

22/2024

JURYSPRUDENCJA

Maciej Chmieleński

Kreacja prawa

Prawodawstwo
między społeczną
użytecznością
a rozsądną zgodą



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

JURYSPRUDENCJA

22/2024



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

[Kup książkę](#)

22/2024

Maciej Chmieleński

Kreacja prawa

Prawodawstwo
między społeczną
użytecznością
a rozsądną zgodą



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2024

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

REDAKTORZY

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

SEKRETARZ

Robert Krason (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

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

RECENZENCI

Jarosław Kostrubiec
Michał Urbańczyk

REDAKTOR INICJUJĄCA

Monika Borowczyk

REDAKCJA

Monika Poradecka

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

© Copyright by Maciej Chmieliński, Łódź 2024

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2024

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

ISBN 978-83-8331-530-0

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

Spis treści

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

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

Podziękowania

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

Wstęp

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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