

MICHAŁ BOŻEK

---

## Integralna legitymizacja konstytucji

1. Legitymizacja konstytucji o wiele bardziej niż na fundamencie solidnym niczym skała opiera się na konstrukcji przypominającej swą stabilnością ruchome piaski. Do takiej mniej więcej konkluzji doszedł jeden z niestrudzonych badaczy tego zagadnienia, gdy przyszło mu spuentować problemy wyłaniające się na tle legitymizacji konstytucji amerykańskiej<sup>1</sup>. Podszyte sceptycyzmem badawczym słowa z powodzeniem odnieść można do legitymizacji każdej konstytucji. Oddają one dobrze skalę trudności piętrzących się przed każdym, kto z legitymizacją konstytucji próbuje się zmierzyć. Próby takie podejmowane są jednak nieustannie, a ich rezultat daleki jest od rozstrzygniętego, o czym najlepiej przekonuje przegląd odpowiedniej literatury przedmiotu<sup>2</sup>. Niezaprzeczalny wniosek płynący z takiego przeglądu to przekonanie, że legitymizacja konstytucji to złożony fenomen o interdyscyplinarnym potencjale, który angażuje zainteresowanie przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego, filozofii prawa, filozofii polityki czy socjologii<sup>3</sup>. Bezsportny jest bowiem fakt, że legitymizacja konstytucji to zjawisko o wyraźnie dynamicznej naturze, a w procesie poszukiwania dla

---

<sup>1</sup> R.H. Fallon Jr., *Legitimacy...*, s. 1793.

<sup>2</sup> Tytułem przykładu zob. A. Arato, *Civil...*, s. 81–129; R.E. Barnett, *Constitutional...*, s. 11–148; J. Colón-Ríos, *Weak...*, s. 102–125; S. Freeman, *Constitutional...*, s. 327–370; K.J. Kaleta, *Ograniczenia...*, s. 3–17; F.I. Michelman, *Constitutional...*, s. 64–98; A. Młynarska-Sobaczewska, *Autorytet...*, s. 152–252; M. Rosenfeld, *The Rule...*, s. 1307–1352; W. Sadurski, *Law's...*, s. 377–409; T. Herbst, *Legitimation...*, s. 28–167.

<sup>3</sup> T. Wiślak, *Legalność...*, s. 160; G. Skąpska, J. Stelmach, *Współczesne...*, s. 8–9.

niej uzasadnienia zwrócić należy się w stronę argumentów zaczerpniętych z różnych porządków (moralnego, prawnego, politycznego, społecznego)<sup>4</sup>. Nie ulega również wątpliwości, że porządki te przenikają się i wzajemnie na siebie oddziałują, dlatego ściśle oddzielenie wywodzących się z nich kryteriów oceny legitymizacji konstytucji jest zajęciem zgoła karkołomnym<sup>5</sup>.

W konsekwencji legitymizacja konstytucji powinna stanowić spójny wewnętrznie system argumentów odwołujących się w celu uzasadnienia prawomocności konstytucji do określonych wartości czy idei politycznych, reguł prawnych i zjawisk społecznych. Legitymizacja moralna czy też polityczna konstytucji powinna zatem pokrywać się z jej legitymizacją prawną i społeczną<sup>6</sup>. Konstytucja cieszy się w takiej sytuacji społeczną akceptacją z uwagi na jej walor prawny i odzwierciedloną w niej aksjologię polityczną. Konstytucja jest więc oceniana jako prawomocna nie tylko wskutek spełnienia odpowiednich kryteriów moralnych, politycznych, prawnych i społecznych. W efekcie inkorporacji aprobowanych społecznie wartości politycznych konstytucja zasługuje na miano prawomocnej na gruncie jej podstawowych założeń. Proces taki pozwala zatrzeć granicę pomiędzy legitymizacją zewnętrzną a wewnętrzną, a ich miejsce zajmuje legitymizacja integralna, ogniskująca się wokół głównych założeń konstytucji.

Legitymizacja konstytucji nie stanowi jednak dzieła zakończonego, lecz jest procesem stale poszukującym najlepszych rozwiązań napięć zachodzących pomiędzy jej poszczególnymi wymiarami. Zdolność do ich przewycięzania to najskuteczniejsze kryterium oceny integralnej legitymizacji konstytucji. Gdy więc konstytucja traci tę zdolność i rutynowe napięcia występujące w obrębie jej legitymizacji przeradzają się w niemożliwy do wyeliminowania na drodze konstytucyjnego dyskursu konflikt, to jest to oznaka poważnego kryzysu konstytucyjnego<sup>7</sup>. Następuje wówczas rozkład legitymizacji integralnej na poszczególne jej wymiary, które z osobna zaczynają rościć sobie prawo do uzasadnienia prawomocności konstytucji. Sytuacja taka podważa legitymizację konstytucji. W najlepszym razie otwiera ona pole do redefinicji głównych założeń konstytucji w postaci mniej lub dalej idącej ich zmiany, w najgorszym zaś jest sygnałem nadciągającej rewolucji konstytucyjnej i odrzucenia dotychczasowej konstytucji<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> P. Kokot, *Działalność...*, s. 70.

<sup>5</sup> Ch. Thornhill, *A Sociology...*, s. 12; R.H. Fallon Jr., *Legitimacy...*, s. 1803–1805.

<sup>6</sup> W. Włoch, *Pomiędzy...*, s. 232–233.

<sup>7</sup> S. Levinson, J.M. Balkin, *Constitutional...*, s. 707–753.

<sup>8</sup> G.J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional...*, s. 26.

Kluczowy problem z punktu widzenia legitymizacji konstytucji dotyczy swobody społeczeństwa w doborze wartości i idei politycznych, które mają zostać odzwierciedlone w konstytucji. Jeżeli przyjmiemy założenie o braku jakichkolwiek ograniczeń społeczeństwa w decydowaniu o formie powstania i treści konstytucji, to decyzja taka będzie stanowić wyłączną przesłankę legitymizacji konstytucji<sup>9</sup>. Będzie to tym samym legitymizacja zewnętrzna, skoro źródło takiej legitymizacji jest całkowicie niezależne od jej przedmiotu. Co gorsza, przyznanie społeczeństwu nieograniczonego prawa do rozstrzygnięcia o formie i treści podstawy porządku ustrojowego równoznaczne jest z przyzwoleniem na ustanowienie aktu wypaczającego czy wręcz unicestwiającego ideę konstytucji<sup>10</sup>. Charakteru legitymizacji nie zmieniają również poglądy doszukujące się granic swobody społeczeństwa w konieczności zagwarantowania odpowiednich warunków proceduralnych przy jej tworzeniu lub w obowiązku uwzględnienia w jej treści określonych wartości. Ograniczenia takie wynikają bowiem z porządków normatywno-aksjologicznych, zewnętrznych względem konstytucji. Przykładem mogą tu być wymogi związane ze stopniem społecznej partycypacji w procesie uchwalania konstytucji i towarzyszące im warunki dyskursu konstytucyjnego lub nawiązania do idei prawa naturalnego czy też odwołania do właściwych standardów ochrony praw jednostki<sup>11</sup>. Także w tym przypadku istnieje niebezpieczeństwo ustanowienia jako podstawy porządku ustrojowego aktu będącego konstytucją jedynie z nazwy lub obciążonego grzechem deficytu demokratycznego<sup>12</sup>.

Inaczej kwestia legitymizacji przedstawia się w sytuacji jej zmiany<sup>13</sup>. W takim wypadku pierwotne źródło legitymizacji zostaje zachowane,

<sup>9</sup> C. Schmitt, *Nauka...*, s. 161–166.

<sup>10</sup> R. Stacey, *Popular...*, s. 173–174.

<sup>11</sup> A. Arato, *The Adventures...*, s. 239; R.E. Barnett, *Constitutional...*, s. 141–142; K.J. Kaleta, *Ograniczenia...*, s. 14–15; R. Piotrowski, *Zagadnienie...*, s. 275–276.

<sup>12</sup> Z łatwością można sobie przecieżyć wyobrazić, że efektem demokratycznej decyzji społeczeństwa będzie akt zrywający z założeniami właściwymi dla konstytucji lub czyniącymi ich realizację iluzoryczną. Nie sposób również wykluczyć, że akt gwarantujący ochronę podstawowych praw jednostki może powstać w wyniku arbitralnego postanowienia niedemokratycznej władzy czy też stanowić rezultat równie niedemokratycznego rozstrzygnięcia państw obcych lub organizacji międzynarodowych. Por. X. Contiades, A. Fotiadou, *Imposed...*, s. 15–33.

<sup>13</sup> Poza zakresem rozważań pozostawiam tu problem nieformalnych zmian konstytucji, czyli zmian będących wynikiem odpowiedniej praktyki konstytucyjnej i związanej z nią interpretacji konstytucji. Mimo niegasnących sporów dotyczących właściwego rozumienia tego zjawiska, z perspektywy legitymizacji konstytucji zmiany takie nie wywołują szczególnych konsekwencji. Korekcie ulega bowiem w ich wypadku jedynie sposób odczytania sensu określonych przepisów, co może rodzić istotne skutki dla praktyki konstytucyjnej. Korekta taka dokonuje się jednak

a konsekwencją modyfikacji konstytucji jest tylko aktualizacja legitymizacji czy też jej dostosowanie do zmieniającej się rzeczywistości społecznej<sup>14</sup>. Natomiast legitymizacja samej zmiany konstytucji ma już charakter czysto wewnętrzny, a jej podstawą jest decyzja podjęta przez społeczeństwo lub jego przedstawicieli na podstawie przepisów zmienianej konstytucji. Przepisy takie określają tryb zmiany konstytucji oraz ich możliwy do przeprowadzenia zakres. Przewidują więc szereg warunków formalnych, które muszą zostać spełnione, aby zachowana została ciągłość legitymizacyjna konstytucji. Niejednokrotnie zawierają również ograniczenia dotyczące treści w postaci katalogu zasad i wartości objętych zakazem modyfikacji w ramach procedury zmiany konstytucji. Takim bezpośrednim zakazom zmiany wybranych przepisów coraz częściej odpowiadają zakazy pośrednie, które w kontekście określonych zasad i wartości formułowane bywają w orzecznictwie sądów konstytucyjnych lub w doktrynie prawa nawet w tych państwach, gdzie konstytucje nie wprowadzają żadnych ograniczeń przedmiotowych w zakresie dopuszczalności ich zmiany<sup>15</sup>. Bezpośrednie lub pośrednie zakazy zmiany odpowiednich przepisów także służą utrzymaniu legitymizacyjnej ciągłości konstytucji, wzięwszy pod uwagę to, że objęte nimi zasady i wartości definiują na ogół tożsamość konstytucyjną danego państwa lub odgrywają rolę strażnika jego konstytucyjnej tradycji<sup>16</sup>.

Zarówno jednak formalne, jak i materialne ograniczenia swobody społeczeństwa biorącego udział w procedurze zmiany konstytucji mają charakter względny. Większość badaczy zagadnienia hołduje bowiem niezmiennie przekonaniu, że społeczeństwo jako depozytariusz władzy decydowania o podstawach porządku ustrojowego nie jest związane jakimikolwiek ograniczeniami w zakresie kształtowania jego formy i treści. W dowolnym więc momencie może skorzystać ze swego prawa i zastąpić dotychczasową konstytucję aktem całkowicie nowym i w pełni od niej niezależnym<sup>17</sup>.

w obrębie obowiązującej konstytucji i musi pozostawać w granicach określonych jej pierwotną legitymizacją. Nie może również wykraczać poza akceptowany w dyskursie konstytucyjnym paradygmat interpretacyjny. O ile bowiem przekroczenie granic legitymizacji skutkowałoby przekreśleniem istoty konstytucji, o tyle wyjście poza dopuszczalne reguły wykładni stanowiłoby naruszenie lub obejście określonych jej przepisów. Por. A. Bień-Kacała, *Informal...*, s. 200–216; M. Laskowska, *Pojęcie...*, s. 33–36; M. Granat, *O paradoksach...*, s. 132–138; J. Zajądło, *Wykładnia...*, s. 26–35.

<sup>14</sup> R. Albert, *Formal...*, s. 118, 131–132.

<sup>15</sup> Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 39–68.

<sup>16</sup> O. Doyle, *Constraints...*, s. 74–80.

<sup>17</sup> G.J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional...*, s. 232; C. Klein, A. Sajó, *Constitution-Making...*, s. 422–425; M. Loughlin, N. Walker, *Introduction...*, s. 1–9.

Legitymizacja konstytucji stanowi pokłosie definicji samej konstytucji. Akceptacja stanowiska, że konstytucją jest każdy akt prawny ustanowiony przez społeczeństwo lub jego reprezentantów w celu uregulowania podstaw ustroju państwowego, jedynym kryterium oceny jej legitymizacji uczyni bezpośrednio lub pośrednio wyrażoną wolę społeczeństwa. Aksjologia i kształt ustroju państwowego zależą zatem wyłącznie od uznania społeczeństwa. Przy takim podejściu na miano konstytucji zasługuje więc każdy akt czerpiący swe roszczenia do prawomocności z odpowiednio podjętej decyzji społeczeństwa, niezależnie od wybranego systemu wartości i urzeczywistnionego modelu ustrojowego. Z perspektywy legitymizacji miarodajna jest bowiem forma takiej decyzji, a nie jej treść<sup>18</sup>. Z kolei aprobata dla poglądu, że konstytucja to akt prawny realizujący określone wartości i przez ich pryzmat regulujący podstawy ustrojowe państwa, bez względu na formę jego ustanowienia, wskazuje na treść konstytucji jako na wyłączne kryterium oceny jej legitymizacji. To treść takiego aktu będzie stanowić podstawę do przypisania mu waloru mocy obowiązującej. Konsekwencją takiego sposobu definiowania konstytucji jest utożsamianie jej nawet z aktami okrojowanymi znanymi z praktyki monarchii konstytucyjnej lub aktami narzuconymi w wyniku porażki wojennej państwu pokonanym przez państwa zwycięskie<sup>19</sup>.

Coraz większe grono zwolenników zyskuje w ostatnich latach opinia, że konstytucja to ani nie jest akt niczym nieskrępowanej woli społeczeństwa, ani nie narzucany odgórnie społeczeństwu katalog praw i wartości o uniwersalnej treści. Pod hasłem „powrotu do korzeni konstytucjonalizmu” następuje zwrot w kierunku takiego postrzegania sensu konstytucji, który uniwersalność tradycji konstytucyjnej wiąże z partykularnością rozmaitych doświadczeń ustrojowych. Konstytucja w takim ujęciu to wyraz swobodnej, świadomej i racjonalnej decyzji każdego społeczeństwa, która zmierza do ukształtowania podstaw ustrojowych państwa w zgodzie z własnymi preferencjami aksjologiczno-normatywnymi i z poszanowaniem zasad i wartości stanowiących rdzeń idei konstytucjonalizmu<sup>20</sup>. Tak rozumianą konstytucję legitymizuje więc zarówno forma ustanowienia, jak i jej treść. Z jednej strony kryterium oceny prawomocności konstytucji obejmuje okoliczności towarzyszące jej powstaniu, z drugiej zaś sięga do sfery uznawanej w dyskursie konstytucyjnym za wiążącą aksjologii politycznej i odzwierciedlających jej podstawowe założenia przepisów prawnych. Łącząc formę powstania

<sup>18</sup> T. Herbst, *Legitimation...*, s. 146.

<sup>19</sup> Y. Roznai, *Internally...*, s. 58–79; J. Gerkrath, *Are...*, s. 120–139.

<sup>20</sup> D. Grimm, *The Achievement...*, s. 8–10; W. Włoch, *Pomiędzy...*, s. 184–185.

konstytucji z jej treścią jako równorzędne elementy procedury uzasadniania prawomocności i odwołując się do aksjomatów idei konstytucjonalizmu stanowiących fundament konstytucji, legitymizacja taka ma charakter integralny.

Celem opracowania jest próba sformułowania głównych założeń koncepcji integralnej legitymizacji konstytucji. Założenie pierwsze to twierdzenie, że integralna legitymizacja wpisana jest w naturę konstytucji i stanowi niezbędny komponent definiujący jej istotę. Założenie drugie to teza, że pomiędzy formą powstania konstytucji a jej treścią zachodzi nierozzerwalny związek, który decyduje o prawomocności konstytucji. Założenie trzecie to pogląd, że integralna legitymizacja konstytucji ma charakter dwustopniowy. Jej pierwszy stopień jest elementem konstytutywnym każdej konstytucji. Jednocześnie wytycza jedynie ogólne ramy aksjologiczno-normatywne porządku konstytucyjnego, w obrębie których kształtowana jest forma i treść danej konstytucji. Jej rozwinięciem jest legitymizacja drugiego stopnia, która wynika z decyzji społeczeństwa dotyczącej wyboru właściwej procedury ustanowienia konkretnej konstytucji oraz odpowiedniego kształtu składających się na nią zasad i instytucji ustrojowych. Ostatnim założeniem koncepcji integralnej legitymizacji konstytucji jest wniosek o jej wielowymiarowym charakterze. Argumentem uzasadniającym prawomocność konstytucji jest przekonanie o społecznej akceptacji dla pryncypiów idei konstytucjonalizmu, których wyrazem są określone zasady i wartości wyznaczające istotę konstytucji.

2. Mniej więcej do początków XX w. konstytucja uchodziła w literaturze ustrojowej za fenomen wolny od kontrowersji znaczeniowych. Definiowana była na ogół jako akt prawny o najwyższej mocy, który regulował podstawowe zasady i instytucje ustroju państwowego oraz zawierał rozwiązania ograniczające działania władzy państwowej i gwarantował podstawowe prawa jednostki. Przyjmowano zatem powszechnie, że konstytucja to akt prawny składający się z dwóch nierozdzielnych części. Pierwsza to część zawierająca przepisy organizacyjno-proceduralne, a druga to część zbudowana z przepisów o charakterze gwarancyjno-aksjologicznym. Kryterium kwalifikacji aktu prawnego jako konstytucji nie stanowiła tym samym jego forma, lecz jego cel (*telos*). Niezależnie od sposobu jego formułowania w poszczególnych konstytucjach, celem tym było zawsze formalne ograniczenie zakresu władzy państwowej, co najlepiej oddawała anglosaska formuła „rządu ograniczonego” (*limited government*). Istotą konstytucji był zatem jej cel, czyli ustanowienie instytucjonalnych gwarancji ograniczonego charakteru władzy państwowej,

przy czym gwarancje te obejmowały zarówno odpowiednie środki kontroli działalności władzy wynikające z jej rozdziału pomiędzy różne organy, jak i konieczność zapewnienia ochrony podstawowych praw jednostki<sup>21</sup>.

Pierwsza połowa XX w. to czas wyraźnej zmiany dominującego dotąd paradygmatu definiowania konstytucji. Okoliczności natury politycznej sprzyjające coraz częstszej kontestacji modelu demokracji konstytucyjnej kształtowanej od końca XVIII w. wywarły przemożny wpływ na podejście do samej konstytucji. Stopniowo drogę w literaturze przedmiotu torować zaczął sobie pogląd płynący z prądem formalizmu prawniczego. Formulowane wówczas definicje zdradzały symptomy formalistycznego podejścia do konstytucji, czego wyrazem stało się postrzeganie jej istoty w oderwaniu od elementów gwarancyjnych. Za konstytucję niejednokrotnie uznawano każdy akt prawny regulujący podstawy ustroju państwowego, który od innych aktów prawnych odróżniał się szczególną formą, szczególną treścią i szczególnym trybem uchwalania. Nie brakowało nawet i takich opinii, że konstytucja to akt prawny określający organizację i zasady działania głównych instytucji ustrojowych w państwie. Tym sposobem definicje konstytucji zrywały nierozzerwalny dotąd związek zachodzący pomiędzy jej komponentem organizacyjno-proceduralnym a gwarancyjno-aksjologicznym, ograniczając się wyłącznie do tego pierwszego. Było to równoznaczne zarazem z odrzuceniem celu jako głównego kryterium oceny aktu prawnego pod kątem jego ustrojowej kwalifikacji jako konstytucji. Natomiast rozstrzygające z punktu widzenia takiej kwalifikacji stawały się forma powstania aktu prawnego lub jego treść rozumiana jako zbiór przepisów określających podstawy ustroju państwowego. Sens ustrojowy konstytucji sprowadzony więc został do roli swoistej instrukcji rządzenia państwem lub czegoś na kształt jego statutu organizacyjnego<sup>22</sup>.

Formalistyczna metoda definiowania konstytucji spowodowała niemałe zamieszanie w teorii prawa konstytucyjnego. Posłużyła bowiem za teoretyczne uzasadnienie szkodliwej w skutkach tendencji do przypisywania statusu konstytucji aktom prawnym, których forma powstania lub treść zaprzeczały czy wręcz wypaczały jej sens. Stąd jako konstytucje traktowane bywały akty ustrojowe obowiązujące w państwach autorytarnych, a niekiedy i totalitarnych<sup>23</sup>. Choć pokusa czysto formalistycznego ujęcia konstytucji nie odeszła

<sup>21</sup> G. Sartori, *Constitutionalism...*, s. 855.

<sup>22</sup> G. Sartori, *Constitutionalism...*, s. 856.

<sup>23</sup> Zob. K. Loewenstein, *Verfassungslehre...*, s. 152–157; D. Grimm, *Types...*, s. 116–129.

całkowicie do lamusa<sup>24</sup>, to jest jednak coraz skuteczniej wypierana przez poglądy nawołujące do przywrócenia konstytucji właściwego znaczenia<sup>25</sup>. A znaczenie takie odczytać można tylko poprzez przypomnienie głównego jej celu<sup>26</sup>. Celem tym jest zagwarantowanie społeczeństwu wolnościowo-demokratycznego porządku konstytucyjnego, na który składają się skuteczna ochrona podstawowych praw jednostki, demokratyczny charakter wspólnoty politycznej, wykluczenie arbitralności działań władzy państwowej i nadrzędność konstytucji w systemie aktów prawnych<sup>27</sup>.

Porządek wolnościowo-demokratyczny jest to spójna konstrukcja aksjologiczno-normatywna, w której poszczególne elementy wzajemnie się przenikają i żaden z nich nie może istnieć bez pozostałych<sup>28</sup>. Za jego pierwszy element uznać trzeba ochronę podstawowych praw jednostki, która obejmuje poszanowanie sfery jej niezależności osobistej oraz zagwarantowanie możliwości wpływu na kształt rzeczywistości społeczno-politycznej. Drugim elementem porządku wolnościowo-demokratycznego jest demokratyczny charakter wspólnoty politycznej. Dość wskazać, że tylko w warunkach demokratycznej wspólnoty politycznej, która szanuje różnorodność wartości i poglądów występujących w społeczeństwie, realne staje się korzystanie przez jednostkę z jej podstawowych praw i wolności. Trzecim elementem porządku wolnościowo-demokratycznego jest wykluczenie wszelkiej arbitralności działań władzy państwowej. Bez spełnienia tego warunku nie sposób bowiem wyobrazić sobie efektywnej ochrony praw jednostki, a tym samym i demokratycznej wspólnoty politycznej. Ostatnim elementem porządku wolnościowo-demokratycznego jest nadrzędność konstytucji w systemie aktów prawnych, która całej tej konstrukcji gwarantuje walor normatywny<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Jej najnowszym wcieleniem jest nurt wpisujący się w ideologię tak zwanego konstytucjonalizmu nieliberalnego czy autorytarnego. Zob. przykładowo T. Drinóczy, A. Bień-Kacala, *Illiberal...*; A. Sajó, *Ruling...*; M. Tushnet, *Authoritarian...*, s. 391–461.

<sup>25</sup> D. Grimm, *The Achievement...*, s. 8.

<sup>26</sup> H. Arendt, *O rewolucji...*, s. 231–232.

<sup>27</sup> Porządek wolnościowo-demokratyczny (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) to formuła, którą zapożyczyłem z konstytucjonalizmu niemieckiego. Występuje ona w przepisach Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec jako pojęcie określające fundament tamtejszego porządku konstytucyjnego, czy wręcz jego synonim. Ma ona jednak wymiar uniwersalny i można ją utożsamiać z porządkiem liberalno-demokratycznym lub po prostu demokracją konstytucyjną. Por. M. Bożek, *Władza...*, s. 95–99.

<sup>28</sup> H. Steinberger, *Konzeption...*, s. 71. Zob. W. Sadurski, *Polski...*, s. 387.

<sup>29</sup> Ch. Gusy, *Die „freiheitliche...*, s. 289.



Główny cel konstytucji wyznacza więc jej istotę<sup>30</sup>. Są nią zasady i wartości konstytucyjne wraz ze służącymi ich realizacji instytucjami i procedurami. Tworzą one podstawową strukturę normatywno-aksjologiczną konstytucji i jej niepodważalny fundament. Zazwyczaj są one wprost wyrażone w konstytucji w postaci ogólnie sformułowanych zasad, których rozwinięciem są przepisy szczegółowe przewidujące odpowiednie instrumenty konieczne do ich urzeczywistnienia. Czasami zasady takie nie są wyraźnie określone w przepisach konstytucyjnych, lecz ich normatywny charakter stanowi rezultat interpretacji ogólnych założeń porządku konstytucyjnego i aksjologii konstytucji, jak również konsekwencję właściwego odczytania konkretnych rozwiązań zamieszczonych w jej części organizacyjno-proceduralnej<sup>31</sup>. Istota konstytucji to zatem zasady i wartości zawarte w niej bezpośrednio lub pośrednio oraz towarzyszące im rozwiązania organizacyjno-proceduralne, które są niezbędne do realizacji jej podstawowego celu, jakim jest zapewnienie wolnościowo-demokratycznego charakteru porządku konstytucyjnego. Biorąc pod uwagę poszczególne elementy porządku wolnościowo-demokratycznego, za istotę konstytucji należy zatem uznać następujące zasady i leżące u ich podstaw wartości: poszanowania praw człowieka, demokracji, podziału władzy, nadrzędności konstytucji i państwa prawa<sup>32</sup>.

Istota konstytucji ma charakter uniwersalny i zawsze jest jej immanentną cechą<sup>33</sup>. Tworzące ją zasady i wartości konstytucyjne wyrażają przy tym istotę idei konstytucjonalizmu. Istota konstytucji jest więc tożsama z istotą idei konstytucjonalizmu<sup>34</sup>. Konstytucja jest bowiem zwięźceniem idei konstytucjonalizmu, dlatego konstytucyjne założenia tej idei stanowią niewzruszalną podstawę konstytucji w postaci jej istoty. Istota konstytucji jest zatem narzędziem realizacji założeń idei konstytucjonalizmu, a podstawowy cel konstytucji to w gruncie rzeczy główny cel samej idei konstytucjonalizmu. Konstytucja jest więc swoistym pomostem pomiędzy ideą konstytucjonalizmu a porządkiem wolnościowo-demokratycznym jako normatywno-aksjologicznym urzeczywistnieniem założeń tej idei. Środkiem zabezpieczającym zdefiniowaną przez założenia idei konstytucjonalizmu naturę, integralność i trwałość wolnościowo-demokratycznego porządku

<sup>30</sup> Por. U.K. Preuss, *Disconnecting...*, s. 32.

<sup>31</sup> Por. K. Wojtyczek, *Formy...*, s. 28–38.

<sup>32</sup> Por. D. Grimm, *Types...*, s. 104; L. Garlicki, *Normy...*, s. 152–153; K. Stern, *Das Staatsrecht...*, s. 104–106.

<sup>33</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 312–313.

<sup>34</sup> H. Dippel, *Modern...*, s. 155; D. Grimm, *Constitutionalism...*, s. 127–142; S. Holmes, *Constitution...*, s. 189–215; D. Lutz, *Principles...*, s. 15–25; W. Włoch, *Pomiędzy...*, s. 182–183.

konstytucyjnego jest właśnie istota konstytucji. Z kolei składające się na nią zasady i wartości decydują o „wewnętrznej moralności konstytucji”<sup>35</sup>.

Legitymizacja konstytucji wynika zatem z jej podstawowego celu. To więc aksjologia porządku wolnościowo-demokratycznego ustala kryterium oceny prawomocności konstytucji. Tylko konstytucja odzwierciedlająca system wartości takiego porządku może zostać uznana za prawomocną. Jeżeli konstytucyjnym wyrazem aksjologii porządku wolnościowo-demokratycznego są zasady i wartości definiujące istotę konstytucji, to legitymizacja konstytucji stanowi nieodłączny element tej istoty. Można w związku z tym stwierdzić, że jest częścią wewnętrznej moralności konstytucji. Pomiędzy istotą konstytucji a jej legitymizacją zachodzi relacja dwustronna. Z jednej strony to zasady i wartości wyrażające istotę konstytucji przesadzają o jej legitymizacji, z drugiej zaś brak właściwej legitymizacji przekreśla istotę konstytucji i wyklucza wolnościowo-demokratyczny charakter porządku konstytucyjnego. Dlatego właśnie odpowiednia legitymizacja stanowi najważniejszą cechę każdej konstytucji i jednocześnie punkt wyjścia dla normatywno-aksjologicznej kwalifikacji aktu prawnego określającego podstawy ustrojowe państwa<sup>36</sup>.

3. Integralny charakter legitymizacji konstytucji polega na tym, że jej elementami są zarówno właściwa forma ustanowienia konstytucji, jak i jej odpowiednia treść. Natomiast realizacja głównego celu konstytucji w postaci ustanowienia wolnościowo-demokratycznego porządku konstytucyjnego zakłada prawo społeczeństwa do samodzielnego decydowania o formie i treści takiego porządku. Zagwarantowanie jednostkom ochrony ich podstawowych wolności wymaga jednak przyznania im prawa do swobodnego organizowania się we wspólnotę polityczną i równie swobodnego artykułowania własnych interesów jako równoprawnych członków takiej wspólnoty. Z dążenia do pogodzenia wolności jednostki z równością jako formułą określającą udział wolnych jednostek w procesie podejmowania decyzji dotyczących ich politycznej wspólnoty zrodziła się idea konstytucjonalizmu. Stanowi ona syntezę wolności i równości jednostek, czego urzeczywistnieniem jest porządek wolnościowo-demokratyczny. Wolność i demokracja nie stanowią więc względem siebie wartości konkurencyjnych, lecz – mimo nieuchronnych napięć zachodzących pomiędzy nimi – pozostają wobec siebie wartościami

<sup>35</sup> Zob. L.L. Fuller, *Moralność...*, s. 74–75.

<sup>36</sup> T. Herbst, *Legitimation...*, s. 28; R.E. Barnett, *Constitutional...*, s. 111–112.

komplementarnymi, a spójny porządek aksjologiczno-normatywny czyni z nich właśnie idea konstytucjonalizmu<sup>37</sup>.

Bezspornym założeniem tej idei od samego początku pozostaje prawo społeczeństwa do samostanowienia o charakterze i kształcie swojego ustroju. Założenie takie opiera się na rozróżnieniu władzy konstytuującej od władz ukonstytuowanych. Tą pierwszą może być tylko suwerenne społeczeństwo, skoro sama koncepcja władzy konstytuującej to jeden z kluczowych aspektów demokracji, a ta możliwa jest do zrealizowania jedynie jako demokracja konstytucyjna w ramach porządku wolnościowo-demokratycznego. Co się tyczy władz ukonstytuowanych, to są nimi organy państwowe powołane na podstawie decyzji władzy konstytuującej, w której określone zostały forma i zakres ich działalności. Decyzją taką jest konstytucja, czyli akt prawny odpowiadający założeniom idei konstytucjonalizmu, skutkiem czego zmierzający do zagwarantowania wolnościowo-demokratycznego porządku konstytucyjnego. Zadaniem społeczeństwa jako władzy konstytuującej jest zatem ustanowienie konstytucji<sup>38</sup>.

Ramy działania władzy konstytuującej wyznacza więc cel konstytucji, który zdefiniowany jest na poziomie zasad i wartości określających jej istotę. Przekroczenie takich ram będzie oznaczać, że społeczeństwo wybiera inną niż konstytucja podstawę swego porządku ustrojowego. Zejście z drogi wytyczonej założeniami idei konstytucjonalizmu pociągałoby za sobą odrzucenie aksjologii porządku wolnościowo-demokratycznego. Pierwszą tego konsekwencją byłaby rezygnacja z konstytucji jako podstawy ustroju państwowego na rzecz aktu prawnego bez jej przymiotów, który konstytucją może być co najwyżej z nazwy. Byłaby to tak zwana konstytucja nominalna, czyli akt zawierający wprawdzie komponenty organizacyjno-proceduralne konstytucji, ale pozbawiony właściwych jej elementów gwarancyjno-aksjologicznych<sup>39</sup>. Drugim skutkiem takiej decyzji byłoby samorozwiązanie się społeczeństwa jako władzy konstytuującej, jako że poza porządkiem wolnościowo-demokratycznym nie ma ona formalnych ani faktycznych możliwości działania<sup>40</sup>. Przywrócenie społeczeństwu atrybutów władzy konstytuującej wymagałoby przeprowadzenia rewolucji konstytucyjnej, której efektem byłby powrót do podstawowych założeń porządku wolnościowo-demokratycznego<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> D. Grimm, *The Achievement...*, s. 10; W. Włoch, *Where...*, s. 87–88.

<sup>38</sup> K.J. Kaleta, *Władza...*, s. 41–62.

<sup>39</sup> G. Sartori, *Constitutionalism...*, s. 861–862.

<sup>40</sup> R. Stacey, *Popular...*, s. 173–174.

<sup>41</sup> G.J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional...*, s. 26, 35–37.

Aktem założycielskim władzy konstytuującej jest decyzja co do wyboru porządku wolnościowo-demokratycznego jako podstawy politycznej organizacji społeczeństwa<sup>42</sup>. Zatem to nie władza konstytuująca jest zewnętrzna i nadrzędna wobec porządku konstytucyjnego<sup>43</sup>. Cechy takie przypisać można samemu społeczeństwu postawionemu w obliczu wyboru odpowiedniej aksjologii porządku ustrojowego. Status władzy konstytuującej zdobędzie ono tylko wtedy, gdy zdecyduje się porządek taki zbudować na fundamencie wolnościowo-demokratycznym w formie konstytucji. Opowiadając się po stronie aksjologii porządku wolnościowo-demokratycznego, społeczeństwo staje się jego immanentną częścią jako władza konstytuująca. Dokonuje się to na poziomie identyfikacji społeczeństwa z aksjologią porządku wolnościowo-demokratycznego, czego formalnym wyrazem staje się decyzja o ustanowieniu konstytucji. W konsekwencji społeczeństwo uzyskuje rangę władzy konstytuującej, która w granicach wyznaczonych naturą porządku wolnościowo-demokratycznego może swobodnie wybrać formę powstania konstytucji i swobodnie ukształtować jej treść. W tym kontekście można zatem przyjąć, że o ile władza konstytuująca nie może być władzą zewnętrzną i nadrzędną wobec podstawowych założeń porządku konstytucyjnego odzwierciedlonych w zasadach i wartościach konstytucji wyrażających jej istotę, o tyle musi taką pozostać w stosunku do władz ukonstytuowanych. W granicach zakreślonych zasadami i wartościami wyznaczającymi istotę konstytucji może bowiem samodzielnie tworzyć władze ukonstytuowane i dowolnie określać tryb oraz zakres ich działania.

4. Podstawowe założenia porządku wolnościowo-demokratycznego są uniwersalnymi kryteriami oceny legitymizacji konstytucji. Są jednak na tyle ogólne, że praktycznie każda konstytucja może aspirować do oryginalności i unikatowości określonych rozwiązań. Uniwersalny i ogólny charakter założeń porządku wolnościowo-demokratycznego znajduje odzwierciedlenie w konstrukcji zasad i wartości konstytucji określających jej istotę. Zasady te i powiązane z nimi wartości tworzą tylko szkielet konstytucji, w związku z czym również mają charakter uniwersalny i ogólny. Każda z zasad składa się z elementu podstawowego i wielu elementów dodatkowych. Element podstawowy definiuje rdzeń zasady, czyli jej ustrojową substancję. Podważenie go byłoby więc równoznaczne z podważeniem samej zasady, co

<sup>42</sup> Można przywołać w tym kontekście słowa H. Arendt (*O rewolucji...*, s. 316), że „początek i zasada są nie tylko wzajemnie powiązane, lecz i równoczesne”.

<sup>43</sup> M. Tushnet, *Constitution-Making...*, s. 1985.

przekreślałoby możliwość realizacji jej głównego celu. Z kolei elementy dodatkowe to już rozwiązania szczegółowe, których treść może być dowolnie kształtowana, o ile tylko mieści się w granicach wyznaczonych przez rdzeń zasady. Jedynie więc element podstawowy zasady jest niepodważalny, natomiast kształt elementów dodatkowych może być różny i może podlegać ewolucji<sup>44</sup>. Taka konstrukcja istoty konstytucji pozostawia daleko posuniętą swobodę władzy konstytuującej w wyborze odpowiedniej procedury tworzenia konstytucji i w kształtowaniu zawartych w niej rozwiązań ustrojowych. Jedynym ograniczeniem tej swobody jest konieczność zachowania ogólnych ram porządku wolnościowo-demokratycznego, które są zakreślone przez elementy podstawowe jego konstytucyjnych zasad<sup>45</sup>.

Legitymizacja konstytucji jest więc legitymizacją dwustopniową. Stopień pierwszy gwarantują podstawowe elementy zasad i wartości określających istotę konstytucji. Natomiast legitymizację drugiego stopnia zapewniają elementy dodatkowe każdej z nich. Dzięki takiej koncepcji legitymizacji konstytucja może równocześnie stanowić stabilną podstawę aksjologiczno-normatywną porządku ustrojowego i umożliwiać jej ciągłą reinterpretację w duchu zmieniającej się rzeczywistości społeczno-politycznej. Pierwszy stopień legitymizacji jest więc stały i wspólny dla wszystkich konstytucji, drugi zaś ma charakter zmienny i inny dla każdej z nich.

Pierwszy powstaje wraz z decyzją społeczeństwa jako władzy konstytuującej o wyborze porządku wolnościowo-demokratycznego jako formuły politycznej organizacji społeczeństwa, co znajduje formalne potwierdzenie w zamiarze ustanowieniu konstytucji. Władza konstytuująca stanowi w takim wypadku emanację woli społeczeństwa i jego niesformalizowaną metodę identyfikacji polityczno-aksjologicznych założeń porządku wolnościowo-demokratycznego. Akt woli społeczeństwa odzwierciedlony w decyzji władzy konstytuującej stanowi tym samym akt fundacyjny takiego porządku. Nic poza podstawowymi założeniami porządku wolnościowo-demokratycznego nie ogranicza na tym etapie swobody działań władzy konstytuującej. Jej działalności nie można wtłoczyć w żadne formalne ramy. Dopiero bowiem to jej działalność ramy takie stwarza. Z jednej strony są one na tyle sztywne, żeby zagwarantować realizację podstawowych założeń porządku wolnościowo-demokratycznego, a konstytucji zapewnić stabilną podstawę legitymizacji. Z drugiej jednak muszą być na tyle elastyczne, żeby forma ustanawiania konstytucji i jej treść uwzględniały różnorodność i zmienność

<sup>44</sup> K. Stern, *Das Staatsrecht...*, s. 812–813.

<sup>45</sup> N.W. Barber, *The Principles...*, s. 221–222.

aksjologiczno-polityczną społeczeństwa, dzięki czemu podstawa legitymizacji konstytucji mogłaby być stale poszerzana i aktualizowana. Zważywszy na formę i zakres działalności władzy konstytuującej w momencie fundacyjnym porządku konstytucyjnego, ten aspekt jej działalności można zaklasyfikować jako pierwotny i niezinstytucjonalizowany.

Drugi stopień legitymizacji konstytucji wynika z decyzji władzy konstytuującej, której przedmiotem jest forma i treść konkretnej konstytucji. Decyzja taka ma charakter wtórny wobec pierwotnego rozstrzygnięcia władzy konstytuującej, przesadzającej wybór konstytucji jako podstawy porządku ustrojowego. Konkretna forma ustanowienia konstytucji oraz kształt konkretnych rozwiązań konstytucyjnych to elementy dodatkowe zasad i wartości definiujących istotę konstytucji, w związku z czym muszą być zgodne z ich elementami podstawowymi. Na tym etapie działalność władzy konstytuującej musi również przybrać postać zinstytucjonalizowaną. Nie jest to już bowiem niesformalizowana metoda identyfikacji polityczno-aksjologicznych założeń porządku wolnościowo-demokratycznego, lecz określona instytucja prawna działająca wedle reguł odpowiadających wymogom procesu prawotwórczego w celu uchwalenia aktu *per excellence* prawnego<sup>46</sup>.

W przypadku formy tworzenia konstytucji adekwatna dla oceny jej legitymizacji nie tyle jest sama procedura jej uchwalania, ile jej kształt uzależniony od uwzględnienia odpowiednich wartości. Procedura taka musi się odznaczać możliwie najszerszą formą społecznej partycypacji, poczynając od jej stadium początkowego (inicjowanie dyskusji konstytucyjnej i ewentualna możliwość wpływania na kształt proponowanych rozwiązań), przez fazę prac nad konstytucją na forum właściwego organu spełniającego funkcję konstytuandy (udział w procesie wyboru jego członków i odpowiedni dostęp do informacji na temat efektów ich działań), a na etapie ostatecznego podejmowania decyzji kończąc (prawo do bezpośredniej oceny uchwalonego aktu w drodze referendum)<sup>47</sup>. Musi ponadto szanować równe prawo każdego obywatela do swobodnej artykulacji własnych poglądów w warunkach politycznego pluralizmu i otwartości debaty konstytucyjnej na jej wszystkich uczestników, jak również stwarzać realne możliwości osiągnięcia przez nich kompromisu w najważniejszych z perspektywy społeczeństwa materiałach

<sup>46</sup> Władza konstytuująca ma więc wyraźnie podwójną naturę. Jej pierwotna postać przynależy do sfery społecznej. Jest to bowiem fakt społeczny, który pojawia się na tle zamiaru realizacji określonej idei politycznej. Zważywszy, że jedyną formą realizacji takiej idei jest prawo, wtórna postać władzy konstytuującej jest już domeną sfery prawnej. Zob. K.J. Kaleta, *Władza...*, s. 41–42, 58–62.

<sup>47</sup> J. Colón-Ríos, *Weak...*, s. 57–73, 114–118.

konstytucyjnych. Powinna także przebiegać z zachowaniem podstawowych wymogów reguły legalizmu, co nakłada na członków konstytuandy obowiązek przestrzegania standardów prawidłowej legislacji<sup>48</sup>.

Jeszcze większą dyskrecjonalnością dysponuje władza konstytuująca w odniesieniu do decydowania o treści konstytucji. Konieczność respektowania podstawowych elementów zasad i wartości tworzących istotę konstytucji nie oznacza bowiem, że władza konstytuująca jest związana konkretnym projektem porządku konstytucyjnego, który musi zostać zrealizowany w szczegółowych postanowieniach konstytucji. Oznacza jedynie, że uwzględniony przez nią musi zostać tylko fundament takiego projektu. Musi więc tak skonstruować system ochrony praw podstawowych, żeby gwarantował jednostce możliwość wszechstronnego rozwoju w sferze osobistej i politycznej, jak również przyznawał jej realne środki ochrony takiej możliwości. Nie może też zasady demokracji ograniczyć do aspektu czysto proceduralnego jako reguły większości, lecz musi przydać jej wymiar aksjologiczny w postaci stworzenia formalnych gwarancji poszanowania praw mniejszości w debacie publicznej i zabezpieczenia jej otwartego i pluralistycznego charakteru. Ma ponadto obowiązek takiego ukształtowania konstrukcji systemu rządów, żeby zachowywała rdzeń zasady podziału władzy, czyli funkcjonalną i organizacyjną niezależność poszczególnych władz, a wkomponowane w ich wzajemne relacje instytucjonalne powiązania wykluczały dominację jednej z nich nad pozostałymi. Musi w końcu zagwarantować prymat konstytucji w systemie źródeł prawa, co wymaga bezpośredniego związania władzy państwowej przepisami konstytucyjnymi w procesie stosowania prawa oraz zapewnienia skutecznych instrumentów ochrony nadrzędności konstytucji. Są to zatem nader ogólne wytyczne dotyczące treści konstytucji o gwarancyjno-aksjologicznej naturze, które mogą zostać rozwinięte przez władzę konstytuującą w dowolnym kierunku konkretnymi rozwiązaniami instytucjonalno-proceduralnymi.

Legitymizacja drugiego stopnia jest zmienna i wymaga aktualizacji w celu dostosowania dodatkowych elementów zasad i wartości składających się na istotę konstytucji do podlegającej przeobrażeniom rzeczywistości społeczno-politycznej<sup>49</sup>. W tym więc celu w granicach zakreślonych przez podstawowe elementy takich zasad i wartości władza konstytuująca powinna sprecyzować formę i zakres swej przyszłej działalności. Forma takiej działalności może zresztą zostać uzależniona od jej zakresu. Im większy jej zakres, tym

<sup>48</sup> A. Arato, *Civil...*, s. 250–255; Ch. Eisgruber, *Constitutional...*, s. 10–18.

<sup>49</sup> J. Rubinfeld, *Freedom...*, s. 91–151; X. Contiades, A. Fotiadou, *The people...*, s. 9–27.

bardziej złożona forma. Efektem tej zależności są określone w konstytucji procedury zmiany jej formy i treści. I właśnie za ich pośrednictwem władza konstytuująca może aktualizować legitymizację konstytucji drugiego stopnia.

Procedury takie mogą mieć różny kształt<sup>50</sup>. Konstytucja może bowiem wyraźnie rozgraniczać zmianę polegającą na uchwaleniu nowego aktu od zmiany treści jej poszczególnych przepisów. Może też poprzestać na ogólnej formule, która ustanawia procedurę zmiany konstytucji odpowiednią dla wszystkich jej przepisów. W ramach takiej procedury dopuszczalna byłaby zarówno zmiana tylko wybranych, jak i wszystkich przepisów. Również zmiany obejmujące poszczególne przepisy mogą przebiegać wedle różnych reguł. Dodatkowo niektórym przepisom może zostać nadany szczególny status, czego potwierdzeniem będzie utrudniony tryb ich zmiany lub wręcz jej zakaz. Będzie to zazwyczaj dotyczyć przepisów wyrażających zasady i wartości szczególnie ważne na gruncie konkretnej konstytucji. Tworzą one tożsamość konstytucyjną danego państwa. Mogą ją wyrażać przepisy odzwierciedlające negatywne doświadczenia historyczne państwa (zakazujące tworzenia partii politycznych odwołujących się do określonej ideologii), wymagające zachowania jego odpowiedniej struktury terytorialnej (federalizm lub zagwarantowanie autonomii wybranym regionom), zabezpieczające odrębność kulturową określonych grup etnicznych (ochrona praw językowych) czy nawet nakazujące odpowiedni kształt polityki społecznej (klauzula państwa socjalnego czy zasada sprawiedliwości społecznej)<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> O. Doyle, *Order...*, s. 45–56.

<sup>51</sup> Bardzo często tożsamość konstytucji utożsamiana bywa z jej istotą. Tymczasem zakresy istoty i tożsamości konstytucji wprawdzie w dużym stopniu pokrywają się ze sobą, ale nie na tyle, by można było uważać je za identyczne. Istota konstytucji to zbiór zasad i wartości właściwy wszystkim konstytucjom, które służą realizacji ich wspólnego celu. Jest nim ustalenie wolnościowo-demokratycznych ram porządku konstytucyjnego. Natomiast tożsamość konstytucyjna to zbiór zasad i wartości właściwych konkretnej konstytucji. Z reguły istota konstytucji stanowi ważny element jej tożsamości, ale nie jest to element wyłączny. Oprócz zasad i wartości składających się na istotę konstytucji jej tożsamość obejmuje zasady i wartości dodatkowe, szczególnie dla niej ważne w wymiarze ustrojowym i aksjologicznym. Można przyjąć, że istota konstytucji jest częścią jej tożsamości. Tożsamość konstytucji jest to więc połączenie elementów charakterystycznych dla każdej konstytucji i elementów swoistych tylko dla niej. O ile bowiem istota każdej konstytucji jest taka sama, o tyle każda ma inną tożsamość. Celem tożsamości konstytucji jest ochrona specyficznych cech konkretnego wolnościowo-demokratycznego porządku konstytucyjnego. Można jeszcze dodać, że korzeni istoty konstytucji poszukiwać trzeba w samej idei konstytucjonalizmu. Z kolei źródeł tożsamości konstytucji doszukiwać się należy specyficznej relacji zachodzącej pomiędzy ideą konstytucjonalizmu a kontekstem historycznym



Władza konstytuująca zawsze może zmienić formy i zakres swej działalności. Musi tego jednak dokonać przy wykorzystaniu dostępnych jej instrumentów, które sama ustanowiła. Musi więc posłużyć się w tym celu określoną w konstytucji procedurą jej zmiany. Konsekwencją zastosowania dotychczasowej procedury zmiany konstytucji mogłaby być zatem modyfikacja takiej procedury lub wprowadzenie nowej, której forma oraz zakres musiałyby jednak respektować podstawowe elementy zasad i wartości tworzących istotę konstytucji. Przyjęta w takim trybie procedura zmiany konstytucji mogłaby zlikwidować zawarty w niej zakaz zmiany wybranych przepisów lub zmodyfikować jego przedmiot, skoro jego autorem była władza konstytuująca. Władza konstytuująca mogłaby zresztą pójść o krok dalej i w ramach istniejącej procedury uchwalania nowej konstytucji ustanowić akt eliminujący lub modyfikujący obowiązujące zakazy zmiany. A gdyby procedury takiej władza konstytuująca na etapie tworzenia konstytucji nie przewidziała, to mogłaby ją wprowadzić w trybie zmiany konstytucji i uchwalić nowy akt pozbawiony wcześniejszych zakazów lub korygujący ich treść<sup>52</sup>.

5. Integralność legitymizacji konstytucji opiera się na społecznym przekonaniu, że pryncypia idei konstytucjonalizmu to najlepsza aksjologiczna podstawa politycznej organizacji społeczeństwa, której odzwierciedleniem jest konstytucja. Związane z tym jest przeświadczenie, że pryncypia takie wyznaczają społeczeństwu jedynie kierunek, w którym powinno podążać, jeżeli chce zachować wolność jednostek w połączeniu z ich równym prawem do decydowania o warunkach korzystania z niej. Kierunek taki musi więc pozostać niezmienny, o ile społeczeństwo chce pozostać wspólnotą ludzi wolnych i równych. Nie pozostanie nią jednak również wówczas, gdy nie zachowa refleksyjności i otwartości jako reguł określających formy procesu podejmowania decyzji oraz pluralizmu i racjonalności jako wartości kluczowych z punktu widzenia oceny treści takich decyzji. Swoboda wyboru najważniejszych dróg wiodących w kierunku wytyczonym przez akceptację dla pryncypiów idei konstytucjonalizmu stanowi zatem sedno prawa społeczeństwa do samostanowienia. Akceptacji dla słuszności kierunku wytyczonego przez takie pryncypia społeczeństwo daje wyraz, uznając podstawowe elementy zasad i wartości definiujących istotę konstytucji za niepodważalne. Natomiast prawo do swobodnego wyboru dróg takiego rozwoju zaświadcza

i społeczno-politycznym jej powstania. Szerzej na temat możliwych ujęć tożsamości konstytucyjnej zob. M. Ziółkowski, *Mozaika...*, s. 13–38.

<sup>52</sup> Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 105–134.

społeczeństwo, angażując się w odpowiedniej formie w procedury zmiany elementów dodatkowych takich zasad i wartości.

Dowiedzenie prawomocności konstytucji odbywa się tym samym poprzez konsens społeczny wokół głównych założeń aksjologicznych idei konstytucjonalizmu, które rozstrzygają o jej istocie<sup>53</sup>. Jego trwałość zależy od stopnia zakorzenienia takich założeń w świadomości społecznej oraz od gotowości społeczeństwa do ich skutecznej obrony. Musi w związku z tym być dziełem decyzji podjętej przez jak największą liczbę obywateli w ramach racjonalnego dyskursu komunikacyjnego. Zakłada on, że jego uczestnicy uznają się wzajemnie za wolne i równe podmioty dobrowolnego zrzeszenia rządzącego się prawem, którego fundamentem jest konstytucja<sup>54</sup>. Godzą się równocześnie na wyjęcie poza nawias dyskursu podstawowych elementów zasad i wartości tworzących istotę konstytucji jako ogólnych ram jego prowadzenia i warunków koniecznych zachowania jego racjonalności. Dzięki temu forma i treść elementów dodatkowych takich zasad i wartości będą mogły być przedmiotem racjonalnego dyskursu w celu uzgodnienia ich ze zmieniającymi się oczekiwaniami i interesami jego uczestników. Legitymizacja konstytucji pozwoli wówczas na integralne powiązanie społecznej akceptowalności dla jej głównych założeń aksjologiczno-politycznych z jej legalnością i nadrzędnością w systemie źródeł prawa.

6. Integralną legitymizację konstytucji uznać trzeba za fundament idei konstytucjonalizmu i zarazem konstytutywną cechę samej konstytucji. Nie może w związku z tym zaskakiwać fakt, że potwierdzenie tej tezy odnaleźć można już w dokumencie, który z powodzeniem aspirować może do roli jednego z kamieni węgielnych konstytucjonalizmu. Mowa tu o Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r., gdzie w art. XVI możemy przeczytać, że społeczeństwo pozbawione właściwej gwarancji poszanowania praw i odpowiednio przeprowadzonego podziału władzy nie ma konstytucji. W tej lakonicznie brzmiącej formule wielu przedstawicieli francuskiej nauki prawa doszukuje się podstaw do sformułowania reguł o suprakonstytucyjnym charakterze, które wyznaczają kryteria prawomocności każdej konstytucji<sup>55</sup>. Równie dobrze jednak wywnioskować z niej można zarys najważniejszych założeń koncepcji integralnej legitymizacji konstytucji. W myśl bowiem tej formuły konstytucją jest tylko taki akt, który został ustanowiony przez społeczeństwo i który zapewnia skuteczną ochronę podstawowych praw

<sup>53</sup> W. Włoch, *Pomiędzy...*, s. 129–149.

<sup>54</sup> J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 134–146.

<sup>55</sup> K.J. Kaleta, *Geneza...*, s. 20–21.

jednostki i ograniczony charakter władzy. Konstytucja musi więc wyrażać podstawowe założenia idei konstytucjonalizm w postaci założeń porządku wolnościowo-demokratycznego, które są wpisane w jej istotę i uzasadniają wielowymiarowy charakter jej legitymizacji.

## Abstract

### The Integral Legitimacy of the Constitution

The aim of the article is an attempt to formulate main assumptions of the concept of integral legitimacy of the constitution. The first one is an opinion that the integral legitimacy is included in the nature of the constitution and is a necessary element of the core of constitution. The second one is an opinion that there is an unbreakable bond between the form and the content of the constitution, which decides about legitimacy of the constitution. The third one is an opinion that the integral legitimacy of the constitution is two-stage legitimacy. The first degree is a necessary element of each constitution. It provides the overall framework of the constitutional order. The second degree is an extension of the first degree of legitimacy and results from the decision of the society concerning the form and the content of the constitution. The last one is an opinion of multidimensional character of the legitimacy of the constitution. The legitimacy is based on belief in social acceptance for the principles of the idea of constitutionalism, which are reflected in rules and values creating the core of the constitution.

**Keywords:** constitution, constitutionalism, the core of the constitution, legitimacy, democracy

MICHAŁ BOŹEK  <https://orcid.org/0000-0002-2057-8921>

Doktor habilitowany, profesor uczelni, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

## Bibliografia

- Arato A., *Civil Society, Constitution and Legitimacy*, Lanham–Boulder–New York–Oxford 2000.
- Arato A., *The Adventures of Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Oxford 2017.
- Arendt H., *O rewolucji*, Warszawa 2020.

- Barber N.W., *The Principles of Constitutionalism*, Oxford 2018.
- Barnett R.E., *Constitutional Legitimacy*, „Columbia Law Review” 2003, t. 103, nr 1.
- Bień-Kacała A., *Informal Constitutional Change. The Case of Poland*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2017, nr 4.
- Bożek M., *Władza ustrojodawcza w konstytucjonalizmie niemieckim*, Warszawa 2013.
- Colón-Ríos J., *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, London–New York 2012.
- Dippel H., *Modern Constitutionalism: An Introduction to a History in Need of Writing*, „Legal History Review” 2005, t. 73, nr 1–2.
- Doyle O., *Constraints on Constitutional Amendment Powers*, w: *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, red. R. Albert, X. Contiades, A. Fotiadou, Oxford–Portland 2017.
- Doyle O., *Order from Chaos? Typologies and Models of Constitutional Change*, w: *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, red. X. Contiades, A. Fotiadou, London–New York 2020.
- Drinóczi T., Bień-Kacała A., *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary. The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, London–New York 2021.
- Eisgruber Ch., *Constitutional Self-Government*, Cambridge–London 2001.
- Fallon Jr. R.H., *Legitimacy and the Constitution*, „Harvard Law Review” 2005, t. 118, nr 6.
- Freeman S., *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, „Law and Philosophy” 1990–1991, t. 9, nr 4.
- Fuller L.L., *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1978.
- Garlicki L., *Normy konstytucyjne relatywnie niezmiennialne*, w: *Charakter i struktura norm konstytucji*, red. J. Trzcziński, Warszawa 1997.
- Granat M., *O paradoksach pojęcia nieformalnej zmiany konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 12.
- Grimm D., *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford 2016.
- Grimm D., *The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, w: *The Twilight of Constitutionalism?*, red. P. Dobner, M. Loughlin, Oxford 2010.
- Gusy Ch., *Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1980, nr 2.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005.
- Herbst T., *Legitimation durch Verfassungsgebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Baden-Baden 2003.
- Jacobsohn G.J., Roznai Y., *Constitutional Revolution*, New Haven–London 2020.
- Kaleta K.J., *Geneza i rozwój idei suprakonstytucyjności we Francji (przyczynek do badań nad legitymizacją władzy ustrojodawczej)*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 3.

- Kaleta K.J., *Ograniczenia władzy ustrojodawczej w demokracji konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 12.
- Kaleta K.J., *Władza konstytuująca jako przedmiot badań nauk prawnych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, nr 1.
- Kokot P., *Działalność orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego jako instytucjonalna legitymizacja systemu prawa w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, Poznań 2019.
- Laskowska M., *Pojęcie zmiany konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 18.
- Levinson S., Balkin J.M., *Constitutional Crises*, „University of Pennsylvania Law Review” 2009, t. 157, nr 3.
- Lutz D., *Principles of Constitutional Design*, Cambridge 2006.
- Michelman F.I., *Constitutional Authorship*, w: *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, red. L. Alexander, Cambridge 1998.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010.
- Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*, red. X. Contiades, A. Fotiadou, London–New York 2016.
- Piotrowski R., *Zagadnienie granic zmiany konstytucji w państwie demokratycznym*, w: *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Mariana Grzybowskiego*, red. J. Czajowski, G. Karp, G. Kuca, A. Kulig, P. Mikuli, A. Opalek, Kraków 2007.
- Rawls J., *Liberalizm polityczny*, tłum. A. Romaniuk, Warszawa 1998.
- Rosenfeld M., *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, „Southern California Law Review” 2001, t. 74, nr 5.
- Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, red. X. Contiades, A. Fotiadou, London–New York 2020.
- Roznai Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Power*, Oxford 2017.
- Rubinfeld J., *Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven–London 2001.
- Sadurski W., *Law’s Legitimacy and Democracy-Plus*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2006, t. 26, nr 2.
- Sadurski W., *Polski kryzys konstytucyjny*, Łódź 2020.
- Sajó A., *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge 2021.
- Sartori G., *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, „The American Political Science Review” 1962, t. 56, nr 4.
- Schmitt C., *Nauka o konstytucji*, tłum. M. Kurkowska, R. Marszałek, Warszawa 2013.
- Skąpska G., Stelmach J., *Współczesne modele legitymizacji prawa*, „Colloquia Communia” 1988, nr 41.