

Schmitt przegrywa z Monteskiuszem.

Kilka refleksji o *Nauce o konstytucji* Carla Schmitta



Kazimierz Michał Ujazdowski

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Łódzkiego. Zajmuje się polską myślą konserwatywną i francuskim konstytucjonalizmem. Posel do Parlamentu Europejskiego, wiceprzewodniczący Komisji Spraw Konstytucyjnych.

Schmitt Defeated by Montesquieu. A Handful of Reflections on "The Constitutional Theory" by Carl Schmitt

"Constitutional Theory" by Carl Schmitt has undeniable value. The author highlights the difference between fundamental regulations and a set of minor and insignificant norms contained in constitutional acts. The distinction offered by Schmitt opposes dogmatization of reflections on the constitution and encourages synthetic perspectives identifying the constitutional identity of a country. Remarkably, Schmitt inspired the thought about the introduction of supra-constitutional norms that may amended using ordinary procedures. Had Schmitt been as sensitive and thorough as Montesquieu, he would not have cut down on the amount of historical materials used in the name of theoretical purity. Meanwhile, his classification of political systems includes only monarchy and democracy. Similarly, Schmitt's interpretation of legal validity is oversimplified as it is limited to conformity with a nation's will, even if expressed by silence. In such a perspective, every enacted constitution would have the attribute of legal validity. The theses offered by Schmitt cannot be recognized as a novelty within the field of constitutional law scholarship. The work of classic thinkers shall be subject to critical interpretation. This is a prerequisite for the development of contemporary constitutional thought.

Polskie wydanie *Nauki o konstytucji* Carla Schmitta¹ powin-

no wzbudzić ożywioną dyskusję naukową nie tylko ze względu na to, że dzieło to należy do kanonu europejskiej myśli prawniczej, ale także, a może przede wszystkim dlatego, że zmusza do przemyślenia na nowo kluczowych

1 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, przeł. M. Kurkowska, R. Marszałek, wstęp M.A. Cichocki, Warszawa 2012, stron 630.

pojęć prawa konstytucyjnego. Nikt, kto stawia sobie pytania o istotę konstytucji, jej prawomocność, władzę ustrojodawczą, nie może przejść obojętnie wobec dzieła niemieckiego prawnika. I w żadnym razie nie chodzi o to, by bezkrytycznie przyjmować jego poglądy teoretyczne. Książka Schmitta ze względu na jego kompromitującą przeszłość w okresie dyktatury NSDAP z opóźnieniem wchodziła do obiegu naukowego. Zawsze jednak wywoływała żywe reakcje z pozytywnym skutkiem dla teorii prawa konstytucyjnego. Tak było we Francji, gdzie ponowne zainteresowanie myślą tego autora przyniosło wydanie klasycznej książki Schmitta w roku 1993, w znakomitym tłumaczeniu i opracowaniu Oliviera Beaud².

Schmitt napisał książkę z wyraźną intencją stworzenia dzieła kompleksowego. Marek Cichocki przypomina, że przed wydaniem *Nauki o konstytucji* dorobek niemieckiego prawnika był rozproszony i daleki od akademickich standardów³. Wydanie książki miało potwierdzać znaczenie Schmitta jako teoretyka prawa, dzięki czemu jego myśl mogła być skonfrontowana z dziełami Geорга Jellinka, Franza Oppenheimera i Hansa Kelsena. Schmitta interesowała przede wszystkim polemika z poglądami tego

ostatniego. Wolno interpretować jego książkę jako zdecydowaną polemikę z normatywizmem Kelsena.

Oś pierwszego i kluczowego rozdziału pracy stanowią rozważania o pojęciu konstytucji. Schmitt przedstawia tu swoje poglądy na genezę i prawomocność konstytucji oraz władzę ustrojodawczą. Część II ma charakter pochodny. Znajdziemy w niej analizę konstytucji nowoczesnej – takiej, która rozwinęła się w Europie po zakończeniu I wojny światowej, kiedy w opinii Schmitta ukształtowało się praworządne mieszczańskie państwo prawa. Z kolei część III zawiera omówienie politycznych elementów składowych nowoczesnej konstytucji ludu, demokracji, monarchii i pierwiastków arystokratycznych współczesnych ustrojów, a także wnikliwą analizę rozmaitych wcieleń systemów parlamentarnych – ze szczególnym uwzględnieniem systemu parlamentarnego konstytucji weimarskiej. Całość – w części IV – wieńczy wykład podstawowych pojęć konstytucji związkowej, który polecam gorąco każdemu zainteresowanemu federalizmem.

Choć całą książkę czyta się z wielkim zainteresowaniem, to nowatorskie i zasługujące na krytyczne omówienie jest przede wszystkim podejście Schmitta do samego pojęcia konstytucji. Teza zasadnicza poddaje ostrej krytyce formalne, dogmatyczne ujęcie konstytucji jako zbioru norm, które są produktem zastosowania szczególnych procedur (takich jak np. większość kwalifikowana) i z tego względu wszystkie muszą mieć identyczną i wyróżnioną rangę wobec ustaw zwykłych. A zatem konstytucja wedle Schmitta nie jest, jak zdaje się nadal twierdzić zdecydowana większość prawników, ustawą o specyficznych cechach zewnętrznych. Schmitt poddaje takie relatywne ujęcie konstytucji ostrej krytyce: „Pojęcie konstytucji jest możliwe do określenia jedynie wówczas, gdy różni się konstytucję i ustawę konstytucyjną. Niedopuszczalne jest najpierw rozczłonkowanie konstytucji, a następnie zdefiniowanie ustawy konstytucyjnej na podstawie zewnętrznej cechy czy nawet trybu jej zmiany. W ten sposób traci się istotne pojęcie nauki o państwie i podstawowe pojęcie nauki o konstytucji”⁴.

Wedle niemieckiego prawnika konstytucja nie jest po prostu zbiorem pojedynczych norm obecnych

2 C. Schmitt, *Theorie de la Constitution*, przeł. O. Beaud, Paris 1993. Myśl Schmitta w nieporównywalnie mniejszym stopniu niż teorie Kelsena oddziaływała na doktrynę francuską. Jednak, jeszcze przed zdobyciem władzy przez Hitlera, do myśli Schmitta nawiązywał René Capitant, widząc w niej próbę zracjonalizowania parlamentaryzmu. Poznał on Schmitta w czasie stypendium naukowego w Niemczech. Myśl obu prawników była porównywana i kwalifikowana jako wyraz dążeń do przezwyciężenia kryzysu parlamentaryzmu. Zob. G. Le Brazidec, *René Capitant, Carl Schmitt: Crise et réforme du parlementarisme. De Weimar à la Cinquième République*, wstęp J. Chevallier, Paris 1998. Po 1934 roku Capitant stał się jednym z najbardziej ostrych krytyków nazizmu, zob. R. Capitant, *Face au nazisme: écrits 1933–1935*, wstęp O. Beaud, Strasbourg 2004; O. Beaud, *René Capitant et sa critique de l'idéologie nazie (1933–1939)*, „Revue Française d'Histoire des Idées Politiques” 2001/2, nr 14. Z kolei sam Schmitt w swych pracach często odnosił się do tekstów A. Esmeina, R. Carré de Malberga i M. Hauriou.

3 M. Cichocki, *Wstęp do wydania polskiego: Natura ustroju politycznego według Schmitta* (w:) C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 9.

4 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 53.

w ustawie konstytucyjnej. Konstytucja w pozytywnym, właściwym sensie powstała przed nimi, w wyniku aktu świadomego jej ustanowienia przez podmiot władzy ustrojodawczej: „Konstytucja w sensie pozytywnym – pisze Schmitt – 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”⁵.

Nie mniej istotne jest to, że konstytucja jest wtórna wobec państwa. Nie tworzy wspólnoty politycz-

o charakterze arystokratycznym. Schmitt właściwie redukuje modele konstytucyjne do monarchii i demokracji. W epoce demokratycznej władza ustanawiania konstytucji przeszła definitywnie od monarchy do narodu. Schmitt nawiązuje do Emmanuela J. Sieyèsa i właściwie przejmuje jego pojmowanie władzy konstytuującej jako nieograniczonej prawnie i proceduralnie⁷: „Lud, naród pozostaje przyczyną wszelkich wydarzeń politycznych, źródłem wszelkiej siły, która uwidacznia się pod coraz to nowymi postaciami i wydaje z siebie coraz to nowe formy i organizacje, sama jednak nigdy nie pod-



Choć całą książkę czyta się z wielkim zainteresowaniem, to nowatorskie i zasługujące na krytyczne omówienie jest przede wszystkim podejście Schmitta do samego pojęcia konstytucji.

nej, powstaje jako świadomy akt nadania istniejącej już wspólnocie zasadniczych kształtów. Istnieje, ponieważ poprzedza ją istnienie politycznej jedności (w czasach współczesnych istnienie państwa – narodu) i sama w sobie nie jest niczym absolutnym. Polemicznie wobec Kelsena pisał Schmitt, że konstytucja nie powstaje sama z siebie: „Konstytucja nie opiera się na normie, której słuszność byłaby powodem jej obowiązywania”⁶. Jej fundamentem jest decyzja polityczna, wywodząca się z bytu politycznego (z istnienia państwa) i rozstrzygająca o rodzaju i formie tego bytu. Konstytucja powstaje zatem nie w chwili uchwalenia ustawy konstytucyjnej, lecz w momencie, gdy podmiot władzy ustrojodawczej przesądza o najważniejszych formach egzystencji danej wspólnoty politycznej.

Władza konstytuująca nie podlega dystrybucji, jest niepodzielna i jednolita. Jej podmiotem może być król albo naród, bardzo rzadko należy do grup

da swojego istnienia politycznego ostatecznemu ukształtowaniu”⁸. Wybitny prawnik uważał, że nie może istnieć uregulowana procedura, która byłaby wiążąca w kwestii aktywizacji władzy konstytuującej. Odnotujemy, że Schmitt stosował także wprowadzony przez Sieyèsa podział na władzę konstytuującą i podrzędne wobec niej władze ukonstytuowane⁹.

7 „Świadoma decyzja, co do określonego rodzaju i formy tej egzystencji, czyli akt, na mocy którego »lud ustanawia sobie konstytucję«, zakłada więc państwo, o którego rodzaju i formie się rozstrzyga. Jednak jeżeli chodzi o sam akt, o samo wykonanie tej woli, nie mogą istnieć żadne uregulowania proceduralne. To samo dotyczy treści decyzji politycznej. »Wystarczy, żeby naród chciał«. To zdanie Sieyèsa najlepiej oddaje istotę tego zjawiska. Władza ustrojodawcza nie jest związana ani formami prawnymi, ani procedurami; jest »zawsze w stanie natury«, ten stan to jej niezbywalna cecha”, tamże, s. 147.

8 Tamże, s. 147.

9 E.J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, wstęp J.-D. Bredin, Paris 1989.

5 Tamże, s. 54.

6 Tamże, s. 142.

W tym miejscu warto poczynić uwagę, że sposób rozumienia władzy ustrojodawczej ma bardzo wyraźne konsekwencje. Jeśli tak jak w przypadku myśli Sieyès'a i Schmitta przyjmuje się, że władza ta nie jest związana żadnymi ograniczeniami, naród może ustanowić nową konstytucję w dowolnej formie, bez konieczności respektowania przepisów o jej rewizji. Takie podejście spotkało się ze sprzeciwem Adhéma-ra Esmeina, twórcy republikańskiego prawa konstytucyjnego we Francji. Esmein nie bez racji uważał, że taka interpretacja władzy ustrojodawczej daje uprawnienia do nieustającego podważania konstytucji i tworzy sytuację permanentnej niepewności. Esmein obawiał się bonapartystowskiego zamachu stanu przeciw III Republice Francuskiej i odmawiał mu z góry legitymacji. Stąd domagał się respektowania minimalnych reguł rewizji konstytucji, choćby takich, które powierzają władzę konstytuującą izbom parlamentu podejmującym decyzję bez większości kwalifikowanej¹⁰.

10 Warto przytoczyć fragment klasycznego wykładu prawa konstytucyjnego pióra A. Esmeina: „Przedstawicielem drugiego poglądu (na temat władzy konstytuującej – przyp. K.M. Ujazdowski), również nieodpowiadającego wymaganiom rozumu i niezbędnej równowagi w rządach jest Sieyès. Zdaniem jego, prawa konstytucyjne obowiązują władze ustanowione i są dla nich nietykalne; ale narodu, od którego pochodzą, nie mogą krępować. Naród nie tylko może je zmienić w każdej chwili, ale może to uczynić z zupełną swobodą, nie trzymając się żadnych z góry ustanowionych form. (...) Prawdę powiedziawszy, myśli te wcale nie były nowe. Rozwijano je znacznie wcześniej na korzyść panującego, kiedy władza zwierzchnia spoczywała w ręku monarchy. Co pierwotnie ustalono na korzyść udzielnego monarchy, znów przenoszono teraz na udzielną naród. Doktrynę posunięto nawet dalej, bo jeśli dawniej utrzymywano, że zwierzchnik panujący »choćby chciał, nie mógłby związać sobie rąk własnymi ustawami«, to przecież teoria, mając na względzie moralną odpowiedzialność monarchy, uznawała, że wiąże ją obietnice i przysięgi, złożone wobec poddanych, że zatem obowiązek nakazuje mu wypełniać prawa, zasadnicze, których poszanowanie był zaprzysięgi. Tymczasem naród – zwierzchnik nie miał z kim się umawiać i nie mógł się wiązać wobec samego siebie. Te same idee ponownie ukazują się we współczesnych demokracjach; odnajdujemy je we Francji w różnych mowach i pismach, oświadczających bez ogródki, że lud zawsze ma prawo żądać

Carl Schmitt z wielką konsekwencją rozwijał swoją teorię. Wyrażał przekonanie, że tylko władza ustrojodawcza skoncentrowana w jednym podmiocie jest władna przesądzać spory konstytucyjne, interpretować konstytucję i ewentualnie wypełniać jej luki. Niemiecki prawnik uważał, że nic nie może obrócić się przeciwko decyzji narodu jako podmiotu władzy konstytuującej, a zatem nie ma zmiany konstytucji bez decyzji narodu. Prawomocność konstytucji to jej zgodność z wolą podmiotu władzy ustrojodawczej, nie zaś z formalnymi procedurami rewizyjnymi. W *Nauce o konstytucji* czytamy: „Prawomocność konstytucji nie oznacza, że konstytucja powstała zgodnie z wcześniej obowiązującymi ustawami konstytucyjnymi. Taki pogląd byłby wręcz niedorzeczny. Konstytucja nie powstaje nigdy według zasad nadrzędnych wobec niej. Poza tym nie do pomyślenia jest, by nowa konstytucja, tj. nowa fundamentalna decyzja polityczna, była podporządkowana wcześniejszej konstytucji i od niej uzależniona”¹¹.

Nie ma zatem znaczenia – i tu Schmitt idzie także za Sieyès'em – czy do uchwalenia nowej konstytucji doszło w zgodzie, czy też z naruszeniem norm konstytucji poprzedniej.

Schmitt przytacza przykłady ustanowienia konstytucji mocą jednorazowej i świadomej decyzji narodu. I tak naród francuski w 1791 roku podjął rozstrzygnięcie na rzecz monarchii konstytucyjnej z dwoma reprezentantami narodu: królem i ciałem ustawodawczym. Konstytucja Belgii z 1831 roku zawiera decyzję narodu belgijskiego, który opowiedział się za ustrojem parlamentarno-monarchicznym opierającym się na fundamencie demokratycznym o charakterze mieszczańskiego państwa

reformy konstytucji i że żądanie to winno być spełnione – albo też głoszących absolutną niezawisłość Zgromadzenia Narodowego, zebranego dla dokonania rewizji konstytucji w myśl art. 8 ustawy 25 lutego 1875 r. Ale to wszystko jest tylko uprawnieniem nieustającej akcji rewolucyjnej. Sto razy lepszy byłby system pozwalający prawodawcy swobodnie stanowić uchwały we wszystkich materiach”, A. Esmein, *Prawo konstytucyjne*, przeł. Wł. Konopczyński i K. Lutostański, Warszawa 2013, reedycja wydania z 1921, s. 447–448.

11 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 162.

prawa. Konstytucja weimarska to wyraz decyzji narodu niemieckiego na rzecz „mieszczańskiego państwa prawa mającego polityczną formę demokratycznej republiki o strukturze federalnej”¹².

Trzeba też dodać, że wedle Schmitta państwo demokratyczne nie musi przybierać formy demo-

Grzybowski, który przed wojną znajdował się pod wpływem poglądów Schmitta, dowodził, że system pomajowy w Polsce jest formą porządku demokratycznego. W eseju *Od dyktatury ku kompromisowi konstytucyjnemu* pisał o rządach sanacyjnych jako demokratycznej dyktaturze¹⁴.



Carl Schmitt z wielką konsekwencją rozwijał swoją teorię. Wyrażał przekonanie, że tylko władza ustrojodawcza skoncentrowana w jednym podmiocie jest władna przesądzać spory konstytucyjne, interpretować konstytucję i ewentualnie wypełniać jej luki.

kracji parlamentarnej. Mieszczańskie państwo prawa w wersji parlamentarnej jest rozpowszechnioną i wzorcową formą ustrojową, ale nie jedyną, w której może wyrażać się władza narodu¹³. Władza narodu może wyrażać się inaczej niż w formie powszechnego indywidualnego i równego głosowania. Dlatego też Schmitt był gotów uznać za demokratyczny każdy niemonarchiczny porządek konstytucyjny, który posiada co najmniej milczącą aprobatę ludu. Logiczną konsekwencją takiego rozumowania jest niebezpieczne zatarcie różnicy między ustrojami demokratycznymi a autorytarnymi. Konstanty

Nauka o konstytucji Carla Schmitta ma walory niezaprzeczalne. Zwraca uwagę na różnicę między regulacjami fundamentalnymi (jądrem konstytucji, podstawowymi zasadami konstytucji) a zbior-

¹² Tamże, s. 58.

¹³ „Dzisiaj wola ludu wyraża się w większości krajów przez procedurę tajnego indywidualnego głosowania czy tajnych wyborów. Byłoby jednak błędem – i to niedemokratycznym – traktować te dziewiętnastowieczne metody bez zastrzeżeń jako absolutną i ostateczną normę demokracji. Woli ludu, który pragnie sam sobie ustanowić konstytucję, można dowieść jedynie czynem, a nie przez stosowanie się do uregulowanych procedur normatywnych. Nie można jej oczywiście oceniać po dawniej czy dotychczas obowiązujących ustawach konstytucyjnych”, tamże, s. 153.

¹⁴ „Skoro raz deklarowano w konstytucji zasadę suwerenności ludu, opuszczono teren ściśle opisanych kompetencji i form działalności, wkroczone na teren polityczny. Cechą suwerena jest, że stoi ponad i poza wszelkiem unormowaniem. Dlatego teza sieyesowska, teza, że naród posiada niepozbawalne prawo zmieniania w każdej chwili i w każdej formie swej konstytucji, teza legalności rewolucyjnej – jest oczywistą konsekwencją zasady suwerenności ludu. Z tego punktu widzenia »oddanie kartki wyborczej« jest formą w normalnych okresach wystarczającą, a od innych form bezpieczniejszą, gdyż daje mniejsze prawdopodobieństwo omyłek, a formy ludowej akceptacji woli dyktatora są zawsze ryzykowniejsze, są zawsze dla stałości stosunków niebezpieczniejsze, są »nadzwyczajne«, ale – z punktu widzenia doktryny demokratycznej – są równie uprawnione. (...) Jakże są sposoby badania ludu poza złożeniem kartki wyborczej. Nie da się z góry określić tych sposobów. Wszystkie są – skoro się raz przyjmie zasadę suwerenności ludu – równie dobre”, K. Grzybowski, *Od dyktatury ku kompromisowi konstytucyjnemu*, Kraków 1930, s. 10–11.

rem norm mniejszej rangi i znaczenia (zawartymi w ustawach konstytucyjnych). Rozróżnienie Schmitta przeciwstawia się dogmatyzacji refleksji o konstytucji i zachęca do ujęć syntetycznych identyfikujących tożsamość konstytucyjną państw i badających znaczenie podstawowych zasad konstytucyjnych. Warto zauważyć, że Schmitt inspirował myśl o obowiązywaniu norm suprakonstytucyjnych, które nie

spiratorem klauzuli wieczności wyrażonej w art. 79 ust. 3 ustawy zasadniczej RFN z 1949 roku, która wyklucza zmianę konstytucji naruszającą godność człowieka jako źródło praw podstawowych, federalizm, demokratyczny i socjalny charakter republiki federalnej¹⁶. Schmitt przywoływany był także przez tych prawników francuskich, którzy byli gotowi uznać normy suprakonstytucyjne¹⁷.



Rozróżnienie Schmitta – między regulacjami fundamentalnymi a zbiorem norm mniejszej rangi i znaczenia – przeciwstawia się dogmatyzacji refleksji o konstytucji i zachęca do ujęć syntetycznych identyfikujących tożsamość konstytucyjną państw i badających znaczenie podstawowych zasad konstytucyjnych.

mogą podlegać zmianie w drodze procedury nowelizacji i z aprobatą wskazywał na te normy konstytucyjne, które gwarantują nienaruszalność regulacji. W *Nauce o konstytucji* zwracał uwagę na art. 2 francuskiej ustawy konstytucyjnej z 1884 roku, w myśl którego republikańska forma władzy nie może być przedmiotem rewizji konstytucji i na konstytucję Królestwa Norwegii z 1814 roku, która wykluczała rewizję konstytucji sprzeczną z jej podstawowymi zasadami¹⁵. Wiele wskazuje na to, że Schmitt był in-

Można zgodzić się ze Schmittem, gdy kładzie nacisk na różnicę między zmianą konstytucji a zmianami ustaw konstytucyjnych. Nie każda noweliza-

zakazu rekonstrukcji monarchii, N. Droin, *Retour sur la loi constitutionnelle de 1884: contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé*, „Revue Française de Droit Constitutionnel” 2009, nr 80.

16 Zob. C. Mouffe (red.), *The challenge of Carl Schmitt*, London 1999.

17 Zob. G. Burdeau o normach suprakonstytucyjnych i możliwości dekonstytucjonalizacji przez sąd konstytucyjny takiej nowelizacji, która naruszałaby zasady konstytucyjne. G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, wyd. 25, L.G.D.J. 1997, s. 53. Jednakże zarówno stanowisko francuskiej doktryny prawa konstytucyjnego, jak i Rady Konstytucyjnej kwestionuje obowiązywanie norm suprakonstytucyjnych i wyraża przekonanie, że zmiana konstytucji na podstawie art. 89 nie doznaje żadnych ograniczeń. Zob. F. Luchaire, G. Conac (red.), *La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires*, Paris 2008, s. 2006–2007.

15 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 189–190. Carl Schmitt inspirował także nauki historyczno-prawne. Nathalie Droin zastosowała Schmittowskie odróżnienie konstytucji i ustaw konstytucyjnych w tekście poświęconym francuskim regulacjom z 1884 r. wykluczającym zmianę republikańskiej formy ustrojowej. Rewizja ustaw konstytucyjnych nie może podważać fundamentów aksjologicznych konstytucji. Jej zdaniem niemiecki teoretyk prawa dostarczył tym samym argumentów przemawiających za jurydycznym walorem

cja ustawy konstytucyjnej jest zmianą tożsamości konstytucyjnej. Choć trzeba dodać, że granica między rozstrzygnięciami fundamentalnymi a wtórnymi nie jest wyraźna. Schmitt zbyt często ułatwiał sobie zadanie, posługując się przypadkami skrajnymi, wskazując np. na przepis konstytucji Republi-

czajnej decyzji, którą można przypisać całemu narodowi. Bardzo często zapadają jako efekt decyzji większości politycznej kontestowanej przez potężny odłam opinii publicznej (jak republikański zwrot we Francji w latach 1884–1905, rządy pomajowe w Polsce i uchwalenie konstytucji kwietniowej), prakty-



Pomyłka Schmitta polega na tym, że nie dostrzega on, iż konstytucja nie zawsze jest efektem podjęcia konkretnej, całościowej i nadzwyczajnej decyzji przez podmiot władzy ustrojodawczej, który w ten sposób określa zasadniczą formę egzystencji politycznej państwa.

ki Weimarskiej o prawie wglądu urzędnika do akt personalnych – z pewnością nienależący do materii konstytucyjnej.

To, co budzi moje zastrzeżenia, to decyzyjnistyczna wizja tworzenia konstytucji. Pomyłka Schmitta polega na tym, że nie dostrzega on, iż konstytucja nie zawsze jest efektem podjęcia konkretnej, całościowej i nadzwyczajnej decyzji przez podmiot władzy ustrojodawczej, który w ten sposób określa zasadniczą formę egzystencji politycznej państwa. Nie chodzi mi o obronę normatywizmu, w myśl którego konstytucja sama się nadaje i uprawomocnia, ale o to, że trudno zgodzić się z tezą, iż w każdym przypadku tworzenie i zmiana konstytucji następuje w drodze całościowej decyzji narodu, który w jednym momencie określa ramy swej jedności politycznej.

Tworzenie konstytucji (i to właśnie w jej fundamentalnej części) jest procesem z udziałem wielu podmiotów. Schmitt dobrze objaśnia tworzenie konstytucji w momentach historycznych zwrotów (jak Rewolucja Francuska, ustanowienie Republiki Weimarskiej). Jednakże istotne rozstrzygnięcia konstytucyjne nie zawsze są produktem nadzwyczajnej

decyzji (budowa supremacji parlamentu w III Republice Francuskiej w wyniku zaprzestania stosowania weta przez prezydenta¹⁸), wreszcie brzemiennych w skutkach orzeczeń sądów konstytucyjnych (fundamentalne orzeczenia polskiego Trybunału Konstytucyjnego w latach 1990–1997, w tym konstytucjonalizacja ochrony życia). Schmitt mógł nie doceniać znaczenia tych ostatnich, wydał swoją książkę zanim sądy konstytucyjne zajęły kluczowe miejsce w stosowaniu konstytucji. Ale już w czasach Schmitta refleksja o zmianie konstytucji wskazywała na jej wieloaspektowy i procesualny charakter¹⁹.

Schmitt posługuje się obfitym materiałem historycznym, choć redukuje go do sytuacji nadzwyczajnej

18 R. Capitant, *La coutume constitutionnelle*, „Gazette du Palais”, 20 décembre 1929.

19 Zob. np J. Bryce, *The American Commonwealth*, New York 1893, czy później G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900. Wnikliwe omówienie tych prac A. Le Divellec, *À la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou: les mystères de la notion de constitution* (w:) *Les mutations constitutionnelles*, Société de Législation Comparée, Paris 2013, s. 17–46.

czajnych. Warto tu odnotować zarzut Josepha H.H. Weilera, który uważa, że Schmitt upraszcza rzeczywistość, a jego teoria pada ofiarą pojęciowej czystości²⁰. W tej optyce pomija się całą gamę wydarzeń, które oznaczają zmianę konstytucji bez aktywizacji władzy konstytuującej całego narodu. Albowiem konstytucja podlega bardzo często zmianie w wyniku konkurencji elit, z których żadna nie dysponuje definitywnym poparciem narodu charakterystycz-

tów. Może też być zmonopolizowana przez parlament kosztem narodu²².

Schmitt zdaje się twierdzić, że zmiana konstytucji następuje jedynie w wyniku nadzwyczajnej, totalnej decyzji narodu. Poza tym obszarem miałyby znajdować się nowelizacje ustaw konstytucyjnych o znaczeniu technicznym. Podejście decyzyjonistyczne Schmitta tak dalece zawężyło jego sposób pojmowania konstytucji (norm fundamentalnych),



Gdyby Schmitt miał wrażliwość i wnikliwość Monteskiusza, nie redukowałby materiału historycznego dla celów uzyskania czystości teoretycznej.

nym dla sytuacji nadzwyczajnej. Francuscy prawnicy, krytyczni wobec III Republiki Francuskiej, wprowadzili nawet pojęcie konfiskaty suwerenności przez parlament i zamrożenia władzy konstytuującej narodu – w odniesieniu do sytuacji, gdy elita parlamentarna sama tworzy konstytucję i pozbawia naród prawa do wykonywania władzy konstytuującej²¹. Przypomnijmy, że w latach 1870–1945 wyeliminowano z systemu konstytucyjnego Francji referendum, włącznie z referendum konstytucyjnym. Dopiero Charles de Gaulle w 1945 roku wprowadził referendum zatwierdzające jako konieczną procedurę uchwalenia konstytucji. A zatem wbrew poglądom Schmitta władza ustrojodawcza podlega dystrybucji i jest podzielna między kilka podmio-

ze niemiecki prawnik nie potrafił dostrzec zmian naruszających tożsamość konstytucji, które następowały w okresie zwykłym, w wyniku zmagają politycznych, praktyki konstytucyjnej oraz interpretacji aktu.

Ponadto Schmitt bagatelizował aksjologiczny wymiar konstytucji. Nie zauważał kluczowego znaczenia zasady laickości dla tożsamości konstytucyjnej III Republiki Francuskiej i ideowej warstwy kon-

22 Dlatego właśnie R. Carré de Malberg uważał, że referendum konstytucyjne wyzwoli władzę konstytuującą narodu zmonopolizowaną przez izby parlamentu. Postulat wyzwolenia *puvoir constituant* narodu uderzał w fundamenty III Republiki Francuskiej, która powierzała władzę konstytuującą izbom parlamentu. Tym samym Carré de Malberg zajął stanowisko w istotnej dla francuskiego konstytucjonalizmu kwestii, jaką była relacja władzy konstytuującej do władz ustanowionych. Strasburski prawnik uważał, że nawet jeśli parlament jest najwyższą ustanowioną władzą, to kompetencje, jakimi dysponuje jako władza tego typu, mogą być, w odróżnieniu od kompetencji suwerena, jedynie kompetencjami pochodnymi i tym samym podlegającymi ograniczeniom. Władza parlamentu, władza rządu i władza sądownictwa mają status władz ustanowionych. Zob. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931.

20 J.H.H. Weiler, *Konstytucjonalizm globalny i pluralistyczny – uwagi krytyczne* (w:) G. de Búrca, J.H.H. Weiler, *Świat europejskich konstytucjonalizmów*, przeł. J. Brzeziński, L. Nowosielska, Warszawa 2014, s. 21.

21 R. Capitant, *O konflikcie między suwerennością parlamentu i suwerennością narodu we Francji po wyzwoleniu* (w:) K.M. Ujazdowski (red.), *V Republika Francuska. Idee, konstytucja, interpretacje. Antologia tekstów i dokumentów źródłowych*, Kraków 2010.

stytucji weimarskiej. W tym ostatnim przypadku uważał, że jest ona zbiorem niezobowiązujących deklaracji ideowych wprowadzonych do konstytucji przez niemieckie partie polityczne²³. Schmitt do tego stopnia dążył do pojęciowej czystości, że zredukował bogactwo współczesnych mu form ustrojowych tylko do dwóch systemów konstytucyjnych: monarchii i demokracji. Nie było zatem miejsca na osobną analizę systemów autorytarnych w okresie

womocności konstytucji do zgodności z wolą narodu (wyrażaną nawet milcząco) pociąga za sobą jednoznaczne konsekwencje. W tej perspektywie każdy system konstytucyjny, który trwa (jak np. konstytucje państw socjalistycznych), dysponowałby przymiotem prawomocności. Jeśli legitymację konstytucji odrywa się do aksjologii i pytania o to, czy służy ona dobru wspólnoty politycznej, to może ona uzasadniać każdy wdrożony system ustrojowy. Tym-



Żaden z klasyków nie może być odczytywany bezkrytycznie: potrzeba stałej konfrontacji z myślą Zachodu, a nade wszystko własnej oryginalności.

międzywojennym (jak Węgry czy państwa bałtyckie). Był nawet gotów zakwalifikować ustroj Związku Radzieckiego i faszystowskich Włoch do modelu demokratycznego. Gdyby Schmitt miał wrażliwość i wnikliwość Monteskiusza, nie redukcjonowałby materiału historycznego dla celów uzyskania czystości teoretycznej. Warto wspomnieć, że piszący w tym czasie co Schmitt wybitny polski konstytucjonalista Michał Starzewski przestrzegał przed czystością ideologii jako podstawą klasyfikacji i domagał się stosowania wielu kryteriów jednocześnie, po to, by oddać różnorodność form ustrojowych państw²⁴.

Nie jest to jedyne uproszczenie widoczne w *Nauce o konstytucji*. Podobnie zastosował Schmitt w odniesieniu do pojęcia prawomocności konstytucji. To prawda, że samo wprowadzenie rozróżnienia między legitymacją i legalnością podważało pozytywną wizję prawa. Jednakże sprowadzenie pra-

czasem pojęcie legitymacji konstytucji ma sens, jeśli pozwala stwierdzić, że nie wszystkie konstytucje legalnie odpowiadają podstawowym wartościom i dobru wspólnoty politycznej²⁵.

W posłowie do polskiego wydania *Nauki o konstytucji* Tomasz Krawczyk pisze, że polska doktryna konstytucyjna koncentruje się na „wtórnych kwestiach proceduralnych bądź na prawach człowieka”, pomijając problemy zasadnicze²⁶. Dodaje, że polscy prawnicy mają uprzedzenia do państwa. Z pewnością teksty Schmitta mogą inspirować odrodzenie teorii prawa konstytucyjnego i przezwyciężenie jego fragmentaryzacji. Wymagają jednak krytycznego omówienia i nie powinny być przedstawiane jako nowe objawienie prawa konstytucyjnego. Schmitt nie był jedynym ani pierwszym myślicie-

23 Warto odnotować, że nawiązujący do Schmitta K. Grzybowski przeciwnie do niemieckiego prawnika uważał, że wzrastać będzie znaczenie norm programowych konstytucji. Zob. K. Grzybowski, *Od dyktatury...*, dz. cyt., s. 26.

24 M. Starzewski, *Demokracja i totalizm. Wybór pism*, Kraków 2012, s. 197–217.

25 Zob. interesujące uwagi G. Burdeau o dystynkcji między legitymacją a legalnością. W jego ujęciu legitymacja konstytucji oznacza zgodność z interesem kraju, przeznaczeniem historycznym i sprawiedliwością. G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, dz. cyt., s. 362; zob. także A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1966, s. 628–683.

26 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 611.

lem, który zwalczał dogmatyczne podejście do tej dyscypliny. Czynie to również inni prawnicy tamtej epoki, tacy jak G. Jellinek, Joseph Barthélemy, Raymond Carré de Malberg i Georges Burdeau. Również polscy prawnicy orientacji konserwatywnej: Ignacy Czuma, Adam Piasecki, M. Starzewski i piszący także po wojnie K. Grzybowski wprowadzali do analiz prawnych aspekty doktrynalne i politologiczne, odkrywając głęboki sens instytucji konstytucyjnych²⁷. Polska refleksja konstytucyjna powinna

27 I. Czuma, *Absolutyzm ustrojowy*, Lublin 1934; A. Piasecki, *O parlamentaryzmie Trzeciej Republiki*, Poznań 1928; M. Starzewski, *Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności*

samodzielnie podejmować zagadnienia tożsamości konstytucyjnej państwa, hierarchizacji zasad konstytucji i ich znaczenia, a także zakresu oraz sposobu ekspresji władzy ustrojodawczej. Problemy te ściśle łączą się z ciągłym redefiniowaniem suwerenności państwa w czasach współczesnych, suwerennością narodu i relacją konstytucji do prawa europejskiego. Żaden z klasyków nie może być odczytywany bezkrytycznie. Potrzeba nam bowiem stałej konfrontacji z myślą Zachodu, a nade wszystko własnej oryginalności.

ustaw, Kraków 1928; K. Grzybowski, *Demokracja francuska*, Kraków 1947.