



**Instytut Spraw
Konstytucyjnych**

prof. UKSW dr hab. Paweł Kaczorowski

Katedra Teorii Polityki i Myśli Politycznej
Wydziału Społeczno-Ekonomicznego
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego

**Epistemologia konstytucji nowoczesnej.
Przegląd podstawowych zagadnień, problemów
i kontrowersji.**

2021

Część historyczna.

„Ślepy na historię prawnik staje się niebezpieczny”. M. Stolleis

1.

Swoista „gorączka konstytucyjna” (W. Schmale) zapanowała w wielu gremiach mieszczańskich, a nawet i kręgach arystokratycznych, pod koniec XVIII wieku, w krajach Zachodniej Europy, zwłaszcza we Francji. Tę, wedle niektórych, całkiem naturalną, skłonność serca i umysłu do prawa i do prawodawstwa rozbudziła twórcza, dynamicznie rozwijająca się i silnie oddziałująca, od dwóch stuleci, racjonalistyczna i humanistyczna myśl Oświecenia. Ale też reagowano w ten sposób na opresyjne, w opinii bardzo wielu, rządy absolutystycznych monarchów dla których poddani byli – jak głoszono – ludźmi pozbawionymi wszelkich praw, za ledwie biernymi obiektami ich działań. Po trzecie wreszcie sprawił to ówczesny, a obejmujący najsilniej właśnie środowiska mieszczańskie, postęp cywilizacyjny i kulturowy, że z większą determinacją zaczęto dążyć do tego, by świat społeczny stał się uładzony, przewidywalny, opisany. Świat taki – jak myślano – będzie stanowił właściwy teren ludzkiej ekspansji, a także adekwatny obszar przedmiotowy dla nowego władztwa, tym razem władztwa rozumu, będzie zatem bardziej ludzki, w tym sensie, że stanie się, z zasady przynajmniej, otwarty, dostępny, zrozumiały.

Ta „gorączkowa” sytuacja doprowadziła w końcu do eksplozji, do przełomu, który przybrał zrazu krwawe oblicze wielkiej rewolucji (wojny domowej), która z francuskiej stała się wkrótce europejską. Jak powiedział Hegel świat trwania, dotąd – jakby się zdawało – prawie nieruchomy, stanął tedy w jednej chwili na głowie i zaczął jawić się jako świat rozwoju. Po tym karkołomnym wyczynie pokój i stabilizację, ład i ograniczoną depolityzację miało przynieść już nie, jak dwa wieki wcześniej, powstanie nowożytnego państwa, ale coś innego: przede wszystkim właśnie uchwalenie i wprowadzenie w życie... konstytucji.

Dlaczego konstytucji? Dlatego, że, patrząc z dalszej perspektywy, jak po Reformacji i wywołanych nią wojnach religijnych pojawił się obok zwaśnionych stron konfliktu „ten trzeci” czyli spoza nich niejako działający – suweren, który potrafiwszy zdobyć władzę zbudował państwo jako środek zapewniający wszystkim pospołu stan pokoju, porządku i bezpieczeństwa, tak po Rewolucji, częściowo przecież tylko udanej, strony konfliktu utworzyły same szczególny układ: społeczeństwo-państwo, i to ten dualizm był epokowym novum, określającym dzieje długiego XIX wieku. To w ramach tego układu konstytucja zyskiwała zasadnicze znaczenie, jako spinająca go klamra.

Obie strony doszły w końcu, po długim okresie wyczerpujących przesileń, do porozumienia, do ugody i porozumienie to zapisały w formie i w treści prawa, nowego prawa, konstytucji prawniczej, pisanej. Tak jak wcześniej nowy twór: suweren państwowy i państwo, tak teraz nowy istotny czynnik: konstytucja, łącząca dualny układ dziejowych potencji – państwa i społeczeństwa – stanowił swoiste remedium na czas kryzysu. Obie bowiem przeciwne sobie partie – partia ruchu i partia jego powstrzymywania - mogły uznać pospołu konstytucję za instancję wobec nich nadrzędną, neutralną, bezosobową, obiektywną, której poddając się, każda ze stron, mogła czynić to bez poczucia przegranej.

Ta bardzo ogólna idea konstytucji – spisanego porozumienia, mająca wiele swoistych, zależnych od okoliczności i warunków, postaci i konkretyzacji, służyła przygotowaniu i ustanowieniu pokoju, który w XIX stuleciu niezmiennie okazywał się stale tymczasowy, chwiejny, był obciążony ryzykiem naruszenia go przez każdą ze stron przy każdej nadarzającej się dlań sposobności.

Tak więc pod koniec XVIII stulecia na kontynencie zachodnio-europejskim pojawia się i szybko ogniskuje uwagę całej aktywnej publiczności politycznej, nowa idea konstytucji, konstytucji jako ustawy, ustawy zasadniczej. Jest ona – w odróżnieniu od dawnej konstytucji, a także od tej znanej po drugiej stronie kanału La Manche – określona poprzez jej ścisły związek z państwem. Państwo bowiem, nowożytne, absolutystyczne stanowiło niezwykłą, nieznaną dotąd w dziejach koncentrację, centralizację władzy, władzy zwierzchniej i dlatego po okresie jej hegemonii, wtedy, gdy już jej działanie usunęło samo (!) powody dla których wcześniej władza ta powstała, „musiało” w końcu pojawić się naturalne dążenie do jej okiełznania, do zniesienia jej bezapelacyjnej nadrzędności, do likwidacji występującej w państwie tym asymetryczności w relacji władania. Społeczeństwo czyli milczący dotąd obiekt panowania państwa zaczęło domagać się akceptacji uznanych przezeń za swoje praw.

Konstytucja stała się w ten sposób jednym z głównych tematów kontrowersji politycznych okresu przed i po Rewolucji i dlatego wiek XIX ty można nazwać nie tylko wiekiem modernizacji, racjonalizacji, postępu, cenzusowego społeczeństwa, parlamentaryzmu i kapitalizmu, ale także epoką konstytucjonalizmu i konstytucji, a szerzej prawa i prawodawstwa (Schnabel, Osterhammel).

*

Różne postaci i różne znaczenia konstytucji pojawiały się w toku nowoczesnej historii konstytucyjnej w wyniku oddziaływania rozmaitych okoliczności, formujących wydarzeń, procesów dziejowych, a także głoszonych poglądów filozoficznych oraz koncepcji teoretycznych, które powstawały w ramach szerokiej debaty toczącej się co najmniej od 1789 roku nieprzerwanie. Spośród wielu pojęć nowoczesnej konstytucji należy, antycypując niejako prowadzone tu rozważania, wskazać dwa z którymi najczęściej była łączona. Jest to po pierwsze konstytucja liberalna czyli silnie ograniczająca państwo, będąca proklamacją wolności i równości jednostki, naturalnych praw człowieka i obywatela, nowożytnej idei emancypacji, a wraz z tym idei reprezentacji politycznej oraz zasady podziału władzy. Po drugie zaś koncepcja konstytucji zawierającej plan metodycznego budowania nowego państwa, państwa jako na wskroś racjonalnej struktury, wielkiego narzędzia, ustrojowego mechanizmu, osoby prawnej.

Warto dodać, że stanowiąca może większe novum pierwsza z dwóch wymienionych czyli tzn. konstytucja wolności, była w ten sposób wyróżniona, iż swe roszczenie do nadrzędności wobec innych uzasadniała tym, że jako głosząca wolność jest dla wszystkich opcji i sił politycznych równie ważna i dostępna, jest na nie otwarta, każdej z opcji daje równą szansę zaistnienia w sferze życia publicznego. Jej „neutralność”, „apolityczność” miała polegać na tym, że niczego nikomu nie narzuca, o niczym nie przesądza i dlatego właśnie jest dla wszystkich. Czyż można bowiem narzucić komuś wolność?

Warto także wskazać na – stopniowo pojawiające się – podstawowe cechy nowej konstytucji. Są nimi (W. Heun): pisemna forma dokumentu, ustanowienie jako sposób powstania, przewidziana możliwość zmiany konstytucji, nadrzędność konstytucji, sądowe zabezpieczenie jej obowiązywania (istniejące od początku tylko w USA), dążenie do objęcia nią całości porządku politycznego oraz ukonstytuowania władzy, ważność ogólna i powszechna konstytucji, ograniczona, a potem pełna, demokratyczna reprezentacja, wreszcie podział władzy i prawa jednostki jako czynniki ograniczające władzę.

Co zaś się tyczy treści norm konstytucyjnych, to sumarycznie tę rzecz ujmując dotyczyły one takich zagadnień i obszarów życia społecznego jak: wybory, porządek prawny, administracja, wymiar sprawiedliwości, siły zbrojne, kościoły i życie religijne, oświata i wychowanie, finanse państwa, gospodarka i opieka społeczna. (Brandt/Kirsch/Schlegemilch)

2.

Powrócić jeszcze trzeba do kwestii powodów dla których, w określonym momencie dziejów Zachodu, na przełomie XVIII i XIX stulecia, idea konstytucji i sama konstytucja stała się tak ważna dla mieszczańskich przedstawicieli europejskich społeczeństw, a także potem dla XIX wiecznych monarchów i arystokratycznych elit. Odpowiedzi na pytanie o swoistość momentu dziejowego w którym pojawia się nowoczesny konstytucjonalizm można sformułować kilka. Są to odpowiedzi różne, ale wobec siebie komplementarne.

Po pierwsze, pojawienie się idei konstytucji pisanej można traktować jako kolejny etap szerszego procesu budowania systemu prawa stanowionego, które już w czasach nowożytnych rozrasta się i obejmuje coraz to nowe obszary państwa i działalności ludzkiej w tym właśnie w końcu także i sferę rządzenia, sprawowania władzy. Wynika to nie tylko z samoistnej dynamiki procesu postępującego legalizowania sfer życia, ale ma też inne rzeczowe powody. Wraz bowiem z ilościowym rozrostem prawa, z wprowadzanymi w życie wielkimi kodyfikacjami - prawa cywilnego i karnego – gdy porządek państwa, obszar jego działalności władczej opisany zostaje coraz bardziej dokładnie i systematycznie przez prawo, wówczas sama pozycja monarchy znajdującego się – jeśli nie liczyć dość nieokreślonych *leges fundamentales* – poza prawem pozytywnym, stanowionym, objętego jeszcze zasadą *princeps legibus solutus*, staje się pozycją szczególną - obcego niejako, na tym prawnym tle, elementu. Jest to nadal punkt podparcia całości, ale jednak coraz bardziej ułamkowy w ramach narostej w wyniku jego działania skomplikowanej, wielowymiarowej struktury porządku państwowego. Nawet jeśli jest to porządek absolutyzmu oświeconego, a monarcha występuje jako pierwszy sługa państwa, to jednak w ramach potężniejącej racjonalistyczno-legalistycznej struktury całości staje się on coraz bardziej tylko pozostałością dawnego, poniekąd minionego już *ancien regime*.

Po drugie, państwo w pewnym momencie samo niejako wymaga konstytucji. Wymaga jej, gdy staje się, potencją dziejową – by użyć określenia Jakoba Burckhardta – tak bardzo już rozwiniętą, z ogromniałą, gdy osiąga taki stopień złożoności, że przerasta wszystkie swoje części, nie daje się sprowadzić do żadnej z nich, ani do władcy, ani do ludu, ani do korporacji, partii, zbioru jednostek, jest wobec nich jeszcze czymś ponad, nadrzędnym, czymś wobec czego każdy z tych elementów jest tylko jego organem (W.Naef). Wtedy właśnie wymaga opisania, objęcia konstytucją. Takie państwo zaczęło się tworzyć w epoce absolutyzmu, ale epoka restauracji bynajmniej procesu tego nie zatrzymała, przeciwnie, powstało w niej państwo

o którym, jak mówił Tocqueville, absolutystyczni monarchowie mogli tylko marzyć.

Po trzecie wreszcie konstytucjonalizm został wyniesiony w górę mocą głoszonych wówczas, a zyskujących szeroki rezonans humanistycznych ideałów. Sam też czerpał szczerze właśnie z optymistycznej antropologii Oświecenia. Przekonanie bowiem, że to nie charyzma przywódcy, nie tradycja ustrojowa, ani też nie suwerenna zwierzchnia władza daje podstawę porządkowi państwowemu, lecz że decydująca jest dlań ludzka wola, wola zbiorowa, opinia publiczna, która sprawia, że rząd staje się government by opinion, government by discussion, to przekonanie musi opierać się na założeniu, że zbiorowość składa się w większości jednak z jednostek odpowiedzialnych, racjonalnych, kreatywnych, doświadczonych i poniekąd chociaż społecznych, ufnych, altruistycznie nastawionych, nie zaś z gruntu egoistycznych, poddających się niekontrolowanym namiętnościom i pożądliwych (H.Dreier).

3.

Wymienione już zostały dwie modelowe koncepcje konstytucji. Oprócz nich powstawały i funkcjonowały w przestrzeni politycznej, publicznej także inne. Można je podzielić na dwa rodzaje: czysto ideowe, abstrakcyjne, obudowane teoretycznymi wywodami i na nich oparte oraz takie, które – ogólnie mówiąc – stanowiły wyraz tzw. real-politik, były wynikiem prób przykrawania idei konstytucji do realiów życia politycznego, do tych realiów, których nie chciano lub nie zdecydowano się zmieniać.

Wśród należących do pierwszego rodzaju wymienić należy oczywiście 1) formułę konstytucji jako umowy społecznej głoszoną przez Jana Jakuba Rousseau, 2) opata z Chartres - Emmanuela Sieyesa projekt konstytucji jako dzieła władzy konstytuującej, 3) koncepcję Francois Guizot wedle której konstytucja to zapisu racjonalnych i dlatego powszechnych i bezspornych zasad, a także 4) ideę konstytucji będącej wyrazem samo-świadomości narodu i aktem samo-ustanowienia narodu jako bytu politycznego.

Do drugiego z kolei rodzaju zaliczyć należy przede wszystkim typ konstytucji okrojowanej, wprowadzanej przez monarchę jako jego akt łaski, ukłon, gest skierowany w stronę społeczeństwa, prócz tego konstytucję jako wyraz dosłownego kompromisu politycznego, a także konstytucję mającą niejako tylko „techniczny” charakter, bo sprowadzoną do kilku ustaw regulujących najważniejsze kwestie sprawowania władzy, ustaw, których zbiór nie zawsze nawet nosił formalnie miano „konstytucji”.

Zarówno jednak teoretycznie opracowane i uzasadnione koncepcje konstytucji, stanowiące ważne propozycje ideowe i intelektualne, a tym bardziej konstytucje powstające ze względów pragmatycznych, pod naciskiem bieżących okoliczności i sytuacji, wszystkie one pojawiały się i występowały w ramach zasadniczego sporu, ostrego konfliktu, który w istotny sposób określał sytuację społeczną i politykę wewnętrzną każdego z państw kontynentalnych, a trwał przez cały długi wiek XIX. Był to oczywiście – najogólniej rzecz ujmując – spór pomiędzy Rewolucją a pozostałościami Ancien Regime, pomiędzy Rewolucją a Restauracją. W tym kontekście nawet teoretycznie ugruntowane idee i ideały konstytucji, zaczynały funkcjonować inaczej niż to przewidywały obudowujące je poglądy, teorie, programy czyli nie tylko i nie zawsze ze względu na swą merytoryczną wartość - słuszność, prawdziwość. Były one mianowicie traktowane często jako zakamuflowane stanowiska ideologiczne, zaangażowane, wręcz walczące, polemiczne lub nawet wrogie wobec dawnego ustroju monarchicznej władzy albo też stanowiska

budowane dla jej poparcia i wykorzystywane dla jej obrony.

Na tle zasadniczej dziejowej kontrowersji wszystkie powstające konstytucje głoszone, dyskutowane, a wreszcie forsowane, zyskiwały wyraźnie znaczenie doraźnie polityczne. Znaczy to, że stawały się one wszystkimi narzędziami polityki, orężem w walce o państwo, o naród, o wartości, o interesy albo o władzę, która zdobyta dawała możliwość dalszego działania. Znaczy to też, że były promowane przez konkretne podmioty polityczne jako wyraz ich dążeń, wyobrażeń o właściwym porządku życia zbiorowego, jako prezentacja ich celów politycznych. Skrywały się więc za nimi partykularne interesy i wola zbiorowa, gremia opowiadające się za czymś i/lub przeciwko komuś.

W wirze polityki, każda prawie konstytucja nabywała więc dodatkowego znaczenia. Wyraził to, jak zwykle zwięźle, kanclerz Bismarck: Keine Verfassung kann ohne Kompromiß existieren. Istotnie, od chwili wybuchu Rewolucji, a zwłaszcza potem, w czasach Restauracji, kolejne opracowywane i uchwalane konstytucje w krajach zachodniej Europy kontynentalnej były – można rzec – kolejnymi zapisami – jak już wspomniano – historycznej ugody, kompromisu zawiązywanego czasowo pomiędzy dwiema walczącymi stronami: społeczeństwem (cenzusowym) a zachowujący pewne prerogatywy państwem.

Konstytucje stanowiły jednak w życiu politycznym novum i posiadały istotny walor, walor ich względnej wprawdzie, ale jednak dość wyraźnej neutralności, ich neutralności jako instytucji prawnej. Stwarzał on szansę na to, że uchwalenie konstytucji doprowadzi do stanu częściowej choćby depolityzacji sytuacji społecznej i do jej stabilizacji. Jednak występując w radykalnie upolitycznionej przestrzeni publicznej, forsowane rozwiązania konstytucyjne miały niezmiennie – co już zostało powiedziane – charakter warunkowy, polityczny. W tej sytuacji wspomnianą szansę można było urzeczywistnić tylko wtedy, gdy konstytucja niosła nadto w swej treści znamiona kompromisu.

I tak często pojawiająca się w I połowie XIX wieku konstytucja okrojona była wyrazem okazanego przez monarchę, nie zawsze jednak całkiem dobrowolnego, uznania dla praw poddanych, dla ich wolności i równości wobec prawa. Była wyrazem woli przyznania im prawa częściowego choćby sprawowania władzy, prawa do wiedzy o państwie, o jego zadaniach i formach działania. Monarcha nadając konstytucję uznawał także za słuszne oczekiwanie społeczeństwa uzyskania niejako pisemnych gwarancji, że dobro publiczne będzie głównym wyznacznikiem polityki wewnętrznej i zagranicznej państwa.

Cechy kompromisu nosiła również konstytucja w ramach tzw. formalnego państwa prawa, którego koncepcję zbudował i upowszechnił Fryderyk Julius Stahl. Konstytucja ta jednak nie miała wobec państwa charakteru ograniczającego, ale przeciwnie, była prawem dostosowanym do państwa, przykrojonym na jego miarę, była jego prawnym odzwierciedleniem. A jednak pozostawała prawem, którego literze władza, jej instancje, administracja musiały dawać posłuch, prawem, którego respektowanie zapewniało państwu nowy, istotny w tej epoce, istotny w oczach opinii publicznej, co podkreślał Stahl, walor – legalność. Przywdziewany jurystyczny kostium miał nadawać „ludzkie”, albo raczej społeczne oblicze państwu – wielkiemu tworowi ustrojowemu - w którym najważniejszym, wedle słów Stahla, pozostawał nadal jednak autorytet władzy.

Gdy zaś różnice w poglądach były zbyt duże, reprezentanci politycznych opcji nieustępliwi lub nie stało umiejętności politycznej dla zbudowania konsensu, wówczas wyjściem kompromisowym było zasadnicze ograniczenie ilości ustaw, do kilku całkiem nieodzownych i uznanie ich za konstytucyjne ze względu na znaczenie jakie miały dla bieżącej praxis sprawowania władzy. Rozwiązanie polegało tu więc także na ugodzie, ale ograniczonej jedynie do koniecznego minimum, tak jak to uczyniono w III Republice Francuskiej.

Bywało też i tak, iż prace konstytuanty poprzedzało starcie, nawet starcie zbrojne, większości politycznej składającej się z różnych, głoszących często rozbieżne poglądy ugrupowań, a jednak skłonnej do stworzenia koalicji, z mniejszością forsującą dezyderaty bardzo radykalne, żądania niemożliwe do spełnienia, a mimo to dążącą do ich realizacji za wszelką cenę.

Część teoretyczno-problemowa.

„Egzystencjalne sytuacje państwa odsyłają wprost do pierwszych założeń, podczas gdy okresy politycznego uspokojenia sprzyjają rozwojowi prawa”, M. Stolleis

W części drugiej opracowania wskazane zostaną wybrane istotne kwestie rozpatrywane przez teorię prawa, a zwłaszcza przez teorię konstytucji.

1.

Ażeby spełnić swoje funkcje, uczynić wiążącymi swe treści konstytucja musi być czymś więcej niż deklaracją, orędziem, projektem politycznym, musi być aktem o charakterze normatywnym, prawem właściwie, obowiązującym prawem. I jest ona prawem, ustawą zasadniczą, dla państwa i w państwie fundamentalną. W ten sposób staje się ona – jako zasadnicza część prawa publicznego – przedmiotem teorii prawa. Jej zagadnienia są wówczas widziane w szczególnej perspektywie tej właśnie dyscypliny, której szybki rozwój od początku XIX wieku, zwłaszcza w Niemczech i we Francji, miał oczywiście związek z następującym tym okresie rozwojem samego prawa stanowionego, istotnym wzrostem jego znaczenia, poszerzeniem zakresu, powstaniem nowych gałęzi prawa, ze specjalizacją i autonomizacją porządku prawnego. Teoria prawa obejmuje bardzo różne teorie, różne pod względem pogładowym, metodologicznym, filozoficznym, różne także ze względu na ich, zwykle dość wyraźny, interdyscyplinarny charakter.

Już samo miejsce prawa konstytucyjnego w systemie prawa stanowi przedmiot kontrowersji. Specyfika prawa konstytucyjnego uwidacznia się w jego ścisłym związku z polityką, a także w zawsze jednak dosyć enigmatycznej relacji istniejącej pomiędzy prawem tym a państwem oraz władzą państwową. Inaczej też, inaczej niż w innych obszarach prawa, rysuje się kwestia ważności konstytucji oraz relacji konstytucji do jej przedmiotu. Specyficzność swą wykazuje także konstytucja jako prawo stanowione, którego dotyczy szczególne zjawisko swoistej w tym obszarze... alienacji.

Chcąc zasygnalizować tylko wymienione kwestie należy powiedzieć, że:

W odróżnieniu od innych praw i gałęzi prawa konstytucja nie (zawsze) jest ustanawiana przez instytucję, przez podmiot prawa publicznego, nie wynika też z prawa wyższego rzędu. Jej legalność polega zatem często na jej... legitymizacji. Kwestię sporną, bo trudną teoretycznie i politycznie, stanowią warunki tejże legitymizacji, jej źródło, rodzaj, zakres oraz to, na czym polega jej trwałość.

Można powiedzieć, że konstytucja pierwotnie jest ustanawiana przez władzę, ale władzę będącą wyjątkową, bo konstytuującą. Czy jednak po uchwaleniu konstytucji władza ta znika, czy też pozostaje, w ukryciu, stale gotowa, by w każdej chwili wystąpić z cienia i zaistnieć znów publicznie? Jaka jest natura tej władzy, czy jest to władza państwowa, czy przed-państwowa, prawna, czy poza-prawna? Kiedy jej ponowne wystąpienie jest... racjonalne, prawowite, i co to znaczy ?

Prawo konstytucyjne jest kreatywne, w szczególny sposób. Gdy bowiem inne gałęzie prawa zastają, w różnej mierze, swój przedmiot, to konstytucja przedmiot swój poniekąd opisuje i kreuje zarazem, odnosi się do niego i tworzy go jednocześnie. Dlatego trudna jest ocena rzeczowej adekwatności rozwiązań konstytucyjnych, ocena tego, czy były one słuszne, czy też zbyt mało czasu pozostawiono konstytucji by słuszność swych regulacji wykazała.

Konstytucja także, jako produkt ludzkiego działania, ulega procesowi swoistej, charakterystycznej dlań i trudnej do oceny pod względem jej racjonalności alienacji (alienation totale – Rousseau). Chodzi o to, że choć konstytucja jest to prawo stanowione czyli będące wytworem podmiotu i wyrazem jego woli prawodawczej, to jednak po uchwaleniu i ogłoszeniu staje się ona zewnętrzną dlań instancją, zespołem nadrzędnych wobec podmiotu stanowiącego, ograniczających, podporządkowujących go norm. W tym sensie staje się wówczas wyobcowaną ze sfery podmiotu, który ją ukształtował... literą prawa, a jej dotychczasowy podmiot staje się teraz jej obiektem.

Osobnym, bardzo poważnym zagadnieniem, ze względu na ustrojową, polityczną wagę norm konstytucji, jest stosowany w niej język, język prawa, swoisty, który niełatwo, jeśli w ogóle, daje się ująć w schematy pojęciowe i kategorie opisujące język naturalny. Chodzi tutaj m. in. o często stosowane w przepisach konstytucji wypowiedzi normatywne, które mają postać wypowiedzi „pozornie opisowych”, „niby powinnościowych”, wypowiedzi w których słowa *jest*, *powinien*, *ma obowiązek*, *musi*, można/daje się jakby stosować zamiennie, co wywołuje oczywiste, a zasadnicze trudności interpretacyjne oraz powoduje, że argumentacja prawnicza często miesza się z interpretacją. (Vide np. kwestie związane z rozumieniem art.2 konstytucji RP)

2.

Wśród bardzo wielu sformułowanych teorii prawa na uwagę zasługuje teoria pozytywistyczna ze względu na swoiste w niej ujmowanie relacji prawa i moralności, a także na powszechność jej występowania, również dziś, mimo wszystkich zastrzeżeń stosujących ją praktyków i teoretyków. Wiele jest odmian, stanowisk w ramach pozytywizmu prawnego, poglądu, który miał i ma wielu apologetów i bardzo wielu krytyków.

Pozytywizm prawny stanowi pewną, jedną z wielu możliwych, interpretację prawa pozytywnego, a nie sprowadza się tylko do twierdzenia, że wyłącznie prawo pozytywne jest prawem. Jego podstawowa (choć nie jedyna istotna) teza głosi, że prawo pozytywne ma własną, swoistą naturę, że jego normy mają charakter autonomiczny, nie są w niczym podobne do innych norm – obyczajowych, moralnych, religijnych. Naturą norm prawnych jest ich... prawnicza powinność, prawnicza normatywność. Stanowią one rodzaj same dla siebie, są normami *sui generis*. Dlatego właśnie tworzą autonomiczną, odrębną sferę rzeczywistości. Tworzą ją zwłaszcza wtedy, gdy stanowią zamknięty system prawa, system którego właśnie konstytucja jest zwieńczeniem, jako dziedziną, która porządek prawny całościowo określa.

Lecz przecież oczywistym i znaczącym jest fakt, że normy prawne zawierają pojęcia etyczne, ideologiczne, religijne, filozoficzne. Są projektami forsowanymi przez ugrupowania polityczne i rozmaite podmioty oraz konstelacje władzy. Normy konstytucyjne wyrażają różne zbiorowe interesy, stanowią wynik zawieranych kompromisów, są pisane podług rozmaitych ideologicznych credo, powstają ze względu na okoliczności, sytuacje polityczne i społeczne, mają określoną otoczkę wydarzeń historycznych. Czy nie ma to dla norm prawnych, dla ich interpretacji, znaczenia? Nie, nie ma, odpowie pozytywista. Prawny sens nie istnieje ani przed, ani poza... prawem, a tylko w ustanowionym i obowiązującym już prawie w którym staje się czymś swoistym i obejmuje sobą mające, różnorodne źródła, treści prawa. Tak więc te różne okoliczności zewnętrzne można i trzeba badać, opisywać, oceniać, ale nie można ich brać pod uwagę, jako mających związek merytoryczny z prawem, jako tego, co miałoby mieć wpływ na interpretację norm prawnych. Okoliczności te bowiem i samo prawo mają całkiem inną naturę, która je dzieli, dzieli z zasady i sprawia, że niemożliwy jest wpływ tych okoliczności na rozumienie i interpretację norm prawnych. Należy więc pomocą intelektualnej operacji, myślowego zabiegu, swoistego epoche, normy prawa oddzielić, wyabstrahować z całokształtu ich społeczno-historyczno-politycznych uwarunkowań, wydobyć je, odłączyć tekst od kontekstu.

Nie jest to wcale czynność nigdzie indziej niespotykana, ani podejmowana tylko w związku z prawem. Przeciwnie, taki zabieg dokonywany jest i w innych sferach działalności ludzkiej. Np. analizując dzieło sztuki, dzieło literackie, a także naukowe, abstrahujemy od przeżyć autora, od jego biografii, nawet od intencji, od otaczających go zdarzeń, wydarzeń, sytuacji, które na pewno miały wpływ na niego i jego twórcze działanie. Podobnie, gdy chcemy przypisać wartość logiczną jakiejś wypowiedzi, tezie, sądowi. Traktujemy go wtedy jako rzecz poddaną jedynie intencji orzekanie, mającą funkcję znaczenia i oznaczania, poddaną prawidłom logiki i metodologii, a nie psychologii albo socjologii. Zabieg więc oddzielania prawa od realiów, tła, warunków, nie jest wyjątkiem. Zresztą prawo, normy prawne, którymi zajmuje się pozytywista, są to już normy wyabstrahowane z kontekstu, bo uznane za uchwalone przez anonimowego, apolitycznego „ustrojodawcę” w którego przeistacza się parlament. Prawo – a właściwie zbiór ustaw – nie ma dla pozytywisty – co trzeba podkreślić – znaczenia aktu podmiotowego, mentalnego, świadomościowego, ale jest istniejącym w niejako meta-świecie (oficjalnym) aktem/faktem.

Jak na tym tle rysuje się kwestia konstytucji? Konstytucja nie jest w ramach pozytywistycznej teorii niczym szczególnym, wyjątkowym. Jest ona po prostu ustawą, wprawdzie zasadniczą, ale ustawą, częścią całego porządku prawnego, a raczej częścią prawa państwowego, a nie czymś mitycznym albo nadzwyczajnym, bo ustanowionym przez władzę konstytuującą. Konstytucja nie jest kompromisem, ani układem, tzn. nie jest tak rozumiana, gdyż nie mogła by wówczas – powiada klasyczny pozytywista prawny Paul Laband –

wiązać ludzi na przyszłość, z pokolenia na pokolenie. Nie jest też ukształtowana wedle jakiegoś polityczno – ideowego wzorca, bo jeśli nawet, to takowy nie ma znaczenia prawniczego, nie ma znaczenia dla prawa. Naprawdę nie ma zresztą czegoś takiego jak „konstytucja”, albowiem istnieje pod tą nazwą tylko zespół norm, którym łącznie, ich sumie można nadawać miano konstytucji. W istocie jednak jest to tylko zespół, wielość norm, nic poza tym, nic ponad to, nie stanowią one swoistej całości, ani odrębnego bytu prawnego. Ten zespół norm nie ma też z góry określonej istotowo wspólnej treści, ani wspólnego, wyodrębniającego przedmiotu. Formalnie tylko zbiór ten wyróżnia to, że utrudniona jest ich zmiana.

Warto tu wyróżnić poglądy Hansa Kelsena, który był w szczególnym sensie przedstawicielem pozytywizmu prawnego. Z jednej strony jeszcze bardziej podkreśla on autonomiczny charakter prawa. Państwo nie jest już dla niego osobą prawną, która poprzez organa władzy wyraża swoją wolę w postaci prawa. Dla Kelsena państwo jest jednością prawa, jednością organizacji, którą opisuje prawo. Państwo nie tworzy prawa, nie samo-ogranicza się prawem, ono po prostu jest prawem. Wraz z tym jednak zmienia się pozycja konstytucji. Zyskuje ona na znaczeniu. Bo skoro prawo ma hierarchiczną budowę, na której opiera się jego ważność przez odniesienie normy niższego do normy wyższego rzędu, to konstytucja okazuje się tym, co pierwsze – normą norm (norma normans). Tylko, że ona sama wymaga także – konsekwentnie - potwierdzenia swej ważności przez odniesienie do normy wyższej, ale wtedy już jedynie do meta-normy, normy hipotetycznej, którą trzeba założyć myślowo. Meta norma jest poniekąd ideą regulatywną czyli koniecznym założeniem, warunkiem obowiązywania całego systemu prawnego. Jest to warunek myślowy, „idealistyczny”, cokolwiek zatem dziwny w kelsenowskiej radykalnie antymetafizycznej, pozytywistycznej właśnie, czystej teorii prawa.

3.

Jeszcze na przełomie XVIII i XIX stulecia zarówno we Francji, jak i w Niemczech w użyciu dość powszechnym były dwa różne znaczenia konstytucji, a mianowicie znaczenie empiryczne i normatywne, konstytucji pojmowanej jako uporządkowana jedność określonej ustrojowej całości oraz konstytucji już właśnie jako prawa, a jeszcze inaczej: konstytucji jako status quo i konstytucji pisanej.

Podstawowym jednak dążeniem nowoczesnego konstytucjonalizmu, ruchu konstytucyjnego było wprowadzenie konstytucji pisanej, ustanowionej w miejsce ustrojowego status quo, ustalonego i utrwalonego przez suwerenną władzę. Albowiem już tylko przez nielicznych uznawany był on za stan konstytucji, przez większość już raczej za niemożliwy dłużej do tolerowania stan jej braku, co miało wedle nich oznaczać: „panowanie” bezład, bezprawia. Z drugiej strony wprowadzenie prawnej konstytucji można było uważać zasadnie za budzące grozę hybris, za isticie rewolucyjną próbę stawiania świata na głowie. Unieważniające stan uprzedni wprowadzenie pisanej konstytucji oznaczało bowiem negowanie ważności dotychczasowego uznawanego za odwieczny porządku, porządku życia określonego przez instytucje, obyczaje, zwyczaje, formy bycia wspólnego, hierarchie, prawa, konwencje, wierzenia, także i krajobraz, porządku realnego, przeżywanego, uświęconego, w którym jednostka czuła swe zakorzenienie. W to miejsce, w miejsce społeczeństwa historycznego, hierarchicznego planowano wprowadzić – jakby to była układanka, gdzie jedno można z dnia na dzień zastąpić drugim – stanu zupełnie nowy i sztuczny, twór społecznego konstrukt – abstrakcyjnych, ogólnych, rozumowych, pozahistorycznych zasad zapisanych na karcie papieru. Uzasadnieniem tak radykalnej, całkowitej zmiany mogła by tylko wspomniana

rewolucyjna gorączka, niezwykle, wyjątkowy stan pobudzenia i napięcia, poczucie nieprzeparłej potrzeby, wręcz konieczności dokonania zasadniczego dziejowego przełomu i stworzenia nowych podstaw życia zbiorowego.

Wcale nie zawsze jednak obie wymienione formy konstytucji traktowane były jako wykluczające się, całkiem przeciwstawne. Skoro bowiem uznawano, choćby tylko milcząco, że każda zbiorowość w jej stanie ustrojowym jest określonym porządkiem (choć nie każda posiada go jako coś, co zostało przez nią świadomie, celowo zaprojektowane i ustanowione), to uchwalenie konstytucji pisanej jest faktycznie przejściem od konstytucji statusowej do konstytucji prawniczej. Jest zatem zmianą konstytucji.

A więc uchwalenie jest... zmianą konstytucji. Skoro tak, to pojawia się pytanie jakie są warunki możliwości tej zmiany? Kto i dlaczego ma do niej prawo? Czyż bowiem zmiana ta, jakkolwiek pojmowane byłoby jej racje, nie może być uznana za działanie arbitralne i odgórne, a więc właśnie takie jakie zarzucano absolutystycznym władcom? Na jakiej podstawie, w czym imieniu ktoś może twierdzić, że ma prawo dokonywać takiego zasadniczego przeobrażenia? Do czego ono doprowadzi? Kto poniesie największe koszty tej przemiany? Jakże one będą? Czy zmiana taka, jeśli miałaby nastąpić, nie jest dopuszczalna jedynie wtedy, gdy nowe zasady będą jednoznacznie i ściśle racjonalne (kto to oceni?) oraz dosłownie powszechne czyli mające poparcie absolutnie wszystkich?

Do nowoczesnej konstytucji, prawnej odnosiły się także formułowane wymagania dotyczące jej istotnej formy i treści. Wielu autorów i wiele grup politycznych uznawało za konieczne wprowadzenie co najmniej dwóch zasad – praw jednostki oraz podziału władzy. Co zaś się tyczy formy, to obowiązywał wymóg formy pisanej – *lex scripta* oraz uroczystego ogłoszenia, upublicznienia konstytucji.

Z każdym z tych wymogów łączyły się istotne kwestie wymagające rozważenia. Pogląd, że do konstytucji należą określone zasady stoi bowiem w opozycji do wiążącej, podstawowej idei umowy społecznej. Umowa ta – synonim wolności politycznej - jest bowiem oczywiście w ten sposób z góry ewidentnie ograniczana, zasadnicze prawdy są bowiem wtedy poza nią – ustalone a priori. Ważność norm konstytucyjnych nie wynika więc z tego, że zostały one razem i wspólnie, przez podmioty indywidualne, uznane i uchwalone, ale z ich samoistnej treści stanowiącej polityczną prawdę samą w sobie. Z drugiej jednak strony można retorycznie zapytać – jak czynił to filozof Friedrich Wilhelm Schelling – czy sprawę konstytucji i jej ważności, konstytucji, która ma być / jest podstawą ustroju, można istotnie pozostawić przypadkowi czyli właśnie umowie społecznej i jej wynikowi?

Za kontrowersyjny może być uznany także wymóg zapisania, nadania jednoznacznej literalnej formy i opublikowania konstytucji. Z jednej strony bowiem przyznanie rangi publicznego dokumentu normom konstytucji, podanie ich do publicznej wiadomości stanowi skuteczny sposób po temu, by treść konstytucji – w odróżnieniu od dawnych *leges fundamentales* - uczynić publicznie pewną, ustaloną, precyzyjnie sformułowaną oraz ogłoszoną wszem i wobec, powszechnie tedy obowiązującą. Ma to sprawić, że będzie ona mogła być stale aktualizowaną treścią obywatelskiej świadomości i również stale aktualnym upomnieniem, ostrzeżeniem dla rządzących, przypomnieniem o ograniczeniach władzy, które nigdy już nie mogą ulec zapomnieniu. Z drugiej jednak strony można wnosić, że wszystkie te zabezpieczające środki dotyczą zawsze tylko czegoś, co samo w sobie, pod względem swej ważności nie jest widocznie – mimo

swego deklarowanego prawno – naturalnego charakteru – ani pewne, ani powszechne, ani oczywiste. Skoro wymaga takich zabiegów, nie jest też dla ogółu obowiązujące – skądinąd przecież na tak długi czas uległo zapomnieniu, nie było uznawane.

Także wspomniane przejście ze sfery wewnętrznie żywionego przez jednostki przekonania do sfery tego, co do stanowi treść publiczną, oficjalnie ważną, a tym bardziej jurydyczną, sama ta zmiana jest bardzo daleko idąca i wiąże się z nią – jak można sądzić – poważne konsekwencje. Można uważać, że wraz z nią następuje u jednostki – właśnie przeciwnie niż się spodziewano – utrata obywatelskiej podmiotowości, że dokonuje się w ten sposób zasadnicze przeistoczenie, że punkt ciężkości ładu publicznego przesuwa się istotnie. To już bowiem nie naturalne, indywidualne, a jednak przez wszystkich potencjalnie żywione przeświadczenie jest tym, co pierwsze i podstawowe, ale coś poniekąd sztucznego i zewnętrznego – prawo, a nawet sama litera prawa. W konsekwencji, sam fakt ogłoszenia normatywnego tekstu jest teraz podstawą obowiązywania zasad politycznych, a nie ich subiektywna albo raczej intersubiektywna, przeżywana wewnętrznie ważność. Na tym tle wyjaśnienie, że zapisy prawa pozytywnego są tylko (!) gwarancjami uprawnień naturalnych może wydawać się nieco pokrętne i niewystarczające. Zwłaszcza, że – o dziwo – to one mają umacniać ważność tego, co było uznawane za od nich pewniejsze – prawa naturalnego.

Kolejny problem dotyczy tożsamości konstytucji pisanej. Można bowiem zapytać, czy słowo *konstytucja* oznacza rodzaj rzeczy, czy też jest to tylko nazwa własna konkretnych aktów prawnych. Czy wielość historycznych konstytucji jest wielością różnych dokumentów opatrzonych akurat taką samą nazwą, która jest w zasadzie jedynym ich elementem istotnie wspólnym. Można oczywiście tę wielość badać tak jak bada się inne przedmioty, fakty, zjawiska i dokonywać na podstawie tych badań uogólnień empirycznych. Być może jednak za wielością form konstytucyjnych stoi jedność ich przedmiotu, jedność bytu idealnego jakim jest sam w sobie ład konstytucyjny. Czy konstytucje powstające w nowoczesnych dziejach, uchwalane tak często od końca XVIII, to wolicjonalne akty, z których każdy jest szczególny i swoisty dla grupy, nadającej sobie pewną formę wspólnego bycia, czy też są to projekty intelektualne, które na głębszym poziomie łączy przedmiotowa jedność uzasadniająca użycie określonej rodzajowej nazwy – *konstytucja*. Stereotypowa teoria prawa konstytucyjnego sprawę tę pomija albo jedność tę milcząco zakłada, gdyż podstawowa tu kwestia: na czym w ogóle polega *proprium* prawa, pozostaje jedną z wielu wielkich niewiadomych w naukach społecznych. Bardziej natomiast filozoficznie podbudowany pogląd założenie to próbuje uzasadnić, wykazać na czym polega istota przedmiotu. Konstytucja nie jest przecież pojęciem naturalnym, wrodzonym, rozumowym, ale nie jest też słowem dowolnie obranym, przypadkowo użytym. Broniąc tezy o tożsamości rodzajowej można wskazywać na to, że mimo wszystko wielość konstytucji nie oznacza wcale ich empirycznej równorzędności. Istnieją wśród nich bowiem takie, które uważane są za pierwsze, a także niejako idealne, wzorcowe. Ponadto każda prawie konstytucja posiada swoją treść substancjalną oraz tę inną, dodatkową, wtórną, zmienną. Ta pierwsza właśnie może implikować istnienie istotowej treści, wspólnej dla wszystkich konstytucji. Wreszcie istnieją także wspomniane wcześniej filozoficznie rozpoznane koncepcje konstytucji, które mogą służyć za abstrakcyjny model i element łączący rozmaite ustawy zasadnicze. To wszystko sprawia, że można mówić niekiedy o nauce o konstytucji substancjalnej, o *Verfassungslehre* (Carl Schmitt).

*

Racjonalistyczną koncepcję nowoczesnej konstytucji powstającej z dnia na dzień, świadomie wytworzonej, uchwalonej w jednym akcie, krytycznie ocenił już Hegel. W swej krytyce odwoływał się do konstytucji jako status quo (vide status, lo stato, der Staat). Doceniał trwałość statusowego ustroju i konkretność składających się nań realiów. Absurdem w jego oczach było więc żądanie, aby uznać go za nieważny, za nieobowiązujący. Szedł jednak jeszcze dalej. Uważał, że konstytucję należy rozpoznać w samej rzeczywistości społeczno-historyczno-politycznej, która jest wytworem czegoś mimo wszystko bardzo realnego, a mianowicie – ducha dziejowego. To właśnie duch dziejowy kreuje stopniowo, w dziejach aktualny byt i tworzy kształt wspólnoty narodowej. Wspólnotowe realia i imponderabilia muszą więc zostać wydobyte z całą pieczołowitością i znaleźć wyraz w zapisach konstytucji, bo to one właśnie są – jako całość – materialnie konstytucją.

Sama tylko – faktycznie dokonana lub zakładana in abstracto - umowa tworzących wspólnotę indywidualiów daje najwyżej podstawę dla Verstandesstaat (państwa z rozsądku), ale nie dla Vernunftstaat (państwa rozumnego) czyli państwa mającego stanowić byt etyczny. Państwo etyczne jest działem organicznego wzrostu, jego egzystencja jest utrwalona, zakorzeniona. Zapewnia ono jednostce (ale jednostce posiadającej daną, określoną, rozpoznaną naturę) możliwość samo-ureczywistnienia, sposobność rozwinięcia naturalnych zadatków, zapewnia wolność do... a także równość nie negującą społecznej hierarchii. Tymczasem Verstandesstaat jest dziełem raczej przypadkowym, mającym podstawę w okazjonalnej zgodności woli niezależnych od siebie jednostek, poniekąd „mechaniczną” wypadkową ich indywidualnych decyzji.

Pogląd Hegla o konstytucji ma dziś nie tylko historyczne znaczenie. Wielu autorów współczesnych wskazuje na to, iż XX wiecna, powojenna demokracja liberalna to wprawdzie jak dotąd dość skutecznie funkcjonujący Verstandesstaat, ale zarazem tylko „chłodny projekt”, któremu właśnie brakuje etyczno – duchowej substancji. Substancja ta zaś jest ważna i potrzebna nie tylko ze względu na wartość jej samej, znaczenie jakie ma dla jednostki, ale potrzebna także dla utrzymania samej liberalnej demokracji jako trwałego i pewnego ustroju oraz – co może ważniejsze – dla obrony państwa przed wrogami i wolności i demokracji. (Bockenforde)

Oprócz Hegla i wielu innych różnicę i istniejące napięcie pomiędzy tym, co - w materii konstytucji - jest wyrazem aktualnej politycznej woli, a tym, co ma obowiązywać stale i mieć trwałą ważność, uczynił problemem Ferdinand Lassalle. Podkreślał znaczenie konstytucji, przyznawał, że jest ona – w połowie XIX stulecia – na ustach wszystkich, że jest wręcz słowem-zakładem. Jednakże – po okresie tzw. Wiosny Ludów i radykalnym stłumieniu rewolucji w krajach niemieckich – za jedyną konstytucję realną uznawał Lassalle aktualny układ sił społecznych, a zwłaszcza faktyczne stosunki władzy. Konstytucja pisana, konstytucja jako prawny dokument jest synonimem legalności, ale realną ważność ma ona – wedle Lassallea – tylko o tyle, o ile odzwierciedla konstytucję realną.

*

Status quo i dezyderaty rozumu politycznego, relacja pomiędzy konstytucją „empiryczną”, a normatywną, znaczenie realnych sił społecznych, historyczny rodowód instytucji, wszystkie te problemy mieści w sobie ogólne zagadnienie relacyjnego napięcia istniejącego, pomiędzy konstytucją a jej przedmiotem czyli zagadnienie tzw. rzeczywistości konstytucyjnej. W konstytucjonalizmie bowiem, zwłaszcza w Niemczech, jak pisał W. Hennis, często milcząco przyjmowane jest założenie, że konstytucja ma obejmować wszystko, co jest relewantne politycznie czyli ma obejmować całość politycznej rzeczywistości. Z drugiej zaś strony całkiem oczywisty jest fakt, że zawsze istnieje pewien, mniejszy lub większy, rozdźwięk pomiędzy konstytucyjnymi normami a polityką w państwie, rozdźwięk, który nie wynika z niedopatrzania samego ustrojodawcy, ani z niedoskonałości legislacji, nie da się też zakwalifikować po prostu jako polityczne bezprawie, jako przejaw lekceważenia przez polityków konstytucji. To stale występujące i rozmaicie przejawiające się, rodzące rozmaite problemy nieprzystawanie, niepokrywanie się systemu norm konstytucyjnych i rzeczywistości działania politycznego zmusza do przemyśleń, do refleksji: czy istotnie należy oczekiwać, że konstytucja będzie opisywać rzeczywiste stosunki w całości i jednoznacznie, szczegółowo i konkretnie. A może jest to ideał niesłuszny, nie dlatego, że dla niedoskonałych ludzi nieosiągalny, ale dlatego, że po prostu fałszywy. Rzeczywistości nie udało się objąć nawet systemem filozoficznym, tym bardziej więc konstytucja nie jest może w stanie zmieścić w sobie, opisać dokładnie całą rzeczywistość, gdy jest to rzeczywistość życia, życia zbiorowego i to w procesie dziejowym.

Czy byt społeczno-polityczny będzie istotnie amorficzny, jeśli nie zostanie uformowany przez normy, czy naprawdę życie społeczne sensu largo, nie jest określoną sferą przedmiotową mającą dla prawa znaczenie? Choć już nie jako dawny stan, stan ustrojowy, ale jednak jako realność posiadająca jeszcze przed konstytucją swoją logikę, posiadająca swoją może ukrytą, ale jednak racjonalność. Czy wystarczy rzeczywiście umówić się, zgodzić, by nadać zapisom konstytucyjnym znaczenie i obowiązującą ważność, czy może raczej prawo konstytucyjne, jak dawne prawo, trzeba odnajdywać, odkrywać, odsłaniać, w materii rzeczy, a nie stanowić? Może należy je właśnie „rozszyfrowywać” – jak to pokazuje w swej teorii znany XX wieczny badacz Erich Kaufmann – w konkretnej, całościowej sferze życia zbiorowego, a potem już niejako tylko wyrazić to, co rozpoznane w treści norm konstytucyjnych. Tak powstająca konstytucja zyskuje walor obiektywnego porządku, trwałości, adekwatności do realiów życia danej zbiorowości, określających jej tożsamość.

W każdym razie problem albo raczej cały zespół problemów dotyczących konstytucyjnej rzeczywistości pojawia się wtedy, gdy dostrzega się te kwestie, które nie pozwalają na przyjmowanie dwóch często automatycznie, bezwiednie czynionych w nauce o państwie i konstytucji założeń, że konstytucja pokrywa zupełnie lub wręcz inkorporuje całą rzeczywistość społeczną i polityczną lub też, że jako prawo jest ona sferą całkiem różną od tego, co – w szerokim sensie – społeczne, historyczne, i co właściwie dla prawa nie istnieje, bo nie ma dlań znaczenia.

*

Omawianą w teorii konstytucji jest także relacja konstytucji do ustroju politycznego. Chodzi o to, czy konstytucja konstruuje całość ustroju, czy też stanowi ona tylko część rozległego ładu ustrojowego,

którym jest – wedle dawnej tezy Ernsta Rudolfa Hubera, a także wedle poglądu współczesnego badacza Petera Haberle – daleko większa niż sama prawnicza konstytucja całość obejmująca charakterystyczny dla danej zbiorowości całokształt historycznych i aktualnych warunków życia społecznego, gospodarczego, kulturalnego i politycznego. Píše Huber w swym monumentalnym dziele, 7 tomowej *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*: „Ustrój to całościowy zakres duchowych potencji i aktywności, społecznych odniesień i wzajemnych relacji, układ mnogich elementów politycznego porządku, suma idei, interesów, instytucji, które we wzajemnej konfrontacji, przenikając się i wyrównując, łączą się stale i wciąż na nowo tworząc rzeczywistość ustrojową danej epoki” (E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, tom 2,s.VII, Stuttgart 1981

*

Wielu teoretyków prawa i konstytucji, np. Carl Schmitt i Max Weber, dostrzega również problem związku pomiędzy państwem a konstytucją. Zawiera się on w pytaniu, które z tych pojęć jest pojęciem wobec drugiego pierwotnym albo inaczej: co w czym się mieści? Sprawa jest ewidentna w przypadku konstytucji okrojowanej. W konstrukcji tej bowiem suwerenna władza państwowa, władza monarchiczna jest bytem poza konstytucyjnym, wprzód istniejącym, ustanawiającym konstytucję, która stanowi dobrowolne, łaskawe samoograniczenie się władzy monarchy na rzecz społeczeństwa. A zatem to w obszarze istniejącego skądinąd i od dawna państwa pojawia się konstytucja regulująca określone sfery życia obywateli. Wszelako, w niektórych przypadkach i tu sprawa przestaje być tak prosta i oczywista, wówczas mianowicie, gdy konstytucja dopuszcza zmianę, ale nie może jej zarządzić i dokonać już sam suweren, a tylko może ona nastąpić wedle trybu przepisanego w samej konstytucji.

Im bardziej zakres unormowań konstytucji ulega rozszerzeniu, przyjmując wręcz postać wielkiego inwentarza wszelkich elementów składowych porządku społeczno-politycznego, tym bardziej państwo jako swoista, odrębna realność jest spychane na margines, staje się poza mnogością norm konstytucji niewidoczne, jest wręcz negowane w swym bycie pozaprawnym. A mimo tego stale w ustroju konstytucyjnym pojawia się pytanie: czy konstytucję należy widzieć na tle państwa, które jest czymś więcej niż ład prawny, czy też państwo należy widzieć jedynie jako agregat elementów ujmowanych przez prawo. Już dla klasycznych autorów - pozytywistów prawnych w II Rzeszy Niemieckiej – państwo było twórcą prawa, którym się samo-ograniczało stając się bytem prawnym – osoba prawną. Georg Jellinek jednak w swej *Allgemeine Staatslehre* (1900) roku stwierdzał, że państwo do prawa się nie sprowadza, że ma dwa oblicza: socjologiczne oraz prawne. Autorzy weimarskiej teorii państwa – Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller, Heinrich Triepel, a także wspomniany już Erich Kaufmann – byli także zdecydowanymi przeciwnikami redukcji państwa do porządku prawa. Ceniony współczesny autor – Josef Isensee – uważa natomiast, iż konstytucję i państwo łączy dialektyczny związek. „Konstytucja jest niezrozumiała bez państwa. Ono jest jej przedmiotem i warunkiem istnienia. To w państwie konstytucja zdobywa ważność i staje się rzeczywista. Zanika, gdy rozpadają się struktury państwa. Konstytucja nie ma znaczenia w failed state. Z drugiej strony nie istnieje państwo bez konstytucji. Konkretne, pojedyncze państwo jest z istoty swej w określony sposób ukonstytuowane”. (J. Isensee, *Staat und Verfassung*)

*

Równie istotną i dlatego tak często omawianą jest kwestia napięć istniejących i powstających niezmiennie na nowo pomiędzy konstytucją a polityką. Poniekąd była już o tym mowa. Prawo konstytucyjne bywało czasem nazywane wręcz prawem politycznym, a więc prawem którego materię stanowi polityka, życie polityczne. Czy zatem opracowanie konstytucji powinno być poprzedzone rozpoznaniem tego, czym polityka jest, aby wiedzieć jak ją poskromić, okiełznać, czy też niezależnie od tego czym ona jest, prawo konstytucyjne powinno móc ją skutecznie determinować, narzucać jej określony sposób obecności, występowania w życiu zbiorowym, wspólnym.

Drogi prawa i polityki zwykle rozchodzą się. Zapisy konstytucyjne można rozmaicie interpretować, często są one bardzo ogólne i dopuszczają wiele możliwych konkretyzacji w praktyce, wiele zapisów konstytucji pozostaje na papierze, nie są stosowane, podejmuje się wiele działań politycznych nie mających sankcji konstytucyjnej, nie wszystko jest w konstytucji uregulowane, zapisy konstytucji bywają naginane do potrzeb praktyki politycznej, sama konstytucja jest dziełem polityki... Not kennt kein Gebot – głosi jedna znana formuła. Inna zaś powiada: Fiat iustitia pereat mundus. Są to stanowiska skrajne. Rozliczne fakty świadczą o tym, że dyskrepancja pomiędzy konstytucją a polityką jest problemem realnym. Jakże jednak wyciągnąć z tego wnioski, jak rozumieć powody tej rozbieżności i jakie miałyby tu być zastosowane środki zaradcze? W odpowiedzi na to pytanie można przedstawić trzy modele (Ulrich K.Preuss) relacji między omawianymi instancjami: albo uznaje się, że polityka to działalność niezborna i irracjonalna, której racjonalną, dopuszczalną postać zapewnia dopiero formujące ją prawo konstytucyjne albo konstytucja musi odpowiadać w pełni naturze tego, co polityczne, a czego lekceważenie prowadziło do politycznych przesileń, a nawet katastrof albo też konstytucja układana powinna być tak, że potrafi – choć to graniczy z cudem – wyzwolić twórcze siły, potencje istniejące w polityce i kreować homogeniczność, budować konsens.

*

Naukowa debata konstytucyjna toczy się nieprzerwanie. Teoretyczne kwestie budzą wciąż poznawczą ciekawość i żywe zainteresowanie. Zarazem ich mnogość i zawichość może świadczyć o tym, że zrozumiały skądinąd zamiar wprowadzenia konstytucji czyli wyposażenie w prawo państwa bynajmniej nie jest prosty w realizacji i nie uczynił on państwa sferą bardziej uporządkowaną, uładzoną, uregulowaną. Problemy po prostu pojawiły się znowu, gdzie indziej i uległy dodatkowym komplikacjom. Wszelako choć debata dotycząca konstytucji i jej dylematów, paradoksów i priorytetów bujnie się rozwija, to czas konstytucjonalizmu wydaje się czasem minionym. Gorączka konstytucyjna nie trawi już tak bardzo społeczeństw europejskich, nawet w nowych państwach. Opracowanie i uchwalenie konstytucji nie jest już raczej postrzegane jako sprawa pierwszorzędnej wagi. (Opracowywanie konstytucji w Polsce A.D. 1997 nie wzbudziło większych emocji społecznych. Być może przegapiono... moment konstytucyjny). Na to zjawisko zwracał wcześniej uwagę Karl Loewenstein, gdy mówił, już w latach 60 tych ubiegłego stulecia, o dewaluacji konstytucji w krajach konstytucyjnej demokracji. Wskazywał na konkretne tego przejawy: brak respektu dla konstytucji u sprawujących władzę, a więc u tych, którzy przede wszystkim powinni jej przestrzegać oraz obojętność okazywaną konstytucji przez masy, nieznamość jej zapisów, niska frekwencja podczas jej uchwalania....

Być może więc rację miał Carl Schmitt twierdząc, że w XX wieku, w epoce pluralistycznej demokracji, w społeczeństwie obywatelskim, masowym nie ma już tego wyraźnego podziału na społeczeństwo i państwo czyli brak jest tej XIX wiecznej społecznej infrastruktury, która czyniła konstytucję zasadną i tak bardzo potrzebną. A może też – jak uważa Ernst Forsthoff – Sozialstaat wypiera coraz bardziej Rechtsstaat lub sprawę konstytucji, dawniej ukierunkowanej na państwo, istotnie komplikuje dziś rozrost funkcji władzy, na co wskazuje Dieter Grimm. Biorąc to pod uwagę można powiedzieć, że sprawdza się, przynajmniej częściowo, prognoza Lorenza von Steina z roku 1850, który zapowiadał, że w demokracji konstytucja zostanie zastąpiona przez załatwiająca bieżące, socjalne zwłaszcza i codzienne obywatelskie sprawy, a zachowującą jeszcze elementy dawnej państwowości administrację, na co zwraca uwagę dziś wnikliwy badacz współczesnego państwa i prawa Horst Dreier.



**Instytut Spraw
Konstytucyjnych**