

Kilka uwag o doktrynalnych uwarunkowaniach aktualnego kryzysu ustrojowo-politycznego w Polsce

1. Kiedy Kolega Artur Preisner przedstawił opracowanie *Dookoła Wojtek. Jeszcze o bezpośrednim stosowaniu Konstytucji*¹ nie było rozstrzygniętych kilka problemów związanych ze sposobami stosowania Konstytucji RP². Powołując art. 8 ust. 2 konstytucji, Artur Preisner wskazał między innymi, że przyjęcie kryterium hierarchicznego, czyli niezastosowanie przepisu ustawy w konkretnej sprawie, w żadnym razie nie doprowadzi do uchylenia przepisu ustawowego, ponieważ sądy i organy administracji publicznej nie mają kompetencji w zakresie derogacji i rozstrzygania sporów walidacyjnych. Orzekając w sprawach indywidualnych, sądy stosują reguły kolizyjne, co może prowadzić do „zawieszenia” zastosowania jednej z kolidujących ze sobą norm³. Teza ta zakładała możliwość odmowy zastosowania ustawy w konkretnej sytuacji, indywidualnego podmiotu na rzecz powołania postanowienia konstytucji. Pogląd taki zyskuje na aktualności. W ten sposób kilkanaście lat temu Artur Preisner wpisał się istotnie w debatę, która stała się jeszcze bardziej doniosła po 2015 roku, tj. po nastaniu okresu tak zwanej dobrej zmiany. Skoro w 2017 roku minister sprawiedliwości „wspominał” o odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów, którzy wydali wyrok, odmawiając częściowego zastosowania art. 168a Kodeksu postępowania karnego⁴ (dalej też k.p.k.), to znaczy, że problem bezpośredniego stosowania konstytucji staje się już problemem nie tylko ustrojowym, lecz i politycznym⁵. Spory ustrojowo-polityczne mają jednak swoje „podłoże” doktrynalne i ideologiczne. Tak też rzecz się ma z obecną sytuacją w Polsce. W moim przekonaniu polskie spory, wprawdzie „tchną” dogmatyzmem i bezrefleksyjnym,

¹ A. Preisner, *Dookoła Wojtek. Jeszcze o bezpośrednim stosowaniu Konstytucji*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat obowiązywania Konstytucji Polskiej; doświadczenia i inspiracje. Profesorowi Kazimierzowi Działosze prace dedykowane na siedemdziesięciolecie urodzin*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003, s. 230–244.

² Dz. U. z 1997 r. Nr 87, poz. 483 ze zm.

³ A. Preisner, *op. cit.*, s. 239.

⁴ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1903.

⁵ Przepis art. 168a k.p.k. dotyczy dopuszczalności dowodów z tzw. zatrutego drzewa. Wyrokiem SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r. odmówiono jego pełnego zastosowania, powołując art. 30, 47, 49 i 51 Konstytucji RP. Por. wyrok SA we Wrocławiu, II AKa 213//16, Lex 2292416, OSA 2017/4/3-63.

fetyszyzującym podejściem do historii, jednak ich uwikłanie ściśle polityczne jest bardzo doniosłe, stanowiąc wyzwanie dla nowoczesnej państwowości⁶.

2. Jest niesporne, że od dłuższego czasu mamy do czynienia z zasadniczym kryzysem demokratycznego państwa prawa determinowanym czynnikami politycznymi, w istocie zaś z narastającym prymatem polityki nad prawem, w tym nad Konstytucją RP. Zdarzenia polityczne i fakty prawne doprowadziły do najgłębszego od 1989 roku kryzysu państwowości, w tym wręcz do ujawnienia się **zagrożeń polskiej racji stanu** [podkreśl. J.C.].⁷ Za takie uznaję anarchizację stosunków wewnętrznych oraz pogorszenie się relacji zarówno z Unią Europejską, jak i wieloma państwami. Podejmuje się próby przyjęcia, że mają one swoje uzasadnienie ideologiczne i polityczne: konieczność zerwania z dotychczasowym „układem”, zmiany „elit” rządzących, rekonstrukcji instytucjonalnej struktur państwa. Argumenty takie były podnoszone z różną częstotliwością przez niektóre środowiska polityczne od początku lat 90. XX w. W niektórych rozważaniach polityków przeceniano jednak doniosłość tradycyjnie rozumianej koncepcji „państwa narodowego” we współczesnych warunkach, a także lekceważono konsekwencje integracji europejskiej i zjawisk globalizacji, przy przesadnie częstym odwoływaniu się do doświadczeń historii⁸.

Fakty polityczne zaistniałe w latach 2015–2017 dotyczą, jak nigdy wcześniej, również bezpośrednio, środowisk prawniczych. Rodzą one jednoznacznie krytyczne komentarze wśród prawników⁹, przedstawicieli historii doktryn¹⁰, a także kazały przywołać wypowiedź nieżyjącego już wybitnego politologa Z. Brzezińskiego, który po tragedii smoleńskiej trafnie wskazywał, że dzielenie Polski **„stanowi wredną robotę paru osób cierpiących na psychologiczne trudności”**¹¹ [podkreśl. J.C.]. Dodam, że w nauce do wyjątków należały opinie względnie aprobujące, np. „reformę” i obsadę stanowisk w Trybunale Konstytucyjnym¹². Wśród zdarzeń uwagę zwracają, oprócz dezawuacji

⁶ *Możemy lepiej* – wywiad J. Żakowskiego z prof. A. Przeworskim, „Polityka” z 24.01.–30.01.2018, s. 22–26.

⁷ Wyrazem tego jest gwałtowne osłabienie pozycji Polski w UE, por. zwłaszcza K. Pełczyńska-Nałęcz, *Unia za zamkniętymi drzwiami*, „Polityka” nr 34/2017; J. Lewandowski, *Europejskie Jackowo*, „Gazeta Wyborcza” 26–27.09.2017. W styczniu 2018 mieliśmy do czynienia z narastającym kryzysem stosunków polsko-izraelskich, ujawnionych na tle interpretacji zdarzeń historycznych sprzed 70. lat. Problematyka ta została już dogłębnie przeanalizowana, ma wymiar historyczny i nie może być wykorzystywana w bieżącej walce politycznej.

⁸ Por. np. 10 wywiadów A. Nowaka z J. Kaczyńskim i L. Kaczyńskim [w:] A. Nowak, *Intelektualna historia III RP, rozmowy z lat 1990–2012*, Warszawa 2013, s. 277–434. Nie zamierzam lekceważyć doświadczeń historii, lecz z dystansem odnoszę się do bezrefleksyjnego ich powoływania w kontekście współczesnych wydarzeń.

⁹ Por. wywiad M. Rigamonti z A. Strzemboszem, *Czy ja też jestem komunistycznym zlogiem*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 28–30.07.2017.

¹⁰ M. Król, *Nie poddać się barbarzyńcom* – wywiad A. Pawlickiej z M. Królem – „Newsweek” z 24–30.07.2017.

¹¹ Z. Brzeziński, *Chevrolet w kolorze musztardowym*, wywiad K. Kolendy-Zaleskiej [w:] „Gazeta Wyborcza”, dodatek – wspomnienie „Ale Historia”, lipiec 2017, s. 88.

¹² Tak Raport Zespołu Ekspertów do Spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego z 15.07.2016 [za:] <http://www.sejm.gov.pl/media8.nsf/files/MGOKACFDR3/Raport%20Zespo%C5%82u%20EkspertBw%20Problematyki%20Trybuna%82u%20Konstytucyjnego>. Przewodniczącym Zespołu był politolog i teoretyk

pozycji TK, reforma sądownictwa powszechnego, niekonstytucyjna, w moim przekonaniu, rekonstrukcja składu Krajowej Rady Sądownictwa oraz zmiana ustawy o Sądzie Najwyższym. Zmiany te idą tylko pozornie w kierunku realizacji aspiracji młodszego środowiska sędziowskiego, które faktycznie odczuwało istotne ograniczenia drogi awansu zawodowego. Jednak ich istotą jest zarówno osłabienie pozycji trzeciej władzy, jak i „polityzacja” sfery aktywności tych władz publicznych, które do tej pory były strukturą niezależną i względnie odrębną.

3. Niniejsze rozważania odnoszę do trzech rodzajów myślenia o prawie, które przedstawił C. Schmitt¹³. Jego prace są przedmiotem wzmożonego zainteresowania w ostatnich latach, nie bez odniesień do polskiego kontekstu. Miał on na myśli: 1) myślenie według norm i konkretnego porządku prawnego (**normatywizm**); 2) myślenie według rozstrzygnięć (**decyzjonizm**); 3) połączenie obu koncepcji, które zdominowało pozytywizm XIX wieku¹⁴. Odnosił to do sposobów pojmowania konstytucji w naukach prawnych i społecznych, w tym do wskazania na problem relacji konstytucji pisanej do tak zwanej konstytucji rzeczywistej¹⁵. Po pierwsze, konstytucję można pojmować jako odzwierciedlenie dominujących idei, wartości, a zwłaszcza układu sił politycznych w danym czasie, które znajdują wyraz w funkcjonujących instytucjach, procedurach i konkretnych regulacjach prawa materialnego. Po drugie, stanowić ona może wyraz idealistycznie pojmowanej „woli” narodu-suwerena, która to wola dostatecznie legitymizuje ją jako akt kreujący instytucje, prawo i chroniący wolności i praw człowieka. Jest to nawiązanie do – różnorodnie pojmowanej – koncepcji umowy społecznej, którą można kontestować, jednak jej zmiana wymaga ogólnego konsensu co do procedur i treści zmian. Po trzecie, konstytucję traktuje się w sposób woluntarystyczny jako samoistną „siłę normatywną” kształtującą ustrój państwa i status jednostek, niezależnie od faktycznego poparcia i „zakorzenienia” w społeczeństwie wartości, które wyraża. W tym kontekście można przyznać, że zmiany polityczne, z jakimi mamy do czynienia w Polsce, rzeczywiście ujawniają problem niektórych regulacji obowiązującej konstytucji i antycypacji jej zmian¹⁶.

Przechodząc do sedna rozważań, wśród postaw ideologicznych zderzają się, w sporym uproszczeniu, dwie podstawowe koncepcje pojmowania obowiązywania i stosowania konstytucji: wywodzona z myśli Carla Schmitta oraz odwołująca się do „czystej” teorii prawa Hansa Kelsena¹⁷. Na gruncie polskiej praktyki politycznej oraz instytucjonalnej

państwa dr hab. Jan J. Majchrowski, zaś dokument nie był powszechnie opublikowany. Krytykę tego wyjątkowego opracowania przedstawił M. Matczak, *Demokratyczne czy prawne? Uwagi na tle Raportu Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 1, Wyd. UJ, Kraków 2017, s. 92–110.

¹³ Na temat tegoż autora zob. m.in. C. Schmitt i *współczesna myśl polityczna*, pod red. R. Skarżyńskiego, Warszawa 1996; C. Schmitt, *Nauka o Konstytucji*, Wyd. Teologia Polityczna, Warszawa 2013; J. Zajądło, *Schmitt*, Wyd. Arche, Sopot 2017.

¹⁴ Szerzej J. Zajądło, *op. cit.*, s. 69–104.

¹⁵ Zob. F. Lassalle, *O istocie Konstytucji*, tłum. i wstęp. M. Sobolewski, Warszawa 1960.

¹⁶ W. Brzozowski, *O potrzebie reformy konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 12, s. 3–22.

¹⁷ H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, posłowie S. Wronkowska, przeł. B. Banaszkiewicz, Wyd. TK, Warszawa 2009.

zauważalne jest „zderzenie” zwolenników obu postaw w latach 2015–2017, przy czym można powątpiewać, czy nawiązania do wspomnianych koncepcji są w pełni uświadomione. Owo „zderzenie” wywarło jednoznacznie negatywne skutki dla standardów demokracji, zasady państwa prawnego i pozycji sądownictwa, a także pozycji w UE, która stoi współcześnie przed obliczem kilku wyzwań: gospodarczego, politycznego i „tożsamościowego”.

Wprowadzone przez C. Schmitta terminy „polityczność” oraz „decyzjonizm” w sposób szczególnie niebezpieczny „wkroczyły” w Polsce na drogi prawa publicznego, wywołując zdarzenia stanowiące fundamentalne zagrożenia lub nawet podważające „rzeźbienie państwa prawa”¹⁸. Takie doniosłe zdarzenia jak odmowa publikacji niektórych wyroków Trybunału Konstytucyjnego, odmowa powołania niektórych sędziów¹⁹ oraz przyjęcia ślubowań od już wybranych przez Sejm sędziów Trybunału Konstytucyjnego²⁰, sam tryb prac nad zmianami ustawy o TK i treść ustaw o TK, oceny samej dopuszczalności niektórych wyroków²¹, paraliż działalności tego organu na początku 2017 roku, sposób powołania nowej prezes TK, ustawowa rekonstrukcja pozycji Krajowej Rady Sądownictwa oraz Sądu Najwyższego – wszystkie te zdarzenia prowadzą do podważania zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziowskiej²². Zmiany w organizacji i koncepcji funkcjonowania prokuratury, irytujące zdarzenia prawne i polityczne oddziałujące na tok prac parlamentu²³ na trwałe wpiszą się w historię polskiego prawa konstytucyjnego, w szczególności w kontekście wątpliwych możliwości wyciągnięcia odpowiedzialności konstytucyjnej i karnej od najważniejszych polityków. Pojawiły się

¹⁸ Por. *Rzeźbienie państwa prawa; 20 lat później* – E. Łętowska w rozmowie z K. Sobczakiem, Warszawa 2012.

¹⁹ Sam TK przyznał wadliwość ustawy, na podstawie której powołano niektórych sędziów, wyrok TK z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15 (OTK ZU z 2015, nr 11/A, poz. 185). Sytuacja w TK spowodowała, że jeden z prawidłowo wybranych sędziów zrezygnował z urzędu na rzecz powrotu do SN. Natomiast prawidłowo wybrany przez Sejm sędzia nadal orzeka w NSA (sic!).

²⁰ Głosy aprobujące postawę prezydenta A. Dudy należały do zdecydowanej mniejszości, zob. np. M. Dobrowolski, *Prezydent powinien się wstrzymać z przyjęciem ślubowania od nowych sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, „Rzeczpospolita” z 16–18.10.2015. B 11. Jednak antycypowały w pewnym stopniu późniejsze rozstrzygnięcia TK odnośnie do kontrowersji co do powołania niektórych sędziów, zob. wyrok TK z dnia 3 grudnia 2015, K 34/15 (OTK ZU z 2015 nr 11 A/poz. 185). Ustawa o TK (Dz. U. z 2015 r., poz. 1064) i praktyka Sejmu wywołały uzasadnione kontrowersje na tle kwestii indywidualizacji kadencji sędziego TK.

²¹ Wbrew oczywistemu brzmieniu art. 190 ust. 1 konstytucji wyrażono osobliwy pogląd, że „orzeczenia TK nie zawsze są ostateczne”. Por. wywiad z K. Zaradkiewiczem, „Rzeczpospolita” z 20.04.2016. Zdecydowanie trafną krytykę takiego poglądu przedstawił m.in. M. Matczak, *Orzeczenie Trybunału jest ostateczne*, „Rzeczpospolita” z 22.04.2016.

²² Por. *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw z 23.01.2017*, [za:] www.sn.gov.pl [w:] Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego BSA-III-021-19/17 (z 30.01.2017). Krajowa Rada Sądownictwa podniosła 7 zarzutów naruszenia konstytucji przez ww. projekt ustawy, co wykraczało poza ramy zwykłej krytyki i sprowadzało się do konstatacji o ryzyku fundamentalnego naruszenia prawa na czele z zasadą niezależności sądów i niezawisłości sędziowskiej. Zob. *Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z 30.01.2017 w przedmiocie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw* (UD 73) [za:] http://www.krs.pl/pl/dzialalnosc/posiedzenia-rady/f_189_posiedzenia-w-w_2017; [dostęp 16.02.2017].

²³ Np. poprzez kwestionowanie zgodności z konstytucją prac nad ustawą budżetową na rok 2017.

miarodajne oceny odnośnie do kryzysu państwa prawa, a także ryzyka ujawnienia się tendencji autorytarnych, a nawet faszystowskich²⁴. Najbardziej zauważalnym zjawiskami stały się narastający relatywizm moralny wśród klasy politycznej oraz – z punktu widzenia wielu prawników, polityków i części społeczeństwa – fakt, że konstytucja i zasada konstytucjonalizmu przestały stanowić „punkty odniesienia” dla funkcjonowania systemów prawnego oraz politycznego. Można rzecz jasna przyjmować, że genezy tych zjawisk powinniśmy doszukiwać się jeszcze na początku lat 90. XX. wieku, kiedy narastające różnice i ambicje polityczne oraz personalne zaważyły na tak zwanej wojnie na górze, ustępując niespełnionym, złudnym nadziejom na budowę systemu partyjnego, w którym to nowe partie rywalizowałyby między sobą i efektywnie artykułowały interesy grup społeczno-zawodowych²⁵. Zjawiska te doprowadzały przede wszystkim do przekreślenia optymalnej lub choćby bardziej pragmatycznej, z punktu widzenia polskiej racji stanu, sekwencji zdarzeń ustrojowych i politycznych²⁶. Podstawowym problemem był i pozostaje brak ciągłej, konsekwentnie wdrażanej koncepcji polityki społeczno-gospodarczej²⁷, brak w miarę spójnej wizji odnośnie do roli państwa wobec gospodarki i społeczeństwa²⁸, a także sposób funkcjonowania klasy politycznej, utrudniający budowanie tak zwanego kapitału społecznego²⁹. Jednakże układ sił politycznych po 2015 roku doprowadza również do faktów, które musimy rozpatrywać już w kategoriach niesankcjonowanych naruszeń obowiązującej Konstytucji RP³⁰, w tym zjawisk określanych jako obejście konstytucji³¹.

W wypowiedziach polityków i prawników znamienne były próby, zwykle niezamierzone, powrotu do myśli C. Schmitta, jego intrygujących odpowiedzi na fundamentalne pytania o państwo, polityczność, jedność polityczną, prawo i samą konstytucję.

²⁴ *Czy kaczyści to faszyci* – rozmowa R. Kalukina z R. Kuźniarem, „Polityka” nr 3/2017.

²⁵ Na temat erozji i zmian w układzie sił politycznych na początku lat 90. XX w. ukazało się wiele publikacji historycznych i politologicznych oraz wspomnień i wywiadów. Por. z najnowszych opracowań R. Graczyk, *Od uwikłania do autentyczności; biografia polityczna Tadeusza Mazowieckiego*, Warszawa 2016, zwłaszcza s. 299–381. Z punktu widzenia środowisk tzw. prawicy narodowej, w tym Prawa i Sprawiedliwości, względnie miarodajną analizę politologiczną przyniosła książka Z. Krasnodębskiego, *Demokracja peryferii*, Gdańsk 2003.

²⁶ Należy pamiętać, że w referendum konstytucyjnym z 25 maja 1997 roku odnotowaliśmy niską frekwencję (42,86% uprawnionych), przy czym „za” głosowało 6 398 64, „przeciw” 5 570 493 [za:] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne; zarys wykładu*, Warszawa 2016, s. 18.

²⁷ J. Ciapała, *Pojmowanie wolności przedsiębiorczości w kontekście współczesnych uwarunkowań*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 2, s. 6 i n.

²⁸ Poza tzw. planem L. Balcerowicza, który cechowała istotna spójność, jednak przy braku determinacji w zakresie prywatyzacji, spotykaliśmy programy i koncepcje doraźne, firmowane przez ekipy rządzące i polityków utożsamianych z ich autorstwem: G. Kołodką, J. Hausnerem, M. Bonim, M. Morawieckim. Uwagę zwraca zainteresowanie M. Morawieckiego koncepcjami chińskiego ekonomisty, jednego z autorów sukcesu gospodarczego Chin – Justina Yifu Lina. Zakłada on aktywną rolę regulacyjną państwa, które w maksymalnie elastyczny sposób prowadzi politykę, dostosowując się do zmiennych uwarunkowań. Zarem konsekwencje wspomaga wybrane, perspektywiczne gałęzie gospodarki. Zob. *Wybór Yifu Lina* – wywiad z J. Żakowskim [w:] J. Żakowski, *Zawał; zrozumieć kryzys*, Wyd. Polityka, Warszawa 2009, s. 38–52. Justin Yifu Lin, *Państwo musi być aktywne*, wywiad w „Rzeczpospolitej” z 07.02.2017.

²⁹ P. Sztompka, *Zaufanie; fundament społeczeństwa*, Wyd. Znak, Kraków 2007; *idem, Kapitał społeczny; teoria przestrzeni międzyludzkiej*, Wyd. Znak, Kraków 2016.

³⁰ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

³¹ Por. W. Brzozowski, *Obejście konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 9, s. 4–22.

Poprzez zrozumienie pojęcia „polityczność” oraz uznanie za naturalny antagonizm „wróg – przyjaciel”, który ma miejsce w rywalizacji o władzę, możliwe stawało się odniesienie do sensu rozważań na temat istoty państwa i konstytucji³². „Polityczność” u C. Schmitta jest niezależna od państwowości, jest niczym innym jak zdolnością asocjacji, dysocjacji, jedności i wykluczenia. Państwo jest jednością, kiedy w wymiarze zewnętrznym samodzielnie podejmuje decyzje w kwestii wojny i pokoju, zaś w wymiarze wewnętrznym, uznając konflikty społeczne za naturalne, jest w stanie, choćby poprzez stan nadzwyczajny, nie tylko panować nad konfliktami, lecz również decydować o pokoju wewnętrznym. Uznaje przy tym, że kwestia władzy nadającej konstytucję jest nie do pominięcia, a odpowiedź o tę władzę jest odpowiedzią na pytanie o formę państwa, która jest szczególnym typem zorganizowania oraz wyrażania jedności politycznej. Wyróżnia on dwie zasady przesądzające: zasadę tożsamości narodu jako jedności politycznej oraz zasadę reprezentacji³³. Realistyczna teoria C. Schmitta dotycząca teorii polityki rozumianej w kategoriach „wróg – sojusznik” była kojarzona z jego poglądami na „państwo totalne”, ze swej istoty „polityczne”, uosabiające jedność polityczną narodu, z której wyrasta. Partie polityczne, w których skupiają się interesy i tendencje społeczne, są wyrazem życia społecznego tworzonego przez państwo partii. Ponieważ partie są zawsze określone kulturowo, ekonomicznie, wyznaniowo, dlatego i państwo nie może być neutralne wobec ekonomii, wyznań i kultury³⁴. Dla prawników typu decyzyjonistycznego to nie norma, lecz autorytet lub suwerenność ostatecznego rozstrzygnięcia staje się źródłem każdego „prawa”. Suwerenem jest zaś ten, kto ma moc podejmowania ostatecznych rozstrzygnięć: *auctoritas, non veritas facit legem*³⁵.

Zdaniem tego autora państwo pluralistyczne, gdzie istnieje i działa wiele organizacji światopoglądowych, gospodarczych, zrzeszeń, staje się etapem „przejściowym” między państwem „neutralnym”, tj. zdystansowanym do społeczeństwa i jego zrzeszeń, a państwem „totalnym”. Partie polityczne, chcąc zawładnąć państwem, podporządkowują swoje interesy **samemu interesowi władzy** [podkreśl. J.C.], która dopiero pozwoli urzeczywistnić ich zamierzone cele. Wrogiem są zaś grupy (zbiorowości), które są przeciw tak pojmowanemu państwu. Polityka w państwie pluralistycznym, tj. według obecnych kwalifikacji w państwie liberalno-demokratycznym, „oddziela społeczeństwo od państwa, a zarazem jednoczy, ponieważ w walce politycznej przekracza się granice ustanowione przez religię, gospodarkę lub wykształcenie”. Tymczasem właściwy sens państwu nadaje jego „totalność”. W państwie „suwerenem jest ten, kto rozstrzyga o stanie wyjątkowym”³⁶. Wierny założeniu, że sama egzystencja państwa stanowi najwyższe dobro i jedyną miarę suwerenności, a porządek „konkretny” stoi ponad porządkiem prawnym, C. Schmitt

³² C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M. Cichocki, Warszawa 2012.

³³ C. Schmitt, *Nauka...*, s. 331–332.

³⁴ P. Kaczorowski, *Państwo jako jedność polityczna*, [w:] R. Skarżyński (red.), *Carl Schmitt i współczesna myśl polityczna*, Warszawa 1996, s. 67–72.

³⁵ J. Zajadło, *op. cit.*, s. 90.

³⁶ Szerzej nt. poglądów C. Schmitta, które cechowała duża doza realizmu, a zarazem afirmacji państwa totalitarnego III Rzeszy zob. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego*, Wyd. Ossolineum, Warszawa–Wrocław 1985, s. 57–64.

krytykował zasadę demokratycznego porządku prawnego, w którym fundamentalną rolę odgrywa parlamentaryzm. Parlamentaryzm stanowi „mistyfikację” wynikającą z przyznawania „identyczności” parlamentaryzmowi i demokracji. Tymczasem to, co łączy różne formy demokracji, to wyobrażenie jej jako woli większości, czyli „identyfikowanej” woli ogółu³⁷. Jak pisał nauczyciel i mentor niektórych polskich liderów, „prawo to system normatywny służący ochronie interesów klas władających środkami produkcji, ustanowiony lub uznany przez organizację państwową oraz zabezpieczony jej przymusem”³⁸. Uznaję, że tak zarysowane rozumowanie może godzić we współczesne pojmowanie społeczeństwa obywatelskiego, aprobującego pewne *quantum* wartości, afirmującego kulturę kompromisu i zasadę demokratycznego państwa prawnego, w którym prawo, w tym zwłaszcza konstytucja, stanowią wartości samoistne. Dodać można, że przy takim rozumowaniu nie ma właściwie miejsca na „przyporządkowanie” interesu państwa i kojarzenie jego racji stanu z istotnymi ograniczeniami oraz, czego wielu nie zauważa, z korzyściami wynikającym z członkostwa w organizacji ponadnarodowej. Tradycyjnie pojmowane państwa pozostają podmiotami stosunków geopolitycznych, zaś „polityczność” determinuje stosunki wewnętrzne i międzypaństwowe³⁹.

W ujęciu C. Schmitta mieliśmy do czynienia z istotnym odróżnieniem konstytucji (*Verfassung, verfassungsgebende Gewalt*) od ustawy konstytucyjnej (*Verfassungsgezet, verfassungsandernde Gewalt*). Konstytucja powstaje jako akt władzy ustrojodawczej i określa formę oraz rodzaj politycznej jedności narodu, który rozstrzyga **o podstawach porządku politycznego państwa** [podkreśl. J.C.], przy czym „forma i polityczna jedność narodu” to nic innego, jak podstawowe rozstrzygnięcia ustrojowe państwa (*existentiellen Grundentschiedungen*)⁴⁰.

Podmiotem władzy ustrojodawczej jest natomiast naród pojmowany jako świadoma swojej tożsamości jedność polityczna lub inny podmiot, który „dysponuje wystarczającą władzą i autorytetem”, żeby jego wola stała się podstawą fundamentalnych decyzji. Naród odnajduje swój byt w jedności politycznej zdolnej do przesądzania o atrybutach państwa. Władza ustrojodawcza jest w istocie nieograniczona w swoich decyzjach, ponieważ miała charakter pierwotny oraz jest jednolita i niepodzielna. Tymczasem ustawa konstytucyjna to wyraz konkretnych rozwiązań prawa materialnego lub proceduralnego, które mają wymiar wtórny do postanowień ustrojodawcy i mogą być zmieniane w trybie przewidzianym przez konstytucję. Podstawą obowiązywania ustawy konstytucyjnej jest więc sama konstytucja, która wyznacza też ramy dla jej szczególnych postanowień⁴¹. W kontekście założeń takiego rozumowania nasuwa się, postulowana w doktrynie, myśl o potrzebie wyróżnienia grupy zasad jako podklasy norm konstytucyjnych, które wyznaczają

³⁷ *Ibidem*, s. 119–120.

³⁸ S. Ehrlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Wyd. PWN, Warszawa 1971, s. 34.

³⁹ Dla części niemieckiej opinii publicznej zdumiewające było wyraźne, aprobujące odwołanie się J. Kaczyńskiego do filozofii politycznej C. Schmitta w wywiadzie dla „Frankfurter Allgemeine Zeitung” [za:] A. Krzemiński, *Czerwoni się czerwienią*, „Polityka” nr 7/2017.

⁴⁰ Por. M. Bożek, *Władza ustrojodawcza w konstytucjonalizmie niemieckim*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2013, s. 65.

⁴¹ *Ibidem*, s. 63.

„tożsamość państwa”, wśród których uwagę zwracają zasady państwowości, demokracji i państwa prawnego⁴².

4. Na całkowicie odmiennych założeniach opierała się koncepcja wypracowana przez A. Merkla i H. Kelsena. Prymat konstytucji wyrażającej normy podstawowe dla państwa i społeczeństwa oznaczał, że w zakresie, w jakim określa ona istotne elementy trybu ustawodawczego, działalność ustawodawcza w relacji do konstytucji jest „stosowaniem prawa”. W relacji do rozporządzeń i innych aktów hierarchicznie niższych od ustawy działalność taka jest już „tworzeniem prawa”. Droga, którą prawo przebywa od konstytucji do czynności egzekucyjnych staje się drogą „postępującej konkretyzacji”. Chociaż podstawową doniosłość ma zgodność ustaw z konstytucją, to wszelkie akty prawne, sytuowane hierarchicznie, muszą być zgodne z konstytucją⁴³. H. Kelsen podejmował rozważania na temat istoty konstytucji, przyjmując, że szczebel ustawy może być zbędny w warunkach dostatecznej precyzji norm konstytucyjnych, podobnie ustawa może mieć taki kształt, że niepotrzebne będzie rozporządzenie. Dopuszczał także wydawanie rozporządzeń z mocą ustawy przez rząd. Eksponował rangę instytucjonalnych gwarancji prymatu konstytucji i kreślił pożądany zakres właściwości sądu konstytucyjnego, przy czym wykluczał kognicję sądu konstytucyjnego względem aktów władzy sądowniczej oraz przedstawił postulat tworzenia sądownictwa administracyjnego⁴⁴. Twierdził, że „dopóki dana konstytucja nie ma gwarancji «unieważalności» niezgodnych z nią norm, dopóty z technicznoprawnego punktu widzenia nie ma ona charakteru aktu o pełnej mocy wiążącej”⁴⁵. H. Kelsen wyróżniał gwarancje podmiotowe, przedmiotowe, prewencyjne i represyjne. Szkole wiedeńskiej zawdzięczamy także rozróżnianie aktu nieważnego *ex tunc* oraz aktu wzruszalnego⁴⁶. Zatem akt jest nieważny, gdy jego jedynie subiektywnym sensem jest uznanie za akt prawny, ale nim nie jest, ponieważ nie spełnia warunków przewidzianych przez normy wyższego szczebla, a zatem dokonując go, naruszono wyznaczone prawem reguły jego dokonywania. Istota konstrukcji porządku prawnego opiera się na oczywistym założeniu, że każdy akt prawny wywodzi swoje obowiązki z prymatu norm konstytucyjnych oraz porządek ten opiera się o instytucjonalne i proceduralne gwarancje zachowania możliwości eliminacji każdego aktu, który jest niezgodny z konstytucją.

Odnosząc się do powyższych uwag, np. tak zwane ułaskawienie w formule abolicyjnej, dokonane przez prezydenta A. Dudę, w moim przekonaniu było aktem „nieprawym”, ponieważ powołując się na art. 7 konstytucji, naruszało zarówno łącznie interpretowane normy konstytucyjne (art. 139 w związku z art. 126 ust. 3), jak i ustawowe⁴⁷.

⁴² K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wyd. UJ, Kraków 2007, s. 284–304.

⁴³ H. Kelsen, *op. cit.*, s. 16–17.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 37–47.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 63.

⁴⁶ S. Wronkowska, *O wadliwych aktach normatywnych w ujęciu wiedeńskiej szkoły teorii prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 207 i n.

⁴⁷ Por. art. 560–568 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1749). Można także stwierdzić niezgodność art. 564 § 4 k.p.k. z art. 51 ust. 3 konstytucji.

Gdyby odwołać się do H. Kelsena, nie byłby to zatem akt prawny i nie byłoby potrzeby, aby autorytatywnie stwierdzać jego nieważność, „pozbawić właściwości”, którą sobie usurpuje⁴⁸.

H. Kelsen powoływał argumenty polityczne, aby uzasadniać skuteczne gwarancje zgodności prawa z konstytucją. Uznawał, że w republice, w której władza prawodawcza należy do demokratycznie wyłonionego parlamentu, istnieje niebezpieczeństwo, że większość parlamentarna narzucać będzie swoją wolę mniejszości. Dlatego legitymizacją władzy sprawowanej przez większość jest zgodność jej działań z prawem, zwłaszcza z konstytucją. Konstytucja i zasada konstytucjonalizmu spełniają podstawową rolę w zakresie skutecznego zapobiegania dyktatowi **doraźnej większości** [podkreśl. J.C.] i sprzyjają poszukiwaniu kompromisu między ugrupowaniami politycznymi. W tym kontekście przedstawiał wizję sądu – strażnika tradycyjnie, tj. liberalnie, pojmowanej demokracji, w której władza prawodawcza jest ograniczana przez procedury oraz niewzruszalne prawa jednostek⁴⁹.

Współcześnie nasuwa się myśl, że koncepcja A. Merkla i H. Kelsena nie w pełni koresponduje z aktualnymi wyzwaniem stającymi przez teoretykami prawa i praktykami je stosującymi. Podstawową przyczyną jest multicentryzm ośrodków prawodawczych i zmiana paradygmatu w stosowaniu prawa⁵⁰. Mam na myśli jednoczesne położenie akcentów zarówno na więzi treściowe, jak i formalne między normami. Oba ujęcia – dynamiczne i statyczne – muszą być brane pod uwagę jako punkty wyjścia przy wykładni konstytucji i aktów podkonstytucyjnych. Konieczne staje się odstąpienie od pojmowania systemu prawnego wyłącznie poprzez hierarchiczny układ norm. Dlatego niedopuszczalna staje się interpretacja „ośrodka politycznego” zakładająca, że do oceny ustawowej zmiany pozycji TK wystarczający jest art. 197 Konstytucji. Pomija się normy wynikające z art. 10, art. 173, art. 194 oraz z art. 195 ust. 1, które ograniczają istotnie możliwości ustawodawcy.

5. Mając na uwadze powyższe stwierdzenia, należy krótko zasygnalizować jeszcze trzy problemy. Po pierwsze, potrzebę faktycznej zmiany (nowelizacji) obowiązującej konstytucji w drodze ustawy o zmianie konstytucji, która nie doprowadzi do istotniejszych kontrowersji⁵¹. Po drugie, należy przeciwstawiać się ewentualnej rewizji pojmowanej jako kwalifikowana zmiana podstawowych jej zasad określanych jako kształtujących tożsamość państwa. Po trzecie, uwagę zwracają doniosłe i złożone **zjawiska obchodzenia** konstytucji⁵². Ostatnie zjawiska są zdecydowanie niebezpieczną i niepożądaną konsekwencją niektórych procesów politycznych i zdarzeń prawnych. Zjawiska takie uznają za charakterystyczne w kontekście prymatu polityki nad prawem i zastanawiającego, chociaż raczej nieuświadomionego przez większość polityków, nawiązywania do koncepcji C. Schmitta.

⁴⁸ Zob. *Posłowie* do książki S. Wronkowskiej, *op. cit.*, s. 77.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 86–87.

⁵⁰ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4; M. Matczak, *Summa iniuria; o błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.

⁵¹ W. Brzozowski, *O potrzebie...*

⁵² W. Brzozowski, *Obejście konstytucji...*

6. Poczynione uwagi mogą – paradoksalnie – prowadzić do pewnych optymistycznych konstatacji. Mam na myśli głębokie uświadomienie, nie tylko wśród prawników, doniosłości zasady konstytucjonalizmu oraz standardów demokracji konstytucyjnej (liberalnej), która, chroniąc prawa człowieka, powinna być przeciwstawiana demokracji opartej tylko na zwykłej większości. Pod rządami tej ostatniej „demokracji” mieliśmy przecież w historii do czynienia z władzą, która afirmowała niewolnictwo, apartheid, nazizm oraz faszyzm. Obecnie za demokratyczne można przecież uznać reżimy W. Putina lub A. Łukaszenki, którzy z pewnością cieszą się poparciem istotnej części „suwerena”. Zarazem bezrefleksyjne odwoływanie się do dawnych przedstawicieli doktryny prawa bez koniecznego uwzględniania zmiennego kontekstu czasowego i kulturowego, bez odpowiedniego dystansu, niesie ryzyko wejścia na przysłowiowe „manowce” w polityce i w pojmowaniu prawa.