

Arkadiusz Górnisiewicz

s. 91–118

Filozoficznopolityczne aspekty debaty Hansa Kelsena i Carla Schmitta o państwie, konstytucji i jej ochronie

Philosophical-Political Aspects of the Debate
between Hans Kelsen and Carl Schmitt on the State,
the Constitution, and its Protection

Abstract

Keywords Hans Kelsen, Carl Schmitt, guardian of the constitution, Weimar Germany

The paper aims to present several basic issues in the debate between two prominent representatives of the twentieth-century theory of the state and law: Hans Kelsen (1881–1973) and Carl Schmitt (1888–1985), including in particular the dispute over the understanding of the constitution, protection of the constitutional order, and democracy. The article presents the philosophical-political aspects of the debate, as well as the historical background defining the political context important for its understanding. The course of the dispute over the guardian of the constitution, which flared up in the interwar period in Weimar Germany, is also discussed in detail, with particular emphasis on the period 1928–1932.

Streszczenie

Słowa kluczowe Hans Kelsen, Carl Schmitt, strażnik konstytucji, Niemcy weimarskie

Celem artykułu jest zaprezentowanie kilku podstawowych zagadnień w debacie pomiędzy dwoma wybitnymi przedstawicielami nauki o państwie i prawie: Hansem Kelsenem (1881–1973) i Carlem Schmittem (1888–1985), w tym szczególnie sporu o pojmowanie konstytucji, ochrony porządku konstytucyjnego czy demokracji. W artykule przedstawiono filozoficznopolityczne aspekty debaty, jak również tło historyczne określające kontekst polityczny istotny dla jej zrozumienia. Omówiono także przebieg sporu o strażnika konstytucji, który rozgorzał w okresie międzywojennym w Niemczech weimarskich, ze szczególnym uwzględnieniem okresu 1928–1932.

Debata toczona między dwoma wybitnymi XX-wiecznymi przedstawicielami teorii państwa i prawa: Austriakiem Hansem Kelsenem (1881–1973) i Niemcem Carlem Schmittem (1888–1985) tylko na pierwszy rzut oka skupia się wokół modelu ochrony konstytucji. W gruncie rzeczy sięga ona znacznie głębiej, gdyż dotyczy fundamentalnych zagadnień związanych z samym pojęciem konstytucji, relacją państwa i prawa czy filozofią nowoczesności. W niniejszym tekście staram się zrekonstruować najważniejsze argumenty formułowane przez obu myślicieli, uwzględniając kontekst historyczny Niemiec weimarskich, w tym zwłaszcza końcowy okres kryzysu republiki w latach 1928–1932, oraz eksponując filozoficznopolityczne, filozoficznoprawne oraz teologicznopolityczne aspekty sporu o strażnika konstytucji.

Teologicznopolityczne tło debaty

Pojęcie teologii politycznej mocno przyłgnęło do nazwiska Carla Schmitta. Za sprawą swych prac, w tym zwłaszcza dwóch książek opublikowanych na przestrzeni kilkudziesięciu lat (*Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności* z 1922 r. oraz *Teologia polityczna II. Legenda o wykluczeniu wszelkiej teologii politycznej* z 1969 r.), wydatnie przyczynił się do jego popularyzacji. Samo pojęcie, podobnie jak cały dorobek uznawanego za najmłodszego z klasyków myśli politycznej, pozostaje przedmiotem ożywionych sporów i poddawany jest różnym interpretacjom. Konieczne stają zatem uporządkowanie jego podstawowych znaczeń.

Pierwsze z nich wskazuje na pradawny charakter zjawiska, którego dotyczy, oznacza bowiem doktrynę polityczną opierającą się na uznaniu autorytetu boskiego Objawienia jako ostatecznego fundamentu przyjmowanych tez¹. W takim rozumieniu teologia polityczna jest przeciwstawiana filozofii politycznej, która stawia pytania i poszukuje na nie odpowiedzi na gruncie mądrości czysto ludzkiej. Badacze, którzy starają się dowieść znaczenia katolicyzmu Schmitta dla jego myśli politycznej (np. Heinrich Meier), koncentrują się na tym właśnie znaczeniu teologii politycznej, zaniedbując ujęcie teologii politycznej jako pewnego pola badawczego.

Drugie znaczenie, które eksponuje zwłaszcza *Teologia polityczna* z 1922 r., wiąże się właśnie z pewnego rodzaju programem badawczym mającym na celu opisanie i zrozumienie analogii pojęciowych zachodzących między obszarem teologii a nauką o państwie i prawie. To ten sens pojęcia unaocznia się w słynnym twierdzeniu Schmitta, iż „wszystkie istotne pojęcia z zakresu współczesnej nauki o państwie to zsekularyzowane pojęcia teologiczne”². Przykładami najbardziej znanych analogii teologii i nauki o państwie, według Schmitta, są: monoteizm – monarchia, Bóg – suweren, cud – stan wyjątkowy. W ten sposób wspomniany autor uczynił teorię sekularyzacji kluczem do wyjaśnienia istnienia tych analogii. Jego zdaniem od początku nowożytności mamy

¹ H. Meier, *Czym jest teologia polityczna? Wstępne uwagi na temat kontrowersyjnego pojęcia*, tłum. M. Kurkowska, „Teologia Polityczna” 2003–2004, nr 1, s. 182.

² C. Schmitt, *Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności*, [w:] *idem, Teologia polityczna i inne pisma*, tłum. M.A. Cichoński, Wydawnictwo Znak, Warszawa 2012, s. 77.

do czynienia z *exodusem* prawników (*Der Auszug der Juristen*) z Kościoła i aby tę myśl lepiej wyjaśnić, ujął ją za pomocą pewnej metafory. Oto europejskie prawoznawstwo ma szlachetnych rodziców: jego ojcem jest prawo rzymskie, a matką – Kościół. Po wiekach trudnych sporów, w epoce religijnych wojen domowych, miało dojść do rozstania z matką – Kościołem. „Dziecko zostało przy ojcu, przy prawie rzymskim, opuściło więc domostwo matki. Potrzebowało nowego domu – i znalazło go w instytucji państwa. To nowe mieszkanie było siedzibą księcia, pałacem renesansu czy baroku. Prawnicy czuli się dumni i od teologów ważniejsi³. Schmitt uznał, że tak oto doszło do zmiany obsady – prawnicy wkroczyli na pozycje dotychczas zajmowane przez teologów i odziedziczyli pewne atrybuty *potestatis spiritualis* średniowiecznego Kościoła. Ale ten *exodus* miał specyficzną naturę, polegającą na tym, że uchodzący prawnicy zabrali ze sobą „jawnie lub po kryjomu” wiele świętości. Innymi słowy, dokonali oni sekularyzacji wybranych pojęć teologicznych. „Państwo przystroili się w niektóre symulakry kościelnego pochodzenia. Władza świeckich książąt została uwznioślona za sprawą atrybutów i argumentacji proveniencji duchownej⁴. Jak odnotował Schmitt, pojęcie suwerenności w nowoczesnym państwie prawa bywa często interpretowane (np. John Neville Figgis) jako zsekularyzowane kalwińskie pojęcie Boga razem z charakterystyczną dlań zasadą *princeps legibus solutus*. Znakomitym studium na temat tego rodzaju migracji wątków teologicznych, która dokonywała się nawet jeszcze wcześniej niż u zarania nowożytności, jest dzieło Ernsta Kantorowicza *Dwa ciała króla*⁵.

W niniejszych rozważaniach szczególnie interesuje mnie właśnie to drugie znaczenie teologii politycznej, w przypadku Schmitta będące pewnym wariantem teorii sekularyzacji. Jednakże zagadnienia teologicznopolityczne odnajdujemy także w pismach austriackiego normatywisty, Hansa Kelsena. Jak starałem się wykazać w innym miejscu⁶, Kelsen w pełni zasłużył na włączenie do dyskusji na temat teologii politycznej czy teorii sekularyzacji. Z punktu widzenia celów stawianych przez czystą teorię prawa, krytyka teologicznopolitycznego wymiaru nowożytnej nauki o państwie i prawie stanowiła istotny pretekst jego myślenia.

Co więcej, badanie analogii języka pojęciowego teologii oraz nauki o państwie i prawie pojawiło się w systematycznej formie w pismach Kelsena wcześniej niż w publikacjach Schmitta, a szczególnie zostało wyeksponowane w dwóch jego dziełach: w pracy *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* z 1920 r. czy *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* z 1922 r. Zatem to Kelsen mógłby zgłaszać roszczenie do pierwszeństwa w ukazywaniu zadziwiających związków między teologią a teorią państwa, o ile w ogóle tego typu kwalifikacje mają

³ C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, s. 69 [o ile nie wskazano inaczej, wszystkie obcojęzyczne cytaty zostały przetłumaczone przez autora niniejszego artykułu].

⁴ *Ibidem*, s. 70.

⁵ E. Kantorowicz, *Dwa ciała króla. Studium ze średniowiecznej teologii politycznej*, tłum. M. Michalski, A. Krawiec, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.

⁶ Vide A. Górniewicz, *Totemism of the Modern State. On Hans Kelsen's Attempt to Unmask Legal and Political Fictions and Contain Political Theology*, „Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law” 2020, t. 33, nr 1, s. 49–65.

sens w materiałach, które przecież były znane i poruszane w europejskiej myśli od wieków i przez wielu innych autorów. Kelsen wprowadził nawet pojęcie teologii prawniczej wówczas, kiedy określał pewien typ prawników mianem teologów prawniczych (*Rechtstheologen*)⁷. Sam Schmitt wyraził zresztą uznanie dla Kelsenowskich badań nad związkami teologii i prawa we wspomnianym wyżej dziele z 1922 r. pt. *Teologia polityczna*⁸.

Podejmowana przez Kelsena próba wyjaśnienia analogii w strukturze pojęć teologii oraz nauki o państwie i prawie, ich „zadziwiającego podobieństwa”⁹, nie opierała się jednak – jak u Schmitta – na teorii sekularyzacji, lecz była poszukiwaniem wyjaśnienia przede wszystkim na płaszczyźnie teoriopoznawczej. Kelsen wyszedł od zidentyfikowania dualistycznego charakteru teologii i teorii państwa jako klucza do zrozumienia pochodzenia analogii w strukturze pojęć obu tych obszarów. W świetle pism tego autora można wskazać ich wiele: Bóg z atrybutem wszechmocy – suweren jako najwyższa władza; osobowy Bóg i jego wola – osoba państwa i wola państwa; możliwość pozaprawnego działania organów państwa w stanie wyższej konieczności – teodycea; osoba jako podmiot prawny odróżniony od jednostki w sensie biologiczno-psychologicznym – dusza; jedność polityczna między duszą a Bogiem – jedność polityczna między obywatelem a państwem, anarchizm jako negacja państwa i ateizm jako negacja teologii. Analogie te miały, zdaniem Kelsena, źródło w fundamentalnym dualizmie, który znajdujemy zarówno w teologii, jak i w nauce o państwie i prawie (*Staatslehre*). Dla teologa kluczowe znaczenie ma przemyślenie relacji między Bogiem i światem, dla teoretyka państwa i prawa zaś – rozpoznanie relacji między państwem a prawem. Kelsen wskazał, że „Boska wszechmoc względem natury znajduje swój odpowiednik w analogicznej wszechmocy państwa w dziedzinie prawa. Teologiczny i odpowiadający mu prawniczy dogmat ma ten sam sens. Podczas gdy teologom porządek świata jawi się jako rezultat woli Boga, dla teologów prawniczych porządek prawny jest wolą państwa, która może przyjąć dowolną treść”¹⁰. Można zatem stwierdzić, że w tego rodzaju teorii państwo jest ujmowane jako metaprawna „osoba”, substancja czy wyłączny nośnik zmiennej w swoich funkcjach prawa¹¹.

Mechanizmem, który odpowiada, zdaniem Kelsena, za zaistnienie przywoływanych analogii nie była sekularyzacja, migracja pojęć z jednego obszaru do drugiego (teza genealogiczna), lecz powszechnie występujące w ludzkim myśleniu hipostazowanie.

⁷ H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920, s. 22. Metafizyczne czy teologiczne zainteresowania nie są wyłącznie marginesem w twórczości Kelsena, o czym świadczą tytuły takich prac, jak *Seele und Recht*, *Die Idee des Naturrechts* czy pośmiertnie wydana książka *Secular Religion* (2012), będąca krytyką teorii sekularyzacji w historii idei.

⁸ C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, s. 81: „Podkreślenie metodologicznego powinowactwa między teologią a nauką prawa jest jedną z zasług Kelsena, który czynił to we właściwy sobie sposób od mniej więcej 1920 roku”. Jak zaznacza Schmitt, owe analogie nie są czymś przypadkowym, lecz „wynikają z głębszej refleksji nad historią idei, z wewnętrznej spójności reprezentowanej przez niego teorii poznania oraz z demokratycznego światopoglądu” (*ibidem*, s. 82).

⁹ H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1922, s. 222.

¹⁰ H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität...*, s. 21.

¹¹ H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff...*, s. 222.

Z teoriopoznawczego punktu widzenia wszelkie poznanie dąży do osiągnięcia systematycznej jedności. Mówiąc inaczej, aby zrozumieć dany obszar, zakłada się go jako sensowną całość, a abstrakcyjna idea jedności danego porządku przyjmuje postać antropomorficznej personifikacji. Przykładami takiej personifikacji były, według austriackiego prawnika, zarówno pojęcie Boga (wyraz jedności praw rządzących światem), jak i pojęcie państwa (państwo uosabiające jedność porządku prawnego). Problematyczność personifikacji polegała, w przekonaniu Kelsena, na tym, że jako narzędzie ułatwiające rozumienie wiąże się ona z tendencją do zagubienia swojej pierwotnej pomocniczej funkcji. Wskutek pomieszania sposobu poznania z przedmiotem poznania personifikacja ulega hipostazie, co oznacza, że przedmiot poznania zostaje podwojony i za rzeczywistość brane jest to, co miało jedynie służyć zrozumieniu pierwotnie badanego obszaru. W ten sposób powstaje pozorny problem stosunku między dwoma odrębnymi bytami. Metaprawna osoba państwa miała służyć jedynie lepszemu zrozumieniu jedności porządku prawnego. W wyniku mechanizmu hipostazowania państwo zostało jednak przeciwstawione prawu jako odrębny byt¹². Warto nadmienić, że Kelsen nie miało uwagi poświęcił badaniu głębooko zakorzonego w przeszłości antropomorficznego sposobu myślenia o społeczeństwie, państwie i prawie w postaci nierozróżniania w światopoglądzie ludów pierwotnych natury i społeczeństwa¹³. Ta sięgająca dawnych czasów tendencja zdawała się być, według niego, trwale obecna w nowoczesnej teorii państwa.

Spekulatywne, mistyczne rozważania nad pojednaniem Boga i świata będące przedmiotem teologii nie stanowiły satysfakcjonującego Kelsena rozwiązania w teorii państwa. Jego krytyka była wymierzona w dwustronną teorię państwa, za której teoretyka uchodził np. Georg Jellinek. Kelsen odrzucił proponowane w tej teorii rozwiązanie w postaci pojednania państwa i prawa na gruncie teorii samozobowiązania państwa, czego rezultatem jest państwo prawa (tj. państwo zobowiązujące się przestrzegać porządku prawnego, który samo sobie nadało). Państwo w tej teorii zachowuje dualistyczny charakter i „jako groteskowa baśniowa istota – w połowie prawo, w połowie natura”¹⁴ było przedmiotem dalszej krytyki Kelsena.

Krytyka teologii prawniczej (którą możemy uznać za odmianę teologii politycznej) zmierzała do podważania dominującej dualistycznej teorii państwa i zastąpienia jej pojęciem państwa utożsamionym przez Kelsena z porządkiem prawnym. W drugim wydaniu *Czystej teorii prawa* z 1960 r. austriacki normatywista wciąż podtrzymywał ten sformułowany w latach dwudziestych ubiegłego wieku zasadniczy cel swoich teoretycznych wysiłków polegający na zniesieniu dualizmu państwa i prawa:

Tak jak stwarzający świat Bóg musiał w micie o staniu się człowiekiem przyjść na świat, poddać się prawom świata – a to znaczy porządkowi natury, musiał się narodzić, cierpieć i umrzeć, tak musi państwo w swej nauce o samozobowiązaniu podporządkować się stworzonemu przez siebie prawu. I tak jak droga do prawdziwej nauki natury uwolniona

¹² H. Kelsen, *Bóg i państwo*, tłum. M. Małecka, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 2014, t. 59, s. 361.

¹³ Cf. H. Kelsen, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago 1943, s. 44.

¹⁴ *Ibidem*, s. 232.

zostaje dopiero przez panteizm, który identyfikuje Boga ze światem, a to znaczy z porządkiem natury, identyfikacja państwa z prawem, poznanie, że państwo jest porządkiem prawa, stanowi przesłankę prawdziwej nauki prawa¹⁵.

Odkrycie i przebadanie analogii strukturalnych obu omawianych obszarów miało zatem u Kelsena cel krytyczny, zmierzający do rozbrojenia politycznego potencjału teorii państwa wspierającej się na tego rodzaju analogiach. Takiemu ograniczaniu czy rozbrojeniu teologii politycznej w formie rozpowszechnionej teorii sekularyzacji Kelsen poświęcił kilka prac, a zwłaszcza wydaną pośmiertnie książkę *Secular Religion* (2012). Chodzi o to, jak stwierdził, aby czysta teoria prawa – znosząca dualizm państwa i prawa – „udaremniała polityczne nadużycie błędnej teorii państwa”¹⁶.

Hans Blumenberg, choć w swojej książce o nowoczesności wprost nie odniósł się do austriackiego normatywisty, to wydawał się podążać tropem jego krytyki teologii politycznej. Starał się on wykazać, że podobieństwo języka pojęciowego teologii i nauki o państwie, oprócz aspektu czysto poznawczego, ma także wymiar polityczny. Blumenberg usiłował dowieść, że ów polityczny użytek ze wspomnianej analogii ma miejsce w Schmittańskiej teologii politycznej, a szczególnie za sprawą pojęcia suwerenności. Twierdził on, że teologia polityczna jest teologią metaforyczną: „Quasi-boska osoba suwerena wykazuje się prawowitością i musi się nią wykazywać, gdyż dla niej legalność nie istnieje jeszcze albo już, to ona bowiem ma dopiero albo ponownie tę legalność ukonstytuować”¹⁷.

Kontekst historyczno-polityczny: Niemcy weimarskie i postimperialna Austria

Aby lepiej zrozumieć stanowiska prezentowane przez Schmitta i Kelsena, konieczne jest uwzględnienie specyfiki ustrojowej Niemiec weimarskich i Austrii po rozpadzie cesarstwa Habsburgów. Konstanty Grzybowski, spoglądający na sytuację Niemiec po I wojnie światowej z nieodległej w czasie perspektywy przedstawiciel krakowskiej Szkoły Nauk Politycznych, podkreślał specyficzny charakter niemieckiej rewolucji z 1918 r., zwracając uwagę, iż towarzysząca jej niejednoznaczność ocen (od „ciosu w plecy zadanego armii” Oswalda Spenglera po komunistyczny zarzut, iż była to „pseudorewolucja”) jest następstwem programowej nieokreśloności samej rewolucji. Zrodziła się ona przede wszystkim w wyniku militarnej klęski na frontach I wojny światowej, nie zaś wskutek powszechnego oporu wobec cieszącego się jeszcze niedawno popularnością ustroju monarchicznego. Warto pamiętać, że w 1914 r. także członkowie Sozialdemokratische Partei Deutschlands (dalej – SPD) i przyszły prezydent Friedrich Ebert popierali wojnę. Początkowo była to

¹⁵ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, wstęp A. Bosiacki, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 447.

¹⁶ H. Kelsen, *Bóg i państwo...*, s. 373.

¹⁷ H. Blumenberg, *Prawowitość epoki nowożytnej*, tłum. T. Zatorski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2019, s. 121.

zatem rewolucja „negatywna”, niedookreślona, niejako następczo poszukująca uzasadnień i programu: „w pewnym sensie rewolucja niemiecka zaczęła się dopiero wtedy, gdy – w innym znów znaczeniu – już się skończyła”¹⁸. Nadchodząca wojenna klęska przyspieszyła przemiany polityczne. Mianowany przez cesarza w październiku 1918 r. kanclerz, Maksymilian Badeński stanął na czele większościowego rządu z udziałem SPD i wprowadził pakiet reform ustrojowych, zmierzających do ustanowienia monarchii konstytucyjnej z parlamentarną odpowiedzialnością rządu. Plany utrzymania monarchii natrafiły na trudności wynikające także z postawy samego Wilhelma II, który nie chciał zrezygnować z dominującej pozycji (także za namową kręgów wojskowych)¹⁹. Bunt marynarzy w Kilonii z 29 października 1918 r. szybko rozlał się na cały kraj, zaczęły powstawać liczne rady złożone z robotników, żołnierzy i innych grup zawodowych. Książę Badeński, w obliczu masowych strajków i dziesiątek tysięcy ludzi na ulicach Berlina, ogłosił abdykację cesarza (pomimo początkowego braku zgody monarchy) i 9 listopada przekazał urząd kanclerski przewodniczącemu SPD – Ebertowi. Z balkonu Reichstagu republikę ogłaszał Philipp Scheidemann, a z balkonu zamku królewskiego republikę socjalistyczną – Karl Liebknecht²⁰. 10 listopada cesarz udał się na emigrację do Holandii. Na obradującym w połowie grudnia powszechnym kongresie rad robotniczych i żołnierskich ostatecznie zwyciężyła umiarkowana propozycja SPD o zwołaniu na 19 stycznia 1919 r. wyborów do Zgromadzenia Narodowego, które opracuje nową konstytucję. Prace nad jej projektem prowadzono w Weimarze, co miało symboliczny wydźwięk. Jak odnotował historyk Eric Weitz, „rząd liczył, że «duch Weimaru», symbolu klasycznej, humanistycznej kultury niemieckiej, zyska republice poparcie bardziej konserwatywnych Niemców i sprzymierzonych mocarstw”²¹. Pokonanie bezpośredniego zagrożenia rewolucją komunistyczną otworzyło drogę do ustanowienia liberalno-demokratycznej konstytucji²². Przyjęta 11 sierpnia 1919 r. ustawa zasadnicza ugruntowała zmianę, która dokonała się rok wcześniej, ustanawiając w roli władzy ustrojodawczej zamiast niemieckich suwerennych książąt cały naród, przy zachowaniu federalnego ustroju państwa.

Z punktu widzenia interesującego nas tutaj sporu o strażnika konstytucji szczególne znaczenie posiada fakt powielenia w konstytucji weimarskiej dualizmu, który pojawił się w ustroju niemieckiego cesarstwa po 1871 r. Monarchiczna egzekutywa i quasi-demokratyczny parlament to dwa kluczowe elementy wyznaczające dynamikę ustrojową cesarstwa, której specyficzny charakter wiązał się także z tradycyjną autointerpretacją parlamentu jako reprezentacji narodu w stosunku do państwa lub monarchy. Współistnienie obu zasad politycznych czy źródeł legitymacji (monarchicznej i demokratycznej) wywoływało wiele komplikacji, także teoretycznych. Stąd też – aby uniknąć jednoznacznego

¹⁸ K. Grzybowski, *Powstanie republiki niemieckiej. Szkic polityczno-prawny*, Krakowska Spółka Wydawnicza, Kraków 1929, s. 13.

¹⁹ H. Mommsen, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, The University of North Carolina, Chapel Hill & London 1996, s. 20.

²⁰ E.D. Weitz, *Niemcy weimarskie. Nadzieje i tragedia*, tłum. A. Czwojdrak, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 18–19.

²¹ *Ibidem*, s. 31.

²² K. Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, DTV, München 1978, s. 21.

rozstrzygnięcia, czy suwerenem jest monarcha czy naród – niemiecka nauka o państwie stanęła na stanowisku suwerenności państwa²³.

Konstytucja weimarska, jak podkreślił Christoph Möllers, odtworzyła strukturę podwójnej legitymacji Cesarstwa:

z jednej strony ustanowiła formalnie demokratyczne instytucje, w tym zwłaszcza parlament i zasadę odpowiedzialności parlamentarnej rządu. Z drugiej jednak strony, dla twórców konstytucji, a zwłaszcza Hugona Preuße było czymś oczywistym, iż nastroj antyparlamentarny wymagał odpowiedzi w formie instytucjonalnej. Tutaj znajduje się przyczyna demokratycznego dualizmu konstytucji weimarskiej, która ustanowiła zarówno bezpośredni wybór prezydenta Rzeszy, jak i wprowadziła plebiscyty oraz quasi-populistyczne instytucje²⁴.

Rozumowanie jednego z najważniejszych twórców konstytucji, Hugona Preuße, nosiło ślady tezy (której zwolennikami byli m.in. György Lukács i Helmuth Plessner) o odrębności rozwoju społeczno-politycznego Niemiec, a za sprawą wskazania na pewną pasywność niemieckiego społeczeństwa wobec władzy politycznej²⁵ rzutowało na konkretne rozwiązania instytucjonalne. I choć Plessnerowska teza o „spóźnionym” narodzie niemieckim z racji trwania średniowiecznej z ducha struktury Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego (zlikwidowanego przez Napoleona formalnie dopiero w 1806 r.) blokującego proces modernizacji i tworzenia jednolitego narodu spotkała się z krytyką jako wyrazem linearnego myślenia o historii (słowo „spóźnienie” zakłada bowiem, jak podkreślał Reinhart Koselleck, że istnieje jakiś jeden właściwy model rozwoju dziejowego, swoista teleologia *ex post*²⁶), to jednak faktem pozostaje, że na terenie Niemiec – w odróżnieniu do Anglii, Francji czy Hiszpanii – bardzo długo nie wykształciło się nowożytne scentralizowane państwo i naród państwowy²⁷.

Przyznanie prezydentowi w konstytucji weimarskiej silnej pozycji, wspartej przede wszystkim bezpośrednim wyborem oraz różnorodnymi możliwościami działania w sytuacji nadzwyczajnej (słynny art. 48), postrzega się jako wyraz poszukiwania równowagi ustrojowej (między demokracją parlamentarną a plebiscytową) i próbę uporania się z brakiem niemieckich doświadczeń z parlamentarnie odpowiedzialnym rządem, jak również jako pewnego rodzaju zadośćuczynienie „osieroconemu” przez cesarza narodowi. Nie przez przypadek prezydenta Paula von Hindenburga zwano Ersatzkaiserem.

²³ C. Schmitt, *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, [w:] *idem, Der Hüter der Verfassung*, wyd. 5, Duncker & Humblodt, Berlin 2016, s. 168.

²⁴ Ch. Möllers, *We Are (Afraid of) the People. Constituent Power in German Constitutionalism*, [w:] *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, red. M. Loughlin, N. Walker, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 91.

²⁵ A. Gniazdowski, *Antynomie radykalizmu. Fenomenologia polityczna w Niemczech 1914–1933*, Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, Warszawa 2015, s. 29.

²⁶ R. Koselleck, *Deutschland – eine verspätete Nation?*, [w:] *idem, Europäische Umrisse deutscher Geschichte*, Manutius Verlag, Heidelberg 1999, s. 44.

²⁷ Vide T. Naumowicz, *Naród niemiecki – wspólnota otycznie niewyobrażalna*, [w:] *Państwo a społeczeństwo. Wizje wspólnot niemieckich od oświecenia do okresu restauracji*, wybór T. Naumowicz, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2001, s. 7–65.

Konstytucja weimarska ustanowiła także Trybunał Państwowy (Staatsgerichtshof) do rozstrzygania sporów konstytucyjnych wynikających z federalnej struktury państwa. Jego uprawnienie do kontroli konstytucyjności działań parlamentu i rządu nie było uznawane jednak za oczywiste²⁸.

Stosunek Schmitta do nowo powstałej republiki nie był wcale – jak chcą niektórzy badacze – naznaczony jednoznaczną wrogością przez cały okres jej trwania (jak sugeruje wydany już w innych okolicznościach politycznych tytuł zbioru tekstów tego myśliciela z 1940 r. pt. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*). Stanowisko Schmitta również ulegało wahaniom. I choć ostatecznie przyłgnęła do niego opinia nie tylko wroga republiki, ale i jednego z jej grabarzy, to tym bardziej warto wskazać te wątki, które pozwalają niuansować przypisywaną mu wrogość. Także jego próba obrony istoty konstytucji, przedstawiona w dalszej części tekstu, wskazuje na złożony charakter jego podejścia do weimarskiej demokracji. Dyskusja na temat tego, kto stoi na straży konstytucji w ostatnim okresie istnienia Republiki Weimarskiej, nie ograniczała się do akademii, lecz zyskała konkretne znaczenie polityczne. Szczególnie argumentacja Schmitta spotkała się z żywym zainteresowaniem grona opowiadającego się za wprowadzeniem systemu prezydenckiego, sam Schmitt także udoskonalał i rozwijał własne tezy w celu wsparcia konserwatywnego obozu politycznego, w którego kręgu znalazł się po przenosinach z Bonn do Berlina w 1928 r. Sam fakt objęcia przez niego katedry imienia Hugona Preußa (a więc jednego z ojców niemieckiej demokratycznej konstytucji) w berlińskiej Handelshochschule wskazuje, że nie był on uznawany za wroga republiki²⁹. Dzięki przyjaźni z sekretarzem stanu w pruskim ministerstwie finansów Johannesem Popitzem oraz bliskim Hindenburgowi generałem Kurtem von Schleicherem Schmitt zyskał dostęp do „antyszambrowej władzy”. Z kolei obóz konserwatywny, podpierając się szeroką interpretacją Schmitta prezydenckich uprawnień nadzwyczajnych na podstawie art. 48 konstytucji oraz koncepcją prezydenta jako strażnika konstytucji, odnalazł w osobie tego myśliciela jednego z najbardziej pomysłowych orędowników ugruntowania rządów prezydenckich z pominięciem coraz bardziej podzielonego Reichstagu. Warto pamiętać, że rozszerzającej interpretacji wspomnianego artykułu sprzyjał fakt nieuchwalenia przez Reichstag zapowiedzianych w konstytucji ustaw wykonawczych³⁰.

Sytuacja Austrii po I wojnie światowej pod pewnymi względami może wydawać się analogiczna do Niemiec weimarskich. Jednakże upadek monarchii Habsburgów wiązał się z rozpadem wielonarodowego imperium i ograniczeniem państwowości Austrii do niewielkich rozmiarów obejmujących ziemie zasadniczo etnicznie niemieckie. Lecz uwzględnienie austriackiej państwowości z czasów habsburskich, zdaniem Erica Voegelina, jest bardzo ważne jako kontekst dla zrozumienia Kelsenowskiej czystej teorii

²⁸ Cf. D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 20.

²⁹ Cf. J. Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Princeton 1983, s. 107.

³⁰ Cf. H. Möller, *Weimar. Niespełniona demokracja*, tłum. A. Marcinek, Oficyna Historii XIX i XX wieku, Warszawa 1997, s. 200.

prawa. Voegelin bronił – zaskakującego na pierwszy rzut oka – poglądu, iż konstytucyjne problemy monarchii Habsburgów naznaczyły myśl Kelsena i nadały czystej teorii prawa specyficznie austriacki walor³¹. Austriacką naukę prawa tej doby bowiem charakteryzował właściwie brak studiów nad prawem konstytucyjnym i skupienie się na prawie administracyjnym. Jak zaznaczył Voegelin, Austria w XIX w. pozostawała „Reich”, imperium w dawnym stylu: wielonarodowym państwem z dynastią panującą jako czynnikiem jednoczącym, posiadającym ludy, ale nie naród państwowy (*Staatsvolk*)³². Co więcej, także sam fakt ufundowania Republiki Austrii przez zwycięskie mocarstwa dostarczył sprzyjającego impulsu rozwojowego Kelsenowskiej czystej teorii prawa:

Idea, iż definicja państwa polega na jego utożsamianiu z porządkiem prawnym, rozumianym jako ucieleśnienie norm, znalazła swoje szczególne możliwości rozwoju za sprawą przywołanego zbiegu okoliczności. Utworzenie państwa przez mocarstwo zewnętrzne – w tym przypadku przez konferencję mocarstw ententy – oraz brak w polityce wewnętrznej sił, które byłyby w stanie podjąć decyzję o istnieniu państwa, pozwoliły na wysunięcie się na pierwszy plan norm porządku konstytucyjnego jako elementu jednoczącego ludność na terytorium Austrii do tego stopnia, iż można niemal stwierdzić, że państwo austriackie stanowi przypadek, do którego da się empirycznie zastosować teorię tożsamości państwa i prawa³³.

Zamknięcie się czystej teorii prawa na źródłowe problemy konstytucyjne, na zagadnienie tworzenia konstytucji czy fundowania ładu politycznego, byłoby w teorii Kelsena przejawem wpływu spuścizny austriackiej nauki prawa państwowego, która stroniła od roztrząsania fundamentalnych zagadnień konstytucyjnych, jak również samej genezy powojennej austriackiej państwowości.

Sam Kelsen odegrał rolę w ukształtowaniu ustrojowej formy postimperialnej Austrii: miał wpływ na kształt austriackiej konstytucji i powołanie Trybunału Konstytucyjnego, w którym zasiadał jako sędzia w latach 1921–1929³⁴.

Tło teoretyczne: teoria konstytucji i norma podstawowa

Prezentację najważniejszych argumentów sporu o strażnika konstytucji warto poprzedzić uwagami o pojęciu konstytucji w myśli Kelsena i Schmitta.

Kelsenowskie rozumienie konstytucji rozpatrzę, wychodząc od centralnej w jego dorobku czystej teorii prawa. Jej podstawowe założenia są następujące: opierając się

³¹ E. Voegelin, *The Authoritarian State. An Essay on the Problem of the Austrian State*, [w:] *idem, The Collected Works of Eric Voegelin*, t. 4, red. G. Weiss, tłum. R. Hein, University of Missouri Press, Columbia–London 1999, s. 191–195.

³² *Ibidem*, s. 191.

³³ *Ibidem*, s. 163.

³⁴ A. Bosiacki, *Wstęp*, [w:] H. Kelsen, *Czysta teoria prawa...*, s. 13. *Vide etiam* R. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1969, s. 47–57.

na filozofii Kanta i neokantystów, za zasadnicze uznaje się znaczenie przeciwstawienia powinności (*Sollen*) i bytu (*Sein*), rozumu praktycznego i teoretycznego. Próba ugruntowania samoistności rozumu praktycznego w prawie oznacza, według austriackiego normatywisty, że zostaje ono wyodrębnione ze świata przyrody, w którym panuje przyczynowość. Powinność uobecniająca się w konstrukcji normy prawnej okazuje się zatem wyrazem samoistności prawa i staje się właściwym przedmiotem wiedzy prawnej w odróżnieniu od rzeczywistości społecznej (badanej przez socjologię)³⁵. „Norma bowiem jest «powinnością», akt woli natomiast, którego sens wyraża, jest bytem”³⁶. Teoria prawa Kelsena mieni się czystą, ponieważ chce poznawać jako swój przedmiot wyłącznie prawo i dąży do wyeliminowania z nauki prawa wszystkich elementów, które są w jej ujęciu obce. Jak ujął to sam Kelsen: „będąc teorią, chce tylko poznać swój przedmiot. Próbuje odpowiedzieć na pytanie, czym i jakie jest prawo, a nie na pytanie, jakie być powinno lub jak powinno być tworzone. Jest ona nauką prawa, nie jest polityką prawa”³⁷.

Tworzenie prawa dla Kelsena jest kwestią pozaprawną³⁸. Źródło tego, że teoria austriackiego normatywisty nie podejmuje problemu aktów założycielskich, fundowania porządku prawnego niedającego się wyrazić przecież w kategoriach samego prawa, również można wiązać z jego neokantyzmem. Kantyzm i neokantyzm stanowią odrzucenie prostolinijnego realizmu, zakładającego poznawalność rzeczywistości taką, jaką ona jest. W istocie rzeczywistość sama w sobie (rzeczy same w sobie) jest niepoznawalna, podczas gdy umysł za pomocą właściwych sobie kategorii dopiero konstituuje przedmiot dostępny poznaniu. Neokantowski transcendentalizm unika pochylenia się nad wstępnymi kwestiami ontologicznymi, ponieważ uznaje – jak podkreślił Voegelin – że „pytanie ontologiczne poprzedzające dociekania metodologiczne jest niedopuszczalne”³⁹. Obiekt poznania jest ukonstituowany dzięki kategoriom, a przed ukonstituowaniem się jako przedmiot dla intelektu dzięki tymże kategoriom po prostu nie mógłby być postrzegany. Z wymogu metodologicznego, iż dany obszar bytu może być ujmowany przy wykorzystaniu jednego typu kategorii wywodziła się Kelsenowska krytyka dwustronnej teorii państwa, charakterystycznej dla Jellinka. Państwo zostało zredukowane do jednego tylko z jego licznych obszarów, do fenomenu prawa⁴⁰.

Jak słusznie zauważył Voegelin, można mówić o istotnym wpływie na Kelsena krakowskiego prawnika, Ludwika Gumplowicza (1838–1909), u którego odnajdujemy już propozycję, iż teoria państwa sprowadza się do badania norm prawnych, a wszystkie inne zagadnienia związane z państwem stają się domeną socjologii. Fundamentalna różnica polega jednak na tym, że Kelsen nie był konsekwentnym pozytywistą: gdy bowiem dla Gumplowicza cała rzeczywistość może podlegać jednolitej metodzie naukowej opartej na naukach przyrodniczych, to Kelsen wprowadza rozróżnienie na nauki

³⁵ H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego*, t. 1, tłum. T. Przeorski, Wydawnictwo Akademickiego Koła Prawników Studentów Uniwersytetu Stefana Batorego, Wilno 1935, s. 20.

³⁶ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa...*, s. 60.

³⁷ *Ibidem*, s. 55.

³⁸ H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego...*, s. 30.

³⁹ E. Voegelin, *The Authoritarian State...*, s. 167.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 168–169.

o społeczeństwie i nauki o przyrodzie, przy czym te pierwsze to zasadniczo tylko nauka o normie prawnej⁴¹.

Rozpatrując państwowy porządek prawny w teorii Kelsena, trzeba stwierdzić, że konstytucja jest przez niego pojmowana jako najwyższy stopień porządku prawnego, którego istotą jest zdolność do regulacji swego powstawania. Porządek prawny jest porządkiem hierarchicznym: norma wyższa reguluje powstawanie normy niższej. „Obowiązywanie normy która została wytworzona zgodnie z inną normą, polega – jak pisał – na tej innej normie, której wytworzenie jest określone z kolei przez inną. Regres, który ostatecznie prowadzi do – założonej – normy podstawowej”⁴². Ponieważ poszukiwanie podstawy obowiązywania normy nie może biec w nieskończoność, tzn. musi się zakończyć na założeniu istnienia normy najwyższej (ale nie ustanowionej przez jakiś autorytet, bo ten musiałby polegać na istnieniu jeszcze wyższej normy, lecz rozumianej w sensie transcendentnym, jako warunek możliwości prawa). Jak widzimy zatem, konstytucji w teorii Kelsena nie można utożsamiać z normą podstawową. Konstytucję w sensie pozytywnoprawnym definiuje on z kolei jako „normę pozytywną bądź normy pozytywne, które regulują tworzenie generalnych norm prawnych”⁴³ i jako taka może ona być konstytucją w sensie materialnym (składać się częściowo z norm prawa pisanego, częściowo z norm prawa zwyczajowego) lub formalnym (przyjmując postać dokumentu konstytucyjnego, ustawy zasadniczej).

Poglądy Kelsena zasadniczo różnią się od pozytywizmu Johna Austina, ponieważ za podstawę obowiązywania prawa nie uznał on empirycznej woli suwerena (jego rozkazu). Jak podkreślił ten pierwszy, na pytanie o podstawę obowiązywania prawa „nie można odpowiedzieć stwierdzeniem faktu ontycznego”, zaś „z tego, że coś jest, nie może wynikać, że coś powinno być [...] Podstawą obowiązywania normy może być tylko obowiązywanie innej normy”⁴⁴.

Voegelin, były student Kelsena, tak wyjaśnił istotę Kelsenowskiej normy podstawowej:

Nawet ten pierwotny akt [konstytucja – dop. A.G.], który tworzy pierwszą normę kontekstu [systemu norm – dop. A.G.], musi być delegowany przez normę. Ale ponieważ taka norma nie istnieje, musi zostać zaproponowana jako hipotetyczna przez podmiot poznający. Fikcyjna norma, postulowana przez postrzegającego, deleguje pierwszy akt powstający w rzeczywistości prawa, a wszystko inne wynika z tego pierwszego aktu. „Norma podstawowa” przenosi pochodzenie systemu prawa z „aktu”, z „natury” na „umysł” – nie w „normę”, która byłaby elementem rzeczywistości prawa, ale w normę postulowaną przez poznający podmiot⁴⁵.

Trudności interpretacyjne, jakich nastręcza status normy podstawowej w myśli Kelsena, prowadzą niekiedy do zaskakujących wniosków. Leora Batnitzky wręcz stwierdziła, że plan zupełnego odseparowania czystej teorii prawa od zagadnień teologicznych

⁴¹ *Ibidem*, s. 195.

⁴² H. Kelsen, *Czysta teoria prawa...*, s. 335.

⁴³ *Ibidem*, s. 335.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 295.

⁴⁵ E. Voegelin, *The Authoritarian State...*, s. 177.

nie powiódł się w pełni za sprawą wpływu, jaki na Kelsena wywarły koncepcje filozoficzne Hermanna Cohena. I tak jak norma podstawowa jest dla austriackiego prawnika niezbędną hipotezą, aby czysta teoria prawa mogła zaistnieć, tak w filozofii Cohena Bóg także jest Hipotezą, która czyni możliwą prawdę i wiedzę. Bez tej Hipotezy w ogóle nie da się ustanowić różnicy między tym, co empiryczne a tym, co idealne (czyste)⁴⁶. Zdaniem Batnitzky byłyoby to nieuświadomione teologiczne tło czystej teorii prawa.

W rekonstrukcji Schmittiańskiego pojęcia konstytucji kluczowe znaczenie ma jego praca z 1928 r. pt. *Nauka konstytucji*. Teoria konstytucji tego autora posługuje się odrozdzeniem władzy ustrojodawczej (*pouvoir constituant*) od konstytucji i prawa konstytucyjnego, a także opiera się na demokratycznej teorii władzy ustrojodawczej ludu (charakterystycznej dla myśli francuskiej) i przyjmuje, że istota konstytucji nie znajduje się w ustawie czy normie, ale w fundamentalnej decyzji politycznej dotyczącej politycznej formy państwa podejmowanej (w republice) przez zgromadzenie konstytucyjne i w ten sposób „poprzedza” ustanowienie systemu norm konstytucyjnych⁴⁷:

Konstytucja w sensie pozytywnym powstaje poprzez akt władzy ustanawiającej konstytucję. Akt ustanowienia konstytucji jako taki nie polega na przyjęciu jakichś pojedynczych unormowań, lecz poprzez jednorazową decyzję określa całą jedność polityczną z perspektywy jej szczególnej formy egzystencji. Akt ten konstytuuje formę i rodzaj jedności politycznej, której istnienie się zakłada. Nie jest tak, że dopiero powstaje ona dzięki temu, że „konstytucja zostaje dana”. Konstytucja w rozumieniu pozytywnym zawiera jedynie świadome określenie szczególnego całościowego kształtu, na który jedność polityczna się decyduje. Kształt ten może podlegać zmianie. Można wprowadzić fundamentalnie nowe formy, a mimo to państwo, tj. jedność polityczna ludu, nie przestaje istnieć. Jednak zawsze ten akt ustanowienia konstytucji wymaga podmiotu zdolnego do działania, któremu dana jest wola ustanowienia konstytucji⁴⁸.

Przytoczony fragment bardzo wyraźnie wskazuje odmiennosc pojmowania relacji państwa i konstytucji u obu myślicieli.

Dla Kelsena – jak przekonywał Andreas Kalyvas – nie ma możliwości, aby demokratycznie ustanowiono porządek prawny. Początek w sensie ustrojowym to domena przemocy, rewolucji, heteronomii, niczym nieskrępowanej woli. Nie daje się wyrazić w kategoriach prawnych. Żaden akt założycielski państwa nie może mieć charakteru demokratycznego, ponieważ nie istnieje lud czy naród, który poprzedzałoby państwo. Skoro lud (naród) to kategoria prawna, to konsekwentnie pod nieobecność państwa nie ma też i ludu (narodu). Stanowisko Kelsena przywodzi na myśl Thomasa Hobbesa: powołanie państwa jest zarazem ustanowieniem ludu⁴⁹. Warto pamiętać, że teza Kelsena ma mocny

⁴⁶ Cf. L. Batnitzky, *Kelsen and Cohen from Theology to Law and Back*, [w:] *The Foundation of Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, red. I. Bryan, P. Langford, J. McGarry, Routledge, Milton Park-New York 2016, s. 47.

⁴⁷ C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, tłum. M. Kurkowska, R. Marszałek, Wydawnictwo Teologia Polityczna, Warszawa 2013, s. 57.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 54.

⁴⁹ Vide A. Kalyvas, *The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory*, „Philosophy and Social Criticism” 2006, t. 32, nr 5, s. 586.

charakter: po bliższym zbadaniu pojęcia państwa okazuje się, że nie daje się ono w ogóle zrozumieć bez pomocy pojęć prawnych. Mówiąc metaforycznie, przeświecenie pojęcia państwa odsłania jego prawniczy szkielet.

Z kolei w rozumieniu Schmitta obrona konstytucji oznacza obronę fundamentalnej decyzji politycznej, a mianowicie dotyczącej politycznej formy państwa, ponieważ „istota konstytucji nie zawiera się ani w żadnej ustawie, ani w żadnej normie”⁵⁰. Aby dodatkowo wyjaśnić stanowisko Schmitta w kwestiach konstytucyjnych, należy wskazać pewne podstawowe rozróżnienia pojęciowe. Prawdą jest, że współczesne konstytucje bardzo często zawierają prawo do zmiany konstytucji (rewizji konstytucji), ale błędem byłoby zakładać, że uprawnienie do zmiany konstytucji aktywuje władzę ustrojodawczą. Jako kompetencja uregulowana ustawowo uprawnienie do zmiany ustaw konstytucyjnych (a nie samej konstytucji!) jest ograniczone i „nie może ono rozsądzić ram owego uregulowania w formie ustawy konstytucyjnej, na której się opiera”⁵¹. Schmitt podkreślał, że jest to kompetencja nadzwyczajna, związana kontekstem konstytucji i nie należy jej mylić z pojęciem suwerenności. Jak zaznaczył, „kompetencja kompetencji we właściwym rozumieniu jest czymś innym niż suwerenność”⁵². Dlatego też „nie może istnieć uregulowana procedura, która byłaby wiążąca w kwestii aktywizacji władzy ustrojodawczej”⁵³. Teoria konstytucyjna Schmitta zakłada, że należy wyraźnie odróżnić następujące pojęcia: a) anulowanie konstytucji (usunięcie zarówno istniejącej konstytucji, jak i władzy ustrojodawczej leżącej u jej podstaw, np. przez rewolucję); b) usunięcie konstytucji (zniesienie istniejącej konstytucji przy jednoczesnym zachowaniu leżącej u jej podstaw władzy ustrojodawczej); c) zmiana konstytucji (rewizja, oznaczająca zmianę tekstu dotychczas obowiązujących ustaw)⁵⁴.

Słynne sformułowania Schmitta, iż „pojęcie państwa zakłada pojęcie polityczności”⁵⁵, a „suwerenny jest ten, kto decyduje o stanie wyjątkowym”⁵⁶, wskazują, że w jego myśleniu nie ma możliwości odseparowania polityki od prawa, tj. zredukowania państwa do fenomenu czysto prawnego. Te poglądy sytuują go w długiej tradycji niemieckiej *Staatslehre*, czy szerzej: europejskiej tradycji prawa publicznego, dla której związku prawa i polityki stanowiły przedmiot naturalnego namysłu. To dopiero wpływ pozytywizmu prawniczego (Carla Friedricha von Gerbera, Paula Labanda) przyczynił się do zubożenia problematyki podejmowanej w obrębie *Staatslehre*. Istnieje, zdaniem Schmitta, tendencja, by – zwłaszcza za sprawą liberalnej koncepcji państwa prawa – pojmować władzę państwową jako w pełni zawierającą się w formach prawnych. W rzeczywistości jednak nie unikniemy sytuacji, w których niezbędne staną się decyzje polityczne wymykające się normatywnej klasyfikacji: „Fikcja absolutnej normatywności nie może przynieść innego rezultatu poza tym, że tak fundamentalny problem, jak kwestia suwerenności, pozostanie

⁵⁰ C. Schmitt, *Nauka o konstytucji...*, s. 57.

⁵¹ *Ibidem*, s. 178.

⁵² *Ibidem*, s. 185.

⁵³ *Ibidem*, s. 151.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 179.

⁵⁵ C. Schmitt, *Pojęcie polityczności*, [w:] *idem*, *Teologia polityczna...*, s. 245.

⁵⁶ C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, s. 45.

nadal niejasny. Dla tych nieuchronnych aktów suwerenności stworzono metodę apokryficznych aktów suwerenności⁵⁷. Schmitt nie tylko odrzucał więc normatywistyczny pogląd o autonomii prawa, lecz twierdził wręcz, że nowożytne pojęcie prawa samo wywodzi się z polityczności⁵⁸.

Dwa modele straży nad konstytucją⁵⁹

Kelsen o sądownictwie konstytucyjnym

W 1929 r. Kelsen opublikował pracę pt. *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego* opartą na referacie wygłoszonym w Wiedniu na zjeździe Towarzystwa Niemieckich Profesorów Prawa Państwowego. Wskazał tam, że problem zgodności stanowionego prawa z konstytucją ma szczególne znaczenie dla demokratycznego państwa prawa. Na pierwszy rzut oka myśl o zgodności prawa z prawem może wydawać się karkołomna: „Czy nie mamy do czynienia z rodzajem *petitio principii* – pytał Kelsen – gdy tworzenie prawa chcemy badać za pomocą wzorca, który jest kreowany dopiero wraz z przedmiotem badania?”⁶⁰. Wątpliwość ta jednak zostanie oddalona wraz z uświadomieniem sobie, że porządek prawny państwa ma przecież naturę hierarchiczną i że każdy akt stanowienia prawa jest jednocześnie aktem stosowania prawa. Jest to, jak zauważył normatywista, proces ciągłego stwarzania się państwa na nowo. Ponieważ konstytucja określa tryb ustawodawczy, stąd też działalność ustawodawcza w relacji do konstytucji jest stosowaniem prawa, w relacji do rozporządzenia i niższych aktów natomiast jest tworzeniem prawa. I dalej, rozporządzenie jest stosowaniem prawa w stosunku do ustawy, a tworzeniem prawa w relacji do wydawanego na jego podstawie orzeczenia sądowego lub aktu administracyjnego. Tym samym droga prawa poczynszy od konstytucji ku aktom niższego rzędu jest drogą konkretyzacji⁶¹. Jeśli tworzenie prawa jest zarazem jego stosowaniem, to, zdaniem Kelsena, do owej „reprodukcji” prawa musi odnosić się idea zgodności z prawem. „Gwarancje konstytucyjności są zatem gwarancjami zgodności z prawem szczebli porządku prawnego usytuowanych bezpośrednio poniżej konstytucji. Przede wszystkim chodzi tu o gwarancję zgodności ustawy z konstytucją”⁶². Według Kelsena tylko idea hierarchicznej budowy prawa pozwala zrozumieć pojęcie konstytucji jako najważniejszej zasady określającej ustrój państwa. Aby zapewnić, że ta najwyższa zasada rzeczywiście wyznacza ramy stanowionego prawa, proponuje on rozwiązanie

⁵⁷ C. Schmitt, *Nauka o konstytucji...*, s. 193.

⁵⁸ Cf. M. Loughlin, *Politonomy*, [w:] *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, red. J. Meierhenrich, O. Simmons, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 572.

⁵⁹ W dalszej części artykułu wykorzystałem fragmenty innego mojego tekstu (*vide Spór o strażnika konstytucji. Przypadek weimarski: Hans Kelsen – Carl Schmitt*, „Przegląd Polityczny” 2016, nr 138, s. 65–77).

⁶⁰ H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiewicz, posłowie S. Wrónkowa, Wydawnictwo Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2009, s. 15.

⁶¹ *Ibidem*, s. 15–16.

⁶² *Ibidem*, s. 17.

instytucjonalne w postaci sądu konstytucyjnego jako niezależnego od innych władz organu państwa wyposażonego w możliwość kontroli konstytucyjności ustaw i posiadającego możliwość unieważniania aktów z nią sprzecznych. W innym przypadku – i zdaje się to być jego centralny argument – brak gwarancji unieważnialności prawa sprzecznego z konstytucją musi prowadzić do paradoksalnego wniosku, że ten najwyższy w państwie akt nie jest aktem o pełnej mocy wiążącej⁶³. Z kolei przewaga istnienia takiego scentralizowanego ośrodka kontroli nad kontrolą prowadzoną przez sądy powszechne w indywidualnych przypadkach (tzw. rozproszona kontrola konstytucyjności prawa) polega na zwiększaniu poczucia pewności prawa i jego czytelności z punktu widzenia obywateli (i dlatego też uchylenie normy generalnej powinno raczej odnosić skutek *pro futuro*). Oczekiwanie, że sam parlament uchyli ustanowione przez siebie prawo jest, według Kelsena, wyrazem naiwności politycznej, ponieważ parlament zawsze bardziej czuje się wolnym twórcą prawa niż po prostu organem jego stosowania⁶⁴.

Wśród powodów, dla których doktryny ustrojowe wielu państw niechętnie odnoszą się do idei sądowej kontroli konstytucyjności prawa, austriacki normatywista wskazał na historyczny wpływ rozwiązania znanego z monarchii konstytucyjnej, które – jego zdaniem – wciąż silnie oddziałuje na ustroje demokratyczne i zgodnie z którym już sam wymóg promulgacji prawa uchwalonego w parlamencie przez monarchę stanowi gwarancję jego konstytucyjności. W wielu współczesnych demokracjach podtrzymuje się przekonanie, że promulgacja prawa przez głowę państwa pełni funkcję tego rodzaju zabezpieczenia⁶⁵. Najpoważniejsze tezy, które Kelsen starał się podważyć, głosząc, iż sąd konstytucyjny będzie naruszał suwerenność parlamentu, a nawet narodu oraz że jest on nie do pogodzenia z koncepcją podziału władz, skoro sąd – jako ustawodawca negatywny, zdolny unieważniać ustawy – ingeruje we władzę ustawodawczą. Pierwszy z argumentów Kelsen podał w wątpliwość, wskazując, że postulat zgodności z konstytucją nie różni się od postulatu zgodności z ustawą działań administracji i nikt nie twierdzi, że jest to naruszenie suwerenności. Odnalazł on w tym element dążenia uosabianej przez parlament władzy do sytuacji, w której nie będzie ona skrępowana normami konstytucji. Z kolei odpowiadając na drugie zastrzeżenie, austriacki prawnik wskazał, że historycznie rzecz ujmując, oświeceniowa doktryna podziału władz nie polega na ich zupełnej izolacji, lecz raczej na wykreowaniu mechanizmu kontroli i równoważenia, a więc na tak istotnym w państwie demokratycznym zapobieganiu nadmiernej koncentracji władzy w jednym ręku. Z tego punktu widzenia sąd konstytucyjny podtrzymuje raczej intencje skrywające się za wspomnianą doktryną podziału władzy, niż im przeczy. Niewątpliwie dochodzi tutaj do głosu Kelsenowskie ujęcie demokracji jako ustroju przede wszystkim opartego na kompromisie i zawierającego silny komponent liberalny polegający na ochronie mniejszości przed możliwością tyranii większości. Zatem „jeśli istota demokracji nie polega na nieograniczonej władzy większości, lecz na ciągłym kompromisie między siłami społecznymi reprezentowanymi przez parlamentarną

⁶³ *Ibidem*, s. 63.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 38.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 19.

większość i mniejszość, to sądownictwo konstytucyjne jest środkiem szczególnie przydatnym do urzeczywistnienia tej idei”⁶⁶.

Wbrew formułowanym niekiedy krytycznym uwagom, austriacki prawnik rozpoznał, że sędziowie konstytucyjni są ludźmi, nie zaś wcielającymi prawo automatami pozbawionymi subiektywizmu. Miał on pełną świadomość, jak trudno uniknąć uwikłania się trybunału konstytucyjnego w politykę, dlatego też zaproponował dość zaskakujące rozwiązanie. Zasugerował mianowicie, aby członkowie owego trybunału odzwierciedlali w jakimś stopniu rozkład sił politycznych w parlamencie:

Nie można nie dostrzegać faktu, że również fachowcy – świadomie lub nieświadomie – kierują się motywami politycznymi. Kiedy niebezpieczeństwo to jest szczególnie duże, wtedy lepiej jest raczej dopuścić, zamiast nieoficjalnego i niekontrolowanego wpływu partii politycznych, ich stosowny udział w kształtowaniu składu sądu konstytucyjnego. Część miejsc w sądzie mogłaby być na przykład obsadzana przez parlament w drodze wyboru, z uwzględnieniem proporcji sił poszczególnych partii. Jeżeli pozostałe miejsca są przy tym obsadzane według kryteriów ściśle fachowych, to tak powołani sędziowie mogą w sposób o wiele bardziej nieskrępowany kierować się motywami czysto fachowymi, ponieważ ich polityczne sumienie jest poniekąd uspokojone przez obecność w składzie sądu osób powołanych w celu reprezentowania określonych interesów politycznych⁶⁷.

Ponadto Kelsen zdawał sobie również sprawę, że właściwe funkcjonowanie trybunału konstytucyjnego w dużej mierze zależy od jakości samej konstytucji. Im więcej dana konstytucja zawiera pojęć ogólnych, niewypełnionych konkretną treścią zasad, w rodzaju sprawiedliwości czy moralności, określanych przez niego mianem „politycznej dekoracji konstytucji”, tym większe ryzyko „z pewnością obcego intencjom konstytucji i politycznie wysoce niepożądanego, uszczuplenia władzy parlamentu na rzecz zewnętrznego wobec niego organu sądowego, który może stać się eksponentem zupełnie innych sił politycznych niż reprezentowane w parlamencie”⁶⁸. Wypada tutaj zauważyć, że autor czystej teorii prawa, projektując pewne konkretne rozwiązania ustrojowe, był znacznie bardziej pragmatyczny, niż wolno przypuszczać, wnioskując na podstawie jego metodologicznego dążenia do ścisłego odseparowania prawa i polityki, jakie postuluje czysta teoria prawa.

Schmitt: głowa państwa jako strażnik konstytucji

W 1929 r., czyli rok po publikacji Kelsena, ukazał się artykuł Schmitta pt. *Strażnik konstytucji (Der Hüter der Verfassung)*, rozwinięty następnie w książkę o tym samym tytule, wydaną w 1931 r. Praca ta w żadnym razie nie ograniczyła się do polemiki z Kelsenem, niemniej jednak jest ona szczególnie mocno widoczna w kluczowych momentach argumentacji autora *Pojęcia polityczności*.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 65.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 42.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 54.

Schmitt, konstruując własne uzasadnienie dla rozstrzygnięcia kwestii strażnika konstytucji, starał się systematycznie obalić Kelsenowską tezę o sędzię konstytucyjnym jako najlepszej gwarancji konstytucyjności prawa. Źródeł popularności idei sądownictwa konstytucyjnego, zwłaszcza po wojnie, upatrywał z jednej strony w abstrakcyjnym i błędnym wyobrażeniu na temat państwa prawa, w którym uznaje się za możliwe orzekanie we wszystkich kwestiach państwowych w kategoriach prawnych, a z drugiej we wpływie amerykańskiego modelu ustrojowego z ważną rolą Sądu Najwyższego. Owo rozszerzenie materii podległych sądowej kontroli prowadzi jednak nie tyle do „jurydyzacji polityki, ile do polityzacji sądownictwa”⁶⁹. Schmitt próbował udowodnić istnienie tego zagrożenia i dowieść, że podejmując się rozstrzygania kwestii konstytucyjnych, trybunał konstytucyjny zmuszony będzie porzucić swoją rolę sądu, a stać się sądowym ustawodawcą.

Ponadto Schmitt podważył zasadniczą tezę Kelsena, że hierarchiczna budowa prawa wyznacza pewien spójny system, w którym dokonuje się prostej subsumpcji, czyli podciągnięcia stanu faktycznego pod ogólną normę prawną. W celu utrzymania rozróżnienia ustawodawstwa i sądownictwa, nie jest możliwe – jak chciał tego austriacki normatywista – skonstruowanie nieprzerwanego łańcucha poszczególnych szczebli prawa, biegnącego od konstytucji do wyroku sądowego⁷⁰. Jego zdaniem błąd Kelsena polegał na pomieszaniu różnego rodzaju norm, na posługiwaniu się homogenicznym pojęciem normy, zacierającym fundamentalne różnice między odmiennymi przejawami prawa. Oto bowiem sędzia orzekający na podstawie ustawy, parlament stanowiący prawo czy prezydent korzystający ze swoich prerogatyw nie dają się zaszeregować jako elementy jednolitego pojęcia stosowania prawa. Należy dostrzec zasadniczą różnicę między działaniem organu wykonawczego czy ustawodawczego a sędzią orzekającym w sprawie kryminalnej: w tym ostatnim przypadku kodeks karny niejako z góry rozstrzyga o treści wyroku, rola sędziego zaś polega na podciągnięciu danego stanu faktycznego pod obowiązującą normę. Nie można jednak powiedzieć, że działania prezydenta Rzeszy na podstawie art. 48 konstytucji (o stanie nadzwyczajnym) o udzieleniu pomocy jakiemuś regionowi kraju są analogiczne do wspomnianego działania sądu. W tej drugiej sytuacji nie mamy do czynienia z żadną subsumpcją, pole manewru zaś nie jest – niczym w kodeksie karnym – jednoznacznie określone⁷¹. Kelsenowskie ujęcie zatem zmienia się w

fantazyjną metaforę, kiedy wprowadza się kategorię powszechnej „hierarchii norm” i miesza w tym pojęciu trzy lub cztery rodzaje nadrzędności i podrzędności – „nadrzędność” konstytucji wobec całego życia państwowego, „nadrzędność” ustaw o większej mocy obowiązywania wobec ustaw jej pozbawionych, nadrzędność ustawy wobec wyroku i aktu administracyjnego, nadrzędność zwierzchników wobec podwładnych. Tak naprawdę istnieje tylko hierarchia konkretnie istniejących bytów, nadrzędność i podrzędność konkretnych organów. „Hierarchia norm” jest bezkrytyczną i niemethodyczną antropomorfizacją „normy” i zaimprovizowaną alegorią⁷².

⁶⁹ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung...*, s. 22.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 38, przyp. 2.

⁷¹ *Ibidem*, s. 39.

⁷² *Ibidem*, s. 40, przypis 2 [rozpoczynający się na s. 38].

Trudno o cięższy zarzut z punktu widzenia Kelsena, który poświęcił mnóstwo sił zwalczaniu rozmaitych personifikacyjnych fikcji w teorii państwa i prawa.

Argumentacja Schmitta zmierzała do wykazania, że w materiałach konstytucyjnych, zwłaszcza tych niejednoznacznych i spornych, nie może być mowy o prostym i niebudzącym wątpliwości stosowaniu prawa na zasadzie subsumpcji. Konstytucja, jako wynik kompromisu najczęściej sprzecznych sił, jest nieuchronnie pozbawiona jednoznaczności. Co więcej, może ona także pozostawiać pewne kwestie nierozstrzygniętymi, maskując własną niejednoznaczność. Ten źródłowy brak decyzji twórców konstytucji z pewnością sprzyja powstawaniu sporów konstytucyjnych. Jest to prawdopodobnie nieodzowna cecha konstytucji społeczeństw, które same w sobie posiadają wiele linii podziałów ideologicznych, politycznych i religijnych. Rozstrzygnięcie, która z dwóch sprzecznych norm obowiązuje, nie stanowi rezultatu subsumpcji, lecz decyzji. Argument z hierarchii norm jest więc bezzasadny w sytuacji konfliktu między przepisami samej konstytucji⁷³.

Słusznie można zatem twierdzić, że szczególnie mocny argument Schmitta o nieuchronności polityzacji sądu wynika nie z wadliwości samej instytucji trybunału konstytucyjnego (bądź niewłaściwego sposobu wyboru jego członków), lecz z natury materii konstytucyjnych, które mają podlegać rozstrzygnięciu. Kluczowy argument Schmitta brzmi wobec tego następująco: w przypadku sporu konstytucyjnego często w ogóle nie może być mowy o prostym stosowaniu prawa. Odsłania on nieuchronny – jego zdaniem – decyzyjonistyczny charakter orzecznictwa konstytucyjnego. Schmitt stwierdził, iż nawet w opartym na subsumpcji postępowaniu procesowym odnajdujemy elementy „czystej decyzji, która nie daje się wywieść z treści normy”⁷⁴. Wobec tego decyzyjonistyczny charakter organu rozstrzygającego kwestie o znacznie większym stopniu złożoności i niejednoznaczności musi być odpowiednio większy⁷⁵. Kiedy bowiem usuwa się niejednoznaczność treści przepisu konstytucyjnego, wówczas dokonuje się określenia treści normy i mamy do czynienia nie z sądownictwem, lecz ustawodawstwem, a nawet ustawodawstwem konstytucyjnym⁷⁶. W rozważaniach tych można się dopatrzeć wpływu echa rozmyślań Schmitta z wczesnego okresu twórczości, w którym badał on problematykę nieokreśloności prawa i znajdował się pod wpływem ruchu wolnego prawa (*Freirechtbewegung*), wychodzącego od rozpoznania, że nie wszystkie rozstrzygnięcia prawne są zdeterminowane normami ustawowymi⁷⁷.

Schmitt odnotował argumenty przeciwników centralizacji kontroli konstytucyjności, zwracając uwagę, że rozproszony system kontroli sądowej pozwala uniknąć sytuacji, w której centralny organ mógłby stać się przedmiotem politycznej rywalizacji i na który można wywrzeć wpływ⁷⁸. Podkreślał on, iż „w pytaniu o strażnika konstytucji chodzi o ochronę nadrzędnej normy względem normy podrzędnej. Dla normatywistycznej czy

⁷³ *Ibidem*, s. 44.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 45–46.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 46.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 45.

⁷⁷ Cf. L. Vinx, S. Zeitlin, *Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 5.

⁷⁸ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung...*, s. 23.

formalistycznej logiki problem ten w ogóle nie istnieje, skoro wyższy stopień obowiązywania nie może być zagrożony czy podważony przez niższy, zaś formalistyczne prawo konstytucyjne kończy się tam, gdzie zaczynają się prawdziwe problemy⁷⁹. Żadna norma nie sprawuje kontroli nad inną normą. Argumentacja Schmitta więc zmierza do wykazania przewagi prezydenta w roli strażnika konstytucji, który dysponuje odpowiednimi do tego narzędziami. Schmitt zwrócił bowiem uwagę, że kontrola sprawowana przez trybunał niemal zawsze ma charakter następczy, tj. dokonuje się już po fakcie. Tymczasem zmienna i dynamiczna rzeczywistość zaznaje sytuacji nadzwyczajnych, toteż niekiedy, aby zapobiec, zagrożeniu domaga się natychmiastowej reakcji. O ile sąd konstytucyjny zbiera się, debatuje, a na jego decyzję potrzeba czasu, o tyle prezydent (głowa państwa) jest stale obecny i czuwa, dzięki czemu może zareagować w każdej chwili.

Stosunek Schmitta do ustrojowych rozwiązań konstytucji weimarskiej daje się lepiej zrozumieć, jeśli uwzględnimy konsekwencje procesu demokratyzacji, którego kulminacją były narodziny polityki masowej. Dominująca w XIX w. nauka o państwie naznaczona była fundamentalnym dualizmem: państwa i społeczeństwa. W świetle tej teorii państwo nie stanowiło po prostu ekspozytury społeczeństwa, lecz znajdowało się ponad społeczeństwem. To obiektywny duch przeciwstawiany przez Hegla systemowi potrzeb, czyli społeczeństwu obywatelskiemu. XIX-wieczna nauka o państwie konstytucję pojmowała jako kontrakt między społeczeństwem a uosabiającym państwo monarchą. Wszystko to zmieniło się wraz z ostatecznym triumfem zasady demokratycznej, zgodnie z którą nie ma już możliwości ścisłego rozróżniania państwa i społeczeństwa. Można powiedzieć, że społeczeństwo „przejęło” państwo, czego konsekwencją stało się natychmiastowe upolitycznienie tych obszarów, które pozostawały w relatywnej niezależności od państwa (zatem ekonomii, religii, moralności itd.). Skoro państwo stało się wyrazem społeczeństwa, formą jego samoorganizacji, wówczas każda społecznie doniosła kwestia staje się sprawą wagi państwowej. Schmitt określił ten proces upolitycznienia mianem przejścia do państwa totalnego (terminu tego nie należy wszak utożsamiać z późniejszym pojęciem totalitaryzmu), który jawi się nie tyle jako przeciwieństwo, ile jako skutek demokracji. Posługując się jego typologią rozwiniętą bardziej szczegółowo w książce z 1932 r. *Legalność i legitymacja*⁸⁰, można stwierdzić, że dzieje europejskiego państwa wyznacza rytm przejścia od państwa absolutystycznego, zwanego państwem zwierzchniczym czy rządowym, przez XIX-wieczne państwo neutralne, będące połączeniem państwa rządowego i ustawodawczego, do państwa totalnego znoszącego XIX-wieczny dualizm⁸¹.

Zwróćmy też uwagę na charakterystycznie Schmittowską docieklivość, kto i w jakim celu domaga się gwarancji konstytucyjności. Poruszając to zagadnienie, uwypuklił on zmianę, która dokonała się wraz z postępującą demokratyzacją ustroju. O ile dawniej obawiano się przede wszystkim nadużyć egzekutywy, monarszej dezynwoltury, o tyle współcześnie chodzi zwłaszcza o zagwarantowanie praw mniejszości przed możliwymi

⁷⁹ *Ibidem*, s. 40

⁸⁰ C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, tłum. B. Baran, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2015. Tłumacz, moim zdaniem, niefortunnie wybrał słowo „prawomocność” zamiast „prawowitość” lub „legitymacja” jako przekład słowa *Legitimität*, co gubi specyficzne napięcie, o które idzie Schmittowi.

⁸¹ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung...*, s. 79.

nadużyciami demokratycznej zasady większości. W tym miejscu widzimy kolejny punkt sporu Schmitta z Kelsenem, któremu ten pierwszy zarzucił dosyć powszechnie występujące pomylenie demokracji i liberalizmu. Zauważył złośliwie, że sformułowanie „prawdziwa demokracja” prowadzi do cudownego przekształcenia pojęć, nadania im zupełnie innego sensu⁸². Schmitt najwyraźniej uznał bowiem za demokrację to, co głosi klasyczna oświeceniowa koncepcja demokracji: demokracja to rządy większości, przegłosowana mniejszość zaś po prostu pomyliła się co do treści woli powszechnej, zatem także co do własnej woli. Schmitt dostrzegł, że współczesne demokracje oparte są na zasadzie mieszczańskiej praworządności, która posiada wbudowaną tendencję do ignorowania ludu, „ponieważ cechą swoistą praworządnego ustroju mieszczańskiego jest ignorowanie suwerena, niezależnie od tego, czy jest nim monarcha czy lud”⁸³. Schmitt posłużył się więc argumentem, który powołuje się na demokratyczną legitymację omawianego organu. Wskazał, iż istnienie sądu konstytucyjnego o potężnej sile politycznego oddziaływania („arystokracja togi”) – jako ciała złożonego z fachowców, których nie sposób odwołać – jest trudne do pogodzenia z zasadą demokratyczną⁸⁴.

Jak pokazałem, dla Schmitta konstytucja nie jest po prostu ustawą konstytucyjną, lecz decyzją polityczną narodu odnośnie do swego kształtu ustrojowego, której pisana konstytucja jest wyrazem. Dlatego należy przypuszczać, że między wspomnianą decyzją a instytucjonalnym kształtem strażnika konstytucji zachodzi związek. I tak jest w argumentacji Schmitta. Analizując konstytucję weimarską, Schmitt uznał, że owa fundamentalna decyzja wiąże się z odrzuceniem modelu ustrojowego demokracji parlamentarnej. W instytucji prezydenta wybieranego w wyborach powszechnych dostrzegł on zasadniczy wyraz tej tendencji. Prezydent – w przeciwieństwie do rozdartego partynie parlamentu – uosabia jedność narodu niemieckiego, o której mówi konstytucja, i dlatego najbardziej zasługuje na miano jej obrońcy.

Wyobrażenie neutralnej czy moderującej pozycji prezydenta zyskuje na znaczeniu, gdy uwzględni się fakt, iż XX-wieczne państwo demokratyczne jest przede wszystkim państwem partyjnym. Nawiązując do XIX-wiecznej teorii o monarchicznej głowie państwa jako władzy neutralnej, Schmitt starał się szukać ocalenia państwa przed zagrażającą mu pluralistyczno-partyjną parcelacją. Poszukiwał zatem jakiegoś stałego punktu w ustroju państwa. W myśleniu Schmitta prezydent jawił się niczym oko cyklonu, w którym – jak wiemy – jest przecież spokojnie, jest on bowiem niewzruszonym punktem konstrukcji ustrojowej, bez którego jedność państwa zdaje się niemożliwa. Obraz ten przeciwstawiany jest zagrożeniom, jakie niesie ze sobą partyjne pluralistyczne państwo demokratyczne, które – jak się wydaje – wcale nie straciły na aktualności. Jego negatywne konsekwencje wiążą się nie tylko z niemożliwością istnienia niezależnej od partii służby cywilnej, lecz również z pojawieniem się pluralizmu pojęć legalności, który

niszczy szacunek dla konstytucji i przekształca jej podstawę w niestabilny obszar, pole bitewne dla rozmaitych stron, podczas gdy istotą każdej konstytucji jest wyrażenie

⁸² *Ibidem*, s. 25.

⁸³ C. Schmitt, *Nauka o konstytucji...*, s. 389.

⁸⁴ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung...*, s. 155–156.

niebudzącej wątpliwości politycznej decyzji odnośnie do podstaw jedności państwa. Aktualnie rządzące ugrupowanie czy koalicja, z pełnym przekonaniem o własnej legalności, używa wszelkich prawnych możliwości i zagwarantowuje swoją pozycję władczą, korzystając z każdego państwowego i konstytucyjnego upoważnienia w zakresie ustawodawstwa, administracji, polityki kadrowej, środków dyscyplinarnych i samorządu, z czego wynika naturalnie, iż wszelką poważną krytykę bądź zagrożenie swojej pozycji postrzega jako coś nielegalnego, jako zamach, jako pogwałcenie ducha konstytucji. Z kolei każda dotknięta wspomnianymi metodami rządzenia opozycja, również w najlepszej wierze, twierdzi, że ograniczenie konstytucyjnej zasady równej szansy [zdobycia władzy w przyszłości – dop. A.G.] stanowi najcięższą przewinę względem ducha i zasad demokratycznej konstytucji, odwzajemniając się rządowi tym samym zarzutem nielegalności i niekonstytucyjności⁸⁵.

Polemiki i proces przed Trybunałem Państwowym

Kelsen kontynuował debatę ze Schmittem w pracy z 1931 r. pt. *Kto powinien być strażnikiem konstytucji?* Przypominał w niej, iż w gwarancjach konstytucyjności chodzi o zapewnienie, że władza działając, nie będzie przekraczać granic wyznaczonych prawem. Istnieje zasadniczy konsensus, iż żaden organ nie nadaje się mniej do realizacji zadania kontroli konstytucyjności działań władzy od tego, któremu konstytucja już przyznała jej sprawowanie. Obowiązuje tutaj oczywista zasada, zgodnie z którą nikt nie powinien być sędzią we własnej sprawie⁸⁶. Kelsen wyraził zdziwienie faktem, że Schmitt wykorzystał stary rekwizyt, jakim jest XIX-wieczna nauka o władzy monarchy jako władzy neutralnej (*pouvoir neutre*), do zupełnie nowego celu. Schmitt uczynił z tej „formuły Constanta podstawowe narzędzie interpretacji konstytucji weimarskiej. Tylko z jej pomocą był w stanie dojść do wniosku, iż «strażnikiem konstytucji» nie jest, jak można by wnioskować na podstawie art. 19 konstytucji, Trybunał Państwowy lub inny z trybunałów, lecz jedynie prezydent Rzeszy, w dodatku na gruncie obowiązującej konstytucji, nie zaś po przeprowadzeniu reformy konstytucyjnej⁸⁷. Przeszczepienie idei władzy neutralnej z monarchii konstytucyjnej do republiki jawiło się Kelsenowi jako trudne do obrony. Schmitt twierdził, że zmieniło się główne źródło zagrożenia konstytucji: o ile w XIX w. była nim egzekutywa, o tyle współcześnie płynie ono głównie z parlamentu. Tym samym – jak pisał autor *Czystej teorii prawa* – Schmitt zbagatelizował czy nawet zamskował możliwość naruszenia konstytucji przez prezydenta i rząd, podczas gdy sam spór konstytucyjny, jaki toczył się w Weimarze, dotyczył przede wszystkim konstytucyjności działań egzekutywy na podstawie art. 48 konstytucji⁸⁸. Również przypadek austriackiego sądu konstytucyjnego dowiódł, że wszedł on w zagrażający jego istnieniu konflikt

⁸⁵ *Ibidem*, s. 90.

⁸⁶ H. Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, [w:] *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, red. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, t. 2, Verlag Österreich, Wien 2010, s. 1534.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 1537.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 1539.

nie z parlamentem, lecz z rządem⁸⁹. Neutralność głowy państwa i jej moderująca rola jest, zdaniem austriackiego normatywisty, znacznie bardziej możliwa w konstytucyjnej monarchii dziedzicznej, podczas gdy trudno zakładać ją w demokratycznej republice z głową państwa, którą się wyłaniania w wyborach. Dla Schmitta szczególna godność urzędu prezydenckiego wiązała się z wyborem prezydenta przez cały naród, nie zaś przez pluralistycznie podzielony parlament. Jak jednak zagwarantować, że wybrany prezydent wejdzie w rolę moderatora i siły neutralnej? O wiele bardziej prawdopodobne jest – podkreślał z kolei Kelsen – że prezydent nie przestanie być pod wpływem partii, która go poparła i doprowadziła do jego sukcesu. Przypisywanie wówczas głowie państwa neutralności osiągalnej co najwyżej przez monarchę i wiara w to, że sam wybór przez „cały naród” (w rzeczywistości zawsze przez większość lub nawet mniejszość zwalczającą inne grupy) jest odwracaniem wzroku od rzeczywistości⁹⁰. „Jaką mamy gwarancję – pytał austriacki prawnik – iż «towarzysz partyjny» nie zostanie wybrany na prezydenta?»⁹¹ Argumentacja Schmitta dowiodła jedynie, iż sąd konstytucyjny nie jest w żadnym razie na przegranej pozycji, jeśli porównać jego niezależność z urzędem prezydenta.

Ponadto Kelsen zarzucił także Schmittowi, iż w dążeniu do maksymalnego wzmocnienia pozycji prezydenta kosztem parlamentu z obu tych organów konstytucyjnych czyni odpowiednio przyjaciela i wroga państwa. Jeden ocala i zachowuje jedność (prezydent), podczas gdy drugi nieustannie ją burzy (parlament). Jak napisał Kelsen, „wszystko to ma niewiele wspólnego z interpretacją konstytucji jako prawa pozytywnego. Jest to nic innego jak mitologia Ormuzda i Arymana w prawnopolitycznym przebraniu”⁹². Ponadto ten teoretyk prawa, znany z niechęci do wszelkich fikcji prawniczych, uznał także za niewystarczające wyjaśnienie jedności narodu niemieckiego, do której odwoływał się Schmitt i która miałaby być szczególnie podtrzymywana dzięki urzędowi prezydenta. Nie chodzi jednak tutaj o formalny aspekt, ale materialne, socjologiczne dookreślenie, którego u Schmitta brakuje⁹³. Ten istotny brak jawi się więc jako ideologiczny aspekt teorii Schmitta.

Kelsen zblił również podnoszony przez Schmitta zarzut niedemokratycznego charakteru sądu konstytucyjnego: taki organ może być powoływany w sposób demokratyczny (nie jest to z góry wykluczone), trudno też uznać wybór jego członków przez parlament czy prezydenta za „niedemokratyczny”, skoro organy te posiadają demokratyczną legitymację⁹⁴. Przede wszystkim jednak Kelsen starał się wydobyć sprzeczności, w jakie – jego zdaniem – uwikłał się Schmitt, jak również usiłował obronić sąd konstytucyjny przed błędną lub mało trafną charakterystyką jego funkcji.

Po pierwsze, austriacki normatywista twierdził, że trudno podważać znaczenie sądu konstytucyjnego z pozycji odgórnie przyjętej definicji sądownictwa, uznając, że jego

⁸⁹ *Ibidem*, s. 1569.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 1563–1564.

⁹¹ *Ibidem*, s. 1564.

⁹² *Ibidem*, s. 1572.

⁹³ *Ibidem*, s. 1571.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 1568.

działalność wykracza poza tak zakreślone ramy. Dla Kelsena drugorzędne znaczenie miał fakt, że trybunał określa się mianem sądu; fundamentalna natomiast jest niezależność jego członków, będąca następstwem tego, że nowoczesne konstytucje właśnie sądom gwarantują niezależność od rządu i parlamentu⁹⁵. W tym sensie można rzec, że niezależność organu jest cechą substancjalną, a jego sądowa forma – historyczną cechą akcydentalną.

Po drugie, Schmitt – w przekonaniu Kelsena – miał błędne wyobrażenia na temat natury sądownictwa. Jeśli przyjąć, że polityczna działalność to przede wszystkim „decyzja” czy „rozstrzygnięcie”, to na tej podstawie nie sposób dokonać przeciwstawienia sprawowania władzy i sądownictwa. Jak przekonująco wykazał Schmitt, również w rozstrzygnięciu sądowym mamy do czynienia z momentem czystej decyzji. Dlaczego – pytał Kelsen – Schmitt przyjmuje jednak fałszywy obraz sądownictwa ograniczającego się do automatycznego stosowania przepisów prawa i takież obraz sędziego jako maszyny, skoro jego własne ustalenia pozwalają wywnioskować coś zgoła przeciwnego? „Polityczny” moment zawiera w sobie zatem nie tylko ustawodawstwo czy wykonywanie władzy, ale również sądownictwo:

Pogląd, iż tylko ustawodawstwo jest polityczne, podczas gdy „prawdziwe” sądownictwo już nie, jest tak samo błędny, jak przekonanie, że wyłącznie ustawodawstwo jest produktywnym tworzeniem prawa, a sądownictwo jedynie jego reprodukcyjnym stosowaniem. W istocie są to dwie strony tego samego błędu. Kiedy ustawodawca upoważnia – w pewnych granicach – sędziego do rozważenia sprzecznych interesów i rozstrzygnięcia konfliktu na rzecz jednej ze stron, to tym samym nadaje sędziemu prawo tworzenia prawa i dlatego władza sądownicza posiada ten sam „polityczny” charakter, który odnajdujemy w ustawodawstwie. Istnieje tylko różnica ilościowa, nie zaś jakościowa⁹⁶.

Oczywiście, polityczny charakter sądu konstytucyjnego jest większy niż jakiegokolwiek innego sądu, lecz nikt też nie ukrywa politycznej doniosłości jego wyroków. Poważnym błędem jest założenie, że wszystkie konflikty polityczne to spory, które nie są rozstrzygalne na gruncie prawa⁹⁷. Twierdzenie, że działalność sądu kończy się tam, gdzie kończy się jasna i wyraźna norma lub zaczyna się konflikt o jej sens, jest trudna do przyjęcia. Według Kelsena jest raczej na odwrót: to właśnie w tym momencie sądownictwo wkracza na właściwy sobie teren. W przeciwnym razie należałoby uznać, iż w ogóle nie byłoby sporów o prawo (*Rechtsstreitigkeiten*), lecz jedynie spory o fakty⁹⁸. Nie można twierdzić, że wątpliwość odnośnie do treści normy konstytucyjnej jest fundamentalnie odmienna od wątpliwości, jaka może pojawić się w rozstrzygnięciu spraw na podstawie zwykłych ustaw.

Kelsen dostrzegł tutaj sprzeczność – jedną z wielu, jakie zarzucił Schmittowi – polegającą na tym, że jego pojęcie pluralizmu i teza o przejściu do państwa totalnego pozostają w napięciu. Jeśli państwo stało się państwem totalnym, zatem zostało przejęte

⁹⁵ *Ibidem*, s. 1549.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 1541.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 1542.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 1543.

przez społeczeństwo, to dlaczego należy szukać instytucjonalnych zabezpieczeń przed jednym z organów wyrażających tę totalność, jakim jest parlament? Jeśli jednak pluralizm nadal istnieje i „rozszarpuje” państwo, to wówczas nie mamy jeszcze do czynienia z państwem totalnym. Kelsen odkrył u Schmitta tę niejednoznaczność w przyjmowanym przezeń pojęciu spluralizowanego państwa totalnego, które dla Kelsena stanowiło *contradictio in adiecto*⁹⁹. Najwyraźniej natrafił więc w myśli Schmitta na napięcie między logiką demokratyczną a dążeniem do zachowania państwa jako czegoś odrębnego od społeczeństwa.

Warto też odnotować, że austriacki prawnik – co może budzić pewne zaskoczenie znawców tylko jednej ze stron omawianej polemiki – w sensie politycznym popierał wysiłki Schmitta zmierzające do maksymalnego wzmocnienia pozycji prezydenta¹⁰⁰, widząc w tym, jak możemy się domyślać, nadzieję na powstrzymanie nazizmu bądź wojny domowej. Opowiedział się jednak – w duchu swojej czystej teorii prawa – za oddzielaniem wymiaru politycznego od ściśle naukowego oraz za niemieszaniem ideologii, polityki i nauki. Zatem za rozróżnieniem, które zawsze w materiałach państwa i prawa jest problematyczne i w którego możliwość najwyraźniej nie wierzył Schmitt, skoro – jego zdaniem – wszystkie pojęcia polityczne wyrastają z konkretnych dziejowych przeciwności, a bez nich byłyby tylko pozbawionymi treści abstrakcjami¹⁰¹.

Dyskusja o strażniku konstytucji w ostatnim okresie Republiki Weimarskiej nie ograniczała się do akademii, ale nabrała szczególnego znaczenia politycznego. Wielki kryzys zakończył kilkuletnią względną stabilność systemu politycznego, co w obliczu pogarszającej się sytuacji ekonomicznej dużej części społeczeństwa uruchomiło dodatkowy mechanizm polaryzacji sceny politycznej przez zwiększenie popularności dwóch największych partii antysystemowych – nazistowskiej i komunistycznej. Po wyborach we wrześniu 1930 r. parlament stał się praktycznie niezdolny do działania. Ostatni etap kryzysu politycznego w Niemczech weimarskich rozpoczyna tzw. *Preußenschlag* (uderzenie w Prusy). Odnosząc się do sytuacji nadzwyczajnej (art. 48) w największym państwie związkowym, jakim były rządzone przez socjaldemokratów Prusy, które znajdowały się niemal w stanie wojny domowej między bojówkami nazistowskimi i komunistycznymi, rząd federalny powołał komisarza federalnego i odsunął od władzy rząd pruski. Ten z kolei odwołał się od tej decyzji do Trybunału Państwowego. W procesie tym Schmitt pełnił funkcję doradcy rządu federalnego. Wyrok sądu z 25 października 1932 r. nie zadowolili żadnej ze stron i udowodnił, że nie było ostatecznej decyzji, ponieważ z jednej strony przywrócono zawieszony rząd pruski, a z drugiej – pozwolono komisarzom Rzeszy pozostać na stanowisku¹⁰².

Zdaniem Schmitta sąd nie powinien w ogóle orzekać o konstytucyjności dekretu prezydenckiego. Twierdził on również, że sąd ma obowiązek działać jako strażnik konstytucji, ale jednocześnie ograniczyć tę aktywność do sądowej i prawnej ochrony konstytucji, podczas gdy Prezydent Rzeszy ma za zadanie sprawować rzeczywiście polityczną opiekę

⁹⁹ *Ibidem*, s. 1555.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 1572–1573.

¹⁰¹ C. Schmitt, *Hugo Preuß*, [w:] *Der Hüter der Verfassung...*, s. 164.

¹⁰² Cf. H. Möller, *Weimar. Niespełniona demokracja...*, s. 202.

nad konstytucją, „ponieważ konstytucja jest wytworem politycznym, stąd też potrzebne są decyzje o charakterze zasadniczo politycznym”¹⁰³.

Niezadowolony z wyroku, choć z innych powodów, był również Kelsen. Jego dokładna i drobiazgowo analiza decyzji ujawnia jej wewnętrzne napięcia, a nawet sprzeczności. Krótko mówiąc, Kelsen nie obwinał w pełni sądu za niezdolność do rozwiązania sporu konstytucyjnego. Według niego źródło problemu tkwiło bowiem w konstytucji weimarskiej, a zwłaszcza w zaniedbaniu stworzenia celowo skonstruowanego systemu orzecznictwa konstytucyjnego¹⁰⁴. Ograniczona kompetencja Trybunału Państwowego została wzmocniona przez niechęć niemieckiego orzecznictwa do kontroli sądowej sfery „politycznej”. Kelsen zasugerował zatem, że istnienie prawdziwego i solidnego orzecznictwa konstytucyjnego mogłoby ułatwić radzenie sobie z kryzysem konstytucyjnym w Niemczech weimarskich w 1932 r.

Podsumowanie

Można odnieść wrażenie, że chęć zachowania legalności i opór prezydenta Hindenburga wobec konsekwentnego rządzenia dekretami z całkowitym pominięciem parlamentu, a także niewątpliwie błędy i złudzenia obozu konserwatywnego (Franz von Papen i Kurt von Schleicher) ułatwiły Adolfowi Hitlerowi dojście do władzy. Wrogowie republiki po prostu korzystali z legalności i demokracji tam, gdzie im to odpowiadało. Po wyborach w listopadzie 1932 r. partia nazistowska pozostała największym ugrupowaniem, a Hitler zażądał powierzenia mu urzędu kanclerza, zgodnie z konstytucją. W końcu, jak wszyscy wiemy, zaczął go sprawować 30 stycznia 1933 r. Najprawdopodobniej pełna dyktatura prezydencka Hindenburga, która nie nastąpiła, choć pewnie nie mogła uratować demokracji, dawała jednak cień szansy na uratowanie Niemiec i Europy przed totalitaryzmem nazistowskim. Ostatecznie ani prezydentowi, ani sądowi nie udało się obronić weimarskiej demokracji.

Bibliografia

- Batnitzky L., *Kelsen and Cohen From Theology to Law and Back*, [w:] *The Foundation of Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, red. I. Bryan, P. Langford, J. McGarry, Routledge, Milton Park–New York 2016.
- Bendersky J., *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Princeton 1983.
- Blumenberg H., *Prawowitość epoki nowożytnej*, tłum. T. Zatorski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2019.
- Bosiacki A., *Wstęp*, [w:] Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, wstęp A. Bosiacki, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

¹⁰³ C. Schmitt, *Schlussrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozess Preußen contra Reich (1932)*, [w:] *idem, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1940, s. 209.

¹⁰⁴ H. Kelsen, *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932*, „Die Justiz” 1932, nr 8, s. 65–91.

- Dyzenhaus D., *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Gniazdowski A., *Antynomie radykalizmu. Fenomenologia polityczna w Niemczech 1914–1933*, Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, Warszawa 2015.
- Górnisiewicz A., *Totemism of the Modern State. On Hans Kelsen's Attempt to Unmask Legal and Political Fictions and Contain Political Theology*, „Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law” 2020, t. 33, nr 1, <https://doi.org/10.1111/raju.12267>
- Górnisiewicz A., *Spór o strażnika konstytucji. Przypadek weimarski: Hans Kelsen – Carl Schmitt*, „Przegląd Polityczny” 2016, nr 138.
- Grzybowski K., *Powstanie republiki niemieckiej. Szkic polityczno-prawny*, Krakowska Spółka Wydawnicza, Kraków 1929.
- Kalyvas A., *The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory*, „Philosophy and Social Criticism” 2006, t. 32, nr 5, <https://doi.org/10.1177/0191453706064898>
- Kantorowicz E., *Dwa ciała króla. Studium ze średniowiecznej teologii politycznej*, tłum. M. Michalski, A. Krawiec, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.
- Kelsen H., *Bóg i państwo*, tłum. M. Małecka, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 2014, t. 59.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, wstęp A. Bosiacki, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Kelsen H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920.
- Kelsen H., *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932*, „Die Justiz” 1932, nr 8.
- Kelsen H., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1922.
- Kelsen H., *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiewicz, posłowie S. Wronkowska, Wydawnictwo Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2009.
- Kelsen H., *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego*, tłum. T. Przeorski, t. 1, Wydawnictwo Akademickiego Koła Prawników Studentów Uniwersytetu Stefana Batorego, Wilno 1935.
- Kelsen H., *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago 1943.
- Kelsen H., *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, [w:] *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, red. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, t. 2, Verlag Österreich, Wien 2010.
- Koselleck R., *Deutschland – ein verspätete Nation?*, [w:] *idem, Europäische Umriss deutscher Geschichte*, Manutius Verlag, Heidelberg 1999.
- Loughlin M., *Politonomy*, [w:] *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, red. J. Meierhenrich, O. Simmons, Oxford University Press, Oxford 2016, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199916931.013.004>
- Meier H., *Czym jest teologia polityczna? Wstępne uwagi na temat kontrowersyjnego pojęcia*, tłum. M. Kurkowska, „Teologia Polityczna” 2003–2004, nr 1.
- Métall R., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1969.
- Möller H., *Weimar. Niespełniona demokracja*, tłum. A. Marcinek, Oficyna Historii XIX i XX Wieku, Warszawa 1997.
- Möllers Ch., *We Are (Afraid of) the People. Constituent Power in German Constitutionalism*, [w:] *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, red. M. Loughlin, N. Walker, Oxford University Press, Oxford, 2008, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552207.003.0006>

- Mommsen H., *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, The University of North Carolina, Chapel Hill & London 1996.
- Naumowicz T., *Naród niemiecki – wspólnota ontycznie niewyobrażalna*, [w:] *Państwo a społeczeństwo. Wizje wspólnot niemieckich od oświecenia do okresu restauracji*, wybór T. Naumowicz, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2001.
- Schmitt C., *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- Schmitt C., *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, [w:] *idem, Der Hüter der Verfassung*, wyd. 5, Duncker & Humblot, Berlin 2016.
- Schmitt C., *Legalność i prawomocność*, tłum. B. Baran, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2015.
- Schmitt C., *Nauka o konstytucji*, tłum. M. Kurkowska, R. Marszałek, Wydawnictwo Teologia Polityczna, Warszawa 2013.
- Schmitt C., *Pojęcie polityczności*, [w:] *idem, Teologia polityczna i inne pisma*, tłum. M.A. Cichocki, Wydawnictwo Znak, Warszawa 2012.
- Schmitt C., *Schlussrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozess Preußen contra Reich (1932)*, [w:] *idem, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1940.
- Schmitt C., *Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności*, [w:] *idem, Teologia polityczna i inne pisma*, tłum. M.A. Cichocki, Wydawnictwo Znak, Warszawa 2012.
- Sontheimer K., *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, DTV, München 1978.
- Vinx L., Zeitlin S., *Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Voegelin E., *The Authoritarian State. An Essay on the Problem of the Austrian State*, [w:] *idem, The Collected Works of Eric Voegelin*, red. G. Weiss, tłum. R. Hein, t. 4, University of Missouri Press, Columbia–London 1999.
- Weitz E.D., *Niemcy weimarskie. Nadzieje i tragedia*, tłum. A. Czwojdrak, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011.