

Krzysztof Koźmiński: Porządek prawny III Rzeczypospolitej – zamknięty system legalności?

Brak spójnej myśli twórców i sił politycznych stojących za wprowadzeniem konstytucji spowodował, że ideą przewodnią stała się specyficznie rozumiana tolerancja - przeczytaj tekst z „Teologii Politycznej Co Tydzień”: Suweren i konstytucja. Wokół idei Carla Schmitta.

Kryzys

Carl Schmitt należy do myślicieli budzących skrajne emocje, trudno zachować obojętność względem prowadzonych przez niego rozważań i formułowanych wniosków. O takich jak on mówi się nieraz, że są myślicielami „twardymi” – niekoniecznie łatwi w odbiorze, niepokorni, poruszają odbiorców dosadnymi tezami i konfrontacyjną retoryką. Poza tym niepoprawni – nie w znaczeniu „poprawności”, w jaki nowa lewica rozumie *political correctness*, ale wyróżniający się na tle otaczającej rzeczywistości: dominujących poglądów, pospolitej wrażliwości, standardowych postaw i przyjmowanych powszechnie stereotypów. Rację miał Isaiah Berlin, gdy podkreślał, że „długi i dotkliwy kryzys demokracji liberalnej i wojny toczony przeciw niej, rzeczywiste i intelektualne, wypowiedane przez siły tak lewicowe i prawicowe, w sposób naturalny wskrzesiły zainteresowanie „twardymi” (*tough-minded*) myślicielami politycznymi – Machiavellim, Spinozą, Hume’em,

Heglem i de Maistre'em, a przede wszystkim Marksem"[1]. Choć angielski myśliciel nie wymienia Schmitta (nie wspomina także o takich klasykach jak Platon, Hobbes czy Rousseau, którzy bez wątpienia mogliby zostać zaliczeni do tego grona), trafnie uchwycił panującą tendencję: im większe problemy dotyczą panujący system polityczno-prawny – tym większą popularnością cieszą się autorzy zbuntowani i przekorni, których propozycje nie są zaimpregnowane na rozpowszechnione wyobrażenia, aktualnie głoszone mądrości i powtarzane na okrągło salonowe slogany. Zobrazować ten stan może retoryczne pytanie: kto trafniej zdiagnozuje przyczyny choroby i zaplanuje skuteczną kurację – dotknięty chorobą pacjent czy obcy względem niego, nawet niekoniecznie życzliwy, lekarz? Czy dobrym pomysłem jest, by projektowaniem terapii na trapiące demokratyczno-liberalne społeczeństwa kryzysy dostarczali wyłącznie demoliberalni autorzy? Czy nie okaże się wówczas, że – w konfrontacji z Marksem, Schmittem, czy nawet MacIntyre'em i Hoppem – Habermas, Rawls, Gray, Rorty, Giddens mają tak naprawdę niewiele do zaproponowania? To jedna z przyczyn mody na Schmitta. Medal ten ma też i drugą stronę. Tezy „twardych”, nieliberalnych myślicieli działają jak lekarstwo, które – dawkowane ostrożnie, w niewielkich ilościach – przywraca zdrowie, lecz (istnieje też taka ewentualność) przyjęte w nadmiernej ilości może też doprowadzić do pogorszenia stanu zdrowia, a nawet śmierci pacjenta. Pozostaje ponadto margines błędu lekarskiego – nieprzewidzianych negatywnych skutków, które wystąpią na skutek reakcji substancji chemicznych z organizmem chorego, zgodnie z formułą drukowaną na opakowaniach preparatów medycznych: „lek może powodować działania niepożądane”.

Analiza aktualnych kryzysów demokratyczno-liberalnego porządku przy zaangażowaniu nieliberalnych myślicieli, to zabawa, która w sposób nieunikniony musi wiązać się z ryzykiem. W przypadku

Schmitta jest to nie tylko niebezpieczeństwo „przedawkowania”, którego konsekwencją stanie się antyliberalny obłęd i wpadnięcie w pułapkę polityczności, ale także wysokie prawdopodobieństwo trywializacji jego twierdzeń – spłaszczenie ich do kontekstu bieżących walk partyjnych, czy cytatu wykorzystanego w telewizyjnej debacie. Ostatnie lata dostarczają tu licznych przykładów: a to próbuje się wykorzystać rozważania Schmitta dla opisu działań decydentów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, wprowadzających w dniu 13 grudnia 1981 r. stan wojenny[2], a to w procesie ratyfikacji Traktatu Lizbońskiego[3], dla innych „traktowany bywa jako ideolog przemocy politycznej, którą w latach 2005–2007 rzekomo praktykowali „siepacze” z PiS, przekonani o konieczności walki z postkomunistycznymi i oligarchicznymi układami”[4]. Nie rozwodząc się już nad żenującymi próbami ukazania Schmitta jako „ideologa IV RP”[5], „ojca duchowego antyliberalnych partii w rodzaju Prawa i Sprawiedliwości”[6] i próbami ukazania III Rzeczypospolitej jako nowej Republiki Weimarskiej[7] (wydaje się, biorąc pod uwagę jeszcze dalej idące skojarzenia, np. *auctoritas* Prezydenta Dudy[8], że wyobraźnia tego środowiska jest wręcz nieograniczona) – są one, mniej więcej, tyle warte, co poszukiwanie analogii między Traktatem Wersalskim a porozumieniem przy „okrągłym stole”. Tadeusz Mazowiecki staje się wówczas Waltherem Rathenauem, Andrzej Szczypiorski pełni rolę Tomasza Manna, Kaczyński pasuje do roli przywódcy Niemieckiej Partii Robotniczej, poważniejszym problemem jest natomiast brak polskich odpowiedników „rewolucji konserwatywnej” typu Jünger, Heidegger czy Schmitt[9]. Poza pokusą wpisania Schmitta w teraźniejszość i lokalną specyfikę, istnieje także niebezpieczeństwo spłycenia jego rozważań do pojedynczych, często przypadkowych, wyrwanych z kontekstu tez, które odpowiadają interpretatorowi do podparcia argumentem z autorytetu własnych przemyśleń, nieraz dalece odmiennych od

zamierzeń pomysłodawcy[10]. A jest z czego wybierać. Polityczność, decyzja, suweren, wróg, wojna, stan wyjątkowy, jedność polityczna, teologia polityczna, konstytucja, dyktatura...

Mając świadomość tych oraz wielu innych niebezpieczeństw, a także ogromnego dorobku niemieckiego autora (w tym także nie zawsze konsekwentnych opinii), niniejszy tekst stanowi zaledwie próbę spojrzenia na bieżące wydarzenia prawno-polityczne z uwzględnieniem kilku wybranych uwag, uznanych arbitralnie za szczególnie inspirujące i mniej opisane przez lokalnych interpretatorów decyzjonizmu. Aktualne wydarzenia (relacjonowane emocjonalnie w mediach jako „kryzys konstytucyjny”, „demolka prawa” lub „zamach na konstytucję”) stanowią – jak chyba każdy poważny kryzys polityczny w historii[11] – doskonałe źródło inspiracji dla komentatorów, a także prawdziwy „test” dla obowiązujących od dwudziestu lat rozwiązań ustrojowych III Rzeczypospolitej, na czele z Konstytucją z dnia 2 kwietnia 1997 r. Choć obie strony konfliktu próbują narzucić dogodną dla siebie narrację (mówiąc w dużym uproszczeniu: perspektywa „gwałtu na państwie prawa dokonywana przez rządzących” zderza się z wizją „mandatu demokratycznego, który usprawiedliwia posunięcia decydentów”), obserwowane tarcia wykraczają dalece poza rywalizację dwóch obozów partyjnych. Poza powierzchownym podziałem na „obrońców Trybunału” i „wyznawców prezesa”, czy zwolenników „Polski liberalnej” i „solidarnej”, obserwowany aktualnie konflikt zachęca do dotknięcia delikatnych dla koncepcji państwa prawnego problemów (takich jak relacja legalności do prawomocności czy legitymizacja władzy sędziów), a także postawienia zasadniczych pytań ustrojowych. Pytań, które – wbrew żarliwym obrońcom obowiązującej konstytucji i jej treściowego „przegadania”, co czyni ją jedną z najobszerniejszych ustaw zasadniczych w Europie – nie zostały wcale rozstrzygnięte na etapie jej redakcji. Bieżące wydarzenia stanowią zarazem doskonałą

okazję do poczynienia kilku uwag w przedmiocie dominującego (zarówno w akademickiej nauce prawa, jak dyskursie publicystycznym) wyobrażenia prawa. Przedstawione poniżej rozważania, formułowane bez aspiracji do wyczerpującego omówienia zagadnienia oraz opowiadania się po którejkolwiek ze stron sporu politycznego, mają charakter zaledwie skromnych, wprowadzających uwag, które być może kiedyś doczekają się bardziej wnikliwego rozwinięcia. Celem niniejszej wypowiedzi nie jest referowanie teoretycznoprawnego stanowiska Carla Schmitta lub też rekonstruowanie jego krytyki pozytywizmu prawniczego. Problemom tym poświęcona jest bogata literatura. Uwagi niemieckiego prawnika stanowiąc będą zaledwie punkt wyjścia do dokonania szeregu spostrzeżeń na temat krajowego porządku prawnego[12], w tym zwłaszcza aksjologii ustrojowej wyrażonej w Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. Co więcej (inaczej niż większość komentarzy poświęconych twórczości autora *Politischen Theologie*) koncentrują się mniej na problemach z zakresu filozofii politycznej, a na kwestiach teoretycznoprawnych.

Nauka o konstytucji

Od czego rozpocząć? Skoro punktem wyjścia uczyniono „zamknięty system legalności” – kategorię wprowadzoną przez Carla Schmitta – warto przez moment i bez wdawania się w szczegółowe rozważania zrekonstruować jego stanowisko teoretycznoprawne. Jest to tym bardziej konieczne z uwagi na fakt, iż na kartach swoich książek Schmitt posługuje się pojęciami niespotykanymi dotąd w doktrynie prawa publicznego, a słowa dobrze znane (mające ustaloną treść, nie wymagające definiowania z uwagi na intuicyjne znaczenie) celowo reinterpretuje: stosuje je na swój własny sposób, nie dba o ugruntowane, słownikowe znaczenie, korzysta z nich niezależnie od

intuicyjnego, przyjmowanego powszechnie sensu. Nadając im inną, nową treść – okazuje w ten sposób lekceważenie dominującej dotychczas teorii prawa, której przedstawiciele przyzwyczajeni są do tłumaczenia pojęć ustrojowych w duchu liberalnego konstytucjonalizmu. Idealnym przykładem jest tu właśnie sama konstytucja, której nie definiuje w jednoznaczny sposób, prezentując raczej różne ujęcia, a zwłaszcza sygnalizując swój dystans do rozpowszechnionego w doktrynie prawa konstytucyjnego wyobrażenia konstytucji jako szczególnej ustawy lub normy. Zaryzykować można tezę, że o ile konstytucja (której poświęcił przecież szereg prac) w żadnej z nich nie doczekała się jednej, jedynie słusznej, zamkniętej i gotowej do cytowania definicji – nie budzi natomiast wątpliwości okoliczność, że każda z tych wypowiedzi była okazją (z której konsekwentnie Schmitt korzystał) do zanegowania, panującego w nauce prawa ustrojowego do dnia dzisiejszego, obrazu konstytucji jako usystematyzowanego zbioru przepisów zebranych w akcie normatywnym o szczególnej mocy prawnej.

Mówiąc bardziej obrazowo: trudno powiedzieć czym konstytucja jest, lecz z całą pewnością nie chodzi tu o deklaracje ustrojodawcy typu:

„Świadczenia państwowe na rzecz stowarzyszeń religijnych, opierające się na ustawie, umowie lub szczególnym tytule prawnym, będą zastąpione przez ustawodawstwo krajowe. Zasady w tym przedmiocie ustanawia Rzesza” (art. 138 Konstytucji Weimarskiej) albo „Urzędnikowi należy zapewnić wgląd do jego akt personalnych” (art. 129 Konstytucji Weimarskiej), ani też podobne przepisy o nieistotnym politycznie znaczeniu[13].

Co więcej, Schmitta nie przekonują filozoficzne abstrakcje w stylu Hansa Kelsena albo liberalne fantazje upatrujące w konstytucji symbolicznego aktu potwierdzającego fakt zawarcia umowy społecznej. W rozważaniach nad istotą konstytucji powtarzają się natomiast odniesienia do „duszy państwa”, „jedności i porządku”, „egzystencji i woli państwa”. Ujmując rzecz w zasadniczym skrócie: konstytucja nie ma tu charakteru spisanego dokumentu prawnego ogłoszonego w stosownym publikatorze o takiej, czy innej treści; konstytucją jest po prostu zdolnością decyzyjną państwa[14].

To pierwsza pułapka czyhająca na niewprawionego czytelnika *Nauki o konstytucji*. Zapoznanie się z pierwszymi stronami książki Schmitta prowadzić może do zwątpienia: czy jest sens kontynuować lekturę pracy, której autor posługuje się językiem autonomicznym względem bieżącego dyskursu prawniczego? W publikacji tej – inaczej niż w typowym „dziele” wychodzącym spod pióra współczesnego konstytucjonalisty – ignoruje się linię orzeczniczą organów judykatury, brak jest cytatów z orzecznictwa sądu konstytucyjnego albo złotych myśli międzynarodowych instytucji ustanowionych w celu czuwania nad przestrzeganiem praworządności i ochrony praw człowieka. Co gorsza, prezentuje się za to liczne przykłady historyczne, aż roi się od abstrakcyjnych rozważań filozoficznoprawnych, a autor zdaje się nie kryć swych światopoglądowych sympatii! Przedmiotem rozważań Schmitta nad prawem konstytucyjnym nie jest kazuistyka – konstruowanie enumeratywnych katalogów przesłanek, przy których spełnieniu organ X uzyska określoną kompetencję Y, którą realizować będzie w ściśle opisanej procedurze Z, na podstawie i w zgodzie z przepisami P1, P2 i P3...

Schmitt, zamiast prezentacji instrukcji obsługi parlamentu albo recepty na skuteczną skargę kasacyjną – daje wykład na temat istoty instytucji ustrojowych, ich historycznej ewolucji oraz aksjologii konkretnych zasad konstytucyjnych. Zamiast nazwisk Winczorka, Zolla czy Rzeplińskiego, pojawia się Bodin, de Maistre i Kelsen. Ukazuje przy tym intelektualne źródła rozwiązań ustrojowych popularnych w krajach „europejskiej kultury prawnej”, demaskując zarazem ich liberalne korzenie oraz potencjalne słabości. Tytułem przykładu: mętne deklaracje ustrojodawcy (przedstawiane na ogół jako efekt „konwergencji”, „pluralizmu” i „konstruktywnego dialogu w duchu tolerancji i wzajemnego poszanowania”) – są przez Schmitta demistyfikowane jako zaledwie „dylatoryjne sformułowania kompromisowe” (ornamentyka, pozorny kompromis, *de facto* przedłużający spór i odkładający decyzję na później), a konstytucja (rozumiana jako świadome określenie szczególnego całościowego kształtu, na który jedność polityczna się decyduje[15]) odróżniana od przepisów ustawy lub ustaw konstytucyjnych. Nie inaczej jest z zasadą legalizmu.

Legalizm i legalność

Mimo niechęci do powszechnie przyjmowanych twierdzeń, nieszablonowych definicji i kontrowersyjnych wniosków, Schmitt jest „dzieckiem swojej epoki”, a jego rozważania doskonale wpisują się w intelektualny klimat 1 połowy XX w. Skutkiem tego, punktem wyjścia dla zrekonstruowania teoretycznoprawnego stanowiska twórcy decyzyjonizmu powinno być rozeznanie dwóch kluczowych, szeroko w owym czasie omawianych, problemów: legalności panowania oraz

nie(anty?)pozytywistycznych nurtów w prawoznawstwie. Przynajmniej pobieżne zarysowanie obu zagadnień jest kluczowe do sformułowania dalszych wniosków.

Pierwszej inspiracji Schmittowi dostarczył najprawdopodobniej bezpośredni nauczyciel Max Weber, który wielokrotnie charakteryzował nowoczesny typ panowania, typowy dla współczesnego państwa, czyli typ panowania legalnego. Cechuje go: formalizm, bezosobowość i niearbitralność (nieistotne są cechy osobowe urzędnika: jego płeć, poglądy, wiek i stan zdrowia; wykonuje ściśle określone zadania urzędnicze bez względu na prywatne preferencje, sympatie, uczucia i emocje), fachowość, związanie obowiązującymi przepisami prawa. Niektóre fragmenty z prac Webera pokrywają się z charakterystyką współczesnego państwa prawnego, którą prezentuje w swoich pracach (np. *Lewiatan w teorii państwa Tomasza Hobbesa* czy *Legalność i prawomocność*) Schmitt:

„Najczystszy typem takiego panowania jest władza biurokratyczna. Ideą podstawową tego typu władzy jest przeświadczenie, że można tworzyć swobodnie dowolne prawa i zmieniać je za pomocą formalnie poprawnego ustawodawstwa. Zespół zarządzający jest bądź wybierany, bądź mianowany; on sam i wszystkie jego składniki stanowią organa zarządzania... Posłuszeństwo obowiązuje nie wobec osoby na mocy jej swoistego prawa, lecz wobec ustanowionej zasady, która określa komu i w jakim stopniu jest ono należne. Również rozkazujący jest posłuszny zasadzie, gdy wydaje rozkaz słucho »prawa«, »przepisów«, formalnej i abstrakcyjnej normy... urzędowanie jest pracą zawodową wykonywaną na mocy rzeczowego (bezosobowego) obowiązku służbowego. Ideałem jest... nieuleganie wpływom żadnych względów osobistych czy stanów

uczuciowych, wykluczenie zachowań arbitralnych i nieoczekiwanych...
postępowanie całkowicie formalistyczne w oparciu o racjonalne
zasady” – relacjonuje ów typ idealny Weber[16].

Słowa te współcześnie w ogóle nie dziwią, mogłyby się znaleźć w
dowolnym podręczniku prawa administracyjnego. Wyrażają jeden z
aspektów zasady legalizmu. Więcej nawet – opisywany przez Webera
model stawiany jest dziś za pożądany wzór prawidłowo
funkcjonującego państwa praworządnego, posiadając niewątpliwie
liczne zalety (m.in. przewidywalność, bezstronność, bezpieczeństwo
prawne). W czym więc tkwi problem?

To, co uchodzi współcześnie za standard państwa praworządnego,
emanację państwa prawnego, będąc dla Webera jednym z kilku
analizowanych naukowo możliwych typów panowania – jest dla
Schmitta zapowiedzią końca polityki, sprowadzenia państwa do
mechanizmu, a prawa do napędzającego go układu technologicznego.
Krytycznie rozwija spostrzeżenia Webera, przekraczając typowo
prawnicze pytania o istnienie podstawy prawnej do wydania wyroku,
decyzji administracyjnej albo zakres kompetencji właściwego organu
władzy publicznej. Jego refleksja wybiega daleko poza proste prawnicze
skojarzenia: w zasadzie legalizmu widzi zasadniczą cechę
współczesnego państwa liberalnego, nie(anty)politycznego:

„Rządzą przepisy, a nie ludzie, władze czy zwierzchności... Rządzenia
ani nagiej władzy w ogóle już nie ma... Uzasadnienie takiego bytu
państwowego tkwi w powszechnej legalności wszelkiego państwowego
sprawowania władzy. Zamknięty system legalności uzasadnia wymogi

posłuszeństwa i to, że uchyla się wszelkie prawo do oporu. Specyficzną formą przejawiania się prawa jest tu przepis prawny, a specyficznym uzasadnieniem państwowej przemocy – legalność”[17].

Istotą panowania legalnego jest zwierzchność bezosobowych, abstrakcyjnych (w sensie niezależnych treściowo od zmieniających się okoliczności: ekonomicznych, politycznych, społecznych) norm prawnych[18].

„Państwo prawodawcze jest bytem państwowym rządzonym przez nieosobowe i dlatego ogólne, z góry określone i dlatego zamierzone jako trwałe unormowania mierzalnej i określonej treści. Przepisy i ich zastosowanie, prawodawcy i władze wykonawcze są tu rozdzielone... Jeszcze dokładniej: przepisy nie rządzą, obowiązują tylko jako normy. Kto rządzi i włada, działa »na gruncie prawa« lub »w imieniu prawa«. Nie czyni nic prócz kompetentnego wdrażania obowiązującej normy. Prawo stanowi instancja prawodawcza, która jednak nie rządzi, a tego prawa sama nie wdraża ani nie stosuje, lecz właśnie ustanawia tylko obowiązujące unormowania, w których umieniu potem podporządkowane prawu władze wykonawcze mogą sprawować władzę państwową... nie mają rządzić ludzie ani osoby, lecz obowiązywać normy”[19].

Przyjmując optykę zwolenników państwa prawnego, każdy inny system reżim polityczny (tj. taki, którego władze kierują się innymi motywami niż bezosobowe normy prawne) traktowany jest jako nieprzewidywalny, niebezpieczny, mogący w sposób arbitralny wkroczyć w sferę praw i wolności jednostek, a przez to także... irracjonalny.

„Dopóki jednak żywa jest wiara w racjonalność i idealność jego normatywizmu... dopóty jawi się ono właśnie dlatego jako coś wyższego i bardziej idealnego... Państwu prawodawczemu reprezentacyjne państwo rządowe z jego *gloire* i *honneur* wydaje się nagim państwem władzy i niemoralności, państwo administracyjne – dyktaturą bez norm ni ducha, średniowieczne państwo jurysdykcyjne – antyprogresywnym narzędziem feudalnych i stanowych przywilejów”[20].

W ten sposób zatracony zostaje zupełnie „czynnik ludzki”, a także – na skutek obowiązywania stałych, bezosobowych norm, które wyparły decydentów z krwi i kości – wyeliminowano zjawisko nieprzewidywalności, wszelkiej arbitralności i loterii w procesie panowania. Jednak wbrew liberalnym wyobrażeniom o bezpieczeństwie prawnym uzyskanym na skutek eliminacji arbitralności, legalizm ukazał także swą drugą twarz – niezdolność reakcji na sytuację wyjątkową, słabość w obliczu wielkich historycznych wyzwań narzucanych przez zmienną i dynamiczną rzeczywistość.

Osoba decydenta

Podsumowując powyższe: typ panowania legalnego prowadzi do zastąpienia panujących bezosobowymi urzędnikami – formalistami, administratorami, technokratami, biurokratami. Analogiczne zjawisko dostrzega Schmitt na gruncie nauki prawa, w tym w zwłaszcza dominującej (i silnie związanej z liberalną koncepcją *Rechtsstaat* – państwa prawnego, a więc i zasadą legalizmu) pozytywistycznej koncepcji stosowania prawa. Nie miejsce tu na pogłębione analizy

teoretycznoprawne, ale stworzony przez Schmitta decyzyjizm bazuje na odrzuceniu mitu czystych, sterylnych norm, niezależnych od osoby (sędziego lub urzędnika), które je aplikuje.

I tu, po raz kolejny, Schmitt okazuje się „myślicielem swoich czasów”. Jego główne prace przypadają na okres, w którym „z wolna zaczęto kwestionować rolę sędziego jako bezwiednego automatu, stosującego przepisy w zgoła mechaniczny sposób. Także przez praworządność zaczęto rozumieć co innego niż tylko poprawne pod względem »technicznym« stosowanie prawa”[21]. Decyzyjonistyczne ujęcie prawa wpisuje się w XX-wieczny „bunt” skierowany przeciw pozytywizmowi prawniczemu, w który wpisują się tak różne nurty, jak np. realizm prawniczy (zwłaszcza w wydaniu amerykańskim i skandynawskim), socjologiczna jurysprudencja, hermeneutyka prawnicza, retoryczno-topiczne ujęcie prawa, różne (marksistowskie i postmarksistowskie) krytyczne nurty badań nad prawem, hermeneutyka prawnicza, koncepcje postmodernistyczne, kolejna już fala iusnaturalizmu. Teza ta na pierwszy rzut oka może wydać się naciągana, lecz w miarę pogłębiania analizy możliwe jest jej solidne uzasadnienie.

Niby mimochodem, Schmitt stwierdza na przykład, że w modelu państwa prawnego zdarza się, że „sędzia bezpośrednio wypowiada prawo i wdraża je nawet wbrew normującemu prawodawcy i jego przepisom prawnym”[22]. Koncepcja Schmitta akcentuje osobę decydenta (rozumianego tu nie tylko jako dyktator, suweren – „ktoś kto decyduje o stanie wyjątkowym”, ale także jako konkretny urzędnik, sędzia, polityk rządzącej partii), przenosi ciężar refleksji na jednostkowe (indywidualne i konkretne) rozstrzygnięcie zamiast abstrakcyjną i generalną normę prawną. W konsekwencji, mniej interesują go oderwane od rzeczywistości, spekulatywne i hipotetyczne

rozważania na temat kształtu norm prawnych „w próżni” (wynik wykładni oderwany od konkretnego stanu faktycznego), ale uwzględniające realny kontekst (sytuację ekonomiczną, polityczną, społeczną na dzień interpretacji przepisu) rozstrzygnięcia. Innymi słowy, Schmitt skupia się raczej na procesie aplikacji norm, stosowania prawa, zamiast przywiązywać nadmierną wagę do procesu prawodawczego i literalnego brzmienia ogłoszonych w publikatorze przepisów.

Podobnie jak amerykański realizm prawny, którego przedstawiciele łączy przede wszystkim kpiarski stosunek do „papierowego prawa” (*law in the books*: tekstu konstytucji, kodeksów i komentarzy), przy jednoczesnym eksponowaniu „prawa w działaniu” (*law in action*) – decyzyjizm dystansuje się od interpretacji prawniczych prowadzonych nad przepisem w bibliotece, tj. bez uwzględnienia konkretnego kontekstu, realiów, okoliczności. Schmitt zbliża się do przedstawicieli realizmu prawniczego, którzy (jak np. Jerome Frank) niezachwianą wiarę w moc prawa tłumaczą „kompleksem ojca”[23].

Mówiąc obrazowo: w decyzyjizmie, realizmie i wielu innych nurtach XX-wiecznej teorii prawa, akcent przesuwa się z osoby legislatora-prawodawcy na osobę wprowadzającą w życie normę. To ona nadaje jej ostateczną treść, to wola decydenta (nie zaś wola prawodawcy) odgrywa kluczową rolę.

„Carl Schmitt przypominał, że sankcja nie jest wprowadzana w czyn automatycznie, jak to niekiedy ujmowano w pozytywistycznej teorii prawa (tzw. *Rechtsautomat*). Konkretny podmiot, np. sąd, musi podjąć decyzję, że w takiej oto sytuacji norma prawna została naruszona i

państwo poprzez swoje organy musi czynnie interweniować. Oznacza to, że prawo składa się z zapisanej bezosobowej normy (o charakterze abstrakcyjnym i generalnym, a nie konkretnego podmiotu) oraz z osobowej decyzji kogoś, kto uznaje, że zabroniony czyn został popełniony, a w konsekwencji nakazuje aresztowanie czy inne ukaranie tego, kto narusza prawo. Zdaniem niemieckiego prawnika, powszechnie przyjęte rozumienie prawa wyłącznie jako normy zapisanej na papierze falsyfikuje porządek prawny, sprowadza bowiem prawo wyłącznie do graficznego zapisu. Gdyby zabrakło osobowej decyzji o zastosowaniu sankcji, to porządek ustawowy faktycznie zostałby zredukowany do porządku o randze uchwał, za którymi nie podążają praktyczne działania... Schmittowi właśnie o to chodziło, gdy twierdził, że prawo składa się z elementu normatywnego oraz osobowego elementu wolitywnego. Przewagę ma ten ostatni”[24].

Zdarzało się przecież nieraz w przeszłości, że rządy i wola tyrana (czynnik wolitywny) znosiły prawo (czynnik normatywny), lecz faktycznych rządów norm (tj. stosowania prawa bez woli stosującego go sędziów i urzędników) nie widział nikt. O prawdziwości tej tezy przesądza chyba prosta prawnicza intuicja: nie dzieło prawodawcy (legislacyjny kształt przepisu) czyni prawo skutecznym (zapewnia osiągnięcie celów prawodawcy i realizuje wartości uznawane w danej kulturze prawnej), lecz kompetencja stosującego. Innymi słowy: sprawny sędzia jest w stanie uczynić dobry użytek z niedoskonałego przepisu, gdy rzetelnych sędziów brak – najlepiej skonstruowana regulacja na niewiele się zdaje.

W konsekwencji: brzmienie przepisów aktów normatywnych i obowiązujące na ich podstawie normy stanowią jedynie wycinek rzeczywistości prawnej – koncentracja na nich wiąże się z ryzykiem

zignorowania całej gamy zjawisk modelujących ostateczny kształt normy prawnej i treści konkretnego rozstrzygnięcia władczego. Poza „normatywnością”, istnieje jeszcze „faktyczność”:

„Kształt prawa zależy od sytuacji, na którą ono wpływa i którą normuje, nie odwrotnie. W dążeniu tym uwidacznia się zamiar, aby żywe, nie zaś martwe prawo określało stosunki pomiędzy ludźmi”[25].

Nie chodzi tu tylko o argumentacyjną sprawność prawnika w technikach perswazji, który gotów jest stosować erystyczne sztuczki oraz emocjonalne chwytły dla wykazania racji swojego klienta w procesie, niezależnie od stanu faktycznego i prawnego – ale generalną specyfikę prawniczych rozumowań, które – jak uczy np. Chaim Perelman (autor *Nowej Retoryki*, w Polsce nazywanej „retoryczno-topicznym” ujęciem prawa, teoretyk prawa z zupełnie innej bajki niż Schmitt) – mają w sobie więcej z rozumowania dialektycznego niż analitycznego[26].

Zaobserwować można pewnie analogie pomiędzy zjawiskiem legalizmu na gruncie egzekutywy i pozytywistycznym wyobrażeniem stosowania prawa na polu orzecznictwa sądowego. Oba te założenia bazują na uproszczeniach: na plan pierwszy wysuwają normy, redukując proces ich wprowadzania w życie do automatycznych, bezosobowych, niezależnych od czynników zewnętrznych (pozanormatywnych) procedur. Skupiając się na czynniku normatywnym, ignorują zupełnie czynnik wolicjonalny (który tymczasem faktycznie „współgra” z czynnikiem normatywnym, oba składają się na prawo)[27] i personalny. Przyjmując ową perspektywę, problematyczne staje się wyjaśnienie wielu praktycznych problemów politycznych i prawniczych, np.

zjawiska tzw. trudnych przypadków (*hard-cases*), a zatem sytuacji, w których orzekający sędzia nie dysponuje jednoznaczną regułą prawną (lub też, ze względu na specyfikę sprawy i jej szczególne okoliczności faktyczne, zastosowanie takiej reguły prowadziłyby do rozstrzygnięcia godzącego w zdrowy rozsądek, poczucie sprawiedliwości, słuszności itp.)[28]. Trudno zrozumieć też inny fenomen od „zawsze towarzyszący” procesowi orzeczniczemu, mianowicie zmieniającą się linię sądów, niekonsekwencje w stosowaniu prawa, a nawet odstępowanie od wyrażonych wcześniej poglądów prawnych tych samych składów sędziowskich (a zjawiska takie znane są także z praktyki organów władzy sądowniczej najwyższej instancji: Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego).

Do jakiego wniosku prowadzą wyżej prowadzone rozważania? Argument z nielegalności (w szerokim tego słowa znaczeniu, w tym także: niekonstytucyjności, niezgodności z prawem unijnym, zobowiązaniami międzynarodowymi lub „europejską tradycją prawną”), to często spotykany w bieżących dyskusjach motyw. „Jedynie dopuszczalny sposób wykładni”, „jednoznaczne brzmienie przepisu”, „oczywista norma”, „niewątpliwy obowiązek”, „zakaz bez wyjątku”, „restrykcyjna regulacja bez odstępstw”, „bezsporne w orzecznictwie” – to często spotykane w praktyce prawniczej argumenty, zdarza się, że w konkretnym procesie stosuje je zarówno pełnomocnik pozwanego i powoda, oskarżyciela i obrońcy. Tego lub tamtego „zabrania konstytucja”, takie lub inne działanie „stoi w sprzeczności z aksjologią ustroju Rzeczypospolitej”, działania egzekutywy i legislatywy wykraczają poza „określony przez ustrojodawcę model podziału władzy”, na temat owej propozycji „wypowiadał się już w przeszłości Trybunał i, jako niekonstytucyjną, wykluczył”. Zarzuty te mogą być słuszne lub niesłuszne. Formułowane są one jednak w oparciu o ów

legalistyczny wzorzec, którego wartość poddaje w wątpliwość Schmitt. Wzorcem prowadzonej oceny działań decydentów pozostają normy oraz przepisy prawa. Dywagacje, w trakcie których formułowane są uzasadnienie, jakoby „prawnicy są w tej kwestii w pełni zgodni”, czy racje typu: „dla prawników jest to oczywiste” – traktowane być muszą z podejrzliwością. Wyobrażenie „ust ustawy”, do których sprowadzić sędziów chciał Monteskiusz, podkreślający zarazem, że władza sądownicza powinna być „niewidzialna” i jest „w zasadzie żadna” (*sic!*), uchodzą w dzisiejszych czasach za dość naiwne[29].

Niezależnie od zajmowanego stanowiska w przedmiocie roli sędziego oraz w zakresie władzy (dyskrecjonalnej?), którą dysponuje w procesie orzekania, truizmem (wydaje się, że poza wszelką kontrowersją) pozostaje okoliczność, iż samoistnym źródłem chaosu orzeczniczego mogą stać się słabości aktu normatywnego: niejednoznaczność przepisów, aksjologiczne rozchwianie prawodawcy, legislacyjne niekonsekwencje, błędy językowe na etapie redakcji tekstu. Warto rzucić okiem na ich jakość.

Konstytucja

Rozważając kwestię legalności i nielegalności, relację *macht vs. recht* oraz szukając granicy wyznaczającej domenę judykatury, nie sposób pominąć kształtu obowiązujących regulacji konstytucyjnych. Pozostawiając przez moment na boku uwagi Schmitta w przedmiocie relacji (prawdziwej) konstytucji i przepisów konstytucyjnych, poczynić trzeba kilka uwag na temat obowiązującej aktualnie Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. To na jej brzmienie powołują się toczące spór władze, to w jej rozwiązaniach szukają wsparcia dla swych posunięć decydeni.

Problem polega na tym, że wskazany wyżej akt normatywny – mimo treściowego rozděcia i aksjologicznego przesytu – jest przykładem regulacji dalece niedoskonałej, zarówno pod względem merytorycznej treści, jak i redakcyjnej formy[30]. Relacja jej poszczególnych przepisów względem siebie powodować musi konsternację interpretatora[31], a przywoływane przez ustrojodawcę zasady i wartości stanowią wzorcowy wręcz przykład aksjologicznego rozchwiania prawodawcy – doskonałą ilustrację postawy prawodawcy, który „mówi dużo w taki sposób, by nic konkretnego nie powiedzieć”.

Mówiąc Schmittem: obowiązująca konstytucja to bogate źródło kompromisowych sformułowań dylatoryjnych, których istotą jest zastosowanie w tekście aktu normatywnego formuły, która:

„czyni zadość wszelkim sprzecznym żądaniom i pozostawia nierozstrzygnięte właściwe kwestie sporne pod postacią wieloznacznego wyrażenia. Formuła ta nadaje zewnętrzną, językową formę współlistniejącym obok siebie treściom, które pod względem merytorycznym nie dają się ze sobą pogodzić... Jednak osiągnięta zgoda nie dotyczy istoty problemu, ale jedynie tego, by decyzję odroczyć i pozostawić otwarte najróżniejsze możliwości i interpretacje. Kompromis nie odnosi się więc do merytorycznego załatwienia jakiejś kwestii na drodze wzajemnych ustępstw dotyczących istoty problemu, lecz porozumienie zmierza w tym kierunku, by zadowolić się dylatoryjnym sformułowaniem, które uwzględni wszystkie roszczenia”[32].

Innymi słowy, kompromisowe sformułowanie dylatoryjne jest zatem takim rozwiązaniem problemu, które *de facto* nie zawiera żadnego rozwiązania, to rozstrzygnięcie pozorne, niezrozumiały fragment tekstu prawnego zdradzający brak uprzedniego rozstrzygnięcia politycznego. Sformułowanie dylatoryjne jest unikiem prawodawcy, który objawia się zamętem terminologicznym. Skutkiem takiego manewru może być jedynie (na co wskazuje epitet „dylatoryjny” – tłumaczony przez prawników jako zawieszający[33], przejściowy[34] lub odraczający[35]), odwlekanie sporu na etapie prac redakcyjnych nad tekstem aktu normatywnego, by powrócił on, na ogół ze zdwojoną siłą, w procesie orzeczniczym. Zamieszczenie w konstytucji sformułowań dylatoryjnych powoduje, że przepisy konstytucyjne stanowią – nawet po wielu latach od wejścia w życie – źródło kontrowersji wykładniczych, podsycają konflikt zamiast go łagodzić i kanalizować, a także pozostawiają organom je stosującym (sądy, zwłaszcza organ sądownictwa konstytucyjnego) prawdziwe pole do popisu: godzi przeciwności, wyrokuje na podstawie nieprecyzyjnych, ogólnych, nieraz wewnątrznie sprzecznych przepisów. Konstytucja, postrzegana w koncepcjach liberalnych jako symbol zawartej umowy społecznej, wyznaczająca – jako źródło prawa o najwyższej mocy prawnej w krajowym systemie prawa – ramy legalności działań organów władzy publicznej, staje się w ten sposób generatorem konfliktu. Zastosowanie w niej kompromisowych sformułowań dylatoryjnych prowadzi do paradoksu: zamiast pewności i bezpieczeństwa prawnego (które przecież powinno zapewnić obowiązywanie konstytucji), stosowanie konstytucji jest przedmiotem kontrowersji, a różne strony sporu próbują dowieść legalności swoich działań, powołując się na przepisy tego samego aktu.

Uwagi Schmitta w przedmiocie dylatoryjnych sformułowań kompromisowych z dwudziestolecia międzywojennego w sposób zaskakujący odnoszą się do Konstytucji z 1997 r., a także korespondują z deklaracjami formułowanymi na etapie prac redakcyjnych. Prześledzenie przebiegu tych prac prowadzi do wniosku, że sukces „kompromisu konstytucyjnego” polegał na szukaniu jak największej sfery spraw wspólnych (niebędących spornymi) i ich eksponowaniu, przy ukryciu, „zamieleniu pod dywan”, kwestii kontrowersyjnych, potencjalnie konfliktowych. Pracom nad aktem towarzyszyło przekonanie, że „konstytucję trzeba by było jak najszybciej uchwalić, nawet gdyby nie było ona najlepsza pod względem formalnym czy językowym. Konstytucję bowiem może wyjaśnić orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, a moment konstytucyjny może przeminąć bezpowrotnie”[36]. Konieczność posiadania obowiązującej konstytucji, która uzyska poparcie różnych stron sporu światopoglądowego – nawet za cenę jej aksjologicznej niespójności – determinowała prace nad aktem. Przyznawali to po latach sami jej twórcy:

„Przy pewnej dozie złej woli można nawet powiedzieć, że jest aksjologicznie niespójna. Nie wchodząc w detale, da się w niej wyróżnić wątki narodowo-chrześcijańskie, chrześcijańsko-demokratyczne, liberalne i socjaldemokratyczne. Czy fakt ten ułatwia stosowanie Konstytucji, trudno przesądzić. Można za to powiedzieć, że sprzyja jej akceptacji w różnych środowiskach społecznych”[37].

Kwestia ta jest przedmiotem bogatej krytyki, prezentowanej także przez samych sędziów Trybunału Konstytucyjnego[38]. Poza rozchwianiem aksjologicznym (które może być, biorąc pod uwagę ostry spór światopoglądowy z okresu pierwszych lat tzw. transformacji,

częściowo usprawiedliwione), kształt przyjętych w niej rozwiązań ustrojowych stanowi bardziej zlepek znany z różnych projektów[39], niż efekt konsekwentnej wizji ustrojowej. Trudno się dziwić, że konstytucjoniści miewają problem z jednoznacznym scharakteryzowaniem przyjętego w niej modelu rządów[40].

Brak spójnej myśli twórców i sił politycznych stojących za wprowadzeniem konstytucji spowodował, że ideą przewodnią stała się specyficznie rozumiana tolerancja.

„Rozdzielenie konfliktów i osiągnięcie kolejno dwóch odmiennych kompromisów – najpierw w Komisji Konstytucyjnej między wizją socjaldemokratyczną a liberalną... a wizją konserwatywną – umożliwiło uchwalenie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Kompromis, który to umożliwił, polegał na tym, by znaleźć względnie szerokie pole wspólnych wartości, co do których jesteśmy zgodni, pozostawiając poza rozstrzygnięciami konstytucyjnymi to, co nas dzieli. Dzięki temu trudna lekcja konstytucjonalizmu była jednocześnie trudną lekcją tolerancji”[41].

Czy kompromis, o którego wypracowanie tak bardzo starali się twórcy konstytucji, został faktycznie osiągnięty? Czy operacja nauczania Polaków tolerancji w procesie prac konstytucyjnych zakończyła się powodzeniem?

Polityczność

Mimo prób zagadania, zakamuflowania rzeczywistości, polityczność ujawniła się, a jej powrót musiał okazać się bolesny dla tych, którzy uwierzyli w trwałość i ostateczny sukces polityki kompromisu.

Przypatrując się toczonym na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat sporom politycznym, zaobserwować można ciekawe zjawisko: pozorna negacja polityczności przy jednoczesnej afirmacji zgody, spokoju, dialogu i kompromisu – zostaje faktycznie skompromitowana przez wskazanie tych, którzy ową zgodę i spokój burzą; tych, przez których postawę jakkolwiek konstruktywny dialog i rzekomy kompromis stają się niemożliwe. Krótkie spojrzenie na słownik polityczny ostatniego dwudziestolecia dostarcza dość jednoznacznych wniosków. Patrząc z perspektywy twórców analizowanego sporu politycznego, po stronie „przyjaciół” mamy: „IV RP”, „rewolucję moralną”, „zwykłych ludzi”, „uczciwych Polaków”, „polską rację stanu” czy „Polskę solidarną”; a po stronie „wrogów”: „III RP”, „postkomunę”, „ubekistan”, „szarą sieć”, „ubecję”, „oszustów i złodziei”, „Polskę liberalną”, „żarłoczną prywatyzację”, „lumpenliberałów”, „imposybilizm”, itp. Analiza słownika politycznego IV RP wskazuje na większą liczbę określeń i charakterystyk „wrogów” aniżeli „przyjaciół”. „Wróg” wydaje się precyzyjniej scharakteryzowany, lepiej opisany, często wręcz namacalny i łatwo uchwytany (niemalże realny, rzeczywisty, co zbliża nas do koncepcji Schmitta). Istotne jest więc zrozumienie nie tego, czym jest „Polska solidarna”, lecz tego, dlaczego „Polska liberalna” to owo ściśle zdefiniowane i niemalże namacalne „zło”. Aby rozumieć działania, jakie w przyszłości podejmować będą „wiedzący” czy po prostu „nasi” – w tym przypadku przedstawiciele idei IV RP – trzeba wiedzieć, kim jest „wróg”. „Przyjaciel” nie musi być precyzyjnie scharakteryzowany, bowiem stanowi on jedynie „pochodną” tego, kogo przedstawiono jako „wroga”; „przyjaciel” to więc przede wszystkim „nie wróg” [42]. Nie znaczy to oczywiście, że sytuacja taka stanowi

stan pożądaný, że zaproszony do zrecenzowania obecnej polskiej rzeczywistości politycznej Schmitt wyraziłby się o niej z aprobatą. Świadomość występujących zjawisk nie oznacza jeszcze ich akceptacji.

„Pęknięcie Polski na pół, głębokie podziały wewnątrz społeczeństwa były wprawdzie eksponowane i podsycane, ale odzwierciedlają rzeczywiste i coraz bardziej widoczne rozbieżności ideowe, światopoglądowe, programowe w szybko przekształcającym się kraju”[43]

Zakończenie

Do jakich wniosków prowadzą wyżej zaprezentowane rozważania? Po pierwsze: legalizm i legalność. Pozostawiając na boku uwagi estetyczne i emocjonalne, a także ocenę trafności działań aktualnie rządzących, bieżące wydarzenia polityczne mogłyby zostać skomentowane jako „powrót polityki”. Jaka by ona nie była (i niezależnie przez polityków jakiej proweniencji realizowana), jak przekonuje Schmitt, polityka wydaje się czymś obcym w państwie prawa. Prawniczemu myśleniu, ukształtowanemu przez XIX-wieczny pozytywizm oraz europejską myśl liberalną, pojęcia „woli politycznej”, „siły nagich faktów” „decyzji”, „osoby stosującej prawo” (o „suwerenie”, „wojnie” i „stanie wyjątkowym” nawet nie wspominając) wydają się anachroniczne, podejrzane i irracjonalne. Dominujący w dyskusjach polityczno-prawnych klimat sprzyja mówieniu raczej o „obowiązaniu norm”,

bezosobowych „organach władzy publicznej”, „administrowaniu”, bezemocjonalnych urzędnikach i nieuwarunkowanych przez czynniki pozanormatywne sędziach.

Po drugie, proces orzeczniczy. Wciąż silne jest wyobrażenie przeciwstawiające sędziów-funkcjonariuszy judykatury (wolnych od otaczających okoliczności społeczno-polityczno-ekonomicznych, pozbawionych emocji, neutralnych rozjemców, kierujących się wyłącznie „literą prawa”) od reprezentantów legislatury i egzekutywy (aktywnie zaangażowanych w spory światopoglądowe, grających na emocjach społecznych). Ci pierwsi uosabiają legalizm (czynnik normatywny) i wyznaczają standardy legalności, ci drudzy symbolizują czynnik wolicjonalny – wolę polityczną. Pierwszy ma charakter stabilizujący, drugi dynamizujący. Judykatura ma charakter defensywny – broni praw i wolności, pacyfikuje konflikty, podczas gdy władza polityczna kojarzy się z agresją. Inicjuje konflikty, rozpycha się poza przewidziane konstytucją ramy, potęguje chaos, stanowi zagrożenie dla indywidualnych praw i wolności. Lektura prac Schmitta (z czym mogliby zgodzić się autorzy innych, niepozytywistycznych kierunków w prawoznawstwie) prowadzi do wniosku, że opis taki jest przesadnie uproszczony, a sędziowie – na co wskazują bogate doświadczenia historyczne również tzw. „państw dojrzałej demokracji” (np. orzecznictwo federalnego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych) – wielokrotnie przejmują rolę czynnika dynamizującego. Tarcia pomiędzy judykaturą, legislaturą i egzekutywą stanowią zjawisko typowe, wpisane w logikę zasady podziału władzy.

Wiara w moc samych bezosobowych norm prawnych jest tak duża, że gdy komentatorzy (w tym wybitni akademicy i doświadczeni praktycy prawa) ciskają gromy na „chaos”, „dualizm” lub „wielogłos” prawny (powstały rzekomo w wyniku tarcia na linii egzekutywy i judykatywy), zdają się ignorować obecny już od wielu lat chaos prawny wywołany jurydyzacją życia społecznego, zmieniającą się wykładnią licznych organów władzy sądowniczej oraz permanentnie nowelizowanymi przepisami. Jeśli chaosem prawnym nazwać nieopublikowanie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego – w jaki sposób scharakteryzować żonglerkę orzeczniczą uprawianą przez sędziów, w tym zwłaszcza sędziów Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości?

Po trzecie, Konstytucja z dnia 2 kwietnia 1997 r. – przykład pozornego kompromisu, którego treść, na skutek licznych dylatoryjnych sformułowań i aksjologicznej eklektyczności – pośrednio przyczynia się do rozgrzewania politycznych sporów, rozszerzając zarazem zakres dyskrecjonalnej władzy organów ją stosujących, w tym zwłaszcza Trybunału Konstytucyjnego. Brzmienie aktualnie obowiązujących przepisów konstytucyjnych powoduje sytuację, w której – pod pozorem neutralnego, niemal technicznego dekodowania norm konstytucyjnych – dochodzi w praktyce do wzmocnienia pozycji podmiotu stosującego względem innych organów ustrojowych, zaburzając tym samym podział między władzami oraz tym, co legalne i polityczne.

Po czwarte w końcu: polityczność. Jeśli wierzyć Schmittowi, a przykład polski zdaje się potwierdzać ową intuicję, jest ona nie do przezwyciężenia, została naturalnie wpisana w dramat ludzkiego życia. Można (i należy) ją łagodzić, pacyfikować jej konsekwencje. Z tego

punktu widzenia, wszelkie zarzuty o „dzieleniu Polski i Polaków” przez partie polityczne (jedną konkretną partię polityczną) brzmią moralizatorsko i infantylnie.

*

Niech za zamknięcie powyższych rozważań posłuży wykorzystana już na wstępie metafora o lekarstwie. Powiedziane zostało, że rozważania Schmitta, niczym antidotum, pod warunkiem odpowiedniego dawkowania, mogą pomóc w zwalczeniu choroby. Aktualny kryzys konstytucyjny nie sprowadza się do osobistego konfliktu personalnego, nie jest też typowym sporem kompetencyjnym, który może być rozstrzygnięty w drodze zastosowania jakiejś cudownej prawnej procedury. To efekt głębokiego podziału społecznego, którego nie usunął kompromis konstytucyjny i inne pozorne kompromisy okresu transformacji. Tak radykalny podział symbolizuje polityczność w czystej postaci i wskazuje na stan chorobowy państwa, którego nie przezwyciężą – sprawdzające się na co dzień, przewidziane dla rozwiązywania sytuacji typowych – bezosobowe normy i anonimowi urzędnicy. W sytuacji, gdy sama legalność stała się przedmiotem kontrowersji, potrzeba politycznych działań w celu wygenerowania kompromisu. Szczerego i odważnego kompromisu konkretnych ludzi, którzy zamiast zasłaniać się za parawanem norm prawnych znajdą w sobie wolę jego zawarcia.

Krzysztof Koźmiński

[1] I. Berlin, *Hobbes, Locke and Profesor Macpherson*, [w:] P. King (red.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments*, London 1993, s. 55.

[2] P. Bała, *Stan wojenny 13 grudnia 1981 r. jako zagadnienie prawa ustrojowego. Interpretacja decyzyjnistyczna*, *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (117)/2013, s. 83–101; L. Mażewski, *O sposobie prawniczej interpretacji stanu wojennego z 13 grudnia 1981 r.*, *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (117)/2013, s. 103–110.

[3] P. Bała, A. Wielomski, *Carl Schmitt a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Studium przypadku ratyfikacji Traktatu lizbońskiego – rola Prezydenta RP*, Warszawa 2008.

[4] F. Memches, *Odczarowana nowożytność*, <http://www.teologiapolityczna.pl/filip-memches-odczarowana-nowozytnosc/> [dostęp: 25.05.2016].

[5] A. Leszczyński, *Polityka Historyczna. Wielki Strach*, *Gazeta Wyborcza*, 8–9 kwietnia 2006.

[6] A. Kaczorowski, *Czy intelektualistom wolno angażować się w politykę?*, „*Gazeta Wyborcza*”, 18 kwietnia 2006.

[7] J. Kurski, *III RP Weimarska*, http://wyborcza.pl/1,75968,14961805,III_RP_Weimarska.html [dostęp: 25.05.2016].

[8] P. Wroński, „*Auctoritas*” Andrzeja Dudy. Prezydent ujawnił swoją filozofię władzy,

<http://wyborcza.pl/magazyn/1,149724,19296879,auctoritas-andrzeja-dudy-prezydent-ujawnil-swoja-filozofie.html> [dostęp: 25.05.2016].

[9] R. Krasowski, *Liberalizm i jego wrogowie*, C. Michalski, *Złudny urok antysystemowości*, „Europa”, 15 stycznia 2009.

[10] W ten sposób ocenić należy zjawisko wzmożonego zainteresowania pracami Carla Schmitta w kręgach lewicy i nowej lewicy. Niemiecki autor stał się takim właśnie autorytetem, a „przejęta” od niego koncepcja polityczności służyć ma uzasadnieniu buntowniczych roszczeń formułowanych w myśli lewicowej, przynajmniej w latach 60., gdy ludzie ci rozpoczynali przygodę z filozofią polityczną. Udzielenie odpowiedzi o skutek i ocenę tych eksperymentów przekracza ramy niniejszego eseju; wydaje się jednak, że konfrontacja prac Mouffe’a, Laclaua, Agambena czy Rancière’a z wypowiedziami Schmitta (zaprezentowanymi np. w pracy *Lewiatan w teorii państwa Tomasza Hobbesa*) rodzi podejrzenie, że o zupełnie inaczej rozumiane pojęcia polityczności, suwerenności i stanu wyjątkowego chodzi, nie mówiąc już o radykalnie odmiennych wnioskach. Tak np.: C. Mouffe, *Polityczność. Przewodnik Krytyki Politycznej*, Warszawa 2008; C. Mouffe, *Paradoks demokracji*, Wrocław 2005; E. Laclau, C. Mouffe, *Hegemonia i strategia socjalistyczna*, Wrocław 2007; G. Agamben, *Stan wyjątkowy*, Kraków 2009; G. Agamben, *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*, Warszawa 2008.

[11] Powszechny jest pogląd (powtarzany już od Platona, a może jeszcze wcześniej), że jednym z najistotniejszych czynników rozwoju myśli politycznej jest kryzys społeczno-polityczny. Tak jak kryzys ateńskiej *polis* urodził klasyków starożytności: Platona i Arystotelesa, upadek Rzymu dostarczył inspiracji Augustynowi, sytuacja targanej konfliktami Florencji zrodziła Machiavellego, tak zawierucha w XVII-wiecznej Anglii prawdopodobnie sprawiła, że traktaty Hobbesa i Locke'a są dzisiaj znane i czytane. Aktualna sytuacja na polskiej scenie politycznej nie jest oczywiście porównywalna do któregośkolwiek z wyżej wspomnianych wydarzeń, lecz *toutes proportions gardées*, przypuszczać można, że przyczyni się do zintensyfikowania intelektualnej debaty nad filozofią publiczną i aksjologią ustrojową Rzeczypospolitej.

[12] Nieprzypadkowe jest tu posłużenie się pojęciem „porządku” prawnego, a zatem terminem pojemniejszym treściowo niż „system”, „ustrój”, czy też „dorobek” prawny. Podczas, gdy systemem prawnym nazywa się „odpowiednio uporządkowany zbiór norm prawnych”, pojęcie porządku prawnego odnosi się do „wyznaczonego przez obowiązujące normy prawne układu organów i instytucji oraz procedur rozstrzygania określonych spraw, a także wyznaczonych przez te normy zachowań podmiotów prawa, rozważanych w powiązaniu z zachowaniami innych osób i instytucji”. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 195.

[13] Gdyby tak było, Konstytucja z dnia 2 kwietnia 1997 r., w której podobnych zapewnieniom bez liku, mogłaby rywalizować o miano wzorcowego aktu ustrojowego. Przecież w obowiązującej aktualnie konstytucji mowa i o „bezpiecznych i higienicznych warunkach pracy”

(art. 66 ust. 1), o tym, że „Władze publiczne popierają rozwój kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży” (art. 68 ust. 5), o dopuszczalnej odpłatności niektórych usług edukacyjnych w szkołach publicznych (art. 70 ust. 2 zd. 2), i o tym, że „Rodzice mają wolność wyboru dla swoich dzieci szkół innych niż publiczne” (art. 70 ust. 3).

[14] Tytułem przykładu: „Każdemu państwu właściwe są: jedność polityczna i porządek społeczny, jakieś zasady jedności i porządku, jakaś miarodajna instancja decyzyjna, rozstrzygająca w krytycznej sytuacji konflikty interesów i sporów o władzę. Tę ogólną kondycję jedności politycznej i porządku społecznego można nazwać konstytucją. Wtedy słowo to nie oznacza systemu czy szeregu przepisów prawnych czy norm, które regulują proces tworzenia się woli politycznej w państwie czy wykonywanie należących do niego zadań... państwo nie ma konstytucji »zgodnie, z którą« tworzy się i urzeczywistnia wola polityczna, ono jest konstytucją, a więc bytem, istniejącym stanem, statusem jedności i porządku. Państwo przestałoby istnieć bez konstytucji, tj. bez owej jedności i porządku”. C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013, s. 26–27.

[15] C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013, s. 54.

[16] M. Weber, *Trzy czyste typy prawomocnego panowania*, [w:] W. Derczyński, A. Jasińska-Kania, J. Szacki, *Elementy teorii socjologicznych*, Warszawa 1975, s. 539–540.

[17] C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, Warszawa 2015, s. 8–9.

[18] Nie chodzi tu o abstrakcyjność norm w rozumieniu tych koncepcji teorii prawa, które zakładają generalno-abstrakcyjny charakter normy, np.: „norma odnosi się do zachowań (zespołu zachowań) adresatów, które aktualizują się w okolicznościach opisanych w normie. Norma abstrakcyjna, w przeciwieństwie do konkretnej, nie ulega skonsumowaniu w rezultacie jednorazowego użycia, lecz ma zastosowanie zawsze, ilekroć wystąpią przewidziane w niej okoliczności. Istotą norm ogólnych jest więc ich powtarzalność, wielokrotność zastosowania, wyrażająca się w łacińskiej paremii: *ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur*”. G. Kosiorowski, *Normatywny charakter aktu prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Państwo i Prawo, nr 9/2010, s. 39.

[19] C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, Warszawa 2015, s. 8–9.

[20] *Ibidem*, s. 20–21.

[21] P. Nowak, *Młody Schmitt*, [w:] C. Schmitt, *Dyktatura: u źródeł nowożytnej idei suwerenności do proletariackiej walki klas*, Warszawa 2016, s. XIV.

[22] C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, Warszawa 2015, s. 10.

[23] „Traktowanie prawa jako ogółu autorytatywnych reguł postępowania wyjaśnia Frank kompleksem ojca. Podobnie jak dziecko ogląda się na opinię ojca, którą uważa za pewną i niezachwianą, tak i dorośli wyładowują ten kompleks autorytetu w systemie prawnym”. J. Kowalski, *Funkcjonalizm w prawie amerykańskim*, Warszawa 1960, s. 90.

[24] P. Bała, *Stan wojenny 13 grudnia 1981 r. jako zagadnienie prawa ustrojowego. Interpretacja decyzyonistyczna*, Przegląd Sejmowy, nr 4 (117)/2013, s. 84.

[25] P. Nowak, *Młody Schmitt*, [w:] C. Schmitt, *Dyktatura: u źródeł nowożytnej idei suwerenności do proletariackiej walki klas*, Warszawa 2016, s. XXVI.

[26] C. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa Retoryka*, Warszawa 1984, s. 29.

[27] A. Wielomski, *O wyjątku w kanonach i konstytucji. Przypadek Carla Schmitta*, Gdańskie Studia Prawnicze, T. XX/2008, s. 393.

[28] R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998. s 57 i n.

[29] Nawiasem mówiąc, przywoływanie nazwiska Monteskiusza z jego najbardziej znaną koncepcję podziału władzy w kontekście „sporu o Trybunał”, „obrony Konstytucji III Rzeczypospolitej”, „walki o

demokratyczne państwo prawne” oraz „gwarancji niezależności sądów i niezawisłości sędziów” jest o tyle humorystyczne, że władza sądownicza dla autora *O duchu praw* – mimo formalnego wymienienia obok legislatywy i egzekutywy – pełni i powinna pełnić faktycznie drugorzędną rolę, a prace francuskiego pisarza powinny być odczytywane raczej jako krytyka skorumpowanych sądów królewskich i nawoływanie do ich reformy, a nie ich obrona i gloryfikacja. Co więcej, stanowisko Monteskiusza wpisuje się w typowy dla francuskiej myśli ustrojowej trend pomniejszania roli sądów i sędziów (symbolizowany już na gruncie językowym, podczas gdy legislatywa i egzekutywa to *pouvoir*, judykatura stanowi zaledwie *autorité judiciaire*). R. Małajny, *Trzy teorie podzielonej władzy*, Warszawa 2001, s. 210 i n.; J. Stembrowicz, *Rząd w systemie parlamentarnym*, Warszawa 1982, s. 13; A. Burda, *Doktryna konstytucyjna Monteskiusza*, [w:] *Monteskiusz i jego dzieło*, Wrocław 1956, s. 216. Rozważania francuskiego autora (w tym zwłaszcza wątpliwe poszukiwania trójpodziału w systemie angielskim) przywoływane są w kontekście aktualnych sporów polityczno-prawnych instrumentalnie i niejednokrotnie „przekręcane”, zdradzając niekompetencję komentatorów, ich złą wolę, lub jedno i drugie naraz. W ten oto sposób, na gruncie aktualnych krajowych sporów polityczno-prawnych, potwierdza się zaskakująca aktualność poglądu (sformułowanego podobno już w 2 poł. XX wieku), iż Monteskiusz należy do grona autorów „częściej cytowanych niż czytanych”.

[30] Na temat słabości redakcyjno-językowych aktualnej konstytucji patrz m.in. K. Koźmiński, *Język Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, [w:] D. Kondratczyk-Przybylska, A. Niewiadomski, E. Walewska, *Język polskiego prawa: perspektywa europejska*, Warszawa 2015, s. 65–79.

[31] Doskonałą ilustracją takiego stanu jest tocząca się dyskusja wokół relacji przepisów art. 195 ust. 1 (zgodnie z którym „Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji”) oraz art. 201 („Organizację Trybunału Stanu oraz tryb postępowania przed Trybunałem określa ustawa”) i odpowiedzi na pytanie o konieczność stosowania w procesie orzekania przez Trybunał obowiązującej ustawy normującej jego tryb pracy.

[32] C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013, s. 73.

[33] K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Pozycja prawna wspólnika spółki jawnej*, Lex.

[34] A. Jezusek, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 24/14*, Lex.

[35] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 21 listopada 2012 r., sygn. V ACa 885/12, Lex nr 1313256.

[36] R. Chruściak, W. Osiatyński, *Tworzenie konstytucji w Polsce w latach 1989–1997*, Warszawa 2001, s. 74. Podobnie: W. Tomaszewski, *Kompromis polityczny w procesie stanowienia Konstytucji Rzeczypospolitej z kwietnia 1997 r.*, Pułtusk 2007. Jon Elster komentuje w podobnym tonie proces tworzenia konstytucji państw Europy Środkowo-Wschodniej w latach 90.: „Czasem niejednoznaczność i ogólnikowość są warunkiem osiągnięcia porozumienia, o czym wie

każdy, kto brał udział w negocjacjach płacowych. Niekiedy lepiej jest pozostawić część problemów do rozstrzygnięcia w przyszłości przez trybunał konstytucyjny, niż próbować uporać się z nimi od razu”. J. Elster, *Tworzenie konstytucji w Europie Środkowej, czyli przebudowa łodzi na pełnym morzu*, Warszawa 1994, s. 42.

[37] P. Winczorek, *Pięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej. Obawy, nadzieje, rezultaty*, Tygodnik Powszechny z 27 października 2002 r., s. 4.

[38] Przykładowo Mirosław Granat konstatuje: „Fakt styku lub nakładania się na siebie doktryny konstytucjonalizmu realnego socjalizmu i konstytucjonalizmu liberalnego, najsilniej odbił swoje piętno w podejściu do wyrażenia wartości konstytucyjnych... Ustrojodawca dążył do godzenia ze sobą wartości, które często są typowe dla przeciwstawnych racji ideowych oraz stanowisk... Procedura »sumowania przeciwności« nie jest jeszcze, jak się wydaje, metodą tworzenia aksjologii »ponad podziałami« społecznymi lub politycznymi. Kształtując system wartości konstytucyjnych, ustrojodawca posłużył się zbitkami różnych wartości i kategorii z zakresu kultury narodowej i sumień ludzi”. M. Granat, *Konstytucja RP na tle rozwoju i osiągnięć konstytucjonalizmu polskiego*, Przegląd Sejmowy 4(81)/2007, s. 18.

[39] R. Chruściak, *Projekty konstytucji 1993–1997*, Warszawa 1997, s. 26.

[40] M. Grzybowski, *System rządów w Rzeczypospolitej Polskiej – model konstytucyjny a praktyka ustrojowa (Prezydent RP – Rada Ministrów)*, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, K. Działocha (red.), Warszawa 2004, s. 236–238.

[41] R. Chruściak, W. Osiatyński, *Tworzenie konstytucji w Polsce w latach 1989–1997*, Warszawa 2001, s. 11.

[42] S. Drelich, *Aksjotwórczy sens kategorii „wroga” na przykładzie sporu między III a IV RP*, *Dialogi Polityczne*, nr 11/2009, s. 205.

[43] J. A. Majcherek, *Demokracja radykalna – wersja nadwiślańska*, „Przegląd Polityczny” 2007, nr 81, s. 12.