

LEGALNOŚĆ A PRAWOMOCNOŚĆ.
AKTUALNOŚĆ DYSKUSJI CARL SCHMITT – HANS KELSEN

25 listopada 2015 r. Kornel Morawiecki (wówczas poseł klubu parlamentarnego Kukiz'15) podczas swojego przemówienia w Sejmie powiedział: „Prawo jest ważną rzeczą, ale prawo to nie świętość. Przecież pani pytała o przyzwoitość – nad prawem jest dobro Narodu! Jeśli prawo to dobro zaburza, to nie wolno nam uważać to za coś, czego nie możemy naruszyć i zmienić. To mówię – prawo ma służyć nam! Prawo, które nie służy narodowi, to jest bezprawie!”. Marek Safjan w artykule „Cztery godziny antyfilozofii prawa”², opublikowanym 29 listopada 2015 r. w „Rzeczpospolitej”, stwierdził, iż wypowiedziane w Sejmie słowa Kornela Morawieckiego o wyższości dobra narodu nad prawem oznaczały zakwestionowanie istoty państwa prawa. Słowa K. Morawieckiego nawiązywały do poglądów Carla Schmitta i na nowo rozbudziły publicystyczną, niekiedy także naukową, dyskusję o wpływie myśli niemieckiego myśliciela na sposób myślenia o prawie i państwie, który często prezentowali politycy polskiej prawicy, szczególnie Prawa i Sprawiedliwości. Przypomniano, że już w trakcie sprawowania władzy przez PiS w latach 2005-2007 Jarosław Kaczyński w wywiadach wymieniał prace C. Schmitta i Stanisława Ehrlicha jako źródła inspiracji. Pisał o tym wówczas Adam Leszczyński, dziennikarz „Gazety Wyborczej”, odwołując się do pojęcia „polityka historyczna PiS” i jej domniemanych autorów: Dariusza Gawina, Marka A. Cichockiego i Tomasza Merty³. Czy rzeczywiście Carl Schmitt i jego prace wywarły znaczący

1 Dr, Uniwersytet w Białymstoku.

2 www.rp.pl/Publicystyka/311299942-Cztery-godziny-antyfilozofii-prawa.html.

3 A. Leszczyński, Polityka historyczna. Wielki strach, „Gazeta Wyborcza”, 8.04.2006 r. Całą ówczesną dyskusję szczegółowo opisuje Filip Biały w tekście Carl Schmitt ideologiem IV RP? U źródeł polityki historycznej, http://www.academia.edu/10483724/Carl_Schmitt_ideologiem_IV_RP_U_%C5%BAr%C3%B3de%C5%82_polityki_historycznej_2010_.

wpływ na poglądy polityków PiS na temat państwa prawa i sądownictwa konstytucyjnego? Jerzy Zajadło, wybitny znawca niemieckiej filozofii prawa, wielokrotnie podkreślał, iż jego zdaniem myśl Carla Schmitta jest w Polsce często odczytywana, przede wszystkim przez polityków i publicystów, zbyt płytko i często jest nadinterpretowana lub wręcz zniekształcana⁴. Co ciekawe, podobny pogląd wyraził wcześniej, bo w 1999 r., Marek A. Cichoński⁵.

Carl Schmitt najczęściej jest postrzegany jako zwolennik nazizmu i twórca szczególnej koncepcji suwerenności – decyzjonizmu. Opinie o nim są bardzo zróżnicowane. Z jednej strony, Franciszek Ryszka pisał, że nigdy nie był on naziścią⁶. Z drugiej, ks. Tomasz Guz wskazuje na jednoznacznie nazistowski charakter jego filozofii politycznej i filozofii prawa⁷. Liczba prac na temat biografii i poglądów C. Schmitta jest olbrzymia. Stanowiska różnych autorów, ze wskazaniem prac w języku polskim, niemieckim i angielskim, przedstawia Jerzy Zajadło⁸. W polskiej literaturze przedmiotu o polityczności i teologii politycznej szczegółowo pisali Ryszard Skarzyński⁹, Adam Wielomski¹⁰, Paweł Kaczorowski¹¹. W 2011 r. wydano również w Polsce pracę Carl Schmitt. Wyzwania polityczności pod redakcją Chantal Mouffe. Celem Schmitta nie było jednak tworzenie jakiejś nowej teologii politycznej, choć termin ten zrobił wielką karierę. Była to właściwie polityczna teologia (oryginalny tytuł książki wydanej w 1922 r. brzmiał: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*)¹². Interesowały go przede wszystkim zagadnienia suwerenności, stanu wyjątkowego, władzy politycznej, legitymizacji państwa i prawa, która w XIX w. utraciła swój transcendentálny charakter i została zastąpiona pozytywistyczną nauką o państwie i prawie. Wielokrotnie podkreślał, że jest przede wszystkim prawnikiem:

- 4 J. Zajadło, „Nowa” Pisowska nauka prawa, „Gazeta Wyborcza”, 29.12.2015 r., <http://wyborcza.pl/1,75968,19402613,nowa-pisowska-nauka-prawa.html>; idem, Powrót do normalności. Spór o Trybunał, „Gazeta Wyborcza”, 22.06.2016 r., <http://wyborcza.pl/1,75968,20279853,powrot-do-normalnosci-spor-o-trybunal.html>. Zob. także wywiad w Dzienniku Bałtyckim z 17.03.2017 r.: <http://plus.dziennikbaltycki.pl/magazyn/a/prof-zajadlo-polska-wisi-na-slowie-jednego-czlowieka,11891212>.
- 5 „Z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że większość zacieklej przeciwników Schmitta oraz tropicielej jego powiązań z niemieckim faszyzmem zna książki tego autora bardzo pobieżnie, a niekiedy wręcz opiera się tylko na interpretacjach i poglądach osób trzecich”. M.A. Cichoński, Carl Schmitt – wizjoner i oportunist, [w:] ibidem, Ciągłość i zmiana, Kraków 1999, s. 173.
- 6 F. Ryszka, Carl Schmitt w nauce prawa i polityki XX w. Twórca i dzieło. Szkic do portretu i wybrane wątki teorii, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 1996, t. XIX, s. 11.
- 7 T. Guz, Filozofia prawa III Rzeszy Niemieckiej, Lublin 2003, s. 107, 139, 170, 171 i 201.
- 8 J. Zajadło, Filozofia (Teoria) Prawa Carla Schmitta?, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 4, s. 65-91. Zob. też: A. Wielomski, Carl Schmitt wobec narodowego socjalizmu (1.05.1933-15.12.1936), „Pro Fide Rege et Lege” 2016, nr 1. O recepcji poglądów C. Schmitta piszą też: Ł. Świąćicki, Carl Schmitt w polskich interpretacjach prawniczych (1928-2008), „Studia nad Autoritaryzmem i Totalitaryzmem” 2014, t. 36, nr 4, s. 101-131 i A. Wielomski, Interpretacje Carla Schmitta na świecie i w Polsce, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 2011, t. XXXIII, s. 415-431.
- 9 R. Skarzyński, Od chaosu do ładu. Carl Schmitt i problem tego, co polityczne, Warszawa 2012. Zob. także: R. Skarzyński (red.), Carl Schmitt i współczesna myśl polityczna, Warszawa 1996.
- 10 A. Wielomski, W poszukiwaniu Katechona. Teologia polityczna Carla Schmitta, Radzimin 2017.
- 11 P. Kaczorowski, My i oni. Państwo jako jedność polityczna. Filozofia polityczna Carla Schmitta w okresie republiki weimarskiej, Warszawa 1998.
- 12 Zob. B. Baran, Od tłumacza, [w:] C. Schmitt, Teologia polityczna 2, Warszawa 2014, s. 7-10.

„Czuję się w stu procentach prawnikiem i nikim innym. I nie chcę być kimś innym. Jestem prawnikiem, nim pozostanę i umrę też jako prawnik, z całym nieszczęściem prawnika, jakie się z tym wiąże”¹³. Teologia interesowała go, ponieważ: „Wszystkie istotne pojęcia z zakresu współczesnej nauki o państwie to zsekularyzowane pojęcia teologiczne”¹⁴.

Wiek XIX to rozwój demokracji parlamentarnych (choć jeszcze nie są to demokracje liberalne), państwa prawa, idei republiki opartej na koncepcji dobra wspólnego. A jednocześnie rosnące w siłę nacjonalizmy włoski i niemiecki, socjalizm i komunizm, które proponują nowe wizje świata społecznego. Także szybkie zmiany ekonomiczne i kulturowe, rozwój społeczeństwa masowego, które budzi coraz większy niepokój dawnej arystokracji, burżuazji i mieszczaństwa. Olbrzymim powodzeniem cieszy się książka Gustawa Le Bona *Psychologia tłumu* (1897, w 1927 r. we Francji ukazuje się już 36 wydanie). Narasta przekonanie, iż demokracja i suwerenność władzy państwowej się wykluczają. I wojna światowa, rewolucja bolszewicka, wielki kryzys gospodarczy i szczególnie trudna sytuacja społeczna Niemiec (konieczność spłacania reparacji wojennych ustalonych traktatem wersalskim), słabości demokracji parlamentarnych, przede wszystkim Republiki Weimarskiej, spowodowały, iż coraz częściej mówiono o konieczności wprowadzenia władzy autorytarnej. Racjonalno-legalna legitymizacja władzy nie wystarcza. Max Weber pisał, że rodzi się demokracja plebiscytarna, najważniejszy rodzaj demokracji wodzowskiej (*Führer-Demokratie*), oparta na charyzmatycznym przywództwie¹⁵. W książce *Die Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* wydanej w 1914 r. Schmitt, podobnie jak Kelsen, opowiadał się za pierwszeństwem prawa wobec państwa. Pisał: „Ilekoć bowiem w różnego rodzaju definicjach państwa jego uprawomocnienie poprzez samo prawo zostaje zanegowane wskazaniem na władzę, jako to, co w państwie podstawowe, tylekoć samej władzy przyznaje się zdolność uprawnienia bytu państwa, czyli traktuje się ją właśnie jako prawo”¹⁶. W kolejnych latach reprezentował już jednak odmienne stanowisko.

W latach 20. XX wieku niemieccy zwolennicy pozytywizmu prawniczego i antypozytywiści prowadzili bardzo ważną dyskusję: tzw. spór o metodę (nauk prawnych). Przedmiotem sporu był sposób istnienia państwa i prawa, wzajemnej relacji tych pojęć, problematyka władzy, legalności i prawomocności, istoty polityczności

13 Ostatnia rozmowa. Prawnik przed samym sobą, „Przegląd Polityczny” 2014, nr 127/128, s. 223. (wywiad z 9 listopada 1982 r.)

14 C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M.A. Cichocki, Kraków 2000, s. 77.

15 W. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, przeł. D. Lachowska, Warszawa 2002, s. 202-205. Zob. też: T. Stanton, *Popular sovereignty in an age of mass democracy: politics, parliament, and parties in Weber, Kelsen, Schmitt and beyond*, [w:] R. Bourke, Q. Skinner (red.), *Popular Sovereignty in Historical Perspective*, Cambridge 2016, s. 320-340.

16 Cyt. za: P. Kaczorowski, *My i Oni...*, op. cit., s. 32-33. Zob. także: F. Ryszka, H. Kelsen i C. Schmitt, czyli unicestwienie prawniczego pozytywizmu, „Państwo i Prawo” 1965, nr 5-6, s. 739-752.

i suwerenności czy wreszcie państwa prawa. Najbardziej znany i opisany w literaturze prowadzili ze sobą Carl Schmitt, Hans Kelsen i Hermann Heller¹⁷. Jak zauważa J. Zajadło, spory te, „nie ograniczały się do problematyki ustrojowej, lecz wkraczały głęboko na grunt filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*) i Carl Schmitt był ich aktywnym uczestnikiem”¹⁸. Był zdeklarowanym przeciwnikiem pozytywizmu w wersji tzw. formalnologicznej marburskiej szkoły neokantyzmu i normatywizmu (stąd dyskusja z Kelsenem). W mniejszym stopniu był krytyczny wobec tzw. neokantyzmu badeńskiego (materialno-aksjologicznego)¹⁹. Źródła tego sporu tkwią w niemieckiej nauce o państwie powstałej w II połowie XIX wieku²⁰. Najważniejszym pytaniem było: jakie jest państwo? Refleksja ta była historyczna i empiryczna, niepozbawiona jednak rozważań aksjologicznych. Porządek państwa nie jest etycznie neutralny. Zależy od dominującej ideologii danych czasów, kontekstu społeczno-historycznego danego społeczeństwa. Państwo, prawo, polityka w nowożytnym państwie są odrębnymi od siebie sferami życia. Dlatego powstają różne teoria państwa.

Ogromny wpływ na poglądy uczestników tej dyskusji miała praca Georga Jellineka *Allgemeine Staatslehre* („Ogólna nauka o państwie”)²¹. Jellinek oddzielał byt i powinność, sferę empiryczną i normatywną państwa. Jego celem było stworzenie jednolitej teorii państwa, która łączy dwa aspekty rzeczywistości państwowej: socjologiczny (ogólna społeczna nauka o państwie) i normatywny (ogólna nauka prawna o państwie). Jedność państwa wyraża się w jedności prawa. Prawo charakteryzuje ważność subiektywna i obiektywna. Subiektywna oznacza, że prawo jest ważne dla poszczególnych jednostek, gdyż „tylko porządek prawny zapewnia możliwość społecznego współżycia”²². Obiektywna ważność prawa jest bardziej istotna. Prawo uzyskuje przez fakt obowiązywania ustanowionego przez państwo porządku prawnego. Z tego wypływa „normatywna siła faktyczności”. „Przeobrażenie się czysto faktycznej tylko z początku władzy państwa we władzę prawną, prawowitą następuje wszędzie przy pomocy wyobrażenia, że stan faktyczny jest stanem normatywnym, że zatem tak ma być, jak jest w rzeczywistości”²³. Legitymizacja prawa zostaje zredukowana do jego legalności. „Państwo zobowiązuje się aktem tworzenia prawa wo-

17 Obszerne omówiony przez Davida Dyzenhausa w pracy *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford-New York 1997.

18 J. Zajadło, *Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta*, [w:] idem, Schmitt, Sopot 2016, s. 52.

19 *Ibidem*, s. 53. Zob. także: A.J. Noras, *Historia neokantyzmu*, Katowice 2012; B. Trochimska-Kubacka, *Neokantyzm*, Wrocław 1997.

20 Zob. Ł. Świącicki, *Carl Schmitt i Leo Strauss, Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Warszawa 2016, rozdział 2.

21 G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, przeł. A. Peretiatkowicz, Warszawa 1921; G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, ks. 2 i 3, przeł. M. Balsigierowa, M. Przedborski, Warszawa 1924.

22 G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, ks. 2 i 3, *op. cit.*, s. 97.

23 *Ibidem*, s. 206. Zob. P. Kaczorowski, *My i Oni...*, *op. cit.*, s. 27-31; P. Kostrubiec, Georg Jellinek, *Polityczny portret uczonego*, „*Annales UMCS*” 2005-2006, Sectio G, vol. LII/LIIL, s. 61-70; J.W. Ochmański, *Ewolucja koncepcji państwa w naukach prawnych w Niemczech w latach 1871-1936*, „*Czasopismo Prawno-Historyczne*” 1997, t. XLIX, z. 1-2, s. 101-111.

bec swych poddanych do stosowania i przestrzegania wymagań prawa”²⁴. Państwo jest suwerenem, który nie podlega innej władzy, podlega jedynie prawu przez siebie stanowionemu.

Relacja między państwem, prawem i jednostką była przedmiotem refleksji Schmitta już we wczesnych pracach z 1914 r.: *Wartość państwa i znaczenie jednostki i Prawo i siła*²⁵. Właściwa kolejność pojęć jest następująca: prawo – państwo – jednostka. Prawo jest bytem abstrakcyjnym i niepoznawalnym empirycznie. Państwo i jednostka są zaś faktami empirycznymi. Zadaniem państwa jest urzeczywistnianie prawa. Prawo nie może być zredukowane jedynie do siły, faktycznej woli państwa. Przestaje wówczas należeć do świata powinności (*Sollen*), sfery normatywnej. Oznacza to zgodę na istnienie dualizmu bytu i powinności, jak przyjmował pozytywizm prawniczy. Prawo podlega wówczas regułom przyczynowości, co czyni niemożliwym istnienie wartości państwa i jednostek. Schmitt zdecydowanie odrzuca tym samym kelsenowski normatywizm, który utożsamia prawo z wolą państwa, porządek prawny z porządkiem politycznym. Istniejące w sferze teorii prawo w świecie rzeczywistym, empirycznym jest realizowane przez państwo. Schmitt zakłada istnienie jakiegoś prawa pierwotnego w stosunku do prawa pozytywnego. Nazywa je „prawem naturalnym bez naturalizmu”²⁶. Jest to jakaś wersja prawa ponadpozytywnego, którego pochodzenie nie jest jednak przez niego rozważane.

Pojęcie suwerenności było jednym z najbardziej spornych w dyskusjach prawników okresu Republiki Weimarskiej. Suwerenem może być monarcha, państwo, prawo. Suwerenna może być też władza państwowa. Koncepcja suwerenności Schmitta jest inna. To koncepcja osobowego podmiotu suwerenności; jednostki, która jest reprezentantem i ucieleśnieniem zbiorowego podmiotu politycznego. Wynika to z przyjęcia przez niego, w swych rozważaniach, perspektywy egzystencjalnej, nie substancjalnej. Jak sam to określał: *Philosophie des konkreten Lebens*. Ten konkretny suweren, jednostka podejmuje decyzje sam, nie jest kantowskim substancjalnym podmiotem prawodawczym, który działa zgodnie z imperatywem kategorycznym²⁷. Jak u Kierkegaarda życie społeczne jest chaotyczne i nieunormowane, a egzystencji pojedynczego człowieka nie wyjaśniają jedynie kategorie Rozumu. Należy dokonać wyboru: chaos, stan wojny wszystkich ze wszystkimi albo decyzja o ustanowieniu Porządku i Normy. Ta decyzja jest podejmowana w szczególnym momencie stanu wyjątkowego. „Ten, kto decyduje o stanie wyjątkowym, jest suwerenny”. Tym słynnym zdaniem Carl Schmitt rozpoczyna swoją *Teologię polityczną*²⁸. Teoria decyzji politycznej (decyzjonizm) jest podstawą schmittowskiej politycznej teorii państwa.

24 G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, ks. 2 i 3, op. cit., s. 232.

25 C. Schmitt, *Dlaczego nie jestem legitymistą? Rzecz o prawie i sile*, przeł. A. Wielomski, „Pro Fide Rege et Lege” 2010, nr 1.

26 Ł. Świączkowski, *Carl Schmitt i Leo Strauss...*, op. cit., s. 145.

27 P. Kaczorowski, *My i Oni...*, op. cit., s. 91.

28 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, op. cit., s. 33.

Decyzjonizm to doktryna prawno-polityczna, w której akt woli politycznej suwerena (decyzja) ma „kreacyjną moc ustanawiania wydobywanego z chaosu przedpolityczności [...] ładu politycznego; postanowienie to, choć faktycznie bierze się z «niczego» (*ex nihilo*), tzn. nie poprzedza go żadne uregulowanie normatywne na gruncie prawa pozytywnego, zawiera się jednak przedmiotowo w czystej egzystencji nadrzędnego autorytetu”²⁹. Tej wyjątkowej sytuacji, sytuacji stanu wyjątkowego nie opisują normy obowiązującego prawa. Konstytucja może jedynie określić, kto podejmuje takie działanie. Suwerenem jest ten, „kto decyduje zarówno o tym, czy wystąpiła sytuacja wyjątkowa, jak i o metodach jej przezwyciężenia. Stoi ponad normalnie obowiązującym porządkiem prawnym, a jednocześnie jest nim związany, ponieważ do niego należy decyzja, czy konstytucja może zostać *in toto* zawieszona”³⁰. Koncepcja decyzjonizmu Schmitta jest już szczegółowo opisana w literaturze przedmiotu³¹. Dlatego też, na potrzeby niniejszego tekstu, chcę zwrócić uwagę na pojęcie stanu wyjątkowego i prawa, którym suweren jest jednak w nim związany.

Suweren ma władzę ogłoszenia stanu wyjątkowego. Tym samym sytuuje się jednocześnie poza granicami porządku prawnego i w jego obrębie. W rozpoczynającej Teologię polityczną definicji suwerenności nie ma wskazania prawomocnego czy też legalnego źródła władzy. Wynika to z faktycznego, a nie normatywnego umiejscowienia władzy. Suwerenność wynika z samej decyzji o stanie wyjątkowym. Jeżeli suweren decyduje o początku i końcu sytuacji wyjątkowej, to powinien on istnieć przed tą sytuacją. Nasuwa się wniosek, że istnienie suwerena jest u Schmitta założeniem teoretycznym lub fikcją prawną; gdyż samo pojęcie stanu wyjątkowego zakłada istnienie suwerena.

Decyzja suwerena jest całkowicie arbitralna. Władza suwerena jest władzą decydowania o tym, czy dany stan jest stanem normalnym. Suweren, tworząc prawo, wyznacza granice porządku prawnego, określa zewnątrz i wewnątrz systemu prawa. Decyduje o zakresie obowiązywania norm prawnych odnoszących się do „normalnych” relacji pomiędzy podmiotami prawa. Decyzja ta, o ustanowieniu porządku prawnego, jest zdaniem Schmitta „niezależna od normy prawnej i paradoksalnie władza nie potrzebuje prawa, by ustanowić porządek prawny”³². Ustanowienie reguł porządku prawnego umożliwia pojawienie się wyjątku, sytuacji, która sytuuje się poza prawem pozytywnym, inaczej stanu wyjątkowego. Wyjątek problematyzuje możliwość obowiązywania norm prawnych. Nie zostają one unicestwione, lecz zawieszane. Stan wyjątkowy jest konsekwencją zawieszenia mocy porządku praw-

29 J. Bartyzel, *Decyzjonizm*, [w:] J. Bartyzel, B. Szlachta, A. Wielomski (red.), *Encyklopedia polityczna*, t. 1, Radom 2007, s. 45.

30 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, *op. cit.*, s. 34.

31 Ł. Święczkowski, *Carl Schmitt i Leo Strauss...*, *op. cit.*, rozdział 4; P. Kaczorowski, *My i Oni...*, *op. cit.*, 79-90, 129-139; P. Hirst, *Decyzjonizm Carla Schmitta*, [w:] Ch. Mouffe (red.), *Carl Schmitt. Wyzwanie polityczności*, Warszawa 2011, s. 13-26; R. Skarżyński, *Od chaosu do ładu...*, *op. cit.*, część II.

32 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, *op. cit.*, s. 39.

nego. Porządek prawny mocą decyzji suwerena o stanie wyjątkowym wycofuje się, a w jego miejsce wchodzi właśnie stan wyjątkowy. To, co w normalnej sytuacji obowiązywania prawa pozostaje poza systemem prawa, na zewnątrz, w stanie wyjątkowym zostaje czasowo w jego obręb włączone. To, co wcześniej przez ustanowienie porządku prawnego zostało wyrzucone (wyłączone), poprzez zawieszenie mocy porządku prawnego zostaje do niego tymczasowo włączone. Porządek prawny wycofuje się tym samym z wyjątku, porzuca go, umożliwiając jego istnienie. Relacja wyjątku jest tą „ekstremalną formą relacji, która coś zawiera wyłącznie poprzez jego wykluczenie”³³. To paradoks opisany przez Carla Schmitta: „decyzja suwerena nie potrzebuje prawa, by ustanowić porządek prawny”. Suwerenność jest pierwotna zarówno w stosunku do władzy konstytuującej, jak i władzy konstytuowanej. Przemoc suwerena przejawia się dwukrotnie. Po raz pierwszy, gdy suwerenna władza, która ujmuje siebie jako stan natury, tworzy porządek prawny, oddzielając chaos od normalności. Po raz drugi, gdy arbitralnie podejmuje decyzję o stanie wyjątkowym, zawieszając poprzednio ustanowiony porządek prawny. Porzuca go, tworząc stan wyłączenia, wyjmuje z zakresu obowiązywania i stosowania norm prawnych tworzących porządek prawny (jurydyczny) pewne terytorium i określone grupy osób.

Nieco inaczej pojęcie suwerenności u Schmitta wyjaśnia Giorgio Agamben. „[...] u Schmitta suwerenność pojawia się pod postacią decyzji o wyjątku. Decyzja nie jest w tym wypadku wyrazem woli podmiotu stojącego wyżej niż jakikolwiek inny w hierarchii, lecz przedstawia wpisanie ciała w *nomos* zewnętrzności, która go ożywia i która nadaje mu sens. Suweren nie decyduje o tym, co jest zgodne z prawem, a co nie, lecz o pierwotnym wpisaniu istoty żyjącej, w sferę prawa, albo też – posługując się słowami Schmitta – o «normalnym ustrukturuowaniu stosunków życiowych», których prawo potrzebuje. Decyzja nie dotyczy ani *quaestio Iris*, ani *quaestio facti*, lecz samej relacji między prawem a faktem. [...] Prawo ma charakter normatywny, jest «normą» (w sensie łacińskiego terminu *norma*, «węgielnica») nie dlatego że rozkazuje i nakazuje, lecz dlatego, że przede wszystkim musi stworzyć obszar własnego odniesienia w rzeczywistym życiu, musi je unormować”³⁴.

Stan wyjątkowy jest sytuacją graniczną, dotyczy ostatecznych kwestii i przypadków wyjątkowych³⁵. Prawo ustępuje wówczas Państwu, którego istnienie jest uznawane za większą wartość niż obowiązywanie norm prawnych. Stan wyjątkowy jest progiem pomiędzy porządkiem prawnym a chaosem, umożliwia odróżnienie tego, co sytuuje się poza porządkiem prawnym i samego porządku prawnego. Jeżeli w „normalnych” sytuacjach decyzje suwerena wyznaczane są przez obowiązujące normy prawne, to w stanie wyjątkowym prawo zostaje czasowo zawieszane,

33 G. Agamben, *Homo sacer, Suwerenna władza i nagie życie*, przeł. M. Salwa, Warszawa 2008, s. 31.

34 *Ibidem*, s. 42.

35 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, op. cit., s. 45.

a dwa elementy pojęcia „porządek prawny”: porządek i prawo istnieją oddzielnie, „w opozycji do siebie jako zupełnie samodzielne pojęcia”³⁶. W stanie wyjątkowym „zwykły” porządek prawny traci odniesienie, obowiązuje jako czysta możliwość. Suwerenny wyjątek, będąc strefą nierozróżnialności natury i prawa, stanowi założenie istnienia prawnego odniesienia pod postacią jego zawieszenia. Carl Schmitt zwracał uwagę na to, że określenie w obowiązującej normie prawnej precyzyjnie sytuacji uzasadniającej ogłoszenie stanu wyjątkowego jest niemożliwe. Prawodawca posługuje się klauzulami generalnymi typu „stan najwyższej konieczności”, „zagrożenie bezpieczeństwa, bytu państwa”, „bezpieczeństwo i porządek publiczny”. Klauzule te są wysoce nieokreślone, nie odsyłają do żadnej normy prawnej, lecz do pewnych sytuacji, które, o ile wystąpią, doprowadzą do podjęcia decyzji o stanie wyjątkowym. Dopiero zaistnienie takiego stanu „stawia nas wobec pytania o podmiot suwerenności, a więc o samą istotę bycia suwerenem”³⁷. Wówczas konstytucja mocą zawartej w niej normy kompetencyjnej wskazuje jedynie organy upoważnione do podejmowania decyzji. Legalistyczny legitymizm, który jest podstawą pozytywizmu prawniczego, nie jest więc w stanie usunąć tego personalistycznego, osobowego i egzystencjalnego czynnika decyzji. Schmitt pisał: „gdy normatywistyczna legalność parlamentarnego państwa prawodawczego przechodzi w pusty funkcjonalizm decyzji aktualnej większości, to może się sprzymierzyć z bezosobowym funkcjonalizmem biurokratycznej potrzeby reglamentacji”³⁸. Legitymizacja zostaje zredukowana do legalności, *Recht* do *Gesetz*, a prawo parlamentarnego państwa prawodawczego zmienia się w zarządzenia biurokratycznego państwa administracyjnego. Legitymizacja rozumiana jako prawowitość to zgodność z prawem, a nie zgodność z przepisami (legalność)³⁹.

Decyzja o stanie wyjątkowym wyznacza granice pomiędzy tym, co zewnętrzne i tym, co wewnętrzne. Na zewnątrz systemu prawa (porządku prawnego w znaczeniu pozytywistycznym) pozornie pozostaje (zostaje wykluczona mocą ustanowienia tegoż porządku) sytuacja wyjątku. Wewnątrz systemu prawa są normy prawa pozytywnego, które jednocześnie wykazują potencję włączenia tego, co zewnętrzne (stanu wyjątkowego). Zdaniem Schmitta takie próby prawnego ograniczenia i zdefiniowania sytuacji stanu wyjątkowego podejmowane na gruncie pozytywizmu prawniczego, a szczególnie normatywizmu prawniczego nie mogą się udać. Jego zdaniem „Ogólna norma, tak jak sformułowana jest w obowiązującej zasadzie prawnej, nigdy nie jest w stanie określić absolutnego wyjątku”⁴⁰. I dodaje „Nie da się

36 Ibidem, s. 39. Zob. także: Z. Stawrowski, *Teologia polityczna Carla Schmitta*, [w:] R. Skarżyński (red.), *Carl Schmitt...*, op. cit., s. 57-60.

37 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, op. cit., s. 34.

38 C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, przeł. B. Baran, Warszawa 2015, s. 25.

39 C. Schmitt, *Teologia polityczna 2. Legenda o wykluczeniu wszelkiej politycznej teologii*, przeł. B. Baran, Warszawa 2014, s. 128-129.

40 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, op. cit., s. 46.

również dokładnie wyliczyć, jakie działania są dopuszczalne w sytuacji naprawdę skrajnej, którą chcemy opanować. Warunki, jak i treść kompetencji są tu z konieczności nieograniczone. Dlatego z punktu widzenia państwa i prawa taka kompetencja w ogóle nie istnieje”.

Skoro porządek prawny powstaje w wyniku decyzji suwerena, to norma nie odnosi się do sytuacji wyjątkowej, bo sama wymaga zaistnienia tego porządku. Definicja suwerenności jest pozanormatywna, a pojęcie suwerenności nie jest pojęciem prawniczym, lecz politycznym. Zdaniem Schmitta Kelsen chce w ogóle usunąć pojęcie suwerenności. Wynika to z liberalnej negacji państwa na rzecz prawa. „Neokantowska filozofia prawa zawsze zajmowała się tylko zagadnieniem prawa i zupełnie pomijała państwo. Jedyna, systemowa próba rozwiązania problemu suwerenności w pozytywnych naukach prawnych, podjęta przez Kelsena, doprowadziła do tego, że w ogóle zanegowano różnicę między państwem a prawem i całkowicie utożsamiono państwo z porządkiem prawnym”⁴¹.

To jednoznacznie antypozytywistyczne i antyliberalne (dla Schmitta pozytywizm prawniczy jest tożsamy z liberalizmem prawniczym) stanowisko jest istotą jego personalistycznego decyzyjonizmu, w którym koncepcje suwerenności Hobbesa⁴² i Bodina są typem idealnym. W *Teologii politycznej* (1922) decyzja suwerena jest pierwotna wobec prawa (normy). Tak rozumiana dyktatura nie jest tożsama z despotyzmem. Zawieszenie prawa służy stworzeniu normalnych warunków obowiązywania prawa. Taka faktyczna normalność jest „immanentnym warunkiem obowiązywania reguł. Żadna norma nie odnosi się do chaosu. Aby porządek prawny miał sens, w pierw musi zostać ustanowiona normalna sytuacja”. Suwerenna władza w państwie „z prawnego punktu widzenia nie jest wcale monopolem stosowania przymusu lub monopolem panowania, lecz dokładnie wyłącznością na podejmowanie ostatecznych decyzji”⁴³.

Jak zauważa Ł. Świącicki, „Doktryna decyzyjonizmu jest u Schmitta konserwatywną odpowiedzią na kryzys polityczny ówczesnych Niemiec”⁴⁴. Przedstawiona przez niego koncepcja dyktatury komisarycznej oparta na treści art. 48 konstytucji Republiki Weimarskiej była próbą jurydycznego określenia warunków stanu wyjątkowego. Zgodnie z powołanym przepisem „w razie sytuacji, gdy w Rzeszy

41 *Ibidem*, s. 67-68.

42 C. Schmitt uznawał książkę „Lewiatan w teorii Thomasa Hobbesa” (wydanie polskie Warszawa 2008, przeł. M. Falkowski) za najważniejsze swoje dzieło. Tak J.W. Bendersky, *Schmitt and Hobbes*, „Telos”, jesień 1996, s. 124. Jak jednak zauważa P. Nowak więcej ich dzieli, niż łączy (poza wspólnym rozumieniem natury ludzkiej). Patrz P. Nowak, *Posłowie*, [w:] C. Schmitt, *Lewiatan w teorii Thomasa Hobbesa*, s. 151-182.

43 C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, op. cit., s. 39. Zob. P. Kaczorowski, *My i Oni...*, op. cit., s. 111-114.

44 Ł. Świącicki, *Carl Schmitt i Leo Strauss...*, op. cit., s. 175. Zob. też: K. J. Kaleta, K. Koźmiński, *Charakter władzy suwerennej w koncepcjach ładu konstytucyjnego Hansa Kelsena i Carla Schmitta*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2013, Tom II, Nr 2, s. 154-168; A. Górnisiewicz, *Spór o strażnika konstytucji: przypadek weimarski*: Hans Kelsen – Carl Schmitt, „Przegląd Polityczny” 2016, nr 138, s. 65-77.

Niemieckiej publiczne bezpieczeństwo i porządek zostały poważnie naruszone lub narażone na niebezpieczeństwo, w celu ich [publicznego bezpieczeństwa i porządku] przywrócenia Prezydent Rzeszy może poczynić potrzebne zarządzenia”. Schmitt był zwolennikiem wykładni rozszerzającej tego przepisu. W jego ujęciu Prezydent Rzeszy miał moc zawieszenia tzw. praw podstawowych, ograniczało go jedynie tzw. „organizacyjne minimum konstytucji” (nienaruszalność istnienia naczelných organów państwowych). Prezydent miał bronić podstawowych zasad ustroju nawet wbrew normom konstytucyjnym. Zdaniem K. Grzybowskiiego ustrój należy identyfikować z „ogółem tych pojęć – kulturalnych, obyczajowych, politycznych – które panują w danym społeczeństwie, w danym państwie i które – choć niechronione żadną zindywidualizowaną normą prawną – chronione są dlatego, że one stanowią o istocie i charakterze danego społeczeństwa i danego państwa”⁴⁵. To Prezydent Rzeszy, a nie Sąd Najwyższy czy Trybunał Konstytucyjny miał być Strażnikiem Konstytucji. Konkretnym zagrożeniem konstytucji są upolitycznione partie. Prezydent miał być niezależny od partyjnej polityki. Pogląd Schmitta wynika z jego konsekwentnej krytyki normatywizmu i swoistego pojmowania konstytucji. Konstytucja to nie ustawa (norma) o najwyższej mocy prawnej czy też zbiór ustaw (norm). To decyzja dotycząca ustroju państwa.

W warunkach bardzo silnego sporu politycznego, który ma obecnie miejsce w Polsce (otwarte podważanie liberalnego państwa prawa), coraz częściej podnoszona jest konieczność przyjęcia nowej konstytucji i określenia w niej nowej formy państwa i ustroju (prezydenckiego). Jednocześnie realizowana jest koncepcja jednolitego decyzyjnego ośrodka politycznego w państwie. Pojawia się, wspomniana na początku, pokusa „wykorzystania” myśli Carla Schmitta, oczywiście w zniekształconej i uproszczonej wersji, do uzasadniania krytyki liberalizmu w prawoznawstwie i przewycięzania „imposybilizmu prawnego” poprzez polityczne podporządkowanie sądownictwa konstytucyjnego (już nastąpiło) i sądownictwa powszechnego (w trakcie). Wszystkim, którzy chcieliby to uczynić wypada przypomnieć słowa samego Schmitta, który był przeciwnikiem państwa partyjnego, w którym „jakaś konkretna grupa społeczna zaczyna realizować swoje interesy w imieniu całości i bezzasadnie utożsamia się z całym państwem [...], co jest niebezpiecznym oszustwem”⁴⁶.

45 K. Grzybowski, *Dyktatura Prezydenta Rzeszy. Studium nad art. 48, ust. II Konstytucji Weimarskiej i rozwojem państwa autorytatywnego w Niemczech*, Kraków 1934, s. 47. Zob. także: M. Rysiewicz, *Gdy prawo ustaje i wkracza siła...* Stan wyjątkowy w myśli prawnopaństwowej Carla Schmitta, „Dialogi Polityczne” 2010 nr 13, *Przemoc w polityce*, s. 77-93.

46 C. Schmitt, *Etyka państwowa a pluralistyczna teoria państwa*, [w:] *idem*, *Teologia polityczna...*, *op. cit.*, s. 241.