

Władza konstytuująca jako przedmiot badań nauk prawnych

Krzysztof J. Kaleta

Constituent power as the subject of research in the field of legal science

Abstract: The article discusses the nature and role of constituent power in contemporary constitutional democracies. It presents the genesis of the concept of constituent power (phrased by Joseph Emmanuel Sieyès within the distinction between «pouvoir constituant» and «pouvoir constitué»), different approaches to this concept framed in the XXth century legal science by such thinkers as H. Kelsen and C. Schmitt, and finally the contemporary interpretations of this concept. The author indicates and analyses two major issues relevant to the nature and role of constituent power in the contemporary constitutional democracy. Firstly, he examines the thesis that the democratic constituent power's activity remains normatively undetermined. The search for internal normativity that might characterise constituent power in democracy determines such practical constitutional issues as discretion of the legislator within the process of making or amending the constitution. Secondly, the author points out that analysis of the role of «pouvoir constituant» in contemporary constitutionalism should not be limited to analysis of the „constitutional moment” only; the significance of constituent power should not be seen just in the framework of the one-off act of making the constitution. Constituent power should remain an active participant of constitutional discourse which induces a search for new principles ensuring balance between constituent and constituted power in constitutional democracies.

Keywords: constituent power, constituted power, democracy, constitutionalism, identity

Wprowadzenie

Zrozumienie charakteru i roli władzy konstytuującej w demokracji konstytucyjnej stanowi stałe wyzwanie dla nauki prawa. Władza konstytuująca, określana także mianem ustrojodawczej, przynależy do pojęć konstrukcyjnych dla teorii prawa konstytucyjnego, przez co pełni doniosłą rolę zarówno w teoretycznym, jak i praktycznym dyskursie konstytucyjnym. Stanowi zatem jedno z najistotniejszych zagadnień badawczych prawa publicznego. Łączy w sobie refleksję z zakresu filozofii polityki, filozofii prawa oraz dogmatyki prawa konstytucyjnego. Jednocześnie należy do pojęć wysoce spornych – różnorodnie konceptualizowanych przez poszczególnych teoretyków państwa, prawa i konstytucjonalizmu.

W artykule poruszone zostaną dwa, kluczowe z perspektywy nauki prawa, zagadnienia. Pierwsze z nich dotyczy charakterystyki władzy konstytuującej, w szczególności potencjalnych źródeł i elementów jej tożsamości. Drugie dotyczy relacji, w jakiej władza konstytuująca pozostawać ma do ukonstytuowanego już porządku prawnego. Oba problemy pozostają ze sobą w ścisłym związku, rozstrzygnięcie co do tożsamości władzy konstytuującej determinuje bowiem zakres przyznawanej jej władzy dyskrecyjnej w procesie tworzenia i zmiany konstytucji.

Sformułowane w dobie rewolucji francuskiej przez Josepha-Emmanuela Sieyèsa rozróżnienie na władzę konstytuującą (*pouvoir constituant*) i ukonstytuowaną (*pouvoir constitué*) okazało się użytecznym narzędziem eksplanacyjnym dla nauki prawa konstytucyjnego, zajmując trwale miejsce w dyskursie konstytucyjnym. Refleksja wokół władzy konstytuującej i ukonstytuowanej jest refleksją wokół fundamentów prawa publicznego. Odnosi się bowiem do trzech najważniejszych płaszczyzn funkcjonowania prawa publicznego: sfery generowania i koncentracji władzy politycznej, procesu jej instytucjonalizacji oraz praktyki jej bieżącego wykonywania¹. *Pouvoir constituant* bezpośrednio

¹ Martin Loughlin, „The Concept of Constituent Power”, *European Journal of Political Theory* 2014, vol. 13, no. 2, s. 221.

odnosi się do tej pierwszej płaszczyzny i z tego powodu nazywana jest zasadą generatywną współczesnego konstytucjonalizmu². Ma jednak równie doniosłe znaczenie dla dwóch pozostałych wymiarów prawa publicznego.

Władza ukonstytuowana to struktura organów władzy publicznej ustanowionych na mocy konstytucji. Jest to zatem władza w pełni zdeterminowana postanowieniami ustawy zasadniczej. Tymczasem władza konstytuująca ma charakter pierwotny wobec konstytucji. Wola ludu tradycyjnie sytuowana była na zewnątrz porządku konstytucyjnego, jako wola niezdeterminowana żadnymi prawnymi ograniczeniami. Stąd też władza ukonstytuowana, wyrażona za pomocą zespołu norm kompetencyjnych, stanowiła zawsze zdecydowanie bardziej przystępny przedmiot badań dla nauki prawa.

Problematyka istoty i roli władzy konstytuującej w systemach liberalno-demokratycznych ogniskuje w sobie odwieczne napięcie między wartościami demokratycznymi i liberalnymi, między demokracją zorientowaną na artikulację aktualnych celów politycznych suwerena a konstytucjonalizmem, który kładzie nacisk na prawne mechanizmy kontrolne polityki. W konsekwencji problematyka ta pozostaje w ścisłym związku z badaniami nad legitymizacją i efektywnością konstytucji jako ustawy zasadniczej demokratycznej wspólnoty politycznej. Z jednej bowiem strony aktywność *pouvoir constituant* stanowi wyraz realizacji autonomii publicznej jej członków, z drugiej zaś stabilność i efektywność wykreowanego w ten sposób porządku konstytucyjnego zależy od formalnych i materialnych ograniczeń, jakie władza ta nałoży na siebie w konstytucyjnym akcie samoograniczenia. Rodzi to pytanie o rolę władzy ustrojodawczej po zakończeniu aktu pierwotnego konstytuowania. W efekcie fenomen władzy konstytuującej domaga się analizy na dwóch równoległych planach: z punktu widzenia tzw. momentu konstytucyjnego (aktu stanowienia konstytucji) oraz w perspektywie bieżącego procesu politycznego realizowanego w ramach instytucjonalnych określonych przez konstytucję.

¹ M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 100.

Geneza i rozwój koncepcji władzy konstytuującej

Mimo możliwości poszukiwania jej przedoświeceniowych źródeł³ idea władzy konstytuującej rozumiana jako fundament demokratycznej teorii konstytucyjnej stanowi kategorię wybitnie modernistyczną. W dyskursie konstytucyjnym pojawia się wraz z wybuchem nowożytnych rewolucji konstytucyjnych: amerykańskiej i francuskiej. Przy wszystkich różnicach, jakie dzieliły przyczyny, przebieg i efekty, a nade wszystko filozoficzne inspiracje obu rewolucyjnych zrywów⁴, to właśnie wtedy narodziła się formuła demokratycznej (choć pierwotnie częściej i chętniej nazywanej republikańską) władzy konstytuującej. Wtedy to właśnie najpełniej wyrażono zasadę, że zgodność z wolą ludu przesądzać ma o prawomocności demokratycznej władzy, a instrumentem jej utrwalenia ma być konstytucja.

Świadomość uczestniczenia w kształtowaniu nowej formy władzy politycznej towarzyszyła rewolucjonistom obu kontynentów, samo jednak pojęcie władzy konstytuującej i odróżnienie jej od władzy ukonstytuowanej jest dziełem Josepha Emmanuela Sieyès'a. Zarówno postawione przez niego problemy, jak i sposób ich pojęciowej konceptualizacji nie tylko wyznaczyły drogę rozwoju francuskiej myśli konstytucyjnej, ale na trwałe weszły do dyskursu konstytucyjnego, wyznaczając podstawowe kategorie opisu konstytucyjnych systemów liberalno-demokratycznych w zachodniej kulturze prawnej.

W teorii Sieyès'a *pouvoir constituant* przynależy do narodu. Francuski opat nie pojmował jednak narodu w kategoriach egzystencjalnych, lecz symbolicznych, jako ideę wyrażającą interes przeszłych i przyszłych pokoleń, podmiot woli powszechnej. Władza konstytuująca to wspólnota połączona jedną wolą polityczną i prawem stanowiącym

³ Przykładowo, Antonio Negri korzeni władzy konstytuującej doszukuje się w republikańskiej tradycji wyznaczonej pismami takich myślicieli, jak Niccolò Machiavelli i James Harrington. Vide Antonio Negri, *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*, University of Minnesota Press, Minneapolis–London 2009, passim.

⁴ Na społeczne i filozoficzne różnice w charakterystyce obu momentów fundacyjnych zwraca uwagę Hannah Arendt. Vide Hanna Arendt, *O rewolucji*, Czytelnik, Warszawa 2003, passim.

jej odzwierciedlenie. Ze względów praktycznych – wielkości wspólnot politycznych – wymaga ona ekstraordynaryjnej (innej niż zwykle ciało prawodawcze) reprezentacji. Sieyès przyjmuje zatem, że naród jest „organizacją złożoną z jednostek żyjących pod rządami prawa powszechnego i reprezentowanych przez wspólną władzę ustawodawczą”⁵.

Co istotne, w ujęciu Sieyèsa władza konstytuująca miała także charakter nieograniczony. Francuski opat dał temu zdecydowany wyraz w słynnej broszurze „Czym jest stan trzeci?”, pisząc:

Naród istnieje przed wszystkim, jest źródłem wszystkiego. Jego wola jest zawsze zgodna z prawem, jest samym prawem. Przed nim i nad nim jest tylko prawo naturalne⁶.

Zaprezentowana charakterystyka oznacza, że aktywność *pouvoir constituant* nie może być poddana żadnym, choćby formalnym, ograniczeniom. Jak stanowczo przesądza Sieyès, w przypadku narodu to istota jest wszystkim, forma zaś niczym⁷.

Jednym z fundamentalnych założeń teorii Sieyèsa było również radykalne rozdzielenie sfer aktywności władz konstytuującej i ukonstytuowanej. Żaden element uprawnień władzy ustrojodawczej nie może pozostawać w dyspozycji władz ukonstytuowanych. Władza delegowana (*pouvoir constitué*) nie może bowiem zmieniać warunków swojej delegacji. Taka ścisła separacja obu władz nie pozostała jednak bez wpływu na polityczny status samej *pouvoir constituant*. Już u samego Sieyèsa uwidacznia się tendencja do eliminowania władzy konstytuującej z udziału w bieżącym procesie politycznym wraz z uchwaleniem konstytucji. Po przyjęciu konstytucji *pouvoir constituant* zanika jako siła polityczna. Odtąd suwerenność ludu może się wyrażać jedynie w ramach i za pośrednictwem form ustanowionych w konstytucji, a zatem za pośrednictwem *pouvoir constitué*.

Wraz z rozwojem i umacnianiem się w Europie i Ameryce liberalnego modelu konstytucjonalizmu tendencja ta uległa

⁵ Joseph Emmanuel Sieyès, *Czym jest stan trzeci? Esej o przywilejach*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 53.

⁶ Ibidem, s. 101.

⁷ Ibidem, s. 105.

wyraźnemu pogłębieniu. Z pewnością przyczynił się do tego dynamiczny rozwój sądownictwa konstytucyjnego na obu kontynentach i towarzyszące temu zjawisku poszukiwania w nauce prawa uzasadnienia dla sądowej kontroli konstytucyjności na podstawie tezy, że także przez orzecznictwo konstytucyjne realizować może się zasada suwerenności ludu.

Liberalny konstytucjonalizm zasadza się na kontraktualistycznej teorii legitymizacji. Prawomocność konstytucji oparta została na założeniu, że akt ten stanowi wyraz umowy, za pośrednictwem której członkowie konkretnej wspólnoty politycznej zobowiązują się respektować w przyszłości mechanizmy instytucjonalne oraz wartości materialne chroniące tę wspólnotę przed akrasią, czyli wszelkimi zachowaniami nieracjonalnymi, naruszającymi ich obiektywne interesy, motywowanymi słabościami ludzkiej natury, jak strach czy gniew. Mechanizm i sens pierwotnego zobowiązania ilustrować ma znany mit o Odyseuszu, który przywiązuje się do masztu, by uchronić siebie przed zwodniczym śpiewem syren⁸. Elementem umowy liberalny konstytucjonalizm czyni także formę i granice jej zmiany, tak by maksymalnie spetryfikować treść konsensusu ustalonego w tzw. momencie konstytucyjnym, immunizując ją przed wpływami przyszłych zmiennych większości ujawniających się w bieżącej polityce.

Rozróżnienie na władzę konstytuującą i ukonstytuowaną okazało się bardzo użyteczne w procesie rozwijania prawnych instrumentów ograniczania polityki, przede wszystkim sądowej kontroli konstytucyjności. W praktyce prowadziło jednak do marginalizowania znaczenia władzy konstytuującej w dyskursie konstytucyjnym oraz instytucjonalnej architekturze liberalnego konstytucjonalizmu. Zadanie rozstrzygnięcia sporów konstytucyjnych zostało praktycznie scedowane na władze ukonstytuowane, w szczególności na władzę sądowniczą, obdarzaną największym zaufaniem ze względu na programowo przypisywaną jej apolityczność⁹.

⁸ Vide Jon Elster, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge 1979 oraz idem, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, passim.

⁹ Proces ten nie przebiegał, oczywiście, bezkonfliktowo. Wyrazem sprzeciwu wobec tych tendencji były formułowane, zwłaszcza wśród badaczy amerykańskich, koncepcje krytyczne wobec dominacji

Praktyka liberalnego konstytucjonalizmu, nominalnie zachowując konstrukcję władzy ustrojodawczej, *de facto* zerwała jednak z Sieyèsowskim żelaznym przeciwstawieniem władzy ukonstytuowanej – władzy konstytuującej, dopuszczając tę pierwszą do dzieła konstytuowania. Z czasem podjęto próby bardziej teoretycznego ujęcia tego zjawiska. Formułowane w odniesieniu do sądownictwa konstytucyjnego takie określenia, jak współprawodawca uczestniczący w wyrażaniu woli powszechnej¹⁰, „rodzaj instytucji przedstawicielskiej doskonale ukształtowanej, by móc mówić w imieniu ludu w sprawach zasad moralnych i politycznych”¹¹ czy wreszcie „egzemplaryczny przypadek rozumu publicznego”¹², stanowią najbardziej reprezentatywne doktrynalne konceptualizacje opisywanej praktyki ustrojowej.

Ta specyficzna pozycja suwerena, który w państwie konstytucyjnym „panuje, lecz nie rządzi”, uznawana jest współcześnie za jeden z elementów szeroko opisywanego w piśmiennictwie tzw. „paradoksu konstytucjonalizmu”¹³. Tego rodzaju rozumienie konstytucjonalizmu odpowiada, wyróżnionej przez Ernsta-Wolfganga Böckenfördego, materialnej koncepcji państwa konstytucyjnego. Jej cechą charakterystyczną jest to, że w zasadzie eliminuje ona suwerenność jako przymiot jakiegokolwiek władzy, w tym władzy samego ludu. Böckenförde zauważa:

sądownictwa w demokracji, podejmujące próbę rewaloryzacji udziału ludu w procesie rozstrzygnięcia problemów konstytucyjnych i interpretacji konstytucji. Vide np.: Mark Tushnet, *Taking Constitution Away from the Court*, Princeton University Press, Princeton 1999; Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York 2004; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2004.

¹⁰ Michel Troper, „Justice constitutionnelle et démocratie”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1990, n° 1, s. 37–38, 41.

¹¹ Christopher Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2001, s. 3.

¹² John Rawls, *Liberalizm polityczny*, tłum. Adam Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 316.

¹³ Cf. Martin Loughlin, Neil Walker, „Introduction”, w: M. Loughlin, N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 1.

Pojęcie suwerenności pojawia się jedynie przy okazji rozważania kwestii powstawania konstytucji, gdy mowa o podmiocie władzy tworzącej konstytucję, podmiocie, który jest dla konstytucji źródłem legitymizacji i ważności obowiązywania. Gdy jednak konstytucja już obowiązuje, to suwerenność ma niejako na nią przejść. Suweren – monarcha albo lud – wypowiedział swą wolę w akcie stanowienia konstytucji i przeniósł na nią swe suwerenne uprawnienia, a sam... zniknął. Dalej jedność i ład państwa wynikają już ze zgodnego z ich kompetencjami współdziałania poszczególnych organów, to znaczy z przestrzegania i realizowania przepisów konstytucji¹⁴.

Jak jednak wskazuje Böckenförde, utrzymanie założeń materialnie pojmowanego państwa konstytucyjnego jest możliwe tak długo, jak długo stanowiąca jego fundament konstytucja nie jest przedmiotem ostrego sporu politycznego.

Charakterystyka władzy konstytuującej w XX-wiecznej nauce prawa

Opisana wyżej dynamika rozwoju liberalnego konstytucjonalizmu, konsekwentnie neutralizująca znaczenie władzy konstytuującej w praktyce ustrojowej współczesnych demokracji konstytucyjnych, nie oznacza, że w nauce prawa nie podejmowano prób systemowego zmierzenia się z fenomenem *pouvoir constituant*, osadzając go w kontekście szerszej myśli teoretycznej i ustrojowej. Jak się wydaje, dwa krańcowo przeciwstawne bieguny myślenia o władzy konstytuującej wyznaczyła myśl dwóch XX-wiecznych teoretyków państwa i prawa, a mianowicie Hansa Kelsena i Carla Schmitta. Ich prace dały początek dwóm równoległym nurtom myślenia o *pouvoir constituant* w konstytucjonalizmie.

Choć Kelsen nie podejmował w sposób odrębny i bezpośredni problemu *pouvoir constituant*, to jednak prace z głównego nurtu badań austriackiego teoretyka pozwalają zrekonstruować jego czytelne stanowisko w tej kwestii. Zarówno czysta teoria prawa, jak i prace z zakresu teorii demokracji rzucają jednoznaczne światło na sposób pojmowania władzy konstytuującej przez austriackiego teoretyka państwa i prawa.

¹⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Państwo prawa w jednoczącej się Europie*, tłum. Paweł Kaczorowski, Instytut Studiów Politycznych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2000, s. 41.

Twórca czystej teorii prawa swoje rozważania o istocie i wartości demokracji zawarł w odrębnym opracowaniu¹⁵, a refleksja na temat podstaw demokratycznego ustroju stanowiła stały element jego dociekań filozoficznych¹⁶. Dla Kelsena demokracja to przede wszystkim tożsamość rządzących i rządzonych, podmiotu i przedmiotu władzy, stąd jej podstawowym założeniem jest „zlanie wielości ludzkiej w jedność”. Może to być wszakże wyłącznie jedność normatywna. Jak bowiem zauważa Kelsen:

Naród, rozdarty przez walki narodowościowe, religijne i gospodarcze, stanowi z punktu widzenia socjologii raczej skupienie odrębnych grup niż zwartą jednogatunkową masę. O jedności można tu mówić tylko w sensie normatywnym. [...] O jedności narodowej można z pewną dozą ścisłości mówić jedynie jako o prawnym stanie faktycznym, jako o jedności państwowego porządku prawnego, kierującego postępowaniem jednostek prawu podległych. W tym porządku prawnym wytwarza się – jako treść jego norm prawnych – jednolitość działań ludzkich; objawia ją „naród”, który jest czynnikiem państwa jako szczególnej postaci porządku społecznego. „Naród” nie jest więc – wbrew naiwnym wyobrażeniom – sumą, niejako zlepkiem ludzi, ale wyłącznie systemem działań indywidualnych, uregulowanych przez porządek państwowy¹⁷.

W artykułowaniu woli narodu i prawidłowym funkcjonowaniu demokracji fundamentalną rolę, zdaniem Kelsena, odgrywają stronnictwa polityczne. Dzięki nim jednostki łączą się we wspólnoty w celu realizacji celów politycznych i pozyskania wpływu na wolę zbiorową kształtującą treść prawa. Pozwalają one także lepiej wyrazić pluralistyczny charakter demokratycznej wspólnoty politycznej. Dlatego fundamentem demokracji w jej praktycznym (realnym) wymiarze jest wybór przedstawicieli do ciał prawodawczych.

Kelsen dostrzegał także ten wymiar ustroju demokratycznego, który ogniskuje się wokół sprawczego charakteru idei suwerenności ludu. Dla austriackiego teoretyka suwerenność ludu

¹⁵ Vide Hans Kelsen, *O istocie i wartości demokracji*, tłum. Felicja Turynowa, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1936.

¹⁶ Vide H. Kelsen, „Foundations of Democracy”, *Ethics* 1955, vol. 66.

¹⁷ H. Kelsen, *O istocie...*, s. 21–22.

stanowiła wyłącznie element ideologiczny, czy wręcz symboliczny. Pogląd ten wyraził on w sposób wyjątkowo obrazowy, pisząc:

I podobnie jak w prymitywnym stadium totemizmu członkowie klanu wkładają na siebie podczas pewnych orgiastycznych uroczystości maskę zwierzęcia totemicznego, tj. praojca klanu, żeby na czas krótki, odgrywając rolę ojca, zrzucić z siebie wszystkie więzy porządku społecznego, tak w ideologii demokratycznej naród-poddany przyobleka szaty niezwykłego autorytetu, który może tylko funkcje swoje przenosić – i to wciąż od nowa – na wybranych przedstawicieli. Doktryna suwerenności ludu jest, co prawda, bardzo wysubtelnioną i uduchowioną, maską totemiczną¹⁸.

Z powyższych względów prawotwórcza działalność władzy konstytuującej wykraczała, zdaniem Kelsena, poza granice racjonalnego poznania przez naukę prawa. Stanowiła raczej element konstytucjonalizmu jako idei politycznej i jako taka pozostawała bez wpływu na obowiązywanie i interpretacje konstytucji jako aktu normatywnego¹⁹. W łańcuchu upoważnień również norma konstytucyjna wywodziła swoje obowiązywanie z uprzednio obowiązujących norm konstytucyjnych, których treścią była prawotwórcza kompetencja do zmiany konstytucji. Akt kreacji pierwszej historycznej konstytucji wymykał się już jednak analizie nauki prawa. Mógł być co najwyżej rozpatrywany jako fakt historyczny czy społeczny (rewolucja) i jako taki osadzony w sferze *sein*, a nie *sollen*. Tymczasem w sferze rozumu prawniczego norma podstawowa jako transcendentально-logiczne założenie pozwala nadać obiektywny sens wszystkim, począwszy od pierwotnej konstytucji, aktom normowania. W przedstawionym ujęciu państwo sprowadzone zostaje do systemu norm, władza konstytuująca jest zaś tylko politycznym ideałem.

W ten sposób na poziomie prawnym jedynym materiałem do rekonstrukcji tożsamości władzy konstytuującej są normy prawne wchodzące w skład formalnej konstytucji. Zdaniem Kelsena zadanie ich rozwijania spoczywa na bieżącym ustawodawstwie parlamentu jako ciała najlepiej oddającego

¹⁸ Ibidem, s. 109–110.

¹⁹ Cf. Milena Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, TNOiK, Toruń 2017, s. 182.

pluralizm demokratycznej wspólnoty politycznej. Sąd konstytucyjny pełnić ma wyłącznie funkcję kontrolną, jako „negatywny prawodawca” zapewniać ma zgodność z konstytucją norm niższego rzędu, stojąc na straży przede wszystkim norm kompetencyjnych wyznaczających sferę działania władzy ukonstytuowanej.

Na zgoła odmiennych fundamentach oparta jest teoria państwa i porządku konstytucyjnego Carla Schmitta. Schmitt także identyfikuje konstytucję jako normatywną jedność, zamknięty system norm zawartych w jednym lub kilku aktach normatywnych wyróżnionych ze względu na kryteria formalne (ustawodawstwo konstytucyjne). Jednakże takiemu ujęciu, określanemu mianem konstytucji w znaczeniu relatywnym, niemiecki myśliciel przeciwstawia konstytucję w rozumieniu absolutnym, egzystencjalnym, odnoszącym się do sposobu istnienia jedności politycznej oraz konstytucję rozumianą jako szczególna forma władzy przynależna każdemu państwu (monarchia, demokracja).

Schmitt zrywa z kontraktualistyczną tradycją legitymizowania konstytucji. Konstytucja powstaje na podstawie jednostronnej decyzji politycznej podmiotu władzy ustrojodawczej. Zdaniem niemieckiego myśliciela państwo to polityczna jedność uformowana w drodze decyzji władzy konstytuującej. Władza ta rozstrzyga w sytuacji konfliktu, w wyniku którego przewyciężona mniejszość zostaje politycznie podporządkowana większości. Stąd jej działanie ma wybitnie polityczny charakter:

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”²⁰.

W przeciwieństwie zatem do koncepcji przedstawionej przez Kelsena władza konstytuująca dla Schmitta to nie abstrakcyjna idea czy hipotetyczne założenie, lecz konkretna

²⁰ Carl Schmitt, *Nauka o konstytucji*, Fundacja Świętego Mikołaja, Redakcja „Teologii Politycznej”, Warszawa 2013, s. 54.

siła polityczna zdolna do wyrażania swojej woli. Jako realny byt polityczny ma ona konkretną tożsamość – co istotne, uprzednią wobec samego aktu konstytuowania. Konstytucja (w znaczeniu aktu prawa pozytywnego) stanowić ma jurydyczny wyraz tej tożsamości, sama ma jednak wobec niej charakter wtórny.

Władza konstytuująca w demokracji przynależy do narodu. Dla autora *Nauki o konstytucji* demokracja jest formą państwową odpowiadającą zasadzie tożsamości – konkretnego ludu z samym sobą jako jednością polityczną. Co istotne, Schmitt operuje tu pojęciem narodu, a zatem ludu, nie tylko wyróżniającego się określoną tożsamością etniczną i kulturą, ale także świadomego swojej politycznej wyjątkowości i wyrażającego wolę istnienia politycznego²¹. W konsekwencji podmiot władzy ustrojodawczej to realna egzystencja polityczna, posiadająca tożsamość uprzednią i niezależną od procesu kreowania konstytucji.

Zdaniem Schmitta demokracja wymaga homogeniczności wspólnoty. Teza ta stawia jego teorię w wyraźnej kontrze wobec tradycji liberalnego konstytucjonalizmu. Również w tym zakresie widać diametralną różnicę między poglądami Schmitta a tymi formułowanymi przez Kelsena, afirmującego liberalne instytucje państwa prawa właśnie ze względu na ich zdolność odzwierciedlania i gwarantowania pluralistycznego charakteru demokratycznej wspólnoty politycznej. Istota Schmittowskiej krytyki liberalnej koncepcji państwa prawnego (nazywanej przez niemieckiego filozofa mieszczańskim państwem prawa) sprowadza się do zarzutu programowego ignorowania w niej znaczenia suwerennej władzy narodu i podkreślania jego pluralistycznego charakteru, gdy tymczasem powinien on być postrzegany w kategoriach politycznej jedności.

Tymczasem zdaniem autora *Nauki o konstytucji* naród jest aktywnym podmiotem życia politycznego wyrażającym swoją wolę w formie plebiscytarnej, przyjmując lub odrzucając przedkładane mu do rozstrzygnięcia propozycje o fundamentalnym znaczeniu politycznym. Jak pisze Schmitt:

Lud aktywizuje swoją władzę ustanawiania konstytucji poprzez jakąś rozpoznawalną artykulację swojej

²¹ Ibidem, s. 146–147.

bezpośredniej całościowej woli, która nastawiona jest na decyzję co do rodzaju i formy egzystencji jedności politycznej²².

W artykulacji swej woli władza ustrojodawcza nie jest niczym zdeterminowana. Nade wszystko prawomocność ustanowionej przez nią konstytucji nie może być oceniana przez pryzmat zgodności z wcześniej obowiązującymi ustawami konstytucyjnymi. Nie można zatem mówić o konstytucyjności samej konstytucji:

Decyzja polityczna rozstrzygająca o rodzaju i formie bytu państwowego, która stanowi istotę konstytucji, jest obowiązująca, dlatego że jedność polityczna, o której konstytucję chodzi, istnieje, a podmiot władzy ustrojodawczej może określać rodzaj i podmiot tego istnienia. Jedność ta nie wymaga żadnego usprawiedliwienia na gruncie normy etycznej czy prawnej, lecz swój sens czerpie ze swojego istnienia politycznego²³.

Kolejna fundamentalna różnica dotyczy roli władzy konstytuującej w funkcjonowaniu porządku konstytucyjnego po formalnym uchwaleniu konstytucji, czyli, posługując się terminologią Schmitta, po przyjęciu konstytucji w znaczeniu relatywnym. Kwestię tę niemiecki myśliciel stawia jednoznacznie:

Tak samo jak rozporządzenie organizacyjne tylko w niewielkim stopniu wyczerpuje władzę organizowania należącą do podmiotu, który ma zwierzchność i władzę organizowania, w tak samo niewielkiej mierze ustanowienie konstytucji wyczerpuje władzę ustrojodawczą, absorbuje ją i wykorzystuje. Władzy ustrojodawczej nie likwiduje się i nie unieważnia przez jednokrotne jej użycie²⁴.

Schmitt na gruncie swojej teorii konstytucyjnej respektuje także rozłączny podział na władzę konstytuującą i ukonstytuowaną. Rozstrzyganie doniosłych sporów politycznych czy uzupełnianie luk w konstytucji to dla niego wyłączna domena władzy ustrojodawczej, która jest jednolita oraz niepodzielna i stanowi podstawę wszystkich innych władz

²² Ibidem, s. 152.

²³ Ibidem, s. 161.

²⁴ Ibidem, s. 143.

(ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej). Nie należy jej też utożsamiać z uprawnieniem do rewizji ustaw konstytucyjnych²⁵. Specyficzne rozumienie istoty konstytucji pozwala Schmittowi wyodrębnić kilka form zmiany porządku konstytucyjnego. Usunięcie konstytucji w znaczeniu absolutnym, któremu towarzyszy zmiana władzy ustrojodawczej (np. z demokratycznej na monarchiczną), to przypadek tzw. anulowania konstytucji. Tego rodzaju anulację Schmitt odróżnia od usunięcia konstytucji, tj. zamiany konstytucji przy jednoczesnym zachowaniu tożsamości władzy ustrojodawczej. Transformacją zgoła innego rodzaju jest rewizja konstytucji rozumiana jako zmiana postanowień ustaw konstytucyjnych²⁶. Zmiana w tym ostatnim sensie (zmiana tekstu konstytucji w drodze poprawki konstytucyjnej) nie może prowadzić do anulowania lub usunięcia konstytucji, a zatem do naruszenia tożsamości narodu politycznego, który sprawuje *pouvoir constituant*.

Współczesne interpretacje władzy konstytuującej

Współczesne odczytania charakteru i roli władzy konstytuującej wydają się przełamywać klasyczną dychotomię wyznaczoną przez normatywizm i decyzyzizm. Przykładem tego rodzaju integracyjnego ujęcia może być koncepcja zaproponowana przez Martina Loughlina, który dostrzega konieczność powiązania egzystencjalnego wymiaru funkcjonowania władzy konstytuującej z normatywnością zasad wyznaczających podstawy jej działania. Takie ujęcie nazywa relacjonizmem. Przyjęcie perspektywy relacjonistycznej w jego ocenie, pozwala przewyciężyć opozycję między ujęciem normatywistycznym, traktującym władzę konstytuującą jedynie jako założenie prawniczego myślenia, w praktyce ustrojowej redukującym władzę konstytuującą do władz ukonstytuowanych, a decyzyzmem, który odwołuje się do substancjalnej, uprzedniej wobec aktu konstytuowania, ludowej jedności. Tymczasem, jak podkreśla Loughlin, władza konstytuująca pojawia się tam, gdzie konkretna

²⁵ Ibidem, s. 144.

²⁶ Ibidem, s. 179.

„wielość” projektuje siebie jako „jedność”. Projektowanie tej jedności nie dokonuje się jednak w normatywnej próżni²⁷. Innymi słowy, władzy konstytuującej nie można ani redukować do wymiaru faktualnego, ani interpretować wyłącznie jako artefaktu.

Złożony charakter władzy konstytuującej rzutuje także na rozumienie istoty i roli samej konstytucji jako wytworu prawotwórczego działania *pouvoir constituant*. Rozdzwitek między normą spisanej konstytucji a wymogami faktycznymi związanymi z jej stosowaniem w konkretnych i zmiennych warunkach społecznych wydaje się nieunikniony. Wypełnianie tej luki, choćby w drodze interpretacji konstytucji, także stanowi formę sprawowania władzy politycznej, co dostrzegano w nauce prawa nie tylko w postaci typologizacji zmian konstytucji i jej dopuszczalnych granic, o których pisał Schmitt²⁸. Wspomniany Loughlin zagadnienie to ujmuje jako przejaw napięcia między suwerennością (wołą powszechną) a suwerenem (podmiotem upoważnionym do egzekwowania decyzji w imieniu woli powszechnej). W takim układzie *pouvoir constituant* nie zostaje sprowadzona jedynie do wymiaru władzy (w znaczeniu nagiej siły sprawczej), ale zyskuje status autorytetu, czyli władzy normatywnie legitymowanej²⁹.

Zerwanie z dychotomicznym ujęciem natury *pouvoir constituant* jest możliwe, gdy uświadomimy sobie, że działanie władzy konstytuującej to jednocześnie budowanie tożsamości samego ludu. Wtedy zamiast traktować ustrojodawcę jako mistyczną egzystencjalną jedność uformowaną przed ustanowieniem konstytucji, dostrzeżemy, że ten rodzaj specyficznej władzy wyraża dialektyczną relację między „projektowanym”, stanowiącym presupozycję procesu konstytuowania,

²⁷ M. Loughlin, „The concept...”, s. 231–232.

²⁸ Polityczny charakter interpretacji konstytucji najsilniej artykułowano właśnie we francuskiej nauce prawa, najmocniej przywiązanej do rozgraniczenia między *pouvoir constituant* a *pouvoir constitué*. Szerzej piszę na ten temat w: Krzysztof J. Kaleta, „Wykładnia prawa jako forma władzy politycznej. Stanowiska wobec interpretacji konstytucji w doktrynie francuskiej”, w: Tomasz Stawecki, Jan Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 57–79.

²⁹ M. Loughlin, „The concept...”, s. 229.

„narodem” a konstytucyjną formą, dzięki której może on przemawiać w sposób autorytatywny³⁰. Jak zauważa Hans Lindahl, kluczowe w momencie fundacyjnym pytanie: „Czego powinno dotyczyć nasze wspólne działanie?”, ma charakter normatywny. Konsekwencją odpowiedzi na to pytanie jest bardzo realna inkluzja bądź inkluzja w obrębie władzy konstytuującej, a tego rodzaju działanie wymaga uzasadnienia³¹. Na ten ważny wymiar tworzenia konstytucji amerykańskiej zwracała uwagę już Hannah Arendt w swojej pracy poświęconej dziedzictwu dwóch wielkich nowożytnych rewolucji konstytucyjnych³².

Przyjęcie powyższego założenia oznacza, że proces formowania konstytucyjnej tożsamości nigdy nie zostaje w pełni zakończony, co ma istotne znaczenie zarówno dla zrozumienia istoty oraz legitymizacji konstytucji, jak i roli władzy konstytuującej we współczesnym konstytucjonalizmie. Punktowa legitymizacja konstytucji, odwołująca się do historycznego aktu fundacyjnego, ustępuje procesowemu ujęciu prawomocności porządku konstytucyjnego. Zjawisko to opisywane jest mianem samokonstytucjonalizacji. Proces ten nie ogranicza się jedynie do dyskursu prawnego, nie wyczerpuje się w formalnej zmianie postanowień konstytucyjnych, lecz posiada ważny wymiar instytucjonalny i społeczny, wsparty na moralno-dyskursywnych kompetencjach obywateli³³. Dominujące współcześnie rozumienie władzy konstytuującej, z jednej strony, zrywa z Sieyèsowskim, rozwiniętym przez Schmitta postrzeganiem jej roli przez pryzmat jednostkowego i w pełni dyskrecjonalnego aktu kreacyjnego, z drugiej zaś – pozostaje w opozycji zarówno wobec homogenicznego, podatnego na ekskluzję rozumienia tożsamości, o którym pisał

³⁰ Ibidem.

³¹ Hans Lindahl, „Constituent Power and the Constitution”, w: David Dyzenhaus, Malcolm Thorburn (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 152–154.

³² Vide H. Arendt op. cit., s. 264–266. Na ten innowacyjny aspekt amerykańskiej rewolucji zwraca uwagę także M. Loughlin, *The Idea...*, s. 108.

³³ Vide Karolina Cern, „Jak rozumieć rolę konstytucji we współczesnym społeczeństwie demokratycznym?”, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2016, t. 101, s. 24, 33.

Schmitt, jak i jej redukcjonistycznej jurydycznej interpretacji, którą jako pierwszy wyraził Kelsen, rozwinęła zaś praktyka liberalnego konstytucjonalizmu.

Powyższe odczytania władzy konstytuującej wydają się akcentować komplementarny charakter demokracji i konstytucjonalizmu. Konstytucja nie tylko organizuje, ale także generuje władzę polityczną przez wspólne działanie jednostek budujących za jej pośrednictwem polityczną wspólnotę³⁴. Ujmując rzecz z jeszcze innej perspektywy, kwestia genezy konstytucji i jej normatywnego uzasadnienia są jednakowo ważne. Jak podkreśla Lindahl:

Z jednej strony, konstytucje strukturyzują proces demokratycznego decydowania, stwarzając przestrzeń dla demokratycznego rozstrzygania konfliktu politycznego. Z drugiej zaś strony, normatywna treść konstytucji jest sama przez się przedmiotem sporu, który wymaga demokratycznego rozstrzygnięcia³⁵.

Zaprezentowany nurt interpretacji władzy konstytuującej we współczesnym konstytucjonalizmie opiera się na założeniu, że zbiorowa tożsamość politycznego „My”, w imieniu którego stanowiona jest konstytucja, ma charakter refleksyjny, przez co w procesie jej kształtowania komponenty polityczne i prawne wzajemnie się uzupełniają³⁶.

Tezę o komplementarności demokracji i konstytucjonalizmu rozwija także Jürgen Habermas. Wychodząc z ogólnego założenia, że „ważne są tylko te normy działania, na które mogliby się zgodzić wszyscy ci, których mogą one dotyczyć, jako uczestnicy racjonalnych dyskursów”³⁷, niemiecki filozof proponuje taką interpretację władzy konstytuującej, która czyniłaby zadość wymogom zarówno publicznej, jak i prywatnej autonomii jednostki. Zdaniem

³⁴ Cf. M. Loughlin, *The Idea...*, s. 112–113.

³⁵ H. Lindahl, „Constituent Power and the Constitution...”, s. 153.

³⁶ Vide H. Lindahl, „Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, w: M. Loughlin, N. Walker (eds), op. cit., s. 9–24.

³⁷ Jürgen Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. Adam Romaniuk, Robert Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 123.

bowiem Habermasa prawomocność i legalność porządku konstytucyjnego w demokracji konstytucyjnej wzajemnie się warunkują.

Instytucje prawne stanowią ważny, choć nie jedyny, element prawomocnego kształtowania demokratycznej woli politycznej. Proces ten spełniać powinien, szeroko opisane w pracach Habermasa, wymogi racjonalności komunikacyjnej. Realizujący roszczenie do prawomocności proces konstytucjonalizacji wymaga m.in. odpowiedzenia sobie przez jego uczestników na pytanie, jakie to prawa obywatele powinni sobie wzajemnie zagwarantować, by w sposób racjonalny rozstrzygać o swojej tożsamości jako wolnych i równych podmiotów dobrowolnego stowarzyszenia rządzącego się prawem³⁸. Co istotne, zdaniem Habermasa ustalenie wspomnianego systemu wzajemnych uprawnień nie jest kwestią jednorazowego aktu, zadanie aktualizowania systemu praw gwarantujących wzajemne zabezpieczenie prywatnej i publicznej autonomii ciąży bowiem na każdym pokoleniu³⁹. W takim ujęciu trudno mówić o jednym historycznym „momencie konstytucyjnym”, gdyż działanie władzy konstytuującej ma charakter permanentny. Polega na stałej reinterpretacji zasad konstytucyjnych w szeroko rozumianym dyskursie konstytucyjnym.

Choć powyższe ujęcie wydaje się wyznaczać *timbre* badań nad charakterem władzy konstytuującej, to nie stanowi wyłącznej perspektywy badania analizowanego zagadnienia. Nie nikną bowiem głosy afirmujące radykalnie demokratyczne rozumienie władzy konstytuującej. Opierają się one na zupełnie przeciwnych założeniach zarówno co do natury *pouvoir constituant*, jak i wynikającej stąd relacji między wartościami demokratycznymi i konstytucyjnymi w praktyce ustrojowej państw demokratycznych. Jako przykład wskazać można prace Antonia Negriego. Jego zdaniem refleksja wokół *pouvoir constituant* jest refleksją nad ideą demokracji w jej najczystszej postaci, wolną i nieograniczoną władzą ludu nad sobą samym. Właśnie dzięki swej radykalnej

³⁸ J. Habermas, „Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory* 2001, vol. 29, no. 6, s. 776–778.

³⁹ *Ibidem*, s. 774.

otwartości i rewolucyjnemu potencjałowi władza konstytuująca może wypełniać rolę zasadniczej siły animującej permanentny proces społecznej zmiany. Jej konstytucjonalizacja, zwłaszcza w formie, jaką proponuje liberalny konstytucjonalizm, jest tego rodzaju ograniczeniem, które zagrażać może istocie *pouvoir constituant*⁴⁰. Głosy te współbrzmiały z formułowanymi w nauce prawa postulatami „krytycyzacji namysłu” nad samą konstytucją i konstytucjonalizmem, akcentującymi konieczność zrewaloryzowania pierwiastka polityczności w prawie⁴¹.

Władza konstytuująca jako wyzwanie dla nauki prawa

Jak się wydaje, wzmożone zainteresowanie charakterem i rolą władzy konstytuującej, jej bezpośrednim udziałem w kształtowaniu porządku konstytucyjnego, przynajmniej częściowo wiązać należy z kryzysem zaufania do dwóch podstawowych filarów władzy ukonstituowanej współczesnego konstytucjonalizmu.

W pierwszym przypadku chodzi o kryzys reprezentacji ciał przedstawicielskich. Zdominowane przez minimalne, czy wręcz nominalne, większości parlamenty przestają odzwierciedlać szerokie spektrum opinii i interesów wszystkich członków wspólnoty politycznej, co sprzyja aktywizacji ruchów obywatelskich, ale także populistycznych, roszcujących sobie prawo do bezpośredniego artykułowania woli suwerena. Drugi filar to władza sądownicza. Bezsporny wzrost władzy sędziów we współczesnym konstytucjonalizmie, poza tradycyjnymi wątpliwościami co do posiadania przez nich demokratycznej legitymizacji do rozstrzygania doniosłych problemów konstytucyjnych o najsilniejszym zabarwieniu aksjologicznym, rodzi nowe wyzwania i roszczenia ze strony ludu, np. pogłębionej refleksyjności w odczytaniu społecznego rozumienia praw podmiotowych⁴².

⁴⁰ A. Negri, op. cit., passim.

⁴¹ Vide Adam Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec triumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012, s. 201–211.

⁴² Piszę o tym szerzej w: K.J. Kaleta, „Between Reflexivity and Effectiveness: Dilemmas of the Democratic Legitimacy

Powyższe czynniki z pewnością przyczyniły się do „renesansu” władzy konstytuującej we współczesnym konstytucjonalizmie, co przejawia się w poszukiwaniach rozwiązań instytucjonalnych, które uczyniłyby „lud” realnym, a nie nominalnym uczestnikiem dyskursu konstytucyjnego. Tego rodzaju dążenia, choć wyrażać mogą autentyczną potrzebę uczestnictwa obywateli w sferze publicznej, są jednocześnie niezwykle podatne na ryzyko populizmu, w tym populizmu konstytucyjnego. Ten ostatni bowiem wkracza w sam rdzeń poruszanych tu problemów, tj. władzy konstytuującej, suwerenności ludu oraz tożsamości konstytucyjnej⁴³. Dlatego tak ważna jest rzetelna i kompleksowa refleksja naukowa w tym obszarze, prowadzona równoległe na poziomie filozofii polityki, filozofii prawa i dogmatyki prawa konstytucyjnego. Wymaga ona sięgnięcia do dorobku innych nauk społecznych, przede wszystkim antropologii, socjologii oraz filozofii społecznej.

Fenomen władzy konstytuującej w XXI wieku stawia przed nauką prawa co najmniej dwa zasadnicze problemy badawcze. Pierwszy dotyczy zrozumienia tożsamości władzy konstytuującej w kontekście coraz częściej formułowanych głosów kwestionujących tezę o normatywnym niezdeternowaniu *pouvoir constituant*. Poszukiwanie wewnętrznej, co niekoniecznie oznacza jurydycznej, normatywności, której immanentnie podlegać miałyby władza konstytuująca, determinuje takie praktyczne zagadnienia konstytucyjne jak dyskrecjonalność władzy ustrojodawcy w procesie tworzenia konstytucji, a wtórnie także jej zmiany.

Formuła „My, naród” czy „We the People” odzwierciedla specyficzny cel kolektywnego działania. Nadaje demokratycznemu prawotwórstwu konstytucyjnemu charakter performatywny – szczególny cel generuje szczególne oczekiwania uczestników wspólnego działania. Pojęcie władzy konstytuującej, w przeciwieństwie do adaptowanego z teorii

of Constitutional Justice”, w: *The Rule of Law and the Challenges to Jurisprudence*, „Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook” vol. 3, Péter Cserne, Miklós Konczol, Marta Soniewicka (eds), Frankfurt am Main 2014, s. 113–123.

⁴³ Cf. Luigi Corrias, „Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review* 2016, vol. 12, s. 8–13.

absolutyzmu pojęcia suwerenności, od początku przynależy bezpośrednio do demokratycznej teorii konstytucyjnej. Sensem konstituowania jest nie tylko wyrażenie woli co do formy władzy, ale także kształtowanie tożsamości samego ludu jako wspólnoty politycznej. Poglębiona filozoficzna analiza tej zależności ma ogromne znaczenie, respektowanie tych wymogów normatywnych jest bowiem istotne zarówno z perspektywy prawomocności samej konstytucji jako wytworu działania *pouvoir constituant*, jak i dla powodzenia zadania wyartykułowania wspólnotowej tożsamości na poziomie konstytucyjnym. W tym ostatnim kontekście nie można tracić z pola widzenia przemian w obrębie samego konstytucjonalizmu, a przede wszystkim towarzyszących im napięć związanych z rozwojem tzw. wielopoziomowego konstytucjonalizmu. Tradycyjnie realizowane w obrębie państwa narodowego roszczenie do wyrażenia tożsamości suwerennego ludu konfrontowane być dziś musi z ograniczeniami „ponadnarodowego” konstytucjonalizmu, co prawda pozbawionego formalnej konstytucji, za to najczęściej budowanego wokół określonego zestawu praw podstawowych wspartych na mocno uniwersalistycznych roszczeniach⁴⁴.

Drugie wyzwanie dotyczy miejsca *pouvoir constituant* w instytucjonalnej architekturze współczesnych demokracji konstytucyjnych. Badania nad władzą konstytuującą nie mogą dziś ograniczać się do retrospektywnej analizy „momentu konstytucyjnego”, a samej władzy traktować jako epifenomenu, który ginie wraz z realizacją swojego bezpośredniego celu, tj. ustanowieniem konstytucji. Uznanie, że władza konstytuująca nie wyczerpuje się w akcie uchwalenia konstytucji, lecz pozostaje aktywnym podmiotem praktyki konstytucyjnej, wymusza refleksję wokół zasad ustanawiających *equilibrium* między władzą konstytuującą a władzą ukonstytuowaną. Przejawia się ona w poszukiwaniu nowych form partycypacji społeczeństwa w polityce realizowanych na poziomie konstytucyjnym, ale też w takich praktycznych zagadnieniach dogmatyki konstytucyjnej, jak kwestia form i granic całkowitej lub częściowej zmiany konstytucji. Chodzi zatem o poszukiwanie mechanizmów zabezpieczających i kontrolnych

⁴⁴ Paolo Carrozza, „Constitutionalism’s Post-Modern Opening”, w: M. Loughlin, N. Walker (eds), op. cit., s. 182–184.

(stanowiących istotę *rule of law*) dla polityki realizowanej już jednak na poziomie konstytucyjnym.

Oba wspomniane aspekty działania władzy konstytuującej oddaje w pewien sposób przywoływane już pojęcie samokonstytucjonalizacji. Z tej perspektywy znaczenie *pouvoir constituant* we współczesnym konstytucjonalizmie postrzegane jest nie przez pryzmat incydentalnej siły sprawczej (woli), lecz stałej dyspozycyjności do politycznego działania, aktualizującego się w formie dyskursu, w którym rozpoznawane są uniwersalne zasady wyrażające tożsamość wspólnoty. Nie chodzi tu jednak o tożsamość rozumianą jako faktyczna homogeniczność ludu, dla której władza konstytuująca stanowi wyłącznie jednorazowe i niedyskursywne polityczne *fiat*, lecz tożsamość stale rozwijaną w dyskursie konstytucyjnym, w którym uczestniczą organy władzy konstytuowanej oraz sama władza konstytuująca (lud) w różnych, często niezinstytucjonalizowanych formach. Spór dotyczy zatem form i zakresu uczestnictwa w tym procesie obu władz. Konstytucja przestaje być postrzegana wyłącznie jako instrument samoograniczenia się ludu oraz delegowania jego władztwa na rzecz władzy ukonstytuowanej. Rozumiana jest raczej jako instrument dyskursywnego rozpoznawania aktualnego rozumienia zasad konstytucyjnych, środek stałego integrowania wspólnoty, wzmacniania solidarności jako wspólnego normatywnego komponentu demokracji i rządów prawa.

Paradoksalnie, zwrócenie się ku dynamicznym i procesowym ujęciom tożsamości konstytucyjnej nie pomniejsza, lecz waloryzuje znaczenie władzy konstytuującej. Jej rola nie zanika po przyjęciu konstytucji, aktualizuje się jednak w zdecydowanie mniej sformalizowanej postaci, niż przyjmuje się na gruncie teorii i praktyki tradycyjnego, liberalnego konstytucjonalizmu, przybierając głównie, choć nie wyłącznie, formy władzy negatywnej, na przykład za pośrednictwem mechanizmów nadzoru lub sprzeciwu⁴⁵. Aktywność władzy konstytuującej w bieżącym dyskursie konstytucyjnym nie musi

⁴⁵ Pierre Rosanvallon pisze w tym kontekście o suwerenności negatywnej, w której lud występuje jako sędzia, nadzorca lub gracz blokujący. Autor dowodzi, że te wymiary aktywności suwerena występowały już u zarania nowożytnej teorii suwerenności ludu, pod wpływem jednak liberalnego konstytucjonalizmu stopniowo były eliminowane ze sfery publicznej. Vide Pierre Rosanvallon, *Kontrdemokracja. Polityka w dobie*

także prowadzić do umniejszenia znaczenia władz ukonstytuowanych. Wiąże się jednak z formułowanymi pod ich adresem nowymi roszczeniami legitymizacyjnymi. Akcentuje się tu znaczenie takich wartości, jak bezstronność w definiowaniu interesu ogólnego (powszechnego) czy refleksyjność jako warunek jego ustalania. Ich realizacja ma się przyczyniać do pogłębienia więzi między reprezentującymi a reprezentowanymi oraz lepszego wyrażania tożsamości demokratycznej za pomocą instytucji konstytucyjnych⁴⁶.

Bibliografia

- Arendt Hannah, *O rewolucji*, Czytelnik, Warszawa 2003.
- Böckenförde Ernst-Wolfgang, *Państwo prawa w jednoczącej się Europie*, tłum. Paweł Kaczorowski, Instytut Studiów Politycznych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2000.
- Carrozza Paolo, „Constitutionalism’s Post-Modern Opening”, w: Loughlin Martin, Walker Neil (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Cern Karolina, „Jak rozumieć rolę konstytucji we współczesnym społeczeństwie demokratycznym?”, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2016, t. 101, s. 23–39.
- Corrias Luigi, „Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review* 2016, vol. 12, s. 6–26.
- Eisgruber Christopher, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2001.
- Elster Jon, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge 1979.
- Elster Jon, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- Habermas Jürgen, „Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory* 2001, vol. 29, no. 6, s. 766–781.
- Habermas Jürgen, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego,*

niefuności, tłum. Agata Czarnacka, Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej, Wrocław 2011.

⁴⁶ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, Paris 2008, s. 348.

- tlum. Adam Romaniuk, Robert Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005.
- Hirschl Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2004.
- Kaleta Krzysztof J., „Between Reflexivity and Effectiveness: Dilemmas of the Democratic Legitimacy of Constitutional Justice”, w: *The Rule of Law and the Challenges to Jurisprudence*, „Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook” vol. 3, Péter Cserne, Miklós Konczol, Marta Soniewicka (eds), Frankfurt am Main 2014.
- Kaleta Krzysztof J., „Wykładnia prawa jako forma władzy politycznej. Stanowiska wobec interpretacji konstytucji w doktrynie francuskiej”, w: Tomasz Stawecki, Jan Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014, 57–79.
- Kelsen Hans, „Foundations of Democracy”, *Ethics* 1955, vol. 66, s. 1–100.
- Kelsen Hans, *O istocie i wartości demokracji*, tłum. Felicja Turynowa, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1936.
- Korycka-Zirk Milena, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, TNOiK, Toruń 2017.
- Kramer Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York 2004.
- Lindhahl Hans, „Constituent Power and the Constitution”, w: David Dyzenhaus, Malcolm Thorburn (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 141–159.
- Lindhahl Hans, „Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, w: Loughlin Martin, Walker Neil (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 9–24.
- Loughlin Martin, „The Concept of Constituent Power”, *European Journal of Political Theory* 2014, vol. 13(2), s. 218–237.
- Loughlin Martin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Loughlin Martin, Walker Neil (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Loughlin Martin, Walker Neil, „Introduction”, w: Loughlin Martin, Walker Neil (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 1–8.
- Negri Antonio, *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*, University of Minnesota Press, Minneapolis–London 2009.

- Rawls John, *Liberalizm polityczny*, tłum. Adam Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Rosanvallon Pierre, *Kontrdemokracja. Polityka w dobie nieufności*, tłum. Agata Czarnacka, Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej, Wrocław 2011.
- Rosanvallon Pierre, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, Paris 2008.
- Schmitt Carl, *Nauka o konstytucji*, Fundacja Świętego Mikołaja, Redakcja „Teologii Politycznej” Warszawa 2013.
- Sieyès Joseph-Emmanuel, *Czym jest stan trzeci? Esej o przywilejach*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016.
- Sulikowski Adam, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec triumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012.
- Troper Michel, „Justice constitutionnelle et démocratie”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1990, n° 1, s. 31–48.
- Tushnet Mark, *Taking Constitution Away from the Court*, Princeton University Press, Princeton 1999.