



5/2006 (10)

Prawa i wolność: wieloznaczność i perspektywy

P. Ottavio De Bertolis

Pojęcie wolności ma szeroki zakres znaczeniowy, jest pełne wieloznaczności i sprzeczności, iluzji i perspektyw. Przy tym jest ono kwintesencją samej osoby ludzkiej, stanowi bowiem jej najgłębszą istotę – zarówno z punktu widzenia czysto naturalnego i immanentnego, jako to, co odróżnia nas od zwierząt, jak i z punktu widzenia nadprzyrodzonego i wynikającego z Objawienia: „Ku wolności wyswobodził nas Chrystus” (Ga 5, 1). W tym krótkim szkicu zamierzamy ograniczyć się do filozoficzno-prawnej analizy tego problemu, pomijając inne jego aspekty, choćby bardzo ważne, jak ten ściślej ontologiczny, a więc antropologiczny, czy też związany z nim teologiczny i wynikający z Objawienia.

Punktem wyjścia naszych rozważań nie jest zatem abstrakcyjna analiza wolności, oparta na jakiejś filozofii człowieka czy na pewnej określonej koncepcji świata, jaką możemy przyjąć, lecz rzeczywistość bardziej konkretna – mianowicie to, jak ludzie ujmowali swoją wolność (albo ściślej: swoje wolności) w dokumentach, które nazywamy źródłami prawnymi, a które noszą różne nazwy: deklaracji praw, konstytucji, czy ogólniej, aktów prawnych w najszerszym znaczeniu tego słowa. Otóż naszym zdaniem nie istnieje jedna abstrakcyjna wolność (chyba że jako moment ucieczki jakiejś perspektywy, jako zamierzona granica albo jako domyślny środek ciężkości w grze rzeczywistych istniejących linii sił), odnosząca się do człowieka w ogóle, lecz istnieją wolności, co do których ludzie uznali, że je posiadają albo że mają prawo je posiadać, a zatem że mogą się ich domagać jako sobie należnych, jeśli nawet niekiedy czuli, że ich nie posiadają. W tym sensie filozofia prawa stanowi pewien konkret, który może nam znacznie ułatwić naszą analizę – konkret, który czasem pozwoli nam uniknąć czystego teo-

retyzowania. Z drugiej strony jest prawdą, że nasze wyjście od pewnych przykładów sprawdzalnych historycznie jest postępowaniem selektywnym: niektóre dane są uważane za bardziej znaczące od innych, które nie są wspomniane czy wzięte pod uwagę – i może to słusznie zasługiwać na krytykę. Tym niemniej uważamy, że prezentujemy rozważania wprawdzie niepełne i wyczerpujące, ale jednak stanowiące początek refleksji, która na pewno rozszerzy się na dziedziny bardziej rozległe niż te, które mogą być tutaj omówione – i w tym sensie to niewątpliwe ograniczenie wydaje się nieuniknione i jak wolno mieć nadzieję, usprawiedliwione.

Państwo prawa a „wolność od”

W świecie nowożytnym pojęcie wolności rozwinęło się w ścisłym związku ze szczególnym systemem prawno-politycznej organizacji społeczeństwa, który – używając słowa nie istniejącego w leksyce starożytnej i średniowiecznej – nazywamy państwem. System ten, ukształtowany w pełni w Europie po pokoju westfalskim (1648), charakteryzuje się zamierzonym, przynajmniej teoretycznym, skupieniem wszystkich zadań władzy (prawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej) w ręku panującego, który władzę tę sprawuje osobiście lub za pośrednictwem swoich pełnomocników na całym terytorium państwa. Znika albo ulega wchłonięciu przez organizm państwowy wielość elementów istniejących w prawie średniowiecznym (pośrednie grupy terytorialne, jak gminy, wolne miasta, związki miast, okręgi ziemskie, a także liczne grupy osobowe, jak różne cechy, stany, ponadto przywileje, czyli szczególne uprawnienia pewnych silnych społecznie grup, jak duchowieństwo czy kupcy). Dzieje się to w wyniku procesu, który zakończy dopiero rewolucja francuska i prawno-administracyjna reforma Napoleona. W obliczu władzy (zaczyna ona być nazywana „absolutną”) księcia, który w oparciu o znaną zasadę *cuius regio eius religio* narzuca swoim poddanym religię, którą sam wyznaje, i w związku z rosnącą władzą wykonawczą jako narzędziem jego rządów pojawia się postulat wolności poddanych, skierowany przeciw uciskowi ze strony władzy państwowej¹; chodzi o swobodę wyznawania

własnej wiary religijnej², ale także o wolność jako zwolnienie od ciężarów podatkowych, nakładanych w celu pokrycia wydatków związanych z prowadzeniem (religijnych) wojen, które dały początek nowożytnemu światu; warto tu przypomnieć, że ani duchowieństwo, ani szlachta nie podlegały opodatkowaniu, tak że cały ciężar spoczywał na mieszczańach (kupcach)³.

Wolność zaczyna istnieć (tzn. zaczyna być rozumiana) jako wolność od, czyli jako przestrzeń, w której poddany absolutnego monarchy ma prawo nie być poddawany ingerencji ze strony centralnej władzy politycznej, a więc państwa, czy zmuszany przez nią do czynienia lub nieczynienia czegoś. Z tego punktu widzenia jest ona pustą przestrzenią, w której inicjatywa „sfery prywatnej”⁴ – będącej przeciwieństwem tego, co teraz będzie pojmowane jako „sfera publiczna” *par excellence*: państwa – może działać bez ograniczeń. Konkretnie chodzi o wolność handlu, czyli zwolnienie z cel i wszelkich ciężarów, za pomocą których system gospodarczy *ancien regime’u* krępował przedsiębiorczość ekonomiczną i obieg dóbr. Kiedy religia stała się sprawą czysto prywatną, a więc dotyczącą tylko sfery wewnętrznej człowieka, i przestała odgrywać rolę w sferze publicznej, znameniem tożsamości nowej rodzącej się warstwy społecznej, która ostatecznie uzyska władzę w wyniku rewolucji francuskiej (1789), pozostała wolność przedsiębiorczości i handlu. Podczas gdy kilka lat wcześniej (1776) w Deklaracji niepodległości Stanów Zjednoczonych znajduje się stwierdzenie, że ludzie są stworzeni jako równi i obdarzeni przez Stwórcę pewnymi niezbywalnymi prawami – między innymi prawem do życia, do wolności i do poszukiwania szczęścia – to Dekla-

² Na temat roli wolności religii w procesie kształtowania się nowożytnej koncepcji wolności, a tym samym podstawowych swobód, tak jak je rozumieją nasze systemy prawne, toczy się szeroka dyskusja. Obok wybitnych uczonych, którzy rolę tę uważają za decydującą (wystarczy wymienić tu G. Jellinka), są tacy, którzy skłonni są ją pomniejszać (np. G. Oestreich). W związku z tym tematem odsyłam do: G. Gozzi, *Introduzione a G. Oestreich, Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari 2001, zwł. XXI-XXIII.

³ Por. J.M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna 1996, s. 310.

⁴ Na temat sfery „prywatnej” i „publicznej” oraz konstrukcji naukowej leżącej u podłoża nowożytnej polityki prawnej, a mianowicie koncepcji Hobbesa, Locke’a i Rousseau’a. Por. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1984.

racja praw człowieka i obywatela (1789) mówi, że celem każdej wspólnoty politycznej jest strzeżenie

naturalnych i nie podlegających przedawnieniu praw człowieka: wolności, własności, bezpieczeństwa i sprzeciwu wobec ucisku.

Kodeks napoleoński (1804) ze swymi postanowieniami w przedmiocie mających moc prawną umów między stronami, własności (typu jednolitego, w przeciwieństwie do wielorakości sytuacji własnościowych istniejących w dawnym, przedrewolucyjnym porządku prawnym) jako prawa używania rzeczy i rozporządzania nią w sposób pełny i absolutny, oraz odpowiedzialności cywilnej za czyn niedozwolony, na podstawie której ten, kto powoduje szkodę, jest zobowiązany do jej naprawienia, czyni z członka warstwy mieszczańskiej podmiot *optimo iure* – kogoś, w którym interesie prawo w ogóle zostało stworzone⁵; w dziedzinie prawa publicznego jest to z kolei okres prawa wyborczego opartego na cenzusie majątkowym, to znaczy dopuszczającego do głosu w sprawach politycznych – poprzez reprezentację parlamentarną – tylko tego, kto osiąga pewien określony dochód.

Warto zauważyć, że pojęcie wolności jest tu ściśle powiązane z *ius excludendi alios*, a więc z prawem do wykluczenia innych od używania własnego dobra – czy to prywatnego (jak to jest oczywiste w przypadku własności), czy publicznego (nie posiadający własności nie głosują, ponieważ nie są obywatelami *pleno iure*). Zresztą – co jest znamienne dla praw rzeczowych – niektóre podręczniki prawa prywatnego jeszcze dzisiaj uczą o *ius excludendi alios*. Prywatne to tyle co jednostkowe – pierwsza podstawa umowy społecznej, założenie, na którym opiera się uzasadnienie obowiązującego ustroju; ale jak jeszcze później zobaczymy, następuje tu implozja o ogromnym znaczeniu filozoficznym i antropologicznym: pojęcie osoby, które oznacza pozostawanie w pewnej relacji, zamienia się w pojęcie jednostki, to znaczy elementu nie podlegającego już dalszemu podziałowi (*in-dividuum* jest łacińskim przekładem greckiego α – τομος) w zbiorowisku elementów nie powiąza-

⁵ Określenia te wyrażają trzy filary, na których opiera się kodeks napoleoński, a mianowicie własność, umowę między stronami posiadającą moc prawną oraz odpowiedzialność pozaumowną. Por. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986, s. 465.

nych ze sobą. Mówiąc językiem bardziej filozoficznym, mogliśmy powiedzieć, że w ten sposób znika sama możliwość mówienia o „dobru wspólnym”: ponieważ moje dobro nie jest twoim dobrem, jako że ja i ty jesteśmy dwoma pojedynczymi atomami, dwiema oddzielnymi i nie komunikującymi się ze sobą rzeczywistościami, nie ma niczego, o czym można by powiedzieć, że jest nam wspólne. Stąd pierwsze złudzenie, pierwsza sprzeczność: wolność, postulowana dla wszystkich *liberté, égalité, fraternité*⁶, okazała się wolnością nielicznych, a mianowicie tych, którzy mogli sobie na nią pozwolić. Ale nie wystarcza tu ukazanie aspektu empiryczno-socjologicznego: ważniejsze jest zrozumienie leżącego u jego podstaw uzasadnienia, to znaczy wizji człowieka jako pozbawionego relacji z innymi ludźmi, jako jednostki (*individuum*), a (już) nie osoby, zawartej w koncepcji umowy społecznej.

W dziedzinie prawa konstytucyjnego obserwujemy jednocześnie proces kształtowania się w ciągu XIX wieku koncepcji „państwa prawa”. Fundamentalny pod tym względem jest teoretyczny wkład F.J. Stahla⁷, według którego nazwa ta pochodzi stąd, iż państwo to działa w ramach prawa, to znaczy przestrzegając norm i procedur prawnych (*in der Weise des Rechts*). Ów system zabezpieczenia obywateli względem działań państwa, potencjalnie nie związanego żadnymi regułami i agresywnego, jest z kolei głównym tematem pracy R. Mohla, od którego pochodzi samo określenie państwa prawa (*Rechtsstaat*). Uważa on, że zadaniem państwa jest, by tak rzec, dowartościowanie jego obywateli: państwo ogranicza własną suwerenną ingerencję w ich życie, podporządkowując się prawu, aby nie narażać na szwank wolności i autonomii, które samo zapewnia. Sednem tej teorii jest więc wolność podmiotu, rozumiana w sensie pozytywnym jako zdolność do rozwijania swojej aktywności; mo-

⁶ Ale warto pamiętać, że hasło to brzmiało pierwotnie: *liberté, égalité, propriété*. Chodziło zatem o jednolity typ własności: własności absolutnej, określanej potem w dziewiętnastowiecznych kodeksach jako przewyżczenie wielości sytuacji własnościowych, typowych dla starego porządku; sytuacje te, zdecydowanie niekorzystne dla swobody obrotu handlowego, były przyjęte w przedrewolucyjnej Francji, a pewien ich ślad, np. w postaci rozróżnienia w przedmiocie użytkowania własności zwierzchniej i własności użytkowej, zachował się w dzisiejszych kodeksach prawa cywilnego.

⁷ Korzystamy tutaj ze wskazówek zawartych w pracy: P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, w: *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, red. P. Costa, D. Zolo, Milano 2002, s. 108-120.

zemy tu znowu dostrzec indywidualistyczny model rozumowania. Tak zwane samoograniczenie państwa jest, zdaniem G. Jellinka, źródłem podmiotowych praw publicznych: państwo jako podmiot praw i obowiązków staje przez nie naprzeciw innych podmiotów praw i obowiązków⁸. Teoria ta przejmując od R. von Jheringa motyw pierwotnej władzy państwa rozumianego jako aparat społecznego przymusu, którego działania nie podlegają żadnym ograniczeniom – wyjąwszy te, które państwo samo na siebie przyjmuje albo które ewentualnie narzuci mu społeczeństwo.

Bardziej przekonującą odpowiedzią na to, do kogo należy owa teoretycznie ogromna władza, jest wewnętrzne rozróżnienie w obrębie państwa: o ile jako instancja prawodawcza może ono być państwem absolutnym, to znaczy wolnym od wszelkich ograniczeń i mechanizmów kontrolnych, które byłyby niezgodne z jego suwerennym charakterem, to jednak może być przedmiotem kontroli jako instancja administrująca (O. Bähr). Podział władzy na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, sformułowany już przez Montesquieu, nabiera teraz wyraźnego znaczenia: właśnie sfera wykonawcza z racji swojej dyskrecjonalności może bardziej zagrażać obszarom osobistej własności i wolności, wobec których prawo może pozostawać bardziej odległe. Jednocześnie zostaje tu podjęte wprowadzone już przez E.J. Sieyès'a rozróżnienie między władzą stanowiącą, legislatywą – która jest absolutna i nie podlega ograniczeniom – a przepisami stanowionymi, które można kontrolować i ukierunkowywać drogą aktów prawnych; wynika stąd, że w tym stadium państwo prawa jest zarządzaniem *per leges et sub lege*. We wszystkich tych doświadczeniach państwo prawa (*Rechtsstaat*) znaczy po prostu tyle, co prawo państwowe (*Staatsrecht*). Warto zauważyć, że uzasadnienie \square ozo \square czne – wewnętrzne

⁸ Fakt, że państwo postrzega siebie jako podmiot również obowiązków, jest czymś niespodziewanym. Wystarczy pomyśleć o państwie absolutnym, w którym zarówno ono, jak i monarcha nie uważali się za podległych prawu. Pierwszym historycznym przykładem koncepcji, że władca mógłby zostać pozwany, i to w dodatku przed zwykły sąd, jest *Allgemeines Landrecht* z czasu rządów Fryderyka II (1794). Tenże monarcha, jak zauważa W. Rathenau (*Die Mechanisierung der Welt*, 1918), nazywa władcę sługą państwa. W ten sposób państwo de \square nitywnie zrywa z mistycznym pojmowaniem suwerenności i przyjmuje charakter instytucji ludzkiej – co prawda nadrzędnej, ale jednak mającej na celu zapewnienie swym obywatelom pomyślnego bytu, to znaczy będącej wytworem ludzkiej działalności. Por. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, s. 48-49.

ne przekonanie, leżące u podstaw tych uzasadnień teoretycznych – jest takie, że zarówno państwo, jak i jednostki, to znaczy zarówno sferę „publiczną”, jak i „prywatną”, znamionuje, przynajmniej potencjalnie, wzajemna agresywność – przypomnijmy wkład Hobbesa w nowożytną teorię umowy społecznej, nieuniknione w pierwotnym państwie *bellum omnium contra omnes* – oraz brak jakiegokolwiek unormowania, co sprawia, że konieczne jest jakieś prawo zewnętrzne, które ujarzmiłoby egoizmy wszystkich uczestniczących podmiotów. Innymi słowy – co jest ważne dla antropologii leżącej u podłoża tej koncepcji – podmiot porządku prawnego, obywatel, a więc człowiek, nie jest postrzegany jako zdolny do samoregulacji, do tego, aby być prawem dla samego siebie, jako istota „z natury społeczna” w klasycznym rozumieniu arystotelesowskim⁹, lecz jako, można by powiedzieć, istota „z natury antyspołeczna”: nie zrównoważona, zmienna i agresywna w swoich działaniach: od wolności jako pozytywnej zdolności do nawiązywania kontaktów z innymi dla dobra wspólnego przerzuca się ona do wolności rozumianej jako władczy i nieprzeparty instynkt poszukiwania własnej korzyści, nie mający nic wspólnego z korzyścią drugiego człowieka. Chodzi o pośrednie aspekty teoretycznego przejścia w koncepcji człowieka od osoby do jednostki (*individuum*).

We wszystkich tych filozoficzno-prawnych koncepcjach mamy stale do czynienia z porządkiem prawnym antropocentrycznym,

całkowicie oddanym kultowi jednostki, albo ściślej: jednostki dobrze sytuowanej, sytej i żądnej władzy – porządkiem zbudowanym jako podpora i gwarancja jej władzy nad światem¹⁰,

prawo własności, uświęcone przez francuski *code civil*, weszło zasadniczo niezmiennie do europejskich kodyfikacji, nadając własności prywatnej ów „uświęcony” charakter, często potwierdzany w dziewiętnastowiecznych konstytucjach, jak na przykład we włoskim Statucie Albertyńskim (1865). „Straszne prawo”¹¹ staje się w ten sposób czymś w rodzaju papierka lakmusowego, pozwalającego ujawniać niektóre bardziej oczywi-

⁹ Por. Arystoteles, *Polityka*, I, 1 i n. (1252n.).

¹⁰ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1996², s. 135.

¹¹ Zob. bardzo interesującą pracę: S. Rodota, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990².

ste sprzeczności, zawarte w naszych koncepcjach człowieka i jego wolności oraz pewne sprawione przez nie gorzkie iluzje.

Nic zatem dziwnego, że tak rozumiane prawa – a ściślej, te zawarte w Deklaracji praw z 1791 roku – są dla Marksa niczym innym jak „prawem człowieka egoistycznego, odizolowanego od swego bliźniego i od społeczności”¹². Wolność, o której się tu mówi, jest dla trewirskiego filozofa

wolnością człowieka jako wyizolowanej i schowanej samej w sobie monady; nie opiera się ona na więzi człowieka z człowiekiem, lecz na odizolowaniu człowieka od człowieka¹³;

prawo do własności prywatnej jest

prawem używania według własnej woli (*à son gré*) – bez oglądania się na innych ludzi, niezależnie od społeczeństwa – swego dobytku i rozporządzania nim, prawem do egoizmu. Taka indywidualna wolność pozwala każdemu człowiekowi widzieć w drugim człowieku już nie urzeczywistnienie, lecz raczej ograniczenie swojej wolności¹⁴.

Aby uniknąć tej perspektywy, „kolektywizuje” on jednostkę, włączając ją w jeden organizm owego ogromnego Lewiatana, jakim jest państwo, *the mortal god*, by posłużyć się określeniem Hobbesa¹⁵, które może czynić, co chce, nie będąc niczym ograniczone. Totalitaryzm, tak długo i boleśnie doświadczany przez miliony ludzi w ubiegłym wieku, jest nieuchronną

¹² K. Marx, *Sulla questione ebraica*, w: K. Marx – E. Engels, *Opere*, t. III, Roma 1976, s. 178.

¹³ Tamże, s. 176.

¹⁴ Tamże, s. 177. Pomijamy, dla zwięzłości, rozważania na temat równości i bezpieczeństwa, związanych z prawem do tego, aby być uważanym za monadę, która polega na samej sobie, oraz zagwarantowanie własnego egoizmu.

¹⁵ Por. T. Hobbes, *Leviathan*, Chicago 1952, s. 100. „Wielość w ten sposób zjednoczona w jednej osobie nazywa się *Commonwealth*, po łacinie *civitas*. To jest generacja wielkiego Lewiatana (...) tego *mortal god* (śmiertelnego boga), któremu zawdzięczamy, pod osłoną nieśmiertelnego Boga, nasz pokój i obronę”. Uważa on dalej, że „pakty i ustalenia, poprzez które powstało to polityczne ciało, zostało zebrane i połączone, przypomina to *pat* albo uczynny człowieka wypowiedziane przez Boga na początku dzieła stworzenia”, s. 47. Widać tutaj, że pojęcia konstytuujące nowożytne państwo są przetworzoną, albo ściślej: zsekularyzowaną formą pojęć pierwotnie teologicznych: wszechmoc Boża odpowiada absolutnej władzy prawodawcy, umowa społeczna – dziełu stworzenia, opatrność Boska – dobroci woli powszechnej, czyli prawa według Rousseau’a.

konsekwencją przesłanek teoretycznych: zaiste, to idee tworzą historię, a nie odwrotnie. Tak więc doświadczaliśmy, w różnych regionach świata, indywidualistycznych i bezlitosnych skutków wolności burżuazyjnej, a także etatystycznych i tragicznych skutków wolności kolektywnej. Historyczne bankructwo jednych i drugich doświadczeń jako żałośnie rozwianych złudzeń dążenia do wolności oznacza dla nas niemożność podtrzymania przyjętych jako punkt wyjścia aksjomatów, a mianowicie zarówno pojmowania sfery prywatnej i publicznej jako wzajemnie się wykluczających, jak i uważania za rzecz pewną i nieuniknioną, że ich działanie można tłumaczyć tylko własną suwerenną, absolutną i arbitralną wolą.

Tak oto doszliśmy do podstawowego teoretycznego sedna nowożytnej wolności, o której mówiliśmy dotąd jako o wolności od: rozważana zarówno z punktu widzenia jednostki, *uti singulus*, jak i z punktu widzenia zbiorowości, *uti civitas* – ponieważ perspektywa indywidualistyczna nigdy nie jest przewyższona, ani w wersji „burżuazyjnej”, ani „kolektywistycznej”, lecz jest zawsze logicznie zakładana – jest ona rozumiana jako wolność nie mająca żadnych możliwych ograniczeń, czyli właśnie jako wolność absolutna. Stoimy w obliczu drugiej, radykalnej sekularyzacji pierwotnie teologicznego pojęcia: jest to kierunek myślowy, który przyznaje jednostce (obojętne: publicznej czy prywatnej) taki sam charakter absolutny, to znaczy wolny od wszelkich ograniczeń – właściwy Bóstwu. Kierunek ten ma swoje korzenie w średniowiecznej teologii, a szczególnie w rozważanej przez scholastykę kwestii, czy Bóg mógłby – czy nie – dać prawa inne niż normy Dekalogu, a więc niż te, które rzeczywiście dał; trzeba zauważyć, że odpowiadając przecząco, zaprzeczałoby się Bożej wszechmocy, zaś odpowiedź twierdząca nadawałaby dobru i złu cechę pewnego rodzaju słabości ontologicznej, nie byłyby one już bowiem dobrem i złem same w sobie, lecz jako tak określone nakazem¹⁶. Pytanie – znane zresztą już w starożytności, spotykamy je bowiem u Platona¹⁷ – brzmi zatem: *ius quia iussum*

¹⁶ Por. M.T. Fumagalli Beonio Brocchieri, M. Parodi, *Storia della filosofia medievale*, Roma-Bari 1996, s. 385-386 i 408-409.

¹⁷ Platon, *Eutyfron*, 10 A: „Czy to, co słuszne, jest słuszne dlatego, że zostało za takie uznane przez Boga, czy też zostało za takie uznane przez Boga dlatego, że jest słuszne?”.

czy też *iussum quia ius*? W historii teologii¹⁸ przyjęła się teza, według której wola Boga, będąc suwerennie wolna, mogłaby przybrać dowolną treść; mógłby On także nakazać nienawidzić nie tylko naszego bliźniego, w wersji umiarkowanej woluntaryzmu autorstwa Dunska Szkota, ale nawet Jego samego – w wersji radykalnej Wilhelma Ockhama, i nienawiść stałaby się cnotą, dobrem. Wola byłaby w ten sposób całkowicie pozbawiona wszelkiej treści, czyli mówiąc językiem filozoficznym, istnienia, albo jeśli wolimy, tego, na czym się opierała. W sferze prawa oznacza to, że wola – powtórzmy: prawodawcy, podmiotu publicznego, czy jednostki, podmiotu prywatnego – jest uznana za wolną (*absoluta*) i niczym nie uwarunkowaną. Oznacza to, że państwo może nakazać cokolwiek – i że wskutek tego będzie to samo w sobie dobre – a więc ze względu na interes wspólnoty zbiorowości poświęcić na ołtarzu „sprawy publicznej”, cokolwiek zechce; z kolei osoba prywatna ma prawo rozporządzać dowolnie swoją własnością, o nic ani nikogo się nie troszcząc. Jednostka nie ma innych ograniczeń, jak tylko samą siebie: pojmowanie wolności jako wolności od jest wyrazem prometejskiego uzurpowania sobie wolności boskiej.

Ku państwu konstytucyjnemu: „wolność do”

Nakreśliśmy powyżej cechy charakterystyczne dziewiętnastowiecznego państwa prawa: w ciągu dwudziestego wieku cechy te ulegają bardzo głębokim przekształceniom i zmianom, które dają w wyniku tak zwane państwo konstytucyjne. Do głównych postaci tej transformacji należy przede wszystkim H. Kelsen ze swoją teorią piramidalną (*Stufenbautheorie*) i rozwojem praw socjalnych.

Okres współczesnego konstytucjonalizmu rozpoczyna konstytucja austriacka z 1920 roku. Utworzony zostaje po raz pierwszy w historii, w nawiązaniu do koncepcji A. Rosminiego¹⁹, trybu-

¹⁸ I to wbrew doktrynie Tomasza z Akwinu, wyraźnie różnej od tych koncepcji. Co do tego fascynującego problemu zob. cytowaną już pracę M. Villeya, s. 157-232; inny bardzo ważny tekst: F. Todescan, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova 2003, s. 95-115. Ale zob. również koniecznie: H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965, s. 83-159.

¹⁹ Por. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, w: *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, red. P. Costa, D. Zolo, dz. cyt., s. 107, z dokładną bibliografią.

nał konstytucyjny – instancja unieważniająca akty prawne, które jakkolwiek powstały zgodnie z procedurą przewidzianą przez prawo państwowe, pozostają w sprzeczności z ustanowionymi w konstytucji nadrzędnymi zasadami, stanowiącymi podstawę współżycia obywateli. W ten sposób ograniczenie państwowej suwerenności, które poprzednio dotyczyło tylko państwa jako instytucji wykonawczej i kierowało się wspomnianymi wyżej zasadami państwa prawa, zostaje rozszerzone na państwo jako instytucję ustawodawczą, która jest teraz związana nie tylko przepisami proceduralnymi, ale także merytorycznie:

Państwo prawa jest stosunkowo scentralizowanym systemem prawnym, na którego podstawie działalność ustawodawcza i wykonawcza podlega ustawom, uchwalonym przez parlament wybrany przez naród (...); członkowie rządu są odpowiedzialni za swoje działania; zagwarantowane są pewne wolności obywateli – zwłaszcza wolność religii, sumienia i słowa²⁰.

Pomimo zastrzeżeń praskiego jurysty, że jego czysta doktryna pragnie się ograniczyć do opisu prawa takiego, jakie ono jest, a nie, jakie powinno być²¹, trudno pozbyć się wrażenia, że – przynajmniej w powyższych słowach – skłania się on, albo przynajmniej otwiera możliwość skłonienia się ku oceniającej koncepcji prawa, a to w tym sensie, że pewne rzeczywistości prawne, jakkolwiek by się one miały nazywać, otrzymują w ramach swojej piramidalnej struktury znaczenie nadrzędne. Znaczenie to jest oczywiście związane z konkretnym wyborem ze strony konstytucyjnego prawodawcy (który mógłby też tego wyboru nie dokonywać) i nie ma w sobie żadnego odniesienia metafizycznego. Rzecz jednak w tym, że jeśli pewne wolności, raz wybrane, mają być zagwarantowane także wobec prawodawcy, oznacza to, że „absolutnie” pozytywistyczna spójność systemu zaczyna przejawiać pewne pęknięcia. W rzeczywistości norma podstawowa, to znaczy w perspektywie historycznej nasza konstytucja jest „ustawą pierwszą” nie tylko w sensie logicznym

²⁰ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Milano 1966, s. 345.

²¹ Por. H. Kelsen, *Lineamenti di una dottrina pura del diritto*, Torino 1952, s. 39: „czysta” doktryna prawa „chce przedstawiać prawo takie, jakie ono jest, nie usprawiedliwiając go jako słusznego i nie dyskwalifikując jako niesłusznego; zajmuje się prawem rzeczywistym i możliwym, a nie prawem sprawiedliwym”. Słychać tu jakby echo słów Cambacérès: „Nie znam sprawiedliwości. Uczę kodeksu”.

i chronologicznym, czyli *lato sensu* ilościowym, jako pierwsza w pewnym szeregu, lecz także w sensie jakościowym: określa ona, jakie powinny być przyszłe akty prawne.

Nie można też nie doceniać wkładu w dwudziestowieczne prawodawstwo tak zwanych „praw socjalnych”. Są one – jak prawo do nauki, do nienaruszalności mieszkania, do opieki lekarskiej, do pracy zgodnej z własnymi możliwościami – wyrazem domagania się sprawiedliwości, skierowanym na uzyskanie w praktyce, konkretnie, tej wolności działania, która – jak to opisaliśmy wyżej – w wieku dziewiętnastym była czymś elitarnym i czysto formalnym. Prawa takie, sformułowane najpierw w latach dwudziestych w Niemczech przez H. Hellera, który kierował się zasadami socjaldemokracji, zostały potem przejęte przez szereg ustaw konstytucyjnych uchwalonych po drugiej wojnie światowej – po doświadczeniach europejskich totalitaryzmów – pod istotnym wpływem katolickiej myśli personalistycznej (E. Mounier) i neotomizmu (J. Maritain). Wszystkie te roszczenia są we współczesnych konstytucjach powszechnie uznane (termin znamieny: oznacza, że nie chodzi tu o akt udzielenia przez państwo, czyli władzę polityczną) i umieszczone zaraz w ich pierwszej części, a więc wśród podstawowych zasad. Tak na przykład konstytucja włoska (która weszła w życie 1 stycznia 1948 r.) uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka, czy to jako jednostki, czy w ramach społecznych zrzeszeń, w których rozwija on swoją osobowość (art. 2); inne przykłady fundamentalnych praw możemy znaleźć w ochronie wolności osobistej (art. 13), nienaruszalności mieszkania (art. 14), wiary religijnej (art. 19), rodziny jako naturalnej komórki społecznej, opartej na małżeństwie (art. 29), z moralną i prawną równością małżonków, obowiązkowego i bezpłatnego nauczania (art. 34), ochronie pracy (art. 35), własności, z różniczeniem na publiczną i prywatną, i jej funkcji społecznej (art. 42). Analogiczne postanowienia znajdują się w innych zachodnich konstytucjach okresu powojennego.

Pomijając aspekt historyczny i socjologiczny, ważna jest tu odmienna koncepcja prawa dotyczącego tych kwestii. Otóż wszystkich tych tak uroczyście proklamowanych wolności nie można już – albo lepiej: nie można tylko – uważać za wolności od, to znaczy od ingerencji państwa, lecz są to wolności do, czyli przestrzenie pozytywne – obszary, w których dzieje się coś, co każdy człowiek uważa za niezbywalne i własne, ale

co jednocześnie jest postrzegane jako dobro wszystkich; poza tym stanowi to nie statyczny, lecz dynamiczny aspekt porządku prawnego, mający w sobie potencjalne możliwości poszerzenia i rozwoju, którego realizacja wymaga działania zbiorowego. W tym sensie przekroczona zostaje poprzednia koncepcja, w której prawo oraz chronioną przez nie wolność można było określić jako *ius excludendi*, czyli prawo wykluczające innych od własnej przestrzeni. Tutaj – przeciwnie – wolność jest traktowana jako działanie pozytywne, ponieważ wszyscy korzystają z pewnego dobra i logikę wykluczenia zastępuje element troski. Efektem przewyższenia wizji indywidualistycznej, właściwej omawianym wyżej systemom, zarówno burżuazyjnym, jak i kolektywistycznym, jest odrodzenie się – w postulacie relacyjności – pojęcia osoby, a tym samym również dobra wspólnego rozumianego w sensie klasycznym, czyli jako to, co stanowi własność każdego, a więc wszystkich, skoro moje i twoje nie są już kategoriami antytetycznymi, lecz wzajemnie z siebie wynikają. Mówiąc językiem właściwszym historii *lózo* prawa, stan naturalny – konstrukt hipotetyczny, za pomocą którego nowożytna polityka prawna zbudowała państwo oparte na wzajemnej izolacji i wrogości oraz na nieprzewycięzalnej dominacji skłonności antyspołecznych, na ekstrawaganckim i chaotycznym zachowaniu jednostek ustępuje wobec odwetu pierwotnego – nie w sensie chronologicznym, lecz ontologicznym, jako archetypiczna struktura człowieka – instynktu społecznego człowieka, jego głębokiej skłonności do współżycia z innymi ludźmi, odnajdującej w drugim to, co żyje we mnie samym. Innymi słowy, pojawia się ponownie – jakkolwiek mgliście – występujące już w *lózo* arystotelesowskiej, a potem tomistycznej pojęcie natury²².

Można by jeszcze zauważyć, że spoza tej ewolucji praw człowieka wyłania się podstawowa rzeczywistość ludzkiego doświadczenia, a to wbrew wszelkim próbom jej wyparcia czy zaprzeczania jej znaczeniu: rzeczywistość czystych faktów, co do których prawo nie może poprzestać na samym tylko ich rejestrowaniu. Wbrew przytoczonym wyżej słowom Kelsena, według których prawnik powinien trzymać się prawa, takiego jakie ono jest, nie jest prawdą, że między *Sein* a *Sollen* (tym, co jest,

²² W związku z tym tematem pozwalam sobie odesłać Czytelnika do mojej pracy: *Il diritto in San Tommaso d'Aquino. Un'indagine lózo*, Torino 2000.

a tym, co powinno być) istnieje jakaś nie do przebycia przepaść, do której przyzwyczało nas prawo Hume'a²³, tak że nasze istnienie jest zmuszone albo do praktyki bez prawdy, albo do prawdy bez praktyki²⁴. Prawo Hume'a jest istotnie prawdziwe, ale mówi o naturze w sensie odmiennym od tego, w jakim mówi o niej tradycja klasyczna – arystotelesowska i tomistyczna: ta mówi o niej jako o pewnym procesie, czyli o celu właściwym ludziom i rzeczom, o jego pełnym i harmonijnym rozwoju; jeśli wolimy, mówi o niej jako o tym, co jest przede mną jako moja perspektywa rozwoju, a nie jako o tym, co jest za mną, o tym, z czego przychodzę – o wyobrażonej sytuacji początkowej (a taką jest, przy całej nie dającej się pominąć różnicy stan naturalny).

Jeśli wychodzę od rozważań nad faktami danymi czysto empirycznie, to znaczy od tego, co jest poza zwykłym redukcjonizmem, właściwym naukom ścisłym i stosowanym bezkrytycznie do prawa, lecz skupiając je w szerszym doświadczeniu, wtedy prosty stwierdzony fakt zyskuje znaczenie, cel, jakieś „po co?“, a więc pewną wartość: coś, czego by nie miał, gdyby patrzeć na niego jako na jakiś *flash* – beczasowe mgnienie uchwycone poza normalnym tokiem faktów²⁵. Z faktu, że jakieś dziecko idzie do domu, nie mogę w sposób pewny wnioskować, że powinno ono tam iść; ale jeśli dodam do tego faktu inne znaczące okoliczności, na przykład, że będzie ono tę czynność powtarzało albo powie, jaka osoba jest w domu, i jeśli znam relację mię-

²³ Jest to stworzony przez szkockiego filozofa tak zwany sofizm naturalistyczny. Por. D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, w: D. Hume, *Opere*, t. I, Bari 1971, s. 496. Niemożność wyprowadzenia zdań rozkazujących (jako praw) ze zdań opisowych (takich, które opisują fakty) jest właśnie nazywana prawem Hume'a.

²⁴ Por. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, s. 65.

²⁵ Por. J. Maritain, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milano 1985, s. 44: „Próbując sobie poradzić z czymś, czego tajemnicę się nie zna – czy będzie to korkociąg, czy bąk do zabawy, czy bomba atomowa – zarówno dziecko, jak i uczone, pragnąc odkryć, jak się tym posługiwać, będą szukać swoistego rządzącego tym czymś prawa i nie będą z pewnością poddawać w wątpliwość istnienia jakiegoś jego prawa istotnego”. Prawem tym jest prawo naturalne według koncepcji św. Tomasza, pojmujące naturę jako cel: „Prawo naturalne nie jest (...) czymś obok rozumu (skrystalizowany i ahistoryczny schemat osiemnastowiecznych przedstawicieli prawa naturalnego), lecz jest raczej samą zasadą rozumu praktycznego, to znaczy rozumu nastawionego na pokierowanie działaniem”, A. Campodonico, *Integritas. Metafisica ed etica in San Tommaso*, Fiesole 1996, s. 180.

dzy tym dzieckiem a ową osobą, to łatwo zrozumieć, dlaczego idzie ono do domu. Podobnie kiedy mówię, że matka dba o syna, to nie wnioskuję z tego, że powinna o niego dbać; jeśli jednak zastanowię się, co oznacza relacja między matką i synem, obowiązek ten ukaże mi się jako wpisany w sytuację, to znaczy oparty na istocie rzeczy²⁶. Podobnie, również z pozytywistycznego punktu widzenia, same nasze konstytucje i ustanowione w nich wolności nie są jedynie zbiorem „reguł gry”, instrukcją funkcjonowania aparatu państwowego, lecz czymś głębszym: ukazują wspólnie uznawane wartości, mówią „po co”, a nie tylko „jak” funkcjonuje system prawny.

Otwarte perspektywy

Przeprowadzaną dotąd analizę można kontynuować, obejmując nią dziedziny nam współczesne. Wszyscy znamy coraz rozleglejsze obszary o dosłownie życiowym znaczeniu, jak choćby problemy bioetyczne: od relacji między lekarzem a pacjentem w codziennej praktyce szpitalnej, od zajścia w ciążę (pytania: gdzie, jak, czy ją utrzymać) po cierpienie i śmierć (oraz aspekty ich sensu czy bezsensu), po tworzenie nowych rodzajów roślin i zwierząt, po biotechnologiczne zabiegi na człowieku. Naszym celem nie będzie tu zbadanie każdego z tych problemów, lecz sformułowanie podstawowej tezy, która wyda się być może zbyt upraszczająca: jest taka, jeśli będziemy ją rozumieć jako dokładną i systematyczną odpowiedź, nie jest, jeśli będziemy w niej widzieć to, czym ona chce być, to znaczy propozycję pewnej metody.

Teza ta jest następująca: dopóki myślimy o rozwiązaniu problemów bioetycznych w kategoriach prawa podmiotowego (to znaczy: mam – albo uważam, że powinienem mieć – podmiotowe prawo do położenia kresu swojemu życiu czy do przerwania ciąży, czy do ingerencji w jakiś gatunek zwierząt), czyli z perspektywy „wolności od” zabraniających mi tego działań państwa, to znaczy w kategoriach indywidualnego roszczenia do zachowania odpowiadającego własnym interesom, własnej, w pełni usankcjonowanej woli (albo uważanej za taką, która powinna być usankcjonowana), dopóty nie zdołamy spojrzeć

²⁶ Por. F. D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Torino 1996², s. 75-87.

z perspektywy „troski”, „wzięcia na serio” drugiego człowieka, który znajduje się obok mnie, z perspektywy wzajemnych relacji jako podstawy „prawności”, i wszelkie możliwe rozwiązanie będzie z natury rzeczy niczym innym, jak tylko urzędowym, to znaczy państwowym usankcjonowaniem wobec niego radykalnego, jakkolwiek zakamuflowanego, przymusu. I to nie tylko w stosunku do drugiego człowieka, uczestniczącego w relacji, o której mowa, ale także do tego, który wysuwa roszczenie, a który w takim wypadku pozostanie zamknięty w swoim osamotnieniu jako „jednostka” i pozbawiony statusu osoby. Co oznacza, że problem bioetyczny jest do rozwiązania nie w kategoriach słuszności, lecz prawnych: gdzie aspekt prawny jest właśnie polem rzeczywistości problemów, to znaczy rozumianej na serio intersubiektywności²⁷, umiejętności słuchania, która jest tym samym, co oddanie głosu drugim obok mnie, aby relację z nimi przeżywać nie w kategoriach funkcjonalnych, władczych i uprzedmiotowujących, lecz wspólnie doświadczając, pozwalając, by troska zrodziła *interesse* (w sensie etymologicznym i dosłownym), odchodząc od owego prawa do egoizmu, które stało u początku burżuazyjnej (w sensie prawnym i nie) koncepcji świata.

Jak zbudować model wzajemnych relacji – w głębokim znaczeniu – w praktyce terapeutycznej, w relacji między lekarzem a pacjentem, aby odejść od paternalizmu ze strony lekarza, od tego „prowadzę cię, nie wiesz dokąd”, czy podejścia funkcjonalnego (ze strony chorego): „zrób, czego od ciebie żądam”? Jak oddać głos cierpieniu człowieka nieuleczalnie chorego? Jak oddać głos, udzielić miejsca światu, psychicznym potrzebom kogoś małego (w różnym sensie), dziecka, które chciałoby mieć rodzinę o charakterze nie mimetycznym, to znaczy nie taką, która funkcjonuje jako punkt usługowy, lecz będącą prawdziwie rodziną w sensie personalistycznym i głęboko relacyjnym – czyniąc z niego to, czym przecież jest, to znaczy „syna”, a nie przedmiot, którym ma się prawo rozporządzać? Jak udzielić miejsca kobiecie, która będąc już matką, chce móc być nią w pełni, i osobie, która istniejąc już w jej łonie, pragnie uzyskać miejsce w świecie? Jak zrozumieć relację z własnym ciałem i własną seksualnością? Jak ustosunkować się do prob-

²⁷ Jest to oczywiście odniesienie do pracy R. Dworkina, *Taking Rights Seriously* (1978).

lematyki związanej z życiem ludzkiej pary i z przekazywaniem życia, nie postrzegając tej pary jako dwóch jednostek, lecz jako jedną rzeczywistość, różną od sumy owych dwóch jednostek? Jak przemyśleć na nowo stosunek do przyrody, wykorzystanie zasobów kopalnych czy uprawę roślin – nie w sposób władczy i krótkowzroczny, lecz z troską o tych, którzy będą zamieszkiwać tę planetę po nas, i pamiętając w miarę możliwości o wszystkich nam współczesnych, tak bardzo narażonych na wyzysk i niebezpieczeństwa związane z globalizacją, zwłaszcza na półkuli południowej? Oto kilka tylko przykładów problemów życiowych oraz prawnych i politycznych perspektyw, do których można odnieść naszą refleksję na temat wolności, związanych z nią iluzji i potencjalnych możliwości.

Prawdziwa trudność polega na próbie myślenia (także o prawie) – po wiekach patrzenia indywidualistycznego – „biorącego za punkt wyjścia drugiego człowieka”. W tym sensie intersubiektywność, podobnie jak meta-etyka, jest wezwaniem do szerszego spojrzenia na świat. W gruncie rzeczy chodzi o spojrzenie naprawdę i w najlepszym sensie tego słowa materialistyczne czy realistyczne, jako że prawniczy indywidualizm jest tylko rezultatem idealnego wyobrażenia, oderwanego od świata takiego, jaki on jest, to znaczy świata nieuniknionych i konstytutywnych relacji. W tym realizmie nie ma bariery między wierzącym a niewierzącym: obaj żyją razem w jednym świecie, który zamieszkujemy, i starają się żyć w nim możliwie najlepiej, dając miejsce wszystkim, a przez to dając też miejsce sobie samym, to znaczy pozwalając sobie wzajemnie kształtować się jako osoby. „Ty” jest przed „ja” i sprawia, że ono wzrasta. I to właśnie jest przestrzenią wolności, wcześniejszą od wszelkiej kwalifikacji prawnej i wykraczającą poza nią.

Tłumaczenie: Juliusz Zychowicz

→ **SŁOWA KLUCZOWE** – WOLNOŚĆ OD, WOLNOŚĆ DO

SUMMARY

O. DE BERTOLIS, *Rights and Freedom: Ambiguity and Prospects*

The Author in his article takes up the issue of human right and freedom. He analyzes the problem from philosophical and legal points of view. The point of departure is legal reality presented in various documents – legal sources, which are called: declarations of rights, constitutions, or legal instruments and their general understanding among people.

From the ambiguity of legal understanding of human freedom, the Author differentiates two essential ones: „freedom from” perceived as space left for individual’s autonomy regarding state authorities’ interference, from which later in contemporary times human rights and constitutional freedom developed and „freedom to”, which is understood as state’s duty to provide essential political and economical spheres assuring man a dignified life.

Ottavio De Bertolis, kapłan, jezuita, ur. w 1963 roku. Studia z prawa cywilnego w Padwie (1989), a następnie doktorat z filozofii prawa (1992) oraz studia z filozofii w Rzymie (1998). Licencjat i doktorat z prawa kanonicznego na Uniwersytecie Gregoriańskim w Rzymie. Obecnie profesor tegoż uniwersytetu. Od 1992 roku członek Towarzystwa Jezusowego. Publikacje: *Il diritto in San Tommaso d’Aquino. Un’indagine filosofica*, Torino 2000; razem z F. Todescan, *Tommaso d’Aquino*, Padova 2003; *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Roma 2005. Autor wielu artykułów dla czasopisma „La Civiltà Cattolica” i jednocześnie jego współpracownik.