwala skonstruować treściowo określoną koncepcję.

Obok funkcji uzasadniania i konstruowania zasad, istnieje jeszcze trzeci powód, dla którego zasadnicze rozumowanie prowadzące do przyjęcia kooperacyjnej

---

<sup>1</sup> Jak słusznie wskazuje T.M. Scanlon, u Rawlsa odnajdziemy trzy różne metodologiczne narzędzia uzasadniania: refleksyjną równowagę, rozum publiczny i właśnie sytuację pierwotną. Choć to refleksyjna równowaga jest ostateczną metodą uzasadniania (jeżeli sądy moralne znajdują potwierdzenie w refleksyjnej równowadze, to są ostatecznie uzasadnione), to sytuacja pierwotna jest niezbędnym narzędziem deliberacji, którym posługujemy się, dochodząc do refleksyjnej równowagi. Por. T.M. Scanlon, *Rawls on Justification*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 139–167.

koncepcji prawa rozpocząć trzeba od prezentacji sytuacji pierwotnej. Dla celów tej dysertacji jest to powód najważniejszy. Chodzi mianowicie o zastosowanie koncepcji sytuacji pierwotnej do nauki prawa. Sytuacja pierwotna może okazać się tutaj narzędziem bardziej owocnym, niż zwykle przyjęło się sądzić. Prawnicza interpretacja tego słynnego eksperymentu myślowego pozwoli mianowicie wskazać argumenty przemawiające za fundamentalnym związkiem sprawiedliwości i prawa. Dzięki wykazaniu tego związku na poziomie analizy pojęć, wyjaśnię, w jakim sensie kooperacyjna koncepcja prawa jest niepozytywistyczna. Współczesny pozytywizm prawniczy, choć w pewnych wersjach dopuszcza związek prawa z moralnością, zawsze przyjmuje tezę o rozdziale prawa i moralności, z której wynika, że w ostatecznej instancji pojęcie prawa wyjaśniane jest przez konwencję społeczną<sup>2</sup>. Wykazanie związków prawa i moralności na poziomie pojęciowym polega na wykazaniu, że sytuacja pierwotna wyznacza aprioryczne warunki nie tylko dla pojęcia sprawiedliwości, lecz także dla pojęcia prawa. Taka interpretacja sytuacji pierwotnej przybliży nas do ujęcia prawa jako bezpośrednio, „definitywnie” powiązanego ze sprawiedliwością. Będzie to pierwszy krok rozumowania prowadzącego do przyjęcia kooperacyjnej koncepcji prawa.

## **A. Sytuacja pierwotna jako narzędzie prezentacji i uzasadnienia koncepcji sprawiedliwości**

Jak pamiętamy, metodologicznym punktem wyjścia Rawlsa jest kontraktualizm. *Teoria sprawiedliwości* miała za zadanie „uogólnienie i przeniesienie na wyższy poziom abstrakcji dobrze znanej teorii umowy społecznej, jaką znajdujemy choćby u Locke’a, Rousseau i Kanta” (*TS*, § 3: 40). Zasady sprawiedliwości składające się na publiczną koncepcję regulującą społeczeństwo dobrze urządzone są zatem przedstawiane jako rezultat hipotetycznego porozumienia jednostek w sytuacji pierwotnej. Sytuacja pierwotna oznacza wyobrażoną sytuację wyboru, w której jednostki (reprezentanci obywateli) zawierają (czy raczej – zawarłyby) swego rodzaju umowę, której przedmiotem mają być zasady przyszłej kooperacji pomiędzy nimi. Odwołanie do umowy posiada jednak wysoce abstrakcyjny i idealizacyjny charakter – jest to umowa, która nigdy nie została ani nigdy nie będzie zawarta w rzeczywistości<sup>3</sup>, zaś jej stronami nie są istniejący rzeczywiście ludzie,

<sup>2</sup> Por. A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 94–107.

<sup>3</sup> Czysto hipotetyczny charakter Rawlsofskiej umowy pierwotnej sprawia, według R. Dworkina, iż owa konstrukcja w ogóle przestaje być umową, co stawia pod znakiem zapytania jej moc uzasadniania (R. Dworkin, *Original Position*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford, California 1989, s. 18). Sądzę jednak, że sytuację pierwotną da się obronić, zwłaszcza w powiązaniu z innymi narzędziami uzasadniania – refleksyjną równowagą oraz rozumem publicznym. Wyjaśniam to w dalszych akapitach.

lecz hipotetyczne, racjonalne podmioty, scharakteryzowane przez zestaw cech relewantnych z punktu widzenia koncepcji sprawiedliwości<sup>4</sup>. Można w tym miejscu zasadnie zapytać, po co w takim razie w ogóle rozprawiać o sytuacji pierwotnej, skoro wyprowadzane z niej twierdzenia nie mają bezpośredniego odniesienia empirycznego. Odpowiedź brzmi następująco: odwołanie do hipotetycznego porozumienia, w drodze którego racjonalne podmioty ustalają obowiązujące wszystkich zasady sprawiedliwości, jest niczym więcej, jak tylko narzędziem *p r e z e n t a c j i i u z a s a d n i e n i a* koncepcji sprawiedliwości jako bezstronności, a przez to posiada czysto normatywny charakter. Skoro sytuacja pierwotna odnosi się do norm, bezpośrednie odniesienie do rzeczywistości empirycznej nie jest relewantne; filozoficzna argumentacja apeluje do zmysłu sprawiedliwości, nie zaś do innych władz poznawczych. W szczególności należy pamiętać, iż Rawlowskie argumenty ugruntowane w sytuacji pierwotnej nie są twierdzeniami metafizycznymi dotyczącymi, na przykład, natury ludzkiej<sup>5</sup>. Sytuacja pierwotna nie dostarcza ani prognoz zachowań rzeczywistych jednostek, ani nie zmierza do wyjaśnienia tych działań w kategoriach przyczynowo skutkowych (por. *JAF:R*, § 23.2: 81). Eksperyment myślowy, jakim jest sytuacja pierwotna, ma za zadanie jedynie wskazać racje dla przyjęcia danej koncepcji sprawiedliwości<sup>6</sup>. Rozstrzygnięcia normatywne co prawda pociągają za sobą w sposób nieunikniony pewne twierdzenia o charakterze metafizycznym, ale te ostatnie nie są bynajmniej celem rozumowania przeprowadzonego w sytuacji pierwotnej. W zamierzeniu Rawlowskim nie są także punktem wyjścia – podstawą rozumowania nie jest bowiem jakiś kompletny zespół poglądów na metafizyczną naturę osoby, lecz raczej zestaw możliwie słabych założeń dotyczących usytuowania i racjonalności stron porozumienia.

<sup>4</sup> Charakterystyka stron jest zatem tożsama z ich uczciwym usytuowaniem. Por. np. D. Lyons, *Nature and Soundness of Contract and Coherence Arguments*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, s. 149–150; L.H. Craig, *Contra Contract: A Brief against John Rawls' 'Theory of Justice'*, „Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique” 1975, t. 8, nr 1, s. 64–66. Craig argumentuje, iż owo narzędzie metodologiczne pociąga za sobą sprzeczności nie do rozwiązania. Polegają one na tym, że z jednej strony jednostki są traktowane jako oddzielone i usiłujące zabezpieczyć swój interes, zarazem jednak dochodzą do zasad zabezpieczających dobro wspólne i społeczny charakter ludzkich działań. Nie sądzę, by była to trafna krytyka. Jak wskażę we właściwym momencie, Rawlowskie rozważania na temat wspólnoty funkcjonują na innym poziomie niż sytuacja pierwotna. Ta ostatnia ma tylko dostarczyć sprawiedliwych zasad.

<sup>5</sup> Oznacza to zatem, iż od wielu istotnych kwestii, którymi filozofia polityczna zwykła się zajmować, czyli na przykład, czy rzeczywisty człowiek jest przeważnie egoistą czy altruistą, zupełnie się tu abstrahuje. Wszelkie abstrakcje i idealizacje będące elementem teorii służą wyłonieniu zasad sprawiedliwości, nie zaś opracowaniu jakiegoś rodzaju psychologii filozoficznej czy metafizyki osoby. Rawls co prawda stara się przedstawić swoją koncepcję jako odpowiednią dla dzisiejszych społeczeństw, a zatem zakłada także swego rodzaju „naturę ludzką”, pozostając jednak na dużym poziomie ogólności. Czyni to jednak w części poświęconej stabilności społeczeństwa dobrze urządzonego, a nie przy konstrukcji sytuacji pierwotnej.

<sup>6</sup> Por. O. O'Neill, *The Method of A Theory Justice*, [w:] O. Höffe (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998, s. 29.



Konstrukcja sytuacji, w której zawierana jest hipotetyczna umowa, jest pomyślana tak, by wskazać zasady, które zostałyby wybrane ze względu na samą tylko ich treść, bez odwołania do konkretnie określonych preferencji czy dążeń układających się stron. Rawls pragnie zatem wykazać, iż koncepcję sprawiedliwości jako bezstronności przyjąłby racjonalne i wolne podmioty, pragnące na uczciwych warunkach zabezpieczyć swe interesy (*TS*, § 22). Mówiąc dokładniej, strony traktujemy jako reprezentantów czy powierników (*trustees*) jednostek i stowarzyszeń, które mają kooperować przez całe życia pod rządami zasad (por. *JaF:R*, § 24). Aby przeprowadzić to rozumowanie, Rawls czyni szereg założeń, tak aby wskazać odpowiednie racje natury moralnej, uzasadniające wybór konkretnych reguł kooperacji. Założenia owe wyznaczają tak zwane „uwarunkowania sprawiedliwości” (*circumstances of justice*). Opiszę teraz krótko najważniejsze z nich<sup>7</sup>.

Po pierwsze, zakłada się, iż pomiędzy stronami porozumienia panuje zasadnicza równość władz i mocy (*capacities*), to znaczy żadna z jednostek nie ma dość siły i przewagi, by swobodnie zdominować resztę. Interesy poszczególnych jednostek realizowane są w warunkach umiarkowanego niedoboru zasobów (*moderated scarcity of resources*), czyli w sytuacji, gdzie ilość potrzebnych każdemu dóbr jest co prawda ograniczona, jednak nie na tyle, by spokojne i owocne przedsięwzięcia były niemożliwe<sup>8</sup>. Taka sytuacja wymusza społeczną kooperację, gdyż każdy, o ile chce prowadzić przyzwoite życie, zdany jest na wymianę dóbr i wielowymiarową współpracę z innymi jednostkami. Zakłada się ponadto rozłączność interesów. Oznacza to, iż zawierając porozumienie, powiernicy dbają tylko o bezpośredni interes tych, których reprezentują. Te dwie ostatnie idealizacje zawierają się w pojęciu wzajemnego niezainteresowania czy po prostu konfliktu interesów

---

<sup>7</sup> Jak już wspominałem w rozdziale pierwszym, ideę uwarunkowań sprawiedliwości przejmuję Rawls od Hume’a, zasadniczo podążając za jego opisem (por. D. Hume, *Badania dotyczące zasad moralności*, przeł. A. Hochfeld, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1975, rozdz. III, cz I, s. 19–31). Pamiętać należy, iż Hume był zaciekle krytykiem umowy społecznej, elementu – historycznie biorąc – wigowskiej mitologii politycznej, której był niechętny. Proponował podejście psychologizyczne i naturalistyczne, przeciwstawione racjonalistycznemu (por. T. Tulejski, *Rozum czy uczucia? Ustanowienie porządku społecznego według Davida Hume’a*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński, *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 333–361). Z drugiej jednak strony filozofia Hume’a wpłynęła dodatkowo na rozwój doktryny umowy społecznej, w tym na jej wielkiego luminarza, jakim był Kant. Por. M. Chmieliński, *Umowa społeczna jako idea praktycznego rozumu w koncepcji Immanuela Kanta*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński, *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 172–173. Syntetyczny opis Hume’owskich uwarunkowań sprawiedliwości i ich miejsca w tradycji kontraktualizmu, jak i w doktrynie Rawlsa, daje M.C. Nussbaum (*Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2006, s. 10–14). Szczegółowe różnice pomiędzy Rawlsem a Hume’em podkreśla tu B. Barry, *Theories of Justice*, University of California Press, Berkley–Los Angeles 1989, s. 179–183.

<sup>8</sup> Mówiąc metaforycznie, warunki umiarkowanego niedoboru są czymś pomiędzy krainą obfitości, gdzie nie istnieje potrzeba pracy ani współpracy, a krainą głodu i nędzy, gdzie jest możliwa co najwyżej wegetacja, ale nie przynosząca pomyślność praca.

(*mutual disinterest*)<sup>9</sup>. Nie oznacza to jednak, że strony są pojmowane jako egoiści. Chodzi tu jedynie o wyłączenie ze struktury argumentacji altruistycznej motywacji stron hipotetycznej umowy. Gdyby dopuścić ją do rozumowania, eksperyment straciłby moc moralnego uzasadniania. Opis hipotetycznej zgody ochotników, podejmujących zobowiązania z czystej chęci pomocy innym, byłby opisem zupełnie irrelevantnym, niezdolnym do ugruntowania jakiegokolwiek obowiązku opartego na sprawiedliwości<sup>10</sup>. Zdaniem Rawlsa bowiem ‘sprawiedliwość jest cnotą praktyk, w których występują konkurujące interesy i gdzie ludzie czują się uprawnieni do domagania się od siebie nawzajem swych praw’ (TS, § 22: 199, przykład zmodyfikowany).

Obok założenia wzajemnego niezainteresowania Rawls przyjmuje, iż strony nie są dotknięte zawiścią. Cóż to oznacza? Podmiot kierujący się zawiścią „jest [...] gotowy zaakceptować swą stratę jedynie z tego powodu, że inni także mają mniej”. Natomiast jednostki niezawistnej, nie przygnębia „wiedza, czy spostrzeżenie, że inni mają wyższy indeks podstawowych dóbr społecznych” (TS, § 25: 217–218). Idealizacyjne założenie o braku zawiści w motywacji stron jest niejako drugą stroną założenia o wzajemnym niezainteresowaniu – strony nie tylko nie przyjmą zasad ze względu na dobro innych, lecz także nie przyjmą ani nie odrzucają danych zasad sprawiedliwości tylko ze względu na fakt, że ich wybór pogorszy lub nadmiernie polepszy sytuację innych. Co do zasady niezawistnym stronom nie przeszkadzają także nierówności społeczne, „[a] przynajmniej jest tak, dopóki różnice [...] nie przekraczają pewnych granic, a ona sama [tj. strona umowy – M.R.] nie ma przeświadczenia, że występujące nierówności oparte są na sprawiedliwości albo że wynikają z przyzwolenia na działanie przypadku bez społecznej kompensacji” (TS, § 25: 218).

<sup>9</sup> Ów konflikt interesów nie ma charakteru ekstremalnego. Model sytuacji pierwotnej nie jest modelem atomistycznym *sensu stricto*. Strony umowy nie są bowiem przedstawiane jako osobne jednostki, lecz jako kontynuatorzy (głowy rodzin czy linie genetyczne) lub też jak powiernicy reprezentowanych grup (por. TS, § 25: 221). Jak pisze Rawls, „[m]ożemy przyjąć pewne założenie motywacyjne i uznać strony za reprezentujące ciągle linie roszczeń. Możemy na przykład założyć, że są one głowami rodzin i dlatego pragną zapewnić dobrobyt przynajmniej swoim bezpośrednim potomkom” (TS, § 22: 198). Reprezentanci roszczeń to w sposób oczywisty co innego niż egoistyczne, „zatomizowane” jednostki (zob. O’Neill, *The Method...*, s. 37).

<sup>10</sup> Jest to wyjaśnienie autorstwa Thomasa Pogge, które dobrze tłumaczy intencje Rawlsa (por. T. Pogge, *John Rawls: His Life and Theory of Justice*, z niem. przeł. M. Kosch, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 61–62). Przekonanie, że działanie zgodne z moralnością musi być uzasadniane jako w jakiś sposób zakorzenione w interesie jednostki, pochodzi od Hume’a, co było (krytycznym) punktem wyjścia dla D. Gauthiera. Por. D. Hume, *Badania...*, rozdz. IX, cz. 1, s. 120–132; D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford 1986, s. 1–12. Przypadek Rawlsa jest jednak, jak pamiętamy, przypadkiem dość specyficznym. Z jednej strony jako przedstawiciel modelu sprawiedliwości jako wzajemności nie odrywa on moralnego obowiązku od racjonalnej korzyści, z drugiej jednak – podporządkowuje racjonalną korzyść wymogom rozumności, a zatem wymogom niewrażliwym na społeczne usytuowanie.

Pomimo tego, iż strony nie są w ścisłym sensie egoistami, pojawia się jednak pytanie, co mianowicie zapewnia, że wybór stron koncentruje się na samej treści zasad – i w tym sensie posiada wymiar moralny – skoro wyklucza się altruistyczne (bezpośrednio moralne) pobudki wyboru? Innymi słowy, czym różni się wybór zasad sprawiedliwości dokonany w sytuacji pierwotnej od targu partykularnych interesów? Co wprowadza moralną równość stron i odzwierciedla ich rozumność? Rawls proponuje, aby na wybór zasad nałożyć pewne ograniczenia, które zapewnią, dzięki uczciwemu usytuowaniu układających się stron, odpowiednie warunki deliberacji, osądu i wyboru zasad. Przedstawia je w formie tak zwanej „zasłony niewiedzy”. Polega ona na tym, iż strony:

[n]ie wiedzą, jaki wpływ miałyby różne alternatywy [tzn. różne koncepcje sprawiedliwości – M.R.] w ich konkretnym przypadku, i zmuszone są oceniać zasady wyłącznie na podstawie ogólnych względów. Zakłada się więc, że strony nie posiadają wiedzy o pewnego rodzaju faktach szczegółowych. Przede wszystkim nikt nie zna swego miejsca w społeczeństwie, swej pozycji klasowej czy statusu społecznego; nie wie też, jakimi naturalnymi dyspozycjami i uzdolnieniami obdarzył go los – inteligencją, siłą, itp. Nikt nie zna także swej koncepcji dobra, szczegółów swego planu życia, ani nawet specyficznych cech własnej psychiki, takich jak niechęć do ryzyka czy skłonność do optymizmu albo pesymizmu. Co więcej, zakładam, że stronom nie są znane szczegółowe uwarunkowania dotyczące ich własnego społeczeństwa; nie znają więc jego sytuacji ekonomicznej i politycznej, ani poziomu kultury czy cywilizacji, jaki udało osiągnąć (TS, § 24: 208–209)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Idea zasłony niewiedzy jest bez wątpienia najbardziej znaną i jedną z szerszej komentowanych idei Rawlsowskich. Sam autor sądził, iż jest ona obecna *implicite* u wielu myślicieli, przede wszystkim u Kanta. Nałożenie ograniczeń na informacje w sytuacji wyboru zasad moralnych proponował jeszcze przed Rawlsem John Harsanyi (*Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-taking*, „Journal of Political Economy” 1953, t. 61, nr 5, s. 434–435), choć czynił to nie jako kantysta, lecz utylitarysta. Wielu komentatorów idei zasłony niewiedzy argumentuje, że jest to propozycja niedorzeczna, gdyż niedorzecznym jest rozumowanie o sprawiedliwości bez znajomości relewantnych dla danego przypadku szczegółów (por. np. D.L. Schaeffer, *Justice or Tyranny? A Critique of John Rawls's „A Theory of Justice”*, Kennikat Press, Port Washington, NY, 1979; J. Narveson, *Rawls' Social Contract: Not Really*, [w:] Sh.P. Young (red.), *Reflections on Rawls*, Ashgate, Farnham–Burlington 2009, s. 91–109). Sądzę, iż tego rodzaju krytykę daje się odeprzeć. Słabość argumentacji polega tu na tym, iż traktuje ona sytuację pierwotną jako pełny opis zmysłu sprawiedliwości. Tymczasem, jak już wspominałem, jest to tylko jedno z narzędzi uzasadniania. Refleksyjna równowaga zakłada przecież pełną znajomość własnej sytuacji. Zasady sprawiedliwości nie są przeto substancjalnie związane z zasłoną niewiedzy, która służy jedynie do prezentacji uczciwego usytuowania stron (czyli ich rozumności). Rawls nie jest zatem klasycznym kontraktualistą, ponieważ zasady sprawiedliwości i oparte na nich instytucje „wiążą każdego, niezależnie od jego aktów dobrowolnych, performatywnych czy też innego rodzaju. [...] Jeśli sformułowanie tych zasad nie wskazuje na żadne wiążące działania – konsensualne albo innego rodzaju – które miałyby stanowić warunek wstępny ich stosowania, wówczas mają one zastosowanie bezwarunkowe” (TS, § 19: 180, przekł. zmodyfikowany). Ten aspekt podkreśla Ingeborg Maus w: *Der Urzustand*, [w:] O. Höffe (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, s. 88. Skoro zaś zasłona niewiedzy jedynie wyraża pewne wymogi rozumności, oznacza ona po prostu nic więcej, jak tylko to, że deliberując na temat sprawiedliwości, nie należy kierować się własną sytuacją, lecz względami ogólnymi.

Strony nie są jednak pozbawione wszelkich informacji. Ponieważ głównym celem zasłony niewiedzy jest ich uczciwe usytuowanie, to znaczy oderwanie rozumowania na temat sprawiedliwości od partykularnych pozycji negocjacyjnych, stronom znane są takie fakty, które nie dotyczą partykularnego interesu żadnej z jednostek, grup czy pokoleń i w związku z tym nie zniekształcają moralnego sądu. W sytuacji pierwotnej dopuszczona jest zatem wiedza o najogólniejszych faktach dotyczących społeczeństwa i kooperacji społecznej, takich jak formy społecznej organizacji, prawa ekonomiczne czy mechanizmy ludzkiej psychologii. Przykładowo, strony posiadają wiedzę o fakcie, iż ludzie przeważnie odczuwają potrzebę posiadania na własność jakichś przedmiotów, zapewniających podstawę poczucia bezpieczeństwa i własnej wartości. Nie wiedzą natomiast, jaki konkretnie majątek posiadają ci, których reprezentują, ani nie znają ich rzeczywistego psychologicznego nastawienia do własności czy też pozycji majątku w przyjmowanej przez nich koncepcji dobra. Od tego rodzaju konkretnych stanów faktycznych strony muszą abstrahować, aby wybrać takie zasady, które będą akceptowalne dla każdego w ten sam sposób, na wspólnej podstawie.

Najważniejszym przedmiotem wyboru czy konstrukcji w sytuacji pierwotnej są zasady sprawiedliwości dla publicznych instytucji<sup>12</sup>. Pierwszym przedmiotem sprawiedliwości jest zatem podstawowa struktura społeczeństwa, która ma wyznaczać społeczne tło działań jednostkowych, zabezpieczając swobodę i sprawiedliwość działań kooperacyjnych. Pojawia się jednak pytanie o podstawę porównań między jednostkami. Ponieważ sprawiedliwość społeczna jest po większej części sprawiedliwością rozdzielczą, powstaje pytanie o to, co ma być rozdzielane, czyli co właściwie regulują oparte na sprawiedliwości instytucje. Odpowiedź zawiera się *implicite* już w idei społeczeństwa jako systemu kooperacji. Kooperacja jest nieuniknionym sposobem życia, lecz odbywa się między jednostkami, które mają różne koncepcje dobra. Trudno byłoby więc ustalić wiążące kryteria sprawiedliwości, opierając się wyłącznie na jednostkowych koncepcjach dobra, gdyż te mogą się okazać nieporównywalne<sup>13</sup>. Potrzebna jest zatem jakaś

<sup>12</sup> Pamiętać jednak należy, że w sytuacji pierwotnej konstruowane są także zasady dla jednostek – obowiązki naturalne i zasada rzetelności (*TS*, § 18–19). Są one jednak wyprowadzane w drugiej kolejności, a zatem są w pewnym sensie pochodnymi zasad dla instytucji. Dlatego nie są one szczególnym przedmiotem mojego zainteresowania. Omawiam je w rozdziale 3 w kontekście swobody umów oraz obowiązku przestrzegania prawa.

<sup>13</sup> Szczególnie dobitnie wykazał to R. Dworkin w *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, „*Philosophy & Public Affairs*” 1981, t. 10, nr 3, s. 185–246. Dowiódł (w moim przekonaniu w sposób poprawny i przekonujący), iż ani „dobrobyt”, ani „realizacja preferencji” nie może być przedmiotem porównań międzyjednostkowych na użytek rozważań o sprawiedliwości i to niezależnie od różnorodnych interpretacji, jakie możemy przyjąć dla wyrażenia „dobrobyt”. Ponieważ utilitaryzm zawsze operuje jakimś pojęciem dobrobytu, należy przyjąć iż Dworkin dowiódł pośrednio, iż utilitaryzm nie daje zadowalającej podstawy dla porównań międzyjednostkowych. Do podobnych konkluzji, choć nieco inną drogą, dochodzi A. Sen, *Personal Utilities and Public Judgements: Or What's Wrong With Welfare Economics*, „*The Economic Journal*” 1979, t. 89, nr 355, s. 537–558.

dotatkowa kategoria, która pozwoli osadzić treść zasad sprawiedliwości w jakiejś konkretności, która wszelako pozwalałaby na wspólny punkt widzenia i sensowne międzypersonalne porównania, a przez to konkluzywne rozumowanie praktyczne dotyczące sprawiedliwości. Rawls proponuje w tym miejscu kategorię dóbr pierwotnych (*primary goods*). Są to mianowicie dobra wytwarzane przez społeczną kooperację, które są elementem każdego racjonalnego planu życia, „a więc takie, których każdy racjonalny człowiek z założenia chce; zwykle dobra te są użyteczne niezależnie od racjonalnego planu życia konkretnej jednostki” (*TS*, § 11: 109). Lista dóbr pierwotnych zawsze była traktowana przez Rawlsa jako otwarta i prowizoryczna, ostatecznie zaś przyjmował, iż na dobra pierwotne składają się przede wszystkim: podstawowe prawa i wolności, wolność poruszania się i wyboru zajęcia, władza i stanowiska, dochód i bogactwo, a także społeczna podstawa szacunku dla samego siebie (*LP*, V, § 3.1: 254). Strony umowy pierwotnej traktują właśnie dobra pierwotne jako podstawę porównań międzyjednostkowych i materię, której dystrybucję reguluje struktura podstawowa<sup>14</sup>.

Konstrukcja sytuacji pierwotnej zaprezentowana w *Teorii sprawiedliwości* podlega rewizji w późniejszych pracach Rawlsa. Bodaj najważniejszym elementem tej rewizji jest integralne wpisanie dwu władz moralnych obywateli w strukturę argumentacji sytuacji pierwotnej. W pierwszej wersji argumentacji, pomimo ograniczeń nałożonych przez zasłonę niewiedzy, nie było dostatecznie jasne, w jaki sposób wybór racjonalnych stron wykracza poza realizację ich własnych dążeń<sup>15</sup>. W istocie porozumienie stron z *Teorii sprawiedliwości* może, w obliczu niedomagań jej kantowskiej interpretacji<sup>16</sup> niewiele różnić się od targu i kom-

<sup>14</sup> Kategoria dóbr pierwotnych była (podobnie jak idea zasłony niewiedzy) przedmiotem gorących polemik i sporów. Głównymi oponentami Rawlsa byli w tej materii inni liberalni egalitaryści, jak R. Dworkin (proponujący koncepcję równości zasobów) czy M. Nussbaum i A. Sen (rozwijający teorię podstawowych zdolności, ang. *capabilities approach*). Najważniejsze teksty z tej wielowątkowej dyskusji to: R. Dworkin, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, „Philosophy & Public Affairs” 1981, t. 10, nr 4, s. 283–345; A. Sen, *Rozwój i wolność*, przeł. J. Łoziński, Zysk i S-ka, Poznań 2002; M. Nussbaum, *Frontiers...*; N. Daniels, *Equality of What: Welfare, Resources, or Capabilities?*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1990, t. 50, s. 273–296. Rawlowski ujęcie dóbr pierwotnych krytykowano także z pozycji konserwatywnych (J. Kekes, *Against Liberalism*, Cornell University Press, Ithaca–London 1997, s. 106–108) czy komunitariańskich (M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 1982, s. 167–168).

<sup>15</sup> W ten punkt uderzył szczególnie mocno Brian Barry, zarzucając Rawlsowi, iż chce dokonać niemożliwego, to znaczy znaleźć narzędzie, które pozwoli przetransformować same tylko racjonalne preferencje stron w zasady, które mają być od tych preferencji niezależne. Tym samym podawał w wątpliwość różnicę między sprawiedliwością jako bezstronnością a utylitaryzmem (por. B. Barry, *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford 1973, s. 22–25).

<sup>16</sup> Autor *Teorii sprawiedliwości* twierdził, iż jego teoria moralna jest pewną proceduralną wersją doktryny moralnej Kanta. Tak zwanej „kantowskiej interpretacji” sprawiedliwości jako bezstronności poświęcił słynny paragraf 40 swego *opus magnum*. Owa interpretacja została jednak dość powszechnie odrzucona przez komentatorów. O brakach autorskiej interpretacji Rawlsa piszą



promisu interesów, rodem z hobbesowskiego *Lewiatana*<sup>17</sup>. Inaczej przedstawia się sytuacja pierwotna w *Liberalizmie Politycznym* i *Justice as Fairness: A Restatement*, gdzie strony hipotetycznego porozumienia przedstawiane są jako reprezentanci wolnych i równych obywateli posiadających władze rozumności i racjonalności. Głównym zadaniem stron umowy pierwotnej jest zatem nie tyle zabezpieczenie swego własnego interesu, ile raczej należyta troska o interes tych, których reprezentują<sup>18</sup>. Strony wiedzą, iż obywatelom przysługują władze rozumności i racjonalności, co umożliwiła społeczną kooperację trwającą przez całe życie, a to nie tylko determinuje wybór zasad, lecz także nadaje temu wyborowi moralny charakter. Co szczególnie warto podkreślić, Rawlsowski kontraktualizm nie jest przeto kontraktualizmem moralnym, to znaczy mającym za zadanie wyprowadzić pojęcia moralne z jakichś bardziej pierwotnych, przed-moralnych kategorii<sup>19</sup>. Nie można w ten sposób interpretować sytuacji pierwotnej, ponieważ (przynajmniej w jej dojrzałej wersji) w samą jej konstrukcję są już wpisane pewne pojęcia, posiadające same w sobie charakter kategorii moralnych. W późnej filozofii Rawlsa nie ma wątpliwości, iż sytuacja pierwotna nie jest w żadnym razie „moralnie neutralna”<sup>20</sup>. Strony są co prawda nadal przedstawiane jako racjonalne, a ich wybór jest uznany za sprawiedliwy tylko na podstawie zastosowania danej procedury wyboru (jest to tzw. czysta sprawiedliwość proceduralna). Co jednak podkreśla późny Rawls, w sytuacji pierwotnej obecna jest także rozumność, która „jest reprezentowana przez różne ograniczenia, którym strony podlegają w sytuacji pierwotnej, oraz przez warunki nałożone na ich porozumienie” (*LP*, VIII, § 4: 410). Ograniczeń dla wyboru stron dostarczają także racjonalność i rozumność jako władze obywateli, którzy mają kooperować pod rządami wybranych w sytuacji pierwotnej zasad. Racjonalność, co podkreślałem w poprzednim rozdziale, nie jest zdolnością wyłącznie techniczną, służącą realizacji celów „zadanych” przez jakieś zewnętrzne względem rozumu czynniki. Przeciwnie, jest to władza posiadania, rewidowania i realizowania koncepcji dobra, a zatem także moralnego wyboru i wyważenia celów. Rozumność natomiast nakłada konieczne ograniczenia na koncepcje dobra i pozwala na wskazanie uczciwych warunków społecznej kooperacji, pod którymi może odbywać się realizacja różnych koncepcji dobra i które są godne przestrzegania ze względu na nie same.

---

przede wszystkim H.G. von Manz, *Fairneß und Vernunftrecht*, Georg Olms Verlag, Hildesheim–Zürich–New York 1992, s. 39–49; T. Pogge, *The Kantian Interpretation of Justice as Fairness*, „Zeitschrift für philosophische Forschung” 1981, t. 35, nr 1, s. 47–65; A. Levine, *Rawls’ Kantianism*, „Social Theory and Practice” 1974, t. 3, nr 1, s. 47–63.

<sup>17</sup> Por. O. Höffe, *Ethik und Politik: Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979, s. 220.

<sup>18</sup> Por. B. Barry, *Theories of Justice...*, s. 337.

<sup>19</sup> Taki cel przyświecał autorom reprezentującym model sprawiedliwości jako korzyści wzajemnej, czyli np. wspomnianemu już D. Gauthierowi.

<sup>20</sup> Por. *Fairness to Goodness*, s. 270.



Pomimo generalnej niewiedzy co do partykularnych interesów, strony zakładają, że niezależnie od konkretnej koncepcji dobra i wyznawanej doktryny, każdy kieruje się interesem wyższego rzędu (*higher-order interest*), co musi być wzięte pod uwagę podczas wyboru zasad. Mianowicie, skoro każdy posiada władze rozumności i racjonalności, posiada też odpowiadające im interesy wyższego rzędu, aby owe władze kultywować (*LP*, II, § 5.2). Ponadto Rawls wyróżnia trzeci interes wyższego rzędu, jakim jest rozwój i realizacja własnej koncepcji dobra, niezależnie od jej konkretnej treści (*ibidem*). Koncepcja interesów wyższego rzędu posiada zatem wymiar transcendentálny<sup>21</sup> i stanowi nowe ugruntowanie zasad sprawiedliwości<sup>22</sup>.

Bez wątplenia owe modyfikacje nie naruszają zasadniczego pomysłu i strategii uzasadniania koncepcji sprawiedliwości. Argument na rzecz zasad sprawiedliwości pozostaje ostatecznie tej samej natury – strony nadal nie znają poszczególnych koncepcji dobra ani naturalnego uposażenia tych, których reprezentują. Nie są im znane takie szczegóły, jak pozycja klasowa, fizyczne czy psychiczne uwarunkowania poszczególnych obywateli. Tak samo jak w pierwszej wersji sytuacji pierwotnej, nie znają szczegółów dotyczących ich własnego społeczeństwa<sup>23</sup>. Nie mogą zatem wyprowadzać obowiązującej mocy zasad z konkretnych pozycji negocjacyjnych, które zajmują, czy też z jakiejś szczególnej sytuacji ich własnego społeczeństwa, lecz muszą kierować się faktami ogólnymi. Pewne aspekty zasłony niewiedzy są podkreślane w większym stopniu niż w pierwotnej wersji z *TS*. Mianowicie, jak zakłada Rawls, w późnej wersji swojego eksperymentu myślowego, układające się strony nie znają rozległych doktryn, które wyznają. Wiedzą natomiast, iż doktryn takich funkcjonuje w społeczeństwie wiele – ze względu na naturalne ograniczenia rozumu ludzie nigdy nie osiągną jedności w najważniejszych dla siebie sprawach moralności czy metafizycznego oglądu świata. Ponieważ rozległe doktryny służą za podstawę formowania i rewizji każdej koncepcji dobra, strony muszą poszukiwać podstawy publicznego konsensu tych doktryn, rezygnując tym samym z poszukiwania, w ramach publicznej koncepcji sprawiedliwości, doktryny najbliższej prawdy i mającej funkcjonować jako podzielana przez wszystkich, wspólna podstawa społecznej kooperacji oparta na idei kolektywnej koncepcji dobra.

<sup>21</sup> Pisząc o „transcendentálnym” charakterze tego ugruntowania sprawiedliwości jako bezstronności mam na myśli to, iż nie odwołuje się ono do aktualnych możliwości, zdolności czy dobrobytu, lecz do transcendentálnych interesów wyższego rzędu.

<sup>22</sup> O zasadności przyjęcia interesów wyższego rzędu (w kontekście ich znaczenia dla ugruntowania priorytetu równych podstawowych wolności) pisze przenikliwie W. Hirsch (*Gerechtfertigte Ungleichheiten*, Walter de Gruyter, Berlin–New York 2002, s. 35–38).

<sup>23</sup> Przechodząc od teorii moralnej do filozofii politycznego liberalizmu, Rawls starał się powiązać zasady z konkretnymi społeczeństwami, w szczególności z najbliższym mu społeczeństwem amerykańskim (por. Z. Rau, *Liberalizm. Zarys myśli politycznej XIX i XX wieku*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2000, s. 168–172).

Podsumowując, sytuacja pierwotna ma za zadanie odzwierciedlać bezstronny i uczciwy punkt widzenia; punkt widzenia publicznej moralności regulującej kooperację, którego główną cechą jest równość deliberujących stron – kierujących się wzajemnym szacunkiem względem siebie, reprezentantów wolnych i równych obywateli. Sytuacja pierwotna nie odzwierciedla zatem sytuacji rzeczywistych jednostek wraz z szeroką gamą uczuć moralnych, motywów postępowania czy decyzji. Jak trafnie podkreśla Freeman, „Rawls pisze, że sytuacja pierwotna ‘reprezentuje’ czy ‘modeluje’ wolne i równe osoby, czy też ‘wskazuje’ ich charakterystyki. Być może najbardziej intuicyjnym jest spojrzeć na sytuację pierwotną jako na narzędzie, które wskazuje (‘modeluje’) to, co uważamy za akceptowalne ograniczenia co do racji [przyjmowane] w argumentowaniu za danymi zasadami sprawiedliwości dla struktury podstawowej”<sup>24</sup>. Modelem wyboru zasad w sytuacji pierwotnej są zatem nie tyle negocjacje co do realizacji partykularnych interesów, co publiczne rozumowanie mające na celu osiągnięcie porozumienia co do słusznych zasad kooperacji. Ze względu na założenie, iż każda ze stron obowiązują te same daleko idące ograniczenia, wybór stron jest jednomyślny. I chociaż każda ze stron dysponuje prawem weta, to sprzeciw może być oparty wyłącznie na racjach moralnych, które dopuszcza zasłona niewiedzy, nie zaś na jednostkowej koncepcji dobra czy partykularnej pozycji społecznej. Prowadzi to do paradoksalnej sytuacji, gdzie wybór, będący wszak wynikiem pewnej deliberacji i zawartej w jej rezultacie umowy, jest wyborem dowolnej jednostki wybranej losowo. Jak pisze Rawls, „jasne jest, że skoro różnice między stronami są im nieznane, a każda jest równie racjonalna i podobnie sytuowana, to każdą przekonują te same argumenty. [...]. Jeśli ktokolwiek po należyтым zastanowieniu preferuje pewną koncepcję sprawiedliwości względem drugiej, to czynią tak wszyscy, i można osiągnąć jednomyślną zgodę” (*TS*, § 24: 212). Rawls podkreśla zatem, iż wybór zasad nie polega na serii niezależnych, poszczególnych wyborów jednostkowych (z jakim mamy do czynienia podczas wyboru strategii działania w teorii gier), lecz na wspólnej zgodzie opartej na wspólnej podstawie (*JaF:R*, § 29.3: 102). Oznacza to, że zasady muszą być wybrane tak, jak gdyby miały obowiązywać „po wsze czasy” i można było się rozumnie spodziewać, że będą przestrzegane dla nich samych z pokolenia na pokolenie (*ibidem*). Stąd też wpływa doniosłość roli dóbr podstawowych, które wyznaczają przestrzeń realizacji różnorodnych i zmieniających się w czasie koncepcji dobra jako uniwersalne środki do realizacji obieranych w sposób zasadniczo arbitralny celów.

Czy postulowana jednomyślność wyboru oznacza, że sytuacja pierwotna dopuszcza tylko jedną koncepcję sprawiedliwości jako publiczną podstawę kooperacji? Prawdopodobnie Rawls twierdził tak, pisząc *Teorię sprawiedliwości*. Trzeba jednak podkreślić, że koncepcja sprawiedliwości jako bezstronności nie wynika

---

<sup>24</sup> S. Freeman, *Rawls*, Routhledge, London and New York 2007, s. 143. Por. także *JaF:R*, § 6.3: 16.

dedukcyjnie z warunków sytuacji pierwotnej. Te ostatnie konstytuują jedynie otoczenie, w którym przebiega zawarcie umowy, lecz konkretna jej treść wymaga przeprowadzenia dalszego rozumowania. Należy przeto wskazać argumenty, które w warunkach sytuacji pierwotnej przekonują strony do przyjęcia danych zasad wraz z racjonalną gwarancją, że będą przestrzegane (*TS*, § 29: 262). W tym miejscu nie będziemy się zajmowali rozumowaniem prowadzącym do dwóch zasad sprawiedliwości. Zaprezentuję je zwięźle w kolejnym podrozdziale z omówieniem treści zasad. Warto jednak już w tym miejscu podkreślić, że namysł nad politycznym liberalizmem i rozumem publicznym nakłonił Rawlsa do pewnej modyfikacji radykalnego stanowiska, w myśl którego jedynie sprawiedliwość jako bezstronność (czyli Rawlsowskie dwie zasady sprawiedliwości) mogłaby być wybrana przez strony porozumienia pierwotnego. Zanim jednak poznamy koncepcję sprawiedliwości jako bezstronności oraz argumentację na ich rzecz, przyjrzyjmy się możliwemu zastosowaniu eksperymentu sytuacji pierwotnej do prawoznawstwa.

## B. Sytuacja pierwotna jako źródło formalnych warunków dla prawa

Usytuowanie osób w sytuacji pierwotnej odzwierciedla zdaniem Rawlsa pewne formalne warunki nałożone na pojęcie słuszności (*TS*, § 23: 200). Ponieważ pojęcie słuszności jest pojęciem nadrzędnym w stosunku do pojęcia sprawiedliwości, owe warunki determinują także pojęcie sprawiedliwości. Nie pociągają one jednak za sobą wyboru jakiejś treściowo określonej koncepcji, lecz wskazują, jakie minimalne warunki *a priori* musi spełnić dowolna koncepcja sprawiedliwości, by w ogóle mogła przedstawiać roszczenie do słuszności i być uzasadniona jako koncepcja moralna.

Jak przekonuje Rawls w *TS*, owe formalne warunki obowiązują dla wszystkich zasad etycznych, nie tylko zasad sprawiedliwości (*ibidem*). I choć zastosowanie omówionych tu warunków formalnych do wszelkich zasad etycznych musiałoby się (także zdaniem późnego Rawlsa) zakończyć fiaskiem<sup>25</sup>, to wykazanie ich obowiązywania dla zasad prawnych jest moim zdaniem możliwe i pozwoli uczynić pierwszy krok w ukazaniu integralnego związku sprawiedliwości z prawem, tutaj na poziomie analityki pojęć. U podstaw mojej argumentacji leży przekonanie wyrażone w rozdziale pierwszym, iż prawo pełni tę samą funkcję, co sprawiedliwość, jeżeli tę ostatnią rozumieć na sposób Rawlsowski. Sprawiedliwość rozsądza bowiem skonfliktowane roszczenia, funkcjonując jako ostateczny, wspólny punkt odniesienia i trybunał rozjemczy społeczeństwa, przez co w prak-

<sup>25</sup> Z perspektywy późnego Rawlsa próba sprowadzenia wszystkich zasad moralnych do tych samych warunków formalnych jest nie tylko niepotrzebna, ale także nielegitymowana. Rozległe doktryny, które wyznaczają całościowy etyczny obraz świata, są tu niezależne od zasad sprawiedliwości dla struktury podstawowej.

tyce proces ten musi być osadzony w procedurach prawnych. O ile więc sprawiedliwość jest pojęciem moralnym, o tyle prawo jest, oczywiście w pewnym metaforycznym sensie, szczególnym rodzajem publicznej moralności. Kiedy mamy do czynienia z przeciwstawnymi roszczeniami do dóbr podstawowych, stoimy przed problemem moralnym, który jest zarazem problemem prawnym. Na przykład, gdy zastanawiamy się, czy jakaś wypowiedź przekracza wolność słowa, stoimy przed skonfliktowanymi roszczeniami. Z jednej strony mamy prawo do swobodnej wypowiedzi, z drugiej, na przykład, prawo do czci osobistej. W tej sytuacji, choć problem jest rozważany na gruncie instytucjonalnym, satysfakcjonujące rozstrzygnięcie prawne musi być zarazem satysfakcjonujące moralnie. Na tym polega moralna natura prawa. Są to jednak zaledwie mgliste intuicje. Jeżeli natomiast uda się wykazać, że zasady prawne podlegają warunkom formalnym nałożonym na pojęcie słuszności, ukaże się nie tylko moralny fundament prawa, ale także jego moralna natura. Intuicyjne przekonanie uzyska wyjaśnienie teoretyczne o charakterze eksplikacji<sup>26</sup>. Przyjrzyjmy się zatem warunkom słuszności opisanym przez Rawlsa w *Teorii sprawiedliwości* (§ 23: 200–208), uwzględniając ewentualne modyfikacje w *Justice as Fairness: A Restatement* (*JaF:R*, § 25).

Pierwszym warunkiem nałożonym na zasady jest ogólność. W myśl ograniczeń formalnych ogólności zasady muszą być „możliwe do sformułowania bez użycia czegoś, co intuicyjnie zostałoby uznane za nazwy własne albo pozorne deskrypcje określone (*rigged definite descriptions*)” (*TS*, § 23: 201). Warunek wydaje się dość oczywisty ze względu na ograniczenia nałożone przez zasłonę niewiedzy. Skoro strony umowy nie mogą identyfikować samych siebie ani innych jako określonych indywidualów, nie mogą rozumnie proponować zasad wskazujących wprost określone indywidualne osoby czy stowarzyszenia. Ogólność stanowi wymóg formalny także z tej racji, że zasady mają być wybrane jako służące społeczeństwu dobrze urządzonemu „po wsze czasy” (*in perpetuity*). Ich roszczenie do obowiązywania jest zatem takie samo dla każdego pokolenia, a wskazywanie na określone indywidua wyklucza możliwość takiego ich zastosowania.

Rawls zdaje sobie sprawę, iż odróżnienie zasad ogólnych od indywidualnych może niekiedy sprawiać trudności<sup>27</sup>. Uznaje jednak, iż intuicyjne rozumienie wyrażenia „ogólny” jest dla jego potrzeb wystarczające i nie trzeba angażować się w spory z zakresu ontologii czy semantyki. Na przykład zasada, w myśl której „wszelkie społeczne nierówności mają być tak ułożone, by maksymalnie poprawiać sytuację społeczną Johna Rawlsa” musi zostać na mocy intuicji odrzucona jako niespełniająca wymogu ogólności. Podobnie byłoby z egoizmem w pierwszej osobie, wyznającym zasadę „wszystko, co korzystne dla mnie, jest słuszne”.

<sup>26</sup> Więcej na temat pojęcia eksplikacji zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć i definiowanie w naukach humanistycznych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1978, s. 145–180.

<sup>27</sup> Por. np. W.V.O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press, New York 1969, s. 114–138.

Z całą pewnością zatem zastosowanie w treści nazw indywidualnych, by użyć terminologii Ziemińskiego<sup>28</sup>, nie jest dozwolone. Gdy chodzi o nazwy generalne, sytuacja jest mniej oczywista, a to ze względu na fakt, iż mogą one stanowić deskrypcję określoną<sup>29</sup> lub nie. Można przyjąć, iż zasady będą ogólne, gdy nie będą zawierały nazw pozwalających zidentyfikować dany obiekt jako „ten oto”, lecz będą się odnosiły to pewnej klasy „takich oto” obiektów. Dodajmy, iż wymóg ogólności jest spełniony także i wtedy, gdy taki obiekt jest tylko jeden, oczywiście pod warunkiem, że nie jest wskazywany jako „ten oto”.

Warunek ogólności jest zdaniem Rawlsa ściśle połączony z drugim warunkiem, „uniwersalności w zastosowaniu”, choć ten ostatni pozostaje wymogiem odrębnym. Tradycyjnie wymóg uniwersalności głosi, iż zasady winny obowiązywać wszystkich w ten sam sposób, z tytułu bycia osobą moralną czy też istotą rozumną. W takiej też formie występuje on w *Teorii sprawiedliwości* (TS, § 23: 202). Z powodów dostatecznie już wyjaśnionych w tej dysertacji, Rawls w późniejszych pracach modyfikuje ów wymóg, gdzie zasada uniwersalna ma jednak obowiązywać nie wszystkie rozumne podmioty moralności, lecz wszystkich obywateli społeczeństwa, którego strukturę podstawową ma regulować (*JaF:R*, § 25.1: 86). Jak już pisałem w rozdziale pierwszym, takie postawienie sprawy osłabia moc normatywną zasad, które mogą być zinterpretowane nie jako uniwersalne zasady rozumu praktycznego, lecz jako swoista dla społeczeństwa danego rodzaju forma politycznego współżycia. Wbrew pozorom jednak, zasadniczy charakter tego wymogu formalnego pozostaje niezmienny; warunek uniwersalności jest spełniony wtedy i tylko wtedy, gdy zasady mogą być efektywnie i bez wnikania się w sprzeczności stosowane w ten sam sposób do każdego kooperującego pod ich rządami. Nie mogą one być zatem pomyślane jako reguły obowiązujące tylko część członków danego społeczeństwa, na przykład tylko wysokich, czarnoskórych mężczyzn. Takie zasady byłyby ogólne, lecz nie uniwersalne w zastosowaniu. Uściślijmy, iż wymóg uniwersalności nie oznacza, że zasady sprawiedliwości nie mogą wprowadzać żadnych rozróżnień między obywatelami czy też kreować różnorodnych, swoistych dla jednostkowych sytuacji, obowiązków lub zobowiązań. Wymóg uniwersalności oznacza tylko tyle, aby zasady obowiązywały każdego tak samo i oceniane były w świetle antycypowanego stosowania ich przez każdego<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Por. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1974, s. 28–29.

<sup>29</sup> Upraszczając, można powiedzieć, iż deskrypcja określona to taka deskrypcja, która pozwala wskazać konkretny i indywidualny desygnat. Na przykład, podczas gdy nazwa „najwyższy szczyt Ziemi” jest nazwą generalną, która stanowi zarazem deskrypcję określoną, to nazwa „łysy mężczyzna” jest nazwą generalną, lecz nie jest deskrypcją określoną, ponieważ desygnat tej nazwy nie jest przedmiotem indywidualnym, lecz pewnym zbiorem.

<sup>30</sup> Przykładem reguły nieuniwersalnej (choć doskonale ogólnej) jest choćby przyznanie godności honorowej tylko ludziom wykształconym. Sprowadza się to do zastosowania zasady nienaru-

Ze względu na szczególną rolę i priorytet słuszności, połączone warunki ogólności i uniwersalności nie są wystarczające – uzupełnia je przede wszystkim warunek publiczności (*publicity*), a także warunki: ostateczności oraz zdolności do uporządkowania skonfliktowanych roszczeń. Publiczność (czy też publiczna jawność) dodaje do warunków ogólności i uniwersalności bardzo istotny aspekt, który wydaje się, zdaniem Rawlsa, szczególnie odpowiedni w przypadku koncepcji politycznych, mających regulować strukturę podstawową społeczeństwa (*JaF:R*, § 25.1: 86). Zasady mają być mianowicie wybierane jako jawne i publiczne, czyli z n a n e wszystkim członkom społeczeństwa oraz przez nich u z n a n e; spójne z ich zmysłem sprawiedliwości i traktowane jako ich własna „moralna konstytucja” (*TS*, § 23: 204).

Niesie to za sobą daleko idące konsekwencje – wyklucza się tu mianowicie nieświadome przestrzeganie zasad sprawiedliwości, a także nie dopuszcza się ich ezoterycznego charakteru. Pierwszy z wymienionych aspektów stanie się jasny, gdy skontrastujemy go choćby ze stanowiskiem Adama Smitha czy J.S. Millla. Ten ostatni uznawał zasadę użyteczności za naczelne pryncypium moralności oraz główne kryterium oceny moralnej życia społecznego. Niemniej jednak w Millowskiej wizji moralności zasada użyteczności nie musi być zasadą publicznie znaną i uznaną. Wystarczy, że każdy z osobna w sposób nieskrępowany dąży do realizacji własnych poszczególnych celów, „znajdując szczęście po drodze”, gdyż tym samym przyczynia się on, w sposób nieświadomy, do wzrostu społecznej sumy szczęścia<sup>31</sup>. Podobnie, choć w kategoriach ekonomicznych, rozumował Adam Smith, argumentując, iż o bogactwie narodów stanowi suma indywidualnych dążeń do pożytku własnego, bez potrzeby oglądania się na ogólnospołeczne konsekwencje każdego poszczególnego dążenia z osobna<sup>32</sup>. Zasada użyteczności, podobnie jak zasada efektywności ekonomicznej, jest zatem pomyślana jako możliwa do przestrzegania także w sposób nieświadomy. Chociaż jej treść nie byłaby publicznie znana i uznawana za normatywną podstawę społeczeństwa, można byłoby powiedzieć, że „obowiązuje”, a przynajmniej efektywnie reguluje życie społeczne. Innymi słowy, publiczne uznanie nic nie dodaje do jej treści i nie jest konieczne do empirycznego stwierdzenia jej „obowiązywania”, które staje się tożsame z pewnymi empirycznymi prawidłowościami zachowań ludzi. Tymczasem warunek publiczności jednoznacznie wyklucza takie ujęcie zasad słuszności. Choć byłyby one ogólne i uniwersalne w zastosowaniu, muszą być zarazem pomyślane jako powszechnie znane i uznawane, a zatem przestrzegane ze

---

szalności czci tylko do niektórych podmiotów. Prowadzi zaś do stwierdzenia, że nie można naruszyć godności honorowej człowieka niewykształconego, gdyż nie posiada on jej w tym samym sensie, w jakim ktoś wykształcony.

<sup>31</sup> Por. Z. Rau, *Liberalizm...*, s. 71.

<sup>32</sup> Por. A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. 1, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, ks. I, rozdz. 2, przeł. S. Wolff, O. Einfeld, s. 19–23.



świadomością ich obowiązywania. Publiczna jawność determinuje ich treść, ale także pojęcie ich obowiązywania.

Mówiąc jeszcze inaczej – warunek publiczności jest tożsamy z zakazem ezoterycznego charakteru zasad. Aby wyjaśnić to pojęcie, należy skontrastować podejście Rawlsa z utilitaryzmem, lecz nie w wersji Milla, a Henry Sidgwicka. Sidgwick jest znany z obrony moralności ezoterycznej, czyli działań dokonywanych według maksym *ab initio* pomyślanych jako utajone. Pisze on:

Zgodnie z zasadami utilitaryzmu, czynienie lub prywatne zachęcanie do pewnych czynów może być, pod pewnymi warunkami, słuszne, choć nie byłoby słuszne bronić tego otwarcie; [...] można czynić pewne rzeczy jako słuszne, jeśli tylko można utrzymać tajemnicę, a które byłyby niesłusznymi, gdyby uczynić je na oczach całego świata; a nawet, jeżeli doskonała tajemnica może być utrzymana, [można słusznie uczynić coś], do czego nie należałoby zachęcać nawet prywatną radą czy przykładem<sup>33</sup>.

Przyjmowany przez Rawlsa warunek publiczności, podobnie zresztą jak warunek uniwersalności, nie pozwala na potraktowanie ezoterycznych maksym działania jako zasad słuszności. Maksyma, która nie może być przedstawiona jako znana audytorium uniwersalnemu, czy chociaż wszystkim, na których dane działanie w jakikolwiek sposób wpływa, będzie być może użyteczna, lecz nie może przedstawiać roszczenia do słuszności.

Przyjmując warunek publicznej jawności, Rawls wyłamuje się zatem z tradycji anglosaskiej, wyraźnie przyjmując stanowisko idealistyczne w duchu Kanta. Idea publiczności jest zdaniem Rawlsa *implicite* zawarta w Kantowskiej idei powszechnego prawodawstwa praktycznego rozumu (*TS*, § 23: 203). Taką interpretację może wspierać choćby Kantowska nauka o fakcie rozumu (*Factum der Vernunft*), gdzie Kant stara się pokazać, iż podstawowe zasady moralności są znane każdemu, nawet najpospolitszemu intelektowi, stanowiąc właśnie „konstytucję moralną” każdego człowieka<sup>34</sup>. Niemniej jednak twierdzenie, że da się we wczesnych krytycznych pismach Kanta odróżnić warunek publicznej jawności od wymogu uniwersalności, wydaje się kontrowersyjne. Bez wątplenia jest tak natomiast w jego filozofii politycznej. W dziele *Do wiecznego pokoju* Kant wprost odwołuje się do tego pojęcia, pisząc: „Wszystkie czyny, odnoszące się do praw innych ludzi, których maksyma nie daje się pogodzić z jawnością, są niesłuszne”<sup>35</sup>. Ponadto wydaje się, iż pojęcie kontraktu źródłowego (*der ursprüngliche Kontrakt*), znane z *Metafizyki moralności*, nakłada na warunki obywatelskiego

<sup>33</sup> H. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, Macmillan and Co., 5th ed., London 1893, s. 478.

<sup>34</sup> Por. I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, przeł. B. Bornstein, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2002, s. 46–56 [AA V: 29–42]. Por. O. O’Neill, *Autonomy and the Fact of Reason in ‘Kritik der Praktischen Vernunft’*, [w:] O. Höffe (red.), *Kritik der Praktischen Vernunft*, Klassiker Auslegen, Akademie Verlag, Berlin 2002, s. 81–98.

<sup>35</sup> I. Kant, *Do wiecznego pokoju*, [w:] idem, *O porządku. Do wiecznego pokoju*, przeł. M. Żelazny, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 90 [AA VIII: 381].

stowarzyszenia tego samego rodzaju wymóg, wyrażony tylko nieco innym językiem. Jak trafnie podkreśla Arthur Ripstein, „zdaniem Kanta państwo nie może ustanowić prawa, którego [wymogów] lud nie mógłby nałożyć sam na siebie”<sup>36</sup>. Wszelkie obowiązki nałożone przez państwo muszą być w myśl tej doktryny nałożone w drodze stanowienia „prawa publicznego”, czyli prawa opartego na normatywnej idei kontraktu źródłowego, nie zaś za pomocą dowolnych instrumentów kontroli społecznej. Kant żąda zatem od prawa publicznego pełnej jawności i uzasadnienia w kategoriach publicznej umowy obywatelskiej. Przyjmując warunek publiczności za szczególnie naturalny w przypadku zasad dla struktury podstawowej, Rawls okazuje się wiernym uczniem Kanta.

W tym miejscu dochodzimy do punktu, w którym mogę jasno wyartykułować tezę niniejszego podrozdziału. W obliczu zaprezentowanych wyżej warunków ogólności, uniwersalności w zastosowaniu i publicznej jawności, z łatwością można wykazać, że konstrukcja sytuacji pierwotnej dostarcza normatywnych standardów dla prawa (które są oczywiście także ponadpozytywne). Jeżeli prawo będziemy postrzegać zgodnie z duchem potrzeby prawa opisanej w pierwszym rozdziale, okaże się, iż podlega ono tym samym warunkom formalnym, które obowiązują dla zasad sprawiedliwości. Prawo, które ma pełnić rolę publicznie uznawanej podstawy społecznej kooperacji oraz pełnić funkcję „wymiaru sprawiedliwości”, czyli rozsądzania wzajemnie przeciwstawnych roszczeń, musi bez wątplenia spełniać opisane wyżej minimalne warunki, przynajmniej o tyle, o ile dotyczy właśnie spraw związanych z kooperacją i dobrami podstawowymi. Jeśli sprawy te nie stanowią większości, to z pewnością są grupą spraw szczególnej wagi.

Reguły prawne, niezależnie od konkretnej materii prawodawstwa czy też niezależnie od treści konkretnego sporu prawnego, muszą być ogólne, uniwersalne w zastosowaniu oraz mieć publiczny charakter. Pozostałe warunki formalne, czyli ostateczność i zdolność do uporządkowania skonfliktowanych roszczeń, jedynie wzmacniają tę konkluzję. Tak sprawiedliwość, jak i oparte na niej prawo muszą być ostateczne, gdyż w przeciwnym razie nie spełniałyby swojej funkcji. Dla stron w sytuacji pierwotnej nie istnieje instancja wyższa niż sprawiedliwość, przez co próba sił, zwyczaj czy losowanie muszą podporządkować się wyrokowi sprawiedliwości. Jak wprost pisze Rawls, sprawiedliwości musi się podporządkować także prawo (*TS*, § 23: 206). Jednak w rzeczywistości społecznej to właśnie prawo, mające swój transcendentalny fundament w sprawiedliwości, musi być postrzegane jako ostateczne. Podkreślam, iż chodzi tu o rozumowanie praktyczne nie na etapie wyboru zasad w sytuacji pierwotnej (gdzie ostateczne są zasady sprawiedliwości), lecz na etapie praktyki społecznej. Jeśli wyrok sądu można by usunąć siłą, oczywiście trudno byłoby przyznać, że prawo w jakikolwiek sposób obowiązuje. Ostateczność prawa na płaszczyźnie praktyki oznacza jednak coś

---

<sup>36</sup> A. Ripstein, *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2009, s. 183.

więcej – ostateczność prawa. Gdyby uznać, że abstrakcyjne reguły sprawiedliwości pozwalają każdemu na nieprzestrzeganie prawa w dowolnych sytuacjach, zagrożona byłaby także, paradoksalnie, sama sprawiedliwość. Aby efektywnie wykonywać swą podstawową funkcję, prawo musi więc w normalnych warunkach praktyki społecznej pełnić rolę ostatecznego systemu normatywnego. Uprawnione nieprzestrzeganie prawa ze względu na jego zgodność ze sprawiedliwością jest możliwe, lecz pod ściśle określonymi warunkami. Do tej ostatniej kwestii powracam w rozdziale ostatnim. Na koniec należy dodać, iż zarówno sprawiedliwość, jak i prawo muszą być zdolne do uporządkowania przeciwstawnych roszczeń; określone stany rzeczy muszą móc być na ich podstawie uszeregowane pod względem stopnia sprawiedliwości.

Dokonane w ten sposób fundamentalne powiązanie sprawiedliwości i prawa pozwoli w dalszych etapach dociekań zrekonstruować zasady sprawiedliwości jako zasady prawne. Pojęcie sytuacji pierwotnej stanowi bowiem u Rawlsa probierz dla prawa, podobnie jak pojęcia kontraktu źródłowego i prawa publicznego stanowią taki probierz u Kanta<sup>37</sup>. Na możliwość takiej rekonstrukcji (i tym samym powiązanie obu myślicieli) wskazuje słusznie Hans Georg von Manz, pisząc:

Zgodnie z interpretacją prawniczą można postrzegać sytuację pierwotną jak metodę poszukiwania zasad sprawiedliwości, które wyznaczają (*anzetzen*) ogólne warunki możliwości działań zewnętrznych, bez odwoływania się do dobrej woli, czy jakichś wewnętrznych wytycznych (jak na przykład szczęście czy dobrostan)<sup>38</sup>.

Takie usytuowanie prawa pozwala pokazać z jednej strony jego odrębność od rozległych doktryn, z drugiej zaś jego moralną naturę. Pojęcie prawa nie czerpie bowiem z pojęć należących e t y k i<sup>39</sup>, takich jak szczęście czy cnota. Nie czerpie

<sup>37</sup> Chociaż późny Rawls wyraźnie odżegnywał się od Kanta, którego doktrynę postrzegał jako rozległy liberalizm, to paradoksalnie nawet późny Rawls może być interpretowany w kategoriach kantowskich. Owa „Kantowska” interpretacja nie odwołuje się jednak do kantowskiej etyki (której rdzeń stanowią autonomia i imperatyw kategoryczny), lecz kantowska nauka o prawie publicznym, czyli jego filozofia polityczna, zawarta jest w *Rechtslehre*. Jak słusznie podkreśla Pogge, Kant nie stawia ideału autonomicznej woli jako podstawy instytucji, odwołuje się natomiast do kontraktu źródłowego, którego reminiscencję stanowi sytuacja pierwotna u Rawlsa. Por. T. Pogge, *John Rawls...*, s. 145.

<sup>38</sup> H. G. von Manz, *Fairneß...*, s. 55.

<sup>39</sup> Etykę od moralności odróżniam tutaj w sposób nieco podobny do Hegla. Ten ostatni utożsamiał moralność z deontologią, dokładniej – z zasadami, którym wola jednostki podlega jako wola subiektywna (por. G.W.F. Hegel, *Encyklopedia nauk filozoficznych*, przeł. Ś.W. Nowicki, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1990, s. 511 [§ 511].) Etyczność natomiast uznawał Hegel za zwieńczenie ducha obiektywnego (ibidem, s. 512 [§ 513]), a zatem za pojęcie o charakterze teleologicznym. Rawls co prawda nie zajmuje się kwestią „ducha obiektywnego”, jednak pojęcia etyczne (jako odróżnione od moralnych) dotyczą ostatecznych celów jednostki, które wyznacza koncepcja dobrego życia. Stąd też wypływa poręczność rozróżnienia etyczności od moralności, analogicznie do rozważania Hegla.

także z perfekcjonistycznych ideałów osoby, dobrego życia czy społeczeństwa jako wspólnoty etycznej. Prawo czerpie jednak z kluczowego pojęcia moralności, jakim jest sprawiedliwość – obydwa pojęcia okazują się w sposób fundamentalny powiązane ze względu na tę samą rolę oraz te same minimalne standardy, którym podlegają. Zarówno prawo, jak i sprawiedliwość, podpadają pod pojęcie słuszności. Podsumowując swoje rozważania, Rawls pisze:

Razem wzięte, warunki nakładane na koncepcje słuszności sprowadzają się więc do tego, że koncepcja słuszności jest zbiorem zasad, ogólnych w formie i uniwersalnych w zastosowaniu, który ma być uznawany publicznie za ostateczną instancję odwoławczą w porządkowaniu konfliktowych roszczeń osób moralnych (*TS*, § 23: 207).

Gdy w miejsce wyrażenia „koncepcja słuszności” podłożyć „pojęcie prawa” oraz zamiast „osób moralnych” mówić o „obywatelach społeczeństwa demokratycznego”, publiczna i zarazem moralna natura prawa staje się niemal oczywista. Aby jednak ukazać wpływającą z tych rozważań koncepcję prawa w sposób pełny, należy najpierw przedstawić Rawlowską koncepcję sprawiedliwości oraz, poprzez rekonstrukcję modelu prawodawstwa, pokazać jej związek z prawem w kategoriach bliższych rzeczywistości społecznej, nie zaś tylko apriorycznej analityki pojęć.

## **2.2. Koncepcja działania prawa w praktyce społecznej w świetle zasad sprawiedliwości i doktryny rozumu publicznego**

Jak starałem się ukazać w poprzednim podrozdziale, związek sprawiedliwości z prawem na poziomie pojęciowym jest ścisły – obydwa pojęcia podpadają bowiem pod nadrzędne pojęcie słuszności (*the concept of right*). Oznacza to, że prawo należy nie tylko stanowić i oceniać w świetle koncepcji sprawiedliwości, lecz także należy poprzez nie rozumieć. W moich dotychczasowych rozważaniach starałem się bowiem wykazać, iż elementy pochodzące z koncepcji sprawiedliwości wbudowane są w architekturę pojęcia prawa – podmiot czy rola prawa są niezwykle podobne do podmiotu i roli sprawiedliwości. W tym podrozdziale pragnę wykazać, iż istnieje sposób powiązania publicznej koncepcji sprawiedliwości z rzeczywistością społeczną. Wykazanie tego jest niezbędne, aby związek prawa ze sprawiedliwością pokazać nie tylko na poziomie analityki pojęć, ale także filozofii politycznej; pewnego ideału życia pospólnego. Należy, by tak powiedzieć, dokonać tłumaczenia apriorycznych idei prawa i sprawiedliwości na język bliższy empirii. Chodzi tu więc o skonstruowanie modelu funkcjonowania prawa w społeczeństwie. Z punktu widzenia tego filozoficznego zadania, najważniejszym przedmiotem tego podrozdziału jest ideał rozumu publicznego, gdyż to właśnie on dostarcza modelu aplikacji zasad sprawiedliwości do rzeczywistości

społecznej. Zanim jednak zajmiemy się problematyką rozumu publicznego, przedstawię (krótko) treść zasad sprawiedliwości jako bezstronności. Jak później stanie się jasne, sama treść sprawiedliwości jako bezstronności nie jest dla mnie kluczowa, ponieważ prawo jest związane z pewną rodziną koncepcji sprawiedliwości i niemożliwe jest ściśle wyznaczenie pojęcia legalności na podstawie jednej tylko koncepcji uznanej *a priori* za najlepszą. Należy jednak zająć się sprawiedliwością jako bezstronnością, jako najważniejszym przykładem koncepcji sprawiedliwości powiązanej z prawem.

### A. Zasady sprawiedliwości dla struktury podstawowej. Argumentacja w sytuacji pierwotnej

Jak już wielokrotnie wspominałem, koncepcja sprawiedliwości Rawlsa, „sprawiedliwość jako bezstronność”, przyjmuje dwie zasady sprawiedliwości dla struktury podstawowej, uszeregowane w porządku leksykograficznym, to znaczy, uporządkowane za pomocą określonych reguł priorytetu. Pierwsza zasada to zasada równej wolności, druga składa się z dwóch części – zasady równych szans i zasady różnicy. Jak zobaczymy w szczegółach poniżej, pierwsza zasada ma priorytet przed drugą, zaś w ramach drugiej zasady zasada równych szans ma priorytet względem zasady różnicy. Priorytet ów polega w pierwszej kolejności na zakazie realizowania zasady niższej kosztem zasady wyższej.

Sprowadzenie koncepcji sprawiedliwości właśnie do dwóch naczelnych zasad wynika z założenia, iż struktura podstawowa społeczeństwa dzieli się na dwie części. Innymi słowy, zdaniem Rawlsa społeczna kooperacja ma dwa zasadnicze aspekty, które rządzą się odmiennymi zasadami. Pierwszy z nich dotyczy wolności obywatelskich, które dzielą się na polityczne (na przykład prawo do głosowania) i osobiste (na przykład wolność sumienia i wyznania). Drugi aspekt natomiast dotyczy dystrybucji dóbr podstawowych oraz pozycji społecznych (stanowisk) wraz ze związanymi z nimi uprawnieniami i obowiązkami (TS, § 11: 107). Koncepcję sprawiedliwości zaprezentuję zgodnie z porządkiem priorytetu, poczynając od zasady najwyższej, następnie przedstawię rozumowanie prowadzące do przyjęcia właśnie tych zasad jako najbardziej rozumnych, czyli najlepiej wyrażających relację polityczną opartą na wzajemnym szacunku równych i wolnych obywateli.

Brzmienie pierwszej zasady sprawiedliwości w toku rozwoju doktryny Rawlsa, szczególnie ze względu na krytykę H.L.A. Harta<sup>40</sup>, podlegało zasadniczym zmianom i ostateczne brzmienie uzyskało w *Liberalizmie politycznym*. Jest ono następujące:

<sup>40</sup> H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and its Priority*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, s. 230–252.

Każda osoba ma równy tytuł do w pełni wystarczającego systemu równych praw i wolności, takiego, że da się on pogodzić z takim samym systemem dla wszystkich; a w tym systemie ma być zapewniona autentyczna wartość równych wolności politycznych, i tylko tych wolności (*LP*, I, § 1.1: 35).

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że Rawls powtarza w tym miejscu kluczowy element tradycyjnego liberalnego *credo*, to znaczy nakazuje maksymalizować wolność jednostki, dopokąd nie pociąga to za sobą uszczerbku w wolności (czy też innego rodzaju podstawowym „legitymowanym interesie”) pozostałych. Wymóg, by wolność każdej jednostki pogodzić z takim samym systemem dla wszystkich, w tej czy innej formie występuje niemal w każdej liberalnej doktrynie<sup>41</sup>. Zauważmy jednak, że pierwsza zasada w swoim finalnym brzmieniu ma jednak nieco inne znaczenie. Mianowicie, nie mówi się tutaj o „jak najszerszej podstawowej wolności”, którą sugeruje zasada krzywdy i która była treścią pierwszej zasady w jej pierwotnym sformułowaniu (*TS*, § 11: 107), lecz o systemie „praw i wolności”, które mają być „w pełni wystarczające”. Treścią pierwszej zasady są właśnie wolności dane jako lista, nie zaś wolność jako taka, rozpatrywana jako posiadający konkretną treść atrybut jednostki. Owe prawa i wolności (Rawls traktuje te dwa wyrażenia jako synonimy) to:

wolność myśli i sumienia, wolności polityczne (na przykład, prawo do głosowania i do udziału w polityce), a także swoboda zrzeszania się, jak również prawa i wolności określone przez fizyczną i psychologiczną integralność osoby; i wreszcie, prawa i wolności związane z rządami prawa (*JaF:R*, § 13.3: 44).

Ze względu na systematykę tej rozprawy nie będę się teraz bliżej zajmować podstawowymi wolnościami; zadanie to zrealizuję w rozdziale trzecim, gdzie zajmę się instytucjonalnymi implikacjami koncepcji sprawiedliwości. Jurystyczny charakter podstawowych wolności wydaje się oczywisty, będą więc one przedmiotem mojego szczególnego zainteresowania w podrozdziale poświęconym konstytucji. W tym miejscu wymieniam je jedynie po to, by podkreślić, że pierwsza zasada polega nie tyle na maksymalizowaniu wolności, ile na wybraniu pewnych określonych swobód (tradycyjnie powiązanych z gwarancjami konstytucyjnymi) i przyznaniu im priorytetu jako fundamentalnym.

Rawlowskie ułożenie listy wolności może się wydawać arbitralne, choćby ze względu na brak na niej wolności od ingerencji w prawo własności czy też

---

<sup>41</sup> Jest to tak zwana zasada krzywdy bądź szkody (*harm principle*), która swoje najbardziej wyraźne sformułowanie znalazła u J.S. Milla, uważającego, iż „jedynym celem usprawiedliwianym ograniczeniem przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jakiegokolwiek człowieka jest samoobrona, że jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innych (J.S. Mill, *O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, [w:] idem, *Utylitaryzm. O wolności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 102).



w swobodę umów, które stanowią bezsprzecznie element liberalnej tradycji, a zarazem przedmiot kontrowersji we współczesnych debatach dotyczących liberalnej demokracji. Autor wskazuje dwie metody pozwalające zredagować listę podstawowych wolności. Jedna z nich, powiada, ma charakter historyczny. Polega ona na tym, by „zbadać różne systemy demokratyczne, zbierając listę wolności, które wydają się podstawowe i odpowiednio zabezpieczone w systemach, którym, jak się wydaje z perspektywy historycznej, lepiej się wiedzie” (*JaF:R*, § 13.4: 45). Owa „historyczna” argumentacja związana jest ze zwrotem politycznym, o którym wspominałem w części poświęconej konstrukcji sytuacji pierwotnej. Choć strony porozumienia nie posiadają szczegółowej wiedzy historycznej, to „ja i ty” zastanawiający się nad sprawiedliwością, już taką wiedzę mamy, w związku z czym możemy badać historię społeczeństw demokratycznych i wpływać na koncepcje, które prezentujemy stronom w sytuacji pierwotnej. Rawls jednak nie rozwija tej strategii, przez co wydaje się ona tym bardziej wątpliwa. Nie wymienia bowiem wszystkich tradycyjnych swobód, a jedynie wybiera te, które są szczególnie związane z wolnością słowa i równą wolnością polityczną. Zapewne można by podjąć próbę wykazania, iż właśnie te, a nie inne podstawowe wolności przyczyniły się do większego rozwoju danych społeczeństw, choć jak do tej pory nie istnieje takiego rodzaju studium historyczne<sup>42</sup>.

Druga strategia ma charakter analityczny. Aby dobrze zrozumieć, jak działa, przyjrzyjmy się najpierw pierwotnemu brzmieniu pierwszej zasady. W pierwszym wydaniu *Teorii sprawiedliwości* Rawls posłużył się klasyczną konstrukcją, w której przyjęte zasady sprawiedliwości mają służyć harmonijnej realizacji jednostkowych, racjonalnych interesów każdego (*TS*, § 14). Brzmienie pierwszej zasady było o tyle inne, iż nakazywała ona poszukiwać nie „w pełni wystarczającego”, lecz „jak najszerszego całościowego systemu” (*TS*, § 46: 438) równych podstawowych wolności. Idea stojąca za pierwszą zasadą była zatem mniej więcej taka: skoro każdy posiada racjonalne interesy oraz równy tytuł do ich realizacji, należy każdemu przyznać jak najszerszą wolność, dopóki nie stanowi to zagrożenia dla wolności innych. Głęboka krytyka H.L. Harta uderzyła przede wszystkim w niejasne pojęcia „racjonalnego interesu” oraz niewystarczającą moc eksplanacyjną tak opisaną sytuację pierwotną, która jego zdaniem nie jest w stanie wyjaśnić

---

<sup>42</sup> Warto w tym miejscu wspomnieć, iż powstały monografie, których celem było wykazanie czegoś przeciwnego – na przykład zdaniem Richarda Pipesa to właśnie świadomie pominięta przez Rawlsa wolność od ingerencji we własność stanowiła o szeroko rozumianym sukcesie wolnych społeczeństw Europy i Stanów Zjednoczonych (por. R. Pipes, *Własność i wolność*, przeł. L. Niedzielski, Muza, Warszawa 2000). Istnieją także badania współczesnych systemów politycznych, które zdają się dowodzić, że poszanowanie dla prawa własności zwykle idzie w parze z zabezpieczeniem innych podstawowych wolności (por. G. Gaus, *The Order of Public Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2011, s. 509–529).

priorytetu wolności<sup>43</sup>. Pod wpływem tej krytyki za bardziej wiarygodne i jasne wyjaśnienie, dlaczego strony porozumienia pierwotnego wybierają taki właśnie system, uznał Rawls polityczny ideał osoby, o którym pisałem już w rozdziale pierwszym. Analityczna droga do wskazania podstawowych wolności polega właśnie na „wyprowadzeniu” podstawowych wolności z normatywnej idei wolnych i równych obywateli. Przypomnijmy, iż chodzi tutaj o obywatela, któremu przysługują dwie władze moralne – racjonalność i rozumność. Obywatel, podczas trwającej przez całe życie społecznej kooperacji, z jednej strony formułuje i w sposób racjonalny realizuje własną koncepcję dobra, z drugiej strony pragnie czynić to w oparciu o rozumne, sprawiedliwe zasady. Kultuwyje zatem zarówno własną racjonalność, jak i rozumność. Wyrazem tej koncepcji obywatela jest właśnie priorytet podstawowych wolności. W świetle zmodyfikowanej argumentacji na rzecz priorytetu wolności rację, dla której jest on przyjmowany, stanowi zatem nie „racjonalny interes”, jak miało to miejsce wcześniej, lecz „interes wyższego rzędu”, wymagający możliwości kultuwywania obu władz moralnych, które przysługują każdej osobie jako obywatelowi. W tym miejscu staje się jasne, dlaczego sformułowanie „jak najszerszy całościowy system” zmienione zostało na „system w pełni wystarczający”. Wolność nie jest bowiem maksymalizowana dla niej samej, ale jest pewną przestrzenią, w której dokonuje się realizacja moralnej osobowości wolnych i równych obywateli.

W tym miejscu powstaje kluczowy dla całego projektu liberalizmu politycznego problem interpretacyjny. Ugruntowanie zasady równej wolności w normatywnej koncepcji obywatela można rozumieć zasadniczo w dwojaki sposób. Jeden z nich wskazuje S. Freeman:

Główna myśl pierwszej zasady polega na tym, iż pewne podstawowe prawa i wolności osoby są ważniejsze od innych, i że są potrzebne, by scharakteryzować m o r a l n y i d e a ł [podkr. – M.R.] wolnych i równych osób. Za pomocą pierwszej zasady Rawls usiłuje przede wszystkim zdefiniować demokratyczny ideał wolnych i równych obywateli, posiadających równy status obywatelski, wraz z władzami pozwalającymi na wystarczająco efektywny wpływ na legislację, czy udział w życiu politycznym<sup>44</sup>.

Jeśli Freeman ma rację, to należy przyjąć, że liberalizm polityczny wprowadza – pomimo dokładnie przeciwnych deklaracji Rawlsa – pewnego rodzaju perfekcjonizm. Tymczasem polityczna koncepcja osoby, którą opisałem w pierwszym rozdziale, była przedstawiana jako nieperfekcjonistyczna, wyraźnie przeciwstawiona mocnemu perfekcjonizmowi w wydaniu Raza czy Dworkina.

<sup>43</sup> Zmieniona wersja argumentacji na rzecz priorytetu podstawowych wolności zawarta została przez Rawlsa w *Tanner Lectures on Human Values* – J. Rawls, *The Basic Liberties and Their Priority*, University of Michigan, April 10, [http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/r/rawls82.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/r/rawls82.pdf) (dostęp: 16.01.2014), a następnie przedrukowana w *LP* i *JaF:R*.

<sup>44</sup> S. Freeman, *Rawls*, s. 45.

A jednak Rawlska modyfikacja Millowskiej zasady krzywdy<sup>45</sup> i wprowadzenie w jej miejsce wyróżnionych wolności podsuwa pytanie, czy nie mamy tu do czynienia z jakąś formą perfekcjonizmu. Warto przy tym podkreślić, iż byłaby to dokładna odwrotność klasycznego liberalnego perfekcjonizmu, który występuje choćby w Humboldtowskiej etyce *Bildung*. Punktem wyjścia Humboldta jest bowiem tzw. różnorodność sytuacji (*Mannfaltigkeit der Situationen*), która oznacza niepowtarzalność każdej jednostki doskonalącej się w zetknięciu z presją warunków zewnętrznych, w których jednostkowa wolność z konieczności musi się re-alizować<sup>46</sup>. Oznacza to, że klasyczny liberalny perfekcjonizm wymaga właśnie czegoś w rodzaju Millowskiej zasady krzywdy. Nie ma ona jednak wartości samej w sobie – jest konsekwencją przekonania o naturalnym dla człowieka dążeniu do moralnego doskonalenia się, integralnie związanym ze zdolnością do podejmowania wysiłku. Mocny perfekcjonizm liberalizmu klasycznego związany jest ściśle z antypaternalizmem<sup>47</sup>. Tymczasem współczesny liberalizm perfekcjonistyczny uznaje pewien treściowo określony, wyróżniony ideał osoby, który wymaga, między innymi, pozytywnych działań państwa, mającego zapewnić osobom takie środki, które pozwolą im ów ideał zrealizować<sup>48</sup>. Rawls starał się pokazać liberalizm polityczny jako oparty nie na moralnym ideale osoby, lecz na politycznej koncepcji osoby, która „traktuje pewien opis osoby jako prawdziwy opis jej i jej współobywateli tylko o tyle, o ile argumentuje się za jakąś normatywną koncepcją państwa, albo jest się zaangażowanym w działanie tego państwa jako obywatel czy urzędnik w sferze tych politycznych działań, które ta doktryna reguluje”<sup>49</sup>. Warto w tym miejscu wspomnieć, iż Rawls był krytykowany nie tylko za to, iż opiera się na jakimś fałszywym ideale osoby, lecz także za to, że rezygnuje z moralnych ideałów dobra i wprowadza w ich miejsce reguły, które mają za zadanie jedynie unikać konfliktu<sup>50</sup>. Na tym etapie rozważań trudno orzec, czy ujęcie podstawowych wolności wprowadza jakiś słaby paternalistyczny perfekcjonizm, czy też jest konsekwentnie nie-perfekcjonistyczne. Wydaje się, że będzie można rozstrzygnąć ten problem dopiero w trzecim rozdziale, gdzie bliżej przyjrzymy się instytucjom wpływającym z podstawowych wolności.

<sup>45</sup> Jak podkreśla Freeman, „liberalizm Rawlsa może okazać się nie tak permissywny jak liberalizm Milla, bowiem Rawls wprost wskazuje pewne wolności jako posiadające większą ochronę niż inne. [...] Otwiera to możliwość ograniczeń działania jednostki odnoszącego się do samej siebie, które Mill by dopuszczał (na przykład autodestrukcyjne używanie narkotyków, samobójstwo czy, być może, prostytucja)” (ibidem, s. 48).

<sup>46</sup> Por. M. Chmieliński, *Atomizm a indywidualizm. Rozważania nad myślą polityczną i prawną Wilhelma von Humboldta*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004, s. 49–50.

<sup>47</sup> Por. Z. Rau, *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, przeł. M. Przychodzeń, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2008, s. 56–63.

<sup>48</sup> Por. J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, s. 424–428.

<sup>49</sup> F.I. Michelman, *The Subject of Liberalism*, „Stanford Law Review” 1994, t. 46, s. 1814.

<sup>50</sup> Por. M.N.S. Sellers, *Republican Legal Theories*, Palgrave MacMillan, New York 2003, s. 87.

Niezależnie od pewnej dwuznaczności interpretacyjnej, powyższe konstatacje mają istotne konsekwencje dla ostatecznego znaczenia pierwszej zasady i kształtu postulowanego przez nią systemu podstawowych wolności. Po pierwsze, wolności związane z ideałem równego obywatelstwa traktowane są jako bardziej istotne. Przykładowo, wolność sumienia jest bardziej doniosła niż wolność kontraktu. O ile ta pierwsza stanowi paradygmat dla wszystkich innych swobód, ta ostatnia jest jedynie pewną implikacją przyjęcia gospodarki rynkowej. Po drugie natomiast, wolność powinna zostać pogodzona z obywatelską równością, czemu daje wyraz zapewnianie autentycznej wartości wolności politycznych. Jak zobaczymy w szczegółach w rozdziale trzecim, wymaga to określonych działań redystrybucyjnych (oznacza bowiem, na przykład, konieczność przeznaczania pewnych środków publicznych na debatę polityczną).

Przyznanie każdemu równych, w pełni wystarczających podstawowych wolności jest priorytetem dla struktury podstawowej. Oznacza to, iż dana wolność nie może być ograniczana w żadnym celu, poza jednym, jakim jest ochrona samej tej wolności lub też wzmocnienie całościowego systemu równych podstawowych wolności. Każdy obywatel powinien mieć zatem takie same uprawnienia i „sprzeczne jest ze sprawiedliwością, by czyjąkolwiek utratę wolności usprawiedliwiać wzrostem dobra stającego się udziałem innych” (*TS*, § 13). Co prawda Rawls dopuszcza wolność mniej niż równą (na przykład sytuację nierównej wagi głosów w wyborach), jednakże tylko wówczas, gdy wzmacnia to całościowy system podstawowych wolności także dla tych, którzy tej wolności mają mniej. W przypadku pierwszej zasady nierówność wolności nie będzie jednak usprawiedliwiona, gdyby dzięki niej najmniej uprzywilejowani zyskiwali, na przykład, większe korzyści ekonomiczne. Wolność mniej niż równa musi być zatem do przyjęcia dla mniej uprzywilejowanych pod względem ochrony i wzmocnienia i c h w ł a s n e j w o l n o ś c i (por. *TS*, § 37, s. 340–341). Ponieważ podstawowe wolności mają jurydyczny charakter, należy je rozważać w kontekście struktury podstawowej, zwłaszcza w kontekście konstytucji, dlatego powrócę do nich w rozdziale trzecim (3.1. B–C), gdzie przeanalizuję je w kontekście prawnokonstytucyjnym.

Druga zasada odnosi się do drugiej części struktury podstawowej, czyli do sposobu, w jaki podstawowe instytucje społeczeństwa rozdzielają tak zwane „dobra pierwotne” oraz pozycje jednostek w systemie kooperacyjnym. Jak podkreśla Rawls w *Justice as Fairness: A Restatement*, powodem, dla którego koncepcja sprawiedliwości reguluje nie tylko dystrybucję podstawowych wolności czy swobód, lecz także dystrybucję dóbr, jest założenie, iż dobra te mają charakter społeczny i powstają z kooperacji, bez której nie można byłoby mówić o dystrybucji czegokolwiek (*JaF:R*, § 18: 61). To założenie odróżnia sprawiedliwość dystrybucyjną od sprawiedliwości alokacyjnej. Ta ostatnia polega na rozdziale konkretnej i z góry ustalonej sumy dóbr ekonomicznych pomiędzy konkretne jednostki

ze znanymi potrzebami i preferencjami. Sprawiedliwość rozdzielcza (dystrybucyjna) jest czymś innym – w pierwszej kolejności reguluje społeczne instytucje, nie zaś rozdział konkretnych dóbr, co więcej, oceniając instytucje odnosi się do sztucznej konstrukcji „reprezentatywnych osób”, nie zaś do poszczególnych, rzeczywistych ludzi. Podstawą porównania sytuacji takich reprezentatywnych osób nie są zaś „dobra ekonomiczne” w potocznym rozumieniu, lecz społeczne dobra pierwotne. Oznacza to, że druga zasada sprawiedliwości nie reguluje bezpośrednio rzeczywistych różnic ekonomicznych pomiędzy konkretnymi jednostkami, lecz czyni to poprzez regulację ogólnej sytuacji społecznej i prawnej reprezentatywnych osób.

W tym miejscu ujawnia się szczególne, „transcendentalne” znaczenie drugiej zasady, które należy podkreślić zanim zajmiemy się w szczegółach jej treścią. Może się tu bowiem pojawić pewne nieporozumienie wynikające stąd, że Rawls, prezentując znaczenie drugiej zasady (a w szczególności zasady różnicy), posługuje się krzywą użyteczności, a swą koncepcję porównuje przede wszystkim z utilitaryzmem. Może to prowadzić do mylnej interpretacji, w myśl której druga zasada sprawiedliwości jest po prostu pewną modyfikacją utilitaryzmu. Sprowadzona do jednego poziomu z utilitaryzmem zasada różnicy nakazywałaby po prostu maksymalizować użyteczność najgorzej sytuowanych w miejsce maksymalizowania średniej użyteczności. W moim przekonaniu byłoby to zbyt duże uproszczenie. Sprawiedliwość jako bezstronność różni się od utilitaryzmu w sensie bardziej fundamentalnym – w swojej głębokiej strukturze druga zasada nie jest żadną wersją ani modyfikacją zasady użyteczności, ale koncepcją radykalnie różną, sytuującą się niejako na innej płaszczyźnie. Jest tak ze względu na odmienne znaczenie składających się na nią podstawowych pojęć – korzyści i użyteczności. Pewne rozważania odwołujące się do „korzyści” i „funkcji użyteczności” są co prawda obecne u Rawlsa, lecz ich głębokie znaczenie jest zupełnie inne niż u utilitarystów. Ci ostatni rozumieją termin „użyteczność” jako aktualną przyjemność lub zaspokojenie aktualnych pragnień lub preferencji. Natomiast w przypadku Rawlsa desygnatem „funkcji użyteczności” są dobra pierwotne, czyli uprawnione oczekiwania czy też środki do zaspokajania podstawowych potrzeb będących w podstawowym interesie każdego z wolnych i równych obywateli. W tym miejscu po raz kolejny dochodzi do głosu idealizm Rawlsa. Jego „użyteczność” nie jest więc jakością aktualną (faktycznie odczuwaną przyjemnością lub zaspokojoną preferencją), lecz transcendentalną – niezależną od przygodnych aktów chcenia i zachodzącą (jak się zakłada) dla każdej jednostki rozpatrywanej jako obywatel. Stąd wszelkie odwołania do korzyści są „tak skonstruowane, by odzwierciedlały idealne koncepcje normatywne, organizujące sprawiedliwość jako bezstronność, to znaczy idee społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji oraz wolnych i równych obywateli” (*JaF:R*, § 31.3: 107). Tym, co sprawiedliwość jako bezstronność ma regulować, jest ogólne społeczne i prawne usytuowanie obywatela, wpływające na możliwość realizacji jego koncepcji

dobra poprzez społeczną kooperację, nie zaś jego faktyczny dobrostan, jakkolwiek miałyby być rozumiany.

Poczyniwszy te konieczne dla prawidłowej interpretacji uwagi, mogę przejść do treści drugiej zasady. Brzmi ona:

Nierówności społeczne i ekonomiczne powinny spełniać dwa warunki: po pierwsze, powinny być związane ze stanowiskami i urzędami dostępnymi dla wszystkich w warunkach autentycznej równości szans; i po drugie, powinny przynosić największą korzyść najgorzej uposażonym członkom społeczeństwa (*LP*, I, § 1.1: 35).

Pierwsza z nich, nakazująca równą dla wszystkich dostępność stanowisk i urzędów, nazwana jest zasadą równych szans. Nie wymaga, jak się zdaje, szerszego komentarza. Sprowadza się do liberalno-egalitarnego postulatu, by w społeczeństwie nie było arbitralnych ograniczeń dostępu do pozycji społecznych oraz związanych z nimi obowiązków, uprawnień czy dochodu. Innymi słowy, chodzi o to, by ekonomiczne i zawodowe usytuowanie jednostki w społeczeństwie zależało zasadniczo od jej wysiłku czy motywacji<sup>51</sup>. Zasada równych szans nakazuje przy tym, by równość szans była „autentyczna” (*fair*). Nie wystarczy więc brak arbitralnych barier prawnych, różnicujących status obywatela w oparciu o indyferentne wobec sprawiedliwości czynniki (na przykład płeć czy kolor skóry). Sam tylko brak barier prawnych oznaczałby zasadę „karier otwartych przed talentami” bliską klasycznie liberalnej czy libertariańskiej koncepcji sprawiedliwości. Tymczasem druga zasada w wydaniu Rawlsa wymaga od instytucji struktury podstawowej czegoś więcej – kompensowania także pewnych społecznych czy klasowych ograniczeń w dostępie do stanowisk. Zasada autentycznej równości szans jest spełniona wtedy, gdy istnieją takie warunki społeczne, w których każdy równie uzdolniony i motywowany, niezależnie od pochodzenia społecznego, ma uczciwą szansę osiągnięcia upragnionej pozycji społecznej<sup>52</sup>.

Druga zasada składowa, zwana zasadą różnicy (*difference principle*), wymaga nieco obszerniejszego komentarza, gdyż jest oryginalnym pomysłem Rawlsa i spotkała się ze szczególnym zainteresowaniem i krytyką z rozmaitych stron. Zasada różnicy uzupełnia liberalną równość gwarantowaną przez spełnienie zasady autentycznej równości szans. Zasada różnicy jest pewną szczególną interpretacją ogólnej intuicyjnej zasady, że „nierówności społeczne i ekonomiczne mają być tak ułożone, by [...] można się było rozsądnie spodziewać, że będzie to z korzyścią dla każdego” (*TS*, § 11: 107). Zasada różnicy opiera się na tak zwanej „demokratycznej” interpretacji tego ogólnego wymogu. Zgodnie z koncepcją „demokratycznej równości” zróżnicowanie w poziomie posiadanych dóbr podstawowych jest dopuszczalne wtedy i tylko wtedy, gdy spełniony będzie istotny

<sup>51</sup> Por. R. Dworkin, *What is Equality? Part 2...*, s. 338–342.

<sup>52</sup> Por. P. Koller, *Rawls' Differenzprinzip und seine Deutungen*, „Erkenntnis (1975–)” 1983, t. 20, nr 1, s. 14.

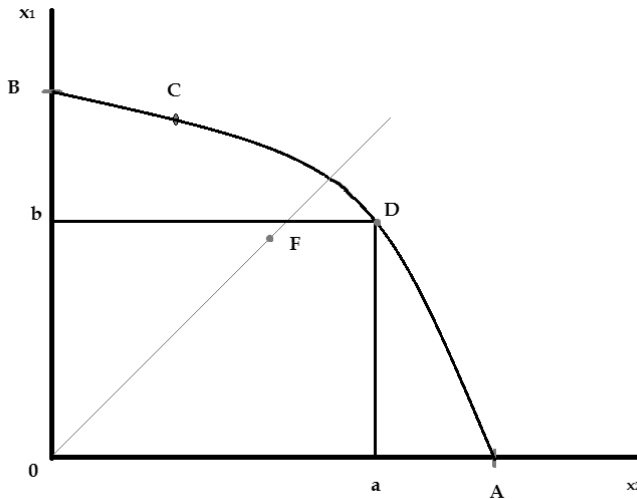


warunek – będzie ono przynosić największą korzyść najgorzej usytuowanym czy uposażonym (*least advantaged*) członkom społeczeństwa. Dodajmy, że nie dotyczy to podstawowych wolności, które co do zasady muszą być rozdzielone równo, zgodnie z omówionym wyżej priorytetem wolności.

Wyjaśnijmy tę „demokratyczną interpretację” nieco bliżej. Zdaniem Rawlsa „korzyść każdego” można interpretować zasadniczo na dwa sposoby – jako zasadę efektywności lub zasadę różnicy, sformułowane tak, by stosowały się do struktury podstawowej. „Zasada efektywności” jest tu równoważna z „zasadą optymalności” Pareta<sup>53</sup>. Zasada ta, zastosowana do struktury podstawowej społeczeństwa, głosi, że

układ praw i obowiązków w strukturze podstawowej jest efektywny wtedy i tylko wtedy, gdy nie można tak zmienić reguł, przedefiniować systemu praw i obowiązków, by podnieść oczekiwania którejkolwiek reprezentatywnej osoby (przynajmniej jednej) nie obniżając zarazem oczekiwań pewnych reprezentatywnych osób (choćby jednej) (*TS*, § 12: 120).

Zasada efektywności sama przez się nie wyznacza jakiejś jedynej, konkretnej dystrybucji dóbr jako efektywnej (rys. 1).



Rys. 1. Zasada efektywności w dystrybucji pomiędzy dwiema osobami  
Źródło: *TS*, s. 118

<sup>53</sup> Powołując się na zasadę optymalności Pareta, opieram się wyłącznie na relacji Rawlsa, który pisze: „[o]czywiście zasada ta nie miała być w pierwotnym zamyśle stosowana do instytucji, lecz do określonych konfiguracji systemu ekonomicznego – na przykład do dystrybucji dóbr wśród konsumentów, czy do sposobu produkcji. Tak więc, dana konfiguracja jest według tej zasady efektywna, gdy każda jej zmiana w celu polepszenia sytuacji niektórych osób (przynajmniej jednej) powoduje pogorszenie sytuacji innych (choćby tylko jednej osoby)” (*TS*, § 12: 115).

Powyższy rysunek obrazuje, jak działa zasada efektywności w prostej sytuacji dystrybucji (dowolnych) dóbr czy towarów pomiędzy dwie osoby –  $x_1$  i  $x_2$ , których udziały znajdują się na odpowiednich osiach układu współrzędnych (równie dobrze owymi dobrami czy korzyściami mogą być prawa i obowiązki, dlatego to przedstawienie może się odnosić także do struktury podstawowej). Linia przebiegająca przez punkt F, usytuowana pod kątem 45 stopni względem osi układu, symbolizuje równą dystrybucję. Krzywa AB to krzywa efektywności. Wszystkie punkty leżące na tej linii są efektywne, ponieważ „nie jest możliwa taka redystrybucja, która polepszyłaby sytuację jednej osoby, nie pogarszając zarazem sytuacji drugiej” (*TS*, § 12: 116). Dla uproszczenia zakłada się tu z góry ustaloną stałą sumę dóbr (w rzeczywistości podczas społecznej kooperacji powstają stale nowe dobra, lecz nie da się tego zobrazować na tego typu wykresie, jak rys. 1). Punkt D to przykładowy punkt efektywności, gdzie  $x_1$  i  $x_2$  otrzymują odpowiednio  $b$  i  $a$  korzyści.

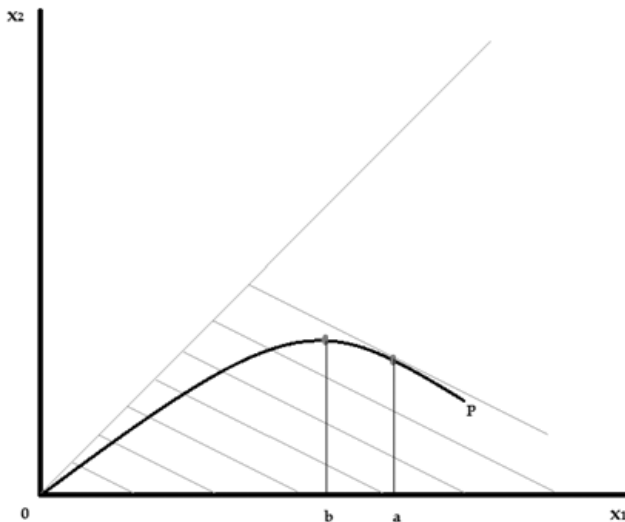
Co szczególnie istotne, zasada efektywności nie pozwala w żaden sposób uszeregować punktów na krzywej efektywności. Punkty C i D są pod względem efektywności równorzędne. Oznacza to, że gdyby przyjąć zasadę efektywności jako jedyną zasadę sprawiedliwości rozdzielczej, nie byłoby istotne, jak przedstawia się proporcja udziałów między osobami<sup>54</sup>. Zarówno bowiem w punkcie D, gdzie udziały  $x_1$  i  $x_2$  są do siebie zbliżone, jak i w punkcie C, gdzie  $x_2$  otrzymuje wyraźnie mniej korzyści, dystrybucja jest efektywna. Ponadto dowolny punkt położony na lewo w dół od danego punktu na krzywej efektywności należy uznać za gorszy od tegoż punktu na krzywej. Dlatego punkt D góruje nad dowolnym punktem znajdującym się wewnątrz prostokąta 0bDa. Wynika stąd, że rozdział dóbr oznaczony w punkcie F należy uznać za gorszy niż w punkcie D, chociaż w punkcie F  $x_1$  i  $x_2$  otrzymują równe udziały.

Zasada efektywności daleka jest od demokratycznej interpretacji korzyści każdego. Aplikowana do rzeczywistości społecznej zasada efektywności oznacza, że pewne przygodne okoliczności, kształtujące „punkty startowe” poszczególnych jednostek, posiadają zbyt duży wpływ na końcowy efekt dystrybucji. Przypomnijmy, że przyjmując wymóg autentycznej równości szans, Rawls odrzuca tzw. system naturalnej wolności, gdzie zasada efektywności jest połączona z zasadą „karier otwartych przed talentami”. Oznacza to brak formalnych barier w dostępie do danych pozycji społecznych czy stanowisk. W sposób oczywisty ci, którzy urodzili się w lepiej sytuowanych rodzinach oraz posiadają lepsze naturalne talenty, otrzymają znacznie większy udział. Zdaniem Rawlsa

<sup>54</sup> Dlatego też Rawls przyjmuje, że sama zasada efektywności nie nadaje się na jedyną zasadę sprawiedliwości. W rozważanych przez siebie wariantach drugiej zasady łączy zasadę efektywności z zasadą „karier otwartych przed talentami” (wtedy struktura podstawowa stanowi system wolności naturalnej) lub też z zasadą „autentycznej równości szans (wówczas mamy do czynienia z systemem liberalnej równości). Obie te wersje drugiej zasady są jednak odrzucone.

nie będzie to sprawiedliwy stan rzeczy, ponieważ wyjściowy układ punktów startowych jest arbitralny z moralnego punktu widzenia – nikt nie zasłużył na swoją wyjściową pozycję społeczną ani na zestaw naturalnych uzdolnień. Temu problemowi usiłuje zaradzić właśnie system „liberalnej równości”. Oznacza ona połączenie zasady efektywności z opisaną wyżej zasadą autentycznej równości szans, która wchodzi w miejsce zasady karier otwartych przed talentami i łączy się z zasadą efektywności.

Rawls przyjmuje, że zasada autentycznej równości szans jest bardziej sprawiedliwa od zasady karier otwartych przed talentami. Chce jednak pójść o krok dalej. Jego zdaniem liberalna równość (czyli połączenie autentycznej równości szans z zasadą efektywności) jest niewystarczająca, ponieważ „w dalszym ciągu dozwala, by dystrybucja bogactwa i dochodów była zdeterminowana przez naturalny rozkład talentów i możliwości” (*TS*, § 12: 124). Innymi słowy, gdy chodzi o możliwość osiągnięcia pożądanego pozycji społecznych, kompensowane są jedynie nierówności wynikające z wyjściowego uposażenia majątkowego jednostki. Tymczasem zależą one także od naturalnych uzdolnień, które przyznawane są na zasadzie „naturalnej loterii – a jest to wynik arbitralny z moralnego punktu widzenia” (*ibidem*). Konieczne jest zatem przyjęcie takiej zasady, która będzie w pewien sposób kompensowała również naturalne nierówności, a jest nią właśnie zasada różnicy. Dlatego ostateczne brzmienie drugiej zasady sprawiedliwości to połączenie autentycznej równości szans z zasadą różnicy (rys. 2).



Rys. 2. Zasada różnicy w dystrybucji pomiędzy dwiema osobami

Źródło: *TS*, s. 130

Krzywa 0P, którą widzimy na rys. 2, obrazuje rozdział korzyści pomiędzy dwoma reprezentatywnymi osobami, przy czym zakładamy, że  $x_1$  należy do grupy najlepiej sytuowanych,  $x_2$  zaś reprezentuje najgorzej sytuowanych. Jak pokazuje przebieg krzywej, od punktu 0 wraz ze wzrostem korzyści  $x_1$ , zyskuje także  $x_2$ , aż do punktu b. W punkcie b, gdzie krzywa 0P osiąga maksimum, nie jest już możliwy taki wzrost korzyści lepiej sytuowanego  $x_1$ , który pociągnąłby za sobą również korzyść najgorzej uposażonego członka społeczeństwa, czyli  $x_2$ . Na tym właśnie polega zasada różnicy. Wskazuje ona na punkt b jako jedyną w pełni sprawiedliwą (w tym przypadku) dystrybucję. Zauważmy, że różni się tym samym w sposób istotny od zasady efektywności, która nie wskazywała jakiegoś szczególnego punktu jako najbardziej sprawiedliwego. Zasada różnicy nakazuje maksymalizować w pierwszej kolejności korzyść najgorzej sytuowanych. Wzrost korzyści najlepiej uposażonych jest usprawiedliwiony wyłącznie poprzez równoległy wzrost korzyści tych, którzy przy danym układzie dystrybucji zyskują najmniej. A zatem zasada różnicy nakazuje preferować równą dystrybucję, chyba że nierówność poprawia też położenie najgorzej sytuowanych. Tak rozumiana zasada różnicy ma prymat przed efektywnością. Gdyby np. dany punkt na prawo od b (np. punkt a) był bardziej efektywny, punkt b i tak górowałby nad nim. Warto odnotować, iż zasada różnicy jest skierowana przede wszystkim przeciwko utylityzmowi. Ten ostatni bowiem rachuje ogólną sumę korzyści, i bierze pod uwagę spadek użyteczności krańcowej dla  $x_1$  i  $x_2$  wraz z dalszym wzrostem ich korzyści<sup>55</sup>. Dlatego utylitysta wskazałby punkt a jako bardziej sprawiedliwy –  $x_1$  zyskuje więcej niż traci względem niego  $x_2$ .

Przedstawione wyżej zasady sprawiedliwości są narażone, w sposób dość oczywisty, na konflikty mające miejsce przy ich aplikacji. Przykładowo, przymusowa praca pewnej części społeczeństwa z całą pewnością poprawiłaby perspektywy najgorzej sytuowanych, czyli realizacja zasady różnicy może stać w sprzeczności z wymogami równości szans. Potrzebne są zatem pewne reguły priorytetu czy też, jakby powiedział prawnik, reguły kolizyjne, które owe spory rozstrzygną. Kolejność powyższej prezentacji pierwszej zasady oraz dwu części składowych zasady drugiej odpowiadała kolejności zasad pod względem pierwszeństwa ważności (tak zwanemu „porządkowi leksykograficznemu”).

Uszeregowanie zasad przedstawia się jak następuje. Zgodnie z treścią pierwszej reguły priorytetu, pierwsza zasada sprawiedliwości posiada w systemie bezwzględne pierwszeństwo, a „podstawowe wolności mogą być ograniczane jedynie w imię wolności” (TS, § 47: 438). Jest to tak zwany „priorytet leksykograficzny”, który wymaga ścisłego pierwszeństwa, bez odwołania się do porównań

<sup>55</sup> Szczegółowe porównanie pozycji Rawlsa z klasycznym utylityzmem zostało przedstawione za pomocą narzędzi formalnych przez A. Sena, *Rawls versus Bentham: An Axiomatic Examination of the Pure Distribution Problem*, [w:] N. Daniels (red.) *Reading Rawls*, s. 283–292.

ilościowych. Nie można więc usprawiedliwić (nawet „metrycznie” niewielkiego) ograniczenia wolności żadnej jednostki tym, że wzrasta (choćby wzrost ten był ogromny) zasób jej własnych dóbr materialnych czy polepszają się perspektywy kariery. Tym bardziej nie można poświęcić żadnej z podstawowych wolności na rzecz realizowania drugiej zasady sprawiedliwości czy też wolności jednych na rzecz dobrobytu innych. Przykładowo, jak podaje Rawls, rozwiązanie instytucji rodziny doprowadziłoby do zrównania szans jednostek, ponieważ znikłyby naturalne różnice związane z rodzinnym majątkiem i etosem. Oznaczałoby to jednak złamanie wolności zrzeszania się, byłoby więc niedopuszczalne.

Druga reguła priorytetu ustala wzajemne relacje między zasadą równych szans i zasadą różnicy, a także stosunek całej drugiej zasady sprawiedliwości do pryncypiów efektywności i użyteczności. Gdy chodzi o tę pierwszą relację, zasada równych szans posiada priorytet nad zasadą różnicy. Oznacza to, że poprawianie sytuacji najgorzej sytuowanych nie może odbywać się z pogwałceniem zasady równych szans. Przykładowo, przyznawanie tytułu magistra prawa tylko z tytułu bardzo złego społecznego usytuowania danej jednostki byłoby niesprawiedliwe właśnie ze względu na priorytet równych szans nad zasadą różnicy. Tytuł magistra prawa, otwierający drogę do intratnych zawodów, może być uzyskany tylko w oparciu o zadowalające wyniki w nauce, oceniane bezstronnie, nie zaś ze względu na takie czy inne społeczne usytuowanie. Jeżeli natomiast chodzi o relacje całej drugiej zasady sprawiedliwości względem wymogów efektywności i użyteczności, sprawiedliwość posiada tutaj priorytet. Jest to tak zwany ogólny priorytet sprawiedliwości nad efektywnością, który zabrania uzasadniania niesprawiedliwości tym, że produkuje większy (ogólny czy średni) dobrobyt społeczny. Przykładowo, gdyby nawet trwałe ograniczenie wolności poruszania się jakiejś niewielkiej grupy osób – na przykład zmuszanie ludzi do wydobywania surowca, którego absolutnie nikt nie chce wydobywać ze względu na ekstremalne warunki pracy – mogło spowodować wielki wzrost dobrobytu społecznego, będzie ono bezwzględnie niedopuszczalne ze względu na priorytet sprawiedliwości przed efektywnością.

Przedstawiwszy treść zasad, mogę teraz pokrótce zaprezentować rozumowanie, które w oparciu o konstrukcję sytuacji pierwotnej prowadzi do przyjęcia przez strony właśnie sprawiedliwości jako bezstronności. Nie będę przy tym omawiał dość istotnych założeń wyjściowych o ścisłym splocie (*close-knit*) i połączeniu łańcuchowym (*chain connection*) pozycji społecznych<sup>56</sup>. W wielkim skrócie oznaczają one, iż każda poprawa sytuacji osób w nieco lepszej niż najgorsza sytuacji społecznej pociąga za sobą także poprawę w sytuacji tych poniżej oraz każda zmiana osób najlepiej sytuowanych w ten czy inny sposób wpływa na położenie najgorzej sytuowanych. Przejdę natomiast od razu do sedna argumentacji, czy-

<sup>56</sup> Syntentyczne omówienie założenia o połączeniu łańcuchowym zob. P. Koller, *Rawls' Diferenzprinzip...*, s. 8–10.

li do reguły maksyminu. Jak pamiętamy, sprawiedliwość jako bezstronność jest ugruntowana w hipotetycznej umowie racjonalnych stron, które nie wiedzą, jaka jest ich społeczna pozycja i naturalne uposażenie. Dlaczego, zdaniem Rawlsa, tak usytuowane strony wybiorą dwie zasady sprawiedliwości? W szczególności zaś, dlaczego wybiorą zasadę różnicy, a nie wybiorą na przykład zasady średniej użyteczności? Zwróćmy uwagę, iż zasada różnicy jest najbardziej zachowawcza czy asekuracyjna, w tym sensie, że maksymalnie zabezpiecza interes najgorzej uposażonych.

Zdaniem Rawlsa to właśnie reguła maksyminu, którą racjonalnie jest przyjąć w sytuacji pierwotnej jako regułę podejmowania decyzji, nakazuje wybrać najbardziej zachowawczą z możliwych zasad. Maksymin, jako reguła wyboru w warunkach niewiedzy (czy też niepewności), nakazuje „maksymalizować minimum”, czyli „[s]zeregować alternatywy według ich najgorszych możliwych konsekwencji”. Reguła maksyminu nakazuje zatem wybrać „alternatywę, której najgorsze konsekwencje są lepsze niż najgorsze konsekwencje pozostałych” (*TS*, § 26: 231). Ilustruje to tab. 2 – możliwych zysków i strat (por. *ibidem*, przyp. 19).

Tabela 2. Możliwe zyski i straty w zależności od decyzji

| Decyzja | Okoliczności $O_1$ | Okoliczności $O_2$ |
|---------|--------------------|--------------------|
| D1      | -7                 | 16                 |
| D2      | -8                 | 14                 |
| D3      | 5                  | 7                  |

Źródło: opracowano na podstawie tabeli zawartej w *TS*, 231, przyp. 19.

Przyjmijmy, że w tab. 2 przedstawiono możliwe wyniki jakiejś gry losowej. Tabela pokazuje, że znamy możliwe wyniki (odpowiednie okoliczności, które będą skutkiem decyzji D1–3), nie wiemy jednak, która z okoliczności będzie zachodzić w razie decyzji D1, D2 lub D3. Jak łatwo zauważyć, reguła maksyminu nakazuje podjąć D3. W tym przypadku bowiem gwarantowany minimalny zysk wynosi 5, w każdym innym przypadku grozi nam strata (-7 przy D1 lub -8 przy D2). Musimy więc pogodzić się z utratą możliwości wysokiego zysku (14 lub 16), na korzyść zabezpieczenia zysku minimalnego. Stosowalność reguły maksyminu gwarantują trzy warunki, które zdaniem Rawlsa zachodzą w hipotetycznej sytuacji wyboru: (1) nie uwzględnia się tu prawdopodobieństwa zajścia możliwych okoliczności, (2) gwarantowane minimum zysku jest takie, że niewiele, jeśli w ogóle, dba się o możliwy zysk wykraczający poza to minimum, (3) inne wybory grożą konsekwencjami, które byłyby dla nas nie do przyjęcia (*TS*, § 26: 232–235).

Reguła maksyminu, twierdzi Rawls, najlepiej chroni strony porozumienia przed przypadkowymi okolicznościami (pochodzenie z niskiej klasy społecznej, niski poziom pożądanego społecznie talentów). Ponieważ strony nie wiedzą ani tego, w którym miejscu „drabiny społecznej” przyjdzie im żyć, ani tego, jak



w szczegółach wygląda społeczeństwo, w które będą zamieszkiwać, to asekuracyjnie, zgodnie z zasadą maksyminu, wybiorą maksymalizację korzyści najgorzej sytuowanych. Wybiorą zasadę różnicy kosztem np. klasycznej zasady użyteczności lub zasady średniej użyteczności. Sprawiedliwość jako bezstronność proponuje zatem „zasady, jakie ktoś wybrałby dla projektu społeczeństwa, w którym jego wróg miałby mu wyznaczać jego miejsce” (TS, § 26: 231).

Racjonalność decyzji stojącej za przyjęciem dwóch zasad sprawiedliwości, podlega zdecydowanej krytyce. Szczególnie przekonująca wydaje się argumentacja utylitarysty Johna Harsanyi’ego, który opowiada się za regułą średniej użyteczności w miejsce zasady różnicy<sup>57</sup>. Krytyka Harsanyi’ego jest bardzo mocna, ma bowiem pokazać nieracjonalność reguły maksyminu. Jest także w gruncie rzeczy bardzo prosta, co nie zmienia faktu, że niełatwo ją odeprzeć. W istocie Harsanyi dokonuje czegoś w rodzaju *reductio ad absurdum*. Jak pisze:

Jeśli potraktowalibyśmy poważnie zasadę maksyminu, nie moglibyśmy nawet przejść przez ulicę (ostatecznie może nas potraćić samochód), nigdy nie przejechalibyśmy przez most (ostatecznie może się zawalić), nigdy nie zawarli byśmy małżeństwa (ostatecznie może się ono skończyć katastrofą). Jeżeli ktokolwiek zachowywałby się w ten sposób, szybko skończyłby w szpitalu psychiatrycznym<sup>58</sup>.

Główny argument Harsanyi’ego polega więc na tym, że reguła maksyminu nakazuje w gruncie rzeczy nie tylko „wziąć pod uwagę” najgorszą z możliwych alternatyw (jak pisał Rawls), lecz także uznać, że taka najgorsza możliwość będzie z całą pewnością zachodzić. Tymczasem, zdaniem Harsanyi’ego, posługując się podstawową racjonalnością (zgodną z tak zwanymi Bayesowskimi postulatami racjonalności<sup>59</sup>), musimy brać pod uwagę także *p r a w d o p o d o b i e ń s t w o* zajścia poszczególnych alternatywnych okoliczności. Jak pamiętamy, jednym z warunków stosowalności reguły maksyminu jest brak możliwości przypisania prawdopodobieństwa zajścia poszczególnych okoliczności. Jak pokazuje Harsanyi, konsekwencje przyjęcia zasady maksyminu są absurdalne – kierując się najgorszym możliwym rezultatem, zachowujemy się tak jakbyśmy przypisywali co najmniej bardzo duże prawdopodobieństwo jego zajściu. To zaś jest nieracjonalne. Strona umowy dotyczącej zasad sprawiedliwości musi zdaniem Harsanyi’ego

<sup>57</sup> J. Harsanyi, *Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls’ Theory*, „The American Political Science Review” 1975, t. 69, nr 2, s. 594–606.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 595.

<sup>59</sup> Owe postulaty racjonalności to między innymi: „(1) Jeżeli wolisz A od B, a B od C, spójność wymaga, byś wolał także A od C; (2) Jesteś w lepszym położeniu gdy możesz otrzymać bardziej wartościowe dobro (*prize*) z danym prawdopodobieństwem, niż wtedy, gdy możesz otrzymać mniej wartościowe dobro z tym samym prawdopodobieństwem (tzw. „the sure thing principle”); (3) Powinieneś być obojętny co do dwóch alternatywnych loterii, które prowadzą cię do tych samych nagród z takim samym prawdopodobieństwem” (por. J. Harsanyi, *Bayesian Decision Theory and Utilitarian Ethics*, „The American Economic Review” 1978, t. 68, nr 2, s. 223–228).

przyjmować, że istnieje takie samo prawdopodobieństwo zajęcia każdej z pozycji społecznych. Innymi słowy, gdy społeczny system kooperacji składa się z  $n$  pozycji społecznych zajmowanych przez reprezentatywne osoby, strona, w warunkach niewiedzy, musi przyjąć, że prawdopodobieństwo zajęcia miejsca każdej osoby wynosi  $1/n$ . To zaś nakazuje odrzucić skrajnie zachowawczą zasadę różnicy i prowadzi bezpośrednio do przyjęcia zasady średniej użyteczności.

Rawlowska strategia odparcia tej krytyki jest następująca. Przede wszystkim polega ona na podkreśleniu, że zasady sprawiedliwości stosują się do politycznych i społecznych instytucji, nie zaś do poszczególnych przypadków czy pojedynczych decyzji, takich jak przejście przez ulicę czy zawarcie małżeństwa. Reguła maksyminu nie jest zatem uniwersalnym pryncypium podejmowania decyzji w warunkach niepewności, stosuje się ją jedynie do „skali makro”, czyli instytucji<sup>60</sup>. W przywołanym artykule Rawls stwierdza, że szczególny przedmiot umowy w sytuacji pierwotnej dozwala na posłużenie się regułą maksyminu. Nie podaje jednak jakiegoś szczegółowego wyjaśnienia, dlaczego instytucjonalny wymiar rozważań zmienia tutaj tak wiele. W sukurs Rawlsowi przychodzą argumenty Binoda Kumany Agarwali, który przekonuje, że szczególne warunki sytuacji pierwotnej, tak zwana „gruba” zasłona niewiedzy, pozwalają wykluczyć Bayesowskie postulaty racjonalności<sup>61</sup>. Argument ten polega na wskazaniu, że czym innym jest po prostu nie wiedzieć, jaką pozycję zajmiemy w społeczeństwie (jak jest u Harsanyi'ego), czym innym zaś nie wiedzieć, z jakiego rodzaju społeczeństwem mamy do czynienia (jak u Rawlsa). W pierwszym przypadku znamy mniej więcej poziom zaawansowania i charakter systemu społecznego, a wybór zasad sprawiedliwości traktujemy jak kupowanie losu, gdzie nagrodą jest użyteczność osiągnięta w danej pozycji społecznej. W drugim przypadku kierujemy się nie użytecznością, lecz przede wszystkim „czysto moralnymi” względami, takimi jak bezstronność zasad czy przedstawienie wolnych i równych osób i konieczność obrony ich podstawowych interesów.

Tego rodzaju obrona jest nieprzekonująca, przede wszystkim ze względu na swoją niebywałą mętność. Pamiętajmy, że reguła maksyminu miała wykazać, że za zasadami sprawiedliwości (a szczególnie zasadą różnicy) stoi podstawowa racjonalność. Nie miała ona zatem apelować bezpośrednio do jakichś przekonań etycznych, jak wolne i równe osoby czy coś podobnego, lecz jedynie do podstawowej racjonalności. Nie jest także w ogóle jasne, dlaczego większa raczej niż mniejsza niewiedza miałaby nagle zmieniać taką podstawową racjonalność w coś zupełnie innego. Dlaczego nagle, ze względu na dużą grubość zasłony niewiedzy, mielibyśmy przestać kierować się prawdopodobieństwem? Dlaczego nagle

<sup>60</sup> J. Rawls, *Some Reasons for the Maximin Criterion*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 226.

<sup>61</sup> Por. B.K. Agarwala, *In Defence of the Use of Maximin Principle of Choice under Uncertainty in Rawls' Original Position*, „Indian Philosophical Quarterly” 1986, t. 13, nr 2, zvl. s. 165 i n.

mielibyśmy przyjmować, że nie należy się specjalnie troszczyć o to, co wykracza poza niezbędne minimum, zabezpieczone przez maksymin? Te kluczowe pytania pozostają bez odpowiedzi. Podobnie nie jest w ogóle jasne, w jaki sposób szczególnie przedmiot zasad sprawiedliwości, jakim są instytucje, miałyby wpływać na zmianę racjonalności. Oczywiście, istnieją powody, by stosować inne zasady do instytucji, inne do działań jednostkowych (czego nie chcą przyjąć utylitaryści czy libertarianie). Niemniej jednak, jeżeli w ogóle w ugruntowanie zasad angażować pojęcie (dedukcyjnej) racjonalności, należałoby się trzymać tych samych podstawowych reguł wyznaczających tę racjonalność.

W obliczu słabości argumentacji odwołującej się do reguł racjonalnego wyboru należy przyjąć, iż ostatecznie bardziej fundamentalne znaczenie posiada deliberatywne i intuicjonistyczne ugruntowanie zasad sprawiedliwości. Na poziomie deliberatywnym kluczowym jest odwołanie do idei równych i wolnych obywateli oraz społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. Wyjściowa umowa co do zasad sprawiedliwości rządzi się przy tym nie tyle racjonalnością (*rationality*), co raczej rozumnością (*reasonableness*). W pierwszej kolejności zatem nie badamy, jakie zasady racjonalnie jest przyjąć, lecz raczej jakie zasady najbardziej odzwierciedlają naszą rozumną naturę jako wolnych i równych obywateli społeczeństwa demokratycznego. Właśnie ze względu na ideę sprawiedliwej kooperacji obywateli przyznajemy podstawowe wolności z pierwszej zasady. Gdy chodzi o kwestie związane z dystrybucją dóbr innych niż podstawowe wolności, podstawowe znaczenie dla Rawlsa ma natomiast przekonanie, że takie czynniki jak wyjściowa pozycja społeczna czy naturalne uposażenie są arbitralne z moralnego punktu widzenia i domagają się rekompensaty.

Wskazane powyżej intuicje także wydają się kontrowersyjne, a ścieżka deliberatywna nie ma ścisłego charakteru i jest dość otwarta. Stawia to pod znakiem zapytania przekonanie Rawlsa, że zasada różnicy jest najlepszym możliwym ułożeniem społecznych nierówności. W swoich argumentach na rzecz sprawiedliwości jako bezstronności Rawls skupia się przede wszystkim na refutacji utylitaryzmu<sup>62</sup>, w ogóle nie podejmuje się (w ramach rozumowania w sytuacji pierwotnej) dyskusji z podejściem libertariańskim, nie wspominając już np. o zasadzie subsydiarności, którą można interpretować jako alternatywę

<sup>62</sup> Niewiele zmienia tu argumentacja zawarta w *JaF:R*. Rawls proponuje tam dwa „porównania fundamentalne” – w ramach pierwszego z nich strony umowy pierwotnej porównują dwie zasady sprawiedliwości wzięte razem z zasadą średniej użyteczności jako jedyną zasadą sprawiedliwości. Uznają, że ta ostatnia zasada nie zabezpiecza ich fundamentalnych interesów związanych z wolnością wyboru i rewizji koncepcji dobra, przez co odrzucają zasadę średniej użyteczności (*JaF:R*, § 27). Drugie porównanie fundamentalne to porównanie dwóch zasad sprawiedliwości wziętych razem z kombinacją pierwszej zasady sprawiedliwości i zasady średniej użyteczności obecnej w miejsce zasady różnicy. Rawls przyznaje, iż drugie porównanie (również oparte na braku możliwości przypisywania prawdopodobieństwa!) jest mniej konkluzywne i może być nieprzekonujące (*JaF:R*, § 40: 133).

dla zasady różnicy<sup>63</sup>. Nie jest wcale jasne, że strony kierujące się regułą maksyminu nie preferowałyby jednak samej autentycznej równości szans bez zasady różnicy czy choćby jakiejś formy zasady subsydiarności ujętej jako zasada dystrybucyjna. Nie można także wykluczyć, iż wybrałyby one jakiegoś rodzaju welferyzm<sup>64</sup>. Dlatego w kolejnej sekcji, poświęconej rozumowi publicznemu, zajmę się istotną zmianą w myśleniu Rawlsa, który do pewnego stopnia złagodził swoje sztywne stanowisko i przyznał, że nie sposób wykazać, że jedna jedyna sprawiedliwość jako bezstronność jest najlepszą koncepcją sprawiedliwości. Kooperacyjna koncepcja prawa, którą przedstawię w tym rozdziale, bierze pod uwagę tę istotną zmianę. Będę się starał pokazać argumenty, iż gdyby owo rozluźnienie poprowadzić dalej niż chciał Rawls, koncepcja byłaby bardziej realistyczna, bez uszczerbku jednak dla zasadniczych idei równych i wolnych obywateli oraz publicznego uzasadnienia instytucji.

## **B. Koncepcja rozumu publicznego jako model funkcjonowania zasad sprawiedliwości w praktyce**

Doktryna publicznego rozumu jest przede wszystkim uzupełnieniem doktryny uzasadniania, która u wczesnego Rawlsa wyczerpuje się w ideach sytuacji pierwotnej i refleksyjnej równowagi. Wraz ze zwrotem politycznym Rawls uznał, iż priorytet sprawiedliwości, w obliczu faktu pluralizmu, wymaga dodatkowej koncepcji uzasadniania, która nie jest ugruntowana w metafizycznej koncepcji osoby ani nie polega na „prawdziwości” założeń sytuacji pierwotnej<sup>65</sup>. Dlatego sądzę, że doktrynę publicznego rozumu należy rozumieć przez pryzmat dwóch podstawowych funkcji, które pełni. Po pierwsze, dostarcza ona modelu aplikacji zasad sprawiedliwości w warunkach rozumnego pluralizmu, czyli ich

---

<sup>63</sup> Przypomnijmy, iż zasada subsydiarności pochodzi z katolickiej nauki społecznej, w szczególności z nauczania papieskiego. Oznacza ona wymóg, by państwo angażowało się w realizację dobra wspólnego pod warunkiem, iż nie można osiągnąć jego realizacji drogą działania jednostkowego. Por. M. Sadowski, *Godność człowieka i dobro wspólne w papieskim nauczaniu społecznym (1878–2005)*, Wrocław 2010, [www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/34590/001.pdf](http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/34590/001.pdf) (dostęp: 20.02.2014), s. 180–182. W moim przekonaniu można ją interpretować jako alternatywę dla zasady różnicy – zasad subsydiarności jako zasady sprawiedliwości społecznej nakazywałaby mianowicie zabezpieczyć minimalny dobrobyt najbiedniejszych, o ile działalność samych jednostek i stowarzyszeń nie doprowadzi do tego zabezpieczenia.

<sup>64</sup> Argumentację broniącą welferyzmu w wersji neomarksistowskiej można znaleźć u Roemera. Por. J.E. Roemer, *Theories of Distributive Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, s. 263–302. Szeroką, przystępną syntezę współczesnych ujęć sprawiedliwości w świecie anglojęzycznym zawiera praca M. Sandela *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Penguin Books, London–New York 2009.

<sup>65</sup> Por. P. Weithman, *Why Political Liberalism? On John Rawls's Political Turn*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 19.

funkcjonowania w praktyce społecznej. Po drugie, w nowy sposób (w stosunku do *Teorii sprawiedliwości*) wyjaśnia, w jaki sposób społeczeństwo dobrze urządzone może być stabilne. Zagadnienia te co prawda nakładają się na siebie (aby społeczeństwo dobrze urządzone było stabilne, zasady sprawiedliwości muszą funkcjonować w praktyce), lecz należy je mimo wszystko rozpatrywać oddzielnie. Gdy chodzi o zagadnienie stabilności, jest ono *explicite* potraktowane przez Rawlsa i istnieje obszerna literatura na ten temat<sup>66</sup>. Nie będę się nim teraz systematycznie zajmował, choćby dlatego że zagadnienie owo podejmowałem już w rozdziale pierwszym. Głębszą analizę problematyki stabilności przedstawię natomiast w podrozdziale 2.5, w kontekście proponowanego przeze mnie ujęcia sprawiedliwego prawa jako dobra wspólnego. Proponowane ujęcie prawa dostarcza bowiem także nowej interpretacji i rozwiązania problemu stabilności.

Gdy chodzi o pierwszą z wymienionych przeze mnie funkcji idei publicznego rozumu, należy powiedzieć, że Rawls w żadnym miejscu nie pisze wprost, iż rozum publiczny stanowi model realizacji zasad sprawiedliwości w praktyce. Nie mam jednak wątpliwości, iż tak właśnie należy to rozumieć<sup>67</sup>. Rozum publiczny ma bowiem normować relacje pomiędzy obywatelami, gdy dotyczą one wiążącej wszystkich decyzji dokonywanej na poziomie politycznym, dotyczącej spraw podstawowej sprawiedliwości, której rezultatem jest wiążące wszystkich prawo<sup>68</sup>. Na tej właśnie płaszczyźnie teoria spotyka się z praktyką, w społeczeństwie, w którym istnieje jakaś forma stabilnego konsensu co do sprawiedliwości. Działając na podstawie zasad sprawiedliwości oraz zasad rozumowania na publicznym forum politycznym, obywatele są w stanie regulować wzajemne relacje w sposób pożądaný z punktu widzenia sprawiedliwości (por. *JaF:R*, § 26). Ze względu na dużą ogólność i wysoki poziom abstrakcji zasad, koncepcja sprawiedliwości nie nadaje się jednak do bezpośredniego zastosowania. Być może w skrajnych przypadkach same tylko zasady mogłyby być bezpośrednią podstawą roszczeń o charakterze politycznym na zasadzie prostej subsumpcji normy do faktu, na przykład gdyby nagle konstytucyjnie restytuowano niewolnictwo i organizowano „łapanki” niewolników w biedniejszych dzielnicach miast. Przeważnie jednak publiczne roszczenia i dyskusje są rozpatrywane nie na poziomie samej

<sup>66</sup> Doktrynę rozumu publicznego, traktowaną jako rozwiązanie problemu stabilności w warunkach pluralizmu, przenikliwie omawia F.M. Frohock, *The Boundaries of Public Reason*, „The American Political Science Review” 1997, t. 91, nr 4, s. 833–844.

<sup>67</sup> Jak trafnie podkreśla M. Żardecka-Nowak, możemy wyróżnić „dwie warstwy” idei rozumu publicznego – czysto teoretyczną warstwę idealną, która wskazuje, jak wyglądałoby społeczeństwo w całości oparte na rozumności oraz warstwę praktyczną, która pokazuje, jak radzimy sobie, jako wolni i równi obywatele, z głębokimi różnicami pomiędzy naszymi rozległymi doktrynami (por. M. Żardecka-Nowak, *Rozum i obywatel. Idea rozumu publicznego oraz koncepcja jednostki we współczesnej filozofii polityki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2007, s. 89).

<sup>68</sup> Por. F. Wendt, *Universalisierbarkeit und öffentliche Rechtfertigung*, „Zeitschrift für philosophische Forschung” 2013, t. 67, nr 4, s. 587–609.

sprawiedliwości, lecz w kontekście i obrębie politycznych instytucji. Koncepcja rozumu publicznego stanowi więc w moim przekonaniu studium wewnętrznej logiki demokratycznych instytucji i właśnie w tym kontekście winno się ją interpretować.

Aby dobrze zrozumieć ujęcie rozumu publicznego jako modelu praktycznej realizacji zasad sprawiedliwości, przyjrzyjmy się najpierw, w jaki sposób Rawls rozwiązywał tę kwestię w *TS*, gdy nie posługiwał się jeszcze ideą publicznego rozumu. Rozważania na temat sprawiedliwych instytucji poprzedził wówczas ideą „sekwencji czterech stadiów” (*TS*, § 31), stanowiącą kontraktualistyczny model konstrukcji porządku instytucjonalnego. Dokonuje się tu rozwinięcie idei sytuacji pierwotnej – wyobrażone strony porozumienia (1) obierają zasady sprawiedliwości w sytuacji pierwotnej, (2) tworzą zgodną z wybranymi zasadami konstytucję, (3) stanowią prawo zgodnie z konstytucją, (4) stosują przyjęty system praw i instytucji. Podczas tej procedury zasłona niewiedzy jest stopniowo uchylana; na każdym szczeblu dopuszcza się coraz szerszą wiedzę, ale tylko w zakresie elementów koniecznych i istotnych dla spraw, które mają być uregulowane. Odpowiednie ograniczenia pozostają zaś po to, by zapewnić sprawiedliwy wynik procedury. Toteż zasłona niewiedzy znika zupełnie dopiero na szczeblu ostatnim, gdy „przyjęto wreszcie pełny system reguł” (*TS*, § 31: 295) i nie ma już po co ograniczać wiedzy.

W późniejszych pracach Rawls również wspomina o sekwencji czterech stadiów, lecz nie rozwija ani nie modyfikuje swego pomysłu. Idea jest właściwie jedynie wzmiankowana; ani w *Liberalizmie politycznym*, ani w *Justice as Fairness: A Restatement* nie zalicza się w żadnym razie w poczet „idei fundamentalnych”. W moim przekonaniu daje się to wyjaśnić właśnie poprzez powiązanie sekwencji czterech stadiów z koncepcją publicznego rozumu, która ostatecznie przejmując funkcję tej pierwszej<sup>69</sup>. Wspólny sens dwu idei jest możliwy, ponieważ „sekwencja czterech stadiów” to kontrfaktyczny schemat aplikacji zasad, zaś domeną rozumu publicznego są właśnie zasady sprawiedliwości oraz reguły rozumowania dotyczące zastosowania i adekwatnej realizacji zasad w prawie i politykach (*LP*, VI, § 4.2). Opis sekwencji działa podobnie jak opis sytuacji pierwotnej – wskazuje punkt widzenia właściwy do rozstrzygnięcia danego rodzaju spraw, nakładając właściwe ograniczenia na rozumowanie. Posługiwanie się rozumem publicznym polega również na przyjmowaniu konkretnego punktu widzenia, czyli rozpatrywaniu danych kwestii z zachowaniem odpowiednich ograniczeń. Jak bowiem trafnie podkreśla Michael Baur, Rawlowskiej doktryny rozumu publicznego nie należy interpretować jako fenomenologicznego opisu faktycznych przekonań czy opinii obywateli, należy go pojmować jako szczególnego rodzaju

---

<sup>69</sup> Świadczy o tym stwierdzenie Rawlsa, iż sekwencji czterech stadiów nie należy rozumieć jako modelu funkcjonowania jakiegoś rzeczywistego systemu politycznego (*LP*, VIII, § 9: 543).



obowiązek stosujący się do rozumowania w sferze ściśle politycznej<sup>70</sup>. W sposób dobitny wyjaśnił to Rawls w wywiadzie dla czasopisma „Commonweal” – „rozum publiczny zajmuje się tym, jak pewne kwestie powinny być rozwiązane, ale nie rozstrzyga, które powody są dobre, a decyzje właściwe” (CI, 618). W tym sensie rozum publiczny dostarcza normatywnego modelu funkcjonowania zasad sprawiedliwości w praktyce (czego nie należy mylić z opisem ich faktycznego funkcjonowania). Jest on jednak znaczenie bardziej elastyczny w porównaniu do schematycznej sekwencji czterech stadiów, ponieważ uwzględnia on fakt pluralizmu, a także pewnego ograniczonego pluralizmu w sferze koncepcji sprawiedliwości. W następnych akapitach rekonstruuję ten model.

Punktem wyjścia Rawlsa jest założenie, że obywatele współczesnych społeczeństw „[w] swej myśli politycznej i w dyskusji nad politycznymi kwestiami [...] nie postrzegają ładu społecznego jako ustalonego porządku naturalnego ani jako hierarchii instytucjonalnej usprawiedliwionej przez wartości religijne czy arystokratyczne” (LP, I, § 3.1: 47–48). Układ zajmowanych przez poszczególne podmioty pozycji oraz warunki, pod jakimi przebiega ich współpraca, traktuje się tutaj jako pozostające zasadniczo w mocy człowieka, podlegające debacie publicznej i zależnym od jej wyników przemianom. Warto w tym miejscu przypomnieć o *stricte* politycznym wymiarze tych twierdzeń – nie mamy tutaj do czynienia z sądem metafizycznym, że nie istnieje Bóg i Opatrzność czy też że nie istnieją obiektywne, substancjalne wartości czy cnoty działań ludzkich, którym należy się podporządkować. Aby należycie zrozumieć myśl Rawlsa, należy bezwzględnie pamiętać, że polityczny konstruktywizm abstrahuje od takich sądów, co oznacza, że nie zajmuje stanowiska w kwestii ich prawdziwości. W ramach kultury politycznej demokratycznego konstytucjonalizmu traktujemy więc społeczeństwo tak, jak g d y b y było ono wynikiem porozumienia jednostek. Ze względu zaś na fakt pluralizmu owo porozumienie nie może natomiast być ugruntowane na jednej wybranej doktrynie metafizycznej. Wymagałoby to bowiem użycia opresyjnej siły państwa i usytuowałoby to część rozumnych obywateli, niepodzielających doktryny panującej, w nieuzasadnionej, gorszej pozycji. Obywatele zatem u m a w i a j ą s i ę, że kiedy angażują się jako obywatele w praktyki politycznego uzasadniania, których rezultatem jest wiążące wszystkich prawo, stosują publiczny rozum i polityczną koncepcję osoby. Powstaje w związku z tym imperatyw, by w określonych sytuacjach – kwalifikowanych debatach publicznych – formułować swoje przekonania i argumenty (choćby w rzeczywistości miały one inną naturę) w polityczno-prawniczym języku uprawnień, obowiązków czy rozumnych procedur. Tu właśnie rodzi się potrzeba publicznego rozumu. Za pomocą publicznego punktu widzenia można osiągnąć wiążącą wszystkich decyzję, która będzie do przyjęcia dla każdego w ten sam sposób – model realizacji zasad sprawiedliwości raz jeszcze przywołuje centralną i organizującą ideę wzajemności.

<sup>70</sup> M. Baur, *On Actualizing Public Reason*, „Fordham Law Review” 2004, t. 73, s. 2153.

Problem stabilności, który w tym miejscu także domaga się wyjaśnień, odkładam w tym momencie aż do podrozdziału 2.5, gdzie zajmuję się dobrem wspólnym. Przejdźmy teraz do określenia idei publicznego rozumu.

Rozum w ogóle to w terminologii Rawlsa „sposób formułowania swoich planów, układania celów według pierwszeństwa i podejmowania decyzji odpowiednio do tego” (*LP*, VI, 293). Pojęcie „rozumu publicznego” należy rozumieć przez pryzmat tej definicji – jest to pewien *modus operandi*, jakiego wolni i równi obywatele państwa demokratycznego powinni używać, określając warunki kooperacji na publicznym forum politycznym, podejmując decyzje dotyczące ogółu, mające na celu sprawiedliwą kooperację<sup>71</sup>.

W społeczeństwie demokratycznym rozum publiczny to rozum równych obywateli którzy, jako pewne ciało zbiorowe, sprawują najwyższą, opartą na przymusie władzę polityczną jedni nad drugimi, uchwalając prawa i poprawiając swoją konstytucję (*LP*, VI, 295).

W *Idei rozumu publicznego raz jeszcze* Rawls podaje pięć aspektów wskazujących na strukturę idei, ukazując płaszczyznę, na której rozum publiczny funkcjonuje oraz określając właściwe dlań miejsce w społeczeństwie demokratycznym. Ideę publicznego rozumu należy interpretować, uwzględniając łącznie owe aspekty, w przeciwnym razie może stać się ona niewiarygodna lub źle rozumiana. Są to:

(1) fundamentalne zagadnienia polityczne, do których się stosuje; (2) osoby, do których się stosuje (urzędnicy państwowi i kandydaci do urzędów publicznych); (3) treść wywodząca się z rodziny politycznych koncepcji sprawiedliwości; (4) zastosowanie tych koncepcji w tworzeniu norm, które zostaną wprowadzone w formie legalnego prawa demokratycznego ludu; (5) obywatelską kontrolę zgodności zasad wyprowadzonych z koncepcji sprawiedliwości z kryterium wzajemności (*RPRJ*, 189).

Aspekt (4) będzie zagadnieniem kluczowym w podrozdziale 2.3, gdzie zajmuję się bezpośrednio zagadnieniem prawotwórstwa, w tym momencie jednak go pozostawiam. Ponadto, w tym rozdziale nie podejmuję w ogóle kwestii obywatelskiej kontroli zgodności, o której wspomina Rawls w aspekcie (5) – będzie ona przedmiotem rozważań już w kontekście konkretnych rozwiązań prawnych, a zatem w trzecim rozdziale. Jednakże w podrozdziale 2.3 powrócę raz jeszcze do przywołanego tutaj kryterium wzajemności, ze względu na jego kluczowe znaczenie dla modelu procedury tworzenia prawa. Ze względu na wskazane wymogi systematyki rozprawy, w tym miejscu zajmę się jedynie pierwszymi trzema aspektami publicznego rozumu.

---

<sup>71</sup> Należy bardzo wyraźnie podkreślić, iż rozum publiczny nie jest wyłącznie *modus vivendi*. Choć nie jest ufundowany na jakiejś wybranej doktrynie etycznej, jest bez wątpienia domeną publicznej moralności. Wątki te rozwija, w ramach swej oryginalnej koncepcji G. Gaus (*The Order...*, zwł. s. 101–182).

Jak już wspominałem, rozum publiczny sprowadza się do pewnych ograniczeń stosujących się do rozumowania na publicznym forum politycznym<sup>72</sup>. Wiąże się on zatem integralnie z obowiązkiem stosowania się do tych ograniczeń. Jest to tak zwany obowiązek grzeczności (*duty of civility*), który ciąży na osobach występujących jako obywatele, deliberujących w określonych sytuacjach. Wymaga on przedstawienia swoich argumentów w publicznym języku uprawnień, obowiązków i wartości politycznych, a także chęci zrozumienia innych w tym duchu (*LP*, VI, § 2.1). Ma on jednak niejurydyczny (niezupełny) charakter, przez co sytuuje się w sferze obowiązków czysto moralnych<sup>73</sup>. Aspekty (1) i (2) wskazują, w jakich sprawach zachodzi obowiązek grzeczności oraz na jakich osobach on ciąży. Innymi słowy, określają zakres podmiotowy i przedmiotowy publicznego rozumu.

Intuicyjna idea byłaby taka, że ilekroć formułujemy argumenty w sferze publicznej, obowiązują nas reguły publicznego rozumowania. Wszak jako obywatele społeczeństwa demokratycznego jesteśmy swoim współobywatelom każdorazowo winni publiczne uzasadnienie naszych sądów dotyczących dobrego życia, dobrego prawa czy pożądanej polityki społecznej. Rawls jednak nie idzie tak daleko, chcąc uniknąć dominacji doktryny liberalno-demokratycznej we wszystkich sferach życia, także życia pospólnego<sup>74</sup>. Proponuje w związku z tym rozwiązanie, według którego powinność ta stosuje się jedynie do zagadnień ściśle politycznych, rozpatrywanych na publicznym forum politycznym, czyli: w sądach wyższego szczebla, państwowych organach ustawodawczych i wykonawczych wysokiego szczebla i podczas kampanii wyborczych kandydatów na te urzędy (*RPRJ*, 190). Wyliczenie części forum politycznego nie ma jednak charakteru enumeratywnego, przeciwnie, ostatecznie każdy obywatel, którego działanie wiąże się bezpośrednio z forum politycznym (na przykład głosowanie w wyborach parlamentarnych), powinien przestrzegać ograniczeń publicznego rozumu. „Publiczne forum polityczne” oznacza zatem sferę, w której podejmuje się decyzje wiążące wszystkich obywateli, zinstytucjonalizowane najczęściej w formie praw, a w każdym razie integralnie powiązane z władzą posiadającą monopol na legitymowany przymus. Co szczególnie warto odnotować, pewne elementy konwencjonalnie pojmowanej „sfery publicznej”, takie jak publicystyka, nauka, czy religia, sytuują się poza publicznym forum politycznym i posługują się właściwym sobie rozumowaniem.

<sup>72</sup> Por. K. Greenwalt, *Natural Law and Public Reasons*, „Villanova Law Review” 2002, t. 47, nr 3, s. 531–552.

<sup>73</sup> Oznacza to, iż przestrzeganie tego obowiązku nie może być zabezpieczone w drodze przymusu prawnego. Godziłoby to w wolność słowa. Jak zobaczymy w rozdziale 3, ograniczenia wolności słowa są usprawiedliwione tylko pod ściśle określonymi i restrykcyjnymi warunkami. Obowiązek grzeczności przypomina zatem obowiązki niepełne, o których pisał Kant. Por. I. Kant, *Metafizyka moralności*, przeł. E. Nowak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 260–261 [AA 394–395].

<sup>74</sup> Por. M. Nussbaum, *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, „Philosophy & Public Affairs” 2011, t. 39, nr 1, s. 15–18.

Zakres podmiotowy obowiązku grzeczności jest zatem dynamiczny w tym sensie, że dotyczy w zasadzie każdego obywatela, o ile znajduje się on w szczególnej sytuacji, jaką jest argumentacja na publicznym forum politycznym.

Gdy chodzi o zakres przedmiotowy rozumu publicznego, obejmuje on kwestie „sprawiedliwości podstawowej” oraz „niezbędnych elementów konstytucji”. Są to zatem sprawy o fundamentalnym znaczeniu, gdzie w grę wchodzi podstawowe interesy obywatela, regulowane przez publiczną koncepcję sprawiedliwości. Dotyczy to zagadnień związanych ze społeczną kooperacją, o ile opiera się ona na opisanych w poprzednim podrozdziale dobrach pierwotnych lub też determinuje ich dystrybucję. Są to tak zwane zagadnienia sprawiedliwości podstawowej, dotyczące bezpośrednio podstawowej struktury społeczeństwa. Drugi blok zagadnień to niezbędne elementy konstytucji – najważniejsze reguły procesu ustawodawczego oraz struktury władzy i poszczególnych jej działów oraz podstawowe prawa i wolności obywatelskie, mające zabezpieczać wolność i równość obywateli.

Warto zwrócić uwagę, iż z takiego ujęcia aspektów (1) i (2) wyłania się stosunkowo wąska koncepcja forum politycznego. Gdyby doktrynę publicznego rozumu stosować do szerszego spektrum zagadnień, do złudzenia przypominałaby teorię działania komunikacyjnego Jürgena Habermasa i jego etykę dyskursową. Jak podkreśla Rawls w swojej odpowiedzi Habermasowi, etyka dyskursowa jest wszakże rozległą doktryną, zaś doktryna rozumu publicznego funkcjonuje, jak widzieliśmy wyżej, w ograniczonej sferze<sup>75</sup>. Pozostawia się tu zatem rozległą przestrzeń dla sfery wolnego dyskursu prowadzonego w ramach społeczeństwa obywatelskiego. Rawls nazywa tę sferę kulturą podłoża (*background culture*), odróżniając ją od publicznej kultury politycznej. Sprawa jest prosta rzecz jasna jedynie na pierwszy rzut oka, wiąże się z wieloma możliwymi zarzutami i problemami. Zajmę się nimi w następnym podrozdziale, gdzie pokażę funkcjonowanie publicznego rozumu na przykładzie modelowego prawodawstwa.

Na trzeci aspekt publicznego rozumu, czyli jego treść, składają się na dwojaki rodzaj elementów: (a) zasady i wartości politycznej sprawiedliwości, czyli sprawiedliwości struktury podstawowej oraz (b) zasady rozumowania czy dociekania stosowane przy wydawaniu sądów dotyczących tego, które zasady i wartości polityczne powinniśmy przyjąć, jak należy je interpretować i w jaki sposób aplikować do rzeczywistości społecznej<sup>76</sup>. Co do (a), możemy wyróżnić w ramach filozofii Rawlsa dwa możliwe podejścia. To, jakie zasady i wartości będą treścią

<sup>75</sup> Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 134–146; J. Rawls, *Reply to Habermas*, 376–378; W. Kersting, *Gerechtigkeit und öffentliche Vernunft. Über John Rawls' politischen Liberalismus*, Mentis, Paderborn 2006, s. 158–163.

<sup>76</sup> Por. *PL*, VI § 4.2: 308; *JaF:R*, § 26: 89.

rozumu publicznego, zależy od tego, jak głęboki jest częściowy konsens<sup>77</sup>. Jeżeli mamy do czynienia ze społeczeństwem dobrze urządzonym, gdzie każdy przyjmuje jedną i tę samą koncepcję sprawiedliwości, będą to po prostu opisane wyżej zasady sprawiedliwości, składające się na sprawiedliwość jako bezstronność. Jak pamiętamy z pierwszego rozdziału, Rawls dopuszcza pewne stadium pośrednie (co stanowi koncepcję bardziej realistyczną), gdzie przedmiotem konsensu jest pewna rodzina koncepcji sprawiedliwości, które są liberalne lub dają się przedstawić jako liberalne. Pisząc o argumentacji w sytuacji pierwotnej, sygnalizowałem, iż nie jest to narzędzie na tyle konkluzywne, by z dużą dozą pewności pozwalało odrzucić wszelkie konkurencyjne koncepcje. Rawls stoi co prawda na stanowisku, że podaje wystarczającą argumentację, by odrzucić zasadę średniej użyteczności na rzecz zasady różnicy, natomiast wiele koncepcji pokrewnych, a przy tym mniej egalitarnych, nie jest wprost przedmiotem polemiki. Pociąga to za sobą nieco swobodniejsze ujęcie publicznego rozumu, którego treść nie zamyka się w jednej koncepcji, lecz w szerszym zbiorze koncepcji pokrewnych<sup>78</sup>.

Tego rodzaju podejście nazywam „koncepcją otwartej treści” rozumu publicznego. Przyjmuje ona, iż zaangażowani w publiczny dyskurs obywatele różnią się nie tylko co do rozległych doktryn, lecz także, do pewnego stopnia, co do koncepcji sprawiedliwości. Podzielają co prawda pewne podstawowe przekonania o demokratycznym i kooperacyjnym charakterze społeczeństwa i pozostają przywiązani do podstawowych wolności i zasad państwa prawa. Z tych podstawowych idei można jednak wywieść różne koncepcje sprawiedliwości, które nie są być może tak fundamentalnie odmienne jak rozległe doktryny, są jednak na tyle różne, iż trudno spodziewać się rychłego dojścia do jednomyślności. Ponadto obowiązek grzeczności nakazuje interpretować owe odmienne koncepcje sprawiedliwości jako koncepcje rozumne. Koncepcja otwartej treści rozumu publicznego rozszerza kategorię rozumnej niezgody także na sferę dyskursu o sprawiedliwości na publicznym forum politycznym<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Pojęcie częściowego konsensu wyjaśniłem w podrozdziale 1.4.

<sup>78</sup> Co ciekawe, pewne załączki tego myślenia odnajdziemy już w *TS*, s. 506.

<sup>79</sup> Powstaje w tym miejscu pytanie o genezę rozumnej niezgody w tej sferze. Rawls jest przekonany, że stan bliski jednomyślności co do koncepcji sprawiedliwości jest praktycznie osiągalny, więc nie podejmuje tego tematu. Wydaje się jednak, iż jego własna koncepcja ciężarów sądu (omówionych przeze mnie w rozdziale 1), dostarcza wystarczającego wyjaśnienia. Założenie, że mechanizmy ciężarów sądu nie działają tak samo w przypadku rozumowania o sprawiedliwości, wydaje się nieuprawomocnione. Twierdzenie o ciężarach sądu wspiera normatywny wymóg równego szacunku dla obywateli i wysuwanych przez nich propozycji co do sprawiedliwości. Te wątki w myśli Rawlsa podkreśla Larmore (por. Ch. Larmore, *The Moral Basis of Political Liberalism*, „The Journal of Philosophy” 1999, t. 96, nr 12, s. 599–625). To wyjaśnienie oznacza, iż nie trzeba wprowadzać dodatkowych kategorii, takich jak pluralizm wartości czy „istotowa sporność” podstawowych pojęć, które byłyby wyjściem poza kategorie Rawlsa (por. W. Ciszewski, A. Dyrda, *Remedium wobec diagnozy, czyli jak liberalizm polityczny odpowiada na fakt niezgody*, „Diametros” 2013, nr 37, s. 13–33).

Pomimo iż takie podejście sugeruje sam Rawls, nie przyjmował on jednak tej koncepcji w mocnej wersji. Choć pisał o „rodzinie” liberalnych koncepcji sprawiedliwości, nie był skłonny włączyć „do rodziny” zbyt szerokiego spektrum doktryn. Choć zakładał, że w społeczeństwie niepełnego częściowego konsensu funkcjonują różne koncepcje polityczne, to nałożył na nie dość restrykcyjne kryteria – każda z koncepcji sprawiedliwości, jeśli ma partycypować w niepełnym częściowym konsensie, musi zawierać komponenty jednoznacznie egalitarystyczne<sup>80</sup>. Wśród koncepcji, które mogą partycypować w rozumie publicznym, Rawls wymienia na przykład propozycję Habermasa czy katolicką naukę społeczną, *explicitie* wykluczając przede wszystkim libertarianizm, także w minarchistycznej wersji Roberta Nozicka (zob. *RPRJ*, 202–203). Analogicznie, wszelkie koncepcje zbudowane na klasycznym liberalizmie, sytuujące się w opozycji do demokratycznego egalitaryzmu, zostają odrzucone jako niespełniające wszystkich podstawowych kryteriów<sup>81</sup>. Aby partycypować w częściowym konsensie, doktryna musi bowiem zawierać łącznie trzy elementy:

Po pierwsze listę pewnych podstawowych praw, wolności i szans (podobnych do tych, jakie znamy z ustrojów konstytucyjnych).

Po drugie, każda przynajmniej szczególny priorytet tym prawom, wolnościom i szansom, szczególnie w stosunku do roszczeń dobra powszechnego i wartości perfekcjonistycznych.

Po trzecie, każda zakłada podjęcie kroków w celu zapewnienia wszystkim obywatelom wszechstronnych środków umożliwiających czynienie efektywnego użytku z wolności (*RPRJ*, 201).

Poza sferą dopuszczalnych koncepcji politycznych sytuuje się na przykład ortodoksyjny marksizm, podobnie jak większość stanowisk nacjonalistycznych czy radykalnie konserwatywnych. W sposób oczywisty nie spełniają one żadnego z tych kryteriów, gdyż prawa jednostki nie posiadają tutaj priorytetu, pozostając zależnymi odpowiednio od praw materializmu historycznego, wartości kolektywistycznych czy odziedziczonego po przodkach ładu<sup>82</sup>. Kryteria owe jednak są

<sup>80</sup> Należy jednak zwrócić uwagę, iż zasada różnicy została uznana za zbyt kontrowersyjną, by być podstawową zasadą ustrojową. W jej miejsce Rawls wprowadza rozsądne minimum socjalne (por. W. Kersting, *Gerechtigkeit und öffentliche Vernunft...*, s. 141–142).

<sup>81</sup> Por. S. Freeman, *Rawls*, s. 403. Jak podkreśla Freeman, Rawls odrzuca nie tyle klasyczny liberalizm (sam uważa się bowiem za kontynuatora tradycji Locke’a, powołuje się często na Milla), co jego współczesne, libertariańskie interpretacje. Libertarianizm nie uwzględnia bowiem, zdaniem Rawlsa, fundamentalnej roli wolności sumienia, wyznania i wypowiedzi politycznej, które w pewnym sensie „znosi” absolutne prawo własności i absolutna swoboda umów (ibidem, s. 52). Sądzę jednak, że spór pomiędzy egalitarnym liberalizmem a libertarianizmem można potraktować jako rozumny spór o rozłożenie akcentów przy rozwiązaniu politycznego sporu pomiędzy autentyczną wartością wolności dla wszystkich a pomiędzy poszanowaniem własności i rynku.

<sup>82</sup> Dlatego też zgadzam się z Abner S. Greene, iż rozum publiczny (przy pewnej interpretacji) nie jest elementem doktryny ściśle politycznej, lecz staje się niepokojąco podobny do jakiejś liberalnej doktryny rozległej. Jeżeli wykluczyć pluralizm w koncepcjach sprawiedliwości, rozum publiczny poszukuje bowiem nie tyle uczciwych zasad politycznej gry, co pewnego wspólnego gruntu,



jeszcze bardziej ekskluzyjne i nie spełnia ich również duża część doktryn z tradycji liberalnej, jak choćby „rozległe” liberalizmy Milla i Kanta, ponieważ przyznają prymat wartościom perfekcjonistycznym, a także (obok filozoficznego libertarianizmu Nozicka) cała szkoła myślicieli ekonomicznych, wywodząca się od Ludwika von Misesa, a to przez wzgląd na niedostateczną troskę o powszechne gwarancje autentycznej wartości wolności. Większość z tych doktryn może co prawda funkcjonować w kulturze podłoża, ze względu na obowiązywanie zasady wolności słowa, lecz na mocy ograniczeń rozumu publicznego doktryny te będą pozbawione wpływu na wiążące wszystkich decyzje polityczne<sup>83</sup>. Jest to wszakże strata, z którą żadna z tych doktryn nie może się pogodzić, gdyż dla większości z nich to właśnie sfera polityczności stanowi esencję doktryny. Tak ekskluzyjne ujęcie publicznego rozumu prowokuje zatem do krytyki. Wydaje się, iż wiele z wykluczonych przez Rawlsa doktryn można przedstawić jako oparte na idei społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji i odwołujące się do podobnej tradycji co Rawls. Aby idea publicznego rozumu była bardziej wiarygodna, należałoby zatem rozluźnić przedstawione wyżej kryteria. Jest całkowicie jasne, iż przyjęcie zasady *anything goes* byłoby sprowadzeniem idei publicznego rozumu do absurdu. Jeżeli doktryna ma mieć sensowną treść, musi wykluczać pewne stanowiska. Wydaje się jednak, że Rawls proponuje zbyt ciasne, a przede wszystkim zbyt arbitralne kryteria dla koncepcji politycznych. Dlatego kooperacyjna koncepcja prawa przyjmuje koncepcję otwartej treści rozumu publicznego w wersji mocniejszej niż Rawls<sup>84</sup>. Do problemu tego powracać będą wielokrotnie podczas rozważania spraw uzasadniania i obowiązywania prawa.

Przejdźmy teraz do drugiego zbioru elementów treści publicznego rozumu (b). Oczywistym jest, iż obok substancjalnych zasad i wartości politycznego współżycia rozum publiczny musi wyznaczać też reguły dotyczące stosowania i interpretowania tych zasad wraz z regułami ich rozsądzania w razie konfliktu. W myśl doktryny publicznego rozumu istnieje określona klasa racji, do których można się odwoływać podczas procesu publicznej dyskusji. Rawls wymienia przykładowo „przekonania i sposoby rozumowania zawarte w zdrowym rozsądku, metody i wnioski nauki, o ile nie są kontrowersyjne” (*JaF:R*, § 26.2: 90). Racje te spełniać muszą kryterium wzajemności, to znaczy muszą móc być przekonujące dla każ-

---

który musi ostatecznie wynikać z jakiejś rozległej liberalnej doktryny (por. A.S. Greene, *Constitutional Reductionism, Rawls, and The Religious Clauses*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, zwł. s. 2099–210). Wydaje się jednak, iż koncepcja otwartej treści może zaradzić tej krytyce, szczególnie, gdy rozszerzyć ją w sugerowanym przez mnie poniżej kierunku.

<sup>83</sup> Podejście owo krytykował także A. Sen, nazywając je „zamkniętą bezstronnością” (por. A. Sen, *The Idea of Justice*, Penguin Books, London 2010, s. 124–155).

<sup>84</sup> Takie podejście zdaje się przyjmować, obok wspomnianego wyżej Sena, także Gerald Gaus. Za podstawę rozumu publicznego przyjmuje on bowiem nie jakieś konkretne zasady sprawiedliwości, lecz otwartą na deliberację zasadę publicznego uzasadniania, podobną do Rawlowskiej wzajemności (por. G. Gaus, *The Order...*, s. 263).

dego jako wolnego i równego obywatela, niezależnie od tego, z jakiej grupy czy klasy społecznej się wywodzi, czy też od tego, jaki światopogląd reprezentuje. W tym miejscu w sposób szczególny dochodzi do głosu obowiązek grzeczności, nakazujący argumentować w ramach rozumnych koncepcji politycznych. Wynikają stąd podstawowe ograniczenia:

- (1) Zakaz bezpośredniego i wyłącznego powoływania rozległej doktryny, którą się wyznaje.
- (2) Zakaz powoływania skomplikowanych teorii, jak choćby ekonomiczne teorie równowagi (ibidem).

Odnosząc się do punktu (1), należy podkreślić, że owego zakazu nie należy interpretować restrykcyjnie (powiedzmy w duchu laickim). Rawls wyraźnie odróżnia rozum publiczny od rozumu świeckiego, który jest niczym innym, jak elementem rozległej doktryny negującej istnienie Boga lub zasadność religii (*RPRJ*, 203). Argument w duchu świeckim (powiedzmy, reprezentujący światopogląd materialistyczny i scjentystyczny) nie spełnia kryterium wzajemności, gdyż osoby religijne nie mogą go zaakceptować w ten sam sposób, co osoby świeckie. Kryterium wzajemności wymaga natomiast, aby wszelkiego rodzaju argumenty przedstawiane były tak, by można je zrozumieć i przyjąć, odwołując się do wspólnego punktu widzenia, jako wspierające zasady i wartości polityczne zabezpieczone przez konstytucję. Rozległe doktryny mogą być co do zasady wprowadzone do dyskursu na publicznym forum politycznym, jednak z zachowaniem tak zwanej „klauzuli” (*proviso*) nakazującej równoległe prezentowanie (lub możliwość zaprezentowania w odpowiednim czasie) argumentu o charakterze politycznym. W *O Idei rozumu publicznego raz jeszcze* „klauzula” brzmi: „[jest dozwolone] w każdej chwili wprowadzić do dyskusji politycznej naszą rozległą doktrynę, religijną lub niereligijną, pod warunkiem jednak, że we właściwy sposób dostarczymy stosownych racji publicznych wspierających nasze zasady i politykę” (*RPRJ*, 205). W *Justice as Fairness: A Restatement* Rawls wskazuje zalety takiego stanowiska. Swobodne wprowadzanie rozległych doktryn na forum polityczne sprawia, iż stajemy się bardziej wiarygodni wobec innych obywateli, informując ich, skąd się wywodzimy i skąd czerpiemy nasze polityczne racje (*JaF:R*, § 26.2: 90).

Wydaje się jednak, iż wymóg równoległego podawania racji publicznych pozostaje nieco niejasny. Rawls rozważa na tę okoliczność szereg przykładów (*RPRJ*, 208 i n.), które jednak nie rzucają zbyt wiele światła na to, co powiedziałem wcześniej. Jasne jest z pewnością, że odpowiednie odwołanie się do rozległej doktryny na forum politycznym nie może być oderwane od politycznych i prawnych instytucji społeczeństwa demokratycznego. Na przykład, broniąc wartości rodziny, nie wystarczy podać argumentów z woli Boga czy prawa naturalnego, a należy dodać argumenty umieszczające rodzinę w systemie podstawowych instytucji i wskazując znaczenie, jakie posiada dla społeczeństwa (por. *RPRJ*, 209–210). Pytanie jednak, jak inni obywatele mają rozumieć argumenty z prawa naturalnego

czy woli Boga, których nie podzielają, a które mimo to można, zdaniem Rawlsa, przywoływać w dyskursie. Czy mają być one jedynie dodatkiem komunikującym, skąd ktoś się wywodzi, czy też rzeczywistą składową politycznego dyskursu? Rawls nie udziela jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie.

Być może w celu odnalezienia satysfakcjonującej odpowiedzi należałoby odwołać się do koncepcji „przetłumaczenia” argumentów pochodzących z rozległej doktryny na szeroko podzielane w danym społeczeństwie argumenty polityczne. Ruch w tę stronę jednak zwiódłby nas na manowce – argumentów z prawa naturalnego nie można przecież oderwać od ich uzasadnienia, a „przetłumaczenie” nieuchronnie by się z tym wiązało. Rawls zresztą nie wspomina w tym kontekście o „tłumaczeniu”, lecz o równoległym wysuwaniu racji politycznych i pochodzących z rozległej doktryny. Należy zatem poszukiwać innej drogi.

Sądzę, że można zaproponować następujące rozwiązanie tego problemu: punktem wyjścia jest tu założenie, że jako współobywatele społeczeństwa demokratycznego różnimy się fundamentalnie co do światopoglądu, lecz zarazem szanujemy się wzajemnie. Po raz kolejny przychodzi nam zatem na pomoc zasada wzajemności. Wzajemność nakazuje interpretować wysuwane argumenty w języku zasad i wartości politycznych, to znaczy tak, aby były do przyjęcia dla każdego. Jeżeli rzeczywiście chcemy dopuścić odwołanie do rozległych doktryn, należy przyjąć oparte na wzajemności domniemanie, że argumentacja naszych współobywateli posiada treść odwołującą się do wspólnych wartości politycznych, pomimo, że jest osadzona w rozległej doktrynie. Co za tym idzie, możemy zakazać powoływania rozległej doktryny, ale tylko wtedy, gdy jesteśmy w stanie dowieść, że jej treść posiada fundamentalnie niezgodne z konstytucją i sprawiedliwością konsekwencje polityczne. Chodzi oczywiście o zakazywanie każdorazowo, *ad hoc*, nie zaś obłożenie danej doktryny anatimą. Według mojej interpretacji istnieje zatem generalne dozwoleństwo wprowadzania rozległych doktryn do dyskursu oraz możliwość jego zakazania pod warunkiem, że w danym przypadku byłoby to fundamentalnie niezgodne z koncepcją polityczną lub z rodziną takich koncepcji. Ciężar udowodnienia, że powołanie danej doktryny jest w danym przypadku niedopuszczalne spoczywa jednak na żądającym takiego zakazu, ponieważ co do zasady obowiązuje domniemanie grzeczności i dobrej wiary współobywateli<sup>85</sup>. Przypomnijmy przy tym, że ów zakaz ma jedynie charakter moralny, nie zaś

<sup>85</sup> Warto w tym miejscu odnotować, iż owa interpretacja może się wydawać nadzwyczaj kontrowersyjna. Wszak Rawls zasłynął właśnie tym, iż wykluczył argumenty pochodzące z rozległych doktryn jako metafizyczne, nie zaś polityczne. Na takim rozumieniu idei liberalnego publicznego rozumu opiera się jego krytyka (por. R. Prostak, *Teista w demoliberalnym świecie*, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2014, s. 175–195). Interpretacja ta, która zdaje się prowadzić do stwierdzenia, że racje publiczne muszą mieć w ostatecznym rozrachunku świecki charakter, wydaje się uprawniona. Sądzę jednak, iż jeśli wziąć poważnie stwierdzenie Rawlsa z *JaF:R*, iż jego doktryna publicznego rozumu zakłada generalne dozwoleństwo wprowadzania rozległych doktryn do dyskursu publicznego (§ 26.2: 90), można także argumentować, iż intencja autora (przynajmniej w latach 90.)

prawny. „Zakazanie” oznacza zatem raczej „nieprzyznanie legitymacji” niż jakąś prawno-proceduralną eliminację danych argumentów. Doktryna publicznego rozumu interpretowana w ten sposób wydaje się dość realistyczna i spójna.

Odnosnie punktu (2), znajdziemy tu mniej problemów czy kontrowersji. Zakaz powoływania skomplikowanych argumentów naukowych (przede wszystkim modeli matematycznych) na publicznym forum politycznym wpływa z moralnego wymogu, by argumenty prezentowane publicznie były ogólnodostępne dla ogółu obywateli. Rozum publiczny musi się zatem opierać na zdrowym rozsądku, by argumenty były możliwe do przyjęcia dla każdego w podobny sposób. Powoływanie się w dyskusjach politycznych na przykład skomplikowanych teorii równowagi ekonomicznej uczyniłoby dyskurs publiczny ezoterycznym i niezrozumiałym dla ogółu obywateli. O ile zaś argument dotyczy spraw sprawiedliwości podstawowej i niezbędnych elementów konstytucji, musi być dostępny co do zasady dla każdego.

### **2.3. Publiczny proces prawotwórczy w świetle filozofii politycznej Rawlsa. Zasady sprawiedliwości jako zasady prawne**

W poprzednim podrozdziale opisałem rozum publiczny jako przestrzeń, w której koncepcja sprawiedliwości realizuje się w społecznej praktyce. Zrekonstruowałem ogólny model, w którym obywatele są obowiązani przestrzegać wymogów publicznego rozumu, gdy w sposób wiążący dla wszystkich argumentują i decydują o fundamentalnych sprawach związanych z niezbędnymi elementami konstytucyjnymi oraz z podstawową sprawiedliwością. Główny cel tej rozprawy wymaga teraz szczegółowego zbadania, czy da się ten ogólny model rozwinąć w kierunku modelu prawodawstwa. Nie jest bowiem do końca jasne, jakiego rodzaju związek sprawiedliwości z prawem wynika z myśli Rawlsa. Innymi słowy nie jest jasne, czy „podstawowa sprawiedliwość” jako cecha prawa funkcjonuje wyłącznie na poziomie ustroju państwa i głównych postanowień konstytucji (czyli ograniczona jest jedynie do wybranych gałęzi prawa publicznego) czy też stosuje się do prawa w ogóle. Do tej pory moje rozważania konsekwentnie zmierzały w kierunku tej drugiej możliwości. Aby jednak dostatecznie wykazać, że taki związek zachodzi, należy wskazać implikacje doktryny rozumu publicznego dla prawodawstwa i moralnego uzasadnienia prawa.

---

była następująca – jeżeli dany argument pochodzi z rozległej doktryny, może być wprowadzony na forum publiczne, o ile odwołuje się zarazem do jakiejś interpretacji idei społeczeństwa jako systemu kooperacji oraz wolności i równości obywateli, zachowując pewne kryteria dla rodziny koncepcji liberalnych. Dopiero gdy argument o proweniencji na przykład religijnej konsekwentnie poprzestaje na wskazywaniu, na przykład, woli Boga czy litery Pisma Świętego, nie może uzyskać liberalnej legitymacji.

Przypomnijmy, że w *TS*, gdzie nie funkcjonuje jeszcze doktryna publicznego rozumu, naturę związku sprawiedliwości z prawem określa sekwencja czterech stadiów. W paragrafie 31 Rawls zakłada, że realizacja sprawiedliwości odbywa się między innymi dzięki sprawiedliwym ustawom opartym na sprawiedliwej konstytucji. Ściślej biorąc, wyobraża on sobie „pewien podział pracy między stadiami, taki że każda zajmuje się innymi kwestiami sprawiedliwości społecznej” (*TS*, § 31: 294). Pierwsza zasada i zabezpieczone przez nią podstawowe wolności są głównym kryterium dla stadium konstytucyjnego, zaś zasada różnicy jest realizowana przede wszystkim w stadium „zwykłego” ustawodawstwa. Układ ten odpowiada priorytetowi pierwszej zasady oraz odzwierciedla stopień skomplikowania treści dwu zasad; podczas gdy podstawowe wolności nadają się na treść ogólnych postanowień konstytucyjnych, złożona i problematyczna realizacja drugiej zasady pozostawiona jest do bardziej szczegółowej i rozproszonej realizacji w ramach bieżącej polityki i „zwykłego” ustawodawstwa.

Takiego rodzaju związek sprawiedliwości z prawem nie jest jednak tym, czego szukamy. Sprowadza się on do pewnego zestawu postulatów względem prawa, wynikających z wymogów sprawiedliwości. W tym ujęciu prawo jest co prawda instrumentem realizacji sprawiedliwości, lecz o „prawie w ogóle” nie można tu za dużo powiedzieć. Pozostając na poziomie sekwencji czterech stadiów moglibyśmy równie dobrze wyraźnie oddzielać sferę prawa od sfery sprawiedliwości, twierdząc, że co prawda da się wskazać niezwykle silne normatywne postulaty sprawiedliwości względem prawa, lecz samo jej pojęcie pozostaje od pojęcia prawa oddzielone, a zasady sprawiedliwości nie określają reguł prawnych samych w sobie pod żadnym istotnym względem<sup>86</sup>. W myśl takiej interpretacji sprawiedliwość obowiązywałaby przede wszystkim na poziomie polityki społecznej i ustroju państwa, a prawo w relacji ze sprawiedliwością odgrywałoby rolę czysto instrumentalną<sup>87</sup>. Odpowiedź na wyzwanie Trazymacha, którą opracowuję od pierwszych stron tej rozprawy, wymaga głębszej interpretacji, która pozwoli obalić pozytywistyczną tezę o rozdziale pojęć prawa i moralności (a zatem także prawa i sprawiedliwości). Aby to uczynić, wychodzę tu od priorytetu sprawiedliwości oraz wykazuję fundamentalny związek sprawiedliwości z prawem. W tym ujęciu prawo nie jest instrumentem władzy, lecz instrumentem sprawiedliwej kooperacji. Jego depozytariuszem jest zatem każdy obywatel, a władza musi się podporządkować jego standardom i wymogom. Podejście to nakazuje

<sup>86</sup> W ten sposób argumentował J. Raz. Por. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, s. 69.

<sup>87</sup> Do takich konsekwencji zdaje się prowadzić powiązanie prawa i sprawiedliwości na podstawie mechanicznie zinterpretowanej sekwencji czterech stadiów, co czyni choćby Gonçlaves. Por. A.M.A. Gonçlaves, *The Nuptials Between Justice and Law in the Philosophy of John Rawls: Its Impact in Contemporary Political Philosophy*, [https://www.academia.edu/1361869/The\\_Nuptials\\_Between\\_Justice\\_and\\_Law\\_in\\_the\\_Philosophy\\_of\\_John\\_Rawls\\_Its\\_Impact\\_in\\_Contemporary\\_Political\\_Philosophy](https://www.academia.edu/1361869/The_Nuptials_Between_Justice_and_Law_in_the_Philosophy_of_John_Rawls_Its_Impact_in_Contemporary_Political_Philosophy) (dostęp: 14.02.2014), s. 12.

wpisać zasady sprawiedliwości w samą głęboką strukturę reguł prawnych, a nie po prostu podporządkować politykę prawa idei sprawiedliwości społecznej. Kroki, które do tej pory poczyniłem w tym celu, to wskazanie takozsamości podmiotu sprawiedliwości i podmiotu prawa oraz wskazanie potrzeby prawa w społeczeństwie demokratycznym (podrozdział 1.2 C), a także prawnicza interpretacja sytuacji pierwotnej, wykazująca obowiązywanie dla prawa i sprawiedliwości tych samych warunków formalnych (podrozdział 2.1 B). Konsekwentnie należy w tym miejscu opracować taki model procedury prawodawczej, który nie tylko nakazuje realizować te czy inne postulaty względem prawa, lecz przede wszystkim potrafi związać sprawiedliwość z prawem na poziomie definicji czy interpretacji podstawowych pojęć prawnych. Do tego właśnie służy idea publicznego rozumu wraz z ideą publicznego uzasadniania.

Na samym początku należy wspomnieć o pewnych kłopotliwych fragmentach tekstu, które mogą sugerować, że moje przedsięwzięcie nie może się powieść. W pewnych miejscach Rawls wskazuje mianowicie, że rozum publiczny nie dotyczy bezpośrednio ustawodawstwa, lecz przede wszystkim fundamentalnych spraw konstytucyjnych i podstawowych zagadnień sprawiedliwości. Pisze:

Wiele, jeśli nie większość, kwestii politycznych nie dotyczy tych spraw fundamentalnych, na przykład większość ustawodawstwa podatkowego i wiele spraw regulujących własność; ustawy o ochronie środowiska i kontrolowania zanieczyszczeń; tworzenie parków narodowych, ochrona obszarów dzikiej przyrody i określonych gatunków zwierząt i roślin; przeznaczenie funduszy na muzea i sztuki piękne. Oczywiście czasami te rzeczy wiążą się ze sprawami podstawowymi. Pełny opis rozumu publicznego objąłby te kwestie i wyjaśnił bardziej szczegółowo, niż ja mogę tutaj, jak różnią się one od elementów konstytucji i kwestii sprawiedliwości podstawowej (*LP*, VI, § 1.1: 296).

Fragment ten stanowi dla mojego projektu z jednej strony pewien problem, z drugiej zaś wyzwanie. W y z w a n i e m będzie opis sposobu, w jaki kwestie bardziej szczegółowe wiążą się z fundamentalnymi zagadnieniami sprawiedliwości i przez to z rozumem publicznym. Będzie to przedmiotem szczegółowego badania w rozdziale trzecim, zaś w tym miejscu możemy pozostać na wysokim poziomie ogólności. Kluczowym zaś p r o b l e m e m, jaki dla ogólnego modelu prawodawstwa niesie ze sobą ten fragment, jest wyraźne stwierdzenie Rawlsa, iż większość kwestii politycznych nie dotyczy tych spraw fundamentalnych. Wydaje się, że rozumiane wprost i zinterpretowane rozszerzająco, stwierdzenie to wprowadziłoby w filozofii Rawlsa niepokojącą sprzeczność. Przypomnijmy však aspekt (4) idei publicznego rozumu, który wprost wskazuje, że publiczna koncepcja sprawiedliwości znajduje zastosowanie w tworzeniu norm legitymowanego prawa (*RPRJ*, 189). Fragment ten zdaje się wyraźnie wskazywać na powiązanie publicznego uzasadniania z prawem, nie tylko prawem konstytucyjnym, ale prawem w ogóle. Co więcej, gdyby mocno trzymać się stwierdzenia, iż rozum publiczny nie jest związany z prawodawstwem, idea tak kluczowa jak idea obowiązku grzeczności, pozostałaby ideą niezrozumiałą. Stawiałoby to pod znakiem



zapytania całą dotychczasową interpretację idei publicznego rozumu, bowiem polityczny obowiązek grzeczności skupia jak w soczewce najważniejsze aspekty tej idei. Obowiązek ten wymaga między innymi, by obywatele, nawet jeśli nie pełnią funkcji publicznej, to jeżeli podejmują decyzje w fundamentalnych sprawach politycznych (na przykład podczas wyborów czy referendum), „powinni myśleć o sobie tak, jakby byli ustawodawcami, i zastanawiać się nad tym, jakie ustawy, wsparte jakimi racjami (spełniającymi kryterium wzajemności) uznałyby za najrozsądniejsze do ustanowienia” (*RPRJ*, 193). Tym bardziej, *a fortiori*, osoby sprawujące wysokie funkcje związane ze stanowieniem czy stosowaniem prawa są związane rozumem publicznym.

Czy oznacza to, że Rawls zaprzecza sam sobie<sup>88</sup>? Sprzeczność można usunąć, gdy uzna się, że „zwykłe ustawodawstwo” staje nie tylko przed problemami związanymi z podstawową sprawiedliwością, lecz także bardzo często musi rozwiązywać kwestie o charakterze ściśle technicznym czy instrumentalnym. Aby uregulować, na przykład, opodatkowanie, nie wystarczy polityczna decyzja co do charakteru i wysokości nałożonych podatków. Potrzebna jest też wiedza specjalistyczna z zakresu ekonomii czy matematyki oraz cały zespół decyzji technicznych, mających zapewnić sprawne i przejrzyste zasady ustalania podstawy czy poboru podatku. O ile sam rdzeń prawa podatkowego wiąże się ściśle ze sprawiedliwością (*ratio legis*, charakter i wysokość podatków), o tyle większa część norm prawa podatkowego podlega innemu rodzajowi rozumowi – czy to technicznemu, czy techniczno-dogmatycznemu (w tym ostatnim przypadku mam na myśli wewnętrzną spójność i efektywność legislacji, którą zajmują się dogmatycy z poszczególnych dziedzin). Pod tym względem na przykład konstytucyjne gwarancje wolności słowa prezentują się zupełnie inaczej. Zasada wolności słowa w całości podlega rozumowi publicznemu, ponieważ jej treść jest po prostu szczególnym przypadkiem zasady sprawiedliwości nakazującej przyznać każdemu wystarczający system podstawowych wolności. A zatem, o ile kwestie unormowane w konstytucji opierają się niemal wyłącznie na sprawiedliwości, to w sprawach ustawodawstwa ilościowo przeważa regulacja techniczna. Sprzeczność zatem znika wtedy, gdy uznamy, że legislacja oprócz problemów związanych ze sprawiedliwością, boryka się także z koniecznością zachowania spójności właściwej dla danej gałęzi prawa oraz takiej redakcji przepisów, która zapewni sprawne ich stosowanie<sup>89</sup>. O ile jednak rozum prawodawczy nie jest w całości rozumem publicznym, to najważniejsze kwestie w przypadku wielu gałęzi prawa to właśnie kwestie podstawowej sprawiedliwości. Taka interpretacja kontrowersyjnego

---

<sup>88</sup> Nie można w tym przypadku uznać, że stanowisko w *RPRJ* stanowi po prostu modyfikację stanowiska z *LP*. Po pierwsze, Rawls każdorazowo sygnalizuje, gdy zmienia poprzednie stanowisko, po drugie zaś w zredagowanej w 2001 r. *JaF:R* odnajdziemy dokładnie taki sam akapit, co cytowany wyżej z *LP* (*JaF:R*, § 26.2: 91).

<sup>89</sup> Owo rozwiązanie zawdzięczam dyskusji z Krzysztofem Kędziórą.

passusu pozwala z jednej strony oddalić potencjalny zarzut do proponowanego przeze mnie modelu ustawodawstwa, z drugiej zaś uniknąć jawnej sprzeczności wewnątrz doktryny publicznego rozumu. Związki poszczególnych gałęzi prawa z rozumem publicznym zostaną ukazane w rozdziale trzecim, na tym etapie argumentacji wystarczy zaś wyłącznie ogólny model prawodawstwa, do którego niniejszym przechodzę.

Przypomnijmy raz jeszcze czwarty aspekt idei publicznego rozumu, którym jest „zastosowanie tych koncepcji w tworzeniu norm, które zostaną wprowadzone w formie legitymowanego prawa demokratycznego ludu” (*RPRJ*, 189). Wskazuje on wyraźnie, iż idea publicznego rozumu jest nieodzownie związana z legislacją. Kluczowymi ideami pośredniczącymi między rozumem publicznym a modelem prawodawstwa są tutaj: (1) liberalna zasada legitymacji oraz (2) wymogi wzajemności, rozpatrywanej jako fundamentalne pryncypium dyskursu publicznego.

Liberalna zasada legitymacji odpowiada w pierwszej kolejności na pytanie o to, kiedy w demokratycznym państwie władza jednych nad drugimi spełnia wymogi moralności publicznej. Jak pisze Rawls:

[P]ytamy: kiedy obywatele mogą za pomocą swoich głosów słusznie sprawować jedni nad drugimi swoją opartą na przymusie władzę polityczną, gdy w grę wchodzi kwestie podstawowe? Czy też według jakich zasad i ideałów musimy tę władzę sprawować, jeśli ma się to dać uzasadnić, tylko wtedy, gdy sprawujemy ją w zgodzie z konstytucją, co do której najważniejszych postanowień można rozsądnie oczekiwać, że wszyscy obywatele ją poprą, kierując się zasadami i ideałami, które są dla nich, jako osób rozumnych i racjonalnych, do przyjęcia (*LP*, VI, § 2.1: 299).

Co prawda zasada ta wprost dotyczy władzy, a nie prawa, jednak bez uszczerbku dla jej pierwotnego znaczenia można ją zastosować do prawotwórstwa<sup>90</sup>. W myśl tej zasady prawodawstwo (które jest wszak atrybutem władzy) winno być ugruntowane w idei kooperacji wolnych i równych obywateli. Oznacza to, że ilekroć władza stanowi prawo, winna kierować się wolnością i równością obywateli, które to wartości zabezpiecza konstytucja. Oznacza to, że prawodawstwu nie powinny przyświecać doraźne korzyści polityczne, idea powszechnego dobrostanu czy też realizacji jakiejś doktryny religijnej. Jeżeli prawo ma być odpowiednio legitymowane, gdy nie ma być po prostu przymusem wynikającym z „interesu silniejszego” lub też „konwencji społecznej”, winno się odwoływać właśnie do rozumnej akceptowalności<sup>91</sup>. Wymóg ten jest skierowany wprost

<sup>90</sup> Implikacje tej zasady dla prawa konstytucyjnego (które narzucają się tu w pierwszej kolejności) omawiam w podrozdziale 3.1 A.

<sup>91</sup> Zwróćmy uwagę, iż rozumna akceptowalność jest tu czymś innym niż zgoda milcząca, którą znamy z pism Locke’a. Ta pierwsza ma charakter idealny i kontrfaktyczny, ta druga odwołuje się, choć pośrednio, do faktów. Por. Z. Rau, *Pięć tez twardego liberała, czyli jak z własnej zgody wyprowadzić posłuszeństwo państwu i prawu*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 155–176. Rozumna akceptowalność pochodzi zaś od Rousseau i Kanta (por. W. Kersting, *Gerechtigkeit und*

względem najważniejszych elementów konstytucji, lecz pośrednio przenika cały system prawny. Idea wzajemności, zastosowana do dyskursu publicznego, a przez to pośrednio do prawotwórstwa, pozwoli zrozumieć, na czym owo „przenikanie” polega.

Jak pamiętamy, wzajemność jest „pewnym stosunkiem między obywatelami, wyrażanym przez zasady sprawiedliwości regulujące świat społeczny, w którym każdy czerpie korzyść według odpowiedniej miary równości, określonej w odniesieniu do tego świata” (*LP*, I, § 3.2: 49). Jest to zatem zasada, która łączy racjonalną korzyść każdego z rozumnością warunków kooperacji (por. podrozdział 1.1). Można ją traktować także jako paradygmat dyskursu publicznego, co czynią choćby Gutmann i Thompson<sup>92</sup>. Kontrastują oni roztropność<sup>93</sup>, z wzajemnością i bezstronnością. Są to trzy modele dyskursu publicznego, które odpowiadają trzem modelom sprawiedliwości opisanym w pierwszym rozdziale – sprawiedliwości jako wzajemnej korzyści, sprawiedliwości jako wzajemności oraz sprawiedliwości jako bezstronności. Aby dobrze zrozumieć, na czym polegają te różnice, odwołajmy się do jakiegoś niekontrowersyjnego przykładu, powiedzmy do wolności religijnej i zastanówmy się, jak zasada konstytucyjna wprowadzająca wolność religii byłaby uzasadniana w ramach każdego modelu publicznego dyskursu. Bezstronność, która odwołuje się do prawdziwości i uniwersalnego obowiązywania twierdzeń formułowanych w ramach dyskursu, wskazywałaby następujące racje: „jak można przekonująco dowieść, istnieje niezależny od jednostkowych mniemań porządek moralny, który nakazuje szanować religie inne niż nasza, włączając w to przekonania ateistyczne. Należy zatem, w imię tego porządku moralnego, wprowadzić wolność religijną”. Bezstronność odwołuje się zatem do motywów jednoznacznie ponadjednostkowych czy altruistycznych, uzasadnionych prawdą o wartościach. Przykładem mógłby tu być rozległy moralny liberalizm Dworkina<sup>94</sup>. Na przeciwległym biegunie znajduje się roztropność. Argumentacja na rzecz wolności religii byłaby taka: „wolność religii, choć może żaden z nas nie chce zrezygnować z możliwości nawracania innych siłą, opłaca się nam wszystkim. Zyskują zarówno przedstawiciele religii x, y i z, a to dlatego, że wzajemne walki wyniszczają nasze społeczeństwo, a przez to, zyskując możliwość nawracania siłą, tracimy coś ważniejszego – możliwość spokojnego kultywowania własnej religii. Jak można łatwo dowieść za pomocą takiej a takiej matrycy matematycz-

*Öffentliche...*, s. 139–140). Wątki te rozwinę szerzej w podrozdziale 3.6, gdzie zajmę się obowiązkiem przestrzegania prawa wraz z jego granicami.

<sup>92</sup> A. Gutmann, D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, s. 53.

<sup>93</sup> Chociaż roztropność (*phronesis, prudentia, prudence*), może oznaczać także cnotę moralną, w znaczeniu przyjętym przez Gutmann i Thompsona jest utożsamiona z instrumentalną racjonalnością.

<sup>94</sup> Por. np. R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011, s. 23–39.

nej, korzyść każdej z grup będzie większa, jeśli wprowadzimy wolność religijną”. Roztropność apeluje zatem do jednostkowej korzyści. Nie interesuje jej prawda, lecz użyteczność, nie wspiera jej altruizm, lecz interes własny. Najbardziej wyrazistym przykładem jest tu doktryna Gauthiera<sup>95</sup>. Wzajemność (podobnie jak w przypadku modeli sprawiedliwości) sytuuje się gdzieś pośrodku. Argumentacja ze wzajemności byłaby taka:

Zasada wolności religii jest dla nas wzajemnie akceptowalna, niezależnie od tego, jaką społeczną korzyść nam przynosi. Nie o korzyść bowiem chodzi, lecz o to, że jako rozumni obywatele szanujemy wzajemnie swoje przekonania religijne. Być może jesteśmy przekonani co do prawdziwości własnej religii, nawet jednak, gdy każe nam ona nawracać innych za wszelką cenę, nie będziemy nawracać za pomocą prawa. Jak można przekonująco uzasadnić, nasze instytucje powinny być akceptowalne dla każdego, niezależnie od wyznawanej religii.

Wzajemność jako model dyskursu nie odwołuje zatem do prawdy, jak czytni bezstronność. Musi abstrahować od kwestii prawdy, by pogodzić tych, którzy nigdy na tym polu się nie zgodzą. Nie odwołuje się jednak tylko do kalkulacji korzyści, lecz rozumnej akceptowalności zasad i rozwiązań. Na tym właśnie opiera się doktryna Rawlsa. Powyższe rozważania zostały podsumowane w tabeli 3.

Tabela 3. Normatywne modele dyskursu publicznego

| Zasada       | Uzasadnienie              | Motywacja                   | Proces      | Cel  |
|--------------|---------------------------|-----------------------------|-------------|--|
| roztropność  | wzajemna korzyść          | interes jednostkowy         | negocjacje  | modus vivendi  |
| wzajemność   | wzajemna akceptowalność   | chęć rozumnego uzasadnienia | deliberacja | deliberacja (u Rawlsa: stabilność z dobrych powodów) |
| bezstronność | uniwersalne obowiązywanie | altruizm                    | dowodzenie  | całościowy obraz [świata]                            |

Źródło: A. Gutmann, D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, s. 53.

Wzajemność opiera się zatem na normatywnej idei szacunku, który należy jest każdemu obywatelowi „jako istocie moralnej, a więc istocie posiadającej zmysł sprawiedliwości i koncepcję dobra” (*TS*, § 51: 486). Ów szacunek nie wyraża jednak jakiegś „prawdy etycznej” w mocnym sensie, ale stanowi element moralności publicznej, która abstrahuje od kwestii prawdziwości skonfliktowanych koncepcji dobra, znajdując swoje ugruntowanie w publicznej kulturze politycznej. Dlatego prawo będące rezultatem publicznego (jawnego) procesu, opartego na wzajemności jest przedstawiane jako wzajemnie akceptowalne, publicznie uzasadnione, wspierające stabilność społeczeństwa, która jest stabilnością

<sup>95</sup> Por. D. Gauthier, *Morals by Agreement...*, s. 117–161.

z dobrych powodów. Ośrodkiem takiej koncepcji prawotwórstwa jest częściowy konsens, dostarczający uczciwych podstaw dla procesu politycznego. W zależności od głębokości i szerokości częściowego konsensu otrzymujemy różne koncepcje tworzenia prawa. Ponieważ nie interesuje mnie w tym miejscu płytki i wąski konsens konstytucyjny, przedstawiam dwa warianty koncepcji prawa powiązanego ze sprawiedliwością – pierwsza z nich zakłada pełny częściowy konsens w społeczeństwie dobrze zarządzonym, druga zaś zakłada słabszą wersję konsensu (przyjmijmy na razie, że jest to „niepełny częściowy konsens”):

Tabela 4. Możliwe warianty powiązania prawa ze sprawiedliwością w koncepcji Rawlsa

| <b>Stopień konsensu społecznego</b>                        | społeczeństwo dobrze zarządzane | społeczeństwo „słabszego” konsensu            |
|--|---------------------------------|---|
| <b>Idea pośrednicząca między sprawiedliwością a prawem</b> | sekwencja czterech faz          | rozum publiczny                               |
| <b>Kluczowa cecha prawa</b>                                | sprawiedliwe                    | publicznie uzasadnione                        |
| <b>Związek prawa ze sprawiedliwością</b>                   | prawo wyraża sprawiedliwość     | przedstawia roszczenie do bycia sprawiedliwym |

Źródło: opracowanie własne.

W obydwu przypadkach mamy do czynienia z modelem proceduralnym, gdzie „na wejściu” znajduje się koncepcja (lub koncepcje) sprawiedliwości, która dzięki jakiejś idei pośredniczącej jest zrealizowana w prawie. Model zaproponowany w lewej kolumnie jest daleko posuniętą idealizacją i wprowadzam go jedynie dla kontrastu. Kooperacyjna koncepcja prawa nie przyjmuje go – przypomina on bowiem „mechanistyczną” interpretację związku sprawiedliwości z prawem, którą odrzuciłem w powyższych rozważaniach. Ten model zakłada, że w społeczeństwie – a mamy do czynienia ze społeczeństwem dobrze zarządzonym – funkcjonuje tylko jedna koncepcja sprawiedliwości, czyli sprawiedliwość jako bezstronność. Proces tworzenia prawa jest tutaj przypadkiem (niepełną) sprawiedliwości proceduralnej<sup>96</sup>, to znaczy, że znany jest idealny standard spra-

<sup>96</sup> Różne rodzaje procedur i sprawiedliwości proceduralnej omawia Rawls w *TS*, § 14. Niepełną sprawiedliwość proceduralną należy odróżnić w pierwszej kolejności od doskonałej sprawiedliwości proceduralnej. W tym ostatnim przypadku także znany jest standard, który rezultat musi spełnić, przy czym znana jest także procedura, która nie z a w o d n i e prowadzi do tego rezultatu. Niepełną i doskonałą sprawiedliwość proceduralną łączy zatem to, iż posługuje się standardem sprawiedliwości, który jest niezależny od samej procedury. Inaczej jest w trzecim przypadku, jakim jest czysta sprawiedliwość proceduralna. Tutaj nie posługujemy się w ogóle pojęciem niezależnego standardu sprawiedliwości. Sprawiedliwa jest w y ł ą c z n i e p r o c e d u r a i każdy rezultat tej procedury jest uznany za sprawiedliwy, o ile sama procedura nie doznała jakichś aberracji. W przypadku czystej sprawiedliwości proceduralnej nie ma zatem jakiegos zewnętrznego wobec

wiedliwości, który rezultat procedury tworzenia prawa musi każdorazowo spełnić, brak jednak takich narzędzi metodologicznych, które w sposób niezawodny doprowadzą do sprawiedliwego rezultatu. W omawianym modelu standardem jest (bezsorna w społeczeństwie) koncepcja sprawiedliwości, a ideą pośredniczącą między sprawiedliwością a prawem jest idea sekwencji czterech faz. Prawodawstwo ma polegać po prostu na tworzeniu sprawiedliwych ustaw i choć procedura zapewne nie jest niezawodna, to w społeczeństwie dobrze urządzonym w większości przypadków można powiedzieć, że prawo „wyraża” sprawiedliwość, czyli realizuje jej zasady. Zwróćmy uwagę, iż w tym modelu nie jest istotne, czy sprawiedliwość jest częścią pojęcia prawa czy też oba pojęcia pozostają oddzielone. Zasady sprawiedliwości niekoniecznie muszą przez to być zasadami prawnymi w ścisłym sensie, mogą być zaledwie zasadami „dla prawa”. Tego rodzaju model tworzenia prawa można skonstruować na podstawie *Teorii sprawiedliwości* (§§ 31, 36), lecz Rawlsowski zwrot w kierunku politycznego liberalizmu nakazuje poważne modyfikacje. Model opisany powyżej nie uwzględnia faktu pluralizmu i nie angażuje w jakiś szczególnie sposób idei publicznego rozumu. Dlatego wprowadzam drugi model (w prawej kolumnie tabeli), który jest także Rawlsowski, lecz uwzględnia zwrot w kierunku politycznego liberalizmu. Ten właśnie model uznaję za odpowiedni dla kooperacyjnej koncepcji prawa.

Ponieważ mamy tu do czynienia ze społeczeństwem „słabszego” konsensu, nie można mówić o modelowym przypadku niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej. Brakuje tutaj powszechnej zgody co do pozaproceduralnego kryterium sprawiedliwości, a to ze względu na fakt, iż w społeczeństwie słabszego konsensu funkcjonuje wiele koncepcji sprawiedliwości. Koncepcje te spotykają się na forum publicznego rozumu i ta właśnie idea (nie zaś sekwencja czterech faz) pośredniczy między sprawiedliwością a prawem. Takie ujęcie jest brzemienne w skutki. Forum publicznego rozumu kształtowane jest nie tylko przez dyskurs o tym, jak najlepiej zrealizować sprawiedliwość, ale także przez spory co do samej koncepcji sprawiedliwości. Potrzebna jest więc jakaś nowa idea konsensu, która pozwoli uchwycić tego rodzaju proces w kontekście legitymacji prawa. Rawlsowska idea niepełnego częściowego konsensu (zob. podrozdział 1.4) może się okazać niewystarczająca. Nie jest bowiem jasne, co mianowicie łączy biorących udział w publicznym dyskursie o prawie czy tworzeniu prawa, skoro nie łączy ich koncepcja sprawiedliwości. Niepełny częściowy konsens jest przedstawiany zaledwie jako etap przejściowy w stronę mocnego konsensu i społeczeństwa dobrze urządzonego. Co jednak winien uczynić badacz, gdy społeczeństwo dobrze urządzone potraktuje jedynie jako metodologiczną idealizację, zaś mocny konsens jako niezgodny z założeniami politycznego liberalizmu? W to miejsce

---

samej tylko procedury narzędzia badania sprawiedliwości rezultatu. Por. K. Kędziora, *John Rawls – w poszukiwaniu normatywnych podstaw demokracji*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 2008, praca doktorska, s. 174–175.



proponuję ideę konsensu prawnego, która jest pewnym odejściem od idei ściśle Rawlowskich. Konsens prawny podobny jest do niepełnego częściowego konsensu pod względem szerokości – obejmuje całą strukturę podstawową społeczeństwa, nie zaś tylko wybraną jej część, jaką byłaby na przykład konstytucja. Jego przedmiotem jest więc całość politycznych i prawnych instytucji – a raczej – podstawowych zasad dla instytucji. W tej idei nie chodzi oczywiście o to, by wszyscy członkowie społeczeństwa zgadzali się na wszystkie obowiązujące aktualnie instytucje, lecz chodzi o to, aby debatowali i poprawiali owe instytucje w myśl wspólnych podstawowych zasad. Konsens prawny nie musi jednak sięgać tak głęboko w rozległe doktryny, jak czyni to niepełny częściowy konsens. Ten pierwszy jest zatem znacznie bardziej płytki od tego drugiego. Koncepcje osoby czy obywatela są tu traktowane jako prawne fikcje, które pozwalają zrozumieć logikę instytucji. W ten sposób kooperacyjna koncepcja prawa interpretuje podział na doktryny „polityczne” i „metafizyczne”. W idei konsensu prawnego nieco inaczej jest także rozwiązany problem szczegółowości treści. Zakłada się bowiem, iż obywatele zgadzają się jedynie co do podstawowych zasad dla instytucji prawnych, które przyświecają ich powoływaniu, zmianom czy interpretacji. Zestaw tych zasad nie jest na stałe określony, lecz funkcjonuje pewien kanon zasad państwa prawa, który nie jest przez nikogo na poważnie kwestionowany. Pozostałe zasady są przedmiotem stałego dyskursu na forum rozumu publicznego.

W myśl idei konsensu prawnego zasady sprawiedliwości są interpretowane jako zasady prawne, nie tylko zasady dla prawa. Normy prawa stanowionego (czy też utworzonego w drodze precedensu) posiadają każdorazowo roszczenie do bycia normami sprawiedliwymi, czyli posiadającymi dobre uzasadnienie i legitymację, lecz ich sprawiedliwość może być przedmiotem sporów, ze względu na trwałe spory co do koncepcji sprawiedliwości. Dlatego kluczową cechą prawa nie jest jego sprawiedliwość, lecz jego publiczne uzasadnienie, odwołujące się do sprawiedliwości. Pociąga to za sobą brzemienne w skutki konstatację, że nie można oderwać rozumienia prawa od jego publicznego uzasadnienia. Dlatego dla właściwego zrozumienia prawa niezbędne jest odwołanie do ogólnej idei kooperacji wolnych i równych obywateli oraz uczciwego ułożenia ich wzajemnych relacji. W myśl powyższego modelu tworzenia prawa pojęcie prawa nie może być w pełni wyjaśnione ani przez odwołanie się do rozkazu suwerena, ani do konwencji społecznej<sup>97</sup>. Kooperacyjna koncepcja prawa również na poziomie modelu stanowienia prawa jest koncepcją niepozytywistyczną.

---

<sup>97</sup> Najpoważniejszą krytykę przyjmowanej przez pozytywizm tezy o konwencjonalizmie w świecie anglosaskim przedstawił R. Dworkin (*Imperium prawa*, przeł. J. Winczerek, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 117–152). W świecie niemieckojęzycznym tezę o rozdziale krytykował R. Alexy (por. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber, Freiburg–München 1992, s. 39–138). Rawls, choć nie odniósł się nigdy do tego sporu, również wydaje się filozofem odrzucającym konwencjonalny charakter prawa.

## 2.4. Kooperacyjna koncepcja prawa na tle współczesnych stanowisk w filozofii prawa

W ten oto sposób doszedłem do takiego momentu rozprawy, w którym mogę mieć nadzieję na wystarczająco jasne wyrażenie jej głównej tezy. W toku rozważań przedstawiłem najważniejsze kategorie kooperacyjnej koncepcji prawa – w rozdziale pierwszym była to kategoria społeczeństwa jako systemu kooperacji wraz z odpowiadającą jej polityczną koncepcją osoby. Razem złożyły się one na tak zwaną „potrzebę prawa”. W rozdziale drugim starałem się wykazać, iż pojęcie prawa nie może być oderwane od pojęcia sprawiedliwości. Analiza sytuacji pierwotnej i określanego przez nią pojęcia słuszności wykazała, iż pojęcie prawa podpada pod ograniczenia formalne dla pojęcia słuszności – te same ograniczenia, które obowiązują dla pojęcia sprawiedliwości. Na tym polega analityczne pokrewieństwo obu terminów. Wraz z prawniczą interpretacją idei publicznego rozumu (wraz z modelem tworzenia prawa) usiłowałem wyjść poza aprioryczną analitykę i wskazać racje praktyczne, dla których zasady sprawiedliwości należy rozumieć jako zasady prawne, a rozumienie samego prawa należy powiązać z jego publicznym uzasadnieniem. Dzięki temu ogólna i treściowo niewyraźna idea potrzeby prawa może być teraz rozwinięta w kierunku kooperacyjnej koncepcji prawa.

W tej koncepcji wychodzimy od najbardziej ogólnej i organizującej idei społeczeństwa jako systemu sprawiedliwej kooperacji, która jest następnie rozwinięta przez ideę priorytetu sprawiedliwości oraz polityczną koncepcję osoby<sup>98</sup>. Rezultatem zestawienia tych idei jest koncepcja społeczeństwa jako politycznego stowarzyszenia<sup>99</sup> równych i wolnych obywateli w warunkach pluralizmu, którego ośrodkiem jest ograniczona forma konsensu co do sprawiedliwości. Taka koncepcja społeczeństwa jest integralnie powiązana z ideą legitymowanego prawa. Prawo powstaje w wyniku jawnego i publicznego procesu ustawodawczego, rządzonego przez rozum publiczny. Dlatego każdorazowo uzasadnienie prawa (przynajmniej w kluczowych przypadkach) odwołuje się do równych i wolnych, kooperujących w warunkach pluralizmu obywateli, których relacje ufundowane są na wzajemnym szacunku.

<sup>98</sup> W tym miejscu warto zwrócić uwagę na problematyczny status idei społeczeństwa dobrze urządzonego. Chociaż ma ona dla kooperacyjnej koncepcji prawa duże znaczenie (wskazuje bowiem na priorytet sprawiedliwości i potrzebę prawa), ostatecznie nie wchodzi do elementów składowych tejże koncepcji. Jest ona raczej traktowana jako nieodzowny, techniczny element każdej koncepcji sprawiedliwości, gdyż każda koncepcja jest prezentowana jako możliwa do przyjęcia przez wszystkich podstawa publicznych instytucji. Ponieważ jednak kooperacyjna koncepcja prawa zakłada pluralizm także w sferze sprawiedliwości, nie może inkorporować idei społeczeństwa dobrze urządzonego jako swojej koncepcji składowej.

<sup>99</sup> Terminem „stowarzyszenie” posługuję się tutaj w sposób luźny. Jak zobaczymy w następnej sekcji, społeczeństwo nie jest „stowarzyszeniem” w sensie Tönniesa, to znaczy nie jest stowarzyszeniem, które przeciwstawia się „wspólnocie”.

Kooperacyjna koncepcja prawa zakłada, iż jednostki w pewnym sensie muszą ze sobą kooperować, a to ze względu na warunki ograniczonego niedoboru zasobów i nierównego rozkładu talentów. Chociaż przyjmujemy, że ich interesy są rozłączne, co znaczy, że każdy z osobna ma prawo do wysuwania niezależnych, ważnych roszczeń, obywatele poszukują trwałej i uczciwej podstawy swej kooperacji, nieodzownej dla właściwego rozwoju każdego z osobna. Obywatele są postrzegani jako jednostki rozumne, a zatem zdolne do proponowania i honorowania uczciwych, niezależnych od pozycji negocjacyjnej, warunków kooperacji<sup>100</sup>. Społeczeństwo nie jest więc po prostu areną, na której ścierają się interesy jednostek czy grup poparte siłą. Obywatele przyjmują pewne normatywne, rozumne ograniczenia własnych zewnętrznych działań. Ponieważ roszczenia związane ze społeczną kooperacją są (przynajmniej potencjalnie) przeciwstawne, w sposób naturalny pojawia się potrzeba ich uczciwego rozsądzenia. Właśnie na tę potrzebę odpowiada oparte na sprawiedliwości prawo, które jest adresowane do rozumnych podmiotów i opiera się na idei ich dorozumianej zgody<sup>101</sup>. Rdzeniem kooperacyjnej koncepcji prawa jest zatem teza, iż prawo należy rozumieć jako instrument kooperacji równych i wolnych, rozumnych i racjonalnych obywateli, w warunkach pluralistycznego społeczeństwa demokratycznego. Ustanawia to fundamentalny związek pomiędzy sprawiedliwością i prawem, gdzie zarówno na poziomie pojęciowym, jak i na poziomie praktycznego stanowienia i uzasadnienia prawa obowiązuje priorytet sprawiedliwości. Jak starałem się dowieść, właśnie taka koncepcja prawa wynika analitycznie z filozofii politycznej Johna Rawlsa.

Zauważmy, iż koncepcja owa odpowiada na pytanie, „czym jest prawo”, choć czyni to w dość skromny sposób. Tezy tej rozprawy nie są tak mocnymi i definitywnymi twierdzeniami – bliżej tu do bardziej skromnego pytania „jak należy prawo rozumieć” czy też „w świetle jakiej koncepcji prawa należy interpretować instytucje prawne w państwach liberalno-demokratycznych”. Kooperacyjna koncepcja prawa wyznacza kooperacyjny model prawa, który służyć ma interpretacji instytucji prawnych w demokracji liberalnej. Model ten może mieć swoje ograniczenia i niekoniecznie wszystkie instytucje da się za jego pomocą adekwatnie zinterpretować. Czyni to tezę o kooperacyjnej koncepcji prawa otwartą na pewnego rodzaju falsyfikację. Jeżeli nie wytrzyma ona konfrontacji z instytucjami prawnymi, będzie podlegać jakiejś modyfikacji lub też będzie można orzec, że w danym przypadku nie da się jej zastosować. Temu zadaniu służy trzeci rozdział rozprawy.

<sup>100</sup> Wojciech Sadurski podnosi ważny w tym miejscu problem różnych znaczeń „rozumności” na gruncie filozofii polityki i na gruncie prawniczym (por. W. Sadurski, „*Rozumność*” między teorią prawa a filozofią polityczną, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozmowań prawniczych*, Zakład Praw Człowieka WPiA UW, Warszawa 2008, s. 9–39). Autor dochodzi jednak do wniosku, iż oba (prawne i filozoficzno-polityczne) użycia terminu „rozumność” mają punkty wspólne, oparte na wspólnej funkcji uzasadniania aktów władczych, dlatego też moja koncepcja łączy polityczno-filozoficzne znaczenie „rozumności” do kooperacyjnej koncepcji prawa.

<sup>101</sup> Podobnie: T.R.S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford–New York 2001, s. 65.

Zwróćmy uwagę na jeszcze jedną rzecz – filozofia prawa (w przeciwieństwie do analitycznej teorii prawa) odpowiada nie tylko na pytanie „czym jest prawo”, lecz także na pytanie bardziej praktyczne – „jakie prawo powinno być”. Koncepcja kooperacyjna pozostawia tę kwestię – aczkolwiek tylko do pewnego stopnia – sprawą otwartą. Szczegółowych postulatów co do treści prawa dostarczają poszczególne koncepcje sprawiedliwości, a tych koncepcji jest wiele w społeczeństwie demokratycznym. Koncepcja kooperacyjna nakłada jednak pewne podstawowe ograniczenia na uzasadnienie postulatów co do prawa odwołujące się do sprawiedliwości. Każde takie uzasadnienie musi dać się wytłumaczyć przez rozum publiczny, przez co winno stanowić jakiegoś rodzaju eksplikację czy rozwinięcie ogólnych ideałów wolnych i równych obywateli i społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. Prawo musi być zgodne z liberalną zasadą legitymacji, przez co musi szanować priorytet podstawowych wolności oraz musi mieć wzgląd na równość obywatelską. Jednakże wiele kwestii szczegółowych pozostaje tutaj sprawą otwartą, rozwiązywaną nie przez filozofa, ale przez obywateli na publicznym forum politycznym.

Kooperacyjna koncepcja prawa jest bez wątpienia koncepcją niepozytywistyczną, ponieważ odrzuca zarówno tezę o rozdziale pojęć prawa i moralności, jak i przekonanie, że prawo można w sposób wystarczający wyjaśnić przez odwołanie się do rozkazu suwerena czy też konwencji społecznej<sup>102</sup>. Blisko jej zatem do koncepcji prawa Roberta Alexy’ego<sup>103</sup> czy Ronalda Dworkina<sup>104</sup>. Będąc kolejną odmianą neokantyzmu czy kantowskiego konstruktywizmu w prawoznawstwie,

<sup>102</sup> Zwróćmy uwagę, iż aby współcześnie określić jakąś koncepcję jako niepozytywistyczną nie wystarczy wykazać, iż prawo jest czymś więcej niż „wołą suwerena”. Jak słusznie podkreśla A. Dyrda, także u Harta „prawo, choć jest zbudowane z reguł, to jednak w najbardziej fundamentalnym sensie samo się na regułach opiera. Postawił on w tym sensie niemal na głowie sposób rozumowania Hobbesa, Bentham’a czy Austina, dla których oczywiste było, że suweren, który kształtuje wszystkie reguły prawa, sam tym regułom już nie podlega. Zdaniem Harta, to jednak reguły określają, kto tym suwerenem jest” (A. Dyrda, *Konwencja...*, s. 443). Dlatego współcześnie spór pomiędzy pozytywizmem a niepozytywizmem dotyczy raczej genezy reguł czy roli ich uzasadnienia. Koncepcja kooperacyjna przyjmuje, że legitymacja prawa opiera się na sprawiedliwości, czyli na rozumnej akceptowalności przynajmniej najważniejszych reguł prawnych. Odrzuca więc odwołanie się do konwencji, które ma w ostatecznej instancji charakter empiryczny. Konwencjonalizm można bowiem streścić w funkcji zdaniowej: „Prawo P powstaje wtedy, gdy społeczeństwo S przyjmuje regułę R, że za prawo uznane będą reguły spełniające kryteria K”. Koncepcja kooperacyjna przyjmuje natomiast, że pewne treści moralne stanowią nieodłączną część prawa, ponieważ nie sposób oddzielić prawa od jego rozumnego uzasadnienia. Dlatego to nie konwencja decyduje o związku prawa ze sprawiedliwością. Przyjmuje więc odwróconą formułę: „Reguły R są prawem dla społeczeństwa demokratycznego S, o ile spełniają minimalne kryteria uzasadniania K”.

<sup>103</sup> Por. R. Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983; idem, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010; idem, *Begriff und Geltung des Rechts*.

<sup>104</sup> Por. przywołane już prace R. Dworkina: *Biorąc prawa poważnie*, *Imperium prawa*, *Justice for Hedgehogs*. Ze względu na swoisty charakter filozofii Dworkina nie uznaję go za przedstawiciela teorii prawa naturalnego. Czyni tak również Morawski. Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 259.

kooperacyjna koncepcja prawa wykazuje także duże podobieństwo do koncepcji Otfrieda Höffego<sup>105</sup>. Choć kompleksowe porównanie kooperacyjnej koncepcji prawa z koncepcjami tych myślicieli wykracza poza zakres tej rozprawy, warto w tym miejscu zasygnalizować najważniejsze różnice (pamiętając o pewnych dość oczywistych podobieństwach)<sup>106</sup>. Gdy chodzi o Alexy’ego, różnicą jest przede wszystkim przyjmowana perspektywa. Kooperacyjnej koncepcji prawa daleko jest bowiem do budzącego respekt metodologicznego wyrafinowania teorii argumentacji i praw podstawowych Alexy’ego, który stosuje metodę w dużej mierze osadzoną we współczesnej filozofii języka i metaetyce. Jak pamiętamy, Rawls odrzucał koncepcję hierarchicznego systemu filozoficznego, a zatem nie przyznawał szczególnego znaczenia żadnej z gałęzi filozofii<sup>107</sup>. Jego projekt liberalizmu politycznego ma być w założeniu filozoficznie neutralny. Dlatego teoria rozumu publicznego i legitymacji prawa u Rawlsa wychodzi z perspektywy ściśle politycznej. Pewną „ceną” za tę perspektywę jest niemożliwość przeprowadzenia szczegółowych rozważań językowych czy teoretyczno-prawnych w ramach tej teorii. Stawia ona jednak (stosunkowo uproszczoną) koncepcję prawa w szerszej perspektywie filozofii politycznej – w perspektywie demokratycznego społeczeństwa pluralistycznego. Położenie akcentu na pluralizm jest cechą szczególną Rawlowskiej koncepcji prawa, która odróżnia ją także od projektów Dworkina czy Höffego. Jest to szczególnie wyraźne w przypadku Dworkina, gdyż jego filozofia oparta była na holizmie, moralnym monizmie i koncepcji dobrego życia. Höffe z kolei był przekonany o uniwersalnym obowiązywaniu „kategorycznego imperatywu prawa” i wynikających z niego praw człowieka. Projekt Rawlowski jawi się w tym towarzystwie jako minimalistyczny, ponieważ kooperacyjna koncepcja prawa funkcjonuje jedynie na poziomie politycznym, zawężona jest do społeczeństw demokratycznych, i abstrahuje od koncepcji dobrego życia. Obok tych istotnych różnic wyżej wymienieni myśliciele stanowią grono tych, do których najbliższej jest kooperacyjnej koncepcji Rawlowskiej.

<sup>105</sup> Mam tu na myśli przede wszystkim książki *Kategorische Rechtsprinzipien: Ein Kontrapunkt der Moderne* (korzystałem z wydania anglojęzycznego: O. Höffe, *Categorical Principles of Law: A Counterpoint to Modernity*, przeł. M. Migotti, The Pennsylvania State University Press, University Park, 2002) oraz *Politische Gerechtigkeit* (korzystałem z wydania angielskiego: O. Höffe, *Political Justice: Foundations for a Critical Philosophy of Law and The State*, przeł. J.C. Cohen, Polity Press, Cambridge 1995).

<sup>106</sup> Tymi podobieństwami są przede wszystkim centralne znaczenie praw podstawowych i prawa konstytucyjnego, odwołanie się do rozumności i słuszności przy uzasadnianiu prawa, a także niepozytywistyczna interpretacja zasady rządów prawa czy państwa prawnego. Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 257–269.

<sup>107</sup> Por. *IMT*. Tymczasem dla Alexy’ego teoria argumentacji prawniczej jest podporządkowana filozofii ogólnej, szczególnie filozofii języka. Dyskurs prawniczy jest bowiem szczególnym przypadkiem rozumowania praktycznego w ogóle. Por. R. Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, s. 261–272; J. Zajadło, *Prawa podstawowe w filozofii prawa Roberta Alexy’ego. Wprowadzenie*, [w:] R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, s. 17.



Już nieco dalej sytuuje się kooperacyjna koncepcja prawa względem ujęć prawno-naturalnych. Choć da się zapewne odnaleźć punkty styeczne tej koncepcji i indywidualistycznej odmiany iusnaturalizmu, proponowanej choćby przez Johna Finnis<sup>108</sup> czy ostatnio Robina Westa<sup>109</sup>, kooperacyjna koncepcja prawa *explicite* odrzuca głębokie podstawy teorii prawnonaturalnych – prymat dobra nad słusnością<sup>110</sup> oraz rozległą metafizykę osoby<sup>111</sup>. Teorie prawa naturalnego zaczynają bowiem zawsze od pewnej rozległej doktryny dotyczącej osoby i dobra osoby, z których wynika jakaś substancjalna koncepcja dobra wspólnego. Co więcej, dobro osoby i dobro wspólne są komplementarne, bowiem pomyślność osoby realizuje się przede wszystkim we wspólnocie. Dlatego w iusnaturalizmie koncepcja sprawiedliwego prawa jest wyprowadzona z koncepcji dobra wspólnego i osobowego; prawo jest prawem właściwym (*vera lex, lex propria*) i sprawiedliwym tylko wtedy, gdy służy dobru wspólnemu<sup>112</sup>. Jak zobaczymy w szczegółach w następnej sekcji, kooperacyjna koncepcja prawa opiera się na rozumowaniu odwrotnym – w pierwszej kolejności poszukuje (podpadających pod pojęcie słusności) zasad sprawiedliwej kooperacji i sprawiedliwego prawa, zaś następnie, na tej podstawie, identyfikuje dobro wspólne, którym są przede wszystkim sprawiedliwe instytucje umożliwiające bezpieczne stowarzyszanie się.

Co szczególnie istotne, nie należy kooperacyjnej koncepcji prawa utożsamiać z koncepcjami pochodzącymi z teorii gier, teorii publicznego wyboru<sup>113</sup> ani też z ewolucyjną filozofią prawa<sup>114</sup>. Co prawda właśnie te koncepcje można równie dobrze nazwać „koncepcjami kooperacyjnymi”<sup>115</sup>, a sama teoria publicznego

<sup>108</sup> Warto zwrócić uwagę na przykład na fakt, iż Finnisowska koncepcja „wartości podstawowych”, leżąca u podstaw teorii, bliska jest koncepcji „dóbr podstawowych” Rawlsa. Por. J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, przeł. K. Lossman, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 95.

<sup>109</sup> R. West, *Normative Jurisprudence: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

<sup>110</sup> Jest to element teorii prawnonaturalnych. Por. np. A. Krapiec, *Człowiek i prawo naturalne*, KUL, Lublin 1993.

<sup>111</sup> Uściślijmy, iż kooperacyjna koncepcja prawa nie odrzuca metafizyki osoby jako teorii nieprawdziwej czy opartej na fałszywych przesłankach. Od takich pytań w zupełności się tu abstrahuje. Ponieważ u podstaw kooperacyjnej koncepcji prawa leży liberalizm polityczny, odrzuca ona wszelkie rozległe doktryny w tym jedynie sensie, iż nie nadają się na wspólną podstawę publicznych instytucji. Takie doktryny mogą jednak funkcjonować w rozumie publicznym na równych zasadach z innymi, powiedzmy, ściśle egoistycznymi lub naturalistycznymi rozległymi doktrynami.

<sup>112</sup> Por. P. Łabieniec, *Prawo rozumu. O teorii prawa naturalnego Johna Finnis*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004, s. 48–51.

<sup>113</sup> Por. M. Chmieliński, *Prawo we współczesnej teorii publicznego wyboru*, [w:] J. Mikłaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 272–278. Kooperacyjna koncepcja prawa nie podpada zatem pod „kontraktowy model prawa” skonstruowany przez Chmielińskiego.

<sup>114</sup> Por. W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

<sup>115</sup> Dziękuję anonimowemu Ekspertowi NCN za zwrócenie uwagi na ten problem w recenzji projektu badawczego, który obejmował także powstanie tej rozprawy.



wyboru bez wątpienia wykazuje pokrewieństwo z filozofią Rawlsa<sup>116</sup>; nie zmienia to jednak faktu, iż kooperacyjna koncepcja prawa wyraźnie odróżnia się od koncepcji prawa, które można wyprowadzić z teorii publicznego wyboru, koncepcji teoriogrowych czy ewolucyjnych. Szczególną ich cechą jest to, że opierają się na ekonomicznych pojęciach efektywności, równowagi i podstawowej racjonalności, a przez to sytuują się dokładnie na przeciwnym biegunie względem koncepcji Rawlsa, o ile interpretować ją, tak jak czynię w tej pracy, z perspektywy kantowskiej. Zgodnie z kryterium zaproponowanym przez Macieja Chmielińskiego, współczesne teorie umowy społecznej należy bowiem dzielić na naturalistyczne i konstruktywistyczne<sup>117</sup>, przy czym Rawls oczywiście sytuuje się po stronie myślicieli konstruktywistycznych. Podążając za tym podziałem, należy wskazać, że wszelkie koncepcje prawa o rodowodzie ewolucyjnym, wywodzące się z teorii gier czy też teorii publicznego wyboru, są koncepcjami naturalistycznymi, traktującymi rozum praktyczny i prawo jako jeden z fenomenów przyrodniczych. Ich paradygmatem jest zatem (ekonomiczna lub biologiczna) efektywność lub też korzyść wzajemna. Koncepcja prawa wyprowadzona z filozofii politycznej Rawlsa, gdzie centralne znaczenie ma rozumność (pojęcie o rodowodzie kantowskim), normatywnej koncepcji obywatela czy publicznego rozumu, zawiera wyraźne elementy idealizmu, co czyni ją daleką od filozofii prawa opartej na ustaleniach o charakterze ekonomicznym czy ewolucjonistycznym.

W niniejszym podrozdziale wyraziłem główną tezę tej rozprawy o kooperacyjnej koncepcji prawa. Argumentacja na jej rzecz polegała na zrekonstruowaniu Rawlowskiej koncepcji priorytetu sprawiedliwości w społeczeństwie rozumianym jako system kooperacji oraz na skonstruowaniu teorii fundamentalnego związku sprawiedliwości z prawem w oparciu o Rawlowskie pojęcie słuszności oraz idee sytuacji pierwotnej i publicznego rozumu. Teza ta zostanie w następnym rozdziale poddana pewnej szczególnej próbie. Będę mianowicie badał, jakie implikacje niesie ze sobą kooperacyjna koncepcja prawa dla poszczególnych instytucji prawnych, a także zestawiał będę te implikacje z rzeczywistymi instytucjami. Oznacza to, iż teza będzie podlegała badaniu w kontekście prawno-porównawczym. Zanim jednak to uczynię, muszę przedstawić tezę podporządkowaną tej rozprawy, wedle której prawo rozumiane kooperacyjnie jest dobrem wspólnym w pluralistycznym społeczeństwie demokratycznym. Bez tej tezy pojęcie prawa jako instrumentu mogłoby zostać źle zrozumiane, a weryfikacji w rozdziale trzecim zabrakłoby odpowiedniej perspektywy.

<sup>116</sup> W sposób szczególny dziękuję Pani Profesor Justynie Miklaszewskiej za zwrócenie uwagi na ten fakt w recenzji rozprawy doktorskiej, która była podstawą tej książki.

<sup>117</sup> Por. M. Chmieliński, *Umowa społeczna jako ideologia. Davida Gauthiera kontraktualizm moralny*, [w:] M. Chmieliński, Z. Rau (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 258.

## 2.5. Sprawiedliwe prawo jako dobro wspólne

Rozprawę tę rozpocząłem od wyzwania rzuconego platońskiemu Sokratesowi przez Trazymacha. Zdaniem tego ostatniego sprawiedliwość (a zatem – także prawo) jest niczym więcej jak tylko interesem silniejszego. Wypracowując kooperacyjną koncepcję prawa, starałem się odeprzeć owo twierdzenie. Aby jednak prawo w sposób wiarygodny było przedstawione jako coś więcej niż tylko interes silniejszego, trzeba pokazać nie tylko, że prawo musi być publicznie uzasadnione; trzeba również pokazać, że prawo może być dobrem wspólnym, dzierzonym nie tylko przez władzę, lecz także przez wolnych i równych obywateli. Wypracowanie koncepcji dobra wspólnego w filozofii Rawlsa jest istotne nie tylko dla koncepcji prawa, ale także w ogóle dla obrony politycznego liberalizmu. Jeżeli nie da się zidentyfikować dobra wspólnego, cały projekt politycznego konsensu i stabilności będzie obciążony oczywistym niedostatkiem<sup>118</sup>. Tytułem uwag wprowadzających należy powiedzieć, iż kategoria dobra wspólnego stanowi przedmiot kontrowersji w filozofii politycznej liberalizmu. Wydaje się, iż kontrowersja ta, czy, innymi słowy, problematyczny charakter dobra wspólnego w liberalizmie, wynika z leżących u podstaw tego nurtu indywidualizmu (zarówno w sferze metody, jak i broniomych wartości) oraz przekonania o zasadniczo instrumentalnym charakterze państwa. Jak wskazuje Zbigniew Rau, stosunek liberalizmu do dobra wspólnego ma kluczowe znaczenie dla dalszego rozwoju tego nurtu doktrynalnego; jednoznaczne odrzucenie bądź też afirmacja tej wartości będzie stanowić o charakterze liberalizmu w przyszłości<sup>119</sup>.

Jeżeli jednak liberalizm ma afirmować jakąś postać dobra wspólnego, zmuszony jest korzystać z koncepcji historycznie wcześniejszych; w ramach filozofii liberalnej można dokonać twórczej modyfikacji tego pojęcia, ale budować będzie się bez wątpienia nie na podstawie tradycji liberalnej, lecz starogreckiej, tomistycznej czy republikańskiej<sup>120</sup>. W niniejszym podrozdziale usiłuję wskazać, iż Rawlowska kooperacyjna koncepcja prawa zawiera w sobie interesującą koncepcję dobra wspólnego, choć rozumianego w sposób nieklasyczny. Przedstawię mianowicie próbę wskazania sprawiedliwych instytucji prawnych jako głównej postaci dobra wspólnego w pluralistycznym społeczeństwie demokratycznym.

<sup>118</sup> Rekonstrukcję krytyki, w myśl której Rawls nie wskazuje żadnej koncepcji dobra wspólnego, a także odparcie tejże krytyki, prezentuje D.A. Dombrowski, *Rawls and Religion: The Case for Political Liberalism*, State University of New York Press, Albany 2001, s. 69–79.

<sup>119</sup> Por. Z. Rau, *Liberalizm...*, s. 208–210.

<sup>120</sup> Por. M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Trybunał Konstytucyjny, Warszawa 2012, s. 47–157.

## A. Pojęcie wspólnoty i pojęcie dobra na gruncie filozofii politycznej Rawlsa

Rawls często przedstawiany jest jako myśliciel indywidualistyczny, który tworząc abstrakcyjne i legalistyczne konstrukcje, zagubił nie tylko pojęcie wspólnoty, ale także w ogóle społeczną naturę człowieka<sup>121</sup>. Sądzę, że jest to interpretacja niepoprawna i już w *Teorii sprawiedliwości* łatwo odnaleźć wystarczające podstawy dla pojęcia wspólnoty. Jak pisał Rawls już w swym *opus magnum*, „pytanie, czy teoria umowy społecznej jest narzędziem, które w zadowalający sposób pozwala zrozumieć wartość wspólnoty i wybrać porządek społeczny, który je urzeczywistni” (*TS*, § 79, 733), interesowało go bezpośrednio. Odpowiedzi na nie udziela idea związku społecznego. Metodologicznie rzecz biorąc, jest to idea związana ze stabilnością społeczeństwa dobrze urządzonego, będąca elementem teorii dobra. Rawls przedstawia społeczeństwo dobrze urządzone jako Humboldtowski związek społeczny związków społecznych (*social union of social unions*), który cechuje nie tylko sprawiedliwość, lecz także samoistne dobro. To „dzięki związkowi społecznemu opartemu na potrzebach i możliwościach jego członków każdy może partycypować w całkowitej sumie urzeczywistnionych naturalnych zalet innych”, przez co mamy tu do czynienia z czymś w rodzaju „wspólnoty rodzaju ludzkiego, której członkowie doceniają zalety moralne innych oraz indywidualność wyzwalaną przez wolne instytucje i uznają dobro każdego za element pełnej aktywności systemu, na który wyrazili zgodę i który dostarcza przyjemności wszystkim (*TS*, § 79: 737)<sup>122</sup>”. Rawls uznaje, że społeczeństwo realizujące dwie zasady sprawiedliwości może być tego rodzaju wspólnotą. Społeczeństwo nie przypomina zatem luźnego stowarzyszenia egoistów, gdzie każdy dąży jedynie do powiększenia własnego dobra. Członkowie zrzeszenia co do zasady widzą samoistną wartość kooperacji i instytucji

<sup>121</sup> W tym kierunku idzie przede wszystkim Michael Sandel, krytykując Rawlsowską konstrukcję podmiotu moralności. Zob. M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*. Sądzę, iż krytyka Sandela opiera się w dużej części na nieporozumieniu; opis stron porozumienia pierwotnego, który przecież ma u Rawlsa ograniczone zastosowanie o charakterze metodologicznym, traktuje Sandel jak jakąś rozległą doktrynę dotyczącą natury osoby. Przeto nie zgadzam się np. z R. Prostakiem, iż Rawls prezentuje „deontologiczne spojrzenie na naturę człowieka” (R. Prostak, *Rzecz o sprawiedliwości. Komunitarystyczna krytyka współczesnego liberalizmu amerykańskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2004, s. 98). Ściśle biorąc, Rawls konstruuje sytuację pierwotną, w ogóle nie spogląda na naturę ludzką. Poszukuje bowiem jedynie uczciwego usytuowania stron, mającego pokazać racjonalne podstawy przyjęcia zasad sprawiedliwości (a nie racjonalność człowieka). Pewne rozważania o „naturze ludzkiej” są wprowadzone dopiero na etapie problemu stabilności ze słusznych powodów. Elementem tejże „natury”, stanowiącym podstawy społecznej stabilności, jest społeczny charakter człowieka, wyrażony zdaniem Rawlsa najlepiej przez pojęcie związku społecznego.

<sup>122</sup> Warto zaznaczyć, iż dziwi powołanie się w tym miejscu na przyjemność (w oryginale mamy tu zwrot *pleasure*, więc sprawa jest jednoznaczna). Prawdopodobnie nie oznacza to, że Rawls przyjmuje jakąś hedonistyczną teorię dobra; zapewne posłużył się nieostrożnie wyrażeniem „przyjemność” na oznaczenie ogólnego dobra, jakie kooperacja przynosi każdemu.

umożliwiających tę kooperację, choć rzecz jasna uznają, że kooperacja stanowi wartość o tyle, o ile oparta jest na równym szacunku dla każdej jednostki.

Związek społeczny można porównać do takich społecznych przedsięwzięć, jak gra towarzyska czy wspólne wykonywanie utworu muzycznego. Jak pisze Rawls, „[z]a czysty przypadek ilustrujący tego rodzaju związek społeczny możemy uznać grupę muzyków, z których każdy mógłby nauczyć się grać równie dobrze jak inni na każdym instrumencie w orkiestrze, jednak na mocy swego rodzaju niepisanej umowy wszyscy postanowili doskonalić swe umiejętności na instrumencie tak wybranym, by urzeczywistnić zdolności wszystkich we wspólnej grze” (*TS*, § 79: 738, przypis dolny)<sup>123</sup>. Podobnie związkiem społecznym jest gra towarzyska, gdzie gracze nie tylko dążą do jak najlepszego wyniku, lecz także czerpią satysfakcję z udanej, uczciwej rozgrywki. Podobnie wygląda zdaniem Rawlsa społeczeństwo pod efektywnymi rządami sprawiedliwości – choć każdy dba o swój interes, uznaje samoistną wartość reguł i kooperacji w ogóle.

*Liberalizm polityczny* przynosi pewne zmiany i dookreślenia<sup>124</sup>. Społeczeństwo ma tutaj charakter swoisty, sytuujący się gdzieś pomiędzy wspólnotą a stowarzyszeniem<sup>125</sup>. Jak podkreśla Rawls, społeczeństwo nie jest wspólnotą, „jeśli przez wspólnotę rozumiemy społeczeństwo rządzone przez jakąś wspólną rozległą doktrynę religijną, filozoficzną i moralną” (*LP*, I, § 7.3: 83). Warunki pluralizmu nie pozwalają na wprowadzenie wszechogarniającej idei „wspólnoty rodzaju ludzkiego” czy jakiegokolwiek innej. Zamiast tego społeczeństwo jest zespolone w ograniczonym zakresie, na zasadzie częściowego konsensu. Gdyby zatem trzymać się metaforyki muzycznej, można tę zmianę ująć następująco: Rawls w *TS* twierdził, iż wszyscy obywatele będą odgrywać swoje partie w wielkiej, rozległej symfonii, jaką może stać się społeczeństwo, jeśli będzie społeczeństwem dobrze urządzonym. W *LP* Rawlsa figura jest już nieco inna – każdy z muzyków gra tutaj swój własny, do pewnego stopnia niezależny utwór, ale dzięki ograniczone-

<sup>123</sup> Dobry przykład takiej „niepisanej umowy” daje historia polskiej szkoły jazzu. Jedną z pierwszych polskich grup grających oryginalny jazz – Komeda Sextet (1956) – powstała m.in. z trzech pianistów, jakimi wyjściowo byli, obok Komedy, Jan „Ptaszyn” Wróblewski i Jerzy Milian. Jako że podówczas brakowało odpowiednich osób do grania jazzu, Wróblewski nauczył się grać na saksofonie, a Milian na wibrafonie. Wymagała tego chęć utworzenia „związku społecznego”, jakim była grupa jazzowa.

<sup>124</sup> Należy podkreślić, iż metodologia politycznego liberalizmu bliższa jest pojęciu wspólnoty, ponieważ nie apeluje po prostu do racjonalnego wyboru, lecz także do zakorzenionych w kulturze demokratycznej podstawowych idei. Dlatego np. A. Szahaj określa liberalizm polityczny mianem „komunitarystycznego” (por. A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota? Spór liberalistów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2000, s. 55–72).

<sup>125</sup> Odwołuję się tu do klasycznego rozróżnienia F. Tönniesa (zob. F. Tönnies, *Wspólnota i stowarzyszenie*, przeł. M. Łukasiewicz, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 2008, Ks. I, s. 27–119). Ujmując rzecz najprościej, wspólnotą jest związek ludzki o charakterze uczuciowym, który odbierany jest jako zastany (np. rodzina), zaś stowarzyszeniem jest związek bazujący na racjonalności, kreowany w oparciu o arbitralny wybór (np. rynek).

mu konsensowi nie powstaje nieokiełznana kakofonia, lecz także coś w rodzaju polifonicznego „utworu”. Każdy zatem daje od siebie część utworu, która ma dla niego autonomiczną wartość; wspólne podstawy, które łączą członków orkiestry, pozwalają dostrzec harmonię w wielości i różnorodności. Porzucając metaforykę muzyczną – idea związku społecznego zaprezentowana w *Teorii sprawiedliwości* zostaje zmodyfikowana w ten sposób, iż związek społeczny nie jest związkiem osób dzielących tę samą rozległą doktrynę. Jest raczej związkiem związków społecznych (mniejszych zrzeszeń), które hołdują wielu rozumnym rozległym doktrynom.

Spółceństwo nadal nie jest jednak po prostu zwykłym stowarzyszeniem, przede wszystkim dlatego, że nie ma celów ostatecznych, jakie mają stowarzyszenia<sup>126</sup>, a także różni się od stowarzyszenia pod względem genezy naszego w nim udziału – nie przystępujemy do niego, „kiedy osiągamy wiek rozumu, jak możemy przystąpić do stowarzyszenia, lecz rodzimy się w nim i przeżyjemy w nim całe życie” (*LP*, I, § 7.1: 80). Dlatego poszukując Rawlowskiego pojęcia wspólnoty powiemy, że z założeń liberalizmu politycznego wywieść można pojęcie wspólnoty ograniczonej – pluralistyczne społeczeństwo jest wspólnotą o tyle, o ile panuje w nim częściowy konsens. Ścisłej mówiąc, już w przypadku stabilnego konsensu konstytucyjnego możemy mówić o „wspólnocie”, ponieważ coś obywateli łączy i wspólnie godzą się na jakieś instytucje. Trzeba jednak „porzucić nadzieję na polityczną wspólnotę” (*LP*, IV, § 3.3: 210) w holistycznym sensie Platona, Rousseau, św. Tomasza czy Dworkina, gdzie tylko jedna koncepcja dobrego życia traktowana jest jako najlepsza i stanowiąca ośrodek wspólnoty. Dlatego „wspólnotą” u Rawlsa byłby pluralistyczny związek związków społecznych, ufundowany w częściowym (a w mojej interpretacji – prawnym) konsensie<sup>127</sup>.

Gdy chodzi o pojęcie dobra, należy powiedzieć, iż Rawls przykłada do niego dużą wagę, pomimo pewnych pozorów, jakie może stwarzać priorytet słuszności, włączając w to pojęcie dobra społecznego. Jak podkreśla Rawls, „idee słuszności i dobra uzupełniają się – żadna koncepcja sprawiedliwości nie może całkiem oprzeć się na jednej lub na drugiej, lecz musi w określony sposób łączyć obie” (*LP*, V: 244). Punktem wyjścia jest tutaj odróżnienie „wąskiej teorii dobra” od

<sup>126</sup> Stowarzyszenia mają cele ostateczne w tym sensie, że *raison d'être* jakiegoś towarzystwa opieki nad zabytkami jest zły stan zabytków, a celem ostatecznym towarzystwa opieki nad zwierzętami jest pomyślność zwierząt. Społeczeństwo, jako związek społeczny związków społecznych, nie ma takich celów ostatecznych, ponieważ trwa z pokolenia na pokolenie i ma jedynie być trwale sprawiedliwe dla swych członków.

<sup>127</sup> Taka wspólnota nie jest zatem klasycznie rozumianą wspólnotą Arystotelesowską czy Tönniesowską, gdzie podstawowym spoiwem są pozaracjonalne więzy uczuciowe. Bliżej jej raczej do tego, co B. Wojciechowski nazywa „inkluzywną wspólnotą konstruktywistyczną”, opierającą się na wspólnie uznanych regułach i normach (por. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009).

„pełnej teorii dobra” (*TJ*, § 60). Wąska teoria dobra jest instrumentalna i służy do określenia zasad sprawiedliwości (chodzi tu przede wszystkim o dobro jako racjonalny plan życia i pojęcie dóbr podstawowych – *TS*, §§ 15 i 25). Dobro społeczeństwa rozumianego jako system kooperacji należy natomiast do pełnej teorii dobra, która jest już samoistna, choć zostaje skonstruowana dopiero po wyborze zasad sprawiedliwości. Pełna teoria dobra używa już ukonstytuowanych zasad sprawiedliwości do określenia innych pojęć moralności publicznej. Należy do nich także pojęcie dobra społeczeństwa politycznego (*LP*, V, § 7).

Poszukując związku sprawiedliwego prawa z pojęciem dobra wspólnego należy oprzeć się na idei dobra społeczeństwa politycznego. Społeczeństwo, w którym każdy rozwija w sposób dostateczny swoje moralne władze, w którym każdy posiada odpowiednie społeczne podstawy szacunku do samego siebie, w którym połączona aktywność obywateli w kulturze podłoża wyzwala jednostkową kreatywność, jest, jak powiada Rawls, „wielkim społecznym dobrem”, choć realizowanym w warunkach częściowego konsensu<sup>128</sup>. Zanim jednak rozwinę to zagadnienie w kierunku perspektywy prawniczej, naszkicuję, dla kontrastu, związek prawa z dobrem wspólnym w innych tradycjach.

## B. Związek prawa z dobrem wspólnym u Rawlsa na tle wybranych koncepcji nieliberalnych

Związek prawa z dobrem wspólnym jest oczywisty w tradycji tomistycznej oraz republikańskiej. Jak słusznie podkreśla K. Niemczyk,

[p]ytaniem, jakie stawiają sobie filozofowie starożytni i średniowieczni, jest to, jak realizować dobro wspólne. Nonsensem natomiast jest pytać: „Czy powinniśmy dbać o dobro wspólne?”. [...] Osiągnięcie doskonałości stanowi bowiem etyczny cel i sens ludzkiego życia, a skoro ten może być zrealizowany jedynie we wspólnocie, to – jak mówi święty Tomasz – „kto zabiega o dobro wspólne, tym samym zabiega o swe własne dobro”. Dobro jednostki ma zatem charakter podstawowy, a dobro wspólne może być rozpatrywane tylko w jego kontekście<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Dlatego K. Michałowski ma po części rację, iż dobrem wspólnym u Rawlsa jest częściowy konsens: „Konsensus społeczny konstytuujący, w zamierzeniu Rawlsa, liberalizm polityczny sam w sobie jest mitem, i to mitem dobra wspólnego. Jego logika i mechanika konstrukcji broni się tylko, jak tu wspomniałem, na zasadzie Hobbesowskiej równowagi sił. Konsensus ma jednak wartość autonomiczną wobec niej, jest bowiem warunkiem możliwości praktykowania własnych szerokich teorii i gwarantuje ich wolność. Troska o niego powinna być więc troską wszystkich obywateli, ponieważ stanowi ich dobro wspólne” (K. Michałowski, *Mit dobra wspólnego: Alasdair MacIntyre, John Rawls i Robert Nozick*, [w:] D. Probuca (red.), *Dobro wspólne*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Pedagogicznego, Kraków 2010, s. 149). Sądzę jednak, iż konsens jest raczej warunkiem dobra wspólnego, którym ostatecznie są sprawiedliwe instytucje.

<sup>129</sup> K. Niemczyk, *Dobro wspólne i obowiązek polityczny w „Teorii sprawiedliwości” Johna Rawlsa*, [w:] D. Probuca (red.), *Dobro wspólne*, s. 157–164.



W przypadku tomizmu dobro wspólne (powiązane z dobrem osobowym) jest nie tylko oczywistością dla rozumu praktycznego, lecz także konstytutywnym elementem prawa. Prawo w myśl definicji św. Tomasza to rozporządzenie rozumu dla dobra wspólnego nadane przez tego, kto ma pieczę nad wspólnotą i publicznie ogłoszone<sup>130</sup>. Myśliciele tomistyczni z wieku dwudziestego, jak choćby Albert Krapiec, utrzymali ten związek, podkreślając jednak komponenty personalistyczne<sup>131</sup>. Współczesne koncepcje tomistyczne łączy pewien metafizyczny ideał osoby, integralnie powiązany z więzią z Bogiem. Stąd dla Krapca dobro wspólne powiązane jest integralnie z rozumianą w sposób metafizyczny aktualizacją bytu osoby<sup>132</sup>, który jednak, o czym należy pamiętać, nie ma charakteru indywidualistycznego, ponieważ odbywa się w relacjach międzyosobowych, których paradygmatem jest relacja z Bogiem<sup>133</sup>.

Z kolei w tradycji republikańskiej prawo również jest jedną z najważniejszych dróg zabezpieczenia dobra wspólnego przed despotyzmem interesu prywatnego lub władzy<sup>134</sup>. Dobro wspólne, punkt wyjścia dla każdej doktryny republikańskiej, jest w większym stopniu niż w przypadku tomizmu powiązane bezpośrednio z interesem czy dobrem publicznym, a nawet, w niektórych wersjach, z dobrem państwa<sup>135</sup>. Republikanizm jest bowiem bardziej niż tradycja prawnonaturalna przywiązany do (gwarantowanego przez ustrój mieszany) ładu publicznego, który jest tożsamy z dobrem wspólnym. Wszelki rząd i państwo istnieją dla tego dobra, przez co jest ono racją istnienia także dla prawa. Prawo chroni ład i to nadaje mu legitymację oraz moc obowiązującą<sup>136</sup>.

Aby wyraźnie wskazać związek kooperacyjnej koncepcji prawa z dobrem wspólnym, podkreślimy istotne różnice względem tak teorii tomistycznej, jak i republikańskiej. Ze względu na zupełnie inny punkt wyjścia, jakim jest pierwszeństwo słuszości, Rawls dochodzi do nieco odmiennych rezultatów niż jego wielcy adwersarze. Zgadza się on z republikanizmem, iż prawo ma na celu dobro wspólne, nie zgadza się jednak ze szczególną postacią dobra wspólnego, utożsamionego z ładem. W myśl doktryny republikańskiej głównym celem prawa jest bowiem możliwie najsilniejsze utożsamienie interesu każdej jed-

<sup>130</sup> Por. É. Gilson, *Tomizm*, przeł. J. Rybałt, Instytut Wydawniczy Pax, Warszawa 2003, s. 305–311.

<sup>131</sup> Por. A. Krapiec, *Człowiek i prawo...*, s. 25–31; J. Maritain, *La personne et le bien commun*, Desclée de Brouwer, Paris 1947.

<sup>132</sup> A. Krapiec, *Człowiek i prawo...*, s. 163–171.

<sup>133</sup> Podobnie u Maritaina, gdzie rozróżnia się „jednostkowość” (*individualité*) od otwartej na wspólnotę „osobowości” (*personalité*). Por. J. Maritain, *La personne...*, s. 31–39.

<sup>134</sup> Por. M.N.S. Sellers, *Republican Legal Theories*, s. 10.

<sup>135</sup> Por. D. Pietrzyk-Reeves, *Ład Rzeczypospolitej. Polska myśl polityczna XVI wieku a klasyczna tradycja republikańska*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2012, s. 47.

<sup>136</sup> M.N.S. Sellers, *Republican Legal Theories*, s. 56–61.

nostki z interesem ciała politycznego<sup>137</sup>. U Rawlsa natomiast obydwie sfery są oddzielone, gdyż każdy jest uprawniony do posiadania własnej, jednostkowej koncepcji dobra oraz traktuje się go jako w pełni uprawnionego do realizacji tejże koncepcji. Istnieje jednak sfera wspólna, czyli społeczeństwo polityczne, w której dąży się do sprawiedliwej kooperacji, a zatem do rozwoju dla każdego obywatela. W tym sensie „republikanizm Rawlsa”, a o czymś takim można w moim przekonaniu mówić, jest ściśle limitowany do sfery konsensu. Dlatego interpretacja Rawlsa wyłącznie w kategoriach republikańskich, podjęta przez niektórych badaczy<sup>138</sup>, nie może się powieść. Choć Rawls uznaje, że obywatelska partycypacja jest bardzo ważnym czynnikiem stabilności ze słusznych powodów, jako liberał nie może narzucać koncepcji dobra, która wymagałaby od każdego takowej partycypacji. Nie zmienia to jednak faktu, że horyzont częściowego konsensu jest zarazem – do pewnego stopnia republikańskim – horyzontem dobra wspólnego<sup>139</sup>.

Gdy chodzi o związki Rawlsa z tomizmem, autor *Liberalizmu politycznego* zgadza się z tomistami, że dobro wspólne wymaga dobra osoby, nie może jednakże opierać koncepcji tego dobra na metafizyce. Wszelkie rozległe ideały osoby czy doktryny dotyczące pełnego rozwoju osoby nie mogą być podstawą konsensu, a zatem realizowane są przede wszystkim nie w sferze politycznej, lecz sferze ściśle społecznej, zwanej „kulturą podłoża”. Mogą co prawda wpływać także na sferę polityczną, lecz niebezpośrednio, w oparciu o publiczny rozum i kształtowanie konsensu. Koncepcja polityczna zaś czerpie z ogólnych idei będących elementem tradycji politycznej i prawnej społeczeństwa demokratycznego. Dlatego musi odwoływać się nie do pełnej, lecz do wąskiej teorii dobra (dóbr pierwotnych), która dostarcza bezstronnej podstawy porównań międzyosobowych na użytek sprawiedliwości dystrybucyjnej.

Ze względu na powyższe różnice, związek prawa z dobrem wspólnym w kooperacyjnej koncepcji prawa jest w ostatecznym rozrachunku odwrócony w stosunku do klasycznego. Prawo nie tyle powinno zabezpieczać czy realizować dobro wspólne, co samo staje się dobrem wspólnym w warunkach pluralizmu rozległych koncepcji dobra. Jak już pisałem, „dobro społeczeństwa politycznego”

<sup>137</sup> Przypomnijmy choćby słynną maksymę Cyncerona, w myśl której „pożytek każdej jednostki jest zarazem pożytkiem całego społeczeństwa; i jeżeli poszczególne osoby będą zabiegały tylko o korzyść własną, rozpadnie się wszelkie współzycie między ludźmi” (M.T. Cyncero, *O powinnościach*, [w:] *Pisma filozoficzne*, t. 2, przeł. W. Kornatowski, PWN, Warszawa 1960, ks. III, 26, s. 383).

<sup>138</sup> A. de Francisco, *A Republican Interpretation of the Late Rawls*, „The Journal of Political Philosophy” 2006, 3, s. 270–288.

<sup>139</sup> W swoich publikacjach Rawls nigdy nie podejmował wprost problemu dobra wspólnego, jednak sądził on, czemu dał wyraz w *CI*, iż w liberalizmie istnieje pewna dorozumiana zasada dobra wspólnego, którym jest po prostu, w pierwszym sensie, dobrze urządony porządek konstytucyjny (*CI*, 622). Kooperacyjna koncepcja prawa uściśla to bardzo ogólne stwierdzenie Rawlsa, utożsamiając dobro wspólne z instytucjami prawnymi posiadającymi publiczne uzasadnienie.

są to „dobra, jakie obywatele urzeczywistniają jako osoby i jako ciało zbiorowe utrzymując sprawiedliwy reżym konstytucyjny i prowadząc jego sprawę” (*LP*, VI § 7: 278). Choć nie afirmują tej samej rozległej doktryny, to afirmują te same podstawowe zasady dla prawa. Dlatego ich wspólnym celem jest rozwijanie i utrzymanie instytucji prawnych. Bez nich nie mogą efektywnie świadczyć sobie nawzajem sprawiedliwości.

Powstaje jednak pytanie, czy prawo nie jest w tej koncepcji nazbyt fetyszowane, czy też, innymi słowy, czy nie zawęża horyzontu dobra wspólnego. Trudność polega tu na tym, iż w koncepcjach klasycznych prawo jest pochodną substancjalnego i pozaprawnego dobra wspólnego, natomiast u Rawlsa dobro wspólne wydaje się pochodną prawa. Czy nie prowadzi to do traktowania dobra wspólnego wyłącznie jako elementu prawa stanowionego? Czy możliwa jest wówczas krytyka prawa odwołująca się do rozległych doktryn? Zwróćmy uwagę, że gdyby ściśle zinterpretować utożsamienie dobra wspólnego z systemem prawnym, doktryna prowadziłaby do swego rodzaju „makiawelizmu”, czyli utożsamienia dobra wspólnego z „racją stanu”. Musiałoby to prowadzić do przewrotnej konstatacji, iż koncepcja kooperacyjna sama się obala – podaje racje na rzecz nie-pozytywizmu, sama będąc pozytywizmem; poszukuje podstaw stabilnego dobrowolnego konsensu, lecz sama wprowadza możliwość arbitralnej interpretacji pojęcia rozumności i dobra wspólnego<sup>140</sup>.

Wątpliwości te winno rozwiązać stwierdzenie, iż wskazanie instytucji prawa jako dobra wspólnego nie oznacza, że całość zakresu terminu „dobro wspólne” pokrywa się z zakresem terminu „instytucje prawne”. W ramach filozofii Rawlsonskiej można wskazać wiele innych znaczeń terminu „dobro wspólne”. W odpowiednich kontekstach dobrem tym może być zarówno dobro państwa (na przykład przy kwestiach podatków), dobro osoby (na przykład przy kwestiach równego traktowania), jak i jakiś ogólny użytek, choćby o charakterze ekonomicznym (na przykład przy kwestii wolności gospodarczej). Nawet sam pluralizm rozległych doktryn, które doprowadziły do wypracowania stabilnego konsensu, może zostać nazwany dobrem wspólnym, choć zasadniczo jest on pochodną wolnego użycia rozumu i sprawiedliwych instytucji, nie zaś celem prawa czy wartością samą sobie. W ramach proponowanej koncepcji dobra wspólnego obywatele argumentujący za takim czy innym rozwiązaniem prawnym na publicznym forum politycznym są na mocy obowiązku grzeczności zobligowani do podawania wspólnych racji politycznych, lecz na mocy klauzuli mogą wprowadzać także treści spoza

<sup>140</sup> Można wyobrazić sobie hipotetyczną sytuację, w której rozum publiczny jest w pewien sposób „zawłaszczony” przez przedstawicieli jednej z rozległych doktryn, którzy w sposób arbitralny wprowadzają swoją partykularną interpretację idei rozumu publicznego jako jedyny dopuszczalny kanon rozumności. Prowadzi to do wykluczenia, a przez to do pozbawienia części dóbr pierwotnych przedstawicieli innej rozległej doktryny, która w innych warunkach uznana byłaby za rozumną. Za zwrócenie uwagi na ten problem jestem w sposób szczególnie wdzięczny Panu Profesorowi Zbigniewowi Rauowi.

porządku konstytucyjnego w sensie ścisłym. Muszą zatem argumentować w duchu dobra wspólnego, które może być także rozumiane jako pozaprawne. Należy jednak z całą mocą podkreślić, iż dobro wspólne utożsamione z instytucjami prawa jest pewną szczególną, wyróżnioną formą dobra wspólnego. Jest tak dlatego, że właśnie owe instytucje umożliwiają szerszą deliberację o wielu różnorodnych społecznych i jednostkowych dobrach. Przedstawiciele rozległej doktryny A mogą być przekonani, iż obecność w dyskursie i duży wpływ społeczny doktryny B jest społeczną katastrofą. W tym samym czasie przedstawiciele doktryny B uważają siebie samych za warunek zachowania dobrego społeczeństwa, lecz doceniają także wkład, jaki doń wnoszą ich adwersarze – przedstawiciele doktryny A. Instytucje prawa dlatego są tak ważne, że jeżeli zostaną uznane zarówno przez A, jak i przez B jako dobro wspólne, umożliwią pogodzenie względnej społecznej spójności z takimi fundamentalnymi różnicami co do sądu w innych sprawach. Pamiętać jednak należy, iż owe instytucje nie mają wartości samej w sobie, w tym sensie, iż nie są jakimś ubóstwionym przedmiotem troski; nie są tworzone i poprawiane tylko dla nich samych, czy też tylko w imię pojmowanego holistycznie państwa. Instytucje prawne odsyłają bowiem do kooperacji społecznej, to właśnie ona dostarcza prawu właściwego *raison d'être*. Oznacza to, że prawo w ostatecznym rozrachunku jest dobrem wspólnym, ale zarazem instrumentem w rękach obywateli.

Tę rolę prawa, która jest czymś właściwym przede wszystkim dla kultury liberalnej i demokratycznej, można przedstawić sobie za pomocą metaforycznych obrazów. Wyobraźmy sobie mianowicie ruch samochodowy w jakimś wielkim mieście Zachodu, niech będzie to Paryż. Każdy kieruje swym własnym pojazdem i obiera sobie właściwy cel. Cel ten jest odpowiednikiem jednostkowej koncepcji dobra. Pomimo niezliczonej liczby różnych celów podróży, ruch odbywa się co do zasady płynnie, co zapewnia prawo ruchu drogowego. Choć każdy kierowca ma odmienny cel, wszyscy oni uznają wspólny punkt widzenia, podporządkowując się regułom ruchu. W razie stłuczki to właśnie w oparciu o te reguły odbywa się ustalenie odpowiedzialności za wypadek. Są one więc dobrem wspólnym, a to dlatego, że właśnie one umożliwiają każdemu bezpieczne dotarcie do celu. Wyobraźmy sobie teraz, dla kontrastu, miasto w Afryce środkowej, niech będzie to Douala. Reguły ruchu drogowego nie są tam uznane, choć zapewne jakiś kodeks ruchu drogowego formalnie obowiązuje, być może nawet jest skonstruowany na wzór kodeksu francuskiego. Faktycznie jednak kodeks nie obowiązuje, gdyż jego postanowienia co do zasady nie są przestrzegane, co nie spotyka się z karą. Prowadzi to do sytuacji, w której każdorazowy wjazd na skrzyżowanie to raczej „negocjacja pierwszeństwa” niż zastosowanie formalnie obowiązujących reguł. Dlatego żaden kierowca w Douali chcący bezpiecznie dotrzeć do celu nie liczy na prawo, lecz na własne umiejętności i życzliwość współużytkowników drogi. W tym sensie dobro wspólne istnieje także i tam, nie ma jednak charakteru formalnych reguł, lecz wzajemnej pomocy i spontanicznej

harmonizacji ruchu. Ruch uliczny Douali jest metaforą społecznej kooperacji bez publicznie uznanego systemu reguł. Dobrem wspólnym jest tu po prostu społeczna kooperacja. Ruch uliczny Paryża wiąże dotarcie do celu z uznanymi regułami ruchu, dlatego jest metaforą kooperacji w społeczeństwach liberalno-demokratycznych, gdzie istnieje tradycja współpracy społecznej na podstawie uznanych reguł.

## ROZDZIAŁ 3

### **W stronę instytucji – polityczna koncepcja sprawiedliwości a porządek prawny**

Rozdziały poprzednie stanowiły przede wszystkim dociekania o charakterze spekulatywnym. Wychodząc od zagadnienia miejsca sprawiedliwości we wspólnocie politycznej, starałem się odpowiedzieć na wyzwanie stawiane choćby przez polityczny realizm, pozytywizm prawniczy czy marksizm. Jak pamiętamy, zostało ono po raz pierwszy sformułowane przez Platona w *Państwie*, który ustami Trazymacha określił sprawiedliwość jako interes silniejszego, chroniony za pomocą prawa stanowionego. To stanowisko pociąga za sobą przekonanie, iż sprawiedliwość i prawo są w ten sam sposób podporządkowane sile politycznej. Nie pozostawia się tu miejsca na szczególne roszczenie sprawiedliwości do określania pojęcia prawa, a także wpływu na treść norm prawnych, ich stosowanie czy wykładnię. Na kartach tej rozprawy usiłowałem sformułować stanowisko przeciwne, opracowując koncepcję priorytetu sprawiedliwości i prawa ściśle powiązanego ze sprawiedliwością. Aby to uczynić, podążałem ścieżkami myśli Johna Rawlsa. Priorytet sprawiedliwości został opracowany przede wszystkim w rozdziale pierwszym, w którym analizowałem podstawowe idee tworzące Rawlowską kategorię społeczeństwa demokratycznego. Z kolei fundamentalny związek sprawiedliwości i prawa był analizowany w kilku krokach, częściowo w rozdziale pierwszym, częściowo w drugim. W rozdziale pierwszym wskazywałem, że jeśli społeczeństwo demokratyczne rzeczywiście ma być efektywnie regulowane przez publiczną koncepcję sprawiedliwości, musi ono być społeczeństwem więzi prawnej, to znaczy zespolonym przez instytucje prawa, których zadaniem jest w pierwszej kolejności dostarczenie sprawiedliwych reguł kooperacji. W rozdziale drugim przedstawiłem badania bardziej szczegółowe, mające wyjaśnić nie tyle znaczącą rolę sprawiedliwości w systemie prawnym, co definicyjny związek pojęcia sprawiedliwości z pojęciem prawa. W kilku krokach ukazałem tam kooperacyjną koncepcję prawa, postrzegającą prawo jako narzędzie stanowiące podstawę uczciwej kooperacji, której rozumnych standardów dostarczają ponadpozytywne zasady sprawiedliwości. Ostatnim krokiem dociekań filozoficznych było wskazanie, iż instytucje prawa (rozumianego zgodnie z koncepcją kooperacyjną) stanowią dobro wspólne w warunkach pluralizmu.

Na tym jednak niepodobna zakończyć rozprawy, a filozoficznej odpowiedzi na wyzwanie Trazymacha nie można sprowadzić do spekulacji filozoficznej i analityki pojęć. Część filozoficznoprawna tej pracy domaga się więc uzupełnienia.



Sądzę mianowicie, iż jestem zobowiązany (choćby pobieżnie) skonfrontować rezultaty mych dociekań z poszczególnymi instytucjami prawnymi. To zadanie ma polegać na bliższym zbadaniu implikacji teorii dla poszczególnych instytucji prawa i porównaniu ich z rzeczywiście funkcjonującymi instytucjami w perspektywie porównawczej. Jeżeli okaże się, że implikacje kooperacyjnej koncepcji prawa pozostają w rażącej sprzeczności z wewnętrzną logiką i tradycją najważniejszych instytucji prawnych, opracowywana teoria prawa będzie musiała zostać odrzucona, zmodyfikowana lub uzupełniona. Z drugiej zaś strony, jeżeli falsyfikacja przebiegnie pomyślnie dla wypracowanej przeze mnie koncepcji, będzie można z czystym sumieniem stwierdzić, że istnieje związek normatywnej filozofii prawa z rzeczywistością społeczną, a perspektywy filozoficzna i prawnicza mogą się spotkać, być dla siebie wzajemnie źródłem inspiracji i dostarczać impulsów rozwoju. Falsyfikacja będzie mogła polegać nie tyle na odrzuceniu koncepcji, co na wskazaniu, że koncepcja kooperacyjna musi pogodzić się z pewnymi ograniczeniami przedmiotowymi i nie nadaje się do interpretacji dowolnych norm prawnych. Aby jednak w ogóle warto było ją rozważać jako poważną koncepcję prawa, trzeba wykazać, że daje się dzięki niej zrozumieć instytucje najważniejsze dla współczesnych porządków prawnych. Być może podejmując próbę falsyfikacji teorii, przygotowałem sam na siebie sidła, z których nie da się łatwo wyplątać. Sądzę jednak, iż normatywna filozofia prawa nie może poprzestać na samej tylko spekulacji, jeśli ma się w jej ramach dokonać tak czy inaczej rozumiany postęp. Aby pójść naprzód, filozofia musi osiągnąć nie tylko spójność i klarowność wyводу; musi także wskazywać drogę do poszukiwania błędów innych niż niespójność czy niejasność – potrzebuje jakiejś metody falsyfikacji. W przypadku filozofii normatywnej, zajmującej się nie predykcją<sup>1</sup>, lecz uzasadnieniem i wyjaśnianiem instytucji, naturalną drogą konfrontacji teorii z rzeczywistością jest odniesienie do praktyki instytucjonalnej. Taki też jest zamysł tego rozdziału.

Ze względu na oczywiste ograniczenia, mogę tu jedynie wskazać metodę, o którą mi chodzi. Jej kompleksowe zastosowanie do analizy systemów prawnych (także w kontekście porównawczym) jest zajęciem na inny tom, dlatego zamiast dogłębnej analizy tego czy innego systemu instytucji wskazuję przykłady dla mnie najważniejsze – zarówno te potwierdzające teorię w całej rozciągłości,

---

<sup>1</sup> Predykcja (przewidywanie zjawisk) jest jednym z głównych zadań nauk przyrodniczych. Owe nauki mają najmniejszy problem z falsyfikacją, ponieważ naturalną procedurą jest poddawanie hipotez testom empirycznym, które może odbywać się choćby w sposób opisany przez Poppera (por. np. K.R. Popper, *Droga do wiedzy. Domysły i refutacje*, przeł. S. Amsterdamski, PWN, Warszawa 1999, s. 425–492). Filozofia normatywna nie może posłużyć się tym narzędziem, ponieważ w ogóle nie formułuje ona sądów o charakterze predykcyjnym. Jako część humanistyki zajmuje się przede wszystkim rozumieniem. Mówiąc ściślej, normatywna filozofia polityki i prawa zajmuje się formułowaniem, uzasadnianiem i wyjaśnianiem sądów normatywnych. Stąd wypływa problematyczność weryfikacji jej ustaleń. Metoda zaproponowana w tej rozprawie jest jedną z wielu propozycji radzenia sobie z tym problemem.

jak i te, które wydają się dla niej najbardziej problematyczne. Zakładam tu pewien podział pracy pomiędzy normatywną filozofią prawa a dogmatyką prawniczą. Ta pierwsza z konieczności pomija wewnętrzną logikę i powiązania norm prawnych będących elementem danego systemu prawnego. Badania porównawcze prowadzone na dużym poziomie szczegółowości (przykładowo porównywanie szczegółów konstrukcji umowy sprzedaży w różnych jurysdykcjach) nie są na jej gruncie ani możliwe, ani przydatne. Z kolei dogmatyka prawnicza nie może zadawać pytań o głębokie uzasadnienie norm, ich powiązanie z ogólnymi ideami społeczeństwa, obywatela czy wspólnoty prawnej, nadającymi prawu szerszy sens. Tego rodzaju pytania są każdorazowo odejściem od perspektywy prawnodogmatycznej. W tym miejscu wkracza filozofia, bez której rozumienie prawa mogłoby być jedynie fragmentaryczne lub zrelatywizowane do danego porządku prawnego.

### 3.1. Rządy prawa – Johna Rawlsa doktryna konstytucyjna

Prawo konstytucyjne jest jednym z niewielu zagadnień ściśle prawniczych<sup>2</sup>, którymi Rawls w swej filozofii politycznej zajmował się w stosunkowo szerokim zakresie. Czytelnika tej rozprawy nie może to dziwić; priorytet sprawiedliwości polega przecież właśnie na tym, że podstawowe instytucje ustrojowe są w ten czy inny sposób uregulowane przez publicznie uznane reguły kooperacji. Na tym także polega, w moim przekonaniu, idea rządów prawa i państwa prawnego. Myślę, że u źródeł idei rządów prawa nie leży wyłącznie wymóg, by organy państwa działały na podstawie i w granicach prawa – wówczas dowolne państwo totalitarne można by nazwać „państwem prawa”, o ile byłoby dostatecznie zbiurokratyzowane i posługiwało się na każdym kroku przepisami prawnymi. Choć bez wątplenia wymóg podstawy prawnej działania władz publicznych ma swoje znaczenie, głębszy sens państwa prawnego polega na nałożeniu na sam o p r a w o pewnych ponadpozytywnych ograniczeń, wypływających z określonej aksjologii publicznej kultury politycznej, będącej przedmiotem szerokiego konsensu<sup>3</sup>. Demokracja konstytucyjna polega nie tylko na wyróżnieniu pewnego zbioru reguł prawa pozytywnego jako norm konstytucyjnych, lecz także na uznaniu, iż reguły i zasady<sup>4</sup> prawa konstytucyjnego odsyłają do jakiegoś porządku ponadpozytywnego,

<sup>2</sup> Rawls zajmował się rzeczą jasną także prawem międzynarodowym, interesowały go jednak raczej podstawowe jego zasady niż instytucje. *Prawo ludów* to po prostu zasady sprawiedliwości w stosunkach między ludami, nie zaś jakiś prawniczy projekt instytucji prawa międzynarodowego.

<sup>3</sup> Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 248–252.

<sup>4</sup> Zasady i reguły prawne odróżniam od siebie, podążając za Dworkinem. Jak wskazuje M. Zirk-Sadowski, zdaniem Dworkina struktura reguł sprawia, że „w sytuacji faktycznej, w której spełniona jest hipoteza normy, konsekwencje prawne określone w dyspozycji powstają, gdy obowiązuje, albo nie powstają, gdy norma nie obowiązuje”, czyli istnieją zawsze precyzyjne kryteria jej

który wiąże też władzę<sup>5</sup>. Tego rodzaju myślenie jest w moim przekonaniu bliskie zarówno tradycji anglosaskiej (idei powiernictwa politycznego u Locke'a), jak i kontynentalnej idei *Rechtsstaat*<sup>6</sup>. Powiązanie prawa pozytywnego z ponadpozytywnym standardem odnajdziemy również w wielu miejscach u Rawlsa; w jego przypadku ów „wyższy” porządek normatywny nie jest niezmiennym porządkiem natury, uniwersalnego rozumu, Boskich przykazań czy tradycji. Co prawda może być tak przedstawiany przez obywateli, którzy interpretując i stosując konstytucję, działają na publicznym forum politycznym jako przedstawiciele rozległych doktryn. Jednakże z perspektywy liberalizmu politycznego źródłem owych ponadpozytywnych standardów jest rozumny dyskurs oraz publiczna kultura polityczna społeczeństw Zachodu. Zasady i wartości publicznego rozumu mogą być przyjęte przez obywateli wyznających odmienne rozległe doktryny dzięki posiadanej przez nich władzy rozumności<sup>7</sup>. Z tej perspektywy konstytucja przypomina szczególnego rodzaju umowę społeczną, choć nie jest to umowa zawierana w sytuacji pierwotnej. Jest to umowa obywateli konkretnego społeczeństwa politycznego, którzy znają swą historię i poziom rozwoju; w drodze tej umowy obywatele żywiący różnorodne przekonania i wysuwający potencjalnie skonfliktowane roszczenia dążą do osiągnięcia stabilnej i trwałej podstawy kooperacji.

W tym świetle należy interpretować Rawlowską doktrynę konstytucyjną. Konstytucja to z jednej strony najwyższy akt prawa pozytywnego, przyjmowany przez społeczeństwo demokratyczne, regulujący podstawowe zagadnienia społecznej kooperacji i dalszego prawodawstwa. Z drugiej strony konstytucja wykracza poza perspektywę prawa pozytywnego – zarówno ona sama, jak i zgodne z nią prawodawstwo mają przede wszystkim za zadanie stworzyć publiczną normatywną podstawę dla realizacji dążeń jednostek i stowarzyszeń. Oznacza to, iż akt konstytucyjny wyraża pewne podstawowe dla społeczeństwa politycznego zasady i wartości, do których prawo powinno odsyłać, ale nie jest źródłem ich autorytetu. W świetle tych publicznych zasad i wartości winno się tworzyć, rozumieć i stosować prawo, a także interpretować prawo konstytucyjne. Wartości owe mają jednak ściśle polityczny wymiar, czyli dotyczą sprawiedliwej kooperacji

---

zastosowania (por. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 201). Zasady natomiast „mają charakter pozaprawny, nie wyznaczają więc konsekwencji prawnych, które powinny nastąpić, jeśli zachodzą przewidziane przez tę zasadę okoliczności” (ibidem).

<sup>5</sup> Por. np. M. Krygier, *Rule of Law*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, zvl. s. 234–240.

<sup>6</sup> Por. A.M. Kaniowski, *Über die Rechtsstaatlichkeit bei Kant aus einer zeitgenössischen Perspektive oder Kants Staatsdenken und Polens Angelegenheiten*, [w:] A.M. Kaniowski, E. Wyreńska, T. Michałowski (red.), *Rechtsstaatlichkeit. Kant*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2012, s. 13–30.

<sup>7</sup> Pamiętajmy jednak, że zasady i regulacje oparte na rozumie publicznym mogą być formułowane jako część rozległych doktryn, o ile bazujące na tychże doktrynach propozycje spełniają warunki *provisio* (por. *RPRJ*, 205).

i uczciwych procedur politycznych, które każdy może rozumnie przyjąć. Wymóg rozumnej akceptowalności przez każdego (tak zwana liberalna zasada legitymacji) jest głównym wymogiem, który muszą spełnić najważniejsze (niezbędne) elementy konstytucji (*constitutional essentials*).

O ile związek publicznej koncepcji sprawiedliwości z konstytucją jest oczywisty, to jego treść wymaga doprecyzowania. Jak zobaczymy, Rawlowskiej doktryny konstytucyjnej nie można sprowadzać do mechanicznej aplikacji zasad sprawiedliwości w formie przepisów prawnokonstytucyjnych. W jaki sposób należy zatem rozumieć związane z zasadą rządów prawa odesłania do sprawiedliwości czy innych wartości publicznego rozumu? W drugim rozdziale poświęciłem sporo miejsca opisowi wątpliwości, które budzi argumentacja na rzecz dwóch zasad przyjmowanych Rawlsa. Sam Rawls zdawał sobie z nich sprawę, co zaowocowało przede wszystkim koncepcją otwartej treści rozumu publicznego (w wersji Rawlsa wciąż zbyt restrykcyjną) oraz ostrożnym podejściem do idei częściowego konsensu. Autor *Liberalizmu politycznego* jest świadom, że istnieje wiele konkurujących ze sobą interpretacji idei społeczeństwa demokratycznego i sprawiedliwej struktury podstawowej. Konstytucjonalizacja jakiejś wybranej koncepcji sprawiedliwości pociągałaby za sobą nieakceptowalne ograniczenia nałożone na dyskurs prowadzony w ramach publicznego forum politycznego. Częściowy konsens, co do którego nie wiadomo, czy kiedykolwiek będzie rzeczywiście zachodzić, musiałby być w takim przypadku założony *a priori* jako fakt. Byłoby to niezgodne z duchem i podstawowymi założeniami liberalizmu politycznego, jak również z potocznym doświadczeniem politycznym. Nowoczesny, demokratyczny konstytucjonalizm jest natomiast ponad wszelką wątpliwość częścią społecznej rzeczywistości i można argumentować, że rzeczywiście we współczesnych państwach mamy do czynienia z pewnego rodzaju konsensem konstytucyjnym, który zabezpiecza podstawowe wolności i uczciwe procedury polityczne<sup>8</sup>. Przypomnijmy, iż takie społeczne porozumienie jest o wiele łatwiejsze do osiągnięcia, gdyż (w przeciwieństwie do częściowego konsensu) „jego zakres jest wąski, nie obejmuje [całej] struktury podstawowej, lecz tylko polityczne procedury demokratycznego rządzenia” (*LP*, IV, § 6.1: 227, przekład zmodyfikowany – M.R.). Ponadto konsens konstytucyjny nie jest głęboki – przyjmując liberalną konstytucję, obywatele nie muszą zarazem przyjmować jej głębokiego liberalno-demokratycznego uzasadnienia. Nawet zaś w sytuacji, gdy podstawowe dla tego nurtu idee (idea wolnych i równych osób oraz sprawiedliwej kooperacji) są podzielane

---

<sup>8</sup> Taką argumentację dotyczącą społeczeństwa amerykańskiego przedstawia Kurt Baier w artykule *Justice and the Aims of Political Philosophy*, „Ethics” 1989, nr 99, s. 771–790. Jak argumentowałem, w ramach projektu filozoficznego można próbować rozszerzyć konsens konstytucyjny o konsens prawny (jest to kategoria wprowadzona przeze mnie), lecz idea pełnego częściowego konsensu wydaje się niepożądana i sprzeczna z podstawowymi założeniami politycznego liberalizmu.

zasadniczo przez wszystkich<sup>9</sup>, mogą być odmiennie interpretowane, co pociąga za sobą wielość politycznych koncepcji sprawiedliwości. Każda z nich jest dobrze ufundowana i rozumna, lecz przykłada się w niej większą wagę do pewnych podstawowych wartości kosztem innych lub też inaczej rozumie się treść poszczególnych wartości czy zasad. Rezultatem jest różna treść poszczególnych koncepcji i choć proponowane są one jako uniwersalne dla danego społeczeństwa, muszą uszanować istnienie koncepcji konkurencyjnych.

Prawo konstytucyjne musi być w związku z tym elastyczne i obejmować całą tę różnorodność; musi móc dostarczyć trwałego fundamentu porządku prawnego, w ramach którego do głosu dochodzą różne koncepcje sprawiedliwości i koordynowane są poszczególne interesy, wpływające na powołanie lub zmianę poszczególnych instytucji prawnych. Jak pisałem w drugim rozdziale, prawo powstające w ramach zwykłego ustawodawstwa ma roszczenie do sprawiedliwości, lecz nie musi być uznawane przez wszystkich obywateli za doskonale sprawiedliwe. Ustawodawstwo zwykle jest przykładem niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej<sup>10</sup> – podlega wpływom demokratycznej większości i jest częścią codziennej polityki, nazywanej przez Rawlsa polityką zwykłą, gdzie mamy do czynienia z grą partykularnych interesów. Chodzi jednak także o coś więcej niż tylko przygodne niedoskonałości codziennej polityki – liberalizm polityczny podkreśla fakt, że w ramach dyskursu publicznego ścierają się odmiennie koncepcje sprawiedliwości. Dlatego w przypadku ustawodawstwa zwykłego nie tylko nie ma pewności co do spełnienia przez prawo standardu sprawiedliwości, lecz także co do jednoznacznej interpretacji tegoż standardu. Polityka konstytucyjna (za którą odpowiada przede wszystkim sąd konstytucyjny) musi być od tych interesów i różnic niezależna, a „konstytucja demokratyczna powinna lokować określone podstawowe prawa i swobody poza zasięgiem większości prawodawczej w zwykłej polityce przeciwstawionej polityce konstytucyjnej” (*WFP*, 49). Dlatego prawo konstytucyjne jest powiązane nie z całą publiczną koncepcją sprawiedliwości, lecz jedynie z jej najważniejszymi i najmniej kontrowersyjnymi elementami.

Najważniejsze postanowienia konstytucji dotyczą podstawowej struktury procesu politycznego i ustawodawczego, a także zabezpieczenia najważniejszych podstawowych wolności. Nie można natomiast wymagać, by już na poziomie konstytucyjnym zapewniony został wymagany przez pierwszą zasadę „w pełni wystarczający system równych podstawowych wolności”. Szczególnym przypadkiem zastosowania zasady równej wolności do prawa konstytucyjnego jest zasada równego uczestnictwa, czyli równej wolności politycznej. Wymaga ona,

<sup>9</sup> Rawls jest przekonany, iż trwanie i zasadniczo dobre funkcjonowanie porządku konstytucyjnego daje w dłuższej perspektywie właśnie taki rezultat.

<sup>10</sup> Przypomnijmy, iż oznacza to, że znane jest kryterium poprawności rezultatu niezależne od procedury i zarazem procedura nie zapewnia dojścia do rezultatu każdorazowo zgodnego ze standardem wyznaczonym przez owo kryterium.

by „wszyscy obywatele mieli równe prawo uczestniczenia i równe prawo decydowania o wyniku procesu konstytucyjnego, ustanawiającego prawa, których mają przestrzegać” (*TS*, § 36: 326)<sup>11</sup>. Prawo konstytucyjne jednak pozostaje na poziomie formalnym i nie wymaga „autentycznej wartości” wolności politycznych. Zasada druga jest w jeszcze mniejszym stopniu realizowana przez prawo konstytucyjne. Ma ono jedynie zabezpieczać formalną równość szans, w tym swobodę poruszania się i wyboru zajęcia oraz pewne rozsądne minimum socjalne. Inne cele polityki społecznej, doniosłe z punktu widzenia sprawiedliwości jako bezstronności, takie jak autentyczna wartość wolności politycznych, autentyczna równość szans czy spełnienie zasady różnicy, pozostawione są polityce zwykłej i zwykłemu ustawodawstwu czy też sądownictwu. Decydują o tym nie tylko względy pragmatyczne, lecz także głębokie powody filozoficzne – konsens dotyczący zasadności, dokładnego kształtu czy dróg realizacji tej ostatniej grupy celów jest niemożliwy, przeto lepiej pozostawić te kwestie spontanicznej polityce zwykłej<sup>12</sup>. Powyższe ustalenia podsumowuje tabela 5, w której zestawiam treść zasad sprawiedliwości jako bezstronności z najważniejszymi elementami konstytucji. Należy jednak pamiętać, że sprawiedliwość jako bezstronność jest jedną z wielu możliwych koncepcji, które mogą funkcjonować pod rządami konstytucji i można sporządzić analogiczne tabele dla innych koncepcji<sup>13</sup>, gdzie skrajna prawa kolumna tabeli byłaby bardzo podobna lub taka sama.

Pomimo pewnej skromności projektu Rawlsa, zagadnienia wskazane w skrajnej prawej kolumnie tabeli 5 obejmują bardzo szeroką i zróżnicowaną treść, przez co rozważania nad samym tylko konstytucjonalizmem wystarczyłyby na obszerny tom. Sądzę jednak, że największe znaczenie mają postulowane przez pierwszą zasadę równe podstawowe wolności i dlatego przede wszystkim nimi będę się zajmował w tym podrozdziale. Zanim jednak to nastąpi, rozwinę wyrażoną już wcześniej myśl, że najważniejsze elementy konstytucji muszą być rozumnie akceptowalne dla każdego jako obywatela. Liberalna zasada legitymacji, która na tej właśnie myśli się opiera, świadczy o kontraktualistycznym charakterze Rawlowskiej doktryny konstytucyjnej.

<sup>11</sup> Jak zobaczymy, zasada uczestnictwa nie jest stosowana bez ograniczeń – stosowanie reguły zwykłej większości, które ucieleśnia ją w praktyce, podlega koniecznym w porządku konstytucyjnym wyłączeniom (*TS*, § 37). Tym sprawom poświęcam podrozdział 3.1 C.

<sup>12</sup> Dalsze wyjaśnienia dotyczące Rawlowskich kategorii konstytucyjnych zob. F.I. Michelman, *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, zwł. s. 401 i n.

<sup>13</sup> Przykładowo, zamiast zasady autentycznej równości szans można proponować zasadę karier otwartych przed talentami, lecz nie wpływa to na treść konstytucji. Zgodnie z ograniczeniami publicznego rozumu dana koncepcja sprawiedliwości musi jednak spełniać wymogi podstawowe – posługiwać się przynajmniej *implicite* ideą społeczeństwa jako systemu sprawiedliwej kooperacji oraz ideą wolnych i równych obywateli.



Tabela 5. Podstawowe elementy konstytucji w powiązaniu z dwiema zasadami sprawiedliwości

| Zasada sprawiedliwości                | Treść zasady sprawiedliwości   | Realizacja w normach konstytucyjnych   |
|---------------------------------------|--|--|
| pierwsza zasada                       | Każda osoba ma równy tytuł do w pełni wystarczającego systemu równych praw i wolności, takiego, że da się on pogodzić z takim samym systemem dla wszystkich; a w tym systemie ma być zapewniona autentyczna wartość wolności politycznych, i tylko tych wolności | – równe podstawowe wolności, regulowane tak, by wolność każdego była do pogodzenia z wolnością wszystkich, wymóg „autentycznej wartości wolności politycznych”, ale brak wymogu „w pełni wystarczającego systemu”<br>– zasada równego uczestnictwa |
| druga zasada:<br>zasada równych szans | Nierówności społeczne i ekonomiczne powinny być związane ze stanowiskami i urzędami dostępnymi dla wszystkich w warunkach autentycznej równości szans  | – formalna równość szans<br>– swoboda poruszania się i wyboru zajęcia  |
| druga zasada:<br>zasada różnicy       | Nierówności społeczne i ekonomiczne powinny przynosić korzyść najgorzej usytuowanym członkom społeczeństwa   | – „rozsądne” minimum socjalne  |

Źródło: opracowanie własne.

## A. Liberalna zasada legitymacji i jej znaczenie dla konstytucjonalizmu

Liberalna zasada legitymacji została już w tej pracy wspomniana, gdyż jest elementem modelu prawotwórstwa opartego na rozumie publicznym (podrozdział 2.3). Teraz jednak przyjrzyjmy się jej w kontekście prawnokonstytucyjnym. Punktem wyjścia jest tu problem przymusu politycznego (czyli przymusu aktualizowanego przez prawo), na który monopol posiada państwo. Liberalizm polityczny poszukuje formuły, dzięki której przedstawiciele odmiennych i niewspółmiernych rozległych doktryn, pozostając wolnymi i rozumnymi podmiotami, zgodzą się – a raczej będzie można tego od nich rozumnie wymagać – na te same instytucje prawne, nieuchronnie związane z przymusem. Zauważmy, że chodzi tu o taką formułę, w której dana jednostka, postrzegana jako obywatel, ma się zgodzić na porządek konstytucyjny, pomimo że (być może) ów porządek nie realizuje całej prawdy, tak jak owa jednostka prawdę jako osoba moralna rozumie. Zakłada się bowiem warunki rozumnego pluralizmu, gdy obywatele zasadniczo szanują i tolerują istnienie innych rozległych doktryn oraz odmiennych, być może częściowo dla nich niezrozumiałych lub nieakceptowalnych wzorów dobrego życia. Problem legitymacji jest zatem rozważany w kontekście społeczeństwa pluralistycznego, które jest zarazem społeczeństwem demokratycznym, gdzie stosunek polityczny charakteryzuje przede wszystkim suwerenność ludu – „władza polityczna, która jest zawsze władzą opartą na

przymusie, jest władzą ogółu, tj. wolnych i równych obywateli jako ciała zbiorowego” (*LP*, VI, § 1.2: 298). Rawls pojmuje zatem władzę polityczną jako pewien szczególny stosunek między obywatelami, którzy sprawują opartą na przymusie władzę nad sobą nawzajem. Jeżeli punktem wyjścia jest traktowany indywidualistycznie problem posłuszeństwa wobec takiej władzy, łatwo wskazać powody, dla których władza demokratyczna, czyli władza, w której decyzje polityczne są (w modelu idealnym) pochodną preferencji większości, nie może być jedyną podstawą porządku prawnego. Mianowicie nie można byłoby rozsądnie wymagać posłuszeństwa prawu stanowionemu przez większość, gdyby nic nie ograniczało jej ingerencji w sferę osobistych swobód. By podać najbardziej oczywisty przykład, gdyby na skutek decyzji większości przedstawiciele mało popularnych rozumnych rozległych doktryn podlegali opresji, trudno byłoby wskazać racje, dla których (z perspektywy własnego dobra!) mieliby oni być posłuszni władzy, stwarzającej bariery w kultywowaniu ich głębokich przekonań. Główny problem, który tu powstaje i którego Rawls jest w pełni świadom, to problem pogodzenia politycznej równości z indywidualną wolnością<sup>14</sup>. Jak już wskazywałem, autor *Liberalizmu politycznego* jest przekonany, że taki mariaż jest możliwy. Model ustrojowy, który najpełniej odpowiada ideałowi wolnych i zarazem równych obywateli to zdaniem Rawlsa demokracja konstytucyjna. Aby dobrze zrozumieć, na czym tego rodzaju demokracja polega, należy przeciwstawić ją z jednej strony demokracji proceduralnej, z drugiej zaś demokracji deliberatywnej<sup>15</sup>. Demokracja proceduralna uznaje równość polityczną za naczelną wartość, a zasadę większości (przy równej wadze głosów) za najważniejszą zasadę. Model przyjmowany przez Rawlsa afirmuje równą wolność polityczną i ucieleśniającą ją zasadę większości, lecz czyni to z pewnym ważnym zastrzeżeniem. Demokrata konstytucyjny uznaje mianowicie fundamentalne znaczenie indywidualnych swobód (takich jak wolność sumienia czy wolność zrzeszania się) i zarazem nie sądzi, iż sama zasada większości wystarczy, by je zabezpieczyć. Domaga się zatem wyłączenia kluczowych wartości

<sup>14</sup> Podobny problem czy paradoks większościowej demokracji dostrzegał także wielki poprzednik Rawlsa, J.S. Mill. Przypomnijmy, iż choć intelektualny rodowód Milla to przede wszystkim utilitaryzm, ten (ostatecznie bardzo eklektyczny) myśliciel usiłował pogodzić zasadę użyteczności z indywidualnym prawem do autonomii. Jak podkreślał: „[g]dyby cała ludzkość z wyjątkiem jednego człowieka sądziła to samo i tylko ten jeden człowiek był odmiennego zdania, ludzkość byłaby równie mało uprawniona do nakazania mu milczenia, co on, gdyby miał po temu władzę, do zamknięcia ust ludzkości” (J.S. Mill, *O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, [w:] idem, *Utilitaryzm. O wolności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 110).

<sup>15</sup> Syntetyczne ujęcie rozwoju idei demokracji konstytucyjnej w szerszym kontekście historycznym zob. M. Zmierczak, *Liberalna krytyka demokracji jako źródło idei demokracji konstytucyjnej*, [w:] L. Dubel (red.), *Idee jako źródło instytucji politycznych i prawnych*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2003, s. 129–144. Autorka nie traktuje jednak demokracji deliberatywnej jako osobnego modelu przeciwstawionego demokracji konstytucyjnej.

politycznych spod władzy zwykłej demokratycznej większości. Pokłada nadzieję w instytucjach prawnokonstytucyjnych, za którymi stoi rozumne, kontraktualistycznie uzasadnienie rozumu publicznego<sup>16</sup>. Pociąga to za sobą wspomniany przeze mnie podział na politykę zwyczajną i konstytucyjną, gdyż ta ostatnia winna stanowić hamulec spontanicznych procesów politycznych. Przeciwwstawiona temu modelowi demokracja proceduralna, model kładący nacisk przede wszystkim na podejmowanie decyzji przez większość, pokłada nadzieję przede wszystkim w obywatelskiej partycypacji. Demokracja proceduralna przyjmuje, że nadmierna rola konstytucyjnego zabezpieczenia podstawowych wolności (która przejawia się chociażby mocną pozycją sądów) nie jest drogą ani słuszną, ani efektywną. Sama zasada większości nie tylko ucieleśnia naczelną wartość demokracji, lecz także (przy zachowaniu pewnych dodatkowych kryteriów<sup>17</sup>) zapewnia dobre jej funkcjonowanie. Demokracja deliberatywna natomiast stawia na pierwszym miejscu publiczny dyskurs. Poszukując moralnych podstaw ładu demokratycznego, odrzuca zasadę większości rozumianą jako agregację preferencji<sup>18</sup>. Ten model jednak także nie dozwala, by publiczny dyskurs był w sposób fundamentalny podporządkowany urządzeniom konstytucyjnym – deliberacja jest bowiem procesem epistemicznym, w którym wspólnota dochodzi do samo-rozumienia, przez co nie może być krępowana tego rodzaju instytucjonalnym gorsetem<sup>19</sup>.

Rawls stara się abstrahować od tak śmiałych filozoficznych wizji i dlatego na pierwszym miejscu stawia ideę społecznej kooperacji (która pozostaje w jego mniemaniu neutralna wobec filozofii), podkreślając przy tym, że społeczeństwo nie ma celów ostatecznych, takich jak choćby kolektywne samopoznanie (por. *Reply to Habermas*, § 1: 384–385). Autor *Liberalizmu politycznego* pozostaje zatem scept-

---

<sup>16</sup> Nie zgadzam się przeto z Lawrencem G. Sagerem, który sądzi, iż zdaniem Rawlsa instytucje konstytucyjne (uchwalony i stosowany tekst, precedensy konstytucyjne czy kontrola konstytucyjności), są zaledwie przygodne i nie stanowią warunku koniecznego sprawiedliwego społeczeństwa (por. L.G. Sager, *The Why of Constitutional Essentials*, „Fordham Law Review” 2004, 72, s. 1422). Sądzę, że (choć wypowiedzi Rawlsa z *Reply to Habermas* mogą być mylące), instytucjonalny wymiar podstawowych wolności jest kluczowy dla zrozumienia liberalizmu politycznego.

<sup>17</sup> Por. choćby słynne pięć kryteriów R.A. Dahla, gdzie obok równego prawa głosu znajdziemy warunki: rzeczywistego uczestnictwa, oświeconego rozumienia, nadzoru nad podejmowanymi zadaniami i inkluzji dorosłych (R.A. Dahl, *O demokracji*, przeł. M. Król, Społeczny Instytut Wydawniczy „Znak”, Kraków 2000, s. 39).

<sup>18</sup> Por. J. Elster, *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*, [w:] J. Bohman, W. Rehg (red.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, The MIT Press, Cambridge, MA, London 1997, s. 3–35.

<sup>19</sup> Najlepszym przykładem tego podejścia jest Jürgen Habermas. Określając swoje stanowisko „kantowskim republikanizmem”, wskazuje na problematyczność rozdziału na „rozumną” koncepcję polityczną i „prawdziwą” koncepcję moralną, z którym mamy do czynienia u Rawlsa (por. J. Habermas, *Uwzględniając Innego: Studia do teorii politycznej*, przeł. A. Romaniuk, przeł. J. Kloc-Konkolowicz, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009, s. 85–107).

tyczny wobec demokracji rozumianej zarówno jako proces kognitywny, jak i prosta agregacja preferencji<sup>20</sup>. Nie zmienia to jednak zasadniczego przekonania Rawlsa, że liberalizm i demokracja to we współczesnych warunkach dwa ściśle splecione ze sobą, możliwe do pogodzenia ideały polityczne<sup>21</sup>. Napięcie pomiędzy swobodami indywidualnymi a polityczną równością rozwiązuje zdaniem Rawlsa właśnie liberalna zasada legitymacji – normatywna podstawa instytucji demokracji konstytucyjnej.

W myśl tejsze zasady „sprawowanie przez nas władzy politycznej jest w pełni właściwe tylko wtedy, gdy sprawujemy ją zgodnie z konstytucją, w przypadku której można rozsądnie oczekiwać od wszystkich obywateli poparcia jej najważniejszych elementów w świetle zasad i ideałów akceptowalnych dla wspólnego im ludzkiego rozumu” (*LP*, IV, § 1.3: 198, przekład zmodyfikowany – M.R.). Nie chodzi tu jednak o uniwersalny rozum w mocnym, metafizycznym sensie. Akceptowalność najważniejszych elementów konstytucji ma być oceniana przede wszystkim z punktu widzenia ideału racjonalnego i rozumnego obywatela, o którym szeroko pisałem w rozdziale pierwszym (por. *LP*, VI, § 2.1: 299). Zasada legitymacji nie dotyka zatem sfery wspólnotowego czy kolektywnego dochodzenia do prawdy – funkcjonuje na poziomie politycznym. Test rozumnej akceptowalności, który winny spełniać urzędnicy konstytucyjni, jest kontrfaktyczny<sup>22</sup>. Odnosi się do idealnego standardu, mającego służyć za próbnik i wskazujący właściwą kwestiom konstytucyjnym perspektywę, ważną dla wszystkich obywateli, lecz obowiązującą w pierwszej kolejności polityków proponujących zmiany w tychże urządzeniach, czy też stanowiących prawo ściśle z nimi związane, a także sędziów wysokiego szczebla, interpretujących konstytucję. Prawo konstytucyjne jest bowiem jedną z głównych domen publicznego rozumu i związanego z nim obowiązku grzeczności (idee te opisałem w poprzednim rozdziale); w przypadku

---

<sup>20</sup> Warto zwrócić uwagę, iż niektóre projekty demokracji deliberatywnej znajdują się bardzo blisko Rawlsa. Przykładem może być choćby cytowana już książka Amy Gutmann i Dennisa Thompsona *Democracy and Disagreement*. Jak trafnie podkreśla Jack Knight, obecna w projekcie Gutmann i Thompsona doza realizmu nakazuje im przyjąć konieczność konstytucyjnych ograniczeń procesu deliberacji (J. Knight, *Constitutionalism and Deliberative Democracy*, [w:] S. Macedo (red.), *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford–New York 1999, s. 159–169). Sam Rawls był nieraz zaliczany do przedstawicieli demokracji deliberatywnej, którym to pojęciem posługiwał się w późnych pracach, nie odróżniając go wyraźnie od modelu konstytucyjnego (*RPRJ*, § 1.3: 197). Sądzę jednak, iż należy dla ścisłości odróżniać te dwa modele, zwłaszcza w świetle krytyki Habermasa.

<sup>21</sup> Rozważając relację liberalizmu i demokracji, warto pamiętać, iż klasyczny liberalizm (Locke’a, Monteskiusza czy Constanta) nie był integralnie powiązany z demokracją. O ile na poziomie teoretycznym wskazywano demokrację jako dopuszczalny ustrój, to ze względu na warunki historyczne klasycznym liberałom bliżej było do monarchii ograniczonej czy też konstytucyjnej. Jak wskazuje Tomasz Tulejski, wyraźny mariaż demokracji z liberalizmem rozpoczął dopiero utylitarysta Jeremy Bentham (por. T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Benthama*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004).

<sup>22</sup> F.I. Michelman, *Rawls on Constitutionalism...*, s. 396.

aktu interpretacji czy też niezgody na któreś z najważniejszych postanowień konstytucji należy każdorazowo przyjmować perspektywę rozumnego obywatela. Proponowane rozwiązania muszą móc być uzasadnione przez wartości polityczne, które może podzielać każdy zgodnie z wymogami wzajemności. W ten sposób zasada większości podlega ograniczeniu, a „ci, którzy je [tj. owe zmiany – M.R.] proponują muszą zarazem sądzić, że ich akceptacja jest co najmniej rozumna dla tych, którzy mają je zaakceptować jako wolni i równi obywatele, nie zaś jako ludzie zdominowani i zmanipulowani zajmujący niższą pozycję społeczną lub polityczną” (*RPRJ*, § 1.2: 195, przekł. zmodyfikowany – M.R.).

Warto zwrócić uwagę na zmianę w podejściu do konstytucji, która zaszła w późnej filozofii Rawlsa w stosunku do „sekwencji czterech stadiów” z *Teorii sprawiedliwości*. Choć także i późny Rawls jest przekonany, że to właśnie jego koncepcja sprawiedliwości najlepiej odzwierciedla ideał demokratycznego zrzeszenia wolnych i równych obywateli, to liberalna zasada legitymacji (a przez to cała doktryna konstytucyjna) sama w sobie nie jest integralnie powiązana z dwiema zasadami<sup>23</sup>. Inaczej jest ze „stadium konstytucyjnym” znanym z sekwencji czterech stadiów z *Teorii sprawiedliwości* (*TS*, § 31). Tu Rawls odwołuje się do pewnego rozszerzenia sytuacji pierwotnej, gdzie wyobrażeni delegaci na konwencję konstytucyjną powołują sprawiedliwą konstytucję w warunkach nieco uchylonej zasłony niewiedzy (znają ogólne polityczne uwarunkowania swojego społeczeństwa). Można byoby powiedzieć, że jest to zasadniczo ta sama idea, co idea rozumnej legitymacji w *Liberalizmie politycznym*, gdyby nie jedna istotna różnica. Polega ona na tym, iż podczas sekwencji czterech stadiów prawo konstytucyjne podlega „ograniczeniom nakładanym przez już wybrane zasady sprawiedliwości” (*TS*, § 31: 291), podczas gdy w drugim przypadku podlega wyłącznie wymogom wzajemności dla równych i wolnych obywateli. Co prawda idea sekwencji – wraz z fazą konstytucyjną – pojawia się w zasadniczo niezmiennym znaczeniu także w *Liberalizmie politycznym* (*LP*, VIII, § 9), jednak Rawls stwierdza wyraźnie, jest to jedynie (konieczny ze względów metodologicznych) element koncepcji sprawiedliwości, przy czym „nie jest oczywiście opisem żadnego faktycznego procesu politycznego, a tym bardziej nie jest opisem tego, jakie mogą być oczekiwania, jeśli chodzi o działanie takiego czy innego systemu konstytucyjnego” (*LP*, VIII, § 9: 543). Żaden fragment *Teorii sprawiedliwości* nie wskazuje, jakoby idea sekwencji czterech faz nie była pewnym ideałem politycznym, wedle którego należy oceniać działanie rzeczywistych konstytucji. Wprowadzenie bardziej elastycznych kryteriów oraz mniej określonej treści prawa konstytucyjnego (zob. tabela 5), które przychodzi wraz z politycznym liberalizmem, czyni Rawłowską doktrynę konstytucyjną bardziej realistyczną i godną przyjęcia.

Wydaje się, że współczesne konstytucje można interpretować właśnie przez pryzmat liberalnej legitymacji. Spójrzmy choćby na fragment Preambuły do polskiej ustawy zasadniczej:

<sup>23</sup> S. Freeman, *Rawls*, Routledge, London and New York 2007, s. 373.

W trosce o byt i przyszłość naszej Ojczyzny,  
 odzyskawszy w roku 1989 możliwość suwerennego i demokratycznego stanowienia o Jej losie,  
 my, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej,  
 zarówno wierzący w Boga  
 będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna,  
 jak i nie podzielający tej wiary,  
 a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł,  
 [...]
   
 Ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej.

Jak widać, Preambuła wskazuje podmiot ustanawiający Konstytucję. Jest nim naród, czyli wszyscy obywatele. Zapis ten bezsprzecznie prowadzi do konstatacji, że obywatele – wszyscy członkowie jurydycznie pojmowanego narodu („naród” to zatem *demos*, nie zaś *ethnos*) – sprawują najwyższą władzę polityczną nad sobą nawzajem<sup>24</sup>. Co za tym idzie, nie można ich statusu interpretować inaczej, jak tylko statusu równych i wolnych<sup>25</sup>. Na szczególne podkreślenie zasługuje fragment, który wskazuje, że ustanawiający konstytucję to „zarówno wierzący w Boga, [...] jak i nie podzielający tej wiary”.

Aby dobrze zrozumieć te zapisy Preambuły, należy w moim przekonaniu odwołać się właśnie do liberalnej zasady legitymacji. Jakie są bowiem źródła porządku prawnego? W miejsce klasycznego *invocatio Dei* Konstytucja wprowadza ideę bliźniaczo podobną do konsensu konstytucyjnego – ustanawiający konstytucję obywatele dążą (jak czytamy w innym niż przywołany wyżej fragmencie Preambuły) do kontynuacji politycznego dziedzictwa narodowego I i II Rzeczypospolitej<sup>26</sup>, jednocześnie szanując wzajemne różnice, w tym także szczególnie istotną dla polskiego społeczeństwa różnicę w kwestii wiary w Boga. Innymi słowy, ustawa zasadnicza uznaje możliwość różnych źródeł uniwersalnych wartości będących podstawą ładu publicznego. Owe moralne podstawy uznaje Preambuła za element zastany, za ponadpozytywne źródło porządku prawnego, lecz nie rozstrzyga kwestii filozoficznej, jaką jest ich geneza czy uprawomocnienie. Być może wskazanie tu takich wartości jak prawda, dobro i piękno należałoby

<sup>24</sup> Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 4.

<sup>25</sup> Uściślijmy, iż należy obywateli rozumieć jako wolnych, gdyż mogą sprawować władzę polityczną; jako równych zaś, gdyż każdy ma udział w urzędach i we władzy politycznej (por. Arystoteles, *Polityka*, przeł. L. Piotrowicz, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011, s. 113–114 [IV, 1291b–1292a]).

<sup>26</sup> Podobna myśl znajduje się u późnego Rawlsa, gdzie filozofia polityczna pozostaje w związku z tradycją danego społeczeństwa. W jego przypadku chodzi rzecz jasna o tradycję amerykańską (por. np. *KC*, 518). Zob. L. Morawski, *Opinia w sprawie wniosku grupy posłów z dnia 9 listopada 2011 r. o wydanie zarządzenia nakazującego usunięcie krzyża łacińskiego, znajdującego się w sali posiedzeń Sejmu RP*, 30 listopada 2011, 182 11/2, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/4A-06C596A4DE37E0C125796E002FAD30/\\$file/opinia\\_Morawski.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/4A-06C596A4DE37E0C125796E002FAD30/$file/opinia_Morawski.pdf) (dostęp: 12.12.2013).



traktować jako odwołanie do scholastycznej nauki o transcendentaliach<sup>27</sup> czy też innego rodzaju rozległej doktryny o rodowodzie platońskim. Sądzę jednak, że skoro wartości określone są w kontekście politycznym jako uniwersalna podstawa porządku konstytucyjnego, należy je traktować jako deklarowane oparcie polityki i państwa na moralności w ogóle, nie zaś na jakiejś szczególnej, wybranej przez Ustrojodawcę koncepcji filozoficznej.

Liberalna zasada legitymacji wydaje się naturalnym dopełnieniem tak przeprowadzonej wykładni<sup>28</sup>. Jeżeli religijne lub laickie uzasadnienie nie może być jedyną podstawą urzędów publicznych<sup>29</sup>, potrzebna jest jakaś trzecia perspektywa, która umożliwi stowarzyszenie się obywatelom (którzy przyjmują różnorodne uzasadnienia jako słuszne) pod rządami tej samej konstytucji. Tą perspektywą jest właśnie wypływająca z wzajemności rozumna akceptowalność. Przykład, który tu daję, ma za zadanie wyjaśnić, w jakim sensie liberalna zasada legitymacji dostarcza kontraktualistycznego uzasadnienia najważniejszych instytucji konstytucyjnych. Muszą one być rozumiane tak, by mógł je zaakceptować każdy w pełni kooperujący rozumny obywatel. Test rozumnej akceptowalności jest z całą pewnością wymagający, sądzę, że nie jest utopijny czy niedorzeczny. Najlepiej pokazać jego funkcjonowanie na przykładzie podstawowych wolności, co też uczynię w następnej sekcji.

Równe podstawowe wolności są głównym przedmiotem mojego zainteresowania, ponieważ inne szczegóły systemów politycznych z perspektywy liberalnej legitymacji dają się ostatecznie wyjaśnić właśnie poprzez odwołanie do podstawowych wolności. Oznacza to, że na przykład kwestie unitarności czy federalizmu, jedno- czy dwuizbowego parlamentu i inne kwestie szczegółowe pozostają dla kooperacyjnej koncepcji prawa indyferentne, o ile dany system chroni podstawowe wolności. Równa wolność polityczna może zapewne równie dobrze znaleźć miejsce w systemie dwu- czy jednoizbowym, przy głowie państwa jako premierze, monarsze konstytucyjnym czy prezydencie. Każdorazowo jednak pozycję

---

<sup>27</sup> Prawda, dobro i piękno to w filozofii scholastycznej transcendentalne (to jest przysługujące każdemu obiektowi) określenia bytu.

<sup>28</sup> Nie śmiem tym samym twierdzić, że cały ładunek ideowy Preambuły do naszej konstytucji da się wyjaśnić wyłącznie w kategoriach Rawlsowskich. Patrząc od strony genezy, znajdziemy w niej więcej elementów republikańskich i tomistycznych niż liberalnych. Sądzę jednak, że doktryna Rawlsa może dostarczyć metody interpretacji konstytucji z całym bogactwem tradycji intelektualnej i politycznej, do której się odwołuje. Szerzej tą metodą zajmę się w podrozdziale 3.1 D.

<sup>29</sup> Dodajmy, iż specyfika myślenia Rawlsa (wyróżniająca go spośród współczesnych liberałów) polega na tym, iż rozmaite – laickie i religijne – uzasadnienia są na publicznym forum politycznym traktowane z tej samej, trzeciej perspektywy wartości politycznych. A zatem fakt, że religijne uzasadnienie nie jest wystarczające, nie oznacza tym samym wprowadzenia monopolu laickiej argumentacji na forum politycznym. Rawls poszukuje raczej czysto politycznej perspektywy, w świetle której można interpretować propozycje sformułowane wyjściowo z pozycji rozległych doktryn. Por. M. Rupniewski, *Prawny wymiar więzi społecznej w myśli Johna Rawlsa*, „Prawo i Więzy”, jesień 2013, 5, s. 51–52.

tych czy innych instytucji ustrojowych należy interpretować przede wszystkim przez pryzmat podstawowych wolności. Szczegóły i swoistość poszczególnych konstytucji nie zależą tu od zasad normatywnych, lecz od historii danego państwa, od tożsamości konstytucyjnej danej społeczności. Sądę jednak, iż pewne podstawowe zasady i wartości związane z rządami prawa dotyczą każdego państwa demokratycznego. Dlatego zgłębianie zagadnienia podstawowych wolności może przynieść lepsze rozumienie różnych tradycji konstytucyjnych.

Zanim przejdę do analizy podstawowych wolności w konstytucji, podsumujmy: liberalna zasada legitymacji oznacza rozumienie najważniejszych zapisów konstytucji w kategoriach kontraktualistycznych, to znaczy rozumienie ich jako opartych na wzajemności i rozumnej akceptowalności przez wolnych i równych obywateli. Pozwala ona interpretować prawo konstytucyjne nie jako podstawę kolektywnego dochodzenia do prawdy czy samorozumienia (jak byłoby w demokracji deliberatywnej), lecz jako narzędzie uczciwej kooperacji jednostek czy stowarzyszeń. Liberalna zasada legitymacji dostarcza nie tylko trwałego probierza do oceny i interpretacji norm; nakłada także na prawo konstytucyjne pewne wymogi i ograniczenia. „Prawem konstytucyjnym” *sensu stricto* nie będzie dowolny zapis, który przejdzie procedurę właściwą zmianie konstytucji. Z punktu widzenia liberalnej legitymacji najważniejsze znaczenie mają równe podstawowe wolności. Natomiast, przykładowo, wprowadzenie prohibicji mocą ustawy zasadniczej byłoby problematyczne ze względu na brak liberalnej legitymacji takiego przepisu. Trudno byłoby taki przepis nazwać „prawem konstytucyjnym” *sensu stricto*. Raz jeszcze ujawnia się tu antypozytywistyczny aspekt kooperacyjnej koncepcji prawa<sup>30</sup>.

## B. Podstawowe wolności jako rdzeń konstytucji

W rozdziale pierwszym zajmowałem się wolnością jako statusem obywatelskim, w drugim przedstawiłem pierwszą zasadę sprawiedliwości, która ustanawia równy tytuł do w pełni wystarczającego systemu równych podstawowych wolności, przyznając owym wolnościom priorytet. Czymś jeszcze innym jest wolność jako pewien zrąb instytucji konstytucyjnych, którymi zajmę się tutaj. Jak wskazywałem, równe podstawowe wolności mają u Rawlsa jurydyczny charakter, zatem pełny obraz Rawlowskiej doktryny wolności daje właśnie rozważenie jej znaczenia w kontekście instytucji prawnych. Pamiętajmy jednak, iż nie jest to jakiś

---

<sup>30</sup> Jak wskazuje Stephen Gardbaum, w ostatnich latach doszło w dyskursie prawnokonstytucyjnym do pewnego załamania tradycyjnego, zakorzenionego w pozytywizmie prawniczym, podziału na prawo konstytucyjne jako zawarte w konstytucji przez duże „K” i ustawodawstwa zwykłego (S. Gardbaum, *The Place of Constitutional Law in the Legal System*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook...*, s. 170–173). Kooperacyjna koncepcja prawa nie neguje podziału na prawo konstytucyjne i prawo zwykłe, lecz nie zakłada też, że podział da się sztywno przeprowadzić.

dogmatyczny projekt konkretnych instytucji; doktrynę podstawowych wolności należy traktować raczej „jako przewodnią strukturę, która, jeśli prawnicy uznają ją za przekonującą, może ukierunkować ich refleksje, uzupełniać ich wiedzę i pomagać w formułowaniu sądu” (*LP*, VIII, § 14: 490).

Jakim pojęciem wolności posługuje się Rawls w kontekście konstytucyjnym? Charakterystyczne (i brzemiennie w skutki) jest wyraźne odcięcie się od szeroko dyskutowanej dychotomii, w ramach której wolność negatywną (wolność „od”) przeciwstawia się wolności pozytywnej (wolność „do”)<sup>31</sup>. Obydwa człony alternatywy traktuje Rawls jako dwie strony tego samego stanu rzeczy, czyli stanu bycia wolnym. Sądzi, iż spór pomiędzy zwolennikami wolności negatywnej i pozytywnej „po większej części nie dotyczy wcale definicji, lecz raczej względnej wartości różnych rodzajów wolności, gdy wchodzi one ze sobą w konflikt” (*TS*, § 32: 298). Aby nie wikłać się w ten spór, Rawls podaje za czysto formalną definicję Geralda C. MacCalluma, wedle której aby określić, czym jest wolność, należy wskazać podmiot, który jest wolny, określić, od jakich restrykcji jest wolny oraz jakie działania może, jako wolny podmiot, podjąć. Można to ująć w zwięzłej funkcji zdaniowej: „X jest wolny od Y do czynienia lub bycia Z”<sup>32</sup>. Gdy definicję MacCalluma zastosujemy do omówionej przeze mnie w rozdziale pierwszym normatywnej koncepcji osoby, ogólna koncepcja wolności u Rawlsa mogłaby wyglądać następująco: podmiotem wolności (X) jest każda jednostka jako obywatel. Każdy, tylko ze względu na posiadanie statusu obywatela, jest przez instytucje publiczne traktowany jako wolny. Gdy chodzi o sferę dozwolonych działań czy postaw (Z), na pierwszym miejscu należałoby umieścić wolność do formowania, posiadania i realizowania dopuszczalnej koncepcji dobra (a także, do pewnego stopnia, do rozwijania zmysłu sprawiedliwości), z czym wiąże się odpowiednia wolność od nieuprawnionych ingerencji w tę indywidualną sferę (Y).

Rawls jednak nigdy nie sformułował tego rodzaju ogólnej koncepcji wolności i było to zaniechanie świadome. W *Liberalizmie politycznym* podkreśla wyraźnie, że w jego koncepcji sprawiedliwości „[n]ie przyznaje się pierwszeń-

<sup>31</sup> Powodem renesansu tej dyskusji (obecnej w dyskursie co najmniej od czasów Hegla czy Constanta) był bez wątpienia słynny esej Isaiaha Berlina, *Dwie koncepcje wolności*, [w:] idem, *Dwie koncepcje wolności i inne eseje*, przeł. D. Grinberg, Res Publica, Warszawa 1991.

<sup>32</sup> Por. G.C. MacCallum, *Negative and Positive Freedom*, „The Philosophical Review” 1967, t. 76, nr 3, s. 312–334. Ta formalna definicja może służyć do budowania różnorodnych pojęć wolności, co czyni np. Tim Gray, wyróżniając: wolność jako brak ograniczeń, wolność jako dostępność wyboru, wolność jako skuteczna władza, wolność jako status, wolność jako samostanowienie, wolność jako „robienie tego, co się chce” oraz wolność jako panowanie nad sobą (T. Gray, *Freedom*, Macmillan Publishers Limited, London 1991, s. 18–83). Zob. także Z. Rau, *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, przeł. M. Przychodzeń, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2008, s. 49–56; M. Przychodzeń, *Wolność neutralna aksjologicznie – współczesne wyzwania teoretyczne*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 283–298.

stwa wolności jako takiej pojmowanej tak, jak gdyby korzystanie z czegoś, co zwie się ‘wolnością’, miało jakąś nadrzędną wartość” (*LP*, VIII, § 1: 393). Ten niezwykle ważki fragment może brzmieć jak zaprzeczenie priorytetowi wolności, lecz w rzeczywistości nim nie jest – w tym miejscu autor czyni co innego – nadzwyczaj wyraźnie wskazuje koncepcję wolności, której przyznaje priorytet. Nie traktuje mianowicie wolności jako substancjalnej czy treściowo jednolitej cechy przysługującej jednostce. „Wolność” zastępują u Rawlsa „wolności”, a zatem „w pełni wystarczający system wolności”, o którym mówi pierwsza zasada sprawiedliwości, to zbiór konkretnych, treściowo określonych swobód obywatelskich. Nie inaczej było w *Teorii sprawiedliwości*, gdzie wolność była „pewną strukturą instytucji, pewnym publicznym systemem reguł określających prawa i obowiązki” (*TS*, § 32: 299). Autor rezygnuje zatem z wolności jako rozległego ideału liberalnej filozofii politycznej (z jakim mieliśmy do czynienia choćby u Milla, Constanta czy Humboldta) na rzecz rozważań o charakterze jurystycznym<sup>33</sup>. Nie oznacza to jednak, że podstawowe wolności nie mają żadnego głębszego uzasadnienia, co sugerował choćby H.L.A. Hart<sup>34</sup>. Owo uzasadnienie jest szczególnie wyraźne i jasne w *Liberalizmie politycznym* (*LP*, VIII)<sup>35</sup>, gdzie jako *ratio essendi* podstawowych wolności podana jest polityczna koncepcja osoby, w szczególności władze moralne obywatela. Narzędziem prezentacji pozostaje tu sytuacja pierwotna – wyobrażone strony, deliberując na temat roli i znaczenia wolności, biorą pod uwagę „względy związane z rozwijaniem i pełnym, opartym na informacji wykorzystaniem dwóch władz moralnych, przy czym każda z tych władz rodzi względy odmiennego rodzaju; i wreszcie względy związane z określoną koncepcją dobra, jaką kieruje się dana osoba” (*LP*, VIII, § 5: 416). Takie samo uzasadnienie obowiązuje dla szczególnej pozycji podstawowych wolności w konstytucji. Kooperacyjna koncepcja prawa przyjmuje, że są one rdzeniem prawa konstytucyjnego, właśnie ze względu na normatywne wyobrażenie o podmiocie tychże praw i wolności – racjonalnym i rozumnym obywatelu. Każdorazowo dana wolność jest zatem ugruntowana w danej władzy moralnej lub też w dobru obywatela rozpatrywanym jako całość.

<sup>33</sup> Tego rodzaju zwrot w liberalizmie wiąże się z porzuceniem perfekcjonizmu, co zdaniem Zbigniewa Raua łączy zarówno egalitarny liberalizm demokratyczny, jak i współczesne ujęcia minarchistyczne (por. Z. Rau, *Perfekcjonizm, paternalizm i neutralność państwa w liberalizmie klasycznym i współczesnym*, [w:] L. Dubel (red.), *Idee jako źródło instytucji politycznych i prawnych*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2003, s. 77–101).

<sup>34</sup> H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and its Priority*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford 1989, s. 247–252.

<sup>35</sup> Przypomnijmy, iż pierwowzorem wykładu VIII z *Liberalizmu politycznego* był odczyt wygłoszony przez Rawlsa na Uniwersytecie Michigan w 1981 r. w ramach cyklu „The Tunner Lectures on Human Values” – J. Rawls, *The Basic Liberties and Their Priority*, University of Michigan, April 10, [http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/r/rawls82.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/r/rawls82.pdf) (dostęp: 16.01.2014). Była to bezpośrednia odpowiedź na krytykę Harta.

Warto w tym miejscu odnotować, iż tego rodzaju rozwiązanie stoi w sprzeczności z bardziej rozpowszechnionym poglądem, w myśl którego racją dla podstawowych praw i wolności są ponadpozytywne prawa człowieka<sup>36</sup>. Wydaje się, iż podejście Rawlowskie, stawiające w centrum polityczną koncepcję osoby, stanowi interesującą alternatywę dla dominującego dyskursu odwołującego się we wszystkich przypadkach właśnie do praw człowieka. Ugruntowanie podstawowych wolności we władzach moralnych obywatela wyjaśnia, dlaczego (obok oczywistych praw do życia czy integralności osoby) tak fundamentalne znaczenie przyznaje się we współczesnych konstytucjach takim prawom i wolnościom, jak choćby wolność sumienia czy wolność wyrażania swoich poglądów. Pozostając na poziomie praw człowieka byłibyśmy skazani na pewien dogmatyzm, zmuszeni wyjaśniać to samo przez to samo, argumentując, że wolność sumienia jest fundamentalnym prawem konstytucyjnym, ponieważ jest fundamentalnym, ponadpozytywnym prawem. Nie twierdzę rzecz jasna, iż prawa człowieka nie mają dobrego uzasadnienia. Chodzi mi natomiast o to, że trudno w kontekście konstytucyjnym wyróżnić pewne wolności jako podstawowe, gdy pozostanie się jedynie na poziomie gołych „praw człowieka”, szczególnie w obliczu instrumentalizowania tego pojęcia i stałego (a także często arbitralnego!) rozszerzania ich katalogu<sup>37</sup>. Powiązanie podstawowych wolności z koncepcją obywatela daje wyraźne kryterium, pozwalające wskazać pewne konkretne wolności jako ważniejsze od innych, a także pozwalające dokonać bardziej szczegółowej interpretacji podstawowych wolności czy też rozstrzygnięcia kolizji między nimi. Zaleta rozwiązania Rawlsa polega na tym, iż w przypadku danej wolności jesteśmy każdorazowo w stanie podać władzę moralną, która jest ugruntowaniem dla tejże wolności, a także wskazać to, co Rawls nazywa jej „głównym zakresem zastosowania” (o czym za chwilę). W kooperacyjnej koncepcji prawa nie wyjaśniamy zatem prawa przez inne prawo, lecz wskazujemy racje wynikające z normatywnej koncepcji osoby.

Pokażę to na przykładzie uregulowania wolności sumienia i religii w Konstytucji RP, którą zinterpretuję w kategoriach zarysowanej wyżej doktryny wolności. Normy zawarte w artykule 53 można uporządkować za pomocą definicji MacCalluma – przepis stanowiący o wolności sumienia i religii najpierw określa zakres podmiotowy (wolność ta przysługuje „każdemu”), następnie ogólnie opisuje działania, które wolność sumienia i religii obejmuje (ust. 2–4)<sup>38</sup>. W ustępach 6–7

<sup>36</sup> Por. R. Alexy, *Rights and Liberties as Concepts*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 283–297.

<sup>37</sup> Rozszerzanie katalogu praw podstawowych o tzw. prawa społeczne, kulturalne czy też ekonomiczne jest wyraźną tendencją w prawie konstytucyjnym w Europie już od lat międzywojennych, wspieraną przez powojenny rozwój prawa międzynarodowego (por. B. Zawadzka, *Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1996, s. 33–75).

<sup>38</sup> Przypomnijmy, iż zgodnie z brzmieniem Art. 53 wolność sumienia i religii obejmuje w pierwszej kolejności „wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez

ustawodawca konstytucyjny wymienia zakazane ingerencje w sferę tej wolności – zgodnie z brzmieniem ust. 6 i 7 nikt nie może być zmuszany do uczestniczenia ani nieuczestniczenia w praktykach religijnych, ani obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawniania swojego światopoglądu, przekonań religijnych czy wyznania. Z perspektywy Rawlsowskiej doktryny konstytucyjnej główną *ratio essendi* artykułu 53 jest racjonalność obywatela, który – jako podmiot racjonalny – jest zdolny do posiadania jakiejś koncepcji dobra, a także (co stanowi osobny wzgląd) w każdym momencie dorosłego życia pozostaje lojalny wobec koncepcji realizowanej przez siebie. Sprawiedliwość winna zabezpieczać przysługującą każdemu wolność posiadania, rewizji lub zmiany podstawowych przekonań religijnych bądź przekonań moralnych o charakterze świeckim, gdyż są one centralnym elementem każdego racjonalnego planu życia. Instytucje publiczne nie mogą przeto powiązać koncepcji obywatela z jakimś wyróżnionym, niezmiennym zestawem fundamentalnych przekonań – różnice pomiędzy osobami i żywymi interesami tych osób nie byłyby wówczas należycie uwzględnione. Taka sytuacja jest nieakceptowalna z punktu widzenia rozumności, a zatem brakowałoby tu liberalnej legitymacji<sup>39</sup>. Co więcej, zgodnie z wolnością obywatelską każdy obywatel jest samoistnym źródłem ważnych roszczeń. Fakt, że w danym momencie życia posiada on daną koncepcję dobra, wyznaczającą jego cele ostateczne, jest kolejną racją dla wolności sumienia i religii. Obywatel jest bowiem (przynajmniej potencjalnie) zdolny i (aktualnie) uprawniony do zmiany czy rewizji swoich przekonań i celów ostatecznych. Wolność sumienia i religii zabezpiecza tę zdolność (por. *LP*, VIII, § 5: 418–421)<sup>40</sup>.

---

uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują”. Ponadto w wolności religii mieści się prawo do wychowania swoich dzieci zgodnie z wyznawaną religią, a także (przy zachowaniu wolności religii innych osób) do wprowadzenia nauczania religii o uregulowanej sytuacji prawnej w szkołach.

<sup>39</sup> Rawls wyraża tę myśl w sposób bardziej techniczny i swoisty dla własnej teorii – powiada, iż „[z]asłona niewiedzy zakłada bowiem, że strony [porozumienia pierwotnego – M.R.] nie wiedzą, czy przekonania, których zwolennikami są reprezentowane przez nie osoby, są poglądem większości, czy mniejszości. Nie mogą ryzykować dopuszczając mniejszą wolność sumienia i religii mniejszości, powiedzmy, postawiwszy na ewentualność, że ci, których reprezentują, wyznają religię większościową czy dominującą, a wobec tego będą mieli jeszcze większą wolność. Może się bowiem zdarzyć, że te osoby będą należały do wyznania mniejszościowego i odpowiednio ucierpią. Gdyby strony miały w ten sposób ryzykować, pokazałyby, że nie traktują poważnie religijnych, filozoficznych bądź moralnych przekonań osób, i w gruncie rzeczy nie wiedzą, czym są przekonania religijne, filozoficzne bądź moralne” (*LP*, VIII, § 5: 417). Jak pamiętamy, zasłona niewiedzy odzwierciedla warunki rozumności, a zatem zarówno w sytuacji pierwotnej, jak i w stadium konstytucyjnym wolność sumienia i religii jest oczywistym wymogiem rozumności i wzajemności.

<sup>40</sup> Zwróćmy uwagę, iż zabezpieczenie wolności religijnej wymaga nie tylko zakazów skierowanych do organów władzy publicznej; wiąże się nieuchronnie z pewnymi ograniczeniami skierowanymi do samych wspólnot religijnych. Prawo państwowe winno zapewnić możliwość wystąpienia



Wolność sumienia i religii, tak jak każda z wolności, posiada coś, co Rawls nazywa „głównym zakresem zastosowania”. Przypomnijmy, iż w *Liberalizmie politycznym* rezygnuje się z postulatu „jak najszerszego całościowego systemu” wolności na rzecz systemu „w pełni wystarczającego”. Poszczególne wolności wpływają z danej władzy moralnej i to właśnie do jej rozwinięcia mają być w pełni wystarczające. Uściślijmy, iż nie chodzi tu o to, by dane wolności maksymalizować. Celem publicznej koncepcji sprawiedliwości nie jest też jak najdalej posunięty rozwój władz moralnych. W istocie chodzi tu o zapewnienie każdemu niezbędnego minimum podstawowych wolności, takiego, by w normalnych warunkach rozwijał swoje władze moralne, zgodnie z domniemanym interesem wyższego rzędu (por. *LP*, VIII, § 8: 443–448). W przypadku każdej z wolności można w związku z tym wskazać główny zakres zastosowania, który (w połączeniu z innymi wolnościami) zapewnia owo minimum. Ów zakres nie jest czymś z góry ustalonym i z całą pewnością podlega publicznej debacie czy ocenie judykatury. W przypadku wolności sumienia regulowanej przez naszą konstytucję można uznać, że główny zakres zastosowania wyznaczają właśnie ustępy 2–4 oraz 6–7 artykułu 53. Postulat rozszerzania czy maksymalizowania wolności sumienia i religii poza główny zakres zastosowania być może jest do zrealizowania, choć musi być bardzo dobrze uzasadniony. I tak, na przykład, gdyby ktoś proponował rozszerzenie negatywnego aspektu wolności religii na wolność od symboli religijnych w przestrzeni publicznej lub też, całkiem przeciwnie, żądał nieograniczonego, stałego dostępu do miejsc publicznych dla manifestowania religii, aby zmaksymalizować pozytywny aspekt wolności, znalazłby się na grząskim gruncie. Takie roszczenia mogą się okazać nieuprawnione, gdyż doktryna Rawlsa nakazuje każdorazowo poszukiwać tego, co w danej wolności najważniejsze. Ponieważ wolności składają się na jeden spójny system, żadna z nich nie może być maksymalizowana *ad infinitum* jako cel sam w sobie.

Wolność sumienia jest tylko jednym z przykładów podstawowych wolności; obok niej znajdziemy także wolności polityczne, wolność myśli, wolność zrzeszania się, poruszania się i wyboru zajęcia czy też wolność do posiadania osobistej własności<sup>41</sup>. Owa lista nie jest oczywiście zamknięta, a szczegóły jej dotyczą-

---

z danej wspólnoty religijnej, przeto „prawo nie uznaje kategorii apostazji, nie mówiąc już o jej karaniu, tak samo jak nie uznaje za przestępstwo niewyznawania żadnej religii” (*TS*, § 34: 312). Obok tych ograniczeń wszelkie wspólnoty czy stowarzyszenia religijne mają prawo do własnego wewnętrznego etosu i własnych zasad. Rządzą się bowiem innym rozumem niż rozum publiczny, nie podlegając jego restrykcjom. Należą zatem do tzw. kultury podłoża, nie zaś do podstawowej struktury społeczeństwa.

<sup>41</sup> W doktrynie Rawlsa własność prywatna nie jest fundamentalnym prawem, a przez to nie postuluje się nieograniczonego prawa własności, będącego filarem myślenia Nozicka czy Rothbarda. Jednakże roszczenia socjalistów, którzy uznają własność kolektywną (społeczną) za jedyną uprawnioną formę własności, także zostają odrzucone. Rawls jest bowiem przekonany, że własność osobista (obejmująca zarówno rzeczy ruchome jak i nieruchomości) stanowi jedną z koniecznych

ce nie są rozstrzygane na poziomie filozofii politycznej – zależą od właściwej danemu społeczeństwu tradycji prawnej i ustrojowej. Należy ponadto pamiętać, iż problematyka podstawowych wolności nie wyczerpuje się na poziomie prawa konstytucyjnego. W pełni wystarczającego systemu wolności może dostarczyć tylko cała struktura podstawowa, a zatem cały system prawny. Co więcej, pewnych delikatnych czy kontrowersyjnych kwestii związanych z tymi wolnościami nie należy rozstrzygać na tak wysokim poziomie jak prawo konstytucyjne<sup>42</sup>. Szkic najważniejszych podstawowych wolności ujętych w konstytucji (które następnie mają być rozwijane w normalnym prawodawstwie) obrazuje tabela 6. Prezentuję w niej podstawową wolność lub grupę wolności oraz powiązanie tej wolności z daną władzą moralną lub też dobrem osoby, a także z zasadą sprawiedliwości, która nakazuje wprowadzenie danej wolności.

Tabela 6. Podstawowe wolności w powiązaniu z władzami moralnymi jednostki i zasadami sprawiedliwości

| <b>Podstawowa wolność</b>  | <b>Władza moralna</b>   | <b>Zasada sprawiedliwości</b> |
|--|-------------------------|-------------------------------|
| wolności polityczne (wolność wypowiedzi politycznej, politycznego zrzeszania, dostęp do służby publicznej) | rozumność               | pierwsza zasada               |
| wolność myśli  | rozumność               | pierwsza zasada               |
| wolność sumienia   | racjonalność            | pierwsza zasada               |
| wolność (niepolitycznego) zrzeszania się   | racjonalność            | pierwsza zasada               |
| własność osobista (wolność do wyłącznego korzystania z osobistej własności)                                | dobro osoby jako całość | pierwsza zasada               |
| wolność poruszania się i wyboru zajęcia  | racjonalność            | druga zasada                  |
| wolności związane z integralnością osoby   | dobro osoby jako całość | pierwsza zasada               |

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać, podstawowe wolności po większej części wyprowadza się z pierwszej zasady sprawiedliwości – wyjątkiem jest tu wolność poruszania się i wyboru zajęcia. Z drugiej zasady można co prawda wyprowadzić cały szereg poszczególnych wolności, lecz nie są one fundamentalne, a przez to nie są przedmiotem

---

podstaw szacunku do samego siebie. Co za tym idzie, własność jest w tej ograniczonej formie przedmiotem ochrony konstytucyjnej w państwie liberalnym. Zagadnienie to rozwijam w poświęconym prawu prywatnemu podrozdziale 3.2.

<sup>42</sup> Por. F.I. Michelman, *Rawls on Constitutionalism...*, s. 416–419.

zainteresowania prawa konstytucyjnego<sup>43</sup>. Jako przykład podaje Rawls wolność reklamy – choć wiąże się ona z wolnością słowa, można ją ograniczać w większym stopniu niż ma to miejsce choćby w przypadku wolności myśli czy wolności wypowiedzi politycznej. Dlatego kwestie związane z wolnością reklamy podejmuje się przede wszystkim w ramach zwykłej polityki i ustawodawstwa. O ile bowiem liberalne zasady państwa prawa zakazują pociągania do odpowiedzialności karnej za wprowadzenie w błąd podczas wypowiedzi politycznej, czy też za głoszenie fałszywych doktryn filozoficznych, to prawo może nakładać kary „za informację niedokładną lub fałszywą” w przypadku reklamy komercyjnej<sup>44</sup>. Ta ostatnia jest bowiem regulowana przez drugą zasadę sprawiedliwości, a wolności z nią związane mają mniejszą wagę – nie wiążą się bowiem tak ściśle z pełnym rozwinięciem władz moralnych, lecz – w tym konkretnym przypadku – z aktywnością gospodarczą. Zdaniem Rawlsa natomiast:

[m]ądrze jest [...] ograniczyć podstawowe wolności do tych, które są naprawdę zasadnicze [...]. Powodem tego ograniczenia listy podstawowych wolności jest szczególny status tych wolności. Gdy tylko rozszerzamy listę podstawowych wolności, ryzykujemy osłabienie ochrony najważniejszych z nich i stwarzamy na nowo w obrębie systemu wolności nieokreślone i nie prowadzące do żadnych rozwiązań problemy wyważania, których mieliśmy nadzieję uniknąć dzięki odpowiednio określonemu pojęciu pierwszeństwa (*LP*, VIII, § 2: 399).

Argument na rzecz ograniczenia katalogu podstawowych wolności wydaje się zasadny, lecz może okazać się, iż praktyka ustrojowa państw współczesnych idzie w zupełnie innym kierunku. W wielu konstytucjach mamy wszak do czynienia z rozszerzaniem katalogu wolności, gdzie wyróżnia się liczne prawa i wolności o charakterze socjalnym, kulturowym czy ekonomicznym. Jak Rawlsonowska doktryna konstytucyjna może odpowiedzieć na tego rodzaju praktykę? Czy raczej mają choćby Peter Koller czy Robert Alexy, którzy sądzą, że wyróżnienie podstawowych wolności i przyznanie im priorytetu nie tylko nakazuje poświęcić prawa socjalne, lecz także samo w sobie kłóci się z przeważającym myśleniem prawników konstytucjonalistów<sup>45</sup>? Wydaje się, iż natura praw socjalno-ekonomicznych czy też kulturowych różni się zasadniczo od fundamen-

<sup>43</sup> W konstytucji znajduje się – także związane z drugą zasadą – uprawnienie do rozsądnego minimum socjalnego. Jest to pewne uprawnienie o charakterze socjalnym, nie zaś fundamentalna wolność, więc tą problematyką nie zajmuję się w tym podrozdziale.

<sup>44</sup> Uzasadnienie ograniczenia reklamy wiąże się z szerszym problemem, jakim jest brak wolności gospodarczej w katalogu wolności podstawowych, a także dość swoiste potraktowanie wolności związanej z własnością. Tę grupę problemów będę jednak rozważać w podrozdziale 3.2, związanym z pozycją prawa prywatnego w strukturze podstawowej (umowy, własność).

<sup>45</sup> Por. P. Koller, *Die Grundsätze der Gerechtigkeit*, [w:] O. Höffe, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998, s. 45–69; R. Alexy, *John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten*, [w:] W. Hirsch (red.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, s. 263–303.

talnych praw i wolności, związanych z pierwszą zasadą. Tę różnicę trafnie określa Barbara Zawadzka:

Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne tym różnią się od innych rodzajów praw obywateli, że konkretyzujące je przepisy szczegółowe wyraźnie wyznaczają zakres ich realizacji. W przepisach tych państwo ustala granice swych zobowiązań wobec obywateli na rzecz realizacji tych praw. Są to więc prawa szczególnego rodzaju: nie chronią obywatela przed państwem, lecz przeciwnie – wymagają od niego określonych pozytywnych działań<sup>46</sup>.

Dla nas oznacza to tyle, że choć wolności i prawa socjalne mogą być co prawda zapisane w konstytucji, to stanowią one jedynie pewną deklarację co do przyszłej polityki społecznej państwa, nie zaś „twarde” prawa i wolności. Nie można ich zatem dochodzić przeciwko państwu w ten sam sposób, w jaki dochodzi się praw fundamentalnych (takich jak przede wszystkim wolność słowa, wolność sumienia i religii). Nie oznacza to, że praw typu socjalnego nie można w ogóle dochodzić na drodze skargi konstytucyjnej, lecz owo dochodzenie ma zupełnie inny charakter. Główny ciężar ich zabezpieczenia spoczywa bowiem na aktywności legislacyjnej państwa, więc jeżeli można ich dochodzić, to właśnie wykazując zaniechanie państwa w tej materii<sup>47</sup>. W związku z tym prawa i wolności tego rodzaju nie są szczególnym obiektem mojego zainteresowania; nie są bowiem „rdzeniem konstytucji” w tym samym sensie, co wolności związane z pierwszą zasadą. Nie oznacza to, iż wolności o charakterze socjalnym czy kulturowym nie mają znaczenia dla projektu Rawlsa. Jak zobaczymy, prawa i wolności łączą się w jeden spójny (i dynamiczny) system, któremu ostateczny kształt nadaje zwykle prawodawstwo, polityka społeczna czy orzecznictwo. W tym podrozdziale badam jednak przede wszystkim implikacje kooperacyjnej koncepcji prawa dla konstytucji, a tutaj prawa socjalne nie są tak fundamentalne, jak wolności związane z pierwszą zasadą.

Kolejnym zagadnieniem ściśle związanym z podstawowymi wolnościami jest spójność ich systemu<sup>48</sup>. Jak wiemy, poszczególne podstawowe wolności są ze sobą sprzężone – zmiany w zakresie jednej z nich pociągają za sobą zmiany w innych, a „wartość jednej wolności w normalnych warunkach zależy od określenia innych wolności” (*TS*, § 32: 300). Choć konstytucja sama w sobie nie jest w stanie (ani nie powinna) zapewnić w pełni wystarczającego i spójnego systemu wolności, to bez wątpienia już na poziomie konstytucyjnym mechanizm regulujący wolności, zestrzajający je ze sobą i zapobiegający nadużyciom, winien być w jakiś sposób nakreślony. Konstytucja otwiera w ten sposób drogę do harmonijnej

<sup>46</sup> B. Zawadzka, *Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, s. 7.

<sup>47</sup> Por. M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton–Oxford 2008, s. 227–264.

<sup>48</sup> Por. T.M. Scanlon, *Adjusting Rights and Balancing Values*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1477–1486.

realizacji wolności przez wszystkich, a do tego celu winna dążyć struktura podstawowa. Akt regulacji wolności („regulacji” nie należy mylić z „ograniczaniem”) każdorazowo jest tylko o tyle uprawniony, o ile dana ingerencja wspiera całościowy system wolności<sup>49</sup>. Jak pisze Rawls:

Podstawowa wolność objęta przez pierwszą zasadę może zostać ograniczona jedynie ze względu na samą wolność, to znaczy jedynie dla zapewnienia, by ta właśnie wolność bądź inna wolność podstawowa była należycie chroniona i aby jak najlepiej zestawić jeden system wolności (TS, § 32: 301).

Priorytet wolności (który w sprawiedliwości jako bezstronności przyjmuje formę pierwszeństwa „leksykograficznego”<sup>50</sup>) zabrania poświęcania równych podstawowych wolności na rzecz takich wartości, jak dobro publiczne, wartości perfekcjonistyczne, efektywność ekonomiczna czy równość społeczna (por. LP, VIII, § 2). Rawls zastrzega jednak, iż priorytet wolności jest wymagany „we ‘w miarę sprzyjających warunkach’, to znaczy w takiej społecznej sytuacji, która, jeśli jest po temu wola polityczna, pozwala na skuteczne ustanowienie tych wolności i pełne korzystanie z nich. Te warunki określa kultura społeczeństwa i nabyte umiejętności kierowania instytucjami oraz jego poziom rozwoju ekonomicznego, (który nie musi być szczególnie wysoki), i niewątpliwie także inne rzeczy” (LP, VIII, § 2: 399). Aby lepiej zrozumieć, co Rawls ma tu na myśli, można wprowadzić kategorię „pierwotnych wartości politycznych”, którą on sam się nie posługuje. Pod tym wyrażeniem rozumiem to wszystko, do czego dąży każde społeczeństwo polityczne, niezależnie od swego charakteru ustrojowego. Mam tu na myśli bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne, zdrowie publiczne, zachowanie minimalnej i niekontrowersyjnej moralności czy stosunkowo stabilnego systemu gospodarczego. O ile zatem dane państwo nie znajduje się w głębokim kryzysie konstytucyjnym, stanie wojny, głodu czy bankructwa, można powiedzieć, iż po-

<sup>49</sup> Por. LP, VIII, § 2: 396. Odróżniając regulację od ograniczeń, Rawls odwołuje się do jurysprudencki amerykańskiej. Por. np. J.R. Kanovitz, *Constitutional Law*, 12th ed., Lexis Nexis, New Province, NJ, 2010, s. 45.

<sup>50</sup> Amartya Sen określa owo podejście „swego rodzaju ekstremizmem”, gdyż nakazuje, w ramach rozumowania praktycznego, zrezygnować nawet z ogromnej korzyści innego rodzaju na rzecz utrzymania niewiele większej wolności (A. Sen, *The Idea of Justice*, Penguin Books, London 2010, s. 65). Jednak krytyka Sena dotyczy jedynie matematycznego zastosowania idei pierwszeństwa leksykograficznego. Autor *The Idea of Justice* afirmuje ogólne pojmowanie sprawiedliwości jako w sposób szczególnie związanej z podstawowymi wolnościami. Wolność, powiada Sen za Rawlsem, nie jest jednym ze zwyczajnych dóbr, które w ramach rozważań dystrybucyjnych można byłoby zamieniać na jakieś inne (tak jak zamieniamy czas wolny na dodatkowy dochód), lecz wymaga szczególnej troski (ibidem, s. 300). Z kolei wielu autorów akcentujących ekonomiczny wymiar wolności (jak przywołani już Nozick czy Hayek) uznaje, iż Rawlowski priorytet wolności na niewiele się zdaje, a w ostatecznym rozrachunku wolność jest wartością podporządkowaną całościowemu systemowi sprawiedliwości społecznej. Por. W. Kersting, *Kritik der Gleichheit*, Velbrück Wissenschaft, Weilerwist 2002.

siada owe pierwotne wartości polityczne. Priorytet wolności obowiązuje właśnie w normalnych warunkach, gdzie owe pierwotne wartości nie są zagrożone. Dotyczy on rzecz jasna tylko państw o tradycji wolnościowej i demokratycznej (lub też aspirujących do tejże tradycji), których kultura polityczna pozwala na wprowadzenie priorytetu wolności. Sądzę, że właśnie tak należy interpretować pojęcie „w miarę sprzyjających warunków”. Jeżeli w demokratycznym społeczeństwie z jakiegoś powodu zagrożone są pierwotne wartości polityczne, priorytet wolności przestaje obowiązywać w formie pierwszeństwa leksykalnego (co nie oznacza oczywiście, że wolność przestaje być jedną z naczelných wartości politycznych). W państwach o charakterze teokracji czy niekonstytucyjnej monarchii taki priorytet w ogóle nie obowiązuje, ponieważ te ustroje nie mają ugruntowania w idei wolnych i równych obywateli.

Czy jednak priorytet wolności, w formie pierwszeństwa leksykalnego, rzeczywiście jest elementem liberalno-demokratycznego myślenia o konstytucji? Bez wątplenia Rawlowski odwrót od wolności jako rozległego ideału politycznego na rzecz konkretnych wolności obywatelskich bliski jest współczesnemu myśleniu konstytucjonalistów. Jest to szczególnie widoczne w orzecznictwie. Na przykład Federalny Trybunał Konstytucyjny w Niemczech stwierdza w jednym z orzeczeń:

Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es [tzn. wolność wypowiedzi – M.R.] schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom” (Cardozo)<sup>51</sup>.

Nie ulega zatem wątpliwości, że podstawowe wolności, choćby takie jak wolność wypowiedzi politycznej czy wolność religijna, są elementem wspólnego dziedzictwa państw demokratycznych i przedmiotem szerokiego konsensu<sup>52</sup>. Problemów dla ujęcia Rawlowskiego może jednak nastęrczać prawnokonstytucyjny sposób ograniczania tych praw i wolności. W wielu konstytucjach znajdziemy sformułowania podobne do (dobrze znanego czytelnikowi polskiemu) Art. 31 ust. 3 obecnej Konstytucji RP, który stanowi, iż „[o]graniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w konstytucji niemieckiej, gdzie zgodnie z Art. 5 Ustawy

<sup>51</sup> Lüth, BVerfGE 7, 198, s. 208.

<sup>52</sup> Porównawczy przegląd prawa o wolności wypowiedzi daje np. E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford 2005. Por. także A. Stone, *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*, [w:] T. Ginsburg, R. Dixon (red.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2011, s. 406–421.



Zasadniczej prawa podstawowe „podlegają ograniczeniom wynikającym z przepisów ogólnych ustaw, przepisów ustawowych o ochronie młodzieży i prawa do czci osobistej”. Problem ten dobitnie podkreśla także orzecznictwo. Na przykład Trybunał Konstytucyjny RP w wyroku z dnia 3 lipca 2001 r. stwierdza:

Trybunał Konstytucyjny uważa za fakt niewątpliwy, że pierwszą przyczyną, dla której prawa jednostki mogą być ograniczane, jest ochrona dobra wspólnego, a w szczególności wzgląd na potrzeby bezpieczeństwa i obronności kraju. Jak wynika z art. 5 Konstytucji, jednym z podstawowych zadań Rzeczypospolitej Polskiej jest strzeżenie niepodległości i nienaruszalności terytorium. W świetle tego przepisu, któremu, zważywszy na systematykę konstytucji, została nadana najwyższa ranga, nie może budzić wątpliwości, że zapewnienie bezpieczeństwa państwa jest celem usprawiedliwiającym ograniczenia wszelkich praw i wolności obywatelskich. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znalazło już wyraz przekonanie, że ochrona bezpieczeństwa państwa jest szczególnie wartościową, w zderzeniu z którą prawa jednostki, nawet prawa podstawowe, mogą być, w niezbędnym zakresie, ograniczane<sup>53</sup>.

Może się zatem wydawać, iż w porządkach prawnych państw demokratycznych nie odnajdziemy priorytetu wolności w tej formie, jaką postuluje Rawlsowska doktryna konstytucyjna. Prawo konstytucyjne wielu krajów demokratyczno-liberalnych wskazuje bowiem racje inne niż sama tylko wolność, które zgodnie z najwyższym prawem danego kraju usprawiedliwiają jej ograniczenie – znajdziemy wśród nich nie tylko bezpieczeństwo, ale także moralność publiczną, zdrowie publiczne, cześć osobistą czy godność. Sądzę jednak, iż odrzucenie priorytetu wolności tylko na tej podstawie byłoby skażone powierzchownością. Priorytet wolności można w moim przekonaniu obronić, to znaczy wykazać, iż jest on zakorzeniony głęboko w myśleniu o prawie konstytucyjnym. Najbardziej konkluzywne jest tu rozumowanie na rzecz swobody wypowiedzi politycznej. Jemu właśnie poświęcę następną sekcję, by na koniec wskazać, jak należy rozumieć w tym przypadku priorytet wolności i dlaczego można argumentować, że wskazane powyżej przykłady nie obalają twierdzenia, iż jest on realizowany przez każde dobre prawo konstytucyjne w państwie liberalno-demokratycznym.

### C. Równa wolność polityczna: wolność wypowiedzi

Chociaż egalitaryzm odcisnął na filozofii Rawlsa bardzo wyraźne piętno, nie jest tak, że zupełnie ignoruje on zagadnienia tradycyjnie związane z wolnością negatywną. Nie przypadkiem opowiada się Rawls wyraźnie za modelem demokracji

<sup>53</sup> K 3/01, III.3. Przegląd zasadniczych kierunków w myśleniu o dobru wspólnym w orzecznictwie TK zawdzięczam tekstom Marka Piechowiaka oraz Mirosława Granata (M. Piechowiak, *Prawne i pozaprawne pojęcie dobra wspólnego*, [w:] W. Arndt, F. Longchaps de Bériet, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013, s. 23–45; M. Granat, *Dobro wspólne w pojmowaniu Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] W. Arndt, F. Longchaps de Bériet, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne...*, s. 127–137).

konstytucyjnej, chroniącej obywateli nie tylko przed realizowaną w procesie politycznym wolą większości, ale także przed niesprawiedliwymi czy despotycznymi działaniami władzy publicznej. Aspekt ten jest szczególnie wyraźny w analizie wolności wypowiedzi politycznej i prasy (*LP*, VIII, § 10). Wolność wypowiedzi, zabezpieczona przez I Poprawkę do Konstytucji USA<sup>54</sup>, jest zdaniem Rawlsa przypadkiem wolności fundamentalnej, czyli ściśle związanej z moralną władzą rozumności. Szczególny status wolności wypowiedzi politycznej potwierdzają konstytucje i orzecznictwo na całym świecie<sup>55</sup>. Jak każda z podstawowych wolności, także i swoboda wypowiedzi nie jest absolutna – należy zatem poszukiwać właściwej formuły wewnętrznej jej uregulowania oraz zestrojenia z innymi wolnościami, a także z „pierwotnymi wartościami politycznymi”. Poruszając się w obrębie amerykańskiej tradycji prawnej, stwierdza Rawls, iż najważniejszym testem tej wolności jest brak kategorii wywrotowego zniesławienia (*sedition libel*). Jest to instytucja obecnie historyczna, która pojawiła się w Stanach Zjednoczonych jako dziedzictwo angielskiego *common law*, polegająca na nakładaniu kar kryminalnych za złośliwą lub opierającą się na nieprawdziwych twierdzeniach krytykę władzy, niebezpieczną dla przetrwania rządu<sup>56</sup>. Brak takiej kategorii w prawie karnym oznacza, iż władza publiczna nie może karać za zniesławienie urzędników państwowych (chodzi o zniesławienie w utrwalonej formie druku czy nagraniu) – jeżeli nawet dany czyn spełniałby charakterystykę pisemnego zniesławienia, lecz zarazem byłby wymierzony przeciwko władzy i został dokonany w kontekście walki politycznej, to nie może podlegać karze. Wszelkie instytucje prawne, które mają podobne skutki do wywrotowego zniesławienia (choćby nie powoływały jej *explicite*), są nie do pogodzenia z zasadą równej wolności politycznej.

Szczególne znaczenie dla kultury prawnej USA, jak podkreśla Rawls, ma w tej materii orzeczenie w sprawie „New York Times” kontra Sullivan<sup>57</sup>. Zostało ono wydane w okresie ruchu na rzecz praw obywatelskich (*civil rights movement*) osób czarnoskórych. Ówczesni urzędnicy miejscy miasta Montgomery w Alabamie

<sup>54</sup> Przypomnijmy, iż podług I Poprawki „[ż]adna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczać wolności słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnym władzom petycji o naprawienie krzywd”. Z owego tekstu normatywnego wyprowadza się wolność wypowiedzi przysługującą jednostce.

<sup>55</sup> Ciekawego przykładu dostarcza prawo konstytucyjne Australii. Konstytucja tego państwa nie zawiera rozdziału o prawach podstawowych, nie zawiera też żadnego stwierdzenia *explicite* o wolności wypowiedzi. Jednakże Wysoki Sąd Australii uznał (we wczesnych latach 90.), iż prawo do swobodnej komunikacji politycznej jest immanentnym elementem konstytucji, choć obecnej jedynie *implicite*. Por. H. Irving, *Five Things to Know About the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 52–72.

<sup>56</sup> Por. E. Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York 2006, s. 923. Warto nadmienić, iż przez krótki czas obowiązywała w USA ustawa Seditious Act z 1798 r., wprowadzająca tę kategorię do federalnego porządku prawnego.

<sup>57</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

posługiwali się (cywilnoprawną!) instytucją zniesławienia do walki z krytyką aktywistów praw obywatelskich, publikowaną przez „New York Times”<sup>58</sup>. Sąd stanowy zasądził ogromne odszkodowanie karne na rzecz powoda, urzędnika miejskiego Sullivana, które mogło doprowadzić do bankructwa pozwanego „New York Times”. Sąd Najwyższy uznał niekonstytucyjność odpowiedzialności deliktowej za wypowiedź polityczną (w szczególnym przypadku restrykcyjnych praw w Alabamie), a ustami sędziego Brennana dodał, iż orzeczenie tamtejszego sądu sprzeciwia się „narodowej lojalności względem zasady, iż debata o sprawach publicznych winna być nieskrępowana, żywa i otwarta, i nieraz może zawierać [...] nieprzyjemnie ostre ataki na urzędników państwowych”<sup>59</sup>. Co więcej, sąd potępił z całą mocą Seditious Act jako niekonstytucyjny i „osądzony przez trybunał historii”, choć ustawa ta dawno upadła i nigdy nie była przedmiotem badania konstytucyjności przed Sądem Najwyższym<sup>60</sup>.

Jako właściwe zabezpieczenie wolności wypowiedzi politycznej Rawls afirmuje zasadę „wyraźnego i bezpośredniego zagrożenia”, sformułowaną po raz pierwszy w roku 1919 przez sędziego Holmesa w sprawie Schenck kontra Stany Zjednoczone<sup>61</sup> i rozwiniętą przez dziesiątki lat następującego po tej sprawie orzecznictwa. W swoim pierwotnym sformułowaniu zasada ta głosi, iż dana wypowiedź traci ochronę z I Poprawki, a zatem może być ograniczona powszechnym prawem wtedy i tylko wtedy, gdy „słowa zostają użyte w takich okolicznościach i mają taki charakter, że stwarzają wyraźne i bezpośrednie zagrożenie doprowadzenia do realnego zła, któremu Kongres ma prawo zapobiec”<sup>62</sup>. Zasada została przyjęta i rozwinięta w dalszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, choć brakowało jednoznacznego określenia jej treści. W wielu przypadkach (co uzasadniały warunki I wojny światowej czy też, następnie, obawa przed międzynarodową konspiracją komunistyczną) ograniczano możliwość głoszenia radykalnych doktryn socjalistycznych, przyjmując, iż owe doktryny same w sobie stwarzały bezpośrednie zagrożenie<sup>63</sup>. Ostatecznie jednak (m.in. dzięki aktywności sędziów Holmesa i Brandeisa) doszło do sformułowania wykładni, która jest dalece libe-

---

<sup>58</sup> Uściślijmy, iż wówczas nie istniało już przestępstwo wywrotowego oszczerstwa (*Seditious Act* został zniesiony już w 1801 r.), jednakże zwykła (cywilnoprawna) instytucja zniesławienia, dopuszczająca wysokie odszkodowanie karne (*punitive damages*), była wykorzystywana do walki politycznej. To właśnie instytucja odszkodowania karnego, obca kontynentalnym systemom prawnym, sprawiła, iż instytucja cywilnoprawna realnie zagrażała równej wolności politycznej. Obszerne omówienie tego ważnego orzeczenia, wraz z jego tłem faktycznym, zob. I. Loveland, *Political Libels: A Comparative Study*, Hart Publishing, Oxford–Portland Oregon 2000, s. 65–72.

<sup>59</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), 270.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 276.

<sup>61</sup> *Schenck vs. Stany Zjednoczone*, 249 U.S. 47, (1919).

<sup>62</sup> *Ibidem*, 52, tłum. za: *LP*, VIII, § 11: 465.

<sup>63</sup> Por. np. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 40 S. Ct. 17, 63 L. Ed. 1173 (1919); *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 45 S. Ct. 625, 69 L. Ed. 1138 (1925); *Debs vs. United States*, 249 U.S. 211. Orzeczenie w tej ostatniej sprawie zaciekle krytykuje Rawls (*LP*, VIII, § 11: 467).

ralna i ogranicza w dużym stopniu dopuszczalność prawnej ingerencji w wypowiedź polityczną. Obowiązujące do dziś w prawie amerykańskim sformułowanie zasady wyraźnego i bezpośredniego zagrożenia pochodzi z orzeczenia w sprawie *Brandenburg vs. Ohio*<sup>64</sup>. Sąd stanowy Ohio skazał lidera ruchu Ku-Klux Klan, Brandenbura, za przemówienie (utrwalone i wyemitowane w lokalnej telewizji), w którym ten ostatni sugerował, iż rząd może podlegać „zemście” za prześladowanie białej rasy, a także agresywnie wzywał czarnych i Żydów do opuszczenia Stanów Zjednoczonych<sup>65</sup>. Sąd uchylił wyrok skazujący jako niekonstytucyjny, orzekając, iż podlegające karze przemówienie nie generowało bezpośredniego i wyraźnego zagrożenia. Aby bezpośrednie i wyraźne zagrożenie zachodziło, zgodnie z testem Brandenbura muszą być spełnione łącznie dwa warunki: (1) wypowiedź musi być skierowana na podburzenie do bliskiego czasowo bezprawnego czynu oraz (2) istnieje realne prawdopodobieństwo, że owa wypowiedź taki czyn spowoduje<sup>66</sup>.

Przykład zasady bezpośredniego wyraźnego zagrożenia pokazuje, iż nawet fundamentalne czy centralne wolności nie są absolutne i muszą być w jakiś rozumny sposób uregulowane. Z drugiej strony, owa regulacja musi pozostawać w zgodzie z ogólnym priorytetem konstytucyjnych wolności i ich centralną rolą w strukturze podstawowej. Jak podkreśla Rawls, regulację tych wolności „uzasadnia się racjami, jakie dopuszcza pierwszeństwo tych wolności jako rodziny [...]”. Ten rodzaj dostosowania – kontynuuje Rawls – znacznie różni się od ogólnego równoważenia interesów, które dopuszcza względy każdego rodzaju – polityczne, ekonomiczne i socjalne – by ograniczyć te wolności, nawet co do ich treści, gdy uzyskane korzyści lub zażegnane szkody uważa się za dostatecznie duże” (*LP*, VIII, § 12: 477). Wolności obywatelskie nie są więc po prostu jakimś społecznym dobrem, które może być, stosownie do okoliczności, poświęcone przez władzę na rzecz jakiegoś innego dobra. Wolności obywatelskie są bowiem jednym z ważniejszych elementów dobra w s p ó l n e g o czy też dobra społeczeństwa politycznego, o którym pisałem w poprzednim rozdziale. Zabezpiecza je słusność i sprawiedliwość, przez co stają się one integralnym elementem pojęcia legitymowanego prawa i państwa prawnego, które są warunkiem *sine qua non* sprawiedliwej społecznej kooperacji.

Sądzę, że w świetle powyższych rozważań można obronić tezę, wedle której Rawlowski priorytet wolności potwierdza wspólna wielu krajom, głęboka troska o zasadnicze wartości prawa konstytucyjnego. Przypomnijmy, iż problem z owym twierdzeniem polegał na tym, iż zarówno klauzule konstytucyjne, jak i orzecznictwo

<sup>64</sup> *Brandenburg v. Ohio* 395, U.S. 444 (1969).

<sup>65</sup> Por. J.R. Kanovitz, *Constitutional Law...*, s. 61 i n.

<sup>66</sup> *Ibidem*, s. 65. Warto odnotować, iż Rawls zaledwie wspomina o orzeczeniu w sprawie Brandenbura, choć pochodzi ono z 1969 r. Analizuje natomiast podobne w wymowie, lecz już nieobowiązujące, orzeczenie w sprawie *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

wskazuje inne wartości niżli tylko samą wolność, dla zachowania których można ograniczyć (czy uregulować) wolności podstawowe. Są wśród nich bezpieczeństwo, dobro wspólne, moralność i zdrowie publiczne, cześć osobista czy godność. Rawls z kolei stwierdza wyraźnie, iż „[p]ierwszeństwo wolności pociąga za sobą w praktyce to, że dana wolność podstawowa może zostać ograniczona tylko dla dobra innej bądź innych wolności, a nigdy, jak już powiedzieliśmy, ze względu na dobro publiczne czy wartości perfekcjonistyczne” (*LP*, VIII, § 2: 397). Uważam, że nie występuje tu jednak rażąca czy oczywista sprzeczność i oba stanowiska można uzgodnić. Pamiętać przy tym należy, iż podczas gdy Rawls porusza się przede wszystkim w ramach wyidealizowanego dyskursu dotyczącego sprawiedliwości, to praktyka ustrojowa funkcjonuje w twardej rzeczywistości politycznej. Choć skutkiem tego jest inne rozłożenie akcentów w filozofii politycznej i na przykład w orzecznictwie, to związek priorytetu wolności z praktyką ustrojową wciąż da się obronić.

Jak można wykazać, iż ograniczenia podstawowych wolności związane z wymienionymi wyżej wartościami dają się pogodzić z ich priorytetem? Stosunkowo najłatwiej jest to uczynić w przypadku takich wartości, jak bezpieczeństwo publiczne czy zdrowie publiczne. Należą one bowiem do zbioru pierwotnych wartości politycznych, a jak już powiedziałem, ich brak czy bardzo poważne zagrożenie zawiesza obowiązywanie priorytetu wolności w postaci leksykograficznej, gdyż „w miarę sprzyjające warunki” nie są wówczas spełnione. Rozważane ograniczenia dotyczą rzecz jasna poważnego kryzysu bezpieczeństwa czy zdrowia, nie zaś zwyczajnego narażenia ich na szwank. W przypadku wojny i epidemii każdy rząd, włączając w to rząd demokratyczny, jest uprawniony do tego, by w niezbędnym (i proporcjonalnym!) zakresie ograniczyć podstawowe wolności. Trudno natomiast uzasadnić, na przykład, zakaz rozpowszechniania określonych książek (gloryfikujących powiedzmy palenie tytoniu) tylko dlatego, że mogą one pogorszyć ogólnospołeczny stan zdrowia. Afirmowana przez Rawlsa zasada „wyraźnego i bezpośredniego zagrożenia”, wypracowana przez Sąd Najwyższy USA, ma te same podstawy, co przyjmowane w polskim prawie konstytucyjnym zasady proporcjonalności, konieczności i przydatności, które muszą spełnić ustawy ograniczające podstawowe wolności<sup>67</sup>. Podstawą tą jest przyjmowany mniej lub bardziej wyraźnie priorytet wolności, który w polskim porządku prawnym wyraża końcowe zdanie Art. 31 ust. 3. Konstytucji RP, wedle którego „[o]graniczenia te [wolności i praw – M.R.] nie mogą naruszać istoty wolności i praw”<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Por. A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, [w:] B. Banaszak (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, s. 693–709.

<sup>68</sup> Warto odnotować, iż pojęcie „istoty wolności i praw” jest w doktrynie sporne. Wskazań do interpretacji może dostarczyć tu Rawlsofskie pojęcie „głównego zakresu zastosowania”, które omówiłem wyżej.

Mniej oczywiste może się wydawać pogodzenie prymarnego charakteru dobra wspólnego z priorytetem wolności. Problem stawia przed nami choćby orzecznictwo polskiego TK, gdzie stwierdza się, że zasada dobra wspólnego ma charakter naczelny i pewne wolności w pewnych przypadkach muszą przed nią ustąpić. Może się wydawać, iż nie jest to do pogodzenia z Rawlowskim twierdzeniem o przewadze wolności nad „dobrem publicznym”. Można jednak rozwiązać tę sprzeczność, która jest jedynie pozorna. Rozwiązania dostarcza samo orzecznictwo TK. Polega ono na odróżnieniu „dobra wspólnego” od „interesu publicznego”, a to właśnie ten ostatni, jak się wydaje, miał na myśli Rawls, pisząc o priorytecie wolności nad „dobrem publicznym” (*public good*). Takim rozróżnieniem posługuje się także Trybunał Konstytucyjny. Na przykład w zdaniu odrębnym do postanowienia TK z dnia 6 kwietnia 2011 r. sędzia Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz stwierdza, iż działania państwowych i samorządowych podmiotów prawnych „muszą być nakierowane na osiągnięcie dobra wspólnego, w tym również na zapewnienie w najwyższym możliwym stopniu gwarancji wszelkim prawom i wolnościom przysługującym jednostkom<sup>69</sup>”. Oznacza to, iż ani „dobro wspólne”, ani „podstawowe wolności” nie są zwykłymi wartościami społecznymi, które można sobie przeciwstawiać. Druga z tych naczelnych wartości jest po prostu elementem pierwszej. Tak też twierdzi Mirosław Granat (konstytucjonalista i sędzia TK), referując orzecznictwo trybunalskie w jednym ze swych tekstów. Jego zdaniem w pojmowaniu Trybunału „[d]obro wspólne nie stanowiło jednej z kilku wartości, która mogła być ważona z pozostałymi wartościami. Zatem Trybunał dobra wspólnego nie waży, gdyż ono samo wyważa inne wartości i jest przypisywane przez sąd konstytucyjny wynikowi tego ważenia. Pełni więc rolę „wagowego” w stosunku do pozostałych dóbr i jest umiejscowione przez Trybunał po stronie konkretnego wyniku ważenia wartości<sup>70</sup>. Oznacza to zatem, iż „dobro publiczne” (czy raczej „interes publiczny”) może być niejednokrotnie poświęcone na rzecz podstawowych praw i wolności i to właśnie w imię dobra wspólnego<sup>71</sup>. Przy takim rozumieniu tego ostatniego terminu, które jest zgodne z rozumieniem proponowanym w tej pracy (podrozdział 2.5), konflikt pomiędzy podstawowymi wolnościami zostaje zażegnany, a sprzeczność po raz kolejny okazuje się pozorna.

Ostatnia z pozornych sprzeczności, którą teraz omówię, jest dla koncepcji Rawlowskiej bodaj najbardziej problematyczna. Chodzi mianowicie o cześć osobistą czy godność osoby. W państwach demokratycznych powszechnie akceptuje się godność czy cześć osoby jako legitymowaną rację ograniczenia podstawowych wolności<sup>72</sup>. Problem polega na tym, iż godność, przynajmniej w dyskursie

<sup>69</sup> SK 21/07.

<sup>70</sup> M. Granat, *Dobro wspólne w pojmowaniu Trybunału Konstytucyjnego*, s. 127–128.

<sup>71</sup> Por. *ibidem*, s. 129–137.

<sup>72</sup> Por. np. E. Barendt, *Freedom of Expression*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 906.



kontynentalnej Europy, jest silnie powiązana z jakiegoś rodzaju perfekcjonizmem moralnym<sup>73</sup>. Uznając, na przykład, iż godność osoby usprawiedliwia ograniczenia wytwarzania i dystrybucji treści obscenicznych (albo przynajmniej uznając, że taka aktywność nie wchodzi w zakres wolności chronionej konstytucyjnie), bez wątplenia angażujemy tu pewien ideał moralny, czyli jakiegoś rodzaju perfekcjonizm. Tymczasem, zdaniem Rawlsa, wartości perfekcjonistyczne nie mogą przeważać nad podstawowymi wolnościami. Jak jednak pisałem w rozdziale drugim, ugruntowanie zasady równej wolności we władzach moralnych obywatela samo może prowadzić do interpretacji, którą nazwałem „słabym perfekcjonizmem”. I o ile w drugim rozdziale nie było narzędzia do rozstrzygnięcia pomiędzy jednoznacznie anty-perfekcjonistyczną interpretacją, a jakąś słabą wersją perfekcjonizmu, o tyle teraz wyraźnie widać, iż jeżeli doktryna Rawlsa ma obronić się w konfrontacji z praktyką ustrojową państw demokratycznych, to należy się opowiedzieć za słabym perfekcjonizmem, ugruntowanym w ludzkiej godności. Należy mianowicie stwierdzić, iż interesy wyższego rzędu, które stanowią ugruntowanie dla podstawowych wolności, opierają się na godności osoby i tym samym ograniczają legitymowane korzystanie z wolności. Godność zostaje zatem wprowadzona *implicite*, jako konieczne dopełnienie doktryny o dwóch władzach moralnych.

Taka konstatacja jest jednak problematyczna, ponieważ sam Rawls konsekwentnie usiłował przedstawić swoją koncepcję jako czysto polityczną, nie zaś metafizyczną, a zatem taką, która nie dopuszcza szerszej doktryny osoby niżli ściśle normatywna koncepcja obywatela. Jeżeli pozostajemy przy rozumności i racjonalności jako władzach moralnych, argumentacja wydaje się rzeczywiście pozostawać na poziomie politycznym, ponieważ (ze względu na szerokie i treściowo otwarte pojęcie racjonalności) nie angażuje się tu jakiegokolwiek dającej się jednoznacznie zidentyfikować doktryny metafizycznej czy ideału moralnego. Natomiast jeśli angażujemy pojęcie godności, wchodzimy bez wątplenia na teren metafizyki i to teren moralnie kontrowersyjny. Godność osoby, o ile jest uznawana przez tomizm czy kantyizm, jest jednoznacznie odrzucana na przykład przez pewne wersje utilitaryzmu<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Podczas gdy w świeckim dyskursie amerykańskim za „godność” uznaje się przede wszystkim zdolność do samookreślenia (por. J.R. Kanovitz, *Constitutional Law...*, s. 547), to w dyskursie kontynentalnym godność osoby posiada silnie perfekcjonistyczną treść moralną. Człowiek jest osobą, ponieważ posiada godność, nie zaś po prostu ma godność (zdolność do samookreślenia), ponieważ jest osobą. Godność jest przez to ściśle powiązana prawem moralnym (por. M. Piechowiak, *Klasyczna koncepcja osoby jako podstawa pojmowania praw człowieka. Wokół Tomasza z Akwinu i Immanuela Kanta propozycji ugruntowania godności człowieka*, [w:] P. Dardziński, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Prawo naturalne. Natura prawa*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011).

<sup>74</sup> Przykładem może być tu powszechnie znana doktryna Petera Singera, wedle której ludzkie życie nie ma samoistnej wartości – wartość przysługuje bowiem pozytywnym stanom świadomym, nie zaś „życiu ludzkiemu” samemu w sobie (por. P. Singer, *O życiu i śmierci. Upadek etyki tradycyjnej*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1997, s. 76–79).

Można jednak argumentować, że godność jest przedmiotem szerokiego konsensu politycznego<sup>75</sup>, jest właśnie wartością polityczną, nie zaś metafizyczną. O ile zatem zrzęb postulowanych przez Rawlowską doktrynę konstytucyjną opiera się w ostatecznej instancji na godności<sup>76</sup>, to nie zawiera on jakiegoś z góry ustalonego wzorca ludzkiej doskonałości, który miałby owe wolności formować czy też uzależniać ich obowiązywanie. Jak pisze Rawls: „Jeśli chcemy, możemy powiedzieć, że ludzie są sobie równi pod względem godności, rozumiejąc przez to tylko to, że wszyscy spełniają warunki osobowości moralnej wyrażone w interpretacji wyjściowej sytuacji umowy [społecznej – M.R.]” (*TS*, § 50: 475). Słaby perfekcjonizm polega zatem na tym, iż pewne zastosowania wolności do formułowania i realizacji koncepcji dobra nie mają takiej samej wartości jak inne, a przez to nie korzystają z ochrony konstytucyjnej. Ostatecznie jednak doskonałość nie jest tym, co wyznacza zasadnicze kierunki rozumowania praktycznego dla instytucji.

#### **D. Równa wolność polityczna: zasada równego uczestnictwa i pozytywny wymiar podstawowych wolności**

Ostatnim ważkim problemem, jaki należy podjąć, prezentując Rawlowską doktrynę konstytucyjną, jest m a t e r i a l n y charakter równych podstawowych wolności. Przyjmując, iż podstawowe wolności nie mogą być tylko formalne, Rawls stara się odpowiedzieć na krytykę radykalnych demokratów czy socjalistów, w myśl której podstawowe wolności zabezpieczają jedynie interes najlepiej sytuowanych<sup>77</sup>. Aby rozważyć ten problem (który uznaje za realny), Rawls odróżnia „wolność” od „wartości wolności”. Przygodne okoliczności społecznego położenia danej jednostki, jak ubóstwo czy niewiedza, bez wątpienia ograniczające lub uniemożliwiające korzystanie z wolności konstytucyjnych, nie stanowią ograniczenia wolności. Godzą one natomiast w coś, co zwie się „wartością wolności”, czyli w faktyczną i autentyczną możliwość jej kulturowania<sup>78</sup>. Dla prawa

<sup>75</sup> Powszechną Deklarację Praw Człowieka z 10.12.1948 r. otwierają słowa: „Zważywszy, że uznanie przyrodzonej [*inherent*] godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków rodziny ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”.

<sup>76</sup> Musimy jednak uznać, że odwołanie do godności ma charakter dorozumiany. Na przykład w *JaF:R* termin „godność” (*dignity*) nie pojawia się bodaj ani razu.

<sup>77</sup> Co istotne (i odróżniające autora *TS* od radykalnych demokratów inspirowanych Marksem), jeżeli Rawls mówi o klasach społecznych, ma na myśli różnice w dochodzie, majątku i ogólnej pozycji, nie zaś różne usytuowanie względem środków produkcji, jak chciał Marks (por. N. Daniels, *Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty*, [w:] idem (red.), *Reading Rawls*, s. 253).

<sup>78</sup> N. Daniels argumentował, iż dla stron w sytuacji pierwotnej racjonalne jest wybrać nie tylko równe wolności, lecz także równą wartość wolności (ibidem, s. 264–274). Rawls jednak konsekwentnie dopuszczał nierówności społeczne regulowane zasadą różnicy, a przez to, co do zasady, dopuszczał nierówną wartość wolności, o ile kwestia nie dotyczy wolności politycznych (*LP*, VIII, § 7: 436).

konstytucyjnego problem ten nie jest kluczowy, ponieważ reguluje go druga zasada. Jako, że jest ona skromnie reprezentowana w konstytucji, prawo konstytucyjne nie zajmuje się – wyjąwszy zagadnienie rozsądnego minimum socjalnego – kwestiami nierówności społecznych i choć odwołuje się do pewnego egalitarnego ideału społecznego, nie reguluje różnic w wartości wolności osobistych. Jednakże pewne szczegółowe zagadnienie ma już znaczenie centralne – jest nim problem równej wartości wolności politycznych. W tym przypadku już na poziomie konstytucyjnym powinno być zabezpieczone (choć niekoniecznie zapewnione) to, co Rawls nazywa ich „autentyczną wartością” dla wszystkich. Wymaga tego liberalna legitymacja. Temu szczególnemu przypadkowi przyjrzymy się w tej sekcji.

Amerykański liberalny konstytucjonalista, Erwin Chemerinsky, tak rozpozna autorskie omówienie praw i wolności obywatelskich:

[t]radycyjnie rozgranicza się kwestie konstytucyjne dotyczące struktury rządu i te dotyczące wolności i praw obywatelskich. Tymczasem w wielu przypadkach owo rozgraniczenie więcej zaciemnia niż rozjaśnia. Nie ma wątpliwości, iż Ustrojodawca (*the framers*) sądził, iż staranne uporządkowanie rządu przez podział władzy jest najlepszym sposobem zabezpieczania praw indywidualnych<sup>79</sup>.

Z całą pewnością tego rodzaju myślenie bliskie jest Rawlowskiej doktrynie konstytucyjnej. Daje się to odczuć zwłaszcza w przypadku rozważań nad „wolnościami politycznymi”, a zatem tymi, które zwykło się za Constantem nazywać wolnościami starożytnych. Jak Czytelnik zapewne doskonale wie, wiążą się one z możliwością – wolnością do – wpływania na proces polityczny czy to jako wyborca, kandydat lub deputowany urzędu przedstawicielskiego, czy także jako zwykły obywatel obserwujący proces polityczny i pragnący nań wpłynąć w formie innej niż oddanie głosu w wyborach.

Pierwszą zasadę sprawiedliwości, zastosowaną do procesu politycznego uregulowanego w konstytucji, nazywa Rawls „zasadą równego uczestnictwa”. Jak pisze Rawls:

Wymaga ona, aby wszyscy obywatele mieli równe prawo do uczestniczenia i równe prawo decydowania o wyniku procesu konstytucyjnego, ustanawiającego prawa, których mają przestrzegać. [...] Jeśli państwo ma sprawować ostateczną i opartą na przymusie władzę na pewnym terytorium, i jeśli w ten właśnie sposób ma oddziaływać na perspektywy życiowe ludzi, to proces konstytucyjny powinien zachować, w takim stopniu, w jakim jest to praktycznie możliwe, ową równą reprezentację z sytuacji początkowej [pierwotnej – M.R.] (*TS*, § 36: 326).

Zasada równego uczestnictwa stanowi rozszerzenie idei sytuacji pierwotnej na proces konstytucyjny. Tak jak sprawiedliwe zasady sprawiedliwości ma zapewnić uczciwe usytuowanie stron (czyli zasłona niewiedzy) w wyobrażonej sytuacji wyboru, tak w procesie politycznym – to znaczy w procesie tworzenia

<sup>79</sup> E. Chemerinsky, *Constitutional Law...*, s. 476, przeł. M.R.

i egzekwowania prawa – sprawiedliwy wynik tych procedur ma zapewnić uczciwe usytuowanie obywateli. A zatem ustroj polityczny jako całość (włączając w to strukturę organów władzy) można interpretować przez pryzmat tej zasady. Dzięki sprawiedliwym „regułom tworzenia reguł” (*TS*, § 36: 326), zabezpieczającym, na ile to praktycznie możliwe, adekwatną reprezentacją polityczną jednostek i grup, społeczeństwo demokratyczne rządzi się nie tylko wspólnymi publicznymi regułami, lecz także sprawiedliwym prawem, w oparciu o które toczy się sprawiedliwa kooperacja<sup>80</sup>. Ze względu na fakt, iż szczegóły dotyczące struktury organów władzy są elementem tradycji konstytucyjnej poszczególnych państw, nie będę się nimi zajmował. Przedstawię tutaj zagadnienie zdolności obywateli do wpływania na proces polityczny.

Szczególna waga tego aspektu ustroju wypływa stąd, iż oparty o konstytucję proces polityczny jest pewnym szczególnym przykładem niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej (por. podrozdział 2.3)<sup>81</sup>. Jak pamiętamy, ten typ procedury polega na tym, iż znane jest kryterium sprawiedliwości, różne od samej procedury, za pomocą którego oceniamy jej rezultat, brak natomiast niezawodnej metody, która prowadziłaby każdorazowo do tegoż sprawiedliwego rezultatu<sup>82</sup>. Najbardziej oczywistym przykładem niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej jest proces karny. Kryterium sprawiedliwości rezultatu stanowi w tym przypadku ukaranie rzeczywistego sprawcy przestępstwa, jednakże brakuje zarazem procedury, która niezawodnie prowadzi sędziów i prokuratorów do takiego rezultatu. I choć w większości przypadków kryterium zostaje spełnione (także dzięki mechanizmom samej procedury karnej), nie dzieje się tak zawsze i niezawodnie. Podobnie jest z procesem politycznym czy prawotwórczym – znane jest kryterium sprawiedliwości prawa, będące przedmiotem częściowego konsensu (czy też – jak w mojej reinterpretacji – konsensu prawnego), lecz konstytucja nie

---

<sup>80</sup> Jak pamiętamy z rozdziału 2, prawo realizuje sprawiedliwość tylko w przypadku mocnego częściowego konsensu. W przypadku słabszego konsensu ma ono jedynie roszczenie do sprawiedliwości, lecz w braku pełnej zgody co do standardu sprawiedliwości, jego sprawiedliwość zawsze może być przedmiotem dyskusji, nawet gdy ustali się, że jest ono zgodne ze standardem sprawiedliwości.

<sup>81</sup> Jak wskazuje Roberto Gargarella, Rawls jest jednym z głównych przedstawicieli podejścia proceduralnego do analizy konstytucyjnej, stosowanego zarówno przez liberałów, jak i libertarian. Podejściem alternatywnym jest republikanizm, który rozpoczyna analizę konstytucyjną od cnót obywatelskich i dobra wspólnego, które obywatele mają wspólnie realizować w oparciu o konstytucję (R. Gargarella, *The Constitution and Justice*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook...*, s. 336–349).

<sup>82</sup> Warto w tym miejscu przypomnieć, iż w przypadku kooperacyjnej koncepcji prawa sytuacja jest nieco bardziej skomplikowana, ponieważ w społeczeństwie konsensu prawnego funkcjonują różne, ścierające się koncepcje sprawiedliwości. Dlatego podczas dyskursu w ramach rozumu publicznego, zasady sprawiedliwości są przedstawiane jako zasady prawne, które dostarczają pewnego kryterium, jednakże nie tak jednoznacznego, jak w przypadku idealnego modelu społeczeństwa dobrze urządnego.

gwarantuje automatycznie sprawiedliwości prawa, które jest rezultatem procesu politycznego. I choć sprawiedliwość jest nieodzownym elementem pojęcia prawa (jak wskazywałem w poprzednich rozdziałach), to właśnie autentyczna (*fair*) wartość wolności politycznych ma być tym elementem procesu politycznego, który zbliży jego rezultat do kryterium sprawiedliwości tak dalece, jak to w danych warunkach praktycznie możliwe.

Co za tym idzie, „wartość wolności musi być w przybliżeniu równa dla wszystkich obywateli, bez względu na ich położenie społeczne i ekonomiczne, lub przynajmniej musi być dostatecznie równa, w tym sensie, że każdy ma autentyczną możliwość sprawowania publicznego urzędu i wpływania na wynik decyzji politycznych” (*LP*, VIII, § 7: 437). A zatem dąży się tu do społecznej sytuacji podobnej do autentycznej równości szans, której wymaga druga zasada (choć równość szans jest w konstytucji tylko formalna), lecz działającej na płaszczyźnie politycznej jako pewien ideał wskazany przez konstytucję. Rawls wymienia wiele postulatów praktycznych, które miałyby przybliżyć możliwość realizacji tego ideału<sup>83</sup>. Dla demokracji opartej na własności prywatnej wymienia tu takie rozwiązania, jak uniezależnienie partii politycznych od władzy ekonomicznej podmiotów prywatnych poprzez finansowanie działalności czy kampanii z budżetu państwa, przeznaczanie środków budżetowych na prowadzenie kampanii, a także regulację kampanii wyborczych (takie jak choćby równy czas antenowy w mediach i dostęp każdego z kandydatów do czasu antenowego)<sup>84</sup>. Owe regulacje muszą, rzecz jasna, respektować wolność wypowiedzi i wolność prasy, a zatem muszą spełniać trzy warunki: brak jakichkolwiek ograniczeń co do treści wypowiedzi<sup>85</sup>, równy rozkład ciężarów związanych z procesem politycznym na wszystkie grupy społeczne<sup>86</sup> i wreszcie racjonalność rozumiana jako adekwatność ciężarów do założonego celu (*LP*, VIII, § 12: 476 i n.).

Doktryna autentycznej wartości wolności politycznych jest charakterystycznym elementem myślenia Rawlsa, który daje interpretatorowi bardzo ważną lekcję. Dotyczy ona nie tyle Rawlsofskiej koncepcji wolności, ile przekonania o tym, co stanowi jej zagrożenie. Zdaniem autora *Liberalizmu politycznego* w pierwszej kolejności, nie jest nim wcale despotyzm nadmiernie rozbudowanego państwa, lecz nadmierna i nieuregulowana władza lepiej sytuowanych. Władza

<sup>83</sup> Z perspektywy polskiego doświadczenia politycznego może się to wydawać pewnego rodzaju naiwnością, gdyż wiele mechanizmów regulujących i redystrybucyjnych postulowanych przez Rawlsa, choć istnieje w Polsce, nie zapewnia, jak się wydaje, autentycznej wartości wolności politycznych wszystkim.

<sup>84</sup> Jak widzimy, już pierwsza zasada sprawiedliwości jako bezstronności wymaga redystrybucji dochodu przez państwo.

<sup>85</sup> Ograniczenia rozumu publicznego konstytuują obowiązek grzeczności, który jednak nie jest obowiązkiem prawnym, a zatem nie może być egzekwowany za pomocą przymusu politycznego.

<sup>86</sup> Rawls stwierdza (nie podając żadnego argumentu), iż „zakaz wielkich datków od osób prywatnych lub korporacji na rzecz kandydatów politycznych nie jest nadmiernym obciążeniem (w wyrozumianym sensie) bogatych osób i grup” (*LP*, VIII, § 12: 476).

ta, jako władza czysto faktyczna, nie podlega takim samym regułom jak władza państwowa, a przez to właśnie ją wskazuje Rawls jako bardziej realne zagrożenie dla wolności. Krytykuje także współczesną mu sytuację w USA, gdzie Sąd Najwyższy „zdaje się w ogóle odrzucać myśl, że Kongres może się starać ustanowić autentyczną wartość wolności politycznych”, a przez co

[s]ąd nie dostrzega sprawy najważniejszej, mianowicie że sprawiedliwa procedura polityczna wymaga autentycznej wartości wolności politycznych, i że po to, by zapewnić tę autentyczną wartość, konieczne jest zapobieganie temu, by ci, którzy mają większą własność i bogactwo, i związane z nimi większe zdolności organizacyjne, kontrolowali proces wyborczy obracając go na swoją własną korzyść (*LP*, VIII, § 12: 479 i n.).

Rawls nie jest co prawda marksistą, ponieważ nie posługuje się pojęciem „klasy panującej” kontrolującej środki produkcji ani też pojęciami wyzysku, bazy i nadbudowy<sup>87</sup>. Pozostaje jednak wyraźnie po lewej stronie współczesnej sceny politycznego myślenia, gdyż bardziej obawia się nadmiernej władzy lepiej sytuowanych niż nadmiernej czy skorumpowanej władzy państwa<sup>88</sup>. To państwo właśnie jest naturalną przestrzenią realizacji i zabezpieczenia instytucjonalizowanej wolności, której kategorii Rawlsowskie w zasadzie nie są w stanie skonceptualizować jako przeciwstawionej publicznym instytucjom<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Należy jednak podkreślić, iż Rawls zasadniczo zgadzał się z wieloma elementami Marksowskiej krytyki dziewiętnastowiecznego kapitalizmu. Odrzucał co prawda teorię własności opartej na pracy oraz, co oczywiste, także postulat zniesienia własności prywatnej, jednak podzielał Marksowskie przekonanie o niesprawiedliwościach wynikających z nieograniczonego kapitalizmu *laissez faire* (por. *WFP*, 423–429).

<sup>88</sup> Zgadzam się z Adamem L. Fullerem, iż właśnie to kryterium odróżnia polityczną lewicę od politycznej prawicy: „[p]odczas, gdy prawica myśli o władzy jako sile państwa, lewica postrzega ją jako dominację klasy wyższej. Zdaniem lewicy, klasa ta składa się z korporacji, firm ubezpieczeniowych, paliwowych, banków, białych, mężczyzn, kościołów, chrześcijan, czy kogokolwiek innego, kto ma możliwość – w oczach liberalnej [tj. lewicowej – M.R.] ideologii – gnębić i prześladować słabych dla własnej korzyści” (A.L. Fuller, *What Liberals Really Believe*, [www.intercollegiatereview.com/index.php/2013/11/03/what-liberals-really-believe/](http://www.intercollegiatereview.com/index.php/2013/11/03/what-liberals-really-believe/) (dostęp: 20.01.2014)). Rawls rzecz jasna nie identyfikuje klasy dominującej tak szeroko (obca jest mu wrogość do kościołów czy mężczyzn, którą żywi choćby część feministek). Jednak podziela podstawowe przekonanie szeroko rozumianej myśli lewicowej – bardziej zagrażamy sobie nawzajem, gdy idzie o wolność i prawa, niż zagraża nam państwo. Z kolei libertarianie czy konserwatyści zdają się nie brać pod uwagę możliwości opresji wewnątrz społeczeństwa (lub też są skłonni pogodzić się z nią jako nieuchronną) i jako główne zagrożenie dla wolności wskazują despotyczne państwo.

<sup>89</sup> Jest to bez wątpienia pewna słabość Rawlskiej doktryny wolności, zważywszy na historię społeczeństw zniewolonych, które wyszły ze stanu (opartego na instytucjach!) zniewolenia właśnie dzięki zdobywaniu wolności własnym wysiłkiem, przeciwko państwu (por. Z. Rau, *From Communism to Liberalism: Essays on the Individual and Civil Society*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998). Należy jednak pamiętać, że Rawlsowska filozofia polityczna ogranicza swe cele i zakres zastosowania do społeczeństw liberalnych, a zatem u samych jej założeń tkwi państwo liberalne i co najmniej przyzwoity, jeśli nie w pełni sprawiedliwy, stan instytucji publicznych.



Ten fragment rozważań jest jednak mniej interesujący z punktu widzenia celów tej rozprawy. Zasada równego uczestnictwa dookreślona przez autentyczną wartość wolności politycznych sytuuje się bowiem na przecięciu prawa konstytucyjnego i polityki społecznej prowadzonej pod rządami konstytucji. Wydaje się, iż zakres i charakter działań rządu zmierzających do zabezpieczenia autentycznej wartości wolności politycznych nie jest przedmiotem konsensu konstytucyjnego. Instytucje opisane w tej sekcji stanowią pewien projekt Rawlsa, mający zmierzać do naprawy współczesnego mu społeczeństwa politycznego USA. Stopień, w jakim autentyczna wartość wolności jest realizowana, zależy w dużej mierze od bieżącej polityki i możliwości, dlatego różni się znacznie w poszczególnych krajach demokratycznych, a także w jednym kraju w różnym czasie.

### **E. Kooperacyjna koncepcja prawa a konstytucja w perspektywie prawnoporównawczej**

Jeżeli nawet Czytelnik uznaje spójność argumentacji na rzecz kooperacyjnej koncepcji prawa, a także integralnego powiązania tej koncepcji z liberalnym konstytucjonalizmem (co miałem nadzieję osiągnąć na kartach tej rozprawy), to wciąż jedno zasadnicze pytanie pozostaje bez odpowiedzi. Jest to mianowicie pytanie o to, czy kooperacyjna koncepcja prawa broni się w konfrontacji z tradycją prawną państw demokratycznych. Bez zadania sobie tego pytania nie mógłbym w pełni zrealizować celów tej rozprawy, a wyzwanie rzucone Sokratesowi przez Trazymacha, na które staram się tu odpowiedzieć w świetle doktryny Rawlowskiej, nie byłoby potraktowane wystarczająco poważnie. W tym podrozdziale zajmowałem się konstytucją, a zatem także i teraz nie pytam o prawo w ogóle, lecz o prawo konstytucyjne. Stajemy tu przed dwoma głównymi problemami. Po pierwsze – czy rzeczywiście istnieje związek między abstrakcyjną koncepcją filozoficzną a interpretacją konstytucji? Po drugie – jeżeli taki związek istnieje, to czy da się za pomocą tej koncepcji przeprowadzić interpretację wielu konstytucji, czy też należy tę koncepcję traktować jedynie jako element konkretnej tradycji prawnej, na gruncie której powstała? W toku dotychczasowego wywodu usiłowałem zasugerować twierdzącą odpowiedź na obydwa pytania. Wskazywałem, że zarówno uregulowanie swobody wypowiedzi przez Sąd Najwyższy USA, jak i Preambuła do Polskiej ustawy zasadniczej, dają się interpretować za pomocą kooperacyjnej koncepcji prawa, której Rawlowska doktryna konstytucyjna jest integralną częścią. Wskazywałem także, iż podstawowe wolności stanowią przedmiot szerokiego konsensu państw demokratycznych, traktowane jako rdzeń konstytucji i podstawowe wartości wchodzące w skład dobra wspólnego.

Odpowiedź twierdząca jest jednak w obydwu przypadkach daleka od odpowiedniego uprawomocnienia, a kwestia jest bez wątpienia dalece kontrowersyjna. Abstrakcyjna i kontrfaktyczna sekwencja czterech stadiów, czy nawet bardziej re-

alistyczna idea publicznego rozumu, są zdaniem wielu autorów raczej ucieczką od rzeczywistości niż udaną próbą jej interpretacji. Zarzut ten, formułowany w wielu wersjach, nazywam zarzutem irrelewantności. Na szczególną uwagę zasługuje tu krytyka D. L. Schaefera, który przekonuje, iż autor *Teorii sprawiedliwości* radykalnie rozmija się z tradycją polityczną własnego kraju, a ewolucja doktryny w latach 80. i 90. niewiele tu zmienia. Jak pisze Schaefer w swej *Illiberal Justice*:

Nie trzeba wspominać, że nikt na konwencji konstytucyjnej w roku 1787 nie proponował, by delegaci przyjęli zasłonę niewiedzy by ograniczyć swą deliberację. Podobnie, nikt na konwencji (ani nikt poza nią) nie utrzymywał, iż sprawiedliwa konstytucja powinna czy mogłaby być opracowana przy braku jakiegś znanej, jeśli nie szerokiej, koncepcji dobra. I wreszcie, założyciele nie przyjmowali Rawlowskiego rozdziału pomiędzy podejmowaniem decyzji na poziomie konstytucji i ustawodawstwa, zgodnie z którym „zasada równej wolności jest podstawowym standardem dla konwencji konstytucyjnej”, podczas gdy ustawodawstwo przede wszystkim zajmuje się „polityką społeczną i ekonomiczną”<sup>90</sup>.

Zarzut ten można w moim przekonaniu dość łatwo odeprzeć, gdyż opiera się on na pewnym nieporozumieniu dotyczącym metody i celów Rawlowskiej koncepcji filozoficznej. Co prawda Rawls rzeczywiście wspomina, że „[i]deę sekwencji czterech stadiów nasuwa Konstytucja Stanów Zjednoczonych i jej historia” (*TS*, § 31: 291, przypis). Nie oznacza to jednak, że utrzymuje tym samym, iż jego teoria jest bezpośrednią egzegezą intencji Ustrojodawcy czy też jakimś wyrafinowanym opisem kategorii, którymi rzeczywiście posługiwali się autorzy Konstytucji. Ze względu na duży ładunek idealizmu i skoncentrowanie analiz na normatywnych podstawach społecznej kooperacji, filozofia polityczna jest raczej pewnym studium wewnętrznej, głębokiej logiki instytucji, nie zaś ich rzeczywistego, historycznego rozwoju. Filozofia prawa jest w tym ujęciu ściśle oddzielona zarówno od socjologii, jak i od historii prawa. Przykłady historyczne, którymi filozof czasem się posługuje (jak chociażby reformacja, wojny religijne i ich rola w rozwoju zasady tolerancji), pełnią więc zaledwie funkcję pomocniczą. Głównym celem analiz jest odkrycie struktury podstawowych norm leżących u podstawy instytucji demokratycznych. Jak pokazała analiza orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących wolności wypowiedzi, związek pomiędzy takiego rodzaju idealistyczną koncepcją a rzeczywistością – czyli tradycją instytucji – bez wątpienia istnieje. Sama ta koncepcja jest jednak czymś oddzielnym od empirii, a jej wypracowanie nie polega na dosłownym odтворzeniu kategorii historycznych, lecz na konstrukcji takich (abstrakcyjnych) kategorii, które lepiej pozwolą ową tradycję zrozumieć<sup>91</sup>. Zapewne trudno wykazać, iż

<sup>90</sup> D. L. Schaefer, *Illiberal Justice: John Rawls vs. The American Political Tradition*, University of Missouri Press, Columbia and London 2007, s. 83, przeł. M.R.

<sup>91</sup> Jak wskazuje Patrick Glenn, odwoływanie się do rozumu, logiki i uczciwej debaty (a zatem także np. do narzędzi prezentacji, takich jak sytuacja pierwotna) nie jest zaprzeczeniem tradycji, lecz „samo jest spowite tradycją, tradycją długą i porównywalną z innymi tradycjami” (P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford–New York 2010, s. 47).

autorzy Konstytucji Stanów Zjednoczonych rzeczywiście posługiwali się kategorią „zasady równego uczestnictwa”, podobnie jak twórcy Preambuły do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zapewne nie posługiwali się kategorią „liberalnej zasady legitymacji”. Jeśli jednak chcemy zrozumieć głębszą strukturę takich zapisów prawa, jak I Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych czy też Preambuła do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, musimy zaangażować pojęcia zasady równego uczestnictwa i liberalnej zasady legitymacji<sup>92</sup>. Podobnie jest z ideą zasłony niewiedzy, która wyraża pewne ograniczenia moralne nałożone na rozumowanie praktyczne, nie zaś jakiś historyczny czy aktualny stan umysłu. Choć ojcowie Konstytucji USA nie myśleli o zasłonie niewiedzy, to z pewnością myśleli o społeczeństwie Ameryki jako o społeczeństwie, w którym funkcjonuje wiele odmiennych koncepcji dobra i wielość religii. I Poprawka, która weszła w życie już w 1791 r., może być wyjaśniona właśnie za pomocą zasłony niewiedzy, ponieważ poszukuje takich zasad układających relację wspólnot religijnych i państwa, na które może zgodzić się każdy, niezależnie od wyznawanej religii. Poszukując normatywnej podstawy dla takich urządzeń konstytucyjnych, trudno uciec od konstatacji, że jest nią pewna polityczna koncepcja osoby – wolnego obywatela, który jest zdolny do rewizji swoich fundamentalnych przekonań. Zasłona niewiedzy reprezentuje ograniczenia nałożone na prawo, wynikające z koncepcji obywatela jako wolnej osoby.

Czy jednak można z taką interpretacją wykroczyć poza horyzont tradycji prawnej jednego kraju? Czy taka uniwersalna „doktryna konstytucyjna” jest w ogóle potrzebna? Czy traktowanie podstawowych wolności jako rdzenia każdej demokratyczno-liberalnej konstytucji nie grozi poznawczym redukcjonizmem? Tę wątpliwość wyraża choćby Joseph Raz, pisząc: „[o]statecznie przecież prawo, włączając w to prawo konstytucyjne, może być różne w różnych krajach, a nawet w tym samym kraju w różnych okresach. Nawet najbardziej podstawowe rozumienie konstytucji i jej roli w życiu i prawie danego kraju może być odmienne w odmiennych państwach”<sup>93</sup>. Stajemy zatem przed drugim problemem i drugim możliwym zarzutem, który nazywam zarzutem ignorancji tożsamości konstytucyjnej. Czy zastosowanie

---

<sup>92</sup> Interpretacja konstytucji, którą mam tu na myśli, odchodzi od pozytywizmu na rzecz podejścia, które J. Goldsworthy nazywa „normatywizmem”. W tym kontekście pozytywizm byłby doktryną nakazującą interpretować konstytucję jako zbiór pojedynczych przepisów, które sędzia (a także każdy inny interpretator) stosuje bezpośrednio. Normatywizm zaś, w sensie Goldsworthiego, to pewna koncepcja konstytucji jako całościowej, kompleksowej struktury podstawowych norm. Konstytucji nie sprowadza się tu zatem do pisanego tekstu, lecz poszukuje jego znaczenia w podstawowych ideałach i zasadach ogólnych, jakie konstytucja (mniej lub bardziej *implicite*) przyjmuje. Koncepcja, która wynika z kooperacyjnej koncepcji prawa, bliższa jest otwartej, niepozytywistycznej koncepcji niż sztywnemu formalizmowi. Por. J. Goldsworthy, *Constitutional Interpretation*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajo, *The Oxford Handbook...*, s. 689–717.

<sup>93</sup> J. Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, [w:] L. Alexander (red.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, s. 152.

koncepcji kooperacyjnej jako metody interpretacji nie prowadzi do redukcjonizmu, przysłaniającego swoistość badanego prawa? Bez wątplenia konstytucja każdego kraju ma swoistą historię i łatwo wykazać różnorodność idei stojących u podstaw każdej z nich. I tak, przykładowo, podczas gdy Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec w swej Preambule wskazuje, iż konstytucję przyjął „Naród Niemiecki mocą swojej władzy ustrojodawczej”, to Konstytucja Republiki Francuskiej stanowi, iż konstytucję przyjął „lud francuski”, proklamujący uroczyste swe przywiązanie do uniwersalnych Praw Człowieka i ich Deklaracji z roku 1789. Mamy tu więc do czynienia z zasadniczo odmiennymi modelami – model niemiecki opiera się na przedpolitycznej więzi narodowej (naród jako *ethnos*), istniejącej dzięki wspólnocie kultury, języka czy pokrewieństwu etnicznym. Konstytucję przyjmuje n a r ó d n i e m i e c k i, który jest już dobrze ukształtowanym, posiadającym przed-polityczną tożsamość podmiotem zbiorowym. Model francuski z kolei odwołuje się do (konstituowanego przez to, co polityczne!) ludu – zbioru równych obywateli, złączonych jakąś formą umowy społecznej (*demos*)<sup>94</sup>. Tego typu (fundamentalne!) różnice można mnożyć – podczas gdy konstytucja francuska proklamuje państwo świeckie (Art. 1), w Preambule do Konstytucji Irlandii czytamy, iż lud Éire przyjął ustawę zasadniczą „[w] imię Trójcy Przenajświętszej, od Której pochodzi wszelka władza, i do Której muszą być skierowane – jako cel ostateczny – wszelkie ludzkie uczynki i działania państwowe [...]”.

Różnorodność ideowych źródeł współczesnych konstytucji jest zatem więcej niż oczywista i trudno tu mówić o jakiejś dominacji inspiracji liberalnych. Jak pokazują wspomniane wyżej przykłady, z łatwością odnajdziemy wśród tych źródeł elementy klasycznego i nowożytnego republikanizmu, oświecenia, nacjonalizmu czy chrześcijaństwa. Nasza konstytucja jest tutaj dobrym przykładem – odwołuje się do przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (Art. 30), zasady pomocniczości (Preambuła) czy solidarności społecznej (Art. 20), a zatem pozostaje pod silnym wpływem tradycji katolickiej. Odwołuje się także do Rzeczypospolitej jako dobra wspólnego (Art. 1), równego dostępu obywateli do dóbr kultury polskiej (Art. 6) i dziedzictwa I Rzeczypospolitej (Preambuła), jest zatem także w dużej części zakorzeniona w klasycznym (polskim) republikanizmie. Zawiera co prawda także wiele treści pochodzących z dziedzictwa liberalnego – przyjmuje zasadę demokratycznego państwa prawnego (Art. 2), proklamuje ochronę własności i prawa dziedziczenia (Art. 21) i wreszcie, ustanawia szeroki katalog liberalnych praw podstawowych (Rozdział II). Nie sposób jednak argumentować, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej jest u swych źródeł po prostu „konstytucją liberalną”, „kontraktualistyczną”, a tym bardziej „konstytucją Rawlowską”.

Jednakże weryfikacja dociekań filozofii politycznej, jak rozumiem ją w tej pracy, wcale tego nie wymaga. Intencja sprowadzenia jakiegokolwiek konstytucji (nawet

<sup>94</sup> Por. M. Rosenfeld, *Constitutional Identity*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook...*, s. 763.

Konstytucji Stanów Zjednoczonych) w całości do kategorii Rawlsowskich jest całkowicie obca kooperacyjnej koncepcji prawa. Przedstawiona w tym podrozdziale doktryna konstytucyjna szanuje różnice pomiędzy krajami wynikające z tożsamości konstytucyjnej. Jak wskazywałem, odpowiadając na zarzut irrelewantności, proponowana doktryna ma za zadanie odkryć pewne fundamentalne normy, pozwalające lepiej zrozumieć liberalno-demokratyczne instytucje, nie jest jednak historią czy socjologią prawa konstytucyjnego. Podejście to pozwala zachować aksjologiczną i polityczną różnorodność badanego prawa, ponieważ uznaje, że różne społeczeństwa demokratyczne mają różną historię i tożsamość. Zarazem jednak (i nie widzę tutaj niespójności) Rawlsowska doktryna konstytucyjna wysuwa pewne roszczenie do uniwersalności, chociaż chodzi o uniwersalność w osłabionym sensie<sup>95</sup>. Treść doktryny konstytucyjnej – tak samo jak treść zasad sprawiedliwości – nie zależy od przygodnych faktów, które bada historia czy socjologia; jest rezultatem badania wartości idei wolnych i równych obywateli oraz społeczeństwa jako systemu sprawiedliwej kooperacji. Idee te, co szczególnie ważne, nie wypływają z filozoficznej spekulacji; są zastanym elementem tradycji demokratycznej i liberalnej, znajdującymi odzwierciedlenie i rozwinięcie w filozofii politycznej czy filozofii prawa, a także w instytucjach i praktykach jurydycznych. Ten fakt stanowi podstawę ograniczonej uniwersalności proponowanej doktryny. Jest ona zatem „uniwersalna” w ten sam sposób, w jaki „uniwersalny” jest rozum publiczny. W *O idei rozumu publicznego raz jeszcze* Rawls pisze: „Chociaż społeczeństwa demokratyczne różnić się będą poszczególnymi doktrynami głoszonymi w ich granicach – tak jak różnią się demokracje Europy Zachodniej, Stanów Zjednoczonych, Izraela i Indii – to stworzenie uniwersalnej idei rozumu publicznego będzie ich wspólną troską” (*RPRJ*: 188). Prezentowana doktryna konstytucyjna nie postuluje zatem, by konstytucje wszystkich krajów były takie same lub podobne; nie postuluje także jakiegoś konstytucyjnego porządku ogólnoświatowego<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> W *Prawie ludów* Rawls wyróżnia także inne ludy – „nierozumne”, ale „przyzwoite”. A zatem tylko ludy demokratyczne mają za podstawę swoich instytucji publicznych idee społeczeństwa jako kooperacji i osoby jako wolnego i równego obywatela, dlatego Rawlsowska doktryna konstytucyjna (podobnie jak doktryna rozumu publicznego) odnosi się tylko do państw zachodnich.

<sup>96</sup> Niektórzy badacze usiłują wykazać, iż treść pewnych traktatów międzynarodowych nosi znamiona ponadnarodowego porządku konstytucyjnego. Najbardziej oczywistego przykładu dostarcza Europejska Konwencja Praw Człowieka, która, choć jest umową międzynarodową, reguluje kwestie tradycyjnie należące do prawa krajowego – mocą konwencji strony przyznają „każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej konwencji” (Art. 1). Można podać także mniej oczywiste przykłady, jak choćby reguły międzynarodowego prawa gospodarczego (*international investment law*), które, jak usiłuje wykazać D. Schneiderman, także noszą znamiona międzynarodowych reguł o charakterze konstytucyjnym. Por. D. Schneiderman, *A New Global Constitutional Order?*, [w:] T. Ginsburg, R. Dixon (red.), *Comparative Constitutional Law*, s. 189–210. Tego rodzaju podejście jest jednak obce Rawlsowskim kategoriom konstytucyjnym. Dla niego reguły tego rodzaju zawsze dotyczą wolnych i równych obywateli danego społeczeństwa, sprawujących nad sobą nawzajem władzę polityczną. Rawlsowski

Oznacza to, że normatywna doktryna konstytucyjna zna własne ograniczenia. Duża część zapisów każdej konstytucji zależy od wyznawanych w danym społeczeństwie rozległych doktryn czy jego historii politycznej. Koncepcja kooperacyjna przyjmuje tę wielość za dobrą monetę, to znaczy nie dąży do ich przetłumaczenia na język politycznego liberalizmu, nie traktuje też ich jako elementu, który winien z czasem zaniknąć. Przedmiotem zainteresowania tej koncepcji jest bowiem pewien rdzeń najważniejszych elementów konstytucji. Rawlowska doktryna konstytucyjna przyjmuje zarazem, że konstytucje państw Zachodnich (a także Indii czy Izraela) tworzą rodzinę konstytucji demokratycznych czy też po prostu należą do jednej, demokratycznej tradycji<sup>97</sup>. W związku z tym, poza istotnymi różnicami, ilekroć interpretator ma do czynienia z najważniejszymi czy niezbędnymi elementami takich konstytucji (*constitutional essentials*), winien je interpretować przez pryzmat idei zrzeszenia wolnych i równych obywateli, w pełni kooperujących przez całe swe życie, a także przez pryzmat idei publicznego uzasadniania i publicznego rozumu. Tego rodzaju rozumienie konstytucji może czasem zawodzić. Przykład Preambuły do niemieckiej ustawy zasadniczej pokazuje, że prawo konstytucyjne przyjmuje niekiedy punkt widzenia o rysie bardziej wspólnotowym niż kontraktualistycznym. Ów model wspólnotowy, jak sądzę, może jednak uzupełniać model kooperacyjny, ponieważ nie ma powodów, dla których musielibyśmy definitywnie rozstrzygać, czy dana konstytucja jest wspólnotowa czy kontraktualistyczna. W dowolnej tożsamości konstytucyjnej można odnaleźć różnorodne elementy. Kooperacyjna koncepcja prawa, na co mam nadzieję, pozwala głębiej zrozumieć liberalną legitymację pewnych najważniejszych elementów różnorodnych konstytucji demokratycznych.

### **3.2. Prawo prywatne w świetle sprawiedliwości jako bezstronności (prawo własności, swoboda umów, prawo rodzinne)**

Przechodzę teraz do momentu niezwykle ważkiego dla obrony kooperacyjnej koncepcji prawa w postaci zaprezentowanej w drugim rozdziale. O ile związek filozofii politycznej Rawlsa z teorią konstytucjonalizmu nie budzi wątpliwości,

---

projekt prawa ludów nie jest więc projektem o charakterze konstytucyjnym, gdyż „[w] prawie ludów [...] ludzie nie znajdują się pod jednym rządem, tylko pod wieloma, zaś ich przedstawiciele będą chcieli zachować równość i niepodległość własnych społeczeństw” (*Prawo ludów*, § 4.3: 63).

<sup>97</sup> Warto w tym miejscu odnotować, iż na przykład Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odwołuje się do pewnych wspólnych tradycji konstytucyjnych państw UE, co pomaga w wytworzeniu ponadnarodowej tożsamości konstytucyjnej (zob. sprawa 4/73 *Nold KG v. European Commission* [1974] ECR 491, 507). Takie podejście wydaje się bliskie Rawlsowi, choć tego typu rozważań nie prowadził. Można jednak pokusić się o pewne rozwinięcie idei Rawlowskich w kierunku czegoś, co można byłoby nazwać „częściowym konsensem tożsamości konstytucyjnej” państw demokratycznych. Jest to jednak dalekie od utopijnych projektów ponadnarodowej konstytucji.



to jej relacja z instytucjami „zwykłego” prawa pozostaje niejasna. Sygnalizowałem ten problem, pisząc o rozumie publicznym (podrozdział 2.3). Wskazywałem, iż prawo nie jest w całości determinowane przez rozum publiczny, ponieważ podczas zwykłego ustawodawstwa obok zasad publicznego uzasadniania obowiązują także reguły efektywności (co mogą badać ekonomiści), a także reguły spójności, właściwe dla danej gałęzi prawa (co badają dogmatycy). Problem ów wiąże się także z niejasnym zakresem podstawowej struktury społeczeństwa. Trudno bowiem jednoznacznie określić, które instytucje prawne wchodzą w zakres tej struktury (por. podrozdział 1.5). Zadaniem tego podrozdziału jest wykazanie, iż pomimo różnorodności kategorii normatywnych, w których można prawo rozpatrywać, kooperacyjna koncepcja prawa stosuje się bezpośrednio także do instytucji „zwykłego” prawa, w szczególności prawa prywatnego<sup>98</sup>. Mówiąc o „bezpośrednim” zastosowaniu, mam na myśli zdolność do wskazania głębokich normatywnych podstaw danych instytucji, co niesie ze sobą możliwość skonstruowania ogólnego modelu prawa prywatnego. Jeżeli poprzestać na stwierdzeniu, że kooperacyjna koncepcja prawa wymaga takiego czy innego kształtu danych instytucji prawnych ze względu na wymogi sprawiedliwości, nie będzie tu można mówić o jej bezpośrednim zastosowaniu. Dobrym przykładem tego, co mam na myśli, jest instytucja własności. Jeżeli poprzestaniemy na postulacie zawartym w *TS*, który głosi, że ze względu na wymogi sprawiedliwości lub efektywności rząd winien „zrewidować zakres i definicję praw własności” (*TS*, § 43: 403), będziemy co najwyżej znali jakieś zasady dla prawa, sprowadzalne do takich, a nie innych postulatów względem polityki prawa. Nie przysporzy nam to jednak zrozumienia zasad prawnych oraz instytucji własności jako takiej. Jeżeli jednak uda się wykazać, że kooperacyjna koncepcja prawa wyznacza głębokie normatywne podstawy własności, będzie można stwierdzić, że reguły publicznego rozumu i zasady sprawiedliwości stosują się do tej instytucji b e z p o ś r e d n i o. Przejdźmy zatem do tego zagadnienia.

## A. Własność

Pojęcie własności nie jest pojęciem w zupełności jasnym i wyraźnym, a próba odnalezienia definicji obowiązującej ponad swoistością poszczególnych porządków prawnych musiałaby wypełnić osobny, obszerny tom<sup>99</sup>. Ponieważ jednak

---

<sup>98</sup> Rzecz jasna termin „prawo prywatne” nie ma zastosowania do „prawa w ogóle” i przynależy jednoznacznie do tradycji prawnej kontynentalnej Europy. System *common law* nie zawiera odrębnego działu, który można nazwać „prawem prywatnym”, choć w Amerykańskiej nauce prawa często używa się terminu „prawo prywatne” w znaczeniu podobnym do naszego.

<sup>99</sup> Por. J.W. Harris, *Property and Justice*, Oxford University Press, Oxford 2003; J. Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford 2002. Przegląd filozoficzno-politycznych stanowisk odnośnie do własności daje np. C.B. Macpherson (red.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Basil Blackwell, Oxford 1978. Z punktu widzenia celów tej rozprawy najważniejszym

w rozprawie tej interesują mnie normatywne podstawy instytucji prawnych w demokracji konstytucyjnej w ogóle, muszę za punkt wyjścia obrać jakieś pojęcie własności niezwiązane z systemem prawnym tego czy innego państwa. Sądzę, że do tych celów odpowiednia będzie minimalistyczna definicja wypracowana przez J.W. Harrisa. Jak ów autor przekonująco dowiódł, pojęcie własności posiada dwa momenty znaczeniowe, bez których niepodobna mówić o „prawie własności”. Własność należy mianowicie rozumieć jako połączenie reguł wyznaczających z jednej strony (prawną) relację pomiędzy osobą a rzeczą oraz (także prawną) relację pomiędzy osobami. Pierwszy moment znaczeniowy polega na tym, iż jako właściciel jestem uprawniony postąpić z przedmiotem własności w sposób dowolny, oparty na moim arbitralnym wyborze. To uprawnienie nie jest rzecz jasna absolutne (ograniczają je ustawy czy uzasadnione roszczenia innych osób), lecz pojęcie własności musi zawierać w sobie właśnie pojęcie wiązki wyłącznych uprawnień nad rzeczą (*ownership-spectrum*). Owa wiązka ma przy tym charakter otwarty (*open-ended*) i nie da się podać wyczerpującej listy konkretnych uprawnień, co można uczynić w przypadku licencji czy innego rodzaju umów<sup>100</sup>. Drugi moment znaczeniowy pojęcia własności odsyła do prawnej relacji między ludźmi, choć relacja ta odnosi się ostatecznie do rzeczy będącej przedmiotem własności. Jest to mianowicie relacja pomiędzy właścicielem a wszystkimi pozostałymi osobami, polegająca na zakazie naruszania wspomnianych wyżej uprawnień. Naruszenie uprawnień przez osobę niebędącą właścicielem rodzi zatem skutki prawne sprowadzalne do różnorodnych uprawnień właściciela (żądanie zaniechania naruszeń, odszkodowanie w razie naruszenia). Pojęcie własności zawiera zatem w sobie dwie minimalne składowe: pojęcie otwartej wiązki uprawnień właścicielskich (*ownership-spectrum*) oraz pojęcie reguł zakazujących naruszeń (*trespassory rules*)<sup>101</sup>.

---

rozdzieleniem, jakie należy poczynić, klasyfikując teorie własności, jest rozróżnienie na podejście prawnicze (*legal relations approach*) oraz podejście socjologiczne (*social relations approach*). Por. S.R. Munzer, *Property as Social Relations*, [w:] idem (red.), *New Essays in The Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 36–75. W niniejszej pracy przyjmuję podejście prawnicze, to znaczy analizuję własność jako instytucję prawną.

<sup>100</sup> Por. J.W. Harris, *Property and Justice*, s. 19–20.

<sup>101</sup> Ibidem, s. 119. Zwróćmy uwagę, iż do owej minimalnej definicji nie włącza się uprawnienia do nieograniczonego dysponowania tytułem własności (w szczególności uprawnienia do dysponowania na wypadek śmierci), nie jest także określony czas trwania wiązki uprawnień właścicielskich. Pojęcie, którym się tutaj (prowizorycznie) posługuję, nie pokrywa się zakresowo z instytucją własności z polskiego kodeksu cywilnego. Prowadzi to do dość egzotycznej dla polskiego prawnika konstatacji, iż najem okazuje się jakąś formą własności, nie zaś – jak to jest u nas – umową. Prawnik z kręgu *common law* byłby mniej skonsternowany, ponieważ na przykład dotycząca nieruchomości instytucja *lease-hold* jest prawem rzeczowym typu własnościowego (*property interest*). Wynika to z głębokich feudalnych korzeni własności nieruchomości w Anglii, gdzie (paradoksalnie) ciągłość prawa feudalnego nie została radykalnie zerwana (ibidem, s. 68). Tymi różnicami nie musimy się jednak w tym miejscu przejmować; chodziło jedynie o ustalenie pewnego minimalnego pojęcia własności na użytek dalszych rozważań.

Rawls, gdy pisze o prawie podstawowym do „posiadania osobistej własności i wyłącznego korzystania z niej (LP, VIII, § 2: 401), moim zdaniem ma na myśli instytucję prawną zawierającą co najmniej wskazane wyżej elementy<sup>102</sup>. Owo „prawo do posiadania osobistej własności” nie jest jednak ugruntowane w teorii nabywania czy transferu dóbr. Zanim poznamy szczegóły, należy zatem odróżnić Rawlsowską doktrynę własności przede wszystkim od iusnaturalistycznego podejścia Locke’a<sup>103</sup>, a także Kanta<sup>104</sup>. Różnica ta może dziwić o tyle, że Rawls przedstawiał swój projekt filozoficzny jako wypływający z tradycji tych dwóch myślicieli. Fakt odejścia od tej tradycji w przypadku koncepcji własności jest jednak zrozumiały. Rawls odrzuca bowiem wszelkie metafizyczne uzasadnienie instytucji prawnych. Naturalny charakter własności, o którym pisze Locke, musi zaś przyjmować jakiś metafizyczny związek człowieka z rzeczą<sup>105</sup>. Bliżej tu do Kanta,

<sup>102</sup> Sądzę, iż Rawlsa należy umieszczać wśród filozofów rozwijających prawnicze podejście do własności. Nie zgadzam się przeto z S.R. Munzerem, jakoby teoria Rawlsa była typu socjologicznego (por. S.R. Munzer, *Property as Social...*, s. 69). Własność (osobista) jest wszak jedną z podstawowych wolności, a te ostatnie, jak dowodziłem, mają charakter jurydyczny.

<sup>103</sup> Dla Locke’a własność jest podstawowym uprawnieniem każdej wolnej jednostki; uprawnieniem pierwotnym wobec społeczeństwa obywatelskiego, a przez to także wobec państwa i prawa. Stanowi zatem prawnonaturalne ograniczenie dla charakteru umowy społecznej, a także dla działań rządu obywatelskiego. Jeszcze w stanie natury, przed powstaniem jakiegokolwiek prawa i państwa, można, pod pewnymi warunkami, nabyć tytuł własności rzeczy będącej wcześniej we „wspólnym władaniu” rodzaju ludzkiego. Por. Z. Rau, *Własność w doktrynie politycznej Johna Locke’a*, [w:] J. Jabłońska-Bonca (red.), *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem*, t. 1: *Własność*, Warszawa 2009.

<sup>104</sup> Trwały charakter własności wiązał Kant z przejściem ze stanu natury do stanu obywatelskiego. O ile w stanie natury każdy jest uprawniony do wszelkich przedmiotów, które jako pierwszy obejmie w posiadanie, o tyle w stanie obywatelskim racjonalne i autonomiczne podmioty zabezpieczają sprawiedliwy stan faktyczny, tworząc prawo własności (por. I. Kant, *Metafizyka moralności*, przeł. E. Nowak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 86–97 [AA VI, 263–270]). W stanie natury istnieje zatem jedynie posiadanie, choć zasady słuszności zakazują go naruszać. Definitywny charakter własności potwierdzony jest dopiero w stanie obywatelskim i prawnym. Prowadzi to do dwojakiej interpretacji Kantowskiej nauki o własności; pewna grupa autorów interpretuje Kanta w kategoriach libertariańskich (por. M. Verhaegh, *Kant and Property Rights*, „Journal of Libertarian Studies” 2004, t. 18, nr 3, s. 11–32), inni zaś sytuują Kantowską naukę o własności w kategoriach bliskich liberalnemu i konwencjonalistycznemu podejściu Rawlsa (por. P. Guyer, *Kant on Freedom, Law, and Happiness*, Cambridge University Press, Cambridge 2000). Interpretacje owe opisują w: M. Rupniewski, *Zwischen Libertarianismus und Liberalismus. Kants Begriff des Eigentums und dessen Implikationen für die Richtige Staatsgewaltbestimmung*, [w:] A.M. Kaniowski, E. Wyłębska, T. Michałowski (red.), *Rechtsstaatlichkeit...*, s. 113–117. Choć libertariańska interpretacja Kanta budzi wątpliwości, trudno uznać, że poprawna jest interpretacja uznająca bliski związek doktryn Kanta i Rawlsa, gdy chodzi o własność. Jak zobaczymy, Rawlsowi bliżej pod pewnymi względami do Huma, pod pewnymi zaś do Hegla.

<sup>105</sup> Należy podkreślić, iż tradycyjna Lockeńska argumentacja na rzecz własności jest w najnowszej literaturze podana w wątpliwość z perspektywy wewnętrznej spójności, jeśli nie po prostu obalona. Zasadniczo zgadzam się z Harrisem, iż teoria nabywania oparta na samo-posiadaniu (*self-ownership*) znana przede wszystkim dzięki Nozickowi, a obecna także w nieco innej wersji u Marksa,

który odwołuje się do pewnych transcendentálnych zasad słusznosci. Także one są jednak dla Kanta po prostu częścią metafizyki, a związek człowieka z rzeczą (tzw. posiadanie inteligibilne) ma charakter metafizyczny i niezależny od instytucji prawnych. U Rawlsa natomiast zasady słusznosci są częścią polityki, przez co prawa, także prawo własności, są swego rodzaju konwencją<sup>106</sup>. Oznacza to, iż wspólnota polityczna ma zasadniczą dowolność w ułożeniu czy definiowaniu praw własności. Jak zobaczymy, owa dowolność jest jednak ograniczona przez liberalną zasadę legitymacji i inne reguły publicznego uzasadniania. Prowadzą one do pewnej minimalnej treści praw własności, która nie może być poddana dowolnym modyfikacjom – a zatem także w przypadku własności reguły moralności ograniczają prawo. Owa minimalna treść, jak zobaczymy, bliska jest definicji Harris'a, o której pisałem wyżej.

Refleksję nad miejscem własności w filozofii Rawlsa można podjąć z dwóch zasadniczo odmiennych punktów widzenia. Pierwszy z nich to perspektywa sprawiedliwości jako bezstronności. Należałoby tutaj ustalić, jakiego kształtu instytucji własności wymagają zasady równej wolności i równości szans i jak reżym własności ma się do zasady różnicy. Podejście drugie przyjmuje inkluzywną perspektywę politycznego liberalizmu, zakładając ograniczony pluralizm konkurujących ze sobą koncepcji sprawiedliwości, a podstaw własności poszukuje się nie w konkretnych zasadach, lecz w koncepcji publicznego uzasadniania, rozumie publicznym i władzach moralnych obywateli. Ponieważ wykazałem, że sprawiedliwość jako bezstronność nie może być jedyną koncepcją sprawiedliwości powiązaną z prawem, przyjmuję tę drugą perspektywę. Dlatego własność traktuję przede wszystkim, zgodnie z koncepcją kooperacyjną, jako wspólną podstawę oraz narzędzie społecznej kooperacji wolnych i równych obywateli, ocenianą w świetle rozumu publicznego.

Z tej perspektywy własność jest jedną z podstaw sprawiedliwego stowarzyszenia rozumnych i racjonalnych obywateli. Nie jest ona jednak traktowana jako cel sam w sobie. Pełni określoną funkcję związaną z władzami moralnymi obywateli. Jak pisze Rawls:

---

obarczona jest błędem *non sequitur*. Jak podkreśla Harris, argument w sposób nieuzasadniony wprowadza „właścicielski” charakter autonomii osobowej z twierdzenia, iż „nikt nie jest moim właścicielem”. Z tego twierdzenia nie wynika jednak, iż „ja jestem swoim właścicielem”. Osoby po prostu nie są odpowiednim przedmiotem własności, a wiązka uprawnień właścicielskich odnosi się do rzeczy, nie do osób. Por. J.W. Harris, *Property and Justice*, s. 189–196.

<sup>106</sup> Pod tym względem najbliższemu Rawlsowi do Hume'a. Choć Hume'owskie wyjaśnienie genezy własności jest dalekie od metodologii Rawlsa, ten ostatni podziela przekonanie Hume, iż „[w]łasność nie ma [...] charakteru naturalnego, nie ma rzeczy, której własność przysługuje nam naturalnie. 'Bycie własnością' nie jest cechą tkwiącą w samej rzeczy, lecz wynikiem wzajemnej umowy. [...] Jest ona zatem rodzajem stosunku i to stosunku ograniczonego do zewnętrznych istot rozumnych” (T. Tulejski, *Konserwatyzm bez Boga. Dawida Hume'a wizja społeczeństwa, państwa i prawa*, Fijorr Publishing, Warszawa 2009, s. 155).

Na przykład wśród podstawowych wolności osoby jest prawo posiadania osobistej własności (*personal property* – przyp. M.R.) i wyłącznego korzystania z niej. Rolą tej wolności jest przyznanie dostatecznej materialnej podstawy do poczucia osobistej niezależności i szacunku dla siebie samego, które oba są niezbędne do rozwinięcia i wykorzystania władz moralnych (*LP*, VIII, § 2: 401).

Podstawową rolą własności jest zatem zapewnienie takiego społeczno-prawnego usytuowania obywatela, które pozwoli mu na osobistą niezależność i rozwinięcie władz moralnych. Podejście do własności nie jest welferystyczne – własność nie jest tu traktowana jako element majątku zapewniającego dobrostan, lecz jako jedno z podstawowych uprawnień; element sytuacji prawnej obywatela. Samo pojęcie własności osobistej jest jednak niejasne. U czytelnika polskiego powstają oczywiste skojarzenia z państwem socjalistycznym. Nieobowiązujące już art. 132 i 133 KC oraz unormowania Konstytucji PRL z 1952 r. przeciwstawiały własność osobistą<sup>107</sup> (która zgodnie z art. 18 Konstytucji miała zagwarantowaną całkowitą ochronę) przede wszystkim własności społecznej, na którą składały się: własność ogólnonarodowa, własność spółdzielcza i własność innych organizacji ludu pracującego<sup>108</sup>. Obok tego wyróżniano własność komunalną i mienie komunalne (art. 46 Konstytucji PRL), własność państwową, a także własność indywidualną (art. 179 § 1 k.c.)<sup>109</sup>. Za tak skomplikowanym reżymem własności i uprzywilejowaniem własności społecznej (własność indywidualna miała z czasem zniknąć) stała marksistowska ideologia, w myśl której środki produkcji powinny znajdować się pod kontrolą „ludu pracującego” lub „państwa ludowego”. Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia w innych państwach socjalistycznych. Rawlowskie pojęcie własności osobistej jest inne, ponieważ nie jest ona przeciwstawiona ani własności społecznej, ani jakimś formom „własności indywidualnej”. Rawls *explicitie* odrzuca zarówno marksistowskie, jak i libertariańskie pojęcie własności. Jak pisze w *LP*:

Należy unikać dwóch szerszych koncepcji prawa do własności jako podstawowej wolności. Jedna z nich rozszerza to prawo tak, by objęło pewne prawa do nabywania i dysponowania własnością, a także prawo posiadania środków produkcji i zasobów naturalnych. Według drugiej koncepcji prawo do własności obejmuje równe prawo do uczestniczenia w kontroli środków produkcji i zasobów naturalnych, które mają być własnością społeczną. Tymi szerszymi koncepcjami nie posługujemy się, ponieważ, jak sądzę, nie da się ich wytłumaczyć jako niezbędnych do rozwinięcia i wykorzystania władz moralnych (*LP*, *ibidem*).

<sup>107</sup> Przez własność osobistą rozumiano własność środków konsumpcji, a zatem decydowała tu ekonomiczna funkcja przedmiotu własności. Własnością osobistą, obok rzeczy ruchomych, mógł być także np. domek jednorodzinny, gdyż nie służył on jako środek produkcji dóbr (por. A. Stelmachowski, *Modele własności i ich uwarunkowania społeczno-ustrojowe*, [w:] E. Gniewek (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 3, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 234).

<sup>108</sup> Por. E. Smoktunowicz (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Białystok–Warszawa 2000, s. 948.

<sup>109</sup> Por. S. Wójcik, *Zagadnienia cywilistyczne własności prywatnej*, [w:] T. Wawak (red.), *Własność prywatna*, Wydawnictwo Informacji Ekonomicznej, Kraków 1993, s. 23–26.



Nadal jednak pojęcie własności osobistej nie jest jasne. Jak widzimy, nie pokrywa się ono także z pojęciem właściwym systemom *common law*, gdzie „własność osobista” (*personal property*) ma za przedmiot rzeczy ruchome (*chattels*) i przeciwstawiona jest „własności nieruchomości” (*real property*)<sup>110</sup>. Z powyższego cytatu wyraźnie widać, iż to nie przedmiot własności jest kryterium podziału na własność osobistą i nieosobistą. O co zatem chodzi Rawlsowi? Sytuację może rozjaśnić minimalistyczna definicja Harrisa<sup>111</sup>. Elementy, które się na nią składają (*ownership spectrum* i *trespassory rules*), wyznaczają coś, co Harris nazywa „gołą własnością” (*mere property*). Na drugim biegunie znajduje się „pełnokrwista własność” (*full-blooded ownership*), gdzie obok minimalnej wiązki uprawnień właściciel może (przynajmniej *prima facie*) w sposób nieograniczony używać (a może nawet nadużywać) swojej własności oraz w sposób zupełnie dowolny dysponować nią, także na wypadek śmierci. Tytuł pełnokrwistej własności nie ma też granic czasowych<sup>112</sup>. Otóż, jak widzieliśmy, Rawls nie rozstrzyga, czy jego „własność osobista” zawiera w sobie możliwość nieograniczonego dysponowania przedmiotem własności czy też jego absolutnie swobodnego używania. Dlatego też to nie przedmiot, ale stosunkowo wąska wiązka uprawnień decydują o znaczeniu badanego pojęcia.

Oznacza ono zatem jakąś formą wyłącznego władania nad rzeczami, bliższą „gołej” niż „pełnokrwistej” własności. Jest to jednak pojęcie własności rozważane w kontekście konstytucyjnym jako podstawowa wolność, a „[m]erytoryczne strony tej czy innych koncepcji prawa własności rozstrzyga się w późniejszych stadiach, kiedy dostępnych jest dużo więcej informacji na temat położenia danego społeczeństwa i jego historycznych tradycji” (*LP*, VIII, § 2: 401). Oznacza to, iż polityczny liberalizm Rawlsa uznaje pewne konieczne minimum, zabezpieczające osobistą własność obywateli. Głębokie uzasadnienie odsyła tutaj – tak samo jak w przypadku innych podstawowych wolności – do władz moralnych obywatela. Własność jest publiczną wartością, ponieważ umożliwia rozwój władz moralnych, szacunku do samego siebie oraz osobistą niezależność<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Przyczyną tego zróżnicowania było prawo spadkowe. W dawnym prawie angielskim spadkobranie podlegały wyłącznie nieruchomości. Por. W.W. Buckland, A.D. McNair, *Roman Law and Common Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge 1965, s. 146.

<sup>111</sup> Dodajmy, iż Rawls nie prowadzi tak szczegółowych rozważań. Definicji Harrisa używam jedynie jako narzędzia interpretacji.

<sup>112</sup> J.W. Harris, *Property and Justice*, s. 29–31.

<sup>113</sup> Dlatego Rawlsowskie uzasadnienie własności bliskie jest Hegłowi. Ten ostatni uznawał własność za konieczną drogę manifestacji autonomii woli, która obejmuje we władanie nieświadome siebie przedmioty (*das Selbstäußerliche*), konstytuując w ten sposób samą siebie, por. G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, przeł. A. Landman, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969, s. 65–66, § 45–46. Jak wyjaśnia Waldron, „wybierając sferę zewnętrznych przedmiotów jako arenę swego urzeczywistnienia, wola manifestuje nadrzędność bytów, które są celami samymi w sobie nad bytami, które nie mają takiej natury” (J. Waldron, *Right to Private Property*, s. 356). Abstrakcyjne rozważania Hegla mogą się wydawać dalekie od politycznego liberalizmu,



Poza ową minimalną strukturą (sytuującą się poza zasięgiem zwykłej demokratycznej większości) własność może przyjąć różnorodne formy, stosownie do wyniku demokratycznego i publicznego procesu stanowienia prawa. Proces ten będzie jednak, do pewnego stopnia, podlegał ograniczeniom właściwym dla rozumu publicznego. Oznacza to, iż reżym własności powinien być oceniany z perspektywy uczciwego usytuowania kooperujących obywateli. Dobrze zdefiniowanie własności przez publiczny system norm, a następnie dążenie do pewności prawa w tym zakresie, leży w żywotnym interesie wspólnoty politycznej rozumianej po Rawlsowsku<sup>114</sup>. Ponadto dobro wspólne nie może być osiągnięte bez odpowiedniego uregulowania własności. Pewne kwestie związane z konstrukcją prawa własności będą jednakże oceniane niejako równoległe także z innych perspektyw. O ile w przypadku wolności słowa czy sumienia argumenty ekonomiczne są irrelevantne (nawet, gdyby ochrona wolności słowa prowadziła w danym przypadku do zmniejszenia efektywności, nie może to wpływać na kształt tej ochrony), to w przypadku własności już tak nie jest. Na przykład procesy prywatyzacyjne prowadzono w wielu krajach (tak różnych jak Polska i Wielka Brytania) przede wszystkim w imię efektywności ekonomicznej<sup>115</sup>. Tego rodzaju argumentacja jest w tym przypadku uprawniona; kooperacyjna koncepcja prawa pojmuje ją jako komplementarną<sup>116</sup>. Ostatecznie jednak ugruntowanie własności odsyła

---

sądzę jednak, iż pomiędzy dwoma wielkimi filozofiami zachodzi istotna analogia. Polega ona na tym, iż Rawls uznaje własność prywatną za instytucję, która dostarcza podstawy poczucia osobistej niezależności i szacunku do samego siebie, co pozwala na realizację podstawowej osobowości moralnej obywatela – podobnie jak u Hegla własność pozwala na manifestację woli i podmiotowości. Bliskość Rawlsa i Hegla widać szczególnie wyraźnie, gdy zestawić ich z Lockiem czy Kantem – dla tych dwu ostatnich własność istnieje niezależnie od państwa czy społeczeństwa jako przedpozytywne, uprawnienie oparte na zawłaszczaniu. Dla Rawlsa, gdyż podąża on za Heglem, własność jest instytucją polityczną, za którą stoi osobowość moralna, nie zaś fakt zawłaszczania.

<sup>114</sup> Oznacza to, iż choć własność jest konwencją, nie jest przecież jakimś „mitem”, jak chcieliby choćby Nagel i Murphy: „własność prywatna jest prawną konwencją, częściowo definiowaną przez system podatkowy; dlatego system podatkowy nie może być oceniany przez oddziaływanie na własność prywatną postrzeganą jako coś posiadającego niezależne istnienie i obowiązywanie” (L. Murphy, T. Nagel, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 8). Jak słusznie argumentuje Gaus, gdy publiczny system norm raz wprowadził dobrze uzasadnioną instytucję własności, stanowi to pewien punkt wyjścia dla dalszych zmian, regulacji i ich uzasadnień. Być może istnieje dobre uzasadnienie wysokiego opodatkowania własności w danym przypadku, ale musi być ono uzasadnione dokładnie w sensie, który Murphy i Nagel chcą odrzucić (por. G. Gaus, *The Order of Public Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2011, s. 511).

<sup>115</sup> J. Klich, *Ogólna charakterystyka procesów prywatyzacji w gospodarce brytyjskiej w latach osiemdziesiątych*, [w:] T. Wawak (red.), *Własność...*, s. 61–73.

<sup>116</sup> Owa „komplementarność” oznacza, iż nie jest ona traktowana jako przeciwstawna. Może oczywiście dojść do sytuacji, w której dana konstrukcja prawa własności byłaby niesprawiedliwa, lecz bardziej efektywna ekonomicznie. Wówczas priorytet posiada, naturalnie, sprawiedliwość. Por. J. Blicharz, *Procesy prywatyzacyjne a sprawiedliwość społeczna w państwie prawa*, [w:] eadem (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2012.

do sprawiedliwości, czyli reguł uczciwej kooperacji. Własność (rozumiana jako instytucja prawa prywatnego, nie zaś podstawowa wolność konstytucyjna) jest publicznym systemem reguł, które tę kooperację umożliwiają. Obok perspektywy sprawiedliwości i efektywności kluczowe znaczenie ma przy określaniu własności perspektywa dogmatyczno-prawna. Można pokazać przykłady, gdy instytucja własności była tak, a nie inaczej reformowana ze względu na wewnętrzną spójność systemu prawa oraz tradycję prawną danego kraju czy też argumenty z prawa porównawczego. Trzy wskazane perspektywy – publicznego rozumu, efektywności ekonomicznej i dogmatyki prawniczej – są głównymi determinantami instytucji własności, choć z perspektywy kooperacyjnej koncepcji prawa publiczny rozum posiada tutaj priorytet.

Choć kooperacyjna koncepcja prawa nie przyjmuje sprawiedliwości jako bezstronności jako jedynej podstawy instytucji prawnych, należy w tym miejscu odnotować, iż Rawlsovska koncepcja sprawiedliwości, choć sama w sobie nie wymaga ani wyłącznie prywatnej, ani wyłącznie społecznej własności, przyjmuje minimalistyczne pojęcie własności jako najbardziej odpowiednie dla sprawiedliwości struktury podstawowej. Egalitaryzm dwóch zasad wymaga bowiem licznych podatków mających na celu zapobieżenie nadmiernej kumulacji majątku<sup>117</sup>. Przede wszystkim w wątpliwość zostaje poddane prawo dziedziczenia i wolność dysponowania przedmiotem własności, które byłyby w Rawlsofskim społeczeństwie dobrze urządzonej zredukowane do minimum poprzez liczne i wysokie podatki od spadków i darowizn (*TS*, § 43: 405). „Własność prywatna” skonstruowana w świetle sprawiedliwości jako bezstronności niewiele różniłaby się zatem od „gołej” własności opisanej przez Harrisa<sup>118</sup>, stanowiłaby zatem odejście od instytucji własności znanej w najważniejszych państwach demokratycznych. Jest to jednak zaledwie jeden z modeli, które można konstruować w ramach rozumu publicznego, zwłaszcza, jeśli przyjąć doktrynę otwartej treści, o której mówiłem w poprzednim rozdziale. Można bowiem podać – jak czyni to choćby Gerald Gaus – bardzo dobre publiczne argumenty za szeroką treścią i ograniczoną ingerencją rządu w prawo własności<sup>119</sup>. Nie jest jednak wykluczone, że dana wspólnota polityczna wybrałaby reżym bliższy socjalizmowi, gdzie własność jest ograniczana i silnie regulowana.

---

<sup>117</sup> Nawet tzw. demokracja właścicielska (*property-owning democracy*), którą Rawls uznaje – obok liberalnego socjalizmu – za najlepszy ustrój z punktu widzenia swych dwóch zasad, byłaby ustrojem, gdzie rząd aktywnie i stale redystrybuuje własność w celu zabezpieczenia równości (por. *JaF:R*, § 41–42, 49). Ustrój ten różniłby się od państwa opiekuńczego (które ufundowane jest na ideach welferystycznych) tym, że jego pierwszą troską nie byłoby zapewnienie jakiegoś minimalnego dobrostanu obywateli, lecz zapewnienie efektywnego, równego obywatelstwa i szerokiego udziału wszystkich w społecznej kooperacji.

<sup>118</sup> Tak też sugeruje J.W. Harris, *Property and Justice*, s. 258–260.

<sup>119</sup> G. Gaus, *The Order...*, s. 511–521.

## B. Swoboda umów jako podstawa społecznej kooperacji

Aby w pełni pokazać zastosowanie koncepcji kooperacyjnej do prawa prywatnego, muszę zająć się w tym miejscu instytucją umowy, w szczególności zaś stanowiącą jej podstawę swobodą umów. Z perspektywy Rawlsowskiej koncepcji prawa zagadnienie to jest szczególnie ważne, gdyż dość często spotyka się interpretacje, wedle których sprawiedliwość nie ma u Rawlsa niemal nic do powiedzenia w kwestii poszczególnych umów czy transakcji, a to przez wzgląd na fakt, że sprawiedliwość społeczna reguluje system społeczny, niedający się sprowadzić do sumy działań indywidualnych<sup>120</sup>. Ponieważ pierwszym przedmiotem sprawiedliwości jest struktura podstawowa, niektórzy interpretatorzy skłonni są sądzić, iż albo należy wykazać, że dana instytucja należy do struktury podstawowej, albo należy skonstatować, że Rawlsowska filozofia polityczna jest względem tej instytucji zupełnie neutralna<sup>121</sup>. Stoi za tym przekonanie, iż jednostkowe działania o charakterze „prywatnym” w ogóle nie mają u Rawlsa związku ze sprawiedliwością<sup>122</sup>. Takie rozumowanie opiera się na słynnym fragmencie z *LP*:

Tym, czego szukamy, jest w rezultacie instytucjonalny podział pracy między strukturą podstawową i regułami stosującymi się bezpośrednio do jednostek i zrzeczeń, które mają się nimi kierować w poszczególnych transakcjach. Jeśli można ustanowić ten podział pracy, to jednostki i zrzeczenia mają swobodę skuteczniejszego przeprowadzenia własnych celów w ramach struktury podstawowej, z poczuciem bezpieczeństwa, które płynie z wiedzy, że gdzie indziej w systemie społecznym czyni się niezbędne korekty, by zachować sprawiedliwość tła (*LP*, VIII, § 4: 364)

Z tego fragmentu wywodzi się możliwość wąskiej interpretacji przedmiotu sprawiedliwości (struktury podstawowej) – jednostkowe porozumienia miałyby pozostawać w ogóle poza horyzontem sprawiedliwości, a cele sprawiedliwości dystrybutywnej osiągane byłyby za pomocą opodatkowania dochodu i transferu dóbr<sup>123</sup>. Moim zdaniem jednak oparta na powyższym fragmencie interpretacja wykluczająca działania jednostkowe ze sfery zainteresowania sprawiedliwości jest radykalnie błędna. Przywołani autorzy zdają się w ogóle zapominać, iż koncepcja sprawiedliwości wprowadza nie tylko zasady dla instytucji, ale także przyjmuje odrębne zasady dla jednostek. W przypadku koncepcji Rawlsa są to, jak pamiętamy, zasada rzetelności czy uczciwości (*the principle of fairness*) oraz obowiązki naturalne (*natural duties*). Zasady dla jednostek nie są w sensie ścisłym zasadami sprawiedliwości, obydwie podpadają jednak pod nadrzędne pojęcie słuszności i są rozpatrywane wyłącznie w kontekście powołanych już sprawiedliwych in-

<sup>120</sup> Por. C. Audard, *John Rawls*, Acumen, Stocefield 2007, s. 61.

<sup>121</sup> Por. K. Kordana, D. Tabachnick, *Rawls and Contract Law*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=649085](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=649085) (dostęp: 18.02.2014), s. 4.

<sup>122</sup> Tak np. G.A. Cohen, *Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice*, „Philosophy & Public Affairs” 1997, t. 26, nr 3, s. 18.

<sup>123</sup> Por. K. Kordana, D. Tabachnick, *Rawls and Contract...*, s. 16.

stytucji, to znaczy bez nich byłyby pozbawione sensu (*TS*, § 18: 174). Obowiązki naturalne nie będą mnie tu interesowały, ponieważ dotyczą one w większym stopniu relacji obywatela do politycznej całości, czyli do ogółu sprawiedliwych instytucji, ewentualnie zaś stosunku między obywatelami na publicznym forum politycznym<sup>124</sup>. Natomiast zasada rzetelności może regulować nie tylko stosunki pojedynczego podmiotu z całością instytucji, lecz także „prywatne” stosunki pomiędzy jednostkami oparte na dobrowolnej zgodzie. Można ją więc zastosować również do prawa prywatnego regulującego umowy.

Podobnie jak w przypadku „własności”, posługuję się tu nazwą „umowa” w sensie prowizorycznym, oderwanym od konkretnych porządków prawnych. „Umową” jest w tym sensie każde prawnie wiążące dwustronne porozumienie autonomicznych podmiotów. We wszystkich nowoczesnych systemach prawa prywatnego swoboda umów ma kluczowe znaczenie dla porządku prawnego, jakkolwiek różne byłyby poszczególne konstrukcje instytucji umowy. Dla polskiego prawa cywilnego, jak i dla każdego systemu z rodziny romańsko-germańskiej, pojęciem nadrzędnym wobec umowy jest pojęcie zobowiązania, czyli szczególnego węzła prawnego między stronami, obejmującego jakieś powinne zachowania tychże. Taki węzeł wynikać może między innymi z umowy, zawieranej mocą woli stron, choć nie jest ona wyłącznym źródłem zobowiązań<sup>125</sup>. Prawnie wiążące umowy w *common law* nie mają swojej genezy w pojęciu zobowiązania, ponieważ system prawa prywatnego w *common law* ewoluował w oparciu o skargi czy powództwa (*actions*), nie zaś w oparciu o uprawnienia<sup>126</sup>. Rolę ekwiwalentną dla umowy pełni w *common law* instytucja kontraktu (*contract*). Pojęciem tym objęte są tylko porozumienia odpłatne, zawierające *consideration*, czyli przyrzeczenie przekazania określonych korzyści w zamian za inne korzyści. Instytucja kontraktu powstała w oparciu o konkretne powództwo o nazwie *assumpsit*<sup>127</sup>. Niniejsze rozważania, które prowadzę niżej, mają za zadanie dostarczyć głębokiego normatywnego uzasadnienia instytucji umowy czy kontraktu niezależnie od tej różnorodnej genezy czy różnych konstrukcji szczegółowych.

Ośrodkiem owego uzasadnienia jest bez wątpienia zasada rzetelności, która stanowi podstawę jednostkowej powinności wynikającej z faktycznej zgody jednostki, dokonanej w kontekście instytucjonalnym. Zasada ta głosi, że:

<sup>124</sup> Głównym obowiązkiem naturalnym jest bowiem obowiązek sprawiedliwości, który „wymaga od nas, byśmy wspierali i podporządkowywali się sprawiedliwym instytucjom, które istnieją i stosują się do nas” (*TS*, § 19: 180). „Obowiązkiem naturalnym” jest także, jak się wydaje, polityczny obowiązek grzeczności. Obowiązek sprawiedliwości będzie przedmiotem mojego zainteresowania w podrozdziale 2.6, dotyczącym przestrzegania prawa, w szczególności prawa niesprawiedliwego.

<sup>125</sup> Por. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996, s. 315.

<sup>126</sup> Por. W.W. Buckland, A.D. McNair, *Roman Law and Common Law*, s. 274.

<sup>127</sup> Por. M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1986, s. 66–75.

od jednostki wymaga się, by czyniła co do niej należy – tak jak określają to reguły instytucji – gdy spełnione są dwa warunki: po pierwsze, instytucja jest sprawiedliwa (czyli bezstronna [fair]), czyli respektuje dwie zasady sprawiedliwości; po drugie, dobrowolnie akceptuje się korzyści płynące z układu, czy też wykorzystanie oferowanych przezeń możliwości promowania własnych interesów (TS, § 18: 175).

Zasada owa musi być nieco zmodyfikowana, jeżeli ma być elementem kooperacyjnej koncepcji prawa. Sam Rawls od czasu TS nie wrócił już nigdy do tej problematyki, niemniej wydaje się, iż należałoby dokonać pewnych modyfikacji związanych z przejściem od rozległej teorii moralnej do liberalizmu politycznego. W obliczu ograniczonego pluralizmu koncepcji sprawiedliwości (czyli w sytuacji niepełnego częściowego konsensu), należy zmodyfikować wymóg, wedle którego dana instytucja musi spełniać wymogi dwóch zasad sprawiedliwości, aby być podstawą zobowiązań jednostkowych. Doktryna rozumu publicznego (nawet bez modyfikacji wprowadzonych przeze mnie w poprzednim rozdziale) zakłada ograniczony pluralizm rozumnych koncepcji sprawiedliwości, dlatego należałoby złagodzić wymóg sprawiedliwości i sformułować go w ten sposób, iż instytucja będąca podstawą zobowiązania jednostkowego „nie może być rażąco niesprawiedliwa”<sup>128</sup>. Takie sformułowanie opiera się na założeniu, że obywatele w społeczeństwie częściowego konsensu uznają, iż dopokąd konkurująca koncepcja sprawiedliwości nie pociąga za sobą złamania konstytucji, nie uważają jej za rażąco niesprawiedliwą. Jeżeli zatem dana instytucja opiera się na jakimś przedstawieniu sprawiedliwości niezgodnym z koncepcją sprawiedliwości danego obywatela, uważa on ją za niesprawiedliwą, lecz nie za „rażąco niesprawiedliwą”, chyba że łamie ona sprawiedliwą konstytucję. Dlatego też wszelkie zobowiązania zaciągnięte na podstawie takiej instytucji (nawet jeżeli nie jest doskonale sprawiedliwa) są traktowane jako wiążące, a *stricte* prawny obowiązek ma swoje ugruntowanie w ponad-pozytywnym obowiązku moralności publicznej.

Kontekst liberalizmu politycznego nakazuje rozumieć zasadę rzetelności na płaszczyźnie ściśle prawnej. Stanowi ona moralną podstawę obowiązków prawnych wynikających z umów, nie stanowi natomiast zasady wyznaczającej obowiązki o charakterze czysto etycznym. Te ostatnie są wyznaczane przez rozległe doktryny. Zastosowanie zasady zawężone jest do społecznej kooperacji, o ile odbywa się ona w oparciu o publiczne instytucje. Potwierdza to ogólna myśl, będąca podstawą zasady rzetelności, która głosi, że „gdy pewna liczba osób angażuje się, zgodnie z określonymi regułami, we wzajemnie korzystne kooperacyjne przedsięwzięcie, ograniczając tym samym swą wolność w sposób niezbędny do uzyskania przez wszystkich korzyści, to ci, którzy poddali się tym ograniczeniom,

<sup>128</sup> Sugeruje to sam Rawls: „[n]a mocy zasady rzetelności nie można być zobowiązanym wobec instytucji niesprawiedliwych, a przynajmniej wobec takich, które przekraczają granice dopuszczalnej niesprawiedliwości” (TS, § 18: 176).

mają prawo do podobnej zgody ze strony tych, którzy z ich podporządkowania skorzystali” (*TS*, § 18: 175)<sup>129</sup>. Zasada ta wymaga nie tylko dotrzymania zobowiązań, lecz także kreowania, rozumienia i realizowania tychże zgodnie z ramami instytucjonalnymi.

W ten właśnie sposób kooperacyjna koncepcja stosuje się do działań jednostkowych. Umowa, która jest publiczną instytucją określoną w drodze publicznego procesu tworzenia prawa, wyznacza warunki sprawiedliwej kooperacji. Regulując swobodę zawierania porozumień, instytucja ta generuje także obowiązki stosujące się bezpośrednio do jednostek osiągających swe cele w drodze wzajemnie korzystnych przedsięwzięć, opartych o prawo prywatne<sup>130</sup>. Swoboda umów jest zatem w pełni spójna z kooperacyjną koncepcją prawa, traktującą prawo jako narzędzie kooperacji obywateli w warunkach pluralizmu. Jest ona także spójna z zasadą równej wolności, bowiem między innymi w drodze zawierania umów każdy obywatel realizuje w sposób autonomiczny własną koncepcję dobra. Jeżeli zatem instytucja kontraktu nie zawiera jakichś rażących niesprawiedliwości, jak choćby nierównorzędność podmiotów czy możliwość arbitralnego określania obowiązków jednej strony przez drugą<sup>131</sup>, jest to instytucja sprawiedliwa, przez co generuje obowiązki rzetelności, wynikające z dobrowolnej zgody oraz ze wzajemnej akceptowalności prawnych uwarunkowań zawierania umów.

Filozofia polityczna Rawlsa nie jest zatem w żadnym razie neutralna wobec zagadnień stosunków umownych prawa prywatnego, choć nie podporządkowuje tych stosunków w pełni zasadom sprawiedliwości dla struktury podstawowej. Wymaga ona co prawda uczciwego usytuowania stron, przez co instytucja umowy

<sup>129</sup> Zasadę rzetelności sformułował Rawls, podążając za Hartem. Hart wprowadził ją przede wszystkim jako źródło zobowiązania politycznego, nie zaś wszelkich zobowiązań i podobnie uczynił Rawls. Wydaje się jednak, iż można ją w sposób poprawny zastosować także do umów. Por. H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights?*, „The Philosophical Review” 1955, t. 64, nr 2, s. 185.

<sup>130</sup> Należy w tym miejscu podkreślić, iż taka rekonstrukcja pokazuje nietrafność słynnej krytyki Roberta Nozicka, wymierzonej w Rawlowską koncepcję sprawiedliwości. Autor ów, uznając przedpozytywną ważność uprawnienia do samo-posiadania (*self-ownership*), argumentował, iż jedyna zgodna z nią koncepcja sprawiedliwości musi mieć charakter czysto proceduralny i „historyczny”, przeciwstawiony „teleologicznemu” (por. R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, przeł. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Fundacja Aletheia, Warszawa 1999, s. 181–216). Nozick argumentował, iż teoria Rawlsa zawsze nakazuje patrzeć na ostateczny wynik porozumień, a przez to musi prowadzić do stałej ingerencji w proces kooperacyjny. Fakt, że Rawls wprowadza dwa rodzaje reguł i podział pracy między regułami odpiera (czy przynajmniej osłabia) tę krytykę. Por. M. Rupniewski, *Czy wolny rynek może być sprawiedliwy? Spór między Rawlsem a Nozickiem o rolę podstawowej struktury społeczeństwa*, „Hybris” 2011, 13, s. 64–80.

<sup>131</sup> Zdaniem Rawlsa takie rażące niesprawiedliwości zawierałoby na przykład umowne zrzeczenie się podstawowych wolności. Dlatego „dowolna umowa zawarta przez obywateli, w której rezygnuje się z jakiejś podstawowej wolności lub która taką wolność narusza, jakkolwiek dobrowolna i racjonalna byłaby ta umowa, jest nieważna *ab initio*; to znaczy, że nie ma mocy prawnej i nie wpływa na żadną podstawową wolność obywatela” (*LP*, VIII, § 13: 486).



nie sprowadza się do zasady *laissez faire*<sup>132</sup>, lecz zarazem przyznaje obywatelom swobodę kształtowania stosunków umownych w ramach wyznaczonych przez publiczne instytucje. Dlatego zasady składające się na publiczną koncepcję sprawiedliwości (jakakolwiek nie byłaby jej treść) mogą, a nawet powinny, wprowadzać regulacje kształtujące odpowiednią pozycję układających się stron, łagodząc nierówności pozycji negocjacyjnej wynikające z faktycznego usytuowania społecznego. Na przykład Rawlsowska zasada równych szans wymagałaby pewnych zapisów zakazujących dyskryminacji ze względu na płeć czy kolor skóry<sup>133</sup>, czy też pewnych zapisów prawa pracy chroniących pozycję negocjacyjną pracownika wobec pracodawcy (zakłada się bowiem słabszą pozycję pracownika i duże znaczenie pracy dla kultywowania władz moralnych)<sup>134</sup>. Jednakże w ramach sprawiedliwego otoczenia instytucjonalnego (pewnych regulacji i zastrzeżeń) obrót prawny dokonuje się w sposób wolny, gdzie każdy dobiera strony umowy na zasadzie woli arbitralnej, dowolnie kształtując treść stosunku zobowiązaniowego. Dlatego dystrybucja dóbr, odbywająca się w ramach struktury podstawowej dzięki prawemu narzędziu umowy, nie jest przypadkiem sprawiedliwości alokacyjnej, którą interesuje wyłącznie efekt finalny dystrybucji. Gdyby tak było, struktura podstawowa po prostu rozdzielałaby dobra pierwotne zgodnie z zasadami sprawiedliwości, jak gdyby były „manną z nieba”, pojawiającą się bez potrzeby jakiegokolwiek kooperacji. Kooperacja nie byłaby wówczas centralną ideą koncepcji sprawiedliwości, a instytucja umowy nie miałaby żadnego związku ze sprawiedliwością. Sprawiedliwość dystrybucyjna u Rawlsa jest jednak (podobnie jak u libertarian!) czystą sprawiedliwością proceduralną. Jak pisze Rawls:

W czystej sprawiedliwości proceduralnej dystrybucje korzyści nie są [...] oceniane przede wszystkim przez porównanie puli dostępnych korzyści z danymi pragnieniami i potrzebami znanych jednostek. Przydział w y t w o r z o n y c h [podkr. – M.R.] przedmiotów odbywa się w zgodzie z publicznym systemem reguł [...]. System ten określa także uprawnione roszczenia, których honorowanie daje w rezultacie określoną dystrybucję. Zatem w tego rodzaju sprawiedliwości proceduralnej prawidłowość dystrybucji oparta jest na sprawiedliwości systemu kooperacji, z którego powstaje, oraz na odpowiedzi na roszczenia zaangażowanych w jego jednostek (TS, § 14: 145).

Różnica pomiędzy Rawlsem i libertarianami nie polega zatem (jak chciałby Nozick), na teleologicznym charakterze zasad sprawiedliwości. Rawlsowska

<sup>132</sup> Rawls nie uznaje istnienia ponadpozytywnego, nieograniczonego prawa do zawierania dowolnej treści umów, które uznają chociażby libertarianie. Swoboda umów nie jest też podstawową wolnością taką jak wolność sumienia. Kształt instytucji regulujących umowy jest więc podległy woli politycznej, lecz musi być ona kształtowana zgodnie z wymogami liberalnej legitymacji i publicznego uzasadniania.

<sup>133</sup> Por. np. T. Shelby, *Race and Social Justice: Rawlsian Considerations*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1697–1714.

<sup>134</sup> Por. S.V. Shiffrin, *Race, Labour, and the Fair Equality of Opportunity Principle*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1643–1675, zwł. s. 1668–1670.

koncepcja sprawiedliwości zakłada także historyczny charakter procedury dystrybucji uprawnień, ponieważ „[u]prawnień nabywa się i honoruje się je tak, jak to deklaruje publiczny system norm” (*LP*, VII, § 9: 382). Zasadnicza różnica pomiędzy sprawiedliwością jako bezstronnością a libertarianizmem sprowadza się do uznania przez tę pierwszą koncepcję szczególnej roli struktury podstawowej, którą ta druga zdecydowanie odrzuca (por. *LP*, VII, § 3). Publiczne instytucje struktury podstawowej nie rozdzielają wszystkich dóbr na zasadzie alokacji, lecz zapewniają, że czysto proceduralny, oparty na umowach proces powstawania i podziału dóbr będzie odbywał się w sprawiedliwych warunkach społecznych, a także przy uczciwym prawnym usytuowaniu stron porozumień. Owe warunki, stanowiące otoczenie kooperacji, Rawls nazywa „sprawiedliwością tła”, której waga polega na tym, iż choć społeczne warunki porozumień bez troski o zachowanie sprawiedliwości tła „mogą być sprawiedliwe na początku, to skumulowane skutki wielu oddzielnych, i, jak się zdawało, sprawiedliwych porozumień, wraz z trendami społecznymi i przygodnymi okolicznościami historycznymi łatwo mogą z biegiem czasu zmienić relacje i możliwości obywateli, tak że nie będzie już warunków do swobodnych i sprawiedliwych porozumień” (*LP*, VII, § 4: 361). W ramach liberalizmu politycznego różne koncepcje sprawiedliwości mogą postulować mniejszy lub większy udział struktury podstawowej w tworzeniu tych warunków. Sposób działania struktury podstawowej może mieć różnoraki charakter. Rawlsowi chodzi przede wszystkim o redystrybucyjne działania państwa o charakterze socjalnym, lecz równie dobrze może tu chodzić o wewnętrzne normy prawa umów<sup>135</sup> (jak na przykład normy polskiego k.c. dotyczące wyzysku [art. 388 polskiego k.c.], przepisy o ochronie konsumentów, angielska instytucja *undue influence*<sup>136</sup>).

Takie usytuowanie umów w ogólnej koncepcji prawa dobrze pokazuje, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie struktury podstawowej i związanego z nią problemu „przymusowości” reguł prawnych. „Struktura podstawowa” może być bowiem różnie rozumiana, lecz dla kooperacyjnej koncepcji prawa najlepsze wydaje się powiązanie jej z prawnym przymusem<sup>137</sup>. To, że przymus jest konstytutywną

<sup>135</sup> Kwestia ta nie jest jednoznacznie określona przez Rawlsa. Wydaje się jednak, iż wypada się zgodzić z argumentacją Kordana i Tabachnicka w tej części, w jakiej dowodzi, że co najmniej część prawa umów należy do struktury podstawowej (por. K. Kordana, D. Tabachnick, *Rawls and Contract...*, s. 19–23).

<sup>136</sup> O tego typu przepisach czytaj w: K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung...*, s. 322.

<sup>137</sup> Taką koncepcję przyjmuje G.A. Cohen, *Where the Action Is...*, s. 19. Cohen krytykuje to podejście argumentując, że zawężenie sfery sprawiedliwości prowadzi do podważenia egalitarnych celów projektu Rawlsa. Podobnie rozumują Kordana i Tabachnick (*Rawls and Contract...*, s. 16), proponując „podejście szerokie”, według którego w skład struktury podstawowej wchodzi wszystkie instytucje, które mają zasadniczy wpływ na oczekiwania życiowe obywatela. Podejście owo może być właściwe na gruncie *TS*, lecz bez wątpienia nie daje się pogodzić z politycznym liberalizmem. Na przykład związki wyznaniowe bez wątpienia mają taki wpływ, lecz

cechą instytucji struktury podstawowej nie oznacza jednak, że da się ją sprowadzić do jakiegoś systemu sterowania czy kontroli społecznej, gdzie centralnymi pojęciami są nakaz i sankcja. W myśl kooperacyjnej koncepcji prawa struktura podstawowa jest narzędziem kooperacji pozostającym przede wszystkim w rękach autonomicznych obywateli. Jej instytucje wyznaczają ogólne społeczne tło dążeń jednostkowych, dostarczając narzędzi sprawiedliwej kooperacji. Takim właśnie „narzędziem” jest z jednej strony ogólna zasada przyznająca swobodę umów, z drugiej zaś instytucja umowy (czy poszczególnych rodzajów umów), które łącznie wyznaczają odpowiednie warunki do realizacji przez każdego jego koncepcji dobra<sup>138</sup>. „Przymusowość” struktury podstawowej polega więc nie na nakazowo-rozdzielczym, lecz regulacyjnym charakterze. Reguły będące jej częścią nie mają alternatywy; chcąc ukonstytuować wzajemnie wiążący stosunek prawny, obywatele muszą posłużyć się tym, a nie innym narzędziem prawnym, mającym taki a nie inny kształt. Prawo nadaje im generalną możliwość czy kompetencję do tworzenia takich stosunków, lecz zarazem reguluje sposób, w jaki mogą one powstawać.

### C. Prawo prywatne jako podstawa ładu publicznego

Dokonany wyżej opis miejsca prawa własności i prawa umów w kooperacyjnej koncepcji prawa pozwala na sformułowanie ogólnych wniosków dotyczących miejsca prawa prywatnego w tejże koncepcji. Interpretacja, którą tu proponuję, bliska jest podejściu Arthura Ripsteina<sup>139</sup>, który w adekwatny moim zdaniem spo-

---

zasady sprawiedliwości oczywiście się do nich wprost nie stosują – są one bowiem elementem kultury podłoża. Zastosowanie zasady równego uczestnictwa do hierarchicznej struktury Kościoła katolickiego byłoby tożsame z ingerencją w autonomię obywateli będących jego częścią. Dlatego należy przyjąć, że – o ile członkostwo w Kościele jest dobrowolne – nie należy on do struktury podstawowej, pomimo istotnego wpływu na życie wielu ludzi. Przez strukturę podstawową należy więc rozumieć wszelkie instytucje, które nie mają alternatywy i w tym sensie są przymusowe. Jak wiadomo, nie ma prawnego przymusu kupna mieszkania, lecz jeśli chcę takowe nabyć, muszę stosować się do k.c. oraz innych właściwych ustaw. Inaczej kupno nie będzie publicznie uznane, gdyż reguły wyznaczone przez tę ustawę są bezalternatywne. Dlatego reżym obrotu nieruchomościami jest elementem struktury podstawowej, zaś reguły Kościoła katolickiego nie są – w społeczeństwie pluralistycznym istnieją bowiem alternatywne koncepcje dobrego życia, które zawsze, w razie niezgody na pryncypia katolickie, mogą wybrać. Nie istnieją natomiast alternatywne sposoby kupna nieruchomości.

<sup>138</sup> Takie rozumienie jest zgodne także z myśleniem dogmatyków. Na przykład P. Machnikowski pisze: „Swoboda umów zobowiązaniowych jest jednym z przejawów szerszego zjawiska nazywanego **autonomią woli**. Polega ono na stworzonej przez system prawny możliwości **regulowania** przez podmioty prawa ich **stosunków cywilnoprawnych** według ich własnej woli za pomocą narzędzia, jakim jest **czynność prawna**”. P. Machnikowski, *Swoboda umów*, [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 463.

<sup>139</sup> A. Ripstein, *Private Order and Public Justice: Kant and Rawls*, „Virginia Law Review” 2006, t. 92, s. 1391–1438; idem, *The Division of Responsibility and the Law of Tort*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1811–1844.

sób interpretuje Rawlsowską ideę „podziału odpowiedzialności”, która pojawia się w artykule *Social Unity and Primary Goods*. Jak pisze Rawls:

Spółeczeństwo, czyli obywatele jako ciało zbiorowe, przyjmuje odpowiedzialność za utrzymanie [systemu] równych podstawowych wolności i autentycznej równości szans, [...] podczas gdy obywatele (jako jednostki) oraz zrzeszenia przyjmują odpowiedzialność za rewizję i dostosowanie swoich celów i aspiracji biorąc pod uwagę uniwersalne środki, których mogą się spodziewać w obliczu obecnej sytuacji i przewidywać na przyszłość. Ten podział odpowiedzialności opiera się na zdolności osób do uznania odpowiedzialności za swoje cele i do złagodzenia swych roszczeń względem instytucji społecznych [...]. Obywatelskie roszczenia do podstawowych wolności, możliwości i uniwersalnych środków są zabezpieczone przed nierozumnymi żądaniami innych (*Social Unity*, 371).

Idea podziału odpowiedzialności wyjaśnia, dlaczego za podstawę porównań międzyjednostkowych i oceny roszczeń uznać należy właśnie dobra pierwotne<sup>140</sup>. Instytucje struktury podstawowej w ujęciu Rawlsowskim nie troszczą się bowiem bezpośrednio o dobrostan czy przyjemność ani też o jakość życia czy jakiś inny rodzaj ogólnej satysfakcji jednostki. Przedmiotem troski sprawiedliwości są podstawowe uprawnienia i uniwersalne środki, które umożliwiają obywatelowi przeżycie wartościowego życia, ale w żadnym razie takiego życia nie z a p e w n i a j ą (ani nie mają zapewnić). Odpowiedzialność za indywidualną koncepcję dobra spoczywa na tym, kto ją obiera i realizuje, także w tej mierze, w jakiej może ona znaleźć się w konflikcie z uprawnionymi roszczeniami innych. Taka perspektywa pozwala rozumieć strukturę podstawową jako otoczenie działań jednostkowych, które wszelako nie określa tych działań w zupełności, ponieważ społeczeństwo jako całość nie przyjmuje odpowiedzialności za realizację indywidualnych koncepcji dobra. Pozwala to także zrozumieć, dlaczego społeczeństwo jest systemem kooperacji, a nie alokacji. Idea kooperacji traci sens, gdy oderwać ją od idei autonomicznej jednostki, realizującej swą koncepcję dobra – w kooperacji z innymi, lecz na własną odpowiedzialność<sup>141</sup>. Idea alokacji może mieć sens również przy koncepcji biernej i heteronomicznej jednostki (konsumenta czy jednostki statystycznej).

<sup>140</sup> Rawls stwierdza, że idea podziału odpowiedzialności jest dorozumianym elementem koncepcji dóbr pierwotnych (J. Rawls, *Reply to Alexander and Musgrave*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 241–242). Podkreśla to także Ripstein w pierwszym z artykułów przywołanych w przyp. 139.

<sup>141</sup> Jak wspominałem w rozdziale 1, jedną z głównych wad Rawlsowskiej zasady różnicy jest to, iż nie jest ona w stanie uwzględnić indywidualnej odpowiedzialności za usytuowanie w społeczeństwie (podrozdział 1.2 B). Jak słusznie podkreślają interpretatorzy, zasada różnicy nie tylko zaciemnia problem odpowiedzialności, ale może prowadzić do eliminacji pojęć wysiłku czy zasługi ze zbioru istotnych pojęć moralnych. Por. G. Sher, *Effort, Ability, and Personal Desert*, „*Philosophy & Public Affairs*” 1979, t. 8, nr 4, s. 361–376; P.J. Steinberger, *Desert and Justice in Rawls*, „*The Journal of Politics*” 1982, t. 44, nr 4, s. 983–995. Jest to jeszcze jeden argument przeciwko zasadzie różnicy.

Podejście Rawlowskie, w którym akcentuje się podział odpowiedzialności, oznacza, że prawo prywatne nie jest po prostu środkiem dystrybucji dóbr; jest raczej narzędziem w rękach obywateli warunkującym jakąkolwiek dystrybucję. Rawls wyraźnie podkreśla, iż „bez społecznej kooperacji nic nie byłoby wytwarzane, a zatem nie byłoby czego dystrybuować” (*JaF:R*, § 18.1: 61). Moja interpretacja idei społeczeństwa dobrze urządzonego zmierzała do wykazania, że kooperacja nie jest możliwa bez prawa. Kooperacyjna koncepcja prawa, pomimo że jest koncepcją publicznych instytucji, kładzie więc duży nacisk na prawo prywatne<sup>142</sup>. Uprawnienia obywateli o charakterze prywatnoprawnym nie są w myśl tej koncepcji przyznawane tylko po to, żeby zwiększyć dobrobyt czy też dostarczyć jakichś bodźców ekonomicznych do takich czy innych działań mających zapewnić wymagany efekt dystrybucyjny<sup>143</sup>. Mają one swoją samoistną wartość, wynikającą przede wszystkim z idei obywatelskiej wolności, wedle której każdy jest źródłem ważnych roszczeń do realizacji swej koncepcji dobra. I chociaż uprawnienia wynikające z własności czy umów nie są w mocnym, iusnaturalistycznym sensie pierwotne wobec państwa i prawa, to państwo i prawo muszą je ustanowić, jeżeli mają spełnić liberalną zasadą legitymacji. Kiedy już owe uprawnienia zostaną ustanowione, są pierwotne wobec wszelkich następczych działań, które w ten czy inny sposób ich dotyczą. Prawo prywatne nie jest zatem po prostu „prawem publicznym w przebraniu”<sup>144</sup>. Struktura podstawowa reguluje ład prywatny (być może także ingerując w prywatne uprawnienia), lecz paradoksalnie, to właśnie ład prywatny jest warunkiem istnienia ładu publicznego i dlatego każda ingerencja musi mieć dobre publiczne uzasadnienie. Prawo prywatne jest więc bez wątpienia jedną z głównych trosk wspólnoty politycznej pojednanej poprzez publiczne użycie rozumu<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> Obrazowy argument za doniosłością prawa prywatnego (w szczególności prawa umów) podają Zweigert i Kötz. Jak podkreślają ci autorzy, tak banalna sprawa jak kupno krzesła w sklepie meblowym wymaga „istnej kaskady umów”, poczynając od ścięcia drzewa, a na sprzedaży krzesła (w sklepie działającym także na podstawie niezliczonych umów) kończąc. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung...*, s. 317. Nowoczesny świat społeczny nie mógłby funkcjonować ani przez chwilę, gdyby nagle zniknęła prawna instytucja umowy.

<sup>143</sup> Podobnie A. Ripstein, *Private Order...*, s. 1392.

<sup>144</sup> Ideę prawa prywatnego jako „prawa publicznego w przebraniu” przedstawia L. Green, *Tort law: Public Law in Disguise*, „Texas Law Review” 1960, t. 38, s. 257–269.

<sup>145</sup> Inny, szczególnie przypadek prawa prywatnego to prawo rodzinne. Chociaż stosunki rodzinne także stanowią podstawę ładu społecznego, rodzina jest szczególną instytucją przynależącą przede wszystkim do kultury podłoża, nie zaś do publicznego forum politycznego. Dlatego kooperacyjna koncepcja prawa traktuje rodzinę w sposób analogiczny do związków wyznaniowych, choć jest ona w większym stopniu przedmiotem regulacji struktury podstawowej. Ponieważ rodzina jest formą reprodukcji społeczeństwa, stanowi przedmiot zainteresowania z perspektywy dobra wspólnego. Prawo winno więc uregulować podstawowe sprawy stałych związków o charakterze seksualnym (modne ostatnio pytanie o „nietradycyjne” formy małżeństwa pozostaje tu otwarte – por. *JaF:R*, § 50), a także winno wprowadzić pewne ograniczenia w swobodzie rodzicielskiej, na przy-

Taka koncepcja prawa prywatnego jest w moim przekonaniu zgodna z jego podstawowym rozumieniem obecnym w tradycji państw demokratycznych. Swoboda umów, będąca nieodzowną częścią każdego nowoczesnego porządku prawnego, ma swoje ugruntowanie przede wszystkim w liberalnej zasadzie autonomii woli. Paradigmatyczny zapis art. 1134 francuskiego *Code civil*, który głosi: „Umowy prawnie zawarte stają za prawo dla tych, którzy je zawarli”, byłby pozbawiony sensu w oderwaniu od koncepcji autonomicznej, rozumnej jednostki realizującej swą koncepcję dobra. Jak pamiętamy, Rawlsowska koncepcja obywatela opiera się właśnie na autonomii o charakterze prawnym, nie zaś na autonomii w sensie rozległej doktryny etycznej. Normatywna koncepcja obywatela stanowi więc głębokie uzasadnienie swobody umów. Koncepcja kooperacyjna przyjmuje, iż podstawy prawa prywatnego mają charakter autoteliczny – uznaje się tu samoistną wartość prawa prywatnego ze względu na jego ścisły związek z obywatelską wolnością. Pod tym względem Rawls pozostaje w tradycji liberalnej, a jego koncepcja przeciwstawia się uzasadnieniu zewnętrznemu i konsekwencjalistycznemu, które uznaje, że prawo prywatne ma wartość o tyle, o ile prowadzi do najbardziej efektywnej czy też najbardziej sprawiedliwej (w sensie sprawiedliwości rezultatu) dystrybucji. O ile uzasadnienie utylitarystyczne było obecne w kulturze prawnej od dawna<sup>146</sup>, to już uzasadnienie odwołujące się do sprawiedliwości rezultatu jest zjawiskiem stosunkowo nowym. Argumentacja ta polega na wskazaniu, że normatywną podstawą prawa prywatnego nie jest ani efektywność jego norm, ani wewnętrzna wartość jednostkowej autonomii, ucieleśnianej przez owe normy. Według tego uzasadnienia właściwym uzasadnieniem jest to, że normy prawa prywatnego prowadzą do jakiegoś pożądanego rezultatu społecznej dystrybucji<sup>147</sup>. To podejście jest pewną interpretacją doktryny Rawlsa, interpretacją, która kładzie nacisk na egalitarystyczny charakter zasad sprawiedliwości dla instytucji<sup>148</sup>. Jak pokazałem w powyższych rozważaniach, jest to interpretacja, która zupełnie zapoznaje Rawlsowską doktrynę podziału odpowiedzialności oraz wskazane przez niego zasady słuszności dla jednostek. Sądzę, że interpretacja

---

kład wymóg podstawowej edukacji dla wszystkich dzieci, zapewniający, że będą świadome swoich praw obywatelskich. Owo podejście Rawlsa spotkało się z krytyką z punktu widzenia feminizmu. Według tego nurtu podział na publiczne forum polityczne i kulturę podłoża utrwała patriarchalne stosunki społeczne (por. S.M. Okin, *Justice and Gender: An Unfinished Debate*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1573–1567). Rawls był jednak przekonany, iż (uzasadnione jego zdaniem) obiekcje feminizmu można z powodzeniem rozwiązać na gruncie koncepcji liberalizmu politycznego (por. M.C. Nussbaum, *Rawls and Feminism*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, s. 488–520).

<sup>146</sup> Por. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung...*, s. 316–318.

<sup>147</sup> Por. np. A.T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1069/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1069/) (dostęp: 20.02.2014).

<sup>148</sup> Najbardziej charakterystycznym przykładem tego rodzaju podejścia (jednym z jego źródeł jest doktryna Rawlsa) jest przywołana już książka L. Myrphy’ego i T. Nagela, *The Myth of Ownership...*, zwł. s. 73–75.



Rawlsa, którą proponuję w tej rozprawie, jest nie tylko bliższa kantowskiemu korzeniom filozofii Rawlsa, lecz także pozwala lepiej zrozumieć działania państwa ingerujące w prawo prywatne, które mają formę ograniczenia swobody umów lub też następczej ingerencji w rezultat umów przez podatki i transfery<sup>149</sup>. W myśl kooperacyjnej koncepcji prawa wszystkie te regulacje nie są wprowadzane, dlatego że są po prostu sprawiedliwe, lecz są sprawiedliwe, dlatego że dążą do wprowadzenia uczciwego usytuowania stron porozumień. Należy je zatem interpretować w świetle obywatelskiej autonomii, nie zaś sprawiedliwego lub efektywnego rezultatu dystrybucji.

### **3.3. Czy sprawiedliwość jest nadrzędnym pojęciem prawnym? Próba odpowiedzi w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego**

W poprzednich podrozdziałach zajmowałem się instytucjami, które uznałem za najważniejsze dla obrony tezy o kooperacyjnym charakterze prawa. Prezentacja Rawlowskiej doktryny konstytucyjnej miała na celu przede wszystkim ukazanie centralnej roli sprawiedliwego prawa w porządku politycznym. Była zatem próbą falsyfikacji twierdzeń o priorytecie sprawiedliwości i potrzebie prawa. Następnie zająłem się prawem prywatnym, ponieważ rzeczą absolutnie kluczową było dowiedzieć, iż wypracowana na gruncie kategorii Rawlowskich koncepcja prawa stosuje się bezpośrednio nie tylko do porządku ustrojowego, lecz także do porządku prawnego jako takiego. Wskazując głębokie normatywne podstawy prawa prywatnego, jakich dostarcza Rawlowska koncepcja prawa, doszedłem do wniosku, iż jest to niezwykle istotny dział prawa – to właśnie tutaj natura instytucji jako narzędzia sprawiedliwej kooperacji ukazuje się najwyraźniej. Ład prywatny, wprowadzany przede wszystkim dzięki instytucjom własności i umowy, wyraża autonomię obywatelską i warunkuje sprawiedliwą kooperację. Własność i umowy można traktować jako narzędzia kooperacji, którymi posługują się wolni obywatele realizujący swe koncepcje dobra. Natomiast regulacje struktury podstawowej, ingerujące w ład prywatny, należy rozumieć przede wszystkim jako zmierzające do zachowania równorzędności kooperujących podmiotów, która to równorzędność zapewnia sprawiedliwość kooperacji rozumianej jako czysta sprawiedliwość proceduralna.

Próba falsyfikacji tez rozprawy, którą podejmuję w tym rozdziale, nakazuje poprzestać na tychże instytucjach. Kooperacyjną koncepcję prawa można bez

---

<sup>149</sup> Tę niezwykle ważną zmianę w charakterze porządków prawnych Zachodu, która dokonała się w XX w. i stale się nasila w obecnym stuleciu, syntetycznie ujmują Zweigert i Kötz. Polega ona, z jednej strony, na masowym charakterze obrotu i powszechności umów adhezyjnych (tzn. takich, gdzie jedna ze stron nie ma rzeczywistego wpływu na treść postanowień umowy), z drugiej zaś – na prawnej ingerencji państwa w treść porozumień, mającą na celu obronę słabszej strony umowy (por. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung...*, s. 323–325).

wątpienia zastosować także do takich instytucji jak prawo karne<sup>150</sup>, prawo rodzinne<sup>151</sup> czy podatkowe<sup>152</sup>. Zajmowanie się nimi w ramach tej rozprawy groziłoby jednak utratą klarowności wyводу, skierowanego wyłącznie na obronę zaprezentowanych tez. I tak, na przykład, prawo podatkowe jest bez wątpienia kluczowym działem prawa z perspektywy sprawiedliwości społecznej; opodatkowanie jest jednym z głównych instrumentów, którym posługuje się państwo, realizując politykę społeczną. Podatki stanowią także najważniejszy z ciężarów społecznych, który jest ponoszony przez obywateli po to, by wspólnota polityczna i prawna mogła funkcjonować. A jednak z punktu widzenia kooperacyjnej koncepcji prawa rola prawa podatkowego jest, paradoksalnie, drugorzędna. Jeżeli prawo ma być rozumiane jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji, najważniejszymi działami prawa są te, które warunkują bezpieczne stowarzyszanie się obywateli. Bez wątpienia zaś właśnie opisane wyżej prawo konstytucyjne i wybrane instytucje prawa prywatnego pełnią właśnie tę funkcję. Prawo podatkowe natomiast należy do tej części struktury podstawowej, która ma zapewnić sprawiedliwość tła, czyli takie warunki społeczne, w których pomiędzy kooperującymi podmiotami będzie zachowana równowaga. I właściwie tyle wystarczy powiedzieć o tym działach prawa w kontekście koncepcji kooperacyjnej. Podobnie jest z prawem karnym. Problem kary związany jest z ochroną społecznej kooperacji, ponieważ kara traktowana jest jako (zasadniczo retrybucyjna) przywrócenie równowagi pomiędzy obywatelami. Owa równowaga opiera się na zasadach publicznej moralności i konstruowanym w oparciu o rozum publiczny, uznanym porządku prawnym<sup>153</sup>. Prawo karne ma zatem „drugorzędny charakter” w tym sensie, że raczej chroni ono porządek prawny niż stanowi jego podstawę czy też jakiś paradygmat dla pojęcia prawa<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Warto w tym kontekście przywołać, obok pracy B. Wojciechowskiego, monografię J. Adlera, *The Urgings of Conscience: A Theory of Punishment*, Temple University Press, Philadelphia 1992. Autor proponuje (zasadniczo retrybucyjną) teorię kary, w której centralne znaczenie ma oparta na konstrukcji sytuacji pierwotnej kategoria „zgody dyktowanej sumieniem” (tzw. *conscientious paradigm*). Normy prawa karnego są więc przedstawiane jako publicznie uzasadnione i w tym sensie godne zinternalizowania. Kooperacyjna koncepcja prawa zawiera podobną koncepcję prawa karnego, opierającego się na pewnej uniwersalnej (choć uniwersalnej w słabym sensie) ważności zinstytucjonalizowanych zasad słuszności uznanych we wspólnocie konstruktywistycznej (por. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009, s. 279–289).

<sup>151</sup> Por. S. Freeman, *Rawls*, s. 235–242.

<sup>152</sup> Por. L. Sugin, *Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax System*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1991–2014.

<sup>153</sup> Por. B. Wojciechowski, *Interkulturowe...*, s. 357.

<sup>154</sup> Zwróćmy uwagę, iż w klasycznej, twardej wersji pozytywizmu prawo karne wydaje się właśnie takim paradygmatem. Skoro prawo to nic więcej jak nakaz lub zakaz suwerena obwarowany sankcją, prawu karnemu najbliższym jest do istoty prawa. Co prawda na przykład pozytywista Bentham również traktował prawo karne jako „zwięźczenie prawa cywilnego”, lecz zarazem uznawał, że prawo karne po prostu chroni interes społeczny, nie zaś „przywraca równowagę” w sensie odplaty (por. T. Tulejski, *Od zasady użyteczności...*, s. 143–148). Dlatego w moim przekonaniu u Benthama czy Austina prawo rozumiane jest jako instrument kontroli społecznych zachowań i w tym sensie

Z tych właśnie powodów nie będę się już w tej rozprawie zajmował kolejnymi instytucjami prawa materialnego. Obrona kooperacyjnej koncepcji prawa wymaga jednak czegoś jeszcze. Choć mam nadzieję, iż dotychczasowe rozważania udowodniły, iż rozumienie prawa jako narzędzia kooperacji znajduje oparcie w tradycji instytucjonalnej państw liberalno-demokratycznych, kluczowa rola sprawiedliwości pozostaje wciąż w pewnym sensie pod znakiem zapytania. W rozdziale drugim usiłowałem obalić tezę pozytywizmu o rozdziale pojęć prawa i moralności wykazując, iż rozumienia prawa nie można oderwać od jego uzasadnienia, odsyłającego do publicznej moralności. Dlaczego jednak to właśnie sprawiedliwość, a nie na przykład dobro wspólne, ma być centralnym pojęciem tejże moralności? W rozdziale drugim starałem się to udowodnić na poziomie analitycznym, wykazując, że sprawiedliwość i prawo podpadają pod te same warunki formalne (aprioryczne warunki dla pojęcia słuszności). *A contrario*, dobro nie jest pojęciem pokrewnym prawu; choć powinno być celem prawa, nie określa jego pojęcia w ten sam sposób, w jaki czyni to pojęcie sprawiedliwości. Czy jednak takie rozumienie prawa ma oparcie w rzeczywistych instytucjach? Wydaje się, iż aby na owo pytanie odpowiedzieć, należy odwołać się nie tylko do prawa materialnego, lecz także do orzecznictwa. Szczególnie pomocne będzie tutaj orzecznictwo konstytucyjne<sup>155</sup>. Sam Rawls, jako przedstawiciel konstytucyjnego modelu demokracji, kładzie szczególny nacisk na potrzebę istnienia niezawisłego organu o charakterze sądowym, który stałby na straży „wyższego prawa”, zapobiegając „erozji prawa pod wpływem ustawodawstwa przejściowych większości, czy – co bardziej prawdopodobne – za sprawą zorganizowanych i dobrze ulokowanych wąskich grup interesu, umiejących się przebić” (*LP*, VI, § 6.2: 320)<sup>156</sup>.

---

opiera się przede wszystkim na prawie karnym (por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 37–44).

<sup>155</sup> Fragmenty tego podrozdziału wykorzystuję w moim tekście *Doktryny polityczno-prawne jako narzędzie interpretacyjne na przykładzie pojęcia sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] I. Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewski (red.), *Myślenie o polityce i prawie. Przedmiot, metoda, praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015. Analizuję w nim orzeczenia TK pod kątem możliwości ich interpretacji przez doktryny polityczno-prawne, nie zawężając badania do wypracowanej tutaj koncepcji prawa, tak jak czynię to w tym miejscu.

<sup>156</sup> Warto zwrócić uwagę na niepozytywistyczne konsekwencje takiego usytuowania sądu. Sąd bowiem, choć podlega ustawom zgodnym z konstytucją, odwołuje się nie tylko do prawa zapisanego w ustawie czy wyroku. Interpretując trudne przypadki (*hard cases*), sąd odwołuje się do ogólnej struktury prawa, która winna być spójna z publicznie uznanymi, ponadpozytywnymi zasadami (por. R. Dworkin, *Rawls and the Law*, „Fordham Law Review” 2004, nr 72, s. 1395). Osobnym problemem (którego nie podejmuję wprost w tej książce) jest (zasadniczo normatywna) teza Rawlsa, jakoby Sąd Najwyższy rzeczywiście mógł stosować jedynie rozum publiczny i pozbawiony był możliwości odwoływania się do rozległych doktryn. Warto zwrócić uwagę, że owa normatywna teza w niewielkim stopniu przystaje do praktyki konstytucyjnej. Por. R. Prostak, *Teista w demoliberalnym świecie*, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2014, s. 253–322; J. Waldron, *Public Reason and „Justification” in a Courtroom*, „Journal of Philosophy and Culture” 2007, t. 1, s. 107–137.

Pisząc to, Rawls miał na myśli przede wszystkim model amerykańskiej *judicial review*, gdzie ostateczną instancją jest *Supreme Court*<sup>157</sup>. Wydaje się jednak, iż (zgodnie z tezą o uniwersalności idei rozumu publicznego) Rawls sądził zarazem, że analogiczne rozwiązania instytucjonalne są zasadne również w pozostałych państwach demokratycznych. Dlatego, aby odpowiedzieć na pytanie o centralną rolę sprawiedliwości w „moralności publicznej”, dokonam analizy orzecznictwa naszego Trybunału Konstytucyjnego. Zastanowię się mianowicie, na ile konstytucyjna zasada sprawiedliwości społecznej, którą stosuje TK w swoim orzecznictwie, może dostarczyć materiału dla falsyfikacji tezy o centralnym charakterze sprawiedliwości w myśleniu o prawie w ogóle<sup>158</sup>. Zakres i cele tej analizy są ograniczone – przedstawienie syntetycznego i zupełnego obrazu zasady sprawiedliwości społecznej w orzecznictwie TK jest tu niepotrzebne<sup>159</sup>. Interesuje mnie tu jedynie, jakim pojęciem sprawiedliwości społecznej posługuje się TK oraz czy da się to pogodzić z tezami tej rozprawy.

Punktem wyjścia rozważań jest Artykuł 2 Konstytucji RP, który stanowi, iż „Rzeczpospolita jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Fakt, iż odwołanie do sprawiedliwości następuje w jednym z pierwszych przepisów Konstytucji, bezpośrednio po zasadzie dobra wspólnego (Art. 1), świadczy o wielkiej wadze, jaką ustawodawca konstytucyjny przywiązuje do sprawiedliwości. Z samego brzmienia przepisu trudno jest jednak wywnioskować, czy formułę „demokratycznego państwa prawnego realizującego zasady sprawiedliwości społecznej” należy rozumieć jako nierozdzieloną<sup>160</sup>

<sup>157</sup> *Supreme Court* nie jest jednak zdaniem Rawlsa dzierżycielem najwyższej władzy. Odpowiednio stabilna większość konstytucyjna może wprowadzić w konstytucji zmiany także wbrew woli sędziów, forsując w ten sposób swoje rozumienie konstytucji (por. *LP*, VI, § 6.2: 321).

<sup>158</sup> Orzecznictwo TK jest o tyle przydatne, iż rozstrzygając sprawy na podstawie klauzul odsyłających i ogólnych zasad konstytucyjnych, Trybunał szeroko czerpie z myśli filozofów, nie zawsze wprost ich cytując. Wydaje się to cechą charakterystyczną kontynentalnej kultury prawnej, gdzie prawo było kierunkiem nauczonym na uniwersytetach, przeto prawoznawstwo uznawane było – podobnie jak wówczas filozofia – za naukę. Jak wskazuje N. Rao, w amerykańskiej kulturze prawnej (gdzie prawo było pierwotnie rozumiane jako dziedzina czysto praktyczna, nie zaś naukowa), odwołania do filozofów były nadzwyczaj sporadyczne (np. w latach 1901–1925 filozofów wspomniano w 3 wyrokach *Supreme Court*). Od połowy lat 70. obserwujemy tendencję wzrostową, lecz dzieła filozofów cytowane są w dość szczególnym kontekście – w sprawach, w których występuje kontrowersja natury ideowej. Myśl filozoficzna jest zatem w pewnym sensie zinstrumentalizowana i służy jako środek perswazyjny (por. N. Rao, *A Backdoor to Policy Making: The Use of Philosophers by the Supreme Court*, „The University of Chicago Law Review” 1998, t. 65, s. 1371–1401).

<sup>159</sup> Warto podkreślić, iż próby takie zostały podjęte już w piśmiennictwie polskim. Zob. S. Tkacz, *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2003.

<sup>160</sup> Ujęcia podręcznikowe czy komentarze najczęściej traktują zasadę sprawiedliwości społecznej jako implikację czy też zasadę składową zasady demokratycznego państwa prawnego. Por. np. W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2008, s. 108; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 54.

czy też jako wskazującą na dwie treściowo odrębne zasady. W pierwszym przypadku należałoby stwierdzić, iż w Artykule 2 Konstytucji zapisana jest zasada demokratycznego państwa prawnego, zaś sprawiedliwość społeczna byłaby za ledwie jej częścią składową. W drugim zaś przypadku przepis zawierałby dwie odrębne, choć ściśle ze sobą sprzężone, zasady: demokratycznego państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej.

W podrozdziale 3.1 wskazywałem co prawda, że zasada państwa prawnego czy rządów prawa związana jest z priorytetem sprawiedliwości, chodziło jednak wyłącznie o wykazanie, że każde demokratyczne państwo prawne winno opierać się między innymi na zasadach sprawiedliwości społecznej<sup>161</sup>, co jeszcze nie oznacza tożsamości dwu dyskutowanych zasad. Wszak nie każde państwo realizujące zasady sprawiedliwości społecznej jest demokratycznym państwem prawnym. Historia idei politycznych pokazuje, że odwołanie do sprawiedliwości „bez rządów prawa” jest jak najbardziej możliwe – na przykład w państwie faszystowskim prawo jest podporządkowane i służebne względem woli wodza, zatem o demokratycznym państwie prawnym nie może być mowy – zarazem jednak odwołanie do sprawiedliwości społecznej (wraz z solidaryzmem społecznym) jest w doktrynie faszyzmu bardzo wyraźne<sup>162</sup>. Samo odwołanie się do sprawiedliwości społecznej nie jest zatem, przynajmniej *prima facie*, sprzeczne z autorytarnym charakterem państwa. Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia w państwach socjalistycznych, które nawet w sferze postulatywnej dalekie były od przyjmowania zasady demokratycznego państwa prawnego, lecz realizacja sprawiedliwości społecznej stanowiła o ich konstytucyjnej i ideologicznej tożsamości<sup>163</sup>. Z tych

<sup>161</sup> W tym duchu utrzymane jest orzecznictwo TK, jak choćby w wyroku z 12.04.2000, gdzie Trybunał wskazuje, iż: „[n]ie jest demokratycznym państwem prawnym państwo, które nie realizuje idei sprawiedliwości, przynajmniej pojmowanej jako dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymywanie się od kreowania nieusprawiedliwionych, niepartycznych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli” (wyr. TK z 12.4.2000 r., K8/98). Nie zgadzam się jednak z Bogusławem Banaszakiem, który z tego orzeczenia (w przywołanym już fragmencie swego *Komentarza*) wywodzi tezę, iż dwóch dyskutowanych zasad nie należy traktować jako odrębnych wzorców konstytucyjnych. W moim przekonaniu owo orzeczenie wskazuje jedynie na wymóg realizacji zasad sprawiedliwości społecznej przez demokratyczne państwo prawne, nie oznacza on jednak utożsamienia obydwu idei czy wzorców.

<sup>162</sup> Por. E. Gentile, *Początki ideologii faszystowskiej*, przeł. T. Wituch, Wydawnictwo UW, Warszawa 2011, s. 114–126.

<sup>163</sup> Przypomnijmy, iż zasada sprawiedliwości społecznej była wyrażona w art. 5 Konstytucji PRL w brzmieniu z 1976 r. Przepis stanowił, iż „Polska Rzeczpospolita Ludowa [...] urzeczywistnia zasady sprawiedliwości społecznej, likwiduje wyzysk człowieka i przeciwdziała naruszeniu zasad współżycia społecznego”. O istotnej roli sprawiedliwości społecznej w tamtym czasie świadczy także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego z okresu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Na przykład w orzeczeniu z dnia 9 marca 1988 r. (U. 7/87) Trybunał stwierdził, że „[p]rzyjęte przez państwo socjalistyczne założenie, że celem ustroju jest nie tylko formalna, lecz także faktyczna równość członków społeczeństwa sprawia, że sprawiedliwość społeczna jest kluczowym problemem z punktu widzenia realizacji programu tego państwa, kwestią podstawową w aksjologii społecznej”.



historyczno-doktrynalnych względów przyjmuję, iż zasada sprawiedliwości społecznej jest zasadą odrębną i do pewnego stopnia autonomiczną względem zasady demokratycznego państwa prawnego. Uznaję więc, że podstawą poszukiwań pojęcia sprawiedliwości stosowanego przez TK jest zawarta w Art. 2 klauzula generalna, zawierająca odesłanie ocenne do pozaprawnego pojęcia sprawiedliwości<sup>164</sup>.

Pierwsze istotne dla tego zagadnienia jest Orzeczenie z dnia 19 marca 1988 r. (U. 7/97). Pomimo faktu, iż zostało ono wydane w odmiennych warunkach politycznych (w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej) oraz w innym porządku prawnym (socjalistyczny porządek prawny pod rządami Konstytucji PRL), duża część argumentacji z tego orzeczenia została utrzymana przez TK w latach po upadku PRL i stanowi element tradycji orzeczniczej, z której korzysta się także współcześnie. W orzeczeniu tym (orzekając o niekonstytucyjności zasad przydziału opału zawartych w uchwale Rady Ministrów z dnia 17 lipca 1987 r.) Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż w stosowaniu zasady sprawiedliwości społecznej ogranicza się do sprawiedliwości rozdzielczej (dystrybucyjnej)<sup>165</sup>. Wniosek, na podstawie którego orzekano, dotyczył bowiem zasad przydziału opału na cele bytowe, czyli dotyczył dystrybucji prawa nabycia dobra deficytowego (w warunkach gospodarki centralnie planowanej). Jasno wynika z tego, że to właśnie reguły dystrybucji, nie zaś retribucji były przedmiotem rozstrzygnięcia. Punkt wyjścia jest tu zatem bardzo podobny do Rawlowskiego. Zarówno w orzecznictwie trybunalskim, jak i w filozofii politycznej Johna Rawlsa sprawiedliwość to przede wszystkim sprawiedliwość rozdzielcza<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> Takie rozumienie klauzuli generalnej przyjmuję za: L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, UMCS, Lublin 1986, s. 14–20. Na fakt, iż Art. 2 Konstytucji RP zawiera klauzulę generalną wskazuje np. M. Śliwka, *Sprawiedliwość społeczna jako klauzula generalna na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [www.kulturaihistoria.umcs.lublin.pl/archives/1904](http://www.kulturaihistoria.umcs.lublin.pl/archives/1904) (dostęp: 12.01.2014).

<sup>165</sup> Warto przypomnieć, iż podział na różne rodzaje sprawiedliwości pochodzi od Arystotelesa, który w V księdze słynnej *Etyki nikomachejskiej* wyróżnił cztery rodzaje sprawiedliwości: dystrybucyjną (rozdzielczą), retribucyjną (wyrównawczą), polityczną oraz proporcjonalną. Sprawiedliwość rozdzielcza „odnosi się do rozdzielania zaszczytów lub pieniędzy, lub innych rzeczy które mogą być przedmiotem rozdziału pomiędzy uczestników wspólnoty państwowej” (Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, przeł. D. Gromska, PWN, Warszawa 2007, s. 172, [1130b]), podczas gdy ze sprawiedliwością wyrównawczą mamy – zdaniem Arystotelesa – do czynienia „w rodzących zobowiązania stosunkach pomiędzy ludźmi” (ibidem, s. 175 [1131b]). Dotyczy ona wzajemnej równowagi pomiędzy poszczególnymi jednostkami, nie zaś ogólnego sposobu rozdzielania uprawnień na poziomie ustrojowym. Wykonują ją sędziowie stosujący prawo, które „baczy tylko na to, czy ktoś postąpił niesprawiedliwie, a ktoś drugi doznał krzywdy lub czy ktoś komuś wyrządził szkodę, a tamten ją poniósł” (ibidem, s. 175, [1132a]). Dla Rawlsa pierwszym i najważniejszym rodzajem sprawiedliwości jest właśnie sprawiedliwość dystrybucyjna.

<sup>166</sup> Warto jednak zauważyć, że na podstawie Rawlowskiej teorii sprawiedliwości dystrybucyjnej może być także zbudowane pojęcie sprawiedliwości politycznej (sprawiedliwość konstytucyjnej) czy retribucyjnej (delikty, prawo karne). Tą ostatnią jednak, dla klarowności wyводу, bliżej się nie zajmowałem.



Czy jednak Rawlowskie pojęcie sprawiedliwości, którym posługiwałem się na kartach tej rozprawy, pokrywa się z pojęciem stosowanym przez nasz Trybunał? Jak wskazano w analizowanym orzeczeniu, podstawowym założeniem sprawiedliwości dystrybtywnej jest „idea jednakowego traktowania wszystkich ludzi w obrębie określonej klasy (kategorii). Być sprawiedliwym – czytamy dalej w orzeczeniu – to jednakowo traktować istoty równe z pewnego punktu widzenia, tj. mające tę samą cechę charakterystyczną, istotną dla danej klasy (kategorii) ludzi (np. potrzeby, wyniki pracy, zdolności, zasługi)”. Widać tu wyraźnie ścisłe powiązanie pojęcia sprawiedliwości z równością, a dokładniej z równym traktowaniem. Szczególnie znamieny jest w tym kontekście fakt, iż we wniosku zaskarżano naruszenie zasady równego traktowania obywateli PRL wobec prawa (art. 67 ust. 2 ówczesnej Konstytucji), nie zaś zasady sprawiedliwości społecznej. Trybunał jednak postanowił rozszerzyć zakres badania także na zgodność z art. 5 pkt. 5 ówczesnej Konstytucji, tj. z konstytucyjną zasadą sprawiedliwości społecznej. Równość wobec prawa jest zatem zdaniem TK jedną z naczelných wartości sprawiedliwości rozdzielczej. Nie chodzi tutaj o mechaniczną, ścisłą równość dystrybucji, lecz o zachowanie odpowiedniej proporcji w kreowaniu prawnego usytuowania podmiotów, stosownie do relewantnych z punktu widzenia danej sprawy cech. W analizowanym orzeczeniu wymóg ten nazwano zasadą relewantności. Czytamy w nim:

Zgodnie z zasadą sprawiedliwości rozdzielczej „równych należy traktować równo”, a „podobnych należy traktować podobnie”. W przypadku tej drugiej formuły przy normowaniu zasad rozdziału dóbr i przyznawaniu prawa do nabycia tych dóbr powinno się uwzględniać w jakim stopniu (natężeniu) występują u poszczególnych osób (kategorii osób) pewne cechy brane pod uwagę w procesie rozdziału danych dóbr. Wymieniona zasada zakłada zatem istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych osób (kategorii) a należnym im traktowaniem (zasada relewantności).

Rozumienie sprawiedliwości rozdzielczej w niniejszym orzeczeniu jest naczynowane przede wszystkim myśleniem Arystotelesa, co niezwykle łatwo wykazać<sup>167</sup>. Dla tego ostatniego, choć w polskim przekładzie jego dzieł jest mowa o proporcjonalności, nie zaś o zasadzie relewantności, „tym, co sprawiedliwe, jest to, co proporcjonalne, a to, co wykracza przeciw proporcji, jest niesprawiedliwe. [...] Bo kto postępuje niesprawiedliwie, ma zbyt wiele, a kto jest pokrzywdzony, ma za mało tego, co dobre”<sup>168</sup>. Rozumowanie zawarte w analizowanym orzeczeniu podąża tymi samymi ścieżkami; sprawiedliwość jest rozumiana jako równowaga

<sup>167</sup> Jest to szczególnie ciekawe w kontekście faktu, że chociaż PRL była państwem opartym na ideologii marksistowskiej, a Konstytucja wprost odwoływała się np. do zniesienia wyzysku, to zasadniczy rdzeń pojęcia sprawiedliwości stosowanego przez TK nie jest marksistowski; identyfikując pojęcie sprawiedliwości Trybunał nie odwołuje się bowiem ani do wyzysku, ani nie czerpie wprost z utopijnej Marksowskiej formuły sprawiedliwości w społeczeństwie komunistycznym (od każdego według zdolności, każdemu według potrzeb).

<sup>168</sup> Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, s. 175, [1131 b].

w sytuacji podmiotów, gdzie probierzem owej równowagi jest relewantna dla danego przypadku cecha. Ustalenie, jaka to cecha, odbywa się zawsze *ad hoc*, czy to na podstawie wartości politycznych przyjmowanych w danym państwie, czy też na podstawie zdrowego rozsądku. Takie rozumienie sprawiedliwości (co ciekawe, przyjmowane jako oficjalna wykładnia konstytucji w państwie socjalistycznym) nie jest ściśle egalitarne. Trybunał orzeka wyraźnie, iż dystrybucja powinna pozostawać w stosownej proporcji do natężenia, w jakim występują relewantne cechy. Jest to w gruncie rzeczy powtórzenie myśli Arystotelesa, że „jeśli nie ma równości między [...] osobami, to nie powinny też mieć równych udziałów”<sup>169</sup>.

Co jednak istotne dla celów tej rozprawy, Arystotelesowe znaczenie „sprawiedliwości” nie wyczerpuje trybunalskiego rozumienia tego terminu. Zasadniczą różnicą pomiędzy starogreckim pojęciem sprawiedliwości rozdzielczej a nowoczesną zasadą sprawiedliwości społecznej, którą interpretuje i stosuje Trybunał, jest ściśle prawny charakter tej ostatniej. Bez wątpienia w myśleniu Arystotelesa sprawiedliwość rozdzielcza osadzona jest głęboko w kontekście *p o l i t y c z n y m*; to w polis właśnie dokonuje się rozdział „zaszczytów i pieniędzy”, stąd kryterium rozdziału jest zależne od ustroju danej *polis*. Brakuje jednak bezpośredniego odwołania się do kontekstu ściśle *p r a w n e g o*, który dla TK jest czymś bardziej niż oczywistym. Przednowożytny koncepcje sprawiedliwości dystrybucyjnej nie są jeszcze tak ściśle powiązane z myśleniem w kategoriach zasad prawnych czy praw podstawowych, a nadrzędnym pojęciem jest w ich przypadku nie słuszność, lecz cnota. Dla nowoczesnego myślenia o sprawiedliwości naturalny punkt odniesienia stanowią zaś podstawowe uprawnienia. W analizowanym orzeczeniu TK stwierdza się wyraźnie, iż ocenie zgodności z zasadą sprawiedliwości społecznej podlega nie tyle rozkład dóbr jako taki, co raczej *s y t u a c j a p r a w n a o b y w a t e l i*, którą kształtują zaskarżone przepisy. W orzeczeniu czytamy:

Analizując treść przepisów uchwały Nr 108 Rady Ministrów Trybunał Konstytucyjny doszedł do wniosku, że ustanawiają one w istocie prawo podmiotowe szerokich kręgów obywateli do nabycia deficytowego dobra, jakim jest opał w postaci węgla i jego przetworów. [...]

Powyższe prawo obywateli do nabycia opału ustalone zostaje normami prawa administracyjnego zawartymi w uchwale Nr 108 Rady Ministrów, wydanej na podstawie ustawy. Pozostawiając w tym miejscu na uboczu sprawę formy aktu normatywnego, ustanawiającego przedmiotowe prawo podmiotowe, należy przyjąć, że przepisy uchwały Nr 108 Rady Ministrów kształtują bez wątpienia sytuację obywatela i samodzielnych jednostek gospodarki społecznej także w sferze cywilnoprawnej swobody zawierania umów. Umowa kupna-sprzedaży, która jest formą realizacji omawianego tutaj prawa, zostaje poważnie zdeterminowana przepisami uchwały w ten sposób, że istotne elementy umowy (strony umowy, treść umowy co do rodzaju i ilości opału) zostają z góry określone.

<sup>169</sup> Ibidem, s. 173 [1131 a]. Dodać należy, iż w przypadku tego orzeczenia TK opowiedział się za równą dystrybucją prawa do nabycia opału; o ile zatem tenor orzeczenia był równościowy, to uzasadniono je za pomocą nieegalitarystycznej i niemarksistowskiej argumentacji. Nie zmienia to faktu, iż Trybunał uznawał egalitarystyczną aksjologię państwa socjalistycznego, która jednak w analizowanym orzeczeniu pełni jedynie funkcję perswazyjną, nie stanowi zaś sedna argumentacji.

Przywołany fragment orzeczenia wskazuje, iż klasyczne rozumienie sprawiedliwości rozdzielczej jako proporcjonalności połączone jest z nowoczesnym przekonaniem, iż sprawiedliwość społeczna dotyczy przede wszystkim prawnego usytuowania obywatela. Takie ujęcie sprawiedliwości społecznej bliskie jest pojęciu Rawlowskiemu. Jak pamiętamy, u Rawlsa głównym przedmiotem sprawiedliwości jest struktura podstawowa, a ta ostatnia, jak wskazałem w poprzednim podrozdziale, to przede wszystkim instytucje prawne, które w sposób „przymusowy” kształtują społeczną sytuację obywatela. Trybunał, choć nie posługuje się tym terminem technicznym, zdaje się twierdzić, iż dane akty normatywne podlegają ocenie z perspektywy sprawiedliwości właśnie o tyle, o ile należą do struktury podstawowej.

Ślady filozofii politycznej Rawlsa są obecne wyraźniej w rozumieniu sprawiedliwości społecznej w późniejszych orzeczeniach, już pod rządami obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej. W wyroku z dnia 22 grudnia 1997 r. TK tym razem *explicitie* uznaje, idąc za Johnem Rawlsem, że przedmiotem sprawiedliwości społecznej jest „fundamentalna struktura społeczeństwa”. Trybunał zatem wyraża to, co w sposób milczący zdawał się przyjmować już w latach 80. Uzasadnienie wyroku podąża za autorem *Teorii sprawiedliwości* także wtedy, gdy identyfikuje treść zasady sprawiedliwości społecznej. W analizowanym orzeczeniu czytamy:

Jego [Johna Rawlsa – M.R.] zdaniem wszelkie sporne wartości – wolność i możliwości, dochód i bogactwo oraz podstawy szacunku dla samego siebie – mają być równo rozdzielone, chyba że nierówna dystrybucja jakiegokolwiek (czy też wszystkich) spośród tych wartości jest korzystna dla każdego. (J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, PWN, Warszawa 1994, s. 89 [wyd. z 2009, s. 107 – M.R.]).

TK znów stroni od terminów technicznych Rawlsa, lecz pod pojęciem „spornych wartości”, których przykłady podaje TK w przywołanym cytacie, kryją się po prostu dobra pierwotne. Jak pamiętamy, dobra pierwotne, wprowadzone w miejsce dobrobytu czy dobrostanu, którym zajmuje się utylitaryzm, stanowią podstawę porównań międzyjednostkowych na użytek teorii sprawiedliwości. Oznaczają, w największym skrócie, pewne uniwersalne środki pozwalające na realizację dowolnej koncepcji dobra czy dobrego życia. Sądzę, iż dobra pierwotne pojawiają się w orzeczeniu nie przypadkiem czy też z powodów perswazyjnych, czy stylistycznych. Jak argumentowałem we wcześniejszych fragmentach rozprawy, dobra pierwotne wyznaczają ogólną sytuację prawno-społeczną obywatela, nie są natomiast łączone z satysfakcją czy dobrobytem. Dlatego nadają się szczególnie do rozważań o charakterze prawnym, ze względu na ich zobiektywizowany charakter i stosunkową łatwość porównań sytuacji jednostek czy grup, dokonywanych na ich podstawie. Warto jednak zwrócić uwagę, iż TK nie odwołuje się w tym miejscu do Rawlowskiej koncepcji sprawiedliwości (sprawiedliwości jako bezstronności), lecz jedynie do ogólnej idei czy do pojęcia sprawiedliwości. W istocie, przyjęta w wyroku wcześniejszym zasada relewantności może

niejednokrotnie wchodzić w konflikt z zasadą różnicy. Trybunał nie posługuje się jednak formułą „korzyści najgorzej sytuowanych”, lecz „korzyści każdego”. Jak pamiętamy, sformułowanie „z korzyścią dla każdego” może być rozmaicie interpretowane i potencjalnie prowadzi do wielu odmiennych (mniej lub bardziej egalitarnych) koncepcji sprawiedliwości. Zarówno Rawlsowska zasada różnicy, jak i zasada autentycznej równości szans w połączeniu z zasadą średniej użyteczności lub też zasada karier otwartych przed talentami w połączeniu z zasadą efektywności stanowią możliwe interpretacje ogólnej idei sprawiedliwości jako usprawiedliwionych nierówności.

Wydaje się, iż Trybunał, pozostawiając miejsce na wszystkie tego typu koncepcje, postępuje tutaj z dużą roztropnością. Zważywszy na poważne filozoficzne kontrowersje, jakie budzi idea pełnego i powszechnego konsensu co do sprawiedliwości, tak kontrowersyjna zasada jak zasada różnicy nie nadaje się na konstytucyjną zasadę sprawiedliwości społecznej. Wybór jakiegokolwiek substancjalnej koncepcji sprawiedliwości i zastosowanie jej do określenia zasady konstytucyjnej byłby w gruncie rzeczy arbitralnym rozwiązaniem dysputy toczącej się na publicznym forum politycznym. Dlatego jeżeli sąd konstytucyjny ma być „wzorcem publicznego rozumu”, musi rozstrzygać spory nie w sposób arbitralny, lecz czynić to w zgodzie z otwartymi kategoriami publicznego forum politycznego. Wydaje się, iż w powyższych orzeczeniach Trybunał postępuje właśnie w ten sposób. Poszukuje rozumnych podstaw dla swoich rozstrzygnięć, pozostawiających jednak pewną swobodę dalszych ich interpretacji i zgodnego z nimi orzekania. Dlatego za konstytucyjną zasadę sprawiedliwości społecznej wystarczy jedynie pewne ogólne pojęcie równości podmiotów jako obywateli oraz zasada relewantności, a sprawiedliwość jest rozumiana po prostu jako przeciwieństwo arbitralności, wymagająca, by „różnicowanie prawne poszczególnych podmiotów (ich kategorii) pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych podmiotów”<sup>170</sup>.

Myśl ta jest zasadniczo kontynuowana w nowszym orzecznictwie. Na przykład w wyroku z 22 maja 2013 r. (P 46/11) Trybunał uznaje, iż istotą sprawiedliwości jest dążenie do równowagi społecznej oraz „powstrzymanie się od kreowania nieusprawiedliwionych, niepopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli”. Konstytucyjna zasada sprawiedliwości społecznej jest po raz kolejny ściśle związana z ideą równości wobec prawa, przy zachowaniu adekwatności sytuacji prawnej jednostki względem jej relewantnych cech. Ponadto, zdaniem Trybunału, „[z]asada sprawiedliwości społecznej może więc być pojmowana jako czynnik prowadzący do słusznego (sprawiedliwego) wyważenia interesu ogółu (dobra wspólnego) i interesów jednostki (zob. wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98)”. Po raz kolejny zasada

---

<sup>170</sup> D. Górecki (red.), *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 44.

sprawiedliwości społecznej okazuje się wieloznaczną i o otwartej treści, pozostawiając pewną swobodę, konieczną by w trudnym przypadku (a tylko z takimi ma do czynienia TK) właściwie wyważyć racje.

Taka otwartość czy pewna treściowa niedookreśloność zasady może wydawać się jej wadą, lecz jedynie z filozoficznego punktu widzenia. Z punktu widzenia prawa jest zupełnie odwrotnie. Zwróćmy uwagę, jak absurdalne konsekwencje miałyby przyjęcie przez sąd jakiejś substancjalnej koncepcji sprawiedliwości, czyli uczynienie tego, o co zabiegają filozofowie. Załóżmy, iż sędziowie zostali tak mocno przekonani argumentacją utylitarystów w rodzaju Harsanyi'ego, iż uznają, że sprawiedliwość społeczna wymaga maksymalizacji średniej użyteczności. Gdyby okazało się, iż dana ustawa nie promuje średniej użyteczności, musiałaby zostać każdorazowo uznana za sprzeczną z konstytucyjną zasadą sprawiedliwości społecznej. Analogicznie, gdyby sędziowie uznali, iż nierównościami społecznymi winna rządzić zasada różnicy, wówczas każda legislacja, która nie powiększa długofalowych oczekiwań najgorzej sytuowanych, łamałaby zasadę konstytucyjną. System prawny rozpadłby się spektakularnie, raczej szybciej niż wolnej. Tymczasem praktyka polskiego sądu konstytucyjnego pokazuje, że wystarczy otwarte i formalne pojmowanie zasady sprawiedliwości społecznej – spełnia ona wówczas swoją funkcję ważenia społecznych interesów i roszczeń, nie prowadząc zarazem do absurdalnych konsekwencji.

Czy oznacza to, że moja próba wskazania zasad sprawiedliwości jako zasad prawnych musi zakończyć się fiaskiem? Czy sprawiedliwość z powyższych powodów nie może być nadrzędnym pojęciem prawnym? Nie sądzę, by tak było. Orzecznictwo TK potwierdza jedynie słuszność tezy o otwartej treści rozumu publicznego. O ile za poszczególnymi regulacjami zwykłego prawa niejako z konieczności stoją różne treściowo wyraźnie określone koncepcje sprawiedliwości (uzasadnienie większości ustaw niejako z konieczności odsyła do konkretnych zasad sprawiedliwości), to na poziomie konstytucyjnym wystarczy jedynie otwarte i formalne pojęcie sprawiedliwości, które obejmuje wiele różnych koncepcji. Takie pojęcie jest jedynie pewną intuicyjną, nieokreśloną ideą, czym sprawiedliwość jest, pozwala zatem na odrzucenie koncepcji rażąco nierozumnych, lecz zachowuje wciąż otwartą treść. Tak rozumiana zasada sprawiedliwości społecznej zakazuje arbitralnych rozróżnień pomiędzy grupami społecznymi czy też nakładania na obywateli nieuzasadnionych ciężarów. Szczegółowe zaś kwestie związane ze sprawiedliwością pozostawia się tu polityce zwykłej, gdzie obok siebie funkcjonują tak odległe od siebie koncepcje sprawiedliwości, jak welferyzm czy liberalizm ekonomiczny. Dlatego o żadnej z opartych na idei wzajemności koncepcji sprawiedliwości, których wielość (zgodnie z ideą niepełnego konsensu) funkcjonuje i rywalizuje na publicznym forum politycznym, nie można orzec, iż jest lub nie jest zgodna z konstytucją. Niezgodnymi będą jedynie te koncepcje, które nie wytrzymują minimalnego testu rozumności, jak na przykład koncepcja sprawiedliwości zakładająca kastową strukturę społeczeństwa czy dopuszczająca

niewolnictwo. Zgodnie z wolnością słowa będzie je można co prawda głosić, lecz ze względu na ograniczenia rozumu publicznego nie będą mogły się stać podstawą legitymowanego prawa.

Przedstawiona powyżej analiza rodzi jednak jeszcze jeden ważny problem. Jak widzieliśmy, sprawiedliwość w orzecznictwie TK sprowadza się do uczciwego usytuowania prawnego obywateli, gdy chodzi o rozdział jakichś podstawowych dóbr. Na kartach tej rozprawy prezentowałem jednak o wiele szersze pojęcie sprawiedliwości – sprawiedliwość miała być pewnym nadrzędnym trybunałem, stanowiącym ponadpozytywną podstawę prawa i umożliwiającą uczciwe rozstrzygnięcia ważnych roszczeń. Owa idea sprawiedliwości obejmowała także sprawiedliwość polityczną i retrybutywną, dlatego tak różne sprawy, jak podstawowe wolności konstytucyjne i prawo umów w ostatecznej instancji miały swoje ugruntowanie w sprawiedliwości. Czy zatem kooperacyjna koncepcja prawa posługuje się jakimś fałszywym pojęciem sprawiedliwości? Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć rozważania z rozdziału pierwszego (1.5). Wskazywałem tam, iż Rawlowska „sprawiedliwość”, regulująca całą strukturę podstawową, jest raczej terminem technicznym niż pojęciem bliskim potocznemu użyciu języka czy zdrowemu rozsądkowi. Jak widać, trybunalskie rozumienie sprawiedliwości bliższe jest takiemu zdroworozsądkowemu pojęciu, które na pierwszym miejscu stawia brak arbitralnych rozróżnień. Nie sądzę jednak, by nakazywało to w jakiś sposób radykalnie modyfikować teorię. Należy jednak pamiętać, że termin „sprawiedliwość” jest pewnego rodzaju określeniem zbiorowym (*umbrella term*), oznaczającym cały zespół zasad moralności publicznej wyznaczający ponadpozytywny standard dla prawa. Obok sprawiedliwości społecznej pod tak rozumianą „sprawiedliwość” podpadają choćby zasada demokratycznego państwa prawnego, zasada suwerenności ludu, czy prawo do rzetelnego procesu<sup>171</sup>.

Jeżeli terminem „sprawiedliwość” posługiwać się w tym specyficznym sensie, należy uznać, iż rzeczywiście stanowi nadrzędne pojęcie o charakterze prawnym. Regulując sytuację obywatela na wszystkich płaszczyznach związanych ze strukturą podstawą (od płaszczyzny prawno-konstytucyjnej do płaszczyzny prawa prywatnego), stanowi, konieczne dla zrozumienia prawa, publiczne uzasadnienie norm i probierz dla instytucji prawnych. Dlatego również praktyka prawnicza państw demokratycznych – na przykład praktyka orzecznictwa naszego TK – pozwala odeprzeć przywołane w pierwszym rozdziale wyzwanie Trazymacha. Sprawiedliwość nie stanowi jakiejś fasady, służącej rządowi do promowania interesów silniejszego. Pozwala ona w bezstronny sposób wyważyć skonfliktowane interesy, niejednokrotnie zatem nakazuje poskromić działania rządu w myśl liberalnej zasady legitymacji, innym razem zaś

---

<sup>171</sup> Podobnie: T.R.S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford–New York 2001, s. 121–133.



nakazuje rządowi ograniczyć działania jakiejś grupy społecznej, uzurpującej sobie zbyt wiele wolności kosztem innych. W obydwu przypadkach nie chodzi jednak o interes, lecz o słuszność działań podejmowanych w ramach publicznego forum politycznego. Myśląc o prawie nie możemy zatem zrezygnować z jego ugruntowania w sprawiedliwości, jeśli „prawo” ma być czymś innym niż jeszcze jednym określeniem na „przemoc” czy „panowanie”. Rawlsowska koncepcja kooperacyjna, przedstawiona na kartach tej rozprawy, proponuje interpretację prawa, które jest narzędziem kooperacji, spoczywającym w rękach wszystkich obywateli, odpowiedzialnych za stan tegoż prawa, będącego ich dobrem wspólnym. Prawa, które jest czymś więcej niż narzędziem kontroli czy panowania. Prawa, które posiada transcendentalne uzasadnienie i nie może być wyjaśnione po prostu przez fakty społeczne czy siłę polityczną.

### 3.4. *Quid lex iniusta est?* Przestrzeganie prawa i jego granice

W ten oto sposób zakończyłem próbę wykazania, że kooperacyjna koncepcja prawa nie tylko jest wewnętrznie spójną propozycją niepozytywistycznego ujęcia prawa wynikającą z filozofii politycznej Johna Rawlsa, lecz także znajduje odzwierciedlenie w praktyce prawnej państw liberalno-demokratycznych. Na tym jednak nie można zakończyć obrony kooperacyjnej koncepcji prawa, gdyż każdy dobry model prawa musi móc wyjaśnić coś jeszcze. Musimy mianowicie porzucić perspektywę prawodawcy czy sędziego, których interesują przede wszystkim zasady prawa stanowiące uzasadnienie czy podstawę konkretnych instytucji i przywrzeć się modelowi prawa od strony zwyczajnego obywatela, który ma posługiwać się prawem w codziennej kooperacji. Z tej właśnie „jednostkowej” perspektywy należy odpowiedzieć, dlaczego właściwie należy przestrzegać prawa. Pytanie to jest szczególnie ważne w sytuacji, gdy mam podlegać sankcjom prawnym (czy to o charakterze prawnokarnym, czy np. sankcji nieważności czynności prawnych), choć jest to niezgodne z moją aktualnie wyrażaną wolą, a być może nawet z poglądami dotyczącymi sprawiedliwości struktury podstawowej. Kooperacyjna koncepcja prawa nie jest koncepcją woluntarystyczną. Jak widzieliśmy, prawo nie jest jednym z wielu możliwych narzędzi kooperacji, które może zostać wybrane lub nie. W wielu przypadkach struktura podstawowa dostarcza narzędzi bezalternatywnych. Jak pisał Dworkin, „prawo czyni nas tymi, kim jesteśmy”<sup>172</sup>. W normalnych warunkach co do zasady nie można stać się małżonkiem, właścicielem, burmistrzem czy doktorem nauk prawnych w inny sposób jak tylko zgodnie z publicznymi regułami prawa. Należy zatem skonfrontować wolną jednostkę

---

<sup>172</sup> Jest to zdanie otwierające książkę Dworkina, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Wolters Kluwer, Warszawa 2006.

ze sprawiedliwymi instytucjami, powstałymi w demokracji konstytucyjnej, by podać dobre powody, dla których obywatel winien się owemu bezalternatywnemu systemowi podporządkować.

Powstaje zatem pytanie, gdzie należy upatrywać źródeł obowiązku przestrzegania prawa. W jaki sposób odbywa się przejście od instytucji do jednostki, która ma być jej posłuszna? Czy wymagana jest tu zgoda jednostki, czy też wystarczą jakieś cechy prawa lub też korzyści, jakie przynosi przestrzeganie prawa<sup>173</sup>? Czy obowiązek ten ma charakter wewnątrzsystemowy (czyli jest obowiązkiem *stricte* prawnym), czy też istnieje jakiś moralny (pozaprawny) obowiązek przestrzegania prawa? I wreszcie, gdzie leżą granice tego obowiązku, czyli pod jakimi warunkami można wypowiedzieć prawu posłuszeństwo? Z punktu widzenia instytucji odpowiedzi należy szukać w opisaney już liberalnej zasadzie legitymacji. W świetle tej zasady to nie sam goły fakt ustanowienia danych reguł czyni je godnymi przestrzegania; czyni to ich rozumna akceptowalność czy też, mówiąc ściślej, treściowa zgodność z konstytucją, której najważniejsze postanowienia mogą być rozumnie przyjęte przez każdego obywatela w świetle wspólnego wszystkim publicznego rozumu. Dlatego obowiązek przestrzegania sprawiedliwych instytucji odsyła do pozaprawnego systemu normatywnego, jakim jest słusność i sprawiedliwość. Ma więc naturę moralną, nie zaś czysto prawną. Rawls nazywa ten obowiązek „naturalnym obowiązkiem sprawiedliwości”, który ciąży na każdej jednostce jako na obywatelu, niezależnie od jego wyraźnej lub dorozumianej zgody. Przyjrzyjmy się nieco bliżej temu obowiązkowi.

## A. Przestrzeganie prawa jako obowiązek naturalny

Na samym początku przypomnijmy, iż Rawls jest dualistą, to znaczy przyjmuje, że publiczne instytucje rządzą się innymi zasadami niż postępowanie jednostek. Dlatego proponuje nie tylko dwie zasady sprawiedliwości dla instytucji, lecz także zasady regulujące bezpośrednio działania jednostkowe. Są one przedstawiane również jako przedmiot wyboru w sytuacji pierwotnej, jednak są wybierane w drugiej kolejności, gdy znane są już zasady dla struktury podstawowej. Jedną z takich zasad jest zasada uczciwości (*principle of fairness*), którą poznaliśmy już w podrozdziale poświęconym umowom. Drugą grupą zasad normujących działania jednostkowe stanowią tzw. obowiązki naturalne (*natural duties*). Przykładem

<sup>173</sup> Jak wskazuje Z. Rau, współczesny liberalizm skłonny jest odchodzić od zgody jednostki jako podstawy politycznego zobowiązania (por. Z. Rau, *Pięć tez twardego liberala, czyli jak z własnej zgody wyprowadzić posłuszeństwo państwu i prawu*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna...*, s. 156). Podstaw legitymacji upatruje się zatem już to w korzyściach jakie przynoszą instytucje, już to w rozumnej akceptowalności. Zwróćmy uwagę, iż ta ostatnia idea nie wymaga faktycznej ani dorozumianej zgody – wystarczy zgodność prawa z przyjętym standardem rozumności. Właśnie w tym kierunku, mówiąc najogólniej, podąża Rawls.

takiego obowiązku naturalnego jest choćby obowiązek udzielenia pomocy czy też obowiązek niepowodowania zbędnego cierpienia (*TS*, § 19: 178). Obowiązki naturalne mogą być różnej natury i nie posiadają jednej wspólnej zasady, która pełniłaby tę rolę, jaką zasada rzetelności pełni dla zobowiązań. Ich cechą charakterystyczną jest natomiast to, że wypływają bezpośrednio z okoliczności, w których znajduje się jednostka – na tym polega ich „naturalny” charakter. Żadna – ani wyraźna, ani dorozumiana zgoda podmiotu objętego treścią obowiązku nie jest tu wymagana. Nie jest także wymagane wykazanie, iż dany obywatel osiąga jakieś konkretne korzyści, które miałyby stanowić uzasadnienie obowiązku mimo braku zgody. Ciężar więc one na każdym obywatelu jedynie z racji bycia równą i wolną osobą moralną, niezależnie od ich konkretnych instytucjonalnych powiązań. „W tym sensie obowiązki naturalne powinny wypełniać nie tylko określone osoby, jak na przykład tym, które kooperują ze sobą w określonym społecznym układzie, lecz osobom w ogóle” (*TS*, § 19: 179)<sup>174</sup>.

Późny Rawls nie powracał już do tematyki obowiązków naturalnych, sędzę jednak, iż z perspektywy zwrotu politycznego należy powiedzieć, że najważniejsze dla filozofii politycznej są te obowiązki, które dotyczą kwestii politycznych i prawnych. Powiedzieliśmy bowiem, że sprawiedliwość jako bezstronność przestała być przedstawiana jako teoria etyczna, po to by zapewnić jej stabilność w warunkach trwałego, rozumnego pluralizmu. Ustaliliśmy, że demokracja konstytucyjna nie potrzebuje wspólnej rozległej doktryny etycznej, a jedynie sprawiedliwych reguł moralności publicznej. Dlatego podstawowym okazuje się tu „naturalny obowiązek sprawiedliwości, czyli obowiązek popierania i rozwijania sprawiedliwych instytucji. Jak pisze Rawls:

Na obowiązek ten składają się dwie powinności: po pierwsze, kiedy sprawiedliwe instytucje już istnieją i stosują się do nas, mamy być posłuszni ich postanowieniom i czynić to, co im się od nas należy; po drugie, mamy brać udział w ustanawianiu sprawiedliwych instytucji, gdy jeszcze nie istnieją, przynajmniej jeśli można to czynić niewielkim kosztem własnym (*TS*, § 51: 481).

Pamiętać należy, iż obowiązek ten jest ‘naturalny’ tylko w tym sensie, że wiąże jednostki, które nie wyrażały faktycznej zgody na jego obowiązywanie. Nie jest on natomiast naturalny w tym sensie, że przysługuje mu jakaś uprzedniość i niezależność od sytuacji pierwotnej. Tak samo jak wszystkie zasady, wybierany jest za zasłoną niewiedzy. Potrzebne jest zatem przedstawienie racji, dla których byłby wybrany w sytuacji pierwotnej, przy czym zakłada się, że zasady dla jednostek wybierane są wtedy, gdy znane są już zasady dla instytucji. Takie postawienie sprawy znacznie skraca procedurę wyboru zasad dla jednostek – strony poszukują

<sup>174</sup> Najbardziej wyrazistą krytykę tego rodzaju podejścia, przedstawił Simmons, argumentując, iż prezentuje ono personalny wymiar zobowiązania politycznego, odrywając je od jednostkowych postaw, preferencji czy interesów. Por. J.A. Simmons, *Justification and Legitimacy. Essays on Rights and Obligations*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2001.

takich rozwiązań, które będą najbardziej spójne z zasadą w pełni wystarczającej wolności, zasadą równych szans i zasadą różnicy.

Sytuacja komplikuje się nieco w obliczu ograniczonego pluralizmu koncepcji sprawiedliwości, o którym pisałem wcześniej. Nie jest mianowicie jasne, jak ma wyglądać obowiązek sprawiedliwości w sytuacji niepełnego konsensu, gdzie nie wybrano jednej koncepcji sprawiedliwości jako koncepcji najbardziej rozumnej. Na zasadzie ostrożnej analogii (sam Rawls tego tematu nie podejmuje) można powiedzieć, iż jeżeli w społeczeństwie istnieje co najmniej stabilny konsens konstytucyjny (czy też kontekst prawny, który proponuję w miejsce niepełnego częściowego konsensu), to istnieje także obowiązek naturalny nakazujący wspierać instytucje, których ośrodkiem jest tenże konsens.

Przyjęcie obowiązku naturalnego jest bowiem rozumne nawet w sytuacji niepełnej zgody co do sprawiedliwości – naturalny obowiązek sprawiedliwości warunkuje stabilność społeczeństwa. Gdyby bowiem do instytucji stosować zasady sprawiedliwości (jakiegokolwiek by one nie były), a dla działań jednostkowych dopuścić na przykład zasady egoizmu (tzn. dozwolnić czynienia wszystkiego, co w danych okolicznościach przysparza jednostkowym korzyści), nie można byłoby spodziewać się stabilności społeczeństwa. Właśnie stąd wynika ta specyficzna cecha obowiązku naturalnego, jaką jest moc wiążąca niezależna od zgody objętego nim podmiotu. Stanie się to jasne, gdy przypomnimy, że koncepcja sprawiedliwości powstaje w społeczeństwie naznaczonym zarówno wspólnotą interesów, jak i konfliktem. Oprócz gotowości współpracy na uczciwych warunkach, jednostki nastawione są także na realizację swych własnych interesów – nie stanowią „stowarzyszenia świętych”, lecz zbiór niedoskonałych istot ludzkich. Warunki sprawiedliwości, szczególnie umiarkowany niedobór, sprawiają, że naturalną pokusą jest odstępianie od sprawiedliwości na rzecz swojej własnej korzyści. Perspektywa sytuacji pierwotnej zmusza więc strony do zabezpieczenia siebie nawzajem przed tymi, którzy ulegną tej pokusie. Strony czynią to w ten sposób, że nakładają na wszystkich naturalny obowiązek sprawiedliwości<sup>175</sup>.

W ten sposób dochodzimy do uzasadnienia naturalnego obowiązku sprawiedliwości. Normatywny aspekt nie pojawia się tutaj w chwili dorozumianej lub wyraźnej zgody na postanowienia umowy, jak to jest w umowach rzeczywistych. Podobnie jak u Kanta, owa normatywna konieczność wypływa po prostu

---

<sup>175</sup> Na tym polega także, jak się wydaje, nakładanie obowiązków negatywnych i sankcji w prawie karnym. Każdy rozumny obywatel wie, że zabijanie nie jest publicznie pożądane ani dopuszczalne. Absurdem jednak byłoby wymagać od każdego z osobna, by wyraził zgodę na normę zakazującą zabijać i ustanawiającą odpowiednią karę. Obywatele raczej są skłonni zabezpieczyć się powszechnie obowiązującą normą przed tymi, którzy z jakichś powodów nie będą chcieli się podporządkować zakazowi zabijania. Rozumna akceptowalność takiej normy pociąga za sobą stwierdzenie, iż poddanie się karze jest w pewnym sensie „w interesie” przestępcy, ponieważ jest on wówczas afirmowany jako wolny i równy obywatel, zaś kara służy przywróceniu moralnej równowagi pomiędzy obywatelami (por. J. Adler, *The Urgings...*, s. 121–126).

z największej rozumności takich a nie innych zasad. Aby wyraźniej to pokazać, można Rawlowskie uzasadnienie obowiązku popierania sprawiedliwych instytucji uzupełnić o rozważania w duchu konstruktywizmu politycznego (choć sam Rawls tego nie uczynił). Obywatele mogą uznawać siebie nawzajem za wolnych i równych, jeżeli przyjmą publiczne zasady politycznego stowarzyszenia się, na które zgodzić się może każdy z nich. Te zasady konstytuują społeczeństwo jako sprawiedliwy system kooperacji. Tworzenie i popieranie takiego systemu jest wyrazem ich autonomii politycznej. By być rzeczywiście realizowaną, wymaga ona od aktorów tego, by przestrzegali (ustanowionych przeciw przez siebie) sprawiedliwych politycznych instytucji. Dlatego obowiązek sprawiedliwości ma wymiar ściśle polityczny, pozostając – na ile to możliwe – neutralnym względem rozległych doktryn.

Z ogólnego obowiązku sprawiedliwości można wywieść ściśle z nim związany (lub po prostu stanowiący jego część składową) obowiązek przestrzegania sprawiedliwego prawa. Jest to obowiązek polityczny, mający naturalny charakter. Cięży on na każdym obywatelu z tego tylko tytułu, że jest on wolnym i równym podmiotem społecznej kooperacji. O ile ramy tej kooperacji mają być stabilne, muszą być zabezpieczone takim powszechnym obowiązkiem. W poprzednich podrozdziałach przedstawiłem najważniejsze instytucje prawne, które są uzasadniane za pomocą publicznego rozumu i odwołują się przynajmniej do ogólnego pojęcia sprawiedliwości, jeśli nie do konkretnej koncepcji. Koniecznym uzupełnieniem jest tu wyjaśnienie, dlaczego jednostka, rozumiana jako obywatel, ma przestrzegać ich reguł. Odpowiedzią na to pytanie jest właśnie naturalny obowiązek sprawiedliwości, który, choć jest obowiązkiem moralnym, funkcjonującym jednak nie na poziomie jakiejś rozległej doktryny etycznej, lecz na poziomie politycznego liberalizmu. W następnej sekcji zastanowię się nad granicami tego obowiązku.

## **B. Obowiązek przestrzegania prawa niesprawiedliwego**

### **Uzasadnienie i granice**

Problem granic naturalnego obowiązku sprawiedliwości jest związany pytaniem o naturę prawa. Odpowiadając na pytanie, czym na gruncie danej koncepcji jest prawo niesprawiedliwe, odpowiadamy nie wprost na pytanie o to, czym jest prawo w ogóle. Dlatego określenie granic obowiązku przestrzegania prawa pozwoli raz jeszcze umieścić koncepcję kooperacyjną w panoramie stanowisk filozoficznoprawnych. Na samym początku należy zwrócić uwagę, iż w ramach koncepcji kooperacyjnej pytanie o sprawiedliwość prawa zadawane jest w kontekście niepełnego konsensu i będzie w gruncie rzeczy stanowiło swego rodzaju „test wytrzymałościowy” dla stabilności społecznej. Wedle założeń politycznego liberalizmu brak zgody występuje na różnych poziomach. Pomimo tego, że na po-

ziomie konstytucyjnym co do zasady każdy zgadza się, że pisemne postanowienia ustawy zasadniczej są sprawiedliwe, a droga tworzenia prawa jest rozumna, może istnieć rozbieżność opinii co do konkretnego stosowania przepisów, wykładni klauzul generalnych czy też metod interpretacji konstytucji. Nie istnieje zatem żadna gwarancja, że stanowienie prawa podług norm zawartych w konstytucji da sprawiedliwy rezultat. Co więcej, na poziomie zwykłej polityki nie istnieje pełen konsens co do koncepcji sprawiedliwości. O ile obywatele podzielają przekonanie o adekwatności idei społeczeństwa jako systemu kooperacji oraz zgadzają na podstawowe zasady państwa prawnego, spór o najbardziej rozsądną koncepcję sprawiedliwości nie jest do końca rozwiązany. W tym właśnie kontekście ujawnia się znacząca rola pytania o granice posłuszeństwa prawu – odpowiedź wyznacza bowiem granice tego, co wspólne w społeczeństwie demokratycznym.

Jak zatem kooperacyjna koncepcja prawa ustosunkowuje się do słynnej tezy iusnaturalizmu, w myśl której *lex iniusta non est lex*? Ogólna myśl głosi tutaj, że istnieje obowiązek przestrzegania niesprawiedliwego prawa, o ile nie przekracza ono pewnej miary. „Jeżeli podstawowa struktura społeczeństwa – powiada Rawls – oceniana według tego, na co pozwala aktualny stan rzeczy – jest w miarę sprawiedliwa, winniśmy uznawać niesprawiedliwe prawa za obowiązujące, o ile nie przekraczają pewnych granic niesprawiedliwości” (*TS*, § 53: 504, przekład zmodyfikowany – M.R.). A zatem mocna wersja maksymy *lex iniusta non est lex* zostaje odrzucona<sup>176</sup>. Gdyby bowiem każdy odmawiał prawa tylko na tej podstawie, że uznaje je za niesprawiedliwe, porządek prawny jako całość byłby zagrożony. Nie jest to jednak powód czysto pragmatyczny, lecz głęboko filozoficzny. Niesprawiedliwość prawa „nie jest na ogół – jak pisze Rawls – wystarczającą racją niestosowania się do niego, tak samo jak formalna poprawność legislacji (określona przez istniejącą konstytucję) nie jest wystarczającą racją jego przestrzegania” (*ibidem*). Owo stwierdzenie z *TS* uzyskuje właściwe znaczenie dopiero w świetle liberalnej zasady legitymacji. Ta ostatnia dostarcza bowiem ponadpozytywnej racji do przestrzegania prawa, lecz zarazem poskramia dowolność w osądzaniu prawa i odmawianiu mu waloru obowiązywania. Wszak probierz „rozumnej akceptowalności” reguł dotyczy tylko najważniejszych postanowień konstytucji. Dlatego prawo nie traci legitymacji za każdym razem, gdy jest niesprawiedliwe. Obywatele winni się mu podporządkować także wtedy, gdy prowadzi to do (ograniczonej

<sup>176</sup> Warto zwrócić uwagę, iż sam twórca tej maksymy, św. Tomasz z Akwinu, nie przyjmował jej w mocnej czy agresywnej wersji, w jakiej przyjmują ją niektórzy współcześni (por. np. H. Arches, *Constitutional Illusions and Anchoring Truths: The Touchstone of the Natural Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010). Jak trafnie podkreśla M. Baur, u Akwinaty prawo we właściwym sensie może być stanowione tylko przez tego, kto ma pieczę nad wspólnotą. A zatem nie istnieje ogólna reguła pozwalająca dowolnie odmawiać posłuszeństwa prawu, tylko dlatego, że jest ono niesprawiedliwe wedle zdania danej osoby. Zob. M. Baur, *Beyond Standard Legal Positivism and „Aggressive” Natural Law: Some Thoughts on Judge O’Scannlain’s „Third Way”*, „Fordham Law Review” 2011, t. 79, s. 1531.



i przez to akceptowalnej) niesprawiedliwości. Rawls jest bowiem przekonany, iż dopuszczalne wadliwości efektów procedury legislacyjnej rozumnie jest usuwać na drodze legalnych środków, które zna demokracja konstytucyjna. Lepiej jest przekonać swoich współobywateli co do niesprawiedliwości prawa na drodze rozumnego dyskursu niż godzącego w sam porządek prawny aktu oporu<sup>177</sup>. Jest to głęboko ugruntowane w konstrukcji sytuacji pierwotnej. Strony godzące się na regułę większości mają świadomość, że zarazem „godzą się na ryzyko wzajemnego znoszenia niedostatków wiedzy i poczucia sprawiedliwości, po to, by uzyskać korzyści płynące ze skutecznej procedury legislacyjnej. Nie ma innego sposobu posługiwania się reżymem demokratycznym” (*TS*, § 53: 510).

Podsumowując, należy powiedzieć, iż reguła pozwalająca odmawiać posłuszeństwa niesprawiedliwemu prawu w najdrobniejszym przypadku byłaby nierozumna, ponieważ godziłoby to w podstawowe zasady struktury demokratycznej, w szczególności zaś w samą ideę konstytucjonalizmu. Co więcej, powszechne odmawianie posłuszeństwa związane z powoływaniem się na sprawiedliwość, groziłoby tym, że luki i wady instytucji w rzeczywistości byłyby zaledwie pretekstem do realizowania własnych interesów – nieposłuszeństwo byłoby po prostu nadużywane. Należy zatem uznać obowiązywanie naturalnego obowiązku przestrzegania prawa niesprawiedliwego. Jest ona wszakże do zaakceptowania tylko pod warunkiem, że po większej części struktura podstawowa czyni zadość sprawiedliwości. Jeżeli bowiem tak jest, to istnieją inne, legalne i pokojowe sposoby walki z niesprawiedliwością. Kluczową rolę odgrywa tu wolność słowa oraz sprawiedliwa procedura ustawodawcza. Rawls jest przekonany, iż wykorzystywanie tych dwóch dróg w długim okresie bardziej przysłuży się zarówno obywatelskiej przyjaźni, jak i stabilności, a w efekcie również samej sprawiedliwości.

Rawls formułuje także wyraźne warunki, pod którymi odstępstwa od sprawiedliwości uznamy za dopuszczalne. Po przekroczeniu tej miary odmowa posłuszeństwa prawu staje się czynem sprawiedliwym, a przynajmniej dopuszczalnym. Owa miara jest konstytuowana przez dwa główne pryncypia, jakimi są priorytet wolności oraz równość wobec prawa. Ten pierwszy odmawia tolerancji takiemu prawu, które odbiera jednostce lub grupie którąkolwiek z podstawowych wolności. Przysługują każdemu obywatelowi w równym stopniu i nie mogą być nikomu odebrane przez większość parlamentarną. Nieistotne jest, jakie racje za tym by

---

<sup>177</sup> Rawls przyjmuje, iż w społeczeństwie co do zasady sprawiedliwym, lecz dotkniętym zasadniczymi mankamentami, można uciec się do dwu rodzajów oporu: obywatelskiego nieposłuszeństwa i odmowy dyktowanej sumieniem. Ta pierwsza forma polega na zamierzonym i publicznym nieprzestrzeganiu prawa po to, by zwrócić uwagę na jakiegoś rodzaju palący problem niesprawiedliwości. Zakłada ona gotowość poddania się karze i w tym sensie stanowi swego rodzaju „poświęcenie się” na rzecz wspólnoty prawnej. Odmowa dyktowana sumieniem polega natomiast na odmowie podporządkowania się niesprawiedliwemu nakazowi władzy w szerokim sensie wykonawczej. Podstawą niezgody nie muszą być wyłącznie zasady sprawiedliwości; mogą być to także zasady religijne (por. *TS*, §§ 55–56, s. 521–533)

przemawiały, ponieważ swobody chronione przez konstytucję są wyłączone spod normalnego biegu polityki i co za tym idzie także spod władzy legislatywy. Każdy prawodawczy akt większości parlamentarnej, który odbiera lub w sposób nielegitymowany ogranicza podstawowe wolności jest nierozumny, ponieważ godzi w same podstawy legitymacji władzy parlamentarnej. Dlatego nie można przestrzegać prawa, gdyby miało to pociągać za sobą ciężkie naruszenie podstawowych wolności.

Jeżeli chodzi natomiast o równość wobec prawa i jej oddziaływanie na przesłanki nieposłuszeństwa, wymaga ona, by nie tolerować tych niesprawiedliwości, które godzą w jakąś konkretną grupę społeczną. Innymi słowy, „ciężar niesprawiedliwości powinien być mniej więcej równo rozłożony na różne grupy społeczeństwa. [...] Dlatego obowiązek stosowania się do niesprawiedliwych praw jest problematyczny, w przypadku stałych mniejszości cierpiących niesprawiedliwość przez wiele lat” (*TS*, § 53: 510). Chodzi tutaj o takie prawa, które nie naruszają co prawda wprost żadnej z konstytucyjnie zabezpieczonych wolności, ale ich celem jest godzić w jakąś grupę. Mogą być to na przykład prawa utrudniające dostęp do lukratywnych zawodów jakiejś grupie. Mam tu na myśli tylko prawa wywołujące skutek pośredni. Bezpośredni zakaz wykonywania jakiegoś zawodu przez jednostki z danej grupy narusza wprost wolność wyboru zawęcia, która jest wolnością konstytucyjną (choć wypływa z drugiej zasady). Prawodawca może jednak tak skonstruować przepisy, iż bez formalnego zakazu uczyni jakąś grupę niezdolną do osiągnięcia pożądanego pozycji. Dodatkowym wymogiem jest tu długotrwałość dyskryminującego skutku. Podsumowując, istnieją zasadniczo dwie przesłanki odmowy posłuszeństwa niesprawiedliwemu prawu. Można to uczynić, jeżeli prawo: (1) stanowi pogwałcenie jednej z podstawowych wolności lub (2) powoduje istotne pokrzywdzenie arbitralnie wskazanej grupy społeczeństwa w długim czasie. Przesłanki te nie muszą wystąpić łącznie, aby usprawiedliwić nieposłuszeństwo, chociaż ta okoliczność jest rzecz jasna dopuszczalna. Obowiązek przestrzegania prawa niesprawiedliwego pozostawia niejasność odpowiedzi na pytanie o paternalistyczny charakter porządku prawnego. Można argumentować, iż zasada owa, w niewielkim stopniu osłabiona możliwością odmowy dyktowanej sumieniem, prowadzi w ostatecznym rozrachunku do niczym nieskompensowanej konieczności podporządkowania się prawom, co do których niektórzy mogą nie mieć odpowiedniego przekonania. Wydaje się, iż jest to jednak element, od którego nie sposób uciec w jakimkolwiek porządku prawnym. O ile stabilność jest stabilnością ze słusznych powodów, można mieć rozsądną nadzieję, iż porządek prawny nie jest oparty na opresji.



## KONKLUZJE

Niniejszą pracę rozpocząłem od przywołania pewnej fikcyjnej dyskusji toczącej się w Atenach, a właściwie w Atenach przedstawionych w Platońskim dialogu *Państwo*. Trazymach, jeden z bohaterów tego dialogu, wygłosił pogląd, iż sprawiedliwość jest niczym więcej, jak tylko interesem silniejszego, prawo zaś służy jedynie do realizacji interesu rządu – tego, kto ma siłę. Platoński Sokrates potraktował to stanowisko jako wyzwanie, które starał się odeprzeć poprzez przedstawienie mitu o państwie idealnym, rządzonym przez sprawiedliwych. Sądzę, że ta rozmowa toczy się w różnych wersjach i w różnych warunkach zewnętrznych nie tylko w Atenach, ale także na przykład w Getyndze, Cambridge, Łodzi czy Nowym Jorku. Słowem, przewija się przez całą Zachodnią myśl polityczną i prawną. Opracowywaną koncepcję priorytetu sprawiedliwości i niepozytywistyczną koncepcję prawa traktowałem jako nową, współczesną odpowiedź Trazymachowi. Odpowiedź owa sprowadza się do tego, iż prawo nie jest instrumentem w rękach rządu, lecz instrumentem wolnych i równych obywateli, którzy posługują się prawem jako swym dobrem wspólnym. To reguły prawa konstytuują rząd, a nie odwrotnie. Jeśli zaś ten ostatni dokonuje instrumentalizacji prawa, traci ono swoją legitymację, a w przypadkach skrajnych w ogóle przestaje być prawem – staje się niczym więcej, jak szczególnym rodzajem przemocy.

Zwróćmy uwagę, jak poważne implikacje ma ułożenie relacji między siłą, sprawiedliwością a prawem również i dziś, w świecie demokracji liberalnej (z pewnością przeżywającej kryzys). Instytucje współczesnego porządku prawnego i politycznego również stoją na szali pomiędzy Sokratesem a Trazymachem. Gdy uznamy, że prawo wypływa przede wszystkim z siły politycznej, w sprawie sprawiedliwości stoimy na stanowisku bliskim relatywizmowi, a przynajmniej indyferentyzmowi. Powtarzamy wówczas za Trazymachem, że o tym, co sprawiedliwe, stanowi siła. W przełożeniu na instytucje i praktykę współczesnych społeczeństw oznacza to, że poszczególni aktorzy traktowani są przede wszystkim jak reprezentanci własnych interesów; jednostki lub grupy jednostek połączonych wspólnym celem walczą o jego możliwie najpełniejsze zrealizowanie, także przy użyciu aparatu administracyjnego władzy. Instytucje społeczeństwa politycznego traktować należy wówczas jako arenę, gdzie toczy się wspomniana walka, a w drodze politycznych przetargów i wzajemnych ustępstw dochodzi do ostatecznych uzgodnień co do najważniejszych spraw społeczeństwa i państwa.

W takim przypadku ani samo prawo, ani jego wewnętrzne cechy nie stanowią szczególniego przedmiotu troski ani teoretyka, ani praktyka polityki. Gdy priorytetem jest efektywność, nie jest istotne, czy pożądany stan rzeczy osiągniemy za

pomocą zgrabnie napisanej ustawy, serii rozporządzeń czy może po prostu sprawnej propagandy. Władza polityczna nie legitymizuje się w takiej sytuacji niczym więcej jak tylko efektywnością działań i skuteczną harmonizacją interesów. W tej konfiguracji sprawiedliwość zajmuje rolę fasadową i sprowadza się do ideologii, którą posługują się wspomniane podmioty czy grupy, aby przydać swoim działaniom walor moralnej wartości. Prawo natomiast – co już zostało powiedziane – traktowane jest jako instrument uzgadniania skonfliktowanych dążeń, efekt społecznego *modus vivendi*.

Gdy natomiast pozostać przy tradycyjnym poglądzie o ugruntowaniu prawa w sprawiedliwości, okaże się, że liberalną demokrację będziemy postrzegać jako pewnego rodzaju wspólnotę obywateli, którzy dążą co prawda do swych jednostkowych celów, lecz zarazem dążą do sytuacji, w której ich wspólne bytowanie oparte będzie na rozumnych zasadach i procedurach, czyli na jakiejś publicznie uznanej koncepcji sprawiedliwości, która okaże się „pierwszą cnotą społecznych instytucji”. W tym przypadku również i siła polityczna musi się jej podporządkować, w przeciwnym razie okaże się pozbawiona legitymacji. Nie wystarczy więc sama efektywność działania politycznego, potrzebna będzie także jego zgodność ze sprawiedliwością. Siła będzie musiała podporządkować się także i prawu, bowiem jeżeli prawo opiera się na sprawiedliwości, to tym samym instytucjonalizuje i dookreśla sprawiedliwe ograniczenia działań, w tym także, a może przede wszystkim, działań politycznych bazujących na sile i przymusie. Myśl Rawlsowska widzi społeczeństwo demokratyczne w ten drugi sposób.

Warto jednak podkreślić, iż Rawls uznaje, że filozof nie ma w demokracji więcej autorytetu niż każdy rozumny obywatel (*WFP*, 46). Filozofia liberalna nie jest bowiem platońską filozofią mędrców, lecz myślą egalitarną skierowaną do równych i wolnych obywateli. Jak pisze Macedo, w koncepcji liberalnej „obywatele są zarazem stronami, jak i dostatecznymi sędziami politycznych kontrowersji”<sup>1</sup>. Kooperacyjna koncepcja prawa, jako koncepcja liberalna, podobnie myśli o prawie. Publiczne instytucje są instrumentem w rękach obywateli – to oni właśnie tworzą i zmieniają prawo, to przede wszystkim oni posługują się jego instytucjami w społecznej kooperacji. Aksjologiczny ładunek prawa ciąży w kierunku posługującego się nim społeczeństwa obywatelskiego, nie zaś w kierunku władzy czy uprzywilejowanej kasty prawniczej, jak jest moim zdaniem u Dworkina<sup>2</sup>.

Owo przekonanie o społecznym (a nie czysto technicznym) charakterze prawa ściśle wiąże się z niepozytywizmem. Jeżeli Rawlsa interpretowałoby się po prostu jako egalitarnego liberała zajmującego się sprawiedliwością społeczną i ni-

<sup>1</sup> S. Macedo, *Cnoty liberalne*, przeł. G. Łuczkiwicz, Wydawnictwo Znak, Kraków 1995, s. 164.

<sup>2</sup> Mam tu na myśli choćby słynną „metodę Herkulesa”, która jest manifestem Dworkinowskiej wersji aktywizmu sędziowskiego (por. R. Dworkin, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 339–344). W moim przekonaniu metoda ta może prowadzić do złożenia zbyt dużej władzy w ręce uprzywilejowanego organu wymiaru sprawiedliwości.

czym więcej, to biorąc pod uwagę przywołane prace Cohena, Murphy'ego czy Nagela, można byłoby równie dobrze uczynić Rawlsa pozytywistą prawniczym o dużej lewicowej wrażliwości i nikim więcej. Priorytet sprawiedliwości miałby wówczas znaczenie czysto polityczne, a prawo pozytywne byłoby po prostu środkiem do celu politycznego wyznaczanego przez sprawiedliwość. Jeżeli jednak Rawlsa interpretować na tle innych wielkich filozofów (Kanta, Locke'a czy św. Tomasza), a sądzę, że jest to jak najbardziej właściwe, jawi się on jako kontynuator tradycji *Vernunftrecht*, rządów prawa i dobra wspólnego. Na pierwszy plan wysuwa się nie czysto konwencjonalny czy instrumentalny charakter prawa, lecz jego integralne powiązanie z wartościami o charakterze moralnym.

Do takich konkluzji miały prowadzić już wstępne dociekania z rozdziału pierwszego, gdzie zmierzałem do podania argumentów na rzecz priorytetu sprawiedliwości i wynikającej zeń potrzeby prawa. Wskazywałem, iż społeczeństwo pojmowane przez Rawlsa jako sprawiedliwy system kooperacji potrzebuje instytucji ugruntowanych w publicznej moralności, która (pozostając moralnością!) szanuje fakt pluralizmu i może być przedmiotem szerokiego konsensu. W drugim rozdziale rozwinąłem te ogólne stwierdzenia, czego skutkiem było przyjęcie też o kooperacyjnym charakterze prawa i o instytucjach prawnych jako dobru wspólnym. Starąłem się podkreślić, iż termin „dobra wspólne” może mieć wiele znaczeń, a koncepcja prawa jako dobra wspólnego nie zabrania odwoływać się do innych, pozaprawnych wartości i uznać je za inne formy dobra wspólnego. Tezy rozprawy zostały potwierdzone w rozdziale trzecim, gdzie na przykładach konkretnych instytucji (konstytucja, własność, umowy) pokazałem, iż pozostają one w rzeczywistym, głębokim związku z normatywnym wyobrażeniem o prawie jako o instrumencie kooperacji. Rzut oka na tradycje konstytucyjne państw demokratycznych miał za zadanie pokazać, że rdzeniem prawa konstytucyjnego są podstawowe wolności, a zatem pewne wartości w gruncie rzeczy pozaprawne. Analiza prawa prywatnego pokazała, iż koncepcja kooperacyjna stosuje się bezpośrednio nie tylko do porządku ustrojowego, lecz także do porządku prawnego jako takiego. Prawo prywatne jest tu również ważnym działem, ponieważ dobre prawo prywatne oznacza dobry ład prywatny. Ten ostatni jest gwarancją sprawiedliwości rozumianej jako sprawiedliwość czysto proceduralna, przez co jest zarazem podstawą ładu publicznego, którego *raison d'être* stanowi społeczna kooperacja wolnych obywateli.

Drugie motto tej rozprawy mogło wydać się Czytelnikowi nieco tajemnicze. „Ich bin immer wieder am Anfang” – te słowa wypowiedział Jan C. Joerden, niezwykle doświadczony wykładowca uniwersytetu Viadrina, zapytany o to, jak bardzo zaawansowane są jego refleksje nad Heglem. Ta Sokratejska w duchu odpowiedź szczególnie zapadła mi w pamięć. Teraz, kończąc rozprawę o pojęciu prawa u Rawlsa, mógłbym odpowiedzieć dokładnie tak samo na pytanie, czy jestem usatysfakcjonowany wynikami swej pracy. Kooperacyjna koncepcja prawa



nie jest bowiem jakąś zamkniętą teorią, która chce udzielić definitywnej odpowiedzi na wszystkie tradycyjne, uporczywe pytania filozofii prawa. Jej zadaniem było wyjaśnienie związku pojęć moralnych (sprawiedliwości) z prawem, nie zaś rozwiązanie wszystkich sporów. Jest ona pomyślana jako pewne narzędzie interpretacji prawa, przez co może, na co mam nadzieję, polepszyć nasze rozumienie współczesnych instytucji. Nie zmienia to jednak faktu, że w praktyce może ona funkcjonować jako jeden z wielu modeli, który, czego nie sposób wykluczyć, będzie musiał podlegać zmianom w bliższej konfrontacji z instytucjami prawnymi.

Łódź–Douala–Bonn–Nowy Jork–Wrocław  
marzec 2011–listopad 2014

# BIBLIOGRAFIA

## Źródła

- ALEXY R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber, Freiburg–München 1992.
- ALEXY R., *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- ALEXY R., *Theorie der Juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983.
- ARYSTOTELES, *Etyka nikomachejska*, przeł. D. Gromska, PWN, Warszawa 2007.
- ARYSTOTELES, *Etyka eudemejska*, przeł. W. Wróblewski, [w:] idem, *Dzieła wszystkie*, t. 5, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, s. 403–493.
- ARYSTOTELES, *Polityka*, przeł. L. Piotrowicz, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011.
- BERLIN I., *Dwie koncepcje wolności*, [w:] idem, *Dwie koncepcje wolności i inne eseje*, przeł. D. Grinberg, Res Publica, Warszawa 1991.
- BUCHANAN J.M., TULLOCK Gordon, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1965.
- CYCERO M.T., *O powinnościach*, [w:] *Pisma filozoficzne*, t. 2, przeł. W. Kornatowski, PWN, Warszawa 1960, s. 326–539.
- DWORKIN R., *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Wolters Kluwer, Warszawa 2006.
- DWORKIN R., *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- DWORKIN R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011.
- DWORKIN R., *Sovereign's Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2002.
- DWORKIN R., *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, „Philosophy & Public Affairs” 1981, t. 10, nr 3, s. 185–246.
- DWORKIN R., *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, „Philosophy & Public Affairs” 1981, t. 10, nr 4, s. 283–345.
- FINNIS J., *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, przeł. K. Lossman, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001.
- GAUS G., *The Order of Public Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2011.
- GAUTHIER D., *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford 1986.
- HABERMAS J., *Faktyczność i obowiązywanie*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005.
- HABERMAS J., *Uwzględniając Innego: Studia do teorii politycznej*, przeł. A. Romaniuk, przeł. J. Kłoc-Konkołowicz, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
- HARSANYI J., *Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-taking*, „Journal of Political Economy” 1953, t. 61, nr 5, s. 434–435.
- HART H.L.A., *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- HART H.L.A., *Are There Any Natural Rights?*, „The Philosophical Review” 1955, t. 64, nr 2, s. 175–191.
- HEGEL G.W.F., *Encyklopedia nauk filozoficznych*, przeł. Ś.W. Nowicki, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1990.
- HEGEL G.W.F., *Zasady filozofii prawa*, przeł. A. Landman, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969.

- HOBBS T., *Lewiatan*, przeł. Cz. Znamierowski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954.
- HÖFFE O., *Categorical Principles of Law: A Counterpoint to Modernity*, przeł. M. Migotti, The Pennsylvania State University Press, University Park, 2002.
- HÖFFE O., *Political Justice: Foundations for a Critical Philosophy of Law and The State*, przeł. J.C. Cohen, Polity Press, Cambridge 1995.
- HORN Ch., *Kritische Bemerkungen zum aktuellen Gerechtigkeitsdiskurs*, „Angewandte Philosophie” 2014, t. 1, s. 121–147.
- HUMBOLDT W. von, *The Limits of State in Action [Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmenn]*, przeł. J.W. Burrow, Liberty Fund, Indianapolis 1993.
- HUME D., *Badania dotyczące zasad moralności*, przeł. A. Hochfeld, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1975.
- KANT I., *Do wiecznego pokoju*, [w:] idem, *O porządku. Do wiecznego pokoju*, przeł. M. Żelazny, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 49–96.
- KANT I., *Krytyka praktycznego rozumu*, przeł. B. Bornstein, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2002.
- KANT I., *Metafizyka moralności*, przeł. E. Nowak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.
- KANT I., *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, [w:] idem, *O porządku. Do wiecznego pokoju*, przeł. M. Żelazny, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 3–45.
- MACCALLUM G.C., *Negative and Positive Freedom*, „The Philosophical Review” 1967, t. 76, nr 3, s. 312–334.
- MACHIAVELLI N., *Książę*, przeł. W. Rzymowski, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków 1969.
- MILL J.S., *O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, [w:] idem, *Utylitaryzm. O wolności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005.
- NOZICK R., *Anarchia, państwo, utopia*, przeł. P. Maciejko, M. Szczubińska, Fundacja Aletheia, Warszawa 1999.
- PLATON, *Państwo*, przeł. W. Witwicki, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2003.
- RAWLS J., *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999.
- RAWLS J., „Commonweal” *Interview with John Rawls*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 616–622.
- RAWLS J., *Fairness to Goodness*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 267–285.
- RAWLS J., *Justice as Fairness*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 47–72.
- RAWLS J., *Justice as Fairness: A Restatement*, red. E. Kelly, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2001.
- RAWLS J., *Justice as Fairness: Political, not Metaphysical*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 388–414.
- RAWLS J., *Justice as Reciprocity*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 190–224.
- RAWLS J., *Kantian Constructivism in Moral Theory*, „The Journal of Philosophy” 1980, t. 77, nr 9, s. 515–572.
- RAWLS J., *Lectures on the History of Moral Philosophy*, red. B. Hermann, Harvard University Press, Cambridge 2000.
- RAWLS J., *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012.
- RAWLS J., *O Idei rozumu publicznego raz jeszcze*, [w:] idem, *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001, s. 187–255.
- RAWLS J., *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001.

- RAWLS J., *Reply to Alexander and Musgrave*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 232–253.
- RAWLS J., *Reply to Habermas*, [w:] idem, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996, s. 372–434.
- RAWLS J., *Social Unity and Primary Goods*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 359–387.
- RAWLS J., *Some Reasons for the Maximin Criterion*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, s. 225–231.
- RAWLS J., *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, przeł. S. Szymański, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
- RAWLS J., *The Basic Liberties and Their Priority*, University of Michigan, April 10, [http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/r/rawls82.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/r/rawls82.pdf) (dostęp: 16.01.2014).
- RAWLS J., *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 473–498.
- RAWLS J., *The Independence of Moral Theory*, [w:] idem, *Collected Papers*, red. S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge–London 1999, s. 286–302.
- RAWLS J., *Wykłady z historii filozofii polityki*, red. S. Freeman, przeł. S. Szymański, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010.
- RAZ J., *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979.
- RAZ J., *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1970.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986.
- ROTHBARD M.N., *Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama 2000.
- ROUSSEAU J.J., *O umowie społecznej*, przeł. M. Starzewski, De Agostini, Warszawa 2002.
- SEN A., *Rozwój i wolność*, przeł. J. Łoziński, Zysk i S-ka, Poznań 2002.
- SEN A., *The Idea of Justice*, Penguin Books, London 2010.
- SIDGWICK H., *The Methods of Ethics*, Macmillan and Co., 5th ed., London 1893, s. 478.
- SMITH A., *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. 1, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.
- TOMASZ ŚW., *Summa Teologiczna*, przeł. O.F.W. Bednarski, Veritas, London 1970.
- VECCHIO G.D., *Justice: An Historical and Philosophical Essay*, red. A.H. Campbell, The Philosophical Library, New York 1953, s. 115–116.
- WEST R., *Normative Jurisprudence: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

## Literatura

- ADLER J., *The Urgings of Conscience: A Theory of Punishment*, Temple University Press, Philadelphia 1992.
- AGARWALA B.K., *In Defence of the Use of Maximin Principle of Choice under Uncertainty in Rawls' Original Position*, „Indian Philosophical Quarterly” 1986, t. 13, nr 2, s. 157–176.
- ALEXY R., *John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten*, [w:] W. Hirsch (red.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, s. 263–303.
- ALEXY R., *Rights and Liberties as Concepts*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 283–297.
- ALLAN T.R.S., *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford–New York 2001.

- ARCHES H., *Constitutional Illusions and Anchoring Truths: The Touchstone of the Natural Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- AUDARD C., *John Rawls*, Acumen, Stocfield 2007.
- BAIER K., *Justice and the Aims of Political Philosophy*, „Ethics” 1989, nr 99, s. 771–790.
- BANASZAK B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- BARENDT E., *Freedom of Expression*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 891–908.
- BARENDT E., *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- BARRY B., *Justice as Impartiality*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- BARRY B., *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford 1973.
- BARRY B., *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley–Los Angeles 1989.
- BAUR M., *On Actualizing Public Reason*, „Fordham Law Review” 2004, t. 73, s. 2153–2175.
- BAUR M., *Beyond Standard Legal Positivism and „Aggressive” Natural Law: Some Thoughts on Judge O’Sannlain’s „Third Way”*, „Fordham Law Review” 2011, t. 79, s. 1529–1539.
- BECKER C.R., *Państwo Boże osiemnastowiecznych filozofów*, przeł. J. Ruszkowski, Zysk i S-ka, Poznań 1995.
- BELL D., *Kulturowe sprzeczności kapitalizmu*, przeł. S. Amsterdamski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.
- BERKOWITZ P., *John Rawls and the Liberal Faith*, „The Wilson Quarterly (1976–)” 2002, t. 26, nr 2, s. 60–69.
- BLICHARZ J., *Procesy prywatyzacyjne a sprawiedliwość społeczna w państwie prawa*, [w:] eadem (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2012.
- BROOKS T. (red.), *Rawls and Law*, Ashgate, Farnham–Burlington 2012.
- BUCKLAND W.W., MCNAIR A.D., *Roman Law and Common Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge 1965.
- CHEMERINSKY E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York 2006.
- CHMIELIŃSKI M., *Atomizm a indywidualizm. Rozważania nad myślą polityczną i prawną Wilhelma von Humboldta*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004.
- CHMIELIŃSKI M., *Polemika między komunitaryzmem a kontraktualistami jako nowa odsłona sporu między uisnaturalizmem a pozytywizmem prawniczym*, „Politea” 2013, nr 26, s. 23–43.
- CHMIELIŃSKI M., *Prawo we współczesnej teorii publicznego wyboru*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 269–282.
- CHMIELIŃSKI M., *Umowa społeczna jako idea praktycznego rozumu w koncepcji Immanuela Kanta*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński, *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 172–203.
- CHMIELIŃSKI M., *Umowa społeczna jako ideologia. Davida Gauthiera kontraktualizm moralny*, [w:] M. Chmieliński, Z. Rau (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 256–279.
- CISZEWSKI W., DYRDA A., *Remedium wobec diagnozy, czyli jak liberalizm polityczny odpowiada na fakt niezgody*, „Diametros” 2013, nr 37, s. 13–33.
- COHEN G.A., *Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice*, „Philosophy & Public Affairs” 1997, t. 26, nr 3, s. 3–30.
- COHEN J., *For a Democratic Society*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 86–138.
- CRAIG L.H., *Contra Contract: A Brief against John Rawls’ ‘Theory of Justice’*, „Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique” 1975, t. 8, nr 1, s. 63–81.
- DAHL R.A., *O demokracji*, przeł. M. Król, Społeczny Instytut Wydawniczy „Znak”, Kraków 2000.

- DANIELS N., *Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty*, [w:] idem (red.), *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford, California 1989, s. 253–281.
- DANIELS N., *Equality of What: Welfare, Resources, or Capabilities?*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1990, t. 50, s. 273–296.
- DOMBROWSKI D.A., *Rawls and Religion: The Case for Political Liberalism*, State University of New York Press, Albany 2001.
- DREBEN B., *On Rawls and Political Liberalism*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 316–347.
- DWORKIN R., *Original Position*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford, California 1989, s. 16–53.
- DWORKIN R., *Rawls and the Law*, „Fordham Law Review” 2004, nr 72, s. 1387–1405.
- DYRDA A., *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- ELLENBURG S., *Rousseau's Political Philosophy: An Interpretation from Within*, Cornell University Press, Ithaca and London 1976.
- ELSTER J., *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*, [w:] J. Bohman, W. Rehg (red.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, The MIT Press, Cambridge, MA, London 1997, s. 3–35.
- FRANCISCO A. de, *A Republican Interpretation of the Late Rawls*, „The Journal of Political Philosophy” 2006, 3, s. 270–288.
- FRAZER M.L., *Between Two Enlightenments*, „Political Theory” 2007, t. 35, nr 6, s. 756–780.
- FREEMAN S., *Rawls*, Routledge, London and New York 2007.
- FROHOCK F.M., *The Boundaries of Public Reason*, „The American Political Science Review” 1997, t. 91, nr 4, s. 833–844.
- FULLER L., *What Liberals Really Believe*, [www.intercollegiatereview.com/index.php/2013/11/03/what-liberals-really-believe/](http://www.intercollegiatereview.com/index.php/2013/11/03/what-liberals-really-believe/) (dostęp: 20.01.2014).
- GARDBAUM S., *The Place of Constitutional Law in the Legal System*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 170–185.
- GARGARELLA R., *The Constitution and Justice*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 336–349.
- GENTILE E., *Początki ideologii faszystowskiej*, przeł. T. Wituch, Wydawnictwo UW, Warszawa 2011.
- GIBBARD A., *Constructing Justice*, „Philosophy & Public Affairs” 1991, t. 20, nr 3, s. 264–279.
- GIBBARD A., *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1990.
- GILSON É., *Tomizm*, przeł. J. Rybałt, Instytut Wydawniczy Pax, Warszawa 2003.
- GLENN P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford–New York 2010.
- GOLDSWORTHY J., *Constitutional Interpretation*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 689–717.
- GONÇALVES Arnaldo M.A., *The Nuptials Between Justice and Law in the Philosophy of John Rawls: Its Impact in Contemporary Political Philosophy*, [https://www.academia.edu/1361869/The\\_Nuptials\\_Between\\_Justice\\_and\\_Law\\_in\\_the\\_Philosophy\\_of\\_John\\_Rawls\\_Its\\_Impact\\_in\\_Contemporary\\_Political\\_Philosophy](https://www.academia.edu/1361869/The_Nuptials_Between_Justice_and_Law_in_the_Philosophy_of_John_Rawls_Its_Impact_in_Contemporary_Political_Philosophy) (dostęp: 14.02.2014).
- GORR M., *Rawls on Natural Inequality*, „The Philosophical Quarterly” 1983, 33, 130, s. 1–18.
- GÓRZECKI D. (red.), *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- GRANAT M., *Dobro wspólne w pojmowaniu Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] W. Arndt, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013, s. 127–137.



- GRAY J., *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, Routledge Classics, London and New York 2007.
- GRAY T., *Freedom*, Macmillan Publishers Limited, London 1991.
- GREEN L., *Tort law: Public Law in Disguise*, „Texas Law Review” 1960, t. 38, s. 257–269.
- GREENE A.S., *Constitutional Reductionism, Rawls, and The Religious Clauses*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, zwił. s. 2099–2103.
- GREENWALT K., *Natural Law and Public Reasons*, „Villanova Law Review” 2002, t. 47, nr 3, s. 531–552.
- GUTMANN A., *Rawls on the Relationship Between Liberalism and Democracy*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 168–200.
- GUTMANN A., THOMPSON D., *Democracy and Disagreement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996.
- GUYER P., *Kant on Freedom, Law, and Happiness*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- HARRIS J.W., *Property and Justice*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- HARSANYI J., *Bayesian Decision Theory and Utilitarian Ethics*, „The American Economic Review” 1978, t. 68, nr 2, s. 223–228.
- HARSANYI J., *Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls' Theory*, „The American Political Science Review” 1975, t. 69, nr 2, s. 594–606.
- HART H.L.A., *Rawls on Liberty and its Priority*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford 1989, s. 230–252.
- HAYEK F.A. von, *Konstytucja wolności*, przeł. J. Stawiński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.
- HAYEK F.A. von, *Law, Legislation, and Liberty*, t. 2: *The Mirage of Social Justice*, Routledge, London 1982.
- HEDRICK T., *Rawls and Habermas: Reason, Pluralism, and the Claims of Political Philosophy*, Stanford University Press, Stanford 2010.
- HIGGINS T.E., *Why Feminists Can't (or Shouldn't) Be Liberals*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1629–1641.
- HINSCH W., *Gerechtfertigte Ungleichheiten*, Walter de Gruyter, Berlin–New York 2002.
- HINSCH W. (red.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt 1997.
- HÖFFE O. (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998.
- HÖFFE O., *Ethik und Politik: Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979.
- HÖFFE O., *Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung*, C.H. Beck, München 2001.
- IRVING H., *Five Things to Know About the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- JAMES D., *Hegel's Philosophy of Right: Subjectivity and Ethical Life*, Continuum, London–New York 2007.
- KABEYA MAKWETA N., *Du Principe du reciprocté dans la theorie de la justice de John Rawls*, Pontifica Universitas Gregoriana, Romae 2006.
- KANIEWSKI A.M., *Über die Rechtsstaatlichkeit bei Kant aus einer zeitgenössischen Perspektive oder Kants Staatsdenken und Polens Angelegenheiten*, [w:] A.M. Kaniowski, E. Wyrębska, T. Michałowski (red.), *Rechtsstaatlichkeit. Kant*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2012, s. 13–30.
- KANIEWSKI A.M., *Wstęp*, [w:] J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, przeł. A.M. Kaniowski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999, s. IX–LXXXVI.
- KANOVITZ J.R., *Constitutional Law*, 12th ed., Lexis Nexis, New Providence, NJ, 2010.
- KEKES J., *Against Liberalism*, Cornell University Press, Ithaca–London 1997.

- KERSTING W., *Kritik der Gleichheit*, Velbrück Wissenschaft, Weilerwist 2002.
- KERSTING W., *Die Gerechtigkeit Zieht das Grenze, und das Gute setzt das Ziel*, [w:] O. Höffe (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998, s. 209–231.
- KERSTING W., *Gerechtigkeit und öffentliche Vernunft. Über John Rawls' politischen Liberalismus*, Mentis, Paderborn 2006.
- KERSTING W., *John Rawls zur Einführung*, Junius Verlag, Hamburg 2001.
- KĘDZIORA K., *John Rawls – w poszukiwaniu normatywnych podstaw demokracji*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 2008, praca doktorska.
- KLICH J., *Ogólna charakterystyka procesów prywatyzacji w gospodarce brytyjskiej w latach osiemdziesiątych*, [w:] T. Wawak (red.), *Własność prywatna*, Wydawnictwo Informacji Ekonomicznej, Kraków 1993, s. 61–73.
- KLOC-KONKOŁOWICZ J., *Das Prinzip der Gegenseitigkeit und der moderne Rechtsstaat*, [w:] A.M. Kaniowski, E. Wyrębska, T. Michałowski (red.), *Rechtsstaatlichkeit. Kant*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2012, s. 55–70.
- KLOSKO G., *Rawls' „Political” Philosophy and American Democracy*, „The American Political Science Review” 1993, t. 87, nr 2, s. 348–359.
- KNIGHT J., *Constitutionalism and Deliberative Democracy*, [w:] S. Macedo (red.), *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford–New York 1999, s. 159–169.
- KOLLER P., *Die Grundsätze der Gerechtigkeit*, [w:] O. Höffe, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998, s. 45–69.
- KOLLER P., *Rawls' Differenzprinzip und seine Deutungen*, „Erkenntnis (1975–)” 1983, t. 20, nr 1, s. 1–25.
- KORDANA K., TABACHNICK, D., *Rawls and Contract Law*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=649085](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=649085) (dostęp: 18.02.2014).
- KRAPIEC A., *Człowiek i prawo naturalne*, KUL, Lublin 1993.
- KRONMAN A.T., *Contract Law and Distributive Justice*, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1069/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1069/) (dostęp: 20.02.2014).
- KRYGIER M., *Rule of Law*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 233–249.
- KYMLICKA W., *Rawls on Teleology and Deontology*, „Philosophy & Public Affairs” 1988, t. 17, nr 3, s. 173–190.
- LACHOWSKI T., *Climate Change and Transitional Justice: Towards the Pursuit of Justice for Climate Change Victims*, [https://www.academia.edu/5514284/Climate\\_Change\\_and\\_Transitional\\_Justice\\_Towards\\_the\\_Pursuit\\_of\\_Justice\\_for\\_Climate\\_Change\\_Victims](https://www.academia.edu/5514284/Climate_Change_and_Transitional_Justice_Towards_the_Pursuit_of_Justice_for_Climate_Change_Victims) (dostęp: 20.03.2014).
- LADWIG B., *Gerechtigkeitstheorien zur Einführung*, Junius Verlag, Hamburg 2011.
- LARMORE Ch., *Public Reason*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 368–393.
- LARMORE Ch., *The Moral Basis of Political Liberalism*, „The Journal of Philosophy” 1999, t. 96, nr 12, s. 599–625.
- LESZCZYŃSKI L., *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, UMSC, Lublin 1986.
- LEVINE A., *Rawls' Kantianism*, „Social Theory and Practice” 1974, t. 3, nr 1, s. 47–63.
- LOVELAND I., *Political Libels: A Comparative Study*, Hart Publishing, Oxford–Portland Oregon 2000.
- LYONS D., *Nature and Soundness of Contract and Coherence Arguments*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford, California, 1989, s. 141–167.
- ŁABIENIEC P., *Prawo rozumu. O teorii prawa naturalnego Johna Finnis'a*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004.
- ŁABNO A., *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, [w:] B. Banaszak (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, s. 693–709.

- MACEDO S., *Cnoty liberalne*, przeł. G. Łuczkiwicz, Wydawnictwo Znak, Kraków 1995.
- MACHNIKOWSKI P., *Swoboda umów*, [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 462–501.
- MACINTYRE A., *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1988.
- MACPHERSON C.B. (red.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Basil Blackwell, Oxford 1978.
- MANZ H.G. von, *Fairneß und Vernunftrecht: Rawls' Versuch der prozeduralen Begründung einer gerechten Gesellschaftsordnung im Gegensatz zu ihrer Vernunftbestimmung bei Fichte*, Georg Olms Verlag, Hildesheim 1992.
- MARITAIN J., *La personne et le bien commun*, Desclée de Brouwer, Paris 1947.
- MAUS I., *Der Urzustand*, [w:] O. Höffe (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998, s. 71–95.
- MICHAŁOWSKI K., *Mit dobra wspólnego: Alasdair MacIntyre, John Rawls i Robert Nozick*, [w:] D. Probuca (red.), *Dobro wspólne*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Pedagogicznego, Kraków 2010, s. 141–149.
- MICHELMAN F.I., *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, [w:] S. Freeman (red.) *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 394–426.
- MICHELMAN F.I., *The Subject of Liberalism*, „Stanford Law Review” 1994, t. 46, s. 1807–1833.
- MILLER F.D., *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- MORAWSKI L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
- MORAWSKI L., *Opinia w sprawie wniosku grupy posłów z dnia 9 listopada 2011 r. o wydanie zarządzenia nakazującego usunięcie krzyża łacińskiego, znajdującego się w sali posiedzeń Sejmu RP*, 30 listopada 2011, 182 11/2, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/4A06C596A-4DE37E0C125796E002FAD30/\\$file/opinia\\_Morawski.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/4A06C596A-4DE37E0C125796E002FAD30/$file/opinia_Morawski.pdf) (dostęp: 12.12.2013).
- MUNZER S.R., *Property as Social Relations*, [w:] idem (red.), *New Essays in The Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 36–75.
- MURPHY L., *Institutions and the Demands of Justice*, „Philosophy & Public Affairs” 1998, t. 27, nr 4, s. 251–291.
- MURPHY L., NAGEL T., *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- NARVESON J., *Rawls' Social Contract: Nor Really*, [w:] Sh.P. Young (red.), *Reflections on Rawls*, Ashgate, Farnham–Burlington 2009, s. 91–109.
- NEAL P., *Is Political Liberalism Hostile to Religion?*, [w:] Sh.P. Young (red.), *Reflections on Rawls: An Assessment of his Legacy*, Ashgate 2009, s. 153–177.
- NIEMCZYK K., *Dobro wspólne i obowiązek polityczny w „Teorii sprawiedliwości” Johna Rawlsa*, [w:] D. Probuca (red.), *Dobro wspólne*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Pedagogicznego, Kraków 2010, s. 157–164.
- NUSSBAUM M.C., *Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2006.
- NUSSBAUM M.C., *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, „Philosophy & Public Affairs” 2011, t. 39, nr 1, s. 4–45.
- NUSSBAUM M.C., *Rawls and Feminism*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 488–520.
- OKIN S.M., *Justice and Gender: An Unfinished Debate*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1573–1567.
- O'NEILL O., *Autonomy and the Fact of Reason in 'Kritik der Praktischen Vernunft'*, [w:] O. Höffe (red.), *Kritik der Praktischen Vernunft*, Klassiker Auslegen, Akademie Verlag, Berlin 2002, s. 81–98.

- O'NEILL O., *The Method of A Theory Justice*, [w:] O. Höffe (red.), *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Akademie Verlag, Berlin 1998.
- ONISZCZUK J., *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Warszawa 2005.
- PAWŁOWSKI T., *Tworzenie pojęć i definiowanie w naukach humanistycznych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1978.
- PIECHOWIAK M., *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Trybunał Konstytucyjny, Warszawa 2012.
- PIECHOWIAK M., *Klasyczna koncepcja osoby jako podstawa pojmowania praw człowieka. Wokół Tomasza z Akwinu i Immanuela Kanta propozycji ugruntowania godności człowieka*, [w:] P. Dardziński, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Prawo naturalne. Natura prawa*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011.
- PIECHOWIAK M., *Prawne i pozaprawne pojęcie dobra wspólnego*, [w:] W. Arndt, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013, s. 23–45.
- PIETRZYK-REEVES D., *Ład Rzeczypospolitej. Polska myśl polityczna XVI wieku a klasyczna tradycja republikańska*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2012.
- PIPES R., *Własność i wolność*, przeł. L. Niedzielski, Muza, Warszawa 2000.
- POGGE T., *John Rawls: His Life and Theory of Justice*, z niem. przeł. M. Kosch, Oxford University Press, Oxford 2007.
- POGGE T., *The Kantian Interpretation of Justice as Fairness*, „Zeitschrift für philosophische Forschung” 1981, t. 35, nr 1, s. 47–65.
- POLANOWSKA-SYGULSKA B., *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Księgarnia Akademicka, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2008.
- POPPER K.R., *Droga do wiedzy. Domysły i refutacje*, przeł. S. Amsterdamski, PWN, Warszawa 1999, s. 425–492.
- PORĘBSKI Cz., *Umowa społeczna. Renesans idei*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1999, s. 133–165.
- PROSTAK R., *Rzecz o sprawiedliwości. Komunitarystyczna krytyka współczesnego liberalizmu amerykańskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2004.
- PROSTAK R., *Teista w demoliberalnym świecie*, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2014.
- PROUDFOOT W., *Rawls on Individual and the Social*, „The Journal of Religious Ethics” 1974, t. 2, nr 2, s. 107–128.
- PRZYCHODZEŃ M., *Wolność neutralna aksjologicznie – współczesne wyzwania teoretyczne*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 283–298.
- QUINE W.V.O., *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press, New York 1969.
- RAO N., *A Backdoor to Policy Making: The Use of Philosophers by the Supreme Court*, „The University of Chicago Law Review” 1998, t. 65, s. 1371–1401.
- RAPHAEL D.D., *Tensions between Equality and Freedom*, [w:] idem, *Justice and Liberty*, The Athlone Press, London 1980, s. 57–74.
- RAU Z., *From Communism to Liberalism: Essays on the Individual and Civil Society*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998.
- RAU Z., *Liberalizm. Zarys myśli politycznej XIX i XX wieku*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2000.
- RAU Z., *Perfekcjonizm, paternalizm i neutralność państwa w liberalizmie klasycznym i współczesnym*, [w:] L. Dubel (red.), *Idee jako źródło instytucji politycznych i prawnych*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2003, s. 77–101.
- RAU Z., *Pięć tez twardego liberała, czyli jak z własnej zgody wyprowadzić posuszeństwo państwu i prawu*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 155–176.

- RAU Z., *Umowa społeczna w „Teorii sprawiedliwości” Johna Rawlsa*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2010, s. 207–228.
- RAU Z., *Własność w doktrynie politycznej Johna Locke’a*, [w:] J. Jabłońska-Bonca (red.), *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem*, t. 1: *Własność*, Warszawa 2009.
- RAU Z., *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, przeł. M. Przychodzeń, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2008.
- RAZ J., *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, [w:] L. Alexander (red.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, s. 152–193.
- REIDY D.A., *Rawls’s Wide View of Public Reason: Not Wide Enough*, „Res Publica” 2000, t. 6, s. 49–72.
- RICHARDSON H.S., *Rawlsian Social Contract Theory and the Severely Disabled*, „The Journal of Ethics”, Dec., 2006, t. 10, nr 4, s. 419–462.
- RICKEN F., *Ist eine moralische Konzeption der politischen Gerechtigkeit ohne umfassende moralische Lehre möglich?*, [w:] W. Hinsch (red.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt 1997, s. 420–438.
- RIPSTEIN A., *Force and Freedom. Kant’s Legal and Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2009.
- RIPSTEIN A., *Private Order and Public Justice: Kant and Rawls*, „Virginia Law Review” 2006, t. 92, s. 1391–1438.
- RIPSTEIN A., *The Division of Responsibility and the Law of Tort*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1811–1844.
- ROEMER J.E., *Theories of Distributive Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996.
- RORTY R., *Pierwszeństwo demokracji wobec filozofii*, przeł. J. Margański, [w:] idem, *Obiektywność, relatywizm i prawda. Pisma filozoficzne*, t. 1, Fundacja Aletheia, Warszawa 1999, s. 261–291.
- ROSENFELD M., *Constitutional Identity*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 756–776.
- RUPNIEWSKI M., *Czy wolny rynek może być sprawiedliwy? Spór między Rawlsem a Nozickiem o rolę podstawowej struktury społeczeństwa*, „Hybris” 2011, 13, s. 64–80.
- RUPNIEWSKI M., *Doktryny polityczno-prawne jako narzędzie interpretacyjne na przykładzie pojęcia sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] I. Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewski (red.), *Myślenie o polityce i prawie. Przedmiot, metoda, praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- RUPNIEWSKI M., *Pojęcia wzajemności, bezstronności i korzyści wzajemnej w wybranych współczesnych koncepcjach sprawiedliwości*, [w:] M. Maciejewski, M. Sadowski, M. Marszał (red.), *Tendencje rozwojowe w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014 (w druku).
- RUPNIEWSKI M., *Prawny wymiar więzi społecznej w myśli Johna Rawlsa*, „Prawo i Więź”, jesień 2013, 5, s. 39–57.
- RUPNIEWSKI M., *The Fairness of Law. An Outline for A Rawlsian Legal Theory*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, red. M. Sadowski, t. 6, Wrocław 2012.
- RUPNIEWSKI M., *Zwischen Libertarianismus und Liberalismus. Kants Begriff des Eigentums und dessen Implikationen für die Richtige Staatsgewaltbestimmung*, [w:] A.M. Kaniowski, E. Wyreńska, T. Michałowski (red.), *Rechtsstaatlichkeit. Kant*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2012, s. 113–117.
- SADOWSKI M., *Godność człowieka i dobro wspólne w papieskim nauczaniu społecznym (1878–2005)*, Wrocław 2010, [www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/34590/001.pdf](http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/34590/001.pdf) (dostęp: 20.02.2014).
- SADURSKI W., *„Rozumność” między teorią prawa a filozofią polityczną*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Zakład Praw Człowieka WPiA UW, Warszawa 2008, s. 9–39.



- SADURSKI W., *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988.
- SAGER L.G., *The Why of Constitutional Essentials*, „Fordham Law Review” 2004, 72, s. 1421–1433.
- SANDEL M.L., *Political Liberalism* [book review], „Harvard Law Review” 1994, t. 107, s. 1765–1794.
- SANDEL M., *Justice: What’s the Right Thing to Do?*, Penguin Books, London–New York 2009.
- SANDEL M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 1982.
- SCANLON T.M., *Adjusting Rights and Balancing Values*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1477–1486.
- SCANLON T.M., *Rawls on Justification*, [w:] S. Freeman (red.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2003, s. 139–167.
- SCHAEFER D.L., *Illiberal Justice: John Rawls vs. The American Political Tradition*, University of Missouri Press, Columbia and London 2007.
- SCHAEFFER D.L., *Justice or Tyranny? A Critique of John Rawls’s „A Theory of Justice”*, Kennikat Press, Port Washington, NY, 1979.
- SCHNEIDERMAN D., *A New Global Constitutional Order?*, [w:] T. Ginsburg, R. Dixon (red.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2011, s. 189–210.
- SELLERS M.N.S., *Republican Legal Theories*, Palgrave MacMillan, New York 2003.
- SEN A., *Personal Utilities and Public Judgements: Or What’s Wrong With Welfare Economics*, „The Economic Journal” 1979, t. 89, nr 355, s. 537–558.
- SEN A., *Rawls versus Bentham: An Axiomatic Examination of the Pure Distribution Problem*, [w:] N. Daniels (red.) *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford, California, 1989, s. 283–292.
- SHELBY T., *Race and Social Justice: Rawlsian Considerations*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1697–1714.
- SHER G., *Effort, Ability, and Personal Desert*, „Philosophy & Public Affairs” 1979, t. 8, nr 4, s. 361–376.
- SHIFFRIN S.V., *Race, Labour, and the Fair Equality of Opportunity Principle*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1643–1675.
- SIEP L., *Rawls’ politische Theorie der Person*, [w:] W. Hirsch (red.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt 1997, s. 380–395.
- SIMMONS J.A., *Justification and Legitimacy. Essays on Rights and Obligations*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 2001.
- SINGER P., *O życiu i śmierci. Upadek etyki tradycyjnej*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1997.
- SKRZYDŁO W. (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2008.
- SMOKTUNOWICZ E. (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Białystok–Warszawa 2000.
- SOŚNIAK M., *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1986, s. 66–75.
- STAWROWSKI Z., *Dobro wspólne a filozofia polityki*, [w:] W. Arndt, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013, s. 13–22.
- STEINBERGER P.J., *Desert and Justice in Rawls*, „The Journal of Politics” 1982, t. 44, nr 4, s. 983–995.
- STELMACHOWSKI A., *Modele własności i ich uwarunkowania społeczno-ustrojowe*, [w:] E. Gniewek (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 3, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 217–336.
- STONE A., *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*, [w:] T. Ginsburg, R. Dixon (red.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2011, s. 406–421.
- SUGIN L., *Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax System*, „Fordham Law Review” 2004, t. 72, s. 1991–2014.



- SZAHAJ A., *Jednostka czy wspólnota? Spór liberalów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2000.
- SZUTTA A., *Metoda refleksyjnej równowagi, część I: prezentacja metody*, „Diametros”, marzec 2013, nr 35, s. 129–149.
- ŚLIWKA M., *Sprawiedliwość społeczna jako klauzula generalna na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, www.kulturaihistoria.umcs.lublin.pl/archives/1904 (dostęp: 12.01.2014).
- TAN K.-Ch., *Justice, Institutions, and Luck*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- TAYLOR R.S., *Reconstructing Rawls: The Kantian Foundations of Justice as Fairness*, Penn State Press, University Park, PA, 2011.
- TKACZ S., *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2003.
- TULEJSKI T., *Czy liberalizm jest jeszcze liberalny?*, „Prawo i Więź”, jesień 2013, t. 5, nr 3, s. 7–20.
- TULEJSKI T., *Konserwatyzm bez Boga. Dawida Hume’a wizja społeczeństwa, państwa i prawa*, Fijorr Publishing, Warszawa 2009.
- TULEJSKI T., *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Benthama*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004.
- TULEJSKI T., *Rozum czy uczucia? Ustanowienie porządku społecznego według Davida Hume’a*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński, *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 333–361.
- TUSHNET M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton–Oxford 2008.
- VERHAEGH M., *Kant and Property Rights*, „Journal of Libertarian Studies” 2004, t. 18, nr 3, s. 11–32.
- WALDRON J., *Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford 2002.
- WALDRON J., *Public Reason and „Justification” in a Courtroom*, „Journal of Philosophy and Culture” 2007, t. 1, s. 107–137.
- WEITHMAN P., *Why Political Liberalism? On John Rawls’s Political Turn*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- WENDT F., *Universalisierbarkeit und öffentliche Rechtfertigung*, „Zeitschrift für philosophische Forschung” 2013, t. 67, nr 4, s. 587–609.
- WOJCIECHOWSKI B., *Interkulturowe prawo karne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009.
- WÓJCIK S., *Zagadnienia cywilistyczne własności prywatnej*, [w:] T. Wawak (red.), *Własność prywatna*, Wydawnictwo Informacji Ekonomicznej, Kraków 1993, s. 23–26.
- ZAJADŁO J., *Prawa podstawowe w filozofii prawa Roberta Alexy’ego. Wprowadzenie*, [w:] R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 11–26.
- ZAŁUSKI W., *Ewolucyjna filozofia prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- ZAŁUSKI W., *The limits of naturalism: a game – theoretic critique of justice as mutual advantage*, Zakamycze, Kraków 2006.
- ZAWADZKA B., *Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1996.
- ZIEMBIŃSKI Z., *Logika praktyczna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1974.
- ZIRK-SADOWSKI M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze, Kraków 2000.
- ZMIERCZAK M., *Liberalna krytyka demokracji jako źródło idei demokracji konstytucyjnej*, [w:] L. Dubel (red.), *Idee jako źródło instytucji politycznych i prawnych*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2003, s. 129–144.
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996.
- ŻARDECKA-NOWAK M., *Rozum i obywatel. Idea rozumu publicznego oraz koncepcja jednostki we współczesnej filozofii polityki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2007.

# The Law as a Device of Fair Cooperation in a Democratic Society. Political Philosophy of John Rawls from a Lawyer's Standpoint

## (Summary)

The jurisprudential project pursued in this book is a study of ideas formulated by one of the most eminent philosophers of the twentieth century – John Rawls (1921–2002). During his lifetime, from the 1970s on, you could hardly imagine a book on practical philosophy or politics without passages addressing the notions of the original position, reflective equilibrium, the difference principle, an overlapping consensus, and public reason. But also today we constantly observe Rawls's considerable influence over political philosophy, not only in American academia (where we find plenty of his direct disciples) but also elsewhere, far beyond English-speaking world. His thought has been a negative or positive source of inspiration not only for liberals, but also for thinkers of nearly the entire politico-philosophical spectrum. One of the biggest reasons for that is the fact that in his opus magnum, *A Theory of Justice*, he gave a new lively impulse to normative reflection on the social world by rediscovering the tradition of social contract. Constructing the idea of original position and developing the conception of justice as fairness, Rawls did even more – he created a new paradigm in political philosophy, and we may speak about 'Rawlsianism', just as we talk about 'Kantianism' or 'Marxism'. But *A Theory of Justice* is not the whole story. In his subsequent books and papers from the 1980s on, Rawls introduced new ideas of Kantian constructivism, political liberalism with its central idea of public reason, and many more. In the late works Rawls modified the original project but – as the last book *Justice as Fairness: A Restatement* shows us – he never abandoned its central ideas.

Rawls's major works, as well as the general evolution of his thought, are commonly known, so there is no need to recall them all here. There is indeed enough secondary literature to refer to. Given that fact, we should rather ask – why still deal with Rawls at all? Do we still have something to discover today, in 2015, or perhaps all we can do is to sum up the former discussions? In examining Rawls' ideas I go to great lengths to show that his philosophy still has something new to offer. The domain I find especially intriguing here is jurisprudence. Rawls himself did not address too many jurisprudential questions at length, but studying his philosophy allows us to approach the familiar and persistent problems from a new perspective. If we set aside, for the moment at least, the heavily disputed questions of the debate between positivism and natural law theory, we can, hopefully, say something new about law in a democratic society. We can do this by taking political philosophy as our basis, not the philosophy of law in its strict sense. This is the main intention of this book.

I intend to realize this by constructing a new substantial conception of law, or at least by showing an approach to legal analysis that brings something new to the discourse of lawyers. I call it the 'cooperative conception of law', a conception of law as a device of fair cooperation between free and equal citizens in liberal, democratic societies. I try to do this remaining strictly 'Rawlsian', i.e. to interpret Rawls in such a way that enables to incorporate a conception of law which would be completely consistent with the rest of Rawls's philosophical system. The result of such an interpretation is, as I shall argue, the cooperative conception. The secondary result of this project is reinterpretation of the role of contractarianism in jurisprudence, as well as of the nature of

contractarianism itself. I'm trying to show that a contractarian approach supports non-positivism – a jurisprudential standpoint to some degree different from legal positivism and natural law theories.

In order to do this one needs not only analyse the writings of Rawls carefully, but also to apply his categories to a very special case, namely, the concept of law. Once the philosophical conception is worked out, it must be somehow 'verified' or 'falsified' and I hope to do this by using some examples of institutional analysis, applying abstract conception to legal reality in selected western countries. That is why the full pursuit of the project requires accomplishment of three major research objectives:

(1) conceptualize and express clearly a new conception of law, 'the cooperative conception of law'. As indicated above, this conception perceives the law as a device of fair cooperation between free and equal citizens in a democratic society; a society that is liberal, pluralistic and acknowledges the priority of justice as well as burdens of judgement and the fact of pluralism;

(2) show the law, understood as above, as a plausible form of common good for democratic society;

(3) verify the results of philosophical investigations through examining the implications of the conception for basic legal institutions and practices (for instance the constitution, property rights, tax system, and judicial review) and comparing those implications with real institutions and practices through the comparative law research.

The pursuit of the first two objectives is of philosophical nature and shall apply methods of philosophical interpretation and analysis of concepts and ideas. The third objective is to verify the results of philosophical scrutiny with methods of (comparative) legal analysis.

The philosophical analysis of ideas that can be worked up into the cooperative conception of law has two main parts. In the first part the priority of justice is considered. In order to show the priority of justice in a democratic society I examine the idea of society as a fair system of cooperation and the political conception of the person, as well as the idea of a well-ordered society in circumstances of pluralism. This is the main subject of chapter 1, *The Need for Law – Democratic Society*. According to those ideas a society is seen as a system of cooperation, effectively regulated by publicly recognized, reciprocal rules. In this scheme each participant of the cooperation seeks his own advantage or good, but at the same time wants to do it under certain rules that everyone else can accept on common ground. This aspect of cooperation is complemented by the idea of reasonable and rational citizens who are at the same time deemed free and equal. Taken together, those ideas form a conception of priority of justice, where the latter is understood as a common and supreme tribunal adjudicating conflicting claims of citizens in the circumstances of social pluralism. The concern of the second part is constructing the original position and the idea of public reason. This is the main topic of chapter 2, *The Foundation of Law – Law in the Light of Public Reason and the Principles of Justice*. As I argue there, the idea of the original position provides us with formal constraints imposed not only on a conception of justice, but also on a concept of right. The careful analysis will try to prove that those constraints are identical for the concept of law. If this is connected with the idea of public reason, one can provide a model of law and of law-making process. This enables reconstructing the principles of justice as the principles constitutive for law, which can be pursued by the use of public reason. Those arguments taken together amount to arguments for perceiving law as a device of fair cooperation – the conception where law is necessarily connected to some minimal moral standard but at the same time is not dependent on any substantial notion of a good ethical life of a person.

Having this done, I focus on the ideas that enable us to express and endorse the conception of law as a common good. Firstly, I examine the idea of community and the ideas of the good introduced by Rawls, with the special focus on the concept of the good of political community. Once I have a clear idea of the good of political society, and a clear image of possible community dimension of liberal philosophy of Rawls, I provide a possible Rawlsian interpretation of the idea of common

good and compare it with republican and Thomistic models. The general thesis here is that common good is an important part of Rawls's system, but according to the cooperative conception of law common good is closely connected to legal institutions and not to the ethical notions of good life. That is why the notion of common good is somehow 'reversed' – common good is not the purpose of the institutions, but the institutions themselves become common good of a pluralistic society with a limited (i.e. 'constitutional' or 'overlapping') social consensus.

With respect to the main subject of this project, the analysis of Rawlsian political philosophy has to take a lawyers' perspective. This is realized throughout the whole work, however, special emphasis to the legal aspects is given within the pursuit of the third research objective. Chapter 3, *Toward Institutions – The Political Conception of Justice and the Legal Order* aims at showing the implications of the cooperative conception of law to a specific institution, and then at comparing and confronting those implications with real institutions by means of using knowledge and skills of legal analysis and comparative law. Special focus is given to the following institutions – the constitution, property, and freedom of contract. Generally I argue that the cooperative conception of law is indeed capable of enhancing our understanding of the institutions, and stays generally consistent with legal thinking.