Michał Peno¹

**Prawo jako centrum życia.
Uwagi historyczno-filozoficzne na tle przemian konstytucjonalizmu²**

Słowa kluczowe: konstytucja, polis, prawo naturalne, oświecenie, wartości i cnoty obywatelskie

Keywords: Constitution, Polis, Natural Law, Enlightenment, Virtues and Values of Public Sphere

Streszczenie

Zasadniczym celem artykułu jest analiza koncepcji konstytucji wyłaniających się z filozofii politycznej starożytnej Grecji, wczesnej nowoczesności oraz nowoczesności. Na gruncie tak zwanego konstytucjonalizmu, grecka polis może być rozpatrywana jako pierwsza z całościowych wizji sfery publicznej. Artykuł podejmuje próbę refleksji nad myślą konstytucyjną w perspektywie historycznej, strukturą i podstawowymi założeniami nowoczesnych koncepcji konstytucyjnych, właśnie w kontekście filozoficznej rzeczywistości i doświadczenia polis. Głównym twierdzeniem artykułu jest myśl, że ujmowana szeroko idea konstytucji wyłoniła się z kategorii prawno-naturalnych i zakłada autonomię obywateli oraz ich praw. Deliberatywny model państwa-miasta oraz duch-wizja *politei* wydają się o wiele ważniejsze, aniżeli prawo pozytywne oraz spisaną konstytucja. Tymczasem myśl oświeceniowa, która współcześnie zdaje się wyznaczać główny kierunek refleksji nad państwem i prawem, wiąże zbyt wielkie nadzieje w samoregulującym się prawie pozytywnym. Również autorytet dzisiejszego państwa

¹ ORCID ID: 0000-0001-9905-3783, doktor, Katedra Teorii i Filozofii Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński. E-mail: michal.peno@usz.edu.pl.

² Artykuł nie powstałby, gdyby nie atmosfera naukowa i pomoc w badaniach ze strony Freie Universität Berlin.

oraz konstytucji zdaje się w dużym stopniu zależeć od naszej zdolności do ponownego odkrycia wartości tworzących polis.

Abstract

Law as the center of life. Historical and philosophical remarks against the background of changes in constitutionalism

The main purpose of the article is to analyze the conception of constitution emerging from the ancient, early modern and modern political philosophy. On the ground of the so called constitutionalism, polis can be seen as the first holistic vision of the public sphere. It can be said that the idea of *polis* constitutes ethical relationship between the citizen and the state. The paper attempts to examine constitutional thought in a historical perspective and to penetrate the structure of the fundamental premises and theses of the modern concepts of constitution and constitutionalism, in the context of the idea and the ethical philosophy of polis. The main thesis is that the idea of constitution (in broad sense) is derived from natural law categories, and there is an essential connection between the idea of constitution and the autonomy of citizens and their rights. In the post-enlightenment era we attach too much hope to the written constitution, whereas the most important are public virtues and common values. The deliberative model of the state and the soul of *politeia* – *polis* is much more important than written law and written constitution. It can be assumed that the authority of modern constitution (and the role of modern constitutionalism) depends on our ability to re-discover the values (the soul) of polis.

I. Wstęp

Przed wszystkim należy uprzedzić, że artykuł charakteryzuje się znaczną zawartością uwag filozoficzno-historycznych. Takie spojrzenie daje pewną swobodę krytyczną, a chodzi właśnie o krytyczno-refleksyjne zbadanie przemian w ujmowaniu prawa jako pewnego centrum czy ramy życia, w tym roli szeroko pojmowanej konstytucji i ewolucji konstytucjonalizmu. O ile konstytucja w dzisiejszym jej rozumieniu jest wytworem myśli oświeceniowej, o tyle pewne zręby myślenia konstytucyjnego w nowoczesnych katego-

riach pojawiały się w przestrzeni dziejów³. Nowoczesne myślenie o konstytucji zakłada przede wszystkim jej pozytywno-prawną naturę, ale i mocne przywiązanie do aksjologii. Warto na wstępie zastrzec, że w warunkach europejskich, zwłaszcza młodych państw wschodniej czy środkowej Europy, aksjologia ta jest ściśle wkomponowana w pozytywistyczne ramy i niezwykle podatna na swego rodzaju „dekretalizm” państwa czy rządu⁴. W pewnym stopniu jest nieautonomicznym „przedłużeniem władzy” czy polityki jako gry interesów.

Dalsze rozważania dotyczyć będą przede wszystkim krytycznej refleksji nad kształtowaniem się myślenia konstytucyjnego, to znaczy myślenia odnoszącego się do ujmowanej w różnych aspektach konstytucji. Dwa aspekty są szczególnie istotne. Pierwszy to konstytucyjna praktyka, a drugi to konstytucyjny dyskurs. Konstytucja zdaje się być w większym stopniu sprawą umowy czy konsensu politycznego, aniżeli prawa pozytywnego (prawo pozytywne z tego konsensu tradycyjnie czerpie źródło i legitymizację, a konstytucja jest niejako przed prawem)⁵. Właśnie próba określenia pozaprawnej, to jest społeczno-konsensualną czy moralną podstawę konstytucji i konstytucję, będzie zasadniczym przedmiotem analiz w niniejszym artykule⁶. Łatwo dostrzec, że konstytucja będzie pojmowana tutaj niezwykle szeroko.

W związku z tak zakreślonym obszarem rozważań nieunikniony jest pewien poziom ogólności. Jednak nawet w bardzo ogólnym obrazie warto szukać odpowiedzi na szczegółowe czy konkretne pytania dotyczące rzeczywistości konstytucyjnej współczesnej Europy, także Polski. Warto odpowiedzieć na podstawowe pytanie, mianowicie czy konstytucja, tak jak ją pojmujemy dzisiaj, spełnia rolę czy nadzieje, które w tego rodzaju akcie pokładają współcze-

³ Zob. M. Zuckert, *Natural Rights and Modern Constitutionalism*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2004, nr 1, s. 1–26; M. Goldoni, *Two internal critiques of political constitutionalism*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, nr 4, s. 926–949.

⁴ Dobrym i aktualnym, w drugiej dekadzie XXI w., przykładem może być Federacja Rosyjska, ale i Węgry czy Polska (w opozycji do np. Katalonii, której obywatele wyprowadzają swe prawa bynajmniej nie z konstytucji monarchii hiszpańskiej).

⁵ O relacji nauki prawa do prawa: A. Peczenik, *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*, Dordrecht 2005, rozdz. 1.

⁶ Pozaprawną jeśli przyjąć nowoczesne rozumienie słowa „prawo” – jeśli ujmować prawo szerzej, jako obejmujące nieustanowione przez państwo standardy, reguły czy zasady perspektywa znacząco się odmienni.

sne społeczeństwa⁷. Zwłaszcza, że w literaturze z zakresu filozofii politycznej, filozofii prawa czy socjologii dość regularnie pojawia się pogląd (uzasadniany w rozmaity sposób) o kryzysie liberalnej demokracji, której nowoczesna konstytucja jest przecież istotnym elementem⁸.

W pierwszej części niniejszego artykułu zarysowany zostanie sposób rozumienia prawa w okresie wczesnej nowożytności. W części drugiej syntetycznie omówione zostaną źródła konstytucji w nowoczesnym kształcie (to jest głównie oświeceniowe czy post-oświeceniowe oraz prawno-pozytywistyczne), jako regulacji ujmowanej co do zasady w kategoriach filaru i ramy liberalnej demokracji. W części trzeciej natomiast będzie mowa o pewnej interpretacji życia w rzeczywistości greckiej *polis*, o polityczności jako cnocie wspólnoty politycznej oraz związanym z tą wspólnotą mitem odporności na tyranię, której nie zna nowoczesna konstytucja. Kluczowe w tej części będą uwagi Hannah Arendt – interpretacja przeszłości zaproponowana w dziele „Kondycja ludzka” będzie stanowiła zasadniczy punkt odniesienia⁹.

II. Wczesna nowożytność

Historycy prawa wskazują, że dawniejsze ujęcia łączyły konstytucję ujętą jako pewne podstawowe powinności i wolności władców oraz poddanych, z materialnymi zasadami czy normami dającymi wyprowadzić się z funkcjonujących w danym układzie społecznym praw, zwyczajów, obyczajów czy instytucji itd. Wszystkie te zasady przeniknięte były wartościami, względnie spójnymi i powszechnymi, bo względnie jednolite były oceny moralne¹⁰. W pewnym uproszczeniu mówiąc, myślenie konstytucyjne traktujące o pewnych podstawowych regułach życia państwowego czy publicznego, w tym o relacjach mię-

⁷ Wyrosłe na wartościach oświeceniowych, bo uwzględniając pluralizm kultur prawnych należałoby rozważać problem na liczbie płaszczyzn przekraczających konwencję artykułu naukowego.

⁸ Szerzej: M. Peno, *Demokracja, państwo i prawo – podstawy, wartości i wyzwania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2016, nr 94, s. 156–172.

⁹ W tym sensie opracowanie prezentuje interpretację historii dokonaną na potrzeby refleksji filozofii polityki czy filozofii prawa.

¹⁰ Ch.H. McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York 1947, s. 61–84.

dzy tym co publiczne a sferą prywatną (tj. władca–poddany, państwo–obywatel), było zamykane w ramach moralności.

Nie można przeoczyć, że w historii namysłu nad prawem i państwem właśnie długi czas dominował taki punkt widzenia, który stapiał prawo i moralność w spójną całość. Takie podejście, w którym ostro odróżnia się prawo od moralności, ma mniej więcej 200 letnią tradycję. To stosunkowo krótki okres w dziejach ludzkości. Współcześnie przyjmuje się, że konieczny związek prawa z moralnością charakteryzują tzw. koncepcje prawno-naturalne, odróżniając te koncepcje od nowoczesnego prawa pozytywnego. Jednak co najmniej do schyłku nowożytności taki związek zakładała przyjmowana koncepcja prawa *in genere*. Dowodzi tego przegląd (być może mniej znanej) literatury prawniczej i społecznej. W połowie XVI stulecia francuski prawnik Franciscus Connanus (Connan) w swym „Commentariorum iuris civilis, libri X”¹¹, charakteryzował prawo ludzkie (prawo pozytywne) jako generalne, sprawiedliwe i dobre rozkazy zwierzchniej władzy, ukierunkowane na ochronę wspólnoty. Z kolei Matthäus Wesenbeck (holendersko-niemiecki prawnik) ujmował prawo pozytywne jako realizujące cnoty zarządzenia uprawnionej władzy¹². W tym też czasie Johannes Schneidewin, profesor prawa w Wittenberdze, określał prawo mianem reguł moralności wydanych przez władzę, nakazujących tego, co cnotliwe i szlachetne, a zakazujących aktów niegodnych¹³. Podobne sposoby pojmowania prawa można odnaleźć w innych pracach tego okresu (Theodor Reinkingk, Hugo Donellus – Doneau), w tym w myśli tak dobrze rozpoznawanego filozofa, jak Hugo Grotius¹⁴. Innymi słowy, prawo to reguły wymagające tego, co cnotliwe i dobre, właściwe oraz słuszne. Za właściwe i cnotliwe uważać należy zaś te zachowania, które same w sobie stanowią realizację wartości, służą czy są korzystne dla wszystkich ludzi, których mogą dotyczyć (dla wspólnoty). W takim ujęciu prawo stanowi *sui generis* spis wartości, wyznaczających sposób właściwego i słusznego

¹¹ Basle 1562, s. 44.

¹² M. Wesenbeck, *In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani lib. IIX. commentarii*, Basle 1582, par. 10–15.

¹³ J. Schneidewin (Oinotomos), *In quatuor Institutionum Imperialium D. Iustiniani libros commentarii*, Strasbourg 1575, s. 10–16.

¹⁴ J. Schroder, *The Concept of (Natural) Law in the Doctrine of Law and Natural Law of the Early Modern Era*, [w:] *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*, red. L. Daston i M. Stolleis, Farnham 2008, s. 58–72.

postępowania, a jednocześnie wartości stanowiących ramę dla działalności państwa czy władzy publicznej. Konstytuują one synergicznie relację między jednostkami a państwem, a ich uniwersalne obowiązywanie (przynajmniej w ujęciu filozoficznym) przyjmowano w sposób dorozumiany.

W rozważanych ramach historycznych problem pojmowania słuszności w zasadzie nie istniał, bo szeroko pojęta filozofia odwoływała się do cnót i wartości świata chrześcijańskiego, oczywiście niekoniecznie katolickiego. Sądzono, że pewne wartości i reguły są wpisane przez naturę (lub Boga) w ludzki umysł, określając najlepszy czy niemal doskonały sposób życia (na tyle doskonały, na ile mógł być doskonały człowiek będący usprawiedliwionym grzesznikiem)¹⁵. Prawo naturalne, tak rozumiane, było więc praktyczną wiedzą o ogólnych regułach dobrego postępowania¹⁶. W istocie, współcześnie próbuje się interpretować prawo naturalne jako swego rodzaju probierz, kryterium pozwalające oceniać prawo pozytywne¹⁷. Jednak historyczne wartości stanowiły element definiujący słowo „prawo”, rzutowały na sposób pojmowania prawa ludzkiego. Można powiedzieć, że żadna konstytucja nie była potrzebna, co nie znaczy, że nie pojawiała się jako pewna koncepcja czy idea. Lecz jeśli się taka idea pojawiała, to rozumiana była mniej lub bardziej tak, jak przedstawiał to biskup Hall „konstytucja jest to wspólnota ludu Izraela”¹⁸ albo mówiąc za Sir Jamesem Whitelocke’iem konstytucja to „naturalne ramy państwa”¹⁹. Myśl Hall’a czy White-locke’a wywodzi się w zasadzie od Cyserona, który, który sądził, że bez konstytucji (*constitutio*) będącej miarą sprawiedliwości, trudno zachować wolność, lecz nie jest ona bynajmniej dziełem jednego człowieka i jednego aktu²⁰. Wcześniejsza od rzymskiej jest perspektywa greckiej *polis*, ale nie będzie ona analizowana w aspekcie historycznym, a raczej jako pewien żyjący

¹⁵ Por. J. Kalwin, *Institutio christianae religionis*, Księga II, rozdział II, pkt 1. Oczywiście, chodziło raczej o Prawo Boże, aniżeli prawo naturalne.

¹⁶ L.L. Weinrib, *Natural Law and Justice*, Cambridge, Mass.–London, 1958, s. 68 i n.

¹⁷ Por. Z. Ziemiński, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 59–60; J. Oniszczyk, *Koncepcje prawa*, Warszawa 2004, s. 43.

¹⁸ Za: Ch.H. McIlwain, op.cit., s. 24.

¹⁹ Sir J. Whitelocke, [w:] *Parliamentary Debates in 1610*, red. S.R. Awson Gardiner, Westminster 1862, s. 103.

²⁰ M.T. Cicero, *The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws. Translated from the original, with Dissertations*

i stale reformowany ideał. Jest to przede wszystkim tradycja inna od rzymskiej, późniejszej, choć dopiero zsyntezowanie myśli greckiej i rzymskiej pozwala określić ten najdawniejszy obraz państwa i konstytucji – mogący być inspiracją dla analiz współczesnych, zakorzenionych głównie (i nie bez powodu) w myśli oświeceniowej²¹. Antycypując dalsze uwagi warto zaznaczyć, że właśnie Oświecenie przyniesione zostało przez radykalne zmiany i rewolucje, w rezultacie czego niejako symbolicznie z Wiekami Światła wiąże się przemiany w postrzeganiu społeczeństwa, państwa i prawa, także konstytucji i jej roli²².

W każdym razie, sposób pojmowania prawa i *sui generis* konstytucji jako ramy państwa przed oświeceniem, ale po Reformacji (zrywającej z boskim pochodzeniem prawa naturalnego oraz z prawem naturalnym w takim teistycznym ujęciu), obejmuje dwa elementy. Pierwszy – znany prawu rzymskiego, element rozkazu, zarządzenia, reguł ustanowionych przez władzę. Drugi natomiast obejmuje założenie, że jeśli te reguły nie są słuszne, to nie są one prawem²³. Taki sposób myślenia o konstytucji ulega gwałtownej zmianie na fali rewolucji oświeceniowej, racjonalistycznej i kontraktualistycznej, a do tego ciężącej do kodyfikacji prawa poddanego wszechwiedzy ludzkiego rozumu.

III. Nowoczesność i jej źródła

Dalsze uwagi będą poświęcone przejściu od myślenia przed-oświeceniowego, odwołującego się do uniwersalnych zasad chrześcijaństwa, do nowoczesności, bazującej na dorobku intelektualnym Wieków Światła. Arthur Young, rozważając doświadczenia podróży po rewolucyjnej Francji i komentując narodzi-

and Notes 3, vol. 1, London 1842, s. 45, <http://oll.libertyfund.org/titles/546> (10.12.2017); Ch.H. McIlwain, op.cit., s. 24.

²¹ Interesujące uwagi w tej mierze można odnaleźć np. w pracy: N. Gładzik, *Co po Grekach. Archetyp polis w twórczości Hannah Arendt* (Warszawa 1991), przy czym książka ta nie dotyczy kwestii konstytucjonalizmu czy konstytucji.

²² Zob. J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci. Korespondencja 1982–1985*, Warszawa 1998, s. 37 i n.; L. Morawski, *Państwo prawa, filozofia publiczna i odpowiedzialność moralna naukowców*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 2, s. 85.

²³ Por. J. Bernard, *The Philosophy of Positive Law. Foundations of Jurisprudence*, New Haven 2005, s. 3–29.

ny francuskiej konstytucji, krytycznie stwierdza, że sprowadza się ona do gry słownej polegającej na nadaniu doniosłej nazwy temu, co takiej wartości nie ma. Chodziło oczywiście o to, że nazwę „konstytucja” odnoszono do spisanoego zbioru podstawowych praw i wolności obywatelskich oraz rządu. Young uważał, że Francuzi sądzą mylnie, że ową konstytucję można sporządzić wedle przepisu, „niczym pudding”²⁴. Podobnie krytycznie oceniał konstytucję francuską Edmund Burke, co dziwić nie może z racji jego konserwatywnych i zasadniczo antyosiwieceniowych poglądów²⁵. Konserwatywni filozofowie sądzili, że ramy działań państwa i obywateli wyznaczać powinna normatywna rzeczywistość zakorzeniona głębiej, aniżeli w uchwale legislatury (z perspektywy historycznej – raczej labilnej i przygodnej, miotanej zmiennością ludzkich dziejów²⁶).

Krytyka radykalnych oświeceniowych przemian społeczno-polityczno-intelektualnych nie była zresztą jednotorowa. Można, choć w pewnym uproszczeniu, przyjąć, że nowoczesny i współczesny konstytucjonalizm narodził się z wielkich rewolucji szeroko pojętego świata zachodniego, a chodzi tu o wydarzenia w Ameryce (tak północnej, jak i południowej), Francji, doświadczenia półwyspu apenińskiego (*Risorgimento*), wyzwolenie południa spod panowania tureckiego (np. Grecja). Niektórzy łączą narodziny nowoczesności z przemianą podejścia do prawa naturalnego, ale niekoniecznie jego zarzuceniem (jako konsekwencję m.in. Reformacji)²⁷. Wszystkie te wydarzenia były z kolei rezultatem rewolucji intelektualnej czy raczej rewolucji w myśleniu o społeczeństwie, prawie, państwie, ale i ekonomii oraz człowieku we wszelkich polach jego społecznej aktywności. Model prawa publicznego, w tym nowoczesnego sposobu pojmowania konstytucji, jest w znacznym stopniu wypadkową tych przemian.

²⁴ Cytat za: Ch.H. McIlwain, op.cit., s. 1. Wiele uwag Young’a dotyczących konstytucji można znaleźć w: A. Young, *Constitution Safe Arthur Young, The Constitution Safe without Reform: Containing Some Remarks on a Book Entitled the Commonwealth in Danger*, England 1795.

²⁵ Zob. E. Jones, *Edmund Burke and the Invention of Modern Conservatism, 1830–1914. An Intellectual History*, Oxford 2017, s. 163 i n.

²⁶ Notabene będzie mowa dalej w niniejszym tekście o tym, że Hannah Arendt w swoich pracach, komentując oświeceniową wizję praw, odwołuje się do słabości mentalnego wiązania ich tylko z konstytucją.

²⁷ L. Daston, M. Stolleis, *Nature, Law and Natural Law in Early Modern Europe*, [w:] *Natural Law and Laws...*, s. 1–12.

Była mowa o tym, że radykalna zmiana dotknęła również podejścia czy sposobu pojmowania prawa naturalnego, które zostało oderwane od swoich źródeł teistycznych, boskich. Zsekularyzowane prawo naturalne stało się gruntem, z którego wyrosła tzw. szkoła prawa natury. Szkoła prawa natury bazowała na pewnych założeniach dotyczących kondycji czy natury człowieka i w zasadzie znalazła niemal pełen wykład w amerykańskiej deklaracji niepodległości oraz we francuskiej deklaracji praw człowieka i obywatela. Na plan pierwszy wysuwa się tu zdolność czy raczej wolność dokonywania racjonalnych i autodeterminowanych wyborów²⁸.

W tym kontekście podstawowe z filozoficzno-politycznego punktu widzenia jest twierdzenie, że zasadniczo obywatele (ludzie) rodzą się wolni (i równi w tej wolności). Z tego wynikają pewne naturalne prawa, w tym prawo do własności, wolności i życia, wyborów życiowych. Natomiast państwo powinno te prawa i wolności zidentyfikować, zagwarantować, realizować oraz zabezpieczyć równowagę polegającą na zapewnieniu każdemu względnie równej pozycji w relacji do innego obywatela. Co oczywiste, realizacja tego ideału następowała stopniowo w procesie egalitaryzacji życia publicznego (aż do modelu demokracji partycypacyjnej)²⁹. Rządzący powinni posiadać legitymację w postaci ogólnej zgody na sprawowanie władzy. Są to ogólne reguły rządzące szeroko pojętym nowoczesnym konstytucjonalizmem³⁰. Taki sposób postrzegania miejsca człowieka w świecie wymaga określonej koncepcji politycznej – taką koncepcją jest kontraktualizm³¹. Koncepcje „kontraktowe” mogą przybrać postać idei wyimaginowanej umowy politycznej albo mającej w jakimś sensie charakter metaetyczny idei jakoś pojętego kontraktu moralnego. Idea umowy społecznej pozwala wyjaśnić w kategoriach wyboru i zgody pochodzenie państwa oraz zasad moralnych. Co więcej, właśnie kontraktualizm jest szczególnie przydatny jako koncepcja uzasadnienia konstytucji jako wykładni dobra wspólnego czy publicznego (bo zakłada wolność, racjonalność i odpowiedzialność – triadę podstawowych pojęć klasycznej po-kan-

²⁸ M. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986, s. 77–84.

²⁹ Zob. Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2000.

³⁰ Zob. A. Cudd, S. Eftekhari, *Contractarianism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/contractarianism> (20.12.2017).

³¹ W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, Warszawa 2009, s. 87 i n. I. Shapiro, *The Moral Foundations of Politics*, New Haven-London 2003, s. 190–191, 224–225.

towskiej wizji człowieka). Co do zasady nie ma różnicy, czy chodzi o ideały republikańskie, czy też o model monarchii uwzględniającej oświeceniowe ideały, bo istotna jest tu pewna wizja człowieka, społeczeństwa, prawa i państwa. Kontraktualizm programowo służy legitymizacji współczesnych państw, stanowiąc rodzaj tzw. mitologii założycielskiej, obejmującej etos, wartości oraz zasady, których realizacja stanowi polityczny cel państwa³². Początkowo była to pewna „idea regulatywna”, z czasem ważne kryterium oceny rzeczywistości ustrojowej i społecznej.

Kolejny punkt (w przyjętej tu interpretacji historii konstytucjonalizmu) wyznaczający kształt nowoczesnej konstytucji, to narodziny świadomości narodowej, to jest pojęcia narodu. Pojęcie narodu, co oczywiste, otwierało drogę do państwa narodowego (a także niekorzystnych zjawisk z tym związanych). Równolegle z rozbudzaniem się świadomości narodowej postępował wzrost siły władzy publicznej i administracji. Paroksyzm wartości sprawowania władzy tylko jako sprawowania władzy przez państwo i jego instytucje (choćby pocztę) występował, jak wolno sądzić, w Prusach³³. Czynnikiem unifikującym było prawo, w tym konstytucja, wyrażające ideały narodowe, to jest instytucje, koncepcje i myśl prawniczą danego narodu, w danym państwie funkcjonujące, w oderwaniu od powszechnych ideałów czy uniwersalnych praw³⁴. Dość powiedzieć, że w niektórych państwach (USA) konstytucja jest autentycznym centrum integrującym pluralistyczną wspólnotę wokół wyrażonych w niej wartości³⁵. Można powiedzieć, że to co uniwersalne odczytywano w duchu potrzeb narodowych (uniwersalne było to, co wynikało z postanowień i właściwości ludzkiego rozumu – trudno powiedzieć w jakim sensie np. utilitaryzm dostarcza uniwersalnych wartości albo w jaki sposób uniwersalność wartości oddaje myśl, że naród N jest naj-

³² J.S. Kraus, *The Limits of Hobbesian Contractarianism*, Cambridge 2002, s. 2 i n.; D. Dwan, *Modernism and Rousseau*, „Textual Practice” 2013, vol. 27, No. 4, s. 540–545. T. Hochstrasser, *Natural Law Theories In The Early Enlightenment*, Cambridge 2000, s. 4–23, 75–79.

³³ Zob. S. Salmonowicz, *Prusy. Dzieje państwa i społeczeństwa*, Warszawa 2004, s. 393–394.

³⁴ Zob. S. Roux, *Controversies on Nature as Universal Legality (1680–1710)*, [w:] *Natural Law and Laws...*, s. 201–212; T.J. Hochstrasser, *Natural Law Theories In The Early Enlightenment*, Cambridge 2000, s. 75–79.

³⁵ H. Irving, *A nation built on words: the constitution and national identity in America and Australia*, „Journal of Australian Studies” 2009, nr 2, s. 211–225. Z kolei realizacji interesów narodowych służyła np. polityka izolacjonizmu w USA.

lepszemu i innym należy mu podporządkować³⁶. Nie mówiąc o tym, że wraz z rosnącym w siłę liberalnym i racjonalistycznym Oświeceniem dotychczasowa unifikująca działalność nauki prawa (w tym prawa naturalnego) związana z Kościołem Rzymskim została zasadniczo zatrzymana i odrzucona, pozostawiając miejsce dla pełnej autonomii prawa narodowego. Nie było to zjawisko negatywne, bo otworzyło drogę nowoczesności idei prawnych i filozoficznych czy etycznych (pluralizm w sensie różnorodności narodowej itd.)³⁷.

Wiek XVIII i częściowo wiek XIX składają się na okres, w którym szczególnie akcent kładziono na prawa i wolności obywateli (czy poddanych), które to prawa prawo miało zabezpieczać czy gwarantować. Przede wszystkim chodziło o prawa i wolności w relacji między państwem a jednostką, zatem o relacje wertykalne. Jeszcze w XVIII i XIX wieku relatywnie istotne w dyskursie publicznym było przekonanie (tak potoczne, jak w nauce czy literaturze prawniczej), że porządek społeczny ma charakter naturalny i konieczny, zaś prawo pozytywne (w tym konstytucja jako część tego prawa), powinno być zasadniczo zgodne z prawem naturalnym. Takie przekonanie wydaje się zresztą typowe w dobie kształtowania się nowoczesnej filozofii prawa. Stąd nie trzeba było szukać szczególnego uzasadnienia dla *ordo iuris*, reguł konstytucyjnych i innych zasad określających ład i porządek³⁸.

By napęlić argumenty treścią, można sięgnąć do nowożytnych – oświeceniowych źródeł. Znaną postacią tego okresu „reformy humanitarnej prawa” jest ekonomista i filozoficzny utylitarysta C. Beccaria. Koncepcja prawa wykrystalizowana w okresie oświecenia nawiązywała, w zależności do interpre-

³⁶ Zob. P.J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice: The Civil Law and the Foundations of Bentham's Economic Thought*, „Utilitas” 1989, nr 1, s. 62–81.

³⁷ Genetycznie zjawisko to wiązać można już z Reformacją. J.A. Alvarez-Caperochi, *Protestant Reformation and Modern Law*, Madrid 1985, rozdz. II; J. Witte, *The Legacy Of The Protestant Reformation In Modern Law*, „Political Theology Today”, 2.10.2017, <http://www.politicaltheology.com/blog/the-legacy-of-the-protestant-reformation-in-modern-law> (20.12.2017).

³⁸ C. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, [w:] Cesare Beccaria: *On Crimes and Punishments and Other Writings*, red. R. Bellamy, Cambridge 1995, s. 14–17; S. Salmonowicz, *Z wieku Oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001, s. 87 i n.; B.E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, MA 2011, s. 53 i n. Krytycznie: M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 2009, s. 196 i n.

tacji, do dwóch zasadniczych idei, tj. (1) zabezpieczenia wolności i (2) ochrony ładu naturalnego, związanego zasadniczo z prawem naturalnym, czego ślad znaleźć można w pracach Beccarii³⁹.

Nowsze ujęcia wiążą myślenie o konstytucji czy koncepcję konstytucji ze zdolnością osiągania porozumień politycznych, mających na celu stworzenie ramy dla ingerencji państwa i wolności obywateli, w odwołaniu do idei kontraktu politycznego-społecznego⁴⁰. Do historycznie starszych ujęć kontraktowych należy myśl polityczna Thomasa Hobbesa. Jednak choć w świetle poglądów Hobbesa również mamy kontrakt, to jest on w gruncie rzeczy aktem podporządkowania się suwerenowi, wiążącym pod pewnymi warunkami, i to tak słabymi, że Hobbes zdaje się dopuszczać i postrzegać za naturalne prawo samoobronę skazańca przed katem⁴¹. Myśl Hobbesa jest jednak w dużym stopniu aktualna i wykorzystywana wprost lub pośrednio współcześnie. Liberalny model konstytucji również w zasadzie na plan drugi przenosi obowiązki i interes publiczny. Również u Hobbesa, z racji uzasadnienia czy legitymacji państwa w indywidualnej potrzebie przetrwania nie ma interesu publicznego jako wartości. Źródłem „konstytucji”, by posłużyć się tu tym terminem, jest interes jednostki i to w gruncie rzeczy silniejszej jednostki⁴². Była to realizacja interesu i celów jednostki silniejszej (dostrzegał to Robert Nozick właśnie wbrew Hobbesowi, uzasadniając istnienie państwa i prawa), bo to ona faktycznie zdolna jest narzucić reguły owej wyimaginowanej umowy zawiązującej państwo⁴³. Jeśli skazaniec jest w stanie pokonać kata, to jest wolny i ani prawnie, ani moralnie nie można od niego oczekiwać odpowiedzialności za bunt. Spartakus po prostu założyłby nowe państwo⁴⁴.

Z kolei Hannah Arendt zauważa, że refleksja Hobbesa to esencja liberalnej wizji dwustronnej relacji państwa do jednostka⁴⁵. Jest więc ta wizja w tym sen-

³⁹ C. Beccaria, op.cit., s. 14 i n. Szerzej: R. Bellamy, op.cit.

⁴⁰ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 148 i n.

⁴¹ J.S. Kraus, op.cit., s. 36-102.

⁴² H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2012, s. 210.

⁴³ Zob. R. Nozick, *Philosophical Explanations*, Cambridge, MA 1982, rozdz. 2; R. Nozick, *Anarchia, państwo i utopia*, Warszawa 2010, s. 5-29.

⁴⁴ Zob. H. Carvalho, *Liberty and Insecurity in the Criminal Law: Lessons from Thomas Hobbes*, „Criminal Law and Philosophy” 2017, nr 11, s. 249-271.

⁴⁵ H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu...*, s. 212 i n.

sie nowoczesna, że wyznaczająca pewien schemat myślenia o państwie i prawie. Prawo zapewnia bezpieczeństwo, konstytucja przyznaje pewne prawa i wolności, ale o ich zakresie i interpretacji nie decydują obywatele, lecz silniejszy, którego ucieleśnieniem jest państwo, już nie jako gwarant wolności, ale jej interpretator i wykonawca, który dowolnie wykląda sposób pojmowania interesu jednostek czy dobra wspólnego (zgodnego z interesem narodu, rasy, czy elit rządzących jakby powiedzieli marksiści z kręgu krytyki społecznej)⁴⁶. Argumenty znajdują uzasadnienie w generalizacjach historycznych i trzeba przynajmniej częściowo się z nimi zgodzić (J. Bentham czy J. Austin z pewnością się godzili, a jako ojcowie pozytywizmu mocno ukształtowali sposób myślenia o prawie i konstytucji). W tym kontekście nasuwa się pesymistyczne spostrzeżenie Johna R. Rotha, że gdyby naziści zwyciężyli, to oni decydowaliby o tym, co słuszne i dopuszczalne, co prawe – a co prawem nie jest. „Stwierdzono by, że podczas Zagłady nie złamano żadnych z praw naturalnych i nie popełniono żadnej zbrodni” [przeciwko Bogu czy ludzkości]⁴⁷. Zdaniem Rotha to typowe zjawisko dla nowoczesnego społeczeństwa i nie uwolniliśmy się do dziś od jego przyczyn i skutków⁴⁸.

Innymi słowy, droga od nasyconego moralnością prawa (także stanowionego) jako ramy państwa, poprzez racjonalizację oświecenia i program kodyfikacji czy nadania (zbyt) wielkiej rangi prawu państwowemu, nie doprowadziła do jednoznacznie korzystnych rezultatów. Z pierwiastków prawa i (uniwersalistycznej) moralności, to ten pierwszy wyraźnie zdominował myślenie o konstytucji. Konstytucja jako katalog praw i wolności nie jest wystarczająca, tak jak dla mówienia o wspólnocie nie wystarcza zebranie grupy ludzi w jednym miejscu. Z czasem to państwo zdobyło przewagę nad jednostkami, choć tzw. oświeceniowy kontraktualizm *prima facie* zakłada relację odwrotną⁴⁹.

⁴⁶ Ibidem, s. 212–216. Z. Melosik, „Epistemologia” postmodernizmu, [w:] *Nieobecne dyskursy, Część III*, red. Z. Kwieciński, Toruń 1993, s. 168–169.

⁴⁷ J.K. Roth, *Holocaust Business*, „Annals of AAPSS” 1980, nr 7, s. 70.

⁴⁸ Jakie są więc korzyści płynące z rządów rozumu nad uczuciami, owa wyższości racjonalności nad działaniami powodowani innymi względami, na przykład tylko moralnymi, etycznymi? Jakie są zalety nowoczesnej biurokracji z sądami konstytucyjnymi na czele? Zob. Z. Bauman, *Nowoczesność i zagłada*, Kraków 2009, s. 111 i n.

⁴⁹ Stąd współcześnie w krytycznych, realistycznych, nurtach prawoznawstwa, pojęcia prawa pozytywnego, takie jak uprawnienie czy wolność, uważano *in genere* za niewiele znaczące hasła, na przykład wobec faktycznej dyskryminacji przed sądem osób rasy czarnej. Zob.

IV. Duch konstytucji – duch wspólnoty obywateli

Niezwykle aktualną perspektywę konstytucyjną i filozoficzno-polityczną znaleźć można w myśli Thomasa Paine'a. Jakkolwiek nazywana konstytucja, stwierdza Paine, nie jest i nie może być tylko aktem rządu czy rządzących, ale musi być rzeczywistym (zatem nie mocą pewnej fikcji lub domniemania) aktem obywateli konstytuujących rząd. Innymi słowy: nie ma rządu bez uprzedniej konstytucji, która nie może powstać z niczego, w społecznej próżni⁵⁰. Nowoczesne rozumienie konstytucji ujmuje ją przede wszystkim jako wyraz swoistej umowy społecznej, a jej treść jest rezultatem powszechnej zgody. Jest więc konstytucja wynikiem porozumienia, konsensusu – i to nie jako pewnej kontrfaktycznej idei, ale faktu lub co najmniej idei mogącej się potencjalnie zrealizować⁵¹. Współczesna literatura przedmiotu bogata jest w rozmaite koncepcje demokracji opartej na dyskursie, na partycypacji obywateli w podejmowaniu decyzji, w wyznaczaniu sposobu pojmowania interesu publicznego, realizowanego jedynie przez posiadający mandat rząd. Wydaje się jednak, że dyskurs w sferze politycznej czy raczej budowanie sfery publicznej i politycznej na fundamencie rozmowy zawsze będzie wiązać się z pewnymi ubytkami wynikającymi z zarysowanych już w niniejszym artykule przekształceń sposobu pojmowania wspólnoty, prawa czy raczej prawa jako pewnej wspólnoty (wyrazu poczucia pewnej wspólnoty z innymi)⁵². Być może pewnym ideałem, niekoniecznie o charakterze wzorca historycznego, ale raczej figury etycznej wykorzystywanej w interesujący sposób przez Hannah Arendt jest pewna interpretacja doświadczenia *polis*. W doświadczeniu *polis* obywatelem był ten, kto należał nie tylko do siebie, ale i do państwa, bo „każdy z nich jest częścią państwa”⁵³. To znacznie więcej, aniżeli bycie tylko ato-

M. Peno, *Critical race theory jako nurt amerykańskiej filozofii prawa*, „Acta Iuris Stetinensis” 2017, nr 1, s. 59–76.

⁵⁰ Ch. Hitchens. *Thomas Paine. Prawa człowieka. Biografia*, Warszawa 2008, s. 74–123.

⁵¹ Trudnego do zrealizowania. W konsekwencji jednak np. nie można zmienić praw wbrew konstytucji, chyba że się zmieni konstytucję, lecz to wymaga faktycznej zgody każdego zainteresowanego. Takie porozumienie obywateli miałoby charakter faktyczny.

⁵² Zob. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 148–183.

⁵³ J. Sieroń, *Status jednostki i państwa w greckiej polis w świetle filozofii Sokratesa, Platona i Arystotelesa*, Katowice 2003, s. 174.

mem – podmiotem wśród innych, tworzących ledwie zbiór podmiotów z prawem głosu w sprawach publicznych, a nie rzeczywistą wspólnotę, jako niemal duchową całość (tym była *politeia*). Chodził zatem o pewien wzór czy schemat cnotliwego życia, harmonizujący z własnymi indywidualnymi wzorcami dobrego życia, uznawanymi przez obywateli. W tym sensie nie wydaje się, żeby to życie mogło organizować prawo wydane przez władcę, prawo jest raczej immamentną częścią tego życia⁵⁴.

Trzeba w tym kontekście dostrzec, za literaturą przedmiotu, że wspólnie, a w zasadzie od początku nowożytności, przyjmuje się takie rozumienie prawa, w tym konstytucji, które nawiązuje do rzymskiego pojęcia *lex*. Hannah Arendt rozumie to w ten sposób, że w rzeczywistości niejako przed-rzymskiej (w sensie dominacji pewnych schematów pojęciowych), prawo rozumiano inaczej. Jak wskazuje Arendt, w ponadhistorycznym doświadczeniu *polis* „prawo” rozumiano jako „nomos”, pochodzące od słowa „nemein” oznaczającego tyle, co „rozdzielać”, „posiadać” i „zamieszkiwać” (tj. oznaczające to, co otrzymano w wyniku rozdziału). Oczywiście, sposób pojmowania *nomos* ulegał przemianom i gdyby prześledzić rudymenarne podręczniki przedmiotu, można by było dostrzec w tym zakresie znaczne różnice ujawniające się na przestrzeni historii starożytnej⁵⁵. Lecz nie rzutuje to na fakt, że prawo postrzegano w kategoriach niezwykle obrazowych, tzn. niczym mur czy ogrodzenia oddzielające jeden dom (jednego człowieka) od innego. Ostatecznie rzeczywistość można interpretować jako zamykające nas (niczym zamknięte społeczeństwo, by sięgnąć do słynnych określeń Karla Poppera)⁵⁶, albo chroniące – jako łódź na wzburzonym morzu. Prawo nie powinno być, idąc śladem modelu greckiego rysowanego przez Arendt, rejestrem zakazów i nakazów zamykających nas (ograniczających w istocie wolność, wybór dróg życia itd.), a porównywanie z murem oddzielającym sferę jednostki-obywatela od świata publicznego łączyć nale-

⁵⁴ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, Warszawa 2000, s. 33 i n.; Ch.H. McIlwain, op.cit., s. 24–26.; M. Siemek, *Wykłady z filozofii nowoczesnej*, Warszawa 2012, s. 3–21; F. Copleston, *Historia filozofii*, t. 1: *Grecja i Rzym*, Warszawa 1998, s. 198–202.

⁵⁵ Ch. Carey, *Nomos in Athenian Rhetoric and Oratory*, „Journal of Hellenic Studies” 1996, nr 116, s. 33–46.

⁵⁶ K. Popper, *The Sociology of Knowledge*, [w:] *The Open Society and Its Enemies*, vol. 2: *Hegel, Marx, and the Aftermath*, Princeton 1966, s. 212 i n.

ży z murem tworzącym *polis* – *miasto* – wspólnotę i oddzielającym od niepokojów chaosu panującego poza nim (w naturze, przyrodzie)⁵⁷. Bez prawa nie byłoby państwa, lecz ledwie zbiór domów. Prawo chroniło niczym mur prywatność i wolność obywateli, inaczej, niż niewolników, którzy podlegali rozkazom, konieczności, w której się znaleźli⁵⁸. W takim ujęciu i trzymając się tejże symboliki, poza murem owych reguł byłaby destrukcyjna natura. Taką destrukcyjną barbarzyńską naturalnością może być chociażby prymitywna, *quasiprawno*-naturalna interpretacja rzeczywistości społecznej propagowana przez reżim hitlerowski (*quasidarwinowkie* prawo natury podporządkowujące silnym – rzekomo gorszym). W tym sensie nie są one zagrożeniem, ale raczej postrzegane są jako ostoja, którą trzeba zinternalizować, a która będąc częścią pocziwego życia ujawnia się w trafnych intuicjach moralnych, nawykach i odpowiedzialności za drugiego⁵⁹. Można też sięgnąć do prawa uniwersalnego, do słuszności czy sprawiedliwości, odwołując się do tego, że sędziowie winni wydać wyrok zgodny z ich własną oceną po najlepszym rozważeniu przypadku, nie zaś tylko do prawa pozytywnego, które jest w jakimś sensie słabsze czy etycznie gorsze, aniżeli rozstrzygnięcie *ad casum* przez współobywateli realizujących ten sam ideał dobrego życia⁶⁰. O ile oczywiście ten ideał znają czy mieli szansę poznać⁶¹. Nie należy jednak z góry zakładać, że idee te są skazane na zapomnienie. Skądinąd, nawiązywał do nich na przykład Leon Petrażycki w swej teorii i polityce prawa, która była przecież egzemplifikacją postawy scjentystycznej⁶².

⁵⁷ H. Arendt, *Kondycja ludzka...*, s. 70–71; M. Gagarin i P. Woodruff, [w:] *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 6. A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, red. F.D. Miller, Dordrecht 2007, s. 7–11.

⁵⁸ Zob. H. Arendt, *Kondycja ludzka...*, s. 71 i n.

⁵⁹ M. Gagarin, *Writing Greek Law*, New York 2008, s. 6, 33–38, 62–65.

⁶⁰ Ibidem, s. 33 i n.

⁶¹ Można powiedzieć, że z punktu widzenia słuszności Sokrates nie był winny, lecz ponosił odpowiedzialność na gruncie prawa. Prawo nie mogło być niesłuszne, ono było słuszne w takim samym stopniu, jak owe ogólne zasady ucieleśnione we wspólnocie politycznej, urzeczywistniającej się w rozmowie i wolności. Sokrates nie był zmuszony do niczego, jako obywatel godził się na swoją śmierć. W przeciwnym razie zająłby miejsce niewolnika, zanegował wartość swego życia. Zob. R.E. Allen, *Socrates and Legal Obligation*, Minneapolis 1980, s. 22–32, 89 i n.

⁶² Zob. L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, T. II, Warszawa 1960, s. 304 i n.

W doświadczeniu polityczności akcent pada na mowę, na rozmowę. Słowa, tak jak w tradycji polis, miały być wielkie czy przemożne, przemoc natomiast była słaba i niema. Człowiek jako istota społeczna, czy raczej polityczna, staje się obywatelem, wolnym, i w pełni człowiekiem, poprzez rozmowę oraz uczestnictwo w życiu politycznym. Rozstrzygające były słowa i perswazja, a nie rozkazy i przymus. Troską obywateli był sposób życia zapewniający możliwość rozmowy, czego nie posiadali niewolnicy i barbarzyńcy, żyjący poza polis. Despotyzm władzy opartej na rozkazach wiązać należy zaś, w tym kontekście, z barbarzyńskimi imperiami i zwyczajami⁶³. Rzutuje to z kolei na mechanizmy gwarantowania wolności, więc mechanizmy najbliższe działaniu konstytucji.

Nienaruszalna była przestrzeń wolności, w którą państwo nie powinno nadmiernie ingerować. Charakterystyczny dla takiego obrazu *polis* był immanentny szacunek dla wolności w życiu prywatnym, np. granice każdego domu czy granice każdej posiadłości uważano za święte. W istocie to nie była kategoria prawnego zakazu ingerowania w taką czy inną sferę, tzn. wolność jako sytuacja wyznaczana przez normy wydane przez władcę. Rozkaz był formą rządzenia czy zarządzania w rodzinie czy w gospodarstwie domowym, której głowa mogła tego czy tamtego zakazać, ale nie w relacji *polis* do jej obywatela. *Polis* było nie związkiem ze względu na konieczność, jak u Tomasza Hobbesa, ale dobrym życiem w przestrzeni wolności, w tym wolności od konieczności (przy tym nie chodziło po prostu o przetrwanie w biologicznym sensie)⁶⁴. Wobec tego tyrania jawiła się tylko pewną formą, pozostającą poza sferą prywatną, była więc niczym wobec cnoty i etyczności polityki (sfery publicznej) jako działalności, której uprawianie było niezależnie od formy osiągnięciem czy realizacją cnót i dobrym życiem.

V. Uwagi podsumowujące

W warunkach realnej wspólnoty wartości przenikniętej pragnieniem dążenia do społecznych cnót (*arete*) nie jest potrzebna spisana konstytucja. Historia filozofii pokazuje, że bliższe lub dalsze od takiego ideału wspólno-

⁶³ Zob. H. Arendt, *Kondycja ludzka...*, rozdz. 2.

⁶⁴ Ibidem, s. 71–86.

ty funkcjonowały (jak w wyobrażeniu polis prezentowanym przez Arendt) i zapewne mogłyby istnieć. Czy pojawienie się nowoczesnej konstytucji to postęp, czy ledwie ewolucja? Idea liberalnej, a w każdym razie zbliżonej do takiego wzorca, konstytucji odwołuje się do narracji wolności, tj. zakazów i nakazów wyznaczających wolność, jednak milczy, gdy chodzi o poczucie wartości wspólnoty i cnót w jej ramach. Jeśli zaś władzę przejmują kolektywiści (radykałowie żądni realizacji swych własnych wizji świata i dobra), to zwykle brną w stronę nieracjonalnego radykalizmu, niemającego wiele wspólnego z ogólnoludzką przyzwoitością czy słusnością⁶⁵. Nowoczesne konstytucje są negatywnym przejawem kodyfikacji, w takim samym stopniu gwarantującym wolności i prawa, w jakim poddający te prawa i wolności cenzurze, i usprawiedliwiającym sumienia tych, którzy odwołując się do konstytucji wyrządzają zło⁶⁶.

Zauważyć warto, że do Oświecenia dominuje prawo naturalne wyznaczające ramy rządzącym, natomiast konstytucje nowoczesne zdają się zawieszonymi w próżni prawami nieznajdującymi twardego oparcia w faktycznej wspólnotowości obywateli, która mogłaby faktycznie konstytuować konstytucję⁶⁷.

Prawa zależą w istocie od tego, kto ma władzę, a podporządkowanie się tym prawom jest niejako hobbesowską koniecznością. Bez tego aktu podporządkowania nie mielibyśmy żadnych praw. Nie oznacza to, co oczywiste, wykluczenia prawa do nieposłuszeństwa obywatelskiego. Warto jednak przeprowadzić eksperyment myślowy polegający na umieszczeniu nowoczesnego człowieka w świecie bez państwa. Otóż, tak Grek, jak i starożytny Rzymianin czy człowiek średniowiecza, widziałby swoją kondycję i re-

⁶⁵ Szerzej: D. Bell, *Communitarianism and its critics*, Oxford 1993; P. Birmingham, *Hannah Arendt & Human Rights. The Predicament of Common Responsibility*, Bloomington & Indianapolis 2006, s. 10 i n. Nauka prawa temu się przeciwstawia, co dobrze oddaje Maciej Zieliński w słowach, że wartości przypisywane prawodawcy nie mogą być „uogólnieniem wartości, które sam sobie przypisuje zespół ludzi tworzących aktualną ekipę rządzącą”. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 306–307. Nie zawsze jednak jest tak, jak powinno być zdaniem teoretyków prawa.

⁶⁶ Skądinąd, podobnie można podejść do kodyfikacji etyk zawodowych – można powiedzieć, że kodyfikuje się wszystko to, co można sformalizować i zinstytucjonalizować, jakby stanowiło to miarę postępu.

⁶⁷ Por. M. Krąpiec, op.cit., s. 76 i n.

lację do świata w zwierciadle odpowiednio *politei*, *ius naturale* czy Pisma Świętego, lecz człowiek filozoficznie współczesny musiałby zadowolić się konstatacją, że pozostaje w legislacyjnej pustce lub w sytuacji pewnej niezaradności wobec niesłuszności⁶⁸. W każdym razie, Hannah Arendt trafnie zauważa, że człowiek może utracić wszystkie prawa człowieka nie tracąc ludzkiej godności, tylko jeśli nie utracił zbiorowości politycznej, mogącej zagwarantować mu jakiekolwiek prawa⁶⁹. Potwierdza się w ten sposób celność zarzutu abstrakcyjności praw zapisanych w jakiejkolwiek konstytucji (zarzut ten wysunięty był przez Edmunda Burke’a wobec francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela)⁷⁰. Jeśli gwarantem praw miałyby być ludzkość, wówczas zawsze możliwe będzie podjęcie najgorszych moralnych decyzji w sposób zgodny z zasadą większości czy jakąkolwiek inną wymyśloną przez człowieka ideą.

Zarysowany proces przemian myślenia o konstytucji i koncepcji konstytucji można scharakteryzować jako czyszczenie prawa ludzkiego z wartości, eliminowanie wszelkich „zbędnych” treści, by pozostawić tylko puste reguły, których stanowienie nie wymagało odwołania się do wiedzy z zakresu moralności czy o naturze świata⁷¹. Zatem to, jaki sens moralny nadawano poszczególnym regułom, stało się sprawą państwa i jego organów (administracji – biurokracji)⁷². W konsekwencji łatwo dostrzec, że takie ujęcie prowadzi

⁶⁸ P. Birmingham, op.cit., s. 10, 27 i n. Dodać warto, i łatwo dostrzec, że na przykład pomoc dla uchodźców świadczona przez państwa UE nie ma bezpośrednich podstaw w konstytucjach – rządy zdecydowały, że to będzie moralnie słuszne. Uchodźcy nie mają niemal żadnych gwarancji, prócz ducha wspólnoty i poczucia ogólnoludzkiej słuszności, co jest w zasadzie przejawem dobrych tendencji. Być może nie potrzebujemy konstytucji, lecz powrotu do cnót i samoistnej wartości życia publicznego czy politycznego.

⁶⁹ H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu...*, s. 406 i n.

⁷⁰ M. Loughlin, *Burke on Law, Revolution and Constitution*, „Giornale di Storia Costituzionale, Journal of Constitutional History” 2015, nr 29, s. 49–59; E. Burke, *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, [w:] *The Writings and Speeches of Edmund Burke, vol. II: Party, Parliament and the American Crisis, 1776–1774*, red. P. Langford, Oxford 1981, s. 241–323.

⁷¹ J. Schroder, op.cit., s. 71; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht Gottingen 1962, s. 107.

⁷² Zresztą tzw. administratywizacja prawa jest dziś pewnym problemem. Co prawda istnieje sądowa kontrola administracji, ale *de facto* realność praw i wolność z punktu widzenia zwykłego obywatela zależy w większym stopniu od przetworzenia i sposobowi oferowania tych prawa przez urzędników, aniżeli od tego, co znajduje się w tekstach prawnych.

do swoistego błędnego koła, bowiem rzekomo konstytucja ucieleśnia prawo naturalne, lecz w istocie tylko w takim stopniu, w którym życzy sobie suweren⁷³.

Indywidualizujący liberalizm i nowoczesne pozytywistyczne konstytucje limitują rolę interesu czy dobra wspólnego, deprecjonując tak ważną wspólnotowość zakorzeniającą wartości i ideały niezależne od woli prawodawcy. Grecka *politeia* jako pewien duch wspólnoty i stan rzeczy stała się ikoną wspólnoty (przynajmniej w ujęciu refleksyjnych interpretatorów, takich jak Arendt) gwarantującej ucieleśnianie cnót obywatelskich i dobrostan każdego obywatela niezależnie od woli władcy, prawa itd. Otwarte pozostaje na tym tle pytanie o to, czy można z tymi ideałami wiązać odnowę dla autorytetu konstytucji.

Literatura

- A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 6. A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, red. F.D. Miller, Dordrecht 2007.
- Allen R.E., *Socrates and Legal Obligation*, Minneapolis 1980.
- Alvarez-Caperochi J.A., *Protestant Reformation and Modern Law*, Madrid 1985.
- Arendt H., *Kondycja ludzka*, Warszawa 2000.
- Arendt H., *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2012.
- Bauman Z., *Nowoczesność i zagłada*, Kraków 2009.
- Beccaria C., *On Crimes and Punishments*, [w:] *Cesare Beccaria: On Crimes and Punishments and Other Writings*, red. R. Bellamy, Cambridge 1995.
- Bell D., *Communitarianism and its critics*, Oxford 1993.
- Bernard J., *The Philosophy of Positive Law. Foundations of Jurisprudence*, New Haven 2005.
- Birmingham P., *Hannah Arendt & Human Rights. The Predicament of Common Responsibility*, Bloomington & Indianapolis 2006.
- Burke E., *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, [w:] *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, vol. II: *Party, Parliament and the American Crisis, 1776–1774*, red. P. Langford, Oxford 1981.
- Burns R., Hannah A.S. *Constitutional Thought*, [w:] *Amor Mundi. Boston College Studies in Philosophy*, vol 26 red. S.J. James, W. Bernauer, Dordrecht 1987.
- Carey Ch., *Nomos in Athenian Rhetoric and Oratory*, „Journal of Hellenic Studies” 1996, nr 116.

⁷³ R. Burns, *Hannah Arendt's Constitutional Thought*, [w:] *Amor Mundi. Boston College Studies in Philosophy*, vol 26, red. S.J. James W. Bernauer, Dordrecht 1987, s. 157–185.

- Carvalho H., *Liberty and Insecurity in the Criminal Law: Lessons from Thomas Hobbes*, „Criminal Law and Philosophy” 2017, nr 11.
- Cicero M.T., *The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws. Translated from the original, with Dissertations and Notes*, vol. 1, London 1842, <http://oll.libertyfund.org/titles/546>.
- Connanus (Connan) F., *Commentariorum iuris civilis, libri X*, Basle 1562.
- Copleston F., *Historia filozofii*, t. 1: *Grecja i Rzym*, Warszawa 1998.
- Cudd A., Eftekhari S., *Contractarianism*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/contractarianism/>.
- Dwan D., *Modernism and Rousseau*, „Textual Practice” 2013, vol. 27, No. 4.
- Gagarin M., *Writing Greek Law*, New York 2008.
- Gładzik N., *Co po Grekach. Archetyp polis w twórczości Hannah Arendt*, Warszawa 1991.
- Goldoni M., *Two internal critiques of political constitutionalism*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, nr 4.
- Harcourt B.E., *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, MA 2011.
- Hitchems Ch., *Thomas Paine. Prawa człowieka. Biografia*, Warszawa 2008.
- Hochstrasser T., *Natural Law Theories In The Early Enlightenment*, Cambridge 2000.
- Irving H., *A nation built on words: the constitution and national identity in America and Australia*, „Journal of Australian Studies” 2009, nr 2.
- Jones E., *Edmund Burke and the Invention of Modern Conservatism, 1830–1914. An Intellectual History*, Oxford 2017.
- Kalwin J., *Institutio christianae religionis*, Księga II.
- Kelly P.J., *Utilitarianism and Distributive Justice: The Civil Law and the Foundations of Bentham’s Economic Thought*, „Utilitas” 1989, nr 1.
- Krąpiec M., *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986.
- Kraus J.S., *The Limits of Hobbesian Contractarianism*, Cambridge 2002.
- Kymlicka W., *Współczesna filozofia polityczna*, Warszawa 2009.
- Loughlin M., *Burke on Law, Revolution and Constitution*, „Giornale di Storia Costituzionale, Journal of Constitutional History” 2015, nr 29.
- Lyotard J.-F., *Postmodernizm dla dzieci. Korespondencja 1982–1985*, Warszawa 1998.
- McIlwain Ch.H., *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, New York 1947.
- Melosik Z., „Epistemologia” postmodernizmu, [w:] *Nieobecne dyskursy. Część III*, red. Z. Kwieciński, Toruń 1993.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999.
- Morawski L., *Państwo prawa, filozofia publiczna i odpowiedzialność moralna naukowców*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 2.

- Natural Law and Laws Of Nature In Early Modern Europe*, red. L. Daston, M. Stolleis, Farnham 2008.
- Nozick R., *Anarchia, państwo i utopia*, Warszawa 2010.
- Nozick R., *Philosophical Explanations*, Cambridge, MA. 1982.
- Oniszczyk J., *Koncepcje prawa*, Warszawa 2004.
- Peczenik A., *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*, Dordrecht 2005.
- Peno M., *Demokracja, państwo i prawo – podstawy, wartości i wyzwania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2016, nr 94.
- Reginald E.A., *Socrates and Legal Obligation*, Minneapolis 1980.
- Roth J.K., *Holocaust Business*, „Annals of AAPSS” 1980, nr 7.
- Salmonowicz S., *Prusy. Dzieje państwa i społeczeństwa*, Warszawa 2004.
- Salmonowicz S., *Z wieku Oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001.
- Schneidewin J. (Oinotomos), *In quatuor Institutionum Imperialium D. Iustiniani libros commentarii*, Strasbourg 1575.
- Shapiro, I., *The Moral Foundations of Politics*, New Haven-London 2003.
- Siemek M., *Wykłady z filozofii nowoczesnej*, Warszawa 2012.
- Sieroń J., *Status jednostki i państwa w greckiej polis w świetle filozofii Sokratesa, Platona i Arystotelesa*, Katowice 2003.
- Weinrib L.L., *Natural Law and Justice*, Mass.–London 1958.
- Welzel H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1962.
- Wesenberg M., *In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani lib. IIX. commentarii*, Basle 1582.
- Whitelocke J., [w:] *Parliamentary Debates in 1610*, red. S.R. Awson Gardiner, Westminster 1862.
- Witte J., *The Legacy Of The Protestant Reformation In Modern Law*, „Political Theology Today”, <http://www.politicaltheology.com/blog/the-legacy-of-the-protestant-reformation-in-modern-law>.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Young A., *Constitution Safe Arthur Young, The Constitution Safe without Reform: Containing Some Remarks on a Book Entitled the Commonwealth in Danger*, England 1795.
- Zuckert M., *Natural Rights and Modern Constitutionalism*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2004, nr 1.