

## **Prof. Paweł Kaczorowski: Carl Schmitt, jego nauka o konstytucji i kwestia suwerena-ustrojodawcy**

Podmiot polityczny nie jest ani doraźną, ani przypadkową koncentracją władzy, ma swój etos, swój wewnętrzny ład - przeczytaj w „Teologii Politycznej Co Tydzień”: Suweren i konstytucja. Wokół idei Carla Schmitta tekst prof. Pawła Kaczorowskiego..

Państwo jest jednym z bardzo wielu znanych rodzajów ładu politycznego, tym który zaczął tworzyć się w Europie kontynentalnej po okresie reformacji. Przez pierwsze dwa stulecia jego istnienia najważniejszym pojęciem struktury ustrojowej państwa, choć nie struktury ideowej, było pojęcie suwerenności, a wraz z nim także pojęcia racji stanu *arcana imperii* oraz zasada *princeps legibus solutus*. Od czasów rewolucji francuskiej natomiast głównym przedmiotem zainteresowania, centralną kwestią debaty publicznej staje się zagadnienie konstytucji; nowoczesnej konstytucji, a więc pisanej, uchwalanej lub nadawanej; publicznie ogłaszanej; konstytucji będącej jurystycznym dokumentem zawierającym opisaną/przepisaną strukturę państwa, jej zasadnicze elementy. Ruch konstytucyjny był tak żywy, a temat konstytucji tak intensywnie dyskutowany i budzący olbrzymie emocje, że można wręcz mówić o istniejącym na przełomie XVIII i XIX w. okresie „gorączki konstytucyjnej”, która trawiła ówczesne elity i gremia politycznie zaangażowanych obywateli.

Historycznie rzecz biorąc, konstytucja jest pojęciem starszym niż suwerenność i państwo, bo znanym już w starożytnym greckim *polis*. Była to jednak konstytucja zgoła inna, starożytna, przednowoczesna – oznaczająca sam z siebie istniejący, a nie nadany świadomie przez wspólnotę, porządek życia zbiorowego, będący częścią porządku światowego, częścią Kosmosu albo, jak np. średniowieczna Rzesza *Sacrum Imperio*, częścią ładu określającego w całości Byt powstały jako Dzieło Bożego Stworzenia. O takiej to konstytucji (należałoby tu raczej zamiast „konstytucja” użyć słowa „ustrój”, które bliższe jest prawdzie, niestety w języku polskim nowoczesne znaczenie zapanowało niepodzielnie nad konotacją terminu „konstytucja”, co jest dla nauki pewnym obciążeniem) Carl Schmitt pisze jako o konstytucji absolutnej, czyli o jednolitej całości porządku, i do niej nawiąże potem analizując konstytucję pozytywną.

„Nie jest tak” – czytamy o konstytucji absolutnej w *Verfassungslehre* (wyd. 1983 r., s. 4) – „że państwo wyposażone jest w konstytucję, »wedle której« kształtuje się i funkcjonuje wola państwowa. Państwo bowiem samo w sobie jest już konstytucją (istnieje już zawsze jako z góry ukonstytuowane – przyp. P.K.) to znaczy jest mającym bytowy, ontologiczny charakter, stanem, stanem jedności i porządku ... Konstytucja jest jego (formy politycznej, państwa – przyp. P.K.) »duszą«, jego konkretnym życiem i indywidualną egzystencją”.

Konstytucja nowoczesna, jej rozumienie, od tej dawnej różni się zasadniczo, jest bowiem dokonaniem czysto ludzkim, jurystycznym, intelektualnym projektem, który świadomie opracowany i uchwalony ma dopiero kształtować, formować historyczną rzeczywistość, rzeczywistość społeczną. Ma przekształcić „mechanizm” państwowy w

„organizm”. Państwo konstytucyjne jest państwem w całości świadomie zaprojektowanym i zbudowanym wedle abstrakcyjnego prawniczego modelu, państwem powstałym po namyśle, wedle zaleceń oświeconego rozumu. Konstytucja pisana, formalna stanowi zasadnicze *novum*, polityczną rewelację, dopiero ona czyni państwo prawdziwie nowoczesnym, najlepszym wytworem racjonalizmu w polityce.

Konstytucja stopniowo wprowadzana w państwach europejskich od czasów Rewolucji Francuskiej, tak bardzo zmienia ich oblicze, że już w pierwszych dekadach XX w. nauka o konstytucji zaczyna wyodrębniać się z nauki o państwie. We Francji autorem słynnego podręcznika prawa konstytucyjnego, wydanego w 1896 r., był Adhémair Esmein. W literaturze niemieckiej obszerne omówienie zagadnienia konstytucji zawiera się w *Ogólnej nauce o państwie* Georga Jellinka z 1900 r., a także i w innych, wcześniejszych nawet, klasycznych pracach z dziedziny teorii prawa publicznego, np. Carla von Gerbera i jego kontynuatora Paula Labanda. Jednakże w Niemczech dopiero w czasach Republiki Weimarskiej pojawiły się – poprzedzone burzliwą i długotrwałą debatą na temat konstytucji weimarskiej – dzieła w całości poświęcone wyłącznie problematyce konstytucji, ze słowem konstytucja wybijającym się w tytule. Były to dwie, do dziś czytane i budzące żywe zainteresowanie badaczy monografie, obie z 1928 r.: *Verfassung und Verfassungsrecht* Rudolfa Smenda oraz właśnie *Verfassungslehre* Carla Schmitta.

Naukę o konstytucji można pojmować w sposób dość prosty, niezbyt zawiły. Może być ona, i bardzo często dziś bywa, pojmowana jako polegająca na prowadzeniu studiów porównawczych tekstów konstytucji, które pojawiły się i weszły w życie w XIX oraz XX w. Ich wielość, różnaitość, różnorodność zostaje poddana zewnętrznemu

opisowi i staje się przedmiotem empirycznych uogólnień. Dotyczą one sposobu wejścia w życie, zakresu tematycznego, funkcji, struktury, elementów treści konstytucji; analizowane są także wprowadzane przez konstytucje mechanizmy ustrojowe, warunki jej zmiany, gwarancje realnego obowiązywania konstytucji, materie konstytucyjne itd. Jednak dla Carla Schmitta (podobnie zresztą jak dla Rudolfa Smenda) nauka o konstytucji jest poznaniem głębszym i poważniejszym, a zarazem problemowo trudniejszym. Jest to przede wszystkim nauka o konstytucji ujmowanej w jej bardzo szerokim materialnym i ideowym kontekście, nie ograniczająca się do badania samych prawniczych tekstów. Kontekst materialny i ideowy konstytucji, poszerzający jej znaczenie i krąg analizowanych problemów, może być trojaki.

Konstytucję, jej znaczenie i charakter, można rozważać: a) w odniesieniu do państwa, b) ze względu na historyczne, społeczne, polityczne otoczenie i okoliczności, warunki powstania oraz funkcjonowania, c) ze względu na jej „przedmiot”, czyli różnie bardzo pojmowaną, tzw. rzeczywistość konstytucyjną. Mając te rozróżnienia za podstawę, obie wymienione prace weimarskich uczonych należy zaklasyfikować do opracowań tego trzeciego rodzaju. Carl Schmitt ma wyraźnie w polu widzenia nie tylko sam tekst konstytucji, ale i to wszystko do czego on odsyła, co implikuje. Jego nauka o konstytucji jest badaniem niejako tła, zaplecza ustawy zasadniczej, badaniem tego na czym konstytucja się opiera, czego jest odzwierciedleniem. Bo według niego odsyła ona wyraźnie poza siebie, świeci światłem odbitym, odbitym od tego, co leży u jej podstaw.

Schmitt nie podziela też przekonania, że wraz z pojawieniem się pisanej konstytucji mamy do czynienia z racjonalistycznym oczyszczeniem i klaryfikacją problematyki państwowej. Wprowadzona konstytucja wcale bowiem nie upraszcza struktury państwa, nie czyni jej całkiem przejrzystą, jednoznacznie określoną, w pełni widoczną. Można wprawdzie odnieść takie wrażenie, ale jest ono raczej pozorne. Wręcz może się wydawać, że wyposażenie państwa w konstytucję przysparza tylko pytań, trudności i problemów, które wymagają teraz dodatkowo objaśnienia. Oprócz zawiłych kwestii związanych z ustanowieniem, wejściem w życie konstytucji i charakterem zmian jakie wtedy następują, oprócz kwestii jej idei i legitymizacji, podstaw ważności, warunków i zakresu jej zmiany, komplikacji przysparza i ten fakt, że uściślających jej określeń jest wiele i są różne. Ta ich wielość czyni pojęcie konstytucji wieloznacznym, także pod względem ideowym (np. czy jest to umowa społeczna, czy zapis racjonalnych zasad, jak uważa Guizot lub Paine). Dlatego też Carl Schmitt na początku swych rozważań dokonuje systematycznego przeglądu owych rozmaitych znaczeń. Ich krytyczna analiza, krytyka także koncepcji konstytucji, filozoficznych i naukowych, stanowi uzupełnienie lub rozszerzenie jego własnych dociekań oraz formułowanego na ich podstawie poglądu dotyczącego istoty konstytucji. Wszystko to razem składa się u niego na swoistą fenomenologię jurystycznych form, fenomenologię obowiązującego od końca XVIII w. pojęcia konstytucji. W wielości swych przejawów nie zatraca ona, wedle Schmitta, swej istoty.

2.

Konstytucja relatywna. Konstytucja nowoczesna, pisana, jurystyczna, jest bardzo często rozumiana jako zbiór, jako suma pojedynczych zapisów, poszczególnych norm. Nie ma konstytucji, jest wielość norm ją stanowiących, odróżniających się od innych w sposób tylko formalny. Formalny, a więc nie rzeczowy, nie przedmiotowy, a tylko formalny. Normy te są w tym właśnie sensie relatywne, co znaczy, że nie są normami odnoszącymi się do żadnej nadrzędnej, przedmiotowej jedności, całości. Nie wypełniają one ram określonych przez ogólnie pojmowaną konstytucję, albowiem ram takich nie ma. Konstytucja „w ogóle”, to nic innego jak wszystkie normy zebrane razem, i nie ma znaczenia czy będzie ich 30, 54, czy 132. Każda z nich jest osobna, odrębna, nie są one połączone u podstaw żadnymi zasadami, ogólną materią. Konstytucja taka jest jak orkiestra, w której muzycy, grając razem improwizują i dostrajają się na bieżąco jeden do drugiego, ale nie grają rozpisanego na różne części i instrumenty wspólnego utworu, mającego przesłanie, nie mają jednej wspólnej łączącej ich solistyczne popisy partytury. Jeśli powstaje pytanie – na czym polega podstawowy charakter tych norm? To na takie pytanie właściwie odpowiedzi nie ma. Gdyby nawet powiedzieć, że są podstawowe, bo np. są regulującymi problem władzy w porządku politycznym, to taka odpowiedź wynika właściwie tylko z całkiem zewnętrznej refleksji, która nie wiadomo jak jest związana z „logiką” norm składających się na konstytucję. Czy bowiem faktycznie można przyjąć, że stanowiąc te normy ktoś realizował punkty jakiejś wcześniej ustalonej, z góry obowiązującej listy stałych problemów ustrojowych, które wymagają unormowania? Nie, raczej normy te zastajemy, one po prostu są i widnieją w ustawie zasadniczej – szczegółowe, konkretne, literalne – i jako takie tylko stanowią miarodajny punkt odniesienia. Wszelka uogólniająca, dociekająca refleksja jest wobec nich drugorzędna, opcjonalna, przydana. Nawet ta mówiąca, że znalazły się one w dokumencie

zatytułowanym „Ustawa Zasadnicza” wskutek presji wywieranej przez partie, z których każda chciała swoje dezyderaty polityczne wyjąć spod władzy zwykłego ustawodawcy.

Formalne właściwości, którymi są objęte normy tak rozumianej konstytucji, to ich zapisana postać oraz utrudniona procedura zmiany. Wszelako oczywiście trudno uznać, że naprawdę sam fakt zapisania czyni normy te podstawowymi. Tym niemniej pisana forma znamionuje, że zostały one w ten sposób ustalone, że jako napisane są czymś określonym, podanym, stale możliwym do zademonstrowania, czymś na co zawsze można się powołać. Pisana forma implikuje też akt podpisania dokumentu, w którym występują one jako zapisane w ustalonej formie. Dopiero pojawienie się w nim, a więc pojawienie się ich, gdy zostały potwierdzone urzędowym i urzędniczym podpisem nadaje im moc obowiązującą. Podpis i publiczne ogłoszenie, urzędowe upublicznienie, czyni zapisane normy obowiązującymi. Nie kończy to jeszcze sprawy, nie wyczerpuje warunków ważności, tak rozumianej konstytucji. Wedle bowiem poglądów niemieckiego mieszczaństwa skupionego w ruchu konstytucyjnym w 1 połowie XIX w., dopiero fakt, że normy zapisane w konstytucji, podpisane i ogłoszone, stanowią treść wprzódki związanej umowy pomiędzy monarchą a społeczeństwem, nadaje ważność zapisom ustawy zasadniczej. Kontynuując, trzeba jednak zauważyć, że normy, których treść została uzgodniona, zapisana i ogłoszona, stają się prawem. Będąc częścią prawodawstwa, nabierają więc jako jego elementy nieco innego, szerszego znaczenia. Mogą być jako takie zmienione tak, jak to przewiduje odpowiednia procedura ich dotycząca. To, że są one w jej zasięgu sprawia, że znajdują się w dyspozycji organów władzy państwowej. Przystają być wtedy normami po prostu danymi, jedynie zastanymi, gotowymi. Są „uwikłane”. Nadto jako części prawa stanowią – powiada Schmitt – *lex scripta*, tak jak rodzajem *lex scripta* była konstytucja Stanów Zjednoczonych w

przeciwieństwie do prawa zwyczajowego kraju macierzystego – Wielkiej Brytanii. Konstytucja amerykańska, jako *lex scripta*, zakładała ustanawiający ją akt władzy konstytuującej oraz to, że wytwór tejże władzy – wielość norm – charakteryzuje się przedmiotową zupełnością. Otóż to właśnie: angielska „konstytucja” składa się z wielości norm, regulacji, konwenansów, tak poniekąd jak konstytucja formalna, relatywna. Ale nie określa się jej mianem konstytucji relatywnej, dlatego że brak w niej niepisanego, niewyeksplikowanego przymiotu przynależnego. Tym przymiotem jest to, że mimo wszystko traktuje się ją jako wyczerpujący zbiór norm uchwalonych w toku pewnej określonej procedury przez określony podmiot. Widać zatem, że gdy się zagłębić w meandry konstytucji relatywnej, to dociera się do jej niewyeksplikowanych założeń, znaczeń świadczących o tym, że tkwi u jej podstaw idea całości i jedności porządku zbiorowego, idea charakterystyczna dla konstytucji absolutnej.

Drugim kryterium formalnym, wyróżniającym ustawy konstytucyjne, jest utrudniona procedura ich zmiany. Zazwyczaj powiada się dziś – pisze Schmitt – że na konstytucję składają się normy, które trudniej jest zmienić niż inne ustawy zwykłe. Ta cecha ma więc wręcz charakter definiujący. Ale znowu, należałoby sądzić, że trudniej je zmienić, bo są to ustawy konstytucyjne. W praktyce tak nie jest, ponieważ brak tu kryterium rzeczowego. Odwołanie się do samego tylko kryterium formalnego brak ten uwidacznia. To jeszcze bardziej niż samo tylko wyróżnienie formalne obniża prestiż norm konstytucji. Można powiedzieć, paradoksalnie, że to warunki zamienialności stanowią istotę norm konstytucyjnych, istotę konstytucji, że każdą jej normę należałoby opatrzyć przypisem: obowiązująca, pod warunkiem zamienialności opisanym w artykule XYZ. W ten sposób konstytucja staje się całkowitym *provisorium*. Ani logicznie, ani jurystycznie, pisze Schmitt, taka koncepcja konstytucji nie jest do utrzymania. Można się

ponownie domyślać, że włączenie danego zapisu do zbioru norm konstytucyjnych wynika nie z jego znaczenia i racji, ale jest rezultatem usilnych zabiegów partii, która chce zaznaczyć swą rolę i obecność w grze politycznej, ograniczyć wpływ innych oraz zapewnić realizację swych postulatów i interesów. W ten sposób konstytucja jawi się jako wynik doraźnych kompromisów, jest więc niestabilna, unika wprowadzania trwałych uregulowań, chce być całkiem elastyczną i dawać możliwie największą swobodę w działaniach ukierunkowanych na zdobycie władzy, a potem szerokie pole manewru dla zmiany na inną ustawę zasadniczą.

Konstytucja tak pojmowana staje się formułą permanentnej „legalnej rewolucji” i doprowadza do sprzeczności z ideą ustawy zasadniczej regulującej trwale, podług podstawowych zasad, życie zbiorowe. Ten jej obraz wynikający z systematycznej, skrupulatnej analizy składników, poprzez swą paradoksalność dowodzi *a contrario*, że jednak podłożem konstytucji, także i tej konstytucji jako ustawy zasadniczej, musi być idea, projekt ładu politycznego, który cechuje jedność i całość, a więc elementy związane z konstytucją absolutną.

### 3.

Nowoczesną postacią konstytucji absolutnej jest jej pozytywne pojęcie, które całościowo rozstrzyga o rodzaju i formie jedności politycznej. To właśnie rozumienie konstytucji uznaje Schmitt za odpowiadające rzeczywistości historycznej, w nim według autora *Verfassungslehre*, zawiera się adekwatne rozpoznanie istoty konstytucji nowoczesnej. Pogląd Schmitta jest tu jasny i wyraźny. Wystarczy więc zacytować jego własne słowa:

„Konstytucja w sensie pozytywnym powstaje poprzez akt władzy ustanawiającej konstytucję. Akt ustanowienia konstytucji jako taki, nie polega na przyjęciu jakichś pojedynczych unormowań, lecz poprzez jednorazową decyzję określa całą jedność polityczną z perspektywy jej szczególnej formy egzystencji. Akt ten konstytuuje rodzaj i formę jedności politycznej, której istnienie się zakłada. Nie jest tak, że dopiero powstaje ona dzięki temu, że »konstytucja zostaje dana«. Konstytucja w rozumieniu pozytywnym zawiera jedynie świadome określenie szczególnego całościowego kształtu, na który jedność polityczna się decyduje [...]. Zawsze akt ustanowienia konstytucji wymaga podmiotu zdolnego do działania, któremu dana jest wola ustanowienia konstytucji. Taka konstytucja jest świadomą decyzją, którą jedność polityczna – poprzez sprawujących władzę ustrojodawczą – podejmuje dla siebie samej i która sobie sama daje” (Carl Schmitt, *Nauka o konstytucji*, tłum. E. Kurkowska, R. Marszałek, Warszawa 2013, s. 54)

Pozytywne pojęcie konstytucji związane jest z absolutnym pojęciem konstytucji. W obu koncepcjach istotnymi elementami jest jedność i całość, które charakteryzują istotnie porządek polityczny. O ile jednak konstytucja absolutna („ontologiczna”, ustrój) istnieje obiektywnie, sama z siebie, zastana tak, jak zastany przez nas (według myślenia religijnego) jest porządek świata, to konstytucja pozytywna jest przedmiotową kreacją, świadomym ludzkim ustanowieniem, którego *hic et nunc* dokonuje podmiot polityczny. Jest to ustanowienie, przez podmiot ten, formy i porządku, który obejmuje zarówno jego byt oraz swoisty dlań porządek życia, ale także i byt innych podmiotów politycznych. Istotne jest tutaj świadome zapanowanie nad terytorium

i działającymi w jego obrębie podmiotami politycznymi oraz zamieszkującymi je różnorodnymi grupami ludzi. Trzeba tu więc odróżniać:

a) podmiot polityczny, który zwyciężył w rywalizacji politycznej; ustanawiający ogólnie obowiązujący porządek, b) objęcie panowaniem przez podmiot określonej przezeń domeny, c) jej szczegółowe uporządkowanie wedle obowiązujących zapisów konstytucji

Ustanowienie jest więc zarazem ustanowieniem politycznego rodzaju i formy porządku, jak i nadaniem materii konkretnego kształtu. Jest to także akt, w którym przejawia się polityczna egzystencja podmiotu ustanawiającego.

Konkretnie ukształtowany porządek polityczny nie istnieje dzięki samej słuszności, abstrakcyjnej zasadności, z teorii wywiedzionej prawdziwości własnych unormowań, nie istnieje też dzięki temu, że wszystkie te twierdzenia tworzą razem spoisty, zamknięty system. Można by powtórzyć: *Auctoritas non veritas facit legem*. Istnieje on natomiast dzięki egzystencjalnej mocy podmiotu zbiorowego wyrażającej się w akcie ustanowienia przezeń ładu konstytucyjnego [Inna jest relacja prawdy (ogólnej) zawartej w sądzie, do podmiotu indywidualnego (jednostkowego i szczegółowego). Tu prawda jest zawsze czymś ponad indywidualium. Inna zaś jest relacja prawdy sądu, twierdzenia (abstrakcyjnego) do podmiotu zbiorowego, który sam stanowi określoną, miarodajną (?) rzeczywistość]. Aktem tym podmiot zbiorowy, podmiot polityczny, potwierdza własną egzystencję i własny polityczny potencjał, chroni też swoją integralność, zapewnia bezpieczeństwo oraz nadaje sobie konkretną postać.

W tym punkcie Schmittowskich rozważań, na pierwszych właściwie stronach *Verfassungslehre* (s. 22), pada znamienne zdanie: *Was als politische Grosse existiert, ist, juristisch betrachtet, wert dass es existiert*. Zdanie to budzi niepokój, albowiem można je odczytać nie tylko jako sugestię, że to zwycięzcy piszą historię, ale ponadto, że nawet prawo jest prawem silniejszego. Można przypuszczać, że usprawiedliwia ono przemoc w polityce, że rozgrzesza radykalizm polityczny i stosowanie polityki faktów dokonanych. Owszem, można zdanie to tak rozumieć, ale nie jest to jego jedyna możliwa interpretacja. Czy bowiem, gdy mowa tu o sile, to tylko siłę militarną należy brać pod uwagę? A może chodzi tu raczej o siłę... polityczną, czyli siłę egzystencji zbiorowego podmiotu – integralność wewnętrzną, utrwaloną jedność, odwagę bycia, autentyczność, poczucie zakorzenienia w prawdzie, którą się wyznaje, którą się jest i chce się być określonym. Podmiot polityczny nie jest ani doraźną, ani przypadkową koncentracją władzy, ma swój etos, swój wewnętrzny ład. Trzeba tu przypomnieć, że dość częste przedstawianie Schmitta jako decyzyonisty, nie znajduje tak mocnego potwierdzenia w jego pracach. W rzadko niestety omawianej rozprawie o trzech rodzajach myślenia prawnego (*Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1935) Schmitt jawi się przede wszystkim jako zwolennik tzw. *Ordnungsdenken*, a więc myślenia, które wydobywa prawo z wnętrza materii życia, materii realnych stosunków, związków, zależności („Prawo opiera się na znajomości spraw boskich i ludzkich” – Ulpianus). Łączy się to blisko z jego ważnymi analizami podmiotu politycznego, który posiada własny porządek życia, tkwi w nim stale albo niespodziewanie rozpoznaje go w sobie. I właśnie dopiero z tej pozycji ów podmiot dokonuje politycznych rozstrzygnięć.

Egzystencjalne rozstrzygnięcia mają niezwykle znaczenie. To one bowiem stanowią o jedności i całości porządku państwowego, to one są podstawowym układem nośnym konstytucji, konstytucji pozytywnej, która dzięki nim właśnie ma w istotnym zakresie absolutny charakter.

W konstytucji weimarskiej z 1919 r., pierwszej demokratycznej konstytucji niemieckiej, Schmitt dostrzega co najmniej trzy takie podstawowe rozstrzygnięcia. Dokonuje ich – jako demos – naród niemiecki, czyli zwycięski podmiot polityczny. Są to: opowiedzenie się za demokracją, opowiedzenie się za republiką oraz przekonanie, że władzę państwową dzierży naród. Dołączyć do nich można także decyzję o zachowaniu federalnej struktury państwa. Te rozstrzygnięcia to konstytucja, jej substancja, zasadnicza treść, najbardziej miarodajna. Wszystko co oprócz tego zawiera konstytucja – wszystkie jej konkretne, szczegółowe zapisy – mieści się w ramach tych rozstrzygnięć i służy ich konkretyzacji, wypełnieniu, rozpisaniu. Znaczenie politycznych przesądzeń, orzeczeń nie tkwi jednak w nich samych, w samej ich treści. Waga tych rozstrzygnięć bierze się bowiem stąd, że są one wyrazem woli dominującego politycznie podmiotu zbiorowego, że stanowią obronę przezeń formę istnienia, formę, w której chce on trwać i wytrwać. Na tym właśnie polega ich ważność, którą uznać musi polityk, nie zaś na ich logicznej słuszności wywiedzionej z abstrakcyjnych prawd jakichś teorii, ani też na jej ewentualnej adekwatności wobec wiodących tendencji dziejowych.

Podstawowy charakter politycznych decyzji zawartych w konstytucji sprawia, że nie mogą one ulegać zmianie, nie mogą być odwoływane. Zmieniać można jedynie pozostałe ustawy, zwykłe ustawy konstytucyjne, szczegółowe i konkretne. Podstawowe muszą pozostać, są niezmiennie, gdyż wyrażają tożsamość stojącego za nimi podmiotu konstytuującego, są niezmiennie gdyż stanowią fundament konstytucji i

łączą składające się na nią normy z rzeczywistością polityczną. Uznanie ich za możliwe do zmiany jest niedopuszczalne, ponieważ stwarzałyby jako teoretycznie możliwą sytuację, w której naród niemiecki stanowi, że Niemcy to republika, ale zaraz potem zmienia zdanie i ustanawia w Niemczech monarchię, co znowu może okazać się postanowieniem nietrwałym. Takie polityczne przeistoczenia nie tyle są niedopuszczalne, co po prostu politycznie niemożliwe, realnie nie wchodzi w grę, i dlatego byłoby absurdem czynić je formalnie możliwymi, traktować jako ewentualność. Warto dodać, że wedle Schmitta, także gdyby został ogłoszony stan wyjątkowy, to te podstawowe normy nie mogłyby zostać zawieszane.

\*

W toku dociekań prowadzonych przez Schmitta na kartach pierwszych rozdziałów *Verfassungslehre* wychodzi więc na jaw szczególna domena, którą implikuje konstytucja pozytywna. Jest nią przestrzeń egzystencji, realność bytowa podmiotu zbiorowego, zwycięskiego podmiotu politycznego. To on nadaje sobie konstytucję, on który stanowi rzeczywistość konstytucyjną wraz z siecią relacji łączącymi go z innymi podmiotami politycznymi oraz z pozostałymi częściami społeczeństwa. Relacje te określa władczo dominujący podmiot, ale też mogą one wynikać i wynikają z uregulowań kompromisowych, układów, niepisanych porozumień. Poza tym, w sferze życia zbiorowego, występują oczywiście także obszary spraw neutralnych politycznie, a w każdym razie spraw ważnych, ale nie dotyczących państwa jako jedności politycznej ufundowanej w obszarze działania dominującego podmiotu politycznego. Dlatego właśnie konstytucja weimarska składa się z dwóch wyodrębnionych części, i fakt ten Schmitt z naciskiem podkreśla. Jedną z tych części to ta, która mówi o tym, co podstawowe,

czyli o jedności politycznej państwa; druga natomiast zawiera wtórne wobec tamtej zapisy gwarantujące obowiązywanie standardów *Rechtsstaat* – państwa prawa.

#### 4.

Przedstawiony tu jedynie w zarysie pogląd Carla Schmitta ukazujący istotę konstytucji jest oryginalny, specyficzny i złożony. Oczywiście widoczne jest to, że jego teoretycznym zapleczem jest wyłożona w pracy *O pojęciu polityczności* koncepcja polityki i podmiotu politycznego. Oczywiście także nawiązuje on do koncepcji *pouvoir constitutionnelle* powstałej w czasach Rewolucji Francuskiej. Ażeby – co warto – ten szczególny pogląd zobaczyć z pewnej perspektywy, z dystansu go ocenić, skonfrontować, należy zapytać o to, czy istnieje stanowisko teoretyczne mu przeciwstawne, odmiennie tłumaczące konstytucję, jej funkcje i znaczenie. Tak, istnieje i nietrudno je znaleźć, albowiem w dyskusji nad konstytucją weimarską zabierali głos najwybitniejsi niemieccy prawnicy, socjologowie, historycy i filozofowie tamtych czasów. I była to dyskusja bardzo wielowątkowa oraz merytoryczna. Ale pogląd przeciwny do poglądu Schmitta wybija się od razu, rozbrzmiewa wyraźnie wśród wielu innych głosów. Ze względu na swą wagę, ale też i dlatego, że jest to pogląd Hugo Preussa, znanego prawnika i polityka, współzałożyciela PPD – Niemieckiej Partii Demokratycznej, który na polecenie socjalisty Friedricha Eberta, ostatniego kanclerza Cesarstwa Niemieckiego i pierwszego prezydenta republiki, był projektodawcą właśnie konstytucji weimarskiej. Co ciekawe, o Hugo Preussie, jego poglądach i dokonaniach, Carl Schmitt napisał artykuł opublikowany w 1930 r., w pięć lat po śmierci Preussa. Ten ważny artykuł zatytułowany został *Hugo Preuss i Schmitt*

wypowiada się w nim z uznaniem o swym adwersarzu. To w tym artykule, na samym początku, znajduje się owo słynne, często cytowane zdanie:

*Jeder politischer Begriff ist ein polemischer Begriff. Er hat einen politischen Feind im Auge und wird in seinem geistigen Rang, seiner intellektuellen Kraft und geschichtlichen Bedeutung durch seinen Freund bestimmt. Worte wie Souveranitat, Freiheit, Rechtsstaat, Demokratie erhalten ihren präzisen Sinn erst durch eine konkrete Anthithese (s. 5).*

Otóż właśnie, raczej bardziej niż Kelsena i Schmitta, to poglądy Preussa i Schmitta stanowią wzajemne antytezy. Nauka Hansa Kelsena jest zbyt wyrafinowana intelektualnie, oryginalna, wielowymiarowa, aby stanowić wprost antytezę innej, schmittowskiej, również oryginalnej, finezyjnej teoretycznie, koncepcyjnie skomplikowanej i bogatej treściowo. Tymczasem Preussa pogląd na państwo jest bardziej niż Kelsena „równoległy”, porównywalny ze stanowiskiem Carla Schmitta dotyczącym kwestii konstytucji, i jest to pogląd do Schmittowskiego przeciwstawny.

Hugo Preuss był ówczasie – podobnie jak Gerhardt Anschütz, autor najbardziej powszechnego i najbardziej cenionego komentarza do konstytucji weimarskiej – niewątpliwie gorącym orędownikiem demokratycznego państwa prawa. Projektując pierwszą niemiecką demokratyczną konstytucję chciał przy jej pomocy, w szczególnych powojennych okolicznościach, pod naciskiem bolesnych doświadczeń, wykorzystać przełomową chwilę i inaczej niż dotychczas ukształtować świadomość polityczną Niemców. Dążył do oderwania niemieckiej

opinii publicznej od tradycji państwa zwierzchniego – silnego, autorytatywnego, w którym polityką zajmują się tylko politycy na urzędach, na co dzień zaś główną rolę odgrywa fachowa, mająca doświadczenie administracja, a życie partyjne, społeczne jest marginalne, bo uznawane za obce duchowi niemieckiemu. Chciał więc Preuss usunąć z życia publicznego staromodne, przypominające czasy Metternicha pojmowanie polityki. Uznawało ono polityczne zaangażowanie, aktywną obywatelską politykę za praktyki odstręczające, bo stanowiące przeciwieństwo kultury wysokiej, duchowej. Było to zatem pojmowanie, które jako czysto niemieckie przedstawił sam Tomasz Mann w mało znanej, rzadko czytanej dziś, a pisanej w latach I wojny światowej obszernej rozprawie – *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918).

Wedle najgłębszych przekonań Hugo Preussa, nawiązującego do idei głoszonych w połowie XIX w. w Paulskirche, państwo nie było niczym więcej jak tylko zorganizowaną przez konstytucję zbiorowością obywatelską, która poprzez konstytucję zdobywa samowładność i tworzy ład demokratyczny, republikański. Pogląd głoszony przez Hugo Preussa, ale także przez innych ówczesnych autorów (Friedricha Naumanna, nawiązywali do niego także Max i Alfred Weberowie) w aspekcie kwestii konstytucyjnych, w zwięzły sposób przedstawia dziś wybitny współczesny niemiecki filozof prawa i polityki Martin Kriele. Jest on, w tej dziedzinie, autorem wielu cennych prac, a wśród nich wielokrotnie wydawanej wzorcowej monografii *Einführung in die Staatslehre*, w której ukazuje finezyjnie ideowy rodowód, a zarazem historyczny proces kształtowania się w Europie demokratycznego państwa konstytucyjnego. Warto posłużyć się zawartym w tejże monografii wywodem, i idąc w ślad za jego rozumowaniem, należy stwierdzić, że to, co jest w omawianej koncepcji sprawą pierwszą i podstawową, to ta istotna okoliczność, że w demokratycznym państwie

prawa nie ma suwerena. Pozycja suwerena jest z zasadami tego porządku nie do pogodzenia. Albowiem w demokratycznym państwie prawa (referuję wywód Krielego) organa władzy posiadają tylko przyznane im przez konstytucję kompetencje. Nie ma natomiast w tym porządku politycznym instancji, która jako niezależna, nieograniczona i niepodzielna mogłaby zawieszać, zmieniać oraz ustanawiać prawo. Są tylko podzielone władze i im przypisane uprawnione działania. Konstytucja, choć decyduje o wszystkim, choć jest dla wszystkich organów władzy wspólnym punktem odniesienia, to jednak sama nie może być – jak to się czasem twierdzi – uznana za „suwerena”. Nie może, gdyż suwerenna jest tylko władza faktyczna, a nie prawo, które nie działa przecież samoistnie. Musi ono być przez kogoś zinterpretowane, skonkretyzowane (jest przecież ustawą) zastosowane. Wymaga więc osobowej instancji, która to uczyni. Sama konstytucja – zwłaszcza jako zbiór ogólnych norm – niczego nie orzeka, nie przesądza. Ponadto może być zmieniona, jest więc w dyspozycji ustawodawcy. Nawet *demos* (lud ma jedynie przypisane mu przez konstytucję kompetencje) nie ma władzy sam z siebie.

Co jednak z oczywistą w demokratycznym państwie prawa zasadą suwerenności ludu. Czy nie oznacza ona, że suweren i w tej koncepcji istnieje, i że jest nim lud? W odpowiedzi na to pytanie pisze Kriele, co następuje:

„Suwerenność ludu nie oznacza, że lud władzę sprawuje, ale że od niego ona pochodzi [...]. W obrębie porządku konstytucyjnego – a innego w tym państwie nie ma – lud ma tylko jemu przez ustawę zasadniczą przyznane, pewne określone kompetencje, jego władza jest związana. Co najwyżej można powiedzieć, że lud ma władzę konstytuującą, i że występuje dzierżąc ją, na początku i na końcu, na

początku jako ten kto konstytucję ustanawia, i na końcu, jako ten, kto starą unieważnia, a uchwała nową, jeśli trzeba. Ale gdy konstytucja jest, gdy obowiązuje, to tamtej władzy, suwerennej władzy ludu, już nie ma. Albowiem, po pierwsze, jest to tylko władza konstytucyjna, i gdy już spełni swoje zadanie, to brak dla niej miejsca, przestaje działać i obowiązywać, obowiązuje teraz tylko to, co jest jej wytworem. Po drugie, dlatego, że ona sama wtedy znika albo inaczej: zaczyna wtedy istnieć w stanie uśpienia, latencji”.

Są zatem trzy możliwości: albo jest tak, że – jak twierdzi Schmitt – konstytucję stanowi stale obecny suweren, albo suweren – wedle teoretyków demokratycznego państwa prawa – pojawia się tylko na chwilę, w momencie uchwalenia konstytucji, a potem znika, rozpływa się w tłumie obywateli, powraca niejako do stanu rozproszenia, ewentualnie, po uchwaleniu ustawy zasadniczej wycofuje się w stan utajenia i pozostaje w nim.

\*

Stanowiska Schmitta oraz Preussa, a wraz z nimi prawników demokratycznego państwa prawa – koncepcji, która właściwie dopiero w pierwszych dekadach XX w. zaczęła się wyraźnie kształtować – są więc zdecydowanie przeciwstawne. Główny punkt kontrowersji, powód zasadniczych rozbieżności stanowi odpowiedź na pytanie o relację suweren – konstytucja. Czy istotnie jest tak, że rola demokratycznego suwerena sprowadza się do uchwalenia konstytucji? Czy istotnie po uchwaleniu jej, nie tylko wycofuje się on z gry, ale znika po prostu, i pozostaje tylko sama konstytucja, jak coś, co spadło z nieba; coś, co jest niejako niczyje, a zarazem wspólne dla wszystkich i stanowi jeden

wspólny normatywny punkt odniesienia. (Notabene, taki rugujący realnego suwerena „absolutyzm” konstytucyjny głosili także prawnicy pozytywiści, np. Gerber i Laband, a ponadto Kelsen). Można rzeczywiście uważać, że taka sytuacja gwarantuje porządek, bo istnieje tylko konstytucja, która jest *cold, sweet, fair*, stanowią ją racjonalistyczne, bezosobowe, poniekąd jasne i wyraźne zapisy. Jest to wizja może pociągająca, albowiem świat publiczny to w jej optyce świat unormowany wedle prawniczych formuł, którym rzeczywistość musi się poddać. Nie ma w nim nic, co wykraczałoby poza konstytucję i wszystko co jest, jest tylko w ramach konstytucji. Jest ona swoistym medium widzenia rzeczy, widzenia rzeczywistości społecznej. Ideał *nomos basileus* został tym samym spełniony, to co miarodajne i determinujące, to prawo, ono sprawuje władzę, nie człowiek. Ideał został spełniony, bo rzeczywistość życia zbiorowego została opisana i zamknięta w systemie norm. Jest to system zamknięty, bo jeśli otwarty, to tylko na inną, szerszą konstytucję. Można sądzić, że to, co nie udało się filozofom i o czym już dosyć dawno przestali marzyć – wpisanie świata w system – udało się prawnikom. Oni też znaleźli nowe kryterium istnienia wyższego rzędu, czyli oficjalnego, potwierdzonego urzędowo (bycie objętym przez prawo, przez konstytucję). Pomimo tych wszystkich walorów i powabu intelektualnej elegancji trzeba zapytać, czy w ten sposób nie powstaje świat Józefa K. albo nowy Lewiatan, tylko bardziej bezduszny, bo stanowi go martwa litera? Czy za to wielkie uporządkowanie życia zbiorowego nie płaci się nadmiernie wysokiej ceny, ceny polegającej na opisaniu i ograniczeniu życia, przykrojeniu go do szablonu tego, co legalne, co prawnie uznane? Zapanowanie nad światem prawa, jest jednak pewnym wyzwaniem, czy po jego realizacji świat społeczny będzie nadal wspólny, czy też zyska dziwne podwójne oblicze? Czy widzenie świata politycznego, społecznego przez okulary prawa konstytucyjnego nie grozi swoistym autyzmem (o którym pisze się dziś wiele, m.in. Otto Deppenheuer, w swej pracy *Selbstbehauptung des Rechtsstates*, 2008) albo alienacją

jednostki do roli podmiotu i przedmiotu prawa, na co zwracał uwagę już Rousseau, a także szczególną sakralizacją konstytucji, „choć to przecież nie Biblia” (Horst Dreier). Tak, prawo także konstytucyjne, ażeby nadążać za faktami życia ciągle się rozwija, rozszerza, wzbogaca, ale czy w ten sposób nie następuje hipertrofia prawa (*Verrechtlichung* – Kurt Eichenberger, Rüdiger Voigt), które w końcu staje się czymś nieogarnionym, nie tylko dla obywatela, ale i dla samych prawników.

Te wszystkie niepokojące zjawiska towarzyszące „absolutyzacji” konstytucji nie mogą być na pewno powodem jej deprecjacji, pomniejszenia znaczenia, ale muszą skłaniać do rozwagi, do zachowywania pewnego dystansu i dozy sceptycyzmu – „on tylko może nas uratować” – wobec idei demokratycznego państwa prawa. Podlega ona, jak każda inna koncepcja, krytyce, i krytyka ta występuje nie od dziś. Zwraca się uwagę m.in. na to, że *Rechtsstat* pojawia się w tradycji niemieckiej, a więc także w tradycji silnego państwa dyscyplinującego społeczeństwo, na które dopiero idea ta się nakłada. Podkreślane jest, że idea ta sama w sobie jest ogólnikowa, nieścista, schematyczna, i dopiero jej konkretne rozpisanie i wpisanie w strukturę konkretnego (!) państwa może być oceniane, a nie sama formuła. Zwraca się i na to uwagę, że stanowi ona projekt polityczny obarczony dużym ryzykiem, gdyż właściwe funkcjonowanie demokratycznego państwa prawa opiera się na wielu trudnych do spełnienia założeniach dotyczących życia moralnego samowładnego społeczeństwa, kultury politycznej, kapitału społecznego... Warto wspomnieć i o tym, że wielu autorów wskazuje, iż omawiana idea koncentruje się na znaczeniu prawa w państwie, a marginalnie jedynie odnosi się do kwestii władzy w porządku państwowym. I co bardzo ważne: jednym z podstawowych założeń występujących w koncepcji demokratycznego państwa prawa jest to, które mówi o społecznym jego postrzeganiu: aby to nie władza, ale prawo mogło rządzić, obywatele muszą chcieć być poddani prawu i

działać praworządnie, to prawo to musi być przez nich uchwalane. Wtedy jest takim jakim chcą i mogą wówczas o nim powiedzieć: to jest „nasze” prawo (por. M. Pietrzak, *Demokratyczne państwo prawa*, „Przegląd Humanistyczny” 1989/6). Otóż rzecz w tym, że obywatele niestety raczej rzadko są skłonni wyrazić takie przekonanie. Rzadko, ponieważ, aby takie mieli, to prawo musiałoby być oparte na łatwych do rozpoznania intencjach, a ponadto jednoznaczne, zrozumiałe, przejrzyste, przyswajalne, czytelne, zwarte i obywatelom się bez nadmiaru fikcji prawnych. Nie jest to współcześnie możliwe? Interesy ludzi i podmiotów publicznych są zbyt skomplikowane i splecione? Być może, ale czy zatem idea demokratycznego państwa prawa jest ideałem do spełnienia?

\*

A powracając do kontrowersji Schmitt – Preuss, należy przede wszystkim asekuracyjnie przypomnieć, że jak słusznie powiedział jeden z uczonych należących do warszawskiej szkoły historyków idei, każda teoria, jeśli odpowiada rzeczywistości, to tylko z gruba. I trzeba dodać, że chcąc stwierdzić, która z omawianych teorii jest – choćby właśnie z gruba – bardziej adekwatna, bliższa rzeczywistości, trzeba ocenić, która z nich więcej realiów niejako zarejestruje, która będzie bardziej wrażliwa na wydarzenia i istotne fakty, decydujące o życiu politycznym, ażeby w ten sposób mogła uniknąć owego „autyzmu konstytucyjnego”. I konkludując, warto w tej sprawie wysłuchać zdania nie tylko renomowanego uczonego, ale i wieloletniego sędziego Trybunału Konstytucyjnego RFN w jednej osobie – Ernsta Wolfganga Böckenforde. Rozważając poruszaną tu kwestię pisze on tak:

„Siła logiki, która wspiera ideę suwerenności (vel »absolutności«) konstytucji (w demokratycznym państwie prawa – przyp. P.K.) jest jednak tylko pozorna; idea ta jest bowiem do utrzymania tylko dopóty, dopóki w państwie nie wybuchnie konflikt wokół konstytucji, gdy treść i ważność konstytucji nie staną się problematyczne. Jeśli natomiast taki rzeczywisty konflikt się pojawia, wówczas natychmiast powstaje także problem nie tylko faktycznie, ale i prawnie doniosły; do kogo należy ostatnie słowo przy rozstrzyganiu o treści oraz stosowaniu konstytucji oraz kto jest w stanie zapewnić powszechne obowiązywanie swojej decyzji. Jest to pytanie o to, kto jest ostateczną i najwyższą instancją władczą oraz rozstrzygającą w państwie. Żadne państwo nie może się obyć bez takiej instancji, jeśli chce zachować pokój i jedność działania”.

I dalej pisze ten sam autor:

„Koncepcja suwerenności samej konstytucji [...] jest dlatego fikcją, że żadna norma nie spełnia sama siebie, ani sama siebie nie stosuje. Suwerenność w swym praktycznym działaniu występuje nadal, choćby nawet uznano, że zastąpiła ją lub unieważniła konstytucja. Potencjalnie pozostaje ona zawsze zachowana i przysługuje tej instancji, temu podmiotowi, który w przypadku konfliktu jest w stanie rozstrzygać ostatecznie i w sposób wiążący o treści i stosowaniu konstytucji [...]”. (E.-W. Böckenförde, *Pojęcie i problematyka państwa konstytucyjnego*, [w:] tenże, *Państwo prawa w jednoczącej się Europie*, Warszawa 2000, s. 42).



Przeczytaj inne teksty z

**Teologii Politycznej Co Tydzień nr 9: "Suweren i konstytucja. Wokół idei Carla Schmitta"**