

Jakub Majmurek: Problematiczna nauka konstytucji

Obie strony sporu o Trybunał Konstytucyjny w Polsce być może nieświadomie „mówią Schmittem”. Podstawowe pytanie w konstytucyjnym sporze brzmi dziś bowiem „kto jest strażnikiem konstytucji”? - przeczytaj tekst z „Teologii Politycznej Co Tydzień”: Suweren i konstytucja. Wokół idei Carla Schmitta.

Nauka o konstytucji Carla Schmitta wychodzi w 1928 roku, rok przed dziesiątą rocznicą przyjęcia wielokrotnie krytykowanej przez autora konstytucji weimarskiej, której nie dane było przetrwać następnej dekady. W Polsce za dyskusję o *Nauce o konstytucji* zabieramy się w roku 2016, rok przed dwudziestą rocznicą przyjęcia w referendum konstytucji z 1997 roku. W naszej recepcji istotna jest jednak nie ta jubileuszowa analogia, a fakt, iż od jesieni 2015 roku znajdujemy się w sercu największego po roku 1989 kryzysu konstytucyjnego, w ramach którego coraz częściej i coraz bardziej otwarcie artykułowane są głosy konieczności rewizji konstytucji z 1997 roku i nowego konstytucyjnego otwarcia.

Jest więc naturalne, że pierwszy sposób lektury myśli konstytucyjnej Schmitta, jaki włącza się nam dziś domyślnie w Polsce, to lektura zapytująca o to, w jaki sposób *Nauka o konstytucji* autora *Teologii politycznej* może nam pomóc zrozumieć obecny i kryzys i wskazać

drogi wyjścia z niego. Czy też – inaczej formułując to zapytanie – czy to właśnie mniej lub bardziej uświadomione przez różnych aktorów sporu „myślenie Schmitta”, jest źródłem naszych problemów?

Na to pytanie odpowiedź jest niejednoznaczna. Z jednej strony pewne pojęcia myśli konstytucyjnej Schmitta dostarczają ciekawych narzędzi lepiej pozwalających zrozumieć stawki i stanowiska toczącego się właśnie konfliktu. Z drugiej strony, uwikłana jest ona w pewne dziś szczególnie toksyczne i anachroniczne pojęcia polityczności i państwa, nieprzystające do sieciowej natury władzy i państwa w warunkach późnej nowoczesności. Schmitt jest nam więc potrzebny jako dostarczyciel użytecznych narzędzi analitycznych, a jednocześnie pozostaje głęboko zwodniczy jako myśliciel, zdolny przedstawić pozytywne rozwiązania.

Specyfika Schmitta

Co stanowi specyfikę myśli konstytucyjnej Schmitta, odróżniającej go od innych teoretyków konstytucji? Wskazałbym tu cztery punkty.

(i) Decyzjonistyczne rozumienie konstytucji, postrzegające ją nie tyle, jako zbiór prawnych norm, co akt politycznej woli. W ujęciu Schmitta za każdym prawno-formalnym porządkiem stoi poprzedzająca go historycznie i logicznie polityczna decyzja, pochodząca spoza z prawa. W tym sensie każda konstytucja jest manifestacją woli jakiegoś aktora, zdolnego do podjęcia decyzji politycznej. Politycznej, tzn. zdolnej

tworzyć wspólnotę o najwyższym stopniu skupienia, zdefiniowanej przez możliwość określania wroga w innych egzystencjalnie od niej różnych, podobnie skupionych wspólnotach.

(ii) Postrzeganie konstytucji nie jako zbioru norm i procedur, mających negocjować zakresy uprawnień władzy wobec społeczeństwa obywatelskiego, czy relacje między różnymi rodzajami władzy, ale jako aktu ustanowienia jednorodnej władzy, aktu ugruntowania politycznej jedności, mającej chronić polityczną wspólnotę przed entropią pluralizacji, powodowanej przez uniwersalne dyskursy, prawa człowieka, roszczenia ekonomiczne itd.

(iii) Rozróżnienie między konstytucją (*Verfassung*) i prawem konstytucyjnym (*Verfassungsgesetz*). To drugie to zbiór zapisanych w konstytucji wprost norm i procedur, który nie jest jednak tożsamy z konstytucją. Istotą konstytucji w myśli Schmitta nie jest bowiem pozytywna norma prawna, ale decyzja tworząca jedność wspólnoty. Dla zachowania wspólnoty, jako jednorodnego ciała politycznego, konieczne bywa czasami złamanie konstytucyjnej normy. Innymi słowy, obrona konstytucji wymaga czasami złamania prawa konstytucyjnego.

(iv) Problem relacji konstytucji i normalności. Stawką myśli konstytucyjnej Schmitta pozostaje pytanie o to, czy konstytucja ustanawia normalność, stan, w którym nie jest do pomyślenia stan wyjątkowy; czy też wręcz przeciwnie: zawiera w sobie zawsze potencjalną możliwość własnego zawieszania, uśpiony stan wyjątkowy.

Jak przedstawia tę alternatywę Ulrich K. Preuss: „czy konstytucja kończy rewolucję, czy wręcz przeciwnie, jest instytucjonalizacją, wiecznym trwaniem rewolucji”?

Stan wyjątkowy i strażnik konstytucji

Na to ostatnie pytanie, za Preussem, skłaniał bym się ku drugiej odpowiedzi. Tak jak w całej myśli politycznej autora *Nomосу ziemi*, także w jego myśli konstytucyjnej dostrzec można fascynację „ekstatycznymi figurami politykami” – rewolucją, wojną, stanem wyjątkowym. Konstytucja (*Verfassung*) nigdy nie może być po prostu normalnością, każda normalność – ze względu na naturę opartego na konflikcie, faktycznie pluralistycznego świata – pozostają bowiem narażona na zerwanie. Ochrona przed tym zerwaniem (grożącym także rozpadem jedności politycznej wspólnoty) wymaga wpisanej w normalność możliwość jej zawieszenia i zaprzeczenia: możliwości stanu wyjątkowego.

Decyzja o ogłoszeniu stanu wyjątkowy jest w myśli Schmitta istotą politycznej decyzji. Nie tylko oddziela ona sytuację zwyczajną (i obowiązywanie właściwych jej norm prawnych) od nadzwyczajnej, definiuje i zakreśla granice tej pierwszej, ale także umożliwia temu, kto władny jest stan wyjątkowy wprowadzić, arbitralne, pozaprawne wskazanie politycznego (a więc zdolnego gromadzić największy możliwy egzystencjalny antagonizm) wroga. Ten drugi akt za każdym razem na nowo konstytuuje polityczną (i poprzedzającą ją faktyczną) jedność wspólnoty.

Figurą pod wieloma analogiczna do figury stanu wyjątkowego jest w konstytucyjnej myśli Schmitta figura „strażnika konstytucji”. Stoi ona na przecięciu konstytucji (*Verfassung*) i prawa konstytucyjnego (*Verfassungsgesetz*), jest władna decydować, kiedy to drugie może i musi zostać arbitralnie zawieszane, by chronić „właściwą” konstytucję. Schmitt w swoich rozważaniach o figurze strażnika konstytucji odnosi się rzecz jasna głównie do artykułu 48 konstytucji weimarskiej, dającej prezydentowi republiki prawo do wprowadzenia stanu wyjątkowego i zawieszenia wolności obywatelskich bez zgody Reichstagu. Figura „strażnika konstytucji”, rozumiana w mniej od Schmitta „ekstatyczny”, bardziej pozytywistyczny i związany z dyskursem praw człowieka sposób, obecna jest w prawie konstytucyjnym powojennych demokracji zachodnioeuropejskich. W tej roli obsadzany jest jednak raczej sąd konstytucyjny, niż prezydent, czy inny pochodzący z wyboru polityk. Zwłaszcza w systemie konstytucyjnym Niemiec Zachodnich w roli sądu konstytucyjnego, mającego szczególnie silnie stać na straży określonych jako niepodlegające zmianie norm konstytucyjnych Republiki Federalnej, daje się dostrzec ciekawą transpozycję schmittowskiej figury „strażnika konstytucji”.

Kto jest strażnikiem

Także dzisiejszy spór konstytucyjny w Polsce daje się czytać przy pomocy schmittowskich kategorii. O ile okres między przyjęciem konstytucji w 1997 roku, a jesienią 2015 można uznać za okres obowiązywania konstytucyjnej normalności – rozumianej jak władza pozytywnych norm konstytucyjnych i procedur – to okres po jesieni 2015 zawiesza tę normalność i kieruje konstytucyjny spór na bardzo „schmittowskie” tory.

Obie strony sporu o Trybunał Konstytucyjny w Polsce być może nieświadomie „mówią Schmittem”. Podstawowe pytanie w konstytucyjnym sporze brzmi dziś bowiem „kto jest strażnikiem konstytucji”? Jedna strona wskazuje na sąd konstytucyjny, druga na wolę większości narodu, wcieloną w parlamentarną większość, co w obecnych politycznych realiach oznacza kierującego nią lidera, Jarosława Kaczyńskiego. Ten „strażnika konstytucji” wyraźnie postrzegałby w parlamentarnej większości wyrażającej wolę suwerena, sądowi konstytucyjnemu przypisując jedynie pomocniczą rolę przy interpretowaniu spornych kwestii prawa konstytucyjnego. Pierwsze stanowisko przyjmuje przy tym znacznie bardziej pozytywistyczne, drugie zaś znacznie bardziej decyzyjonistyczne rozumienie konstytucji – choć (przynajmniej na razie) oba pozostają w ramach pewnego charakterystycznego dla współczesnego porządku konstytucyjnego krajów europejskich pozytywistycznego, związanego z dyskursem praw człowieka konsensusu.

Norma i siła

Jak pokazywał m. in. Krzysztof Mazur, kluczowa dla zrozumienia doktryny prawnej lidera rządzącego obozu, jest myśl marksistowskiego teoretyka prawa Stanisława Ehrlicha. Za Ehrlichem, filozofię prawa rządzącego obozu charakteryzują trzy reguły: „prymat czynnika politycznego nad prawnym, prymat praktyki stosowania prawa nad ujęciem teoretycznym oraz prymat ujęcia realistycznego nad idealistycznym (kluczowa rola grup interesu w kształtowaniu porządku prawnego)”.

Te trzy reguły prowadzą do myślenia o konstytucji w dużej mierze pokrywającego się z decyzyjonistycznym ujęciem Schmitta. W perspektywie Schmitta poddanej korekcie Ehrlicha konstytucja byłaby nie tyle zbiorem norm dostarczających ram dla funkcjonowania i pluralistycznego społeczeństwa, co wyrazem realnie istniejących społecznych interesów, układów dominacji: wyrazem przewagi silniejszych aktorów nad słabszymi. Przez co pierwiastek demokratyczny, sprzeciwiający się w imię woli większości zastanym stosunkom władzy, wielokrotnie wchodzić musi w napięcie z konstytucją. Przy czym stawką myśli Schmitta – w przeciwieństwie do polityki dzisiejszej strony rządowej – było zachowanie wywiedzionego ze starego reżimu (wilhelmińskich Niemiec) stosunków władzy i własności i ochronienie go przez demokratycznymi i rewindykacyjnymi żądaniami generowanymi przez nowe, masowe ruchy społeczne i partie polityczne.

Korekta legalizmu, dostrzegająca napięcia między prawem, jako wyrażającą pewną ogólną racjonalność normą, a prawem jako zabezpieczeniem arbitralnych relacji panowania, wyrazem pewnego układu sił, jest bez wątpienia potrzebna. Z drugiej strony łatwo prowadzi do niekontrolowanego rozkręcania się spirali woluntaryzmu politycznego spirali i nihilizmu prawniczego. Jego zagrożenie jest ciągłym widmem myśli konstytucyjnej Schmitta, którego nigdy nie udaje się mu w satysfakcjonujący sposób przewyciężyć.

Schmitt bezradny w sieci

Największy problem z aplikowaniem myśli Schmitta, jako inspiracji dla polityki dziś tkwi jednakże nie tylko tam. Myśl konstytucyjna Schmitta zawiera dwa bardzo problematyczne punkty, o których na koniec- także w polskim kontekście – nie sposób tu nie wspomnieć.

(i) Decyzjonistyczne rozumienie konstytucji Schmitta zakłada pewną przedpolityczną, substancjalną jedność wspólnoty, której jedność polityczną ma ustalić konstytucja. W myśli Schmitta, dla fortunnego ukształtowania politycznej wspólnoty, konieczna jest uprzednia rzeczywista homogeniczność: jeśli nawet nie etniczna, to np. kulturowa. Wskazanie i wykluczenie ze wspólnoty wroga jest przy tym w pełni uzasadnionym środkiem konstytuowania takiej jedności.

(ii) Myśl konstytucyjna Schmitta za punkt wyjścia przyjmuje terytorialne państwo, powstałe w zachodniej Europie po pokoju westfalskim. Konstytucja w tym ujęciu jest ustanowieniem politycznej jedności, ładu i umiejscowienia.

Jakie problemy stwarzają te dwa założenie? Zaczniemy od (i). Nikt nie zaprzeczy, iż polityczna jedność w społeczności o zbyt dużym stopniu heterogeniczności nie jest możliwa. Nie da się budować politycznej jedności w społeczeństwie o zbyt silnych podziałach językowych, edukacyjnych, czy ekonomicznych. Za założeniem o pewnym stopniu faktycznej homogeniczności, jako koniecznym warunku demokracji, postępują także praktyki powojennych europejskich państw opiekuńczych dążących do wyrównywania majątkowych różnic powstałych w ramach wolnej, ekonomicznej konkurencji. Jednocześnie, podstawowym wyzwaniem współczesnych demokracji jest dziś

rozwiązanie problemu pluralizmu i heterogeniczności. Z dużym prawdopodobieństwem, z przyczyn demograficznych Europa – podobnie jak Stany Zjednoczone, Kanada, czy Australia – będzie musiała stać się postemigranckim społeczeństwem. Konstytucyjna myśl Schmitta nie pomaga w tym wyzwaniu. Zwłaszcza w Polsce – gdzie w warunkach faktycznej etnicznej i daleko posuniętej kulturowej homogeniczności – mamy do czynienia z antyemigrancką paniką i narastaniem nastrojów i zachowań ksenofobicznych, tego typu myślenie może być dziś szczególnie toksyczne.

Ale najpoważniejszy problem stwarza (ii). Terytorialne państwo narodowe, dysponujące faktyczną suwerennością nie istnieje dziś realnie w Europie. Unia Europejska – mimo swojego kryzysu – jest instytucją opartą na dzielonej suwerenności. Zakres suwerennej „decyzji konstytucyjnej” wyznaczają unijne traktaty, zapisane w nich normy i zobowiązania. Logika funkcjonowania współczesnego państwa, nie ogranicza się do logiki relacji przyjaciel/wróg nawiązywanych z innymi podobnymi wspólnotami politycznymi (innymi państwami), równie ważne są międzynarodowe biurokracje, podmioty prawa prywatnego (organizacje gospodarcze), czy takie twory jak agencje ratingowe. Suwerenność, którą Schmitt rozumiał jako coś ściśle sterytorializowanego i skupionego w jednym ośrodku (suwerenie zdolnym zawiesić normalną sytuację) ulega deterytorializacji i rozplenieniu. Stwarza to prawne i konstytucyjne wyzwania, do których osadzona w westfalskich kategoriach konstytucyjna myśl Schmitta przystaje bardzo nieadekwatnie.

Jakub Majmurek