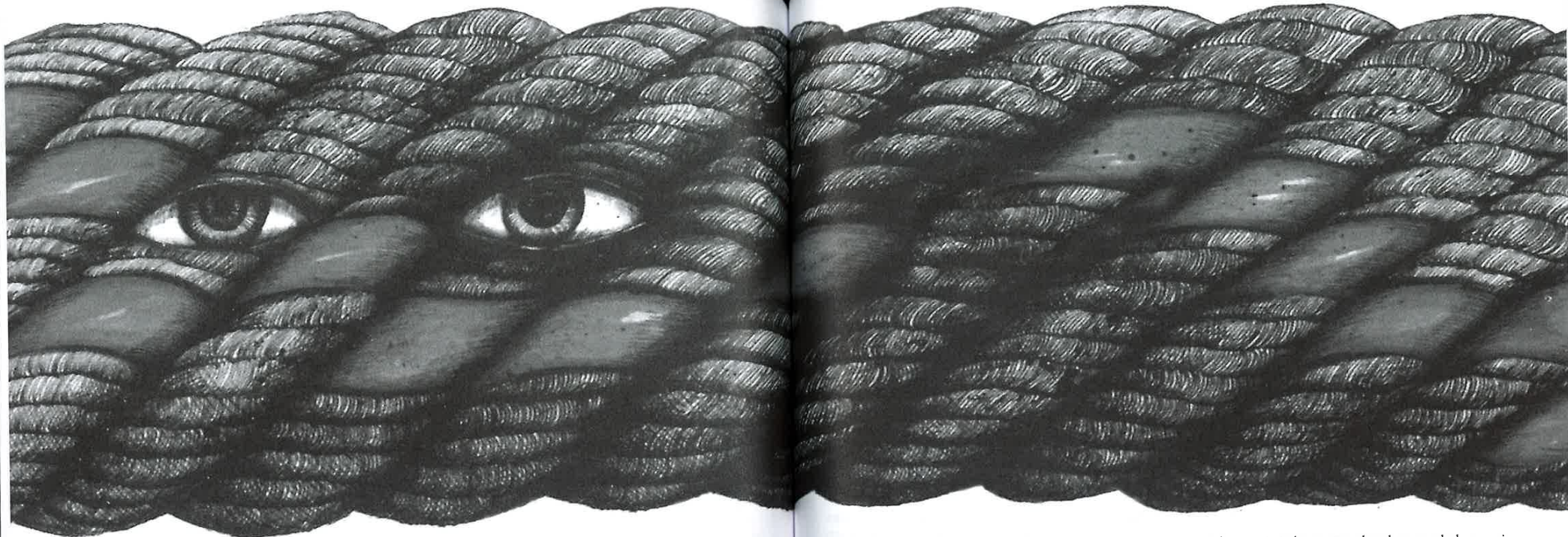




ISTOTA I ROZWÓJ SĄDOWNICTWA KONSTYTUCYJNEGO

HANS Kelsen

Problem zgodności z prawem

Sądownictwo konstytucyjne jest rodzajem sądowej gwarancji konstytucyjności. Jest ono jednym z ogniw w systemie techniczno-prawnych instrumentów, których celem jest zapewnienie zgodności działań państwa z prawem. Działania te mają w swej istocie charakter prawny, przybierają postać aktów prawnych. Są to akty, poprzez które prawo jest tworzone, to znaczy ustanawiane są normy prawne, lub akty, poprzez które wykonywane. Odpowiednio do tego tradycyjnie rozróżnia się działalność ustawodawczą państwa i jego działalność wykonawczą. Tej pierwszej jako tworzeniu, kreowaniu, produkcji prawa przeciwstawia się stosowanie prawa jako rodzaj czystej reprodukcji.

Dobrze znany jest problem zgodności działalności wykonawczej z prawem, w znaczeniu jej zgodności z ustawami, a zatem i problem gwarancji tej zgodności. Wydaje się natomiast, że problem zgodności działalności ustawodawczej z prawem, ujmowany jako postulat zgodności z prawem tworzenia prawa oraz idea gwarancji tej zgodności, napotyka pewne trudności teoretyczne. Czy nie mamy do czynienia z rodzajem *petitio principii*, gdy tworzenie prawa chcemy badać za pomocą

wzorca, który jest kreowany dopiero wraz z przedmiotem, badania? Paradoks, który zdaje się tkwić w koncepcji „zgodności prawa z prawem”, staje się tym większy, im bardziej – na gruncie tradycyjnego zapatrywania – utożsamia się działalność ustawodawczą z tworzeniem prawa, a tym samym ustawę z prawem *tout court*, tak iż funkcje państwa ujmowane zbiorczo w pojęciu działalności wykonawczej – wymiar sprawiedliwości (sądownictwo) i, przede wszystkim, administracja – zdają się być jakby czymś zewnętrznym wobec prawa, stanowić właściwie nie akty kreujące prawo, lecz jedynie przypadki stosowania, reprodukcji prawa, które jest już z góry w pełni gotowe, dokończone. Jeśli się mniema, że prawo jest zawarte w ustawie, to wówczas zgodność z prawem oznacza po prostu zgodność z ustawą. I wtedy rozszerzenie pojęcia zgodności z prawem bynajmniej nie jest oczywiste.

Takie pojmowanie stosunku między działalnością ustawodawczą a działalnością wykonawczą jest jednak błędne. Obydwie funkcje państwa nie są bowiem wzajemnie przeciwstawne w takim sensie, iżby można było mówić o absolutnym przeciwieństwie tworzenia prawa i jego stosowania. Przy bliższym oglądzie każda z nich jawi się jako zarówno tworzenie, jak i stosowanie pra-

wa. Ich przeciwieństwo ma charakter względny, a nie absolutny. Działalność ustawodawcza i działalność wykonawcza nie są dwiema rozłącznymi i komplementarnymi funkcjami państwa, lecz są jedynie dwoma, pozostającymi w relacji nadrzędności i podrzędności, szczeblami procesu kreowania prawa. Proces ten nie zaczyna się na szczeblu ustawy i na nim się nie kończy. Ze szczebla ustawy schodzi on niżej na szczebel rozporządzenia, a jeszcze niżej – na szczebel orzeczenia sądowego i aktu administracyjnego, aż do szczebla aktów egzekucji obu ostatnio wymienionych. Do góry zaś droga wiedzie od ustawy ku konstytucji, aby – wychodząc już poza granice porządku prawnego jednego państwa – wejść w sferę porządku prawa międzynarodowego, który wznosi się ponad wszystkimi porządkami prawnymi państw. Za pomocą tej sekwencji szczebli, która na razie interesuje nas o tyle, o ile przebiega w obrębie jednego państwa, chcemy tu schematycznie przedstawić zaledwie główne, rzecz jasna, etapy owego procesu, w którym prawo, konkretyzując się, reguluje swoje własne powstawanie. Jest to proces, w którym państwo stwarza się wciąż od nowa poprzez prawo. Konstytucja, ustawa, rozporządzenie, akt administracyjny i orzeczenie sądowe, akt egzekucyjny – to są tylko typowe we współczesnych pań-

stwach stadia wyrażania woli wspólnoty poprzez prawo pozytywne.

Rzeczywistość może nieco odbiegać od tego typu idealnego. Na przykład pomiędzy ustawą a aktem wydanym w ramach działalności wykonawczej może nie pojawiać się rozporządzenie, czyli norma generalna pochodząca od organu administracji, z kolei w pewnych sytuacjach obok ustawy jako normy generalnej uchwalanej przez parlamentarne ciało przedstawicielskie może występować rozporządzenie wydawane bezpośrednio na podstawie konstytucji, a nie w wykonaniu jakiejś ustawy. Nie są także wykluczone inne modyfikacje typowego przebiegu procesu kreowania prawa. Jednak na razie przyjmujemy tutaj wyłącznie ów typ idealny.

W zakresie, w jakim konstytucja określa istotne elementy trybu ustawodawczego, działalność ustawodawcza w relacji do konstytucji jest stosowaniem prawa. W relacji natomiast do rozporządzenia i innych aktów hierarchicznie niższych od ustawy działalność ta jest tworzeniem prawa. Tak samo wydanie rozporządzenia jest stosowaniem prawa w relacji do ustawy, a tworzenie prawa w relacji do wydawanego na jego podstawie orzeczenia sądowego lub aktu administracyjnego. Te ostatnie są zaś aktami stosowania prawa, jeśli patrzymy z tego szczebla porządku prawnego do góry, w odwrotnej natomiast perspektywie – w relacji do ich egzekucji są aktami tworzenia prawa. Droga, którą prawo przebywa od konstytucji do czynności egzekucyjnych, jest drogą postępującej konkretyzacji. O ile konstytucja, ustawa i rozporządzenie są generalnymi normami prawa, które kolejno coraz bardziej napędzają się treścią, o tyle orzeczenie sądowe i akt administracyjny są indywidualnymi normami prawnymi. W przypadku ustawodawcy, który podlega jedynie konstytucji określającej tryb jego działania, związanie prawem jest stosunkowo niewielkie, a swoboda, możliwość twórczego kształtowania, jest stosunkowo duża. Na każdym niższym szczeblu następuje zmiana proporcji między swobodą a związaniem na korzyść tego drugiego. Inaczej mówiąc, we wzajemnej relacji obu elementów decydujących o tym, z jakim rodzajem działalności państwa mamy do czynienia, nasila się element stosowania prawa, a słabnie element swobodnego tworzenia prawa.

Tak więc każdy szczebel porządku prawnego jest nie tylko – w relacji do szczebla niższego – produkcją prawa, lecz stanowi także – w relacji do szczebla wyższego – reprodukcję prawa. W takim zakresie, w jakim jest on stosowaniem prawa, jego reprodukcją, odnosi się do niego idea zgodności z prawem. Zgodność z prawem nie jest bowiem niczym innym jak stosunkiem odpowiedzialności, w jakim niższy szczebel porządku prawnego pozostaje do szczebla wyższego. Postulat zgodności

z prawem i istnienia jej szczególnych techniczno-prawnych gwarancji odnosi się zatem nie tylko do czynności egzekucyjnych w relacji do indywidualnych norm prawnych ustanowionych w postaci aktu administracyjnego lub orzeczenia sądowego i nie tylko do tychże aktów stosowania prawa w relacji do norm generalnych rozporządzenia czy ustawy, lecz także do rozporządzenia w relacji do ustawy i do ustawy w relacji do konstytucji. Dlatego gwarancje zgodności rozporządzenia z ustawą oraz zgodności ustawy z konstytucją są tak samo możliwe jak gwarancje zgodności z prawem indywidualnych aktów prawnych. Gwarancje konstytucyjności są zatem gwarancjami zgodności z prawem szczebli porządku prawnego usytuowanych bezpośrednio poniżej konstytucji. Przede wszystkim chodzi tu o gwarancję zgodności ustawy z konstytucją.

To, że jeszcze dziś – czy raczej dopiero dziś – z naciskiem zgłasza się postulat gwarancji konstytucyjności, czyniąc go także przedmiotem naukowej dyskusji, ma przyczynę nie tylko w scharakteryzowanym wyżej stanie teorii, której brakowało całościowej refleksji na temat hierarchicznej budowy prawa, czyli, innymi słowy, *par excellence* prawnej natury funkcji państwa i ich wzajemnych relacji. Porządku prawnego współczesnych państw wyposażone są w wiele instytucji, które mają zapewnić zgodność działalności wykonawczej z prawem, tworzą natomiast – w najlepszym razie – jedynie skromne gwarancje zgodności ustaw z konstytucją (i zgodności rozporządzeń z ustawami). Kryją się za tym pewne motywy polityczne, które z kolei nie pozostają bez wpływu na kształt prawniczej teorii, a przecież to właśnie ona powinna uświadamiać możliwość i konieczność istnienia takich gwarancji. Dotyczy to w szczególności współczesnych demokracji parlamentarnych w Europie, które wywodzą się z monarchii konstytucyjnych. Wpływ doktryny konstytucyjnej owych monarchii jest dziś nadal znaczny, mimo że ta forma państwa występuje już tylko marginalnie. Wspomniana doktryna w znacznej mierze określa – po części w sposób uświadomiony, jeśli celem jest republika z silną władzą prezydencką na wzór monarchii, po części w sposób nieświadomiony – prawniczą teorię państwa. Ponieważ monarchia konstytucyjna wywodzi się z monarchii absolutnej, to doktrynie tej pierwszej przyswiewca często intencja, aby wynikające ze zmiany ustroju uszczuplenie – dawniej nieograniczonej – władzy monarchy w miarę możliwości jawiło się jako niewielkie i nieznaczące albo wręcz było całkiem zawoalowane. Wprawdzie także w monarchii absolutnej jest teoretycznie możliwe rozróżnienie szczebla konstytucji i szczebla ustawy, jednak nie ma ono w tym ustroju jakiegokolwiek praktycznej doniosłości. Konstytucja wyczerpuje się tu bowiem w zasadzie głoścącej, że każdy

przejaw woli monarchy jest wiążącą normą prawną; ponieważ zaś nie istnieje odrębna forma konstytucji, to znaczy nie ma norm prawnych różnicujących stanowienie ustaw z jednej strony i zmianę konstytucji z drugiej strony, to problem zgodności ustaw z konstytucją nie ma żadnego znaczenia. Wraz z przejściem do tzw. monarchii konstytucyjnej dokonuje się właśnie w tym punkcie zasadnicza zmiana, której bardzo zmiennym wyrazem jest przymiotnik „konstytucyjna”. Decydujące przesunięcie w porządku prawnym polega na wzmocnieniu znaczenia pojęcia konstytucji. Dzieje się tak za sprawą normy prawnej, według której ustawy mogą dochodzić do skutku tylko w określony sposób (z udziałem przedstawicieli państwa narodu), co jest wszak regułą konstytucyjną, oraz przez to, że reguła ta nie może być zmieniona tak łatwo jak inne generalne normy prawne, czyli ustawy, lecz do jej zmiany jest potrzebna szczególna, trudniejsza forma, to znaczy nie zwyczajna forma ustawy, lecz forma konstytucji (kwalifikowana większość, wielość głosowań, szczególny skład konstytuancy).

Należałoby sądzić, że właśnie na gruncie monarchii konstytucyjnej z całą mocą powinien zostać postawiony problem zgodności ustaw z konstytucją, a więc i gwarancji konstytucyjności. Tymczasem jest zupełnie inaczej! Wspomniana doktryna konstytucyjna dyskretnie go pominęła, ponieważ chodzi o sprawę niebezpieczną z punktu widzenia układu władzy w monarchiach. Doktryna ta przedstawia monarchę – wbrew rzeczywistości charakterowi prawnemu ustroju – jako jedynego właściwego podmiotu działalności ustawodawczej, uznając ustawę za wyraz woli monarchy i tylko monarchę, a funkcję parlamentu sprowadzając wyłącznie do – mniej lub bardziej ubocznego, drugorzędnego i nieistotnego – „wyrażenia zgody”. Jednym z przykładów tej metody jest znana „zasada monarchiczna”: zamiast wywodzić ją z pozytywnej konstytucji, dołącza się ją do konstytucji niejako z zewnątrz, co ma umożliwić interpretację konstytucji w określonym duchu politycznym, a ściślej – reinterpretację prawa pozytywnego za pomocą obcej mu ideologii. Inny przykład to znane rozróżnienie nadania ustawie mocy obowiązującej, ujmowanego jako akt pochodzący wyłącznie od monarchy, i treści ustawy, którą monarcha uzgadnia z przedstawicielstwem narodu. W rezultacie okoliczność, że do uznania ustawy za obowiązującą wystarczy podpis monarchy i jej ogłoszenie w dzienniku ustaw, bez względu na spełnienie prawnych wymagań dotyczących jej uchwalenia przez parlament, jest postrzegana nie jako techniczna niedoskonałość konstytucji, lecz jako jej głęboki sens. Zasadniczy postęp, jakim jest przejście od monarchii absolutnej do monarchii konstytucyjnej, zostaje w ten sposób, przynajmniej na gruncie teorii, sprowadzony niemal do zera; w każdym

razie dotyczy to problemu zgodności ustaw z konstytucją i gwarancji tej zgodności. Niezgodność z konstytucją ustawy – sporządzonej przez monarchę – czy wręcz jej uchylenie z powodu tej niezgodności nie jest w stanie przebić się do świadomości prawników jako problem prawny o praktycznym znaczeniu. Ponadto omawiana doktryna konstytucyjna – opierając się nie tyle na brzmieniu konstytucji, ile na wspomnianej ideologii – przypisuje monarsze nie tylko prawo sankcji w stosunku do ustawodawczych uchwał parlamentu, lecz także jako immanentny element tej sankcji, wyłączną kompetencję w zakresie promulgacji ustaw. Podpisując tekst uchwalony przez parlament, monarcha ma zaświadczać, że ustawa doszła do skutku zgodnie z konstytucją. W ten sposób przynajmniej część trybu ustawodawczego jest – wedle tej doktryny – objęta pewną gwarancją. Problem jednak w tym, że funkcję kontrolną rości tu sobie organ, który sam powinien podlegać kontroli. Wprawdzie członek rządu kontrasygnujący akt promulgacji bierze zań odpowiedzialność, ale w monarchii konstytucyjnej odpowiedzialność konstytucyjna członków rządu jest praktycznie bez znaczenia, jeżeli wadliwy jest akt monarchy, a w ogóle nie wchodzi w rachubę, jeżeli wady postępowania ustawodawczego leżą po stronie parlamentu, ponieważ z takim wypadku może je kwestionować tylko sam parlament.

Zarówno rozpowszechniony jeszcze dziś brzonżony za pomocą najróżniejszych argumentów pogląd, że kontroli zgodności ustaw z konstytucją nie można powierzyć organom stosującym prawo, a do sądów może należeć najwyżej badanie, czy ustawa została należycie ogłoszona, skoro jej dojdzie do skutku w sposób zgodny z konstytucją jest dostatecznie zabezpieczone dzięki promulgacji przez głowę państwa, jak i odzwierciedlenie tego poglądu w przepisach prawa pozytywnego, także w konstytucji i dzisiejszych republikach, w znacznym stopniu wywodzi się z teorii monarchii konstytucyjnej, której polityczne idee wpłynęły, w mniej lub bardziej uświadomiony sposób, na kształt współczesnych demokracji.

Sąd konstytucyjny

Jeśli chodzi o gwarancje konstytucyjności, to rozwiązaniem oczywistym – jak w żadnym innym przypadku gwarancji zgodności z prawem – mogłoby się wydawać powierzenie uniemożliwienia niezgodnego z prawem aktu organowi, który go wydał. Zarazem w żadnym innym przypadku rozwiązanie, o którym mowa, nie byłoby tak bardzo nieadekwatne jak właśnie w tym. Jedyną bowiem formą pozwalającą uznawać takie rozwiązanie za skuteczną do pewnego stopnia gwarancję zgodności z prawem byłoby stwierdzenie niezgodności z pra-

wem wadliwego aktu przez inny organ z jednoczesnym zobowiązaniem do jego uchylenia tego organu, który go wydał. Takie rozwiązanie nie jest jednak praktycznie możliwe do zastosowania, ponieważ parlament ze względu na swą naturę nie może być skutecznie zobowiązany. Oczekiwanie, że uchylony uchwaloną przez siebie ustawę z powodu jej – stwierdzonej przez inny organ – niezgodności z konstytucją, byłoby polityczną naiwnością. W praktyce organ ustawodawczy czuje się jednak swobodnym twórcą prawa, a nie organem stosowania prawa związanym konstytucją, mimo że jest takim z punktu widzenia idei leżącej u jego podstaw. Skoro tak, to nie można czynić samego parlamentu gwarantem tej idei. Zatem tylko organ odrębny od ustawodawcy, niezależny od niego oraz od każdego innego dzierżyciela władzy państwowej może być powołany do unieważniania niezgodnych z konstytucją aktów ustawodawcy. Na tym polega instytucja sądu konstytucyjnego.

Pierwsza obiekcja, którą się zazwyczaj wysuwa przeciwko tej koncepcji, polega, jak wiadomo, na tym, że tego rodzaju instytucji nie da się pogodzić z suwerennością parlamentu lub – gdy ustawy są stanowione w formach właściwych dla demokracji bezpośredniej – wręcz z suwerennością narodu. Abstrahuje od tego, że nie można mówić o suwerenności poszczególnego organu państwa, a suwerenność, jeśli w ogóle, przysługuje najwyższej porządkowi państwowemu, przytoczony argument nie wytrzymuje krytyki. Uznając bowiem, że tryb ustawodawczy jest określony przez konstytucję, w istocie tak samo, jak postępowanie przed sądami i organami administracji jest określone przez ustawy, a konstytucja stoi ponad ustawodawstwem w takim samym znaczeniu, w jakim ustawodawstwo stoi ponad sądownictwem i administracją, trzeba konsekwentnie przyjąć, że postulat zgodności ustaw z konstytucją jest – zarówno z teoretycznego, jak i z technicznoprawnego punktu widzenia – takim samym postulatem jak postulat zgodności wymiaru sprawiedliwości i administracji z ustawami. Jeśli mimo tej konstatacji podtrzymuje się twierdzenie o niemożności pogodzenia sądownictwa konstytucyjnego z suwerennością ustawodawcy, to kryje się za tym jedynie – stojące w oczywistej sprzeczności z prawem pozytywnym – dążenie uosobionej przez organ ustawodawczy władzy politycznej, aby nie być ograniczaną normami konstytucji. Taki stan można z pewnego punktu widzenia uważać za pożądany, ale nie da się go uzasadnić za pomocą argumentów prawnych.

Podobnie jest z drugą obiekcją, którą spotyka się zawsze, gdy przychodzi bronić instytucji sądownictwa konstytucyjnego: z odwołaniem do zasady rozdziału władz. Na wstępie trzeba przyznać, że uchylenie aktu ustawodawczego przez inny organ niż sam organ

ustawodawczy jest, jak się zazwyczaj określa, ingerencją w sferę władzy ustawodawczej. Jak wątpliwa jest jednak cała ta argumentacja, okazuje się, gdy zważymy, że organ upoważniony do uchylania niezgodnych z konstytucją ustaw, nawet jeśli jest nazywany „sądem” i z racji swojej „niezależności” jest nim w sensie organizacyjnym, pod względem funkcji działa jednak nie jako sąd. O ile w ogóle można funkcjonalnie oddzielić od siebie sądownictwo i ustawodawstwo, to różnicę między nimi – tylko normy indywidualne. Pomiędzy tutaj to, że i ta różnica nie ma zasadniczego charakteru i że także ustawodawca (w szczególności parlament) może ustanawiać normy indywidualne. Powierając „sądom” kompetencję do uchylania ustaw, tym samym upoważnia się go do stanowienia norm generalnych. Uchylenie ustawy ma bowiem – tak samo jak jej wydanie – charakter aktu generalnego. Uchylenie jest jednak także stanowieniem, tyle że niejako z ujemnym znakiem. Tym samym uchylenie ustaw jest funkcją ustawodawczą, sąd uchylający ustawy jest *eo ipso* organem władzy ustawodawczej. Zatem w uchyłaniu ustaw przez sąd można upatrywać zarówno „ingerencję” w sferę władzy ustawodawczej, jak i przejaw powierzenia tejże władzy dwóm organom.

Nie każda jednak postać powierzenia władzy ustawodawczej dwóm organom jesteśmy skłonni oceniać jako naruszenie zasady rozdziału władz. Przykładem może być ustrój monarchii konstytucyjnej, w którym działalność ustawodawcza, to jest tworzenie generalnych norm prawnych, powierzona jest wprawdzie z reguły parlamentowi działającemu wspólnie z monarchą, ale w pewnych wyjątkowych sytuacjach do kompetencji monarchy, działającego wspólnie z członkami rządu, zastrzeżona jest wydawanie rozporządzeń zastępczych i zmieniających ustawy (rozporządzeń nadzwyczajnych). Nie chcemy tu zajmować się motywami politycznymi, którymi kierowano się, tworząc ową zasadę rozdziału władz, chociaż tylko w ten sposób można by wyjaśnić rzeczywisty jej sens, związany z politycznym układem sił w monarchii konstytucyjnej. Jeżeli zasada ta ma mieć rozsądny sens także w warunkach republiki demokratycznej, to z różnych możliwych jej znaczeń w grę wchodzi jedynie to, które lepiej niż za pomocą słów „rozdział władz” wyrażone jest w słowach „podział władz”. Chodzi o koncepcję podzielenia władzy politycznej pomiędzy różne organy nie tyle w celu ich wzajemnej izolacji, ile raczej w celu ich wzajemnej kontroli. Ma to służyć nie tylko zapobieganiu zbyt wielkiej – niebezpiecznej dla demokracji – koncentracji władzy w jednym orga-

nie, lecz przede wszystkim zagwarantowaniu zgodności działania różnych organów z prawem. Skoro tak, to instytucja sądownictwa konstytucyjnego nie tylko nie stoi w sprzeczności z zasadą rozdziału władz, lecz przeciwnie – stanowi jej potwierdzenie.

Wobec tego pytanie, czy organ powołany do uchylania niezgodnych z konstytucją ustaw może być „sądem”, jest całkiem banalne. Oczywistym postulatem jest wszak niezależność tego organu zarówno wobec parlamentu, jak i wobec rządu. Parlament i rząd powinny być zatem, jako organy uczestniczące w postępowaniu ustawodawczym, poddane kontroli sprawowanej przez sąd konstytucyjny. Do rozważenia pozostaje najwyżej to, czy z faktu, że uchylenie ustaw jest samo przez się szczególnym rodzajem działalności ustawodawczej, wynikają jakieś szczególne konsekwencje co do składu i sposobu powoływania sądu konstytucyjnego. Odpowiedź jest jednak przecząca. Wszystkie bowiem względy polityczne, które mają istotne znaczenie dla kształtowania organu wyrażającego wolę państwa w postępowaniu ustawodawczym, nie mają znaczenia, kiedy chodzi o uchylenie ustaw. Tutaj ważna jest różnica między wydaniem ustawy a jej uchyleniem jako takim. Uchylenie ustawy z powodu jej niezgodności z konstytucją oznacza w istocie zastosowanie norm konstytucyjnych. Przeważa tu moment związania, natomiast charakterystyczny dla ustawodawstwa moment swobodnego tworzenia schodzi na bardzo daleki plan. Ustawodawca pozytywny, czyli parlament (ewentualnie współdziałający z rządem), jest związany konstytucją jedynie pod względem trybu, pod względem zaś treści wydawanych ustaw jest nią związany tylko wyjątkowo, i to jedynie poprzez ogólne zasady, wytyczne itd. Ustawodawca negatywny, czyli sąd konstytucyjny, jest natomiast w swym funkcjonowaniu w istotny sposób zdeterminowany konstytucją. Właśnie w tym punkcie jego funkcja jest taka jak funkcja sądów w ogóle: jest ona w przeważającym stopniu stosowaniem prawa i – właśnie w tym sensie – rzeczywistym sprawowaniem władzy sądowniczej. Dlatego w kwestii kształtowania tego organu na ogół nie wchodzi w rachubę inne zasady niż te, które odnoszą się do organizacji sądów czy w ogóle organów prowadzących działalność wykonawczą.

Nie sposób zaproponować tu rozwiązania, które byłoby jednakowo przydatne we wszystkich porządkach konstytucyjnych. Konkretny kształt sądu konstytucyjnego musi być dostosowany do specyfiki danego ustroju. Można jedynie zauważyć, że ponieważ przedmiotem dyktatury takiego sądu są przeważnie zagadnienia prawne, a jego praca ma charakter czysto prawniczy, polegający na interpretacji konstytucji, liczba jego członków nie może być zbyt duża. Poza tym poprzestajmy na wska-

zaniu kilku szczególnie charakterystycznych sposobów powoływania w skład sądu konstytucyjnego. Ani wybór wyłącznie przez parlament, ani też samodzielne mianowanie przez głowę państwa czy przez rząd nie są w pełni godne polecenia. Warte rozważenia jest kombinacja tych dwóch sposobów, np. wybór przez parlament na podstawie wniosku rządu, który na każde z miejsc do obsadzenia w sądzie konstytucyjnym wskazuje kilku kandydatów; albo odwrotnie. Najważniejsze jest to, aby przy obsadzie sądu konstytucyjnego byli należycie uwzględniani fachowcy w dziedzinie prawa. Postulat ten można by zrealizować na przykład tak, że poszczególnym uniwersyteckim wydziałom prawa lub powołanej przez nie wspólnej komisji ogólnokrajowej przysługiwałoby prawo zgłaszania kandydatur przynajmniej na część miejsc pozostających do obsadzenia. Podobny charakter miałyby przyznanie samemu sądowi konstytucyjnemu prawa zgłaszania kandydatur na każde zwolnione miejsce albo prawo jego obsadzenia w drodze wyboru (kooptacji). Sam sąd jest w najwyższym stopniu zainteresowany tym, aby wzmocnić swój autorytet przez przyjmowanie do swego składu wybitnych fachowców. Ważne jest także, aby wykluczyć zasiadanie w sądzie konstytucyjnym członków parlamentu i rządu, ponieważ to ich akty mogą być poddane kontroli sprawowanej przez ten sąd.

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

przetłumaczył Bolesław Banaszkiewicz

Przedstawioną wyżej rozprawę publikujemy za: Hans Kelsen, „Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego” w tłumaczeniu B. Banaszkiewicza, postowie S. Wronkowska, Wydaictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2009.

Strażnik konstytucji

Carl Schmitt

JEŚLI UMIEŚCIĆ w miejscu organu właściwego konstytucyjnie trybunał państwowy (*Staatsgerichtshof*), który rozstrzygać będzie wszystkie pojawiające się wątpliwości i różnice zdań, do którego może zwrócić się niezdolna do podjęcia innych działań większość parlamentarna, lub nawet mniejszość, wówczas ustanawia się obok parlamentu, prezydenta i rządu Rzeszy kolejny organ polityczny. Pociągnięto za sobą sytuację, w której akty rządowe w oparciu o nieokreśloną „podstawę decyzji” zostaną podtrzymane lub zakazane w pozornie sądowej formie. Żadna, nawet tak kurzowa fikcja, nie powstrzyma przed postrzeganiem i oceną tego rodzaju trybunału jako organu politycznego. Ujawnia się wówczas problemy i sprzeczności, które muszą wynikać z autentycznej próby powiązania konfliktów konstytucyjnych z rzeczywistym sądownictwem. [s. 31]

Nawet na podstawie dotychczasowego doświadczenia można przedstawić następującą alternatywę, przed jaką staje każdy sąd. W przypadku trybunału państwowego jest ona widoczna przy odwoływaniu ministrów i zawsze będzie się powtarzać we wszystkich rozmaitych formach „sądownictwa państwowego” czy „konstytucyjnego” kontrolującego ustawodawcę lub rząd. Jest ona następująca: albo mamy do czynienia z wyraźnym i nie budzącym wątpliwości naruszeniem konstytucji, w przypadku którego trybunał odwoła się do represyjnego i windykacyjnego trybu postępowania i orzeknie o „winie” odnośnie przeszłego postępowania, albo sprawa nie jest oczywista i budzi wątpliwości odnośnie faktów lub nieuchronnej niepełności bądź niejasności każdej pisanej konstytucji (mówiąc ogólnie), charakterystycznej także dla drugiej części konstytucji weimarskiej (mówiąc bardziej szczegółowo). Wówczas nie mamy do czynienia z „czysto prawną kwestią”, zaś decyzja trybunału jest czymś innym niż sądowe rozstrzygnięcie, tj. czymś innym niż sądownictwo. [s. 31–32]

Różnice zdań i konflikty między decydentami politycznymi lub wpływowymi podmiotami nie dają się rozstrzygać w formie sądowej, z wyjątkiem sytuacji jawnego pogwałcenia konstytucji. Mogą one zostać rozwiązane ogólnie przez stojącą ponad sporami poważniejszą siłę polityczną, przez górującą stronę trzecią – wówczas jednak nie byłby to strażnik konstytucji, lecz suwerenny władca państwa; innym rozwiązaniem jest pośrednictwo władzy nie umiejscowionej ponad lecz raczej obok skonfliktowanych stron, przez neutralną stronę trzecią (*einen neutralen Dritten*); na tym polega istota władzy neutralnej, *pouvoir neutre et intermédiaire*, która znajduje się obok innych władz konstytucyjnych, nie zaś ponad nimi, będąc jednakże wyposażoną w specjalne kompetencje i możliwości wywierania wpływu. Jeśli nie ma być to drugorzędny efekt uboczny innych działań państwa, lecz wynik powołania specjalnej instytucji czy organu, którego zadaniem będzie ochrona konstytucyjności funkcjonowania rozmaitych władz i strzeżenie konstytucji, wówczas – co jest następstwem realizującego podział władz państwa prawa – nie powinno się powierzać tego dodatkowego zadania jednej z istniejących władz, ponieważ może ona uzyskać przewagę i wyłączyć spod nadzoru samą siebie. Stałaby się w ten sposób panem konstytucji. Dlatego też konieczne jest wyznaczenie – obok innych władz – szczególnie neutralnej władzy, która zostanie z nimi powiązana i względem nich zrównoważona poprzez nadanie jej specjalnych kompetencji.

W historii dziewiętnastowiecznego konstytucjonalizmu szczególna doktryna *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur* pojawia się u Benjamina Constanta w trakcie walki o konstytucję francuskiej burżuazji z bonapartyzmem i rojalistyczną restauracją. Doktryna ta w istocie przynależy do teorii konstytucyjnej mieszczańskiego państwa prawa i wpłynęła nie tylko na dwie konstytucje, do których wpisano ją niemal dosłownie. Dodatkowo można z niej wywieść typowy dla wszystkich dziewiętnastowiecznych konstytucji katalog prerogatyw i kompetencji głowy państwa (monarchy lub prezydenta), będący środkiem i możliwością oddziaływania tego rodzaju *pouvoir neutre*: nienaruszalność lub przynajmniej uprzywilejowana pozycja głowy państwa, podpisywanie i promulgowanie ustaw, prawo łaski, prawo nominowania ministrów i urzędników, prawo rozwiązywania pochodzącej z wyborów izby parlamentu. [s. 133–134]

SPÓR O STRAŻNIKA KONSTYTUCJI

[Władza neutralna] aktywna jest w sytuacji nadzwyczajnej (*Notfall*), ponieważ nie powinna ona konkurować z innymi władzami z myślą o rozszerzeniu swego wpływu i w swym działaniu musi być z natury rzeczy dyskretna i nienarzucająca się. Niemniej władza neutralna jest obecna i niezbędna, przynajmniej w ramach systemu państwa prawa z podziałem władzy. Jest ona tutaj, o czym wiedział Constant, chociaż ta część jego doktryny nie przykuła uwagi, *pouvoir préservateur*, „władzą zachowującą”. [137]

Pozycja prezydenta Rzeszy, wybranego przez cały naród, na podstawie pozytywne-go prawa konstytucji weimarskiej, może zostać skonstruowana przy pomocy dalszego rozwinięcia doktryny neutralnej, regulującej i zachowującej władzy. Prezydent Rzeszy posiada kompetencje, które czynią go niezależnym od parlamentu, chociaż jest on związany kontrasygnatą ministra cieszącego się zaufaniem parlamentu. Przyznane mu kompetencje konstytucyjne (nominowanie urzędników na podstawie art. 46, prawo łaski na podstawie art. 49, promulgacja ustaw na podstawie art. 70) zgadzają się z typowym katalogiem kompetencji głowy państwa zaproponowanej przez B. Constanta. Charakterystyczne, mocno roztrząsane zrównoważenie plebiscytnego i parlamentarnego elementu konstytucji, powiązanie niezależności od Reichstagu w postaci samodzielných kompetencji i zależności od ogólnego wymogu ministerialnej kontrasygnaty (art. 50), egzekucja praw Rzeszy, tj. ochrona konstytucji Rzeszy przed krajami związkowymi czy wreszcie stanie na straży samej konstytucji (w odróżnieniu od ochrony poszczególnych ustaw konstytucyjnych) w oparciu o art. 48; wszystko to byłoby sprzeczną i bezsensowną mieszaniną niedających się pogodzić regulacji, gdyby doktryna władzy neutralnej nie czyniła ich zrozumiałymi. Autorzy konstytucji weimarskiej, w stopniu w jakim rozmyślnie realizowali swe zadanie, brali to pod uwagę. Hugo Preuß odnotował podczas konwentu konstytucyjnego (Prot. S. 277), iż *tylko jedną z funkcji prezydenta jest stworzenie przeciwwagi w stosunku do Reichstagu. Oprócz tego jest jeszcze coś ważniejszego: stworzenie pewnego centrum, pewnego bieguna spokoju (einen ruhenden Pol) w obrębie konstytucji*. [s. 137–138]

przetłumaczył Arkadiusz Górnisiewicz

DROGI, KTÓRE PROWADZĄ [w rozważaniach Carla Schmitta – A. G.] od państwa totalnego do głowy państwa jako strażnika konstytucji, nie są łatwe do uchwycenia nawet dla uważnego czytelnika. Wydaje się, że rzeczywista jedność państwa totalnego służy za socjologiczną podstawę kolejnej jedności, którą ogłasza preambuła weimarskiej konstytucji. Jeśli jest ona czymś więcej, niż zakładaną w każdej konstytucji jednością narodu państwowego, wówczas mamy do czynienia z kolejnym wyrazem tej samej ideologii. Obecna konstytucja Rzeszy zdecydowanie trzyma się demokratycznej idei homogenicznej i niepodzielnej jedności narodu niemieckiego, który mocą swej władzy ustrojodawczej poprzez pozytywną decyzję polityczną, tj. poprzez jednostronny akt, nadał sobie konstytucję. Stąd też wszelkie próby interpretowania lub stosowania konstytucji weimarskiej jako umowy, kompromisu czy czegoś podobnego, zostały uroczystie odrzucone jako naruszenie ducha konstytucji (C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, s. 62). Wewnętrzny związek konstrukcji państwa totalnego z homogeniczną i niepodzielną jednością całego narodu niemieckiego, którego Schmitt nigdzie wprost nie wypowiada, jest widoczny w twierdzeniu, iż pluralizm stoi w opozycji do tej jedności oraz jedności państwa totalnego. Pluralizm zostaje wprost scharakteryzowany jako sprzeciw wobec zamkniętej i homogenicznej jedności państwa (s. 71). Pluralistyczny komponent odnajdywany w rzeczywistości naszej obecnej sytuacji konstytucyjnej zagraża homogenicznej i niepodzielnej jedności zakładanej przez konstytucję weimarską (s. 62), podobnie jak wyrażone w pluralizmie przeciwstawienie państwa i społeczeństwa ogranicza impet państwa totalnego i rozparcelowuje totalność. Na tej jedności opiera się w największym stopniu Schmittańska interpretacja konstytucji. Nie jest to

Kto powinien być strażnikiem konstytucji?

Hans Kelsen

Cytowane fragmenty pochodzą z: Carl Schmitt, „Der Hüter der Verfassung”, Duncker & Humblot, Berlin 2016.

wyłącznie etyczno-polityczny postulat, z jakim często mamy do czynienia w preambu-
łach, lecz pewna społeczna rzeczywistość, o ile przewyżczy się zagrażającą jej plu-
ralistyczne napięcie między państwem a społeczeństwem, a *państwo totalne*, które to
napięcie likwiduje, naprawdę zaistniało. Niekiedy jednak rzeczywistość społeczna sama
jest charakteryzowana przez Schmitta jako ulegająca pluralistycznej fragmentacji. Nie
powstrzymuje go to jednak od oskarżania zwolenników pluralizmu (a może wspie-
rających go teoretyków?) o *zaciemnianie rzeczywistości przy pomocy tak zwanego*
formalizmu (s. 36). Owa *homogeniczna i niepodzielna jedność narodu niemieckie-*
go przywołana w preambule konstytucji jest najważniejszą podporą tezy, iż prezydent
jest *strażnikiem konstytucji*. Z idei konstytucji *weimarskiej* będącej politycznym roz-
strzygnięciem całego narodu niemieckiego jako podmiotu władzy ustrojodawczej –
w rzeczywistości konstytucja jest decyzją parlamentu, którego tożsamość z *jednolitym*
narodem niemieckim może być uznana tylko w oparciu o fikcję reprezentacji – Carl
Schmitt wywodzi możliwość *odpowiedzenia na pytanie o strażnika konstytucji inaczej*
niż za pomocą fikcyjnych formuł prawnych (s. 70). To znaczy następująco: pre-
zydent jest strażnikiem konstytucji ponieważ wybiera go cały naród (s. 49) i dlatego też
powołany jest do bycia *przeciwuważą wobec pluralizmu potężnych grup społecznych*
i gospodarczych i do zachowywania jedności narodu jako politycznej całości i dzia-
łania jako strażnik i zachowawca konstytucyjnej jedności i niepodzielności (s. 59).
[...] Przeciwstawiać prezydenta Rzeszy jako *strażnika konstytucji* trybunałowi konsty-
tucyjnemu ma tak samo mało sensu jak twierdzić, iż skoro armia najlepiej zapewnia
państwu bezpieczeństwo to nie potrzebujemy już szpitali [...] Odnotujemy, że kiedy
konstytucja ustanawia trybunał konstytucyjny, wówczas nie mamy do czynienia z *fik-*
cyjną formą prawną, lecz ze stworzeniem rzeczywistej instytucji; jeśli coś zasługuje na
miano *fikcji*, to *jedność narodu*, którą Carl Schmitt *zakłada* – a rzekomo także konsty-
tucja – twierdząc zarazem, że została ona zatracona w rzeczywistości pluralistycznego
systemu; odnowicielem owej jedności ogłoszona zostaje głowa państwa.

Reprezentowanie państwa w zewnętrznie widzialnej formie jest bez wątpienia funk-
cją głowy państwa zakładaną przez wszystkie konstytucje ustanawiające tego typu organ.
Carl Schmitt ma rację mówiąc, że *pozycja prezydenta jest najściślej połączona z ideą*
całości jako jedności politycznej (s. 157). Niemniej z punktu widzenia pobawionej ide-
ologii realistycznej teorii prawnej nie może oznaczać to nic więcej niż to, że funk-
cja głowy państwa polega na symbolicznym wyrażaniu nieodzownego pragnienia nie
tyle formalnej, ile materialnej jedności państwa. Można w tym nawet dostrzec najwa-
żniejszą funkcję organu, który rozmaite konstytucje wyznaczają do roli głowy państwa.
[s. 1561–1562]

Polityczne znaczenie funkcji głowy państwa nie powinno być niedoceniane. Nie-
mniej dostrzeganie w instytucji głowy państwa nie tyle symbolu etyczno-politycznego
postulatu jedności państwa, ile – jak czyni Carl Schmitt, podpierając się doktryną mo-
narchii konstytucyjnej – wytworu lub twórcy jedności opartej na efektywnej solidar-
ności, oznacza branie ideologii za rzeczywistość. Prawdziwa funkcja doktryny *puvoir*
neutre monarchy, którą Carl Schmitt przenosi na republikańską głowę państwa, po-
lega na maskowaniu realnych, radykalnych konfliktów interesów, które ujawniają się
pod postacią partii politycznych, a nawet leżącego u ich podłoża bardziej fundamen-
talnego faktu sprzeczności klasowych. Formuła tej fikcji, w pozornie demokratycznej
oprawie, brzmi następująco: naród składający się na państwo jest jednolitym homo-
genicznym kolektywem, posiadającym tym samym jednolity wspólny interes wyrażany
poprzez jednolitą kolektywną wolę. Ta kolektywna wola, wykraczająca poza wszelkie
konflikty interesów i sytuująca się ponad partiami, jest *prawdziwą* wolą państwa. Nie
wytwarza jej jednak parlament, będący sceną potyczki sprzecznych partyjno-politycz-
nych interesów czy – jak powiedziałby Carl Schmitt – *pluralistycznej fragmentacji*. Wy-
twórcą i narzędziem owej prawdziwej woli państwa jest głowa państwa. Interpretacja
ta posiada jawnie ideologiczny charakter. Stoi ona w sprzeczności z faktem konstytucyj-

nego powiązania działań głowy państwa ze współdziałaniem parlamentarnie odpowie-
dzialnego ministra. Nawet jeśli konstytucja rezygnuje z wymogu kontrasygnaty aktów
prezydenta, to wciąż pozostaje czymś zagadkowym sposób, w jaki nigdzie nie istnieje-
jąca harmonia interesów, *obiektywne* interes państwa, który nie jest interesem tej czy
innej grupy, miałby się w tych aktach realizować. Także rozpisane przez głowę państwa
referendum ludowe zwraca w najlepszym wypadku wolę większości, która uchodzić
może za *jednolitą polityczną wolę narodu* tylko w oparciu o typowo demokratyczną
fikcję reprezentacji.

To, że każda głowa państwa, w stopniu w jakim pozostaje niezależna od wzajemnie
wrogich interesów grupowych, poszukuje w swych działaniach drogi środka, kompro-
misu, jest czymś oczywistym. Z reguły tego rodzaju działanie umacnia jej własną pozycję.
Jednakże według Carla Schmitta *neutralna* władza powinna być czymś więcej niż tylko
możliwością równoważenia interesów. Lecz nawet ta możliwość jest już mocno ogra-
niczona przez wspomniany wymóg kontrasygnaty aktów prezydenta przez ministrów
odpowiedzialnych przed parlamentarną większością.

Jeśli spojrzeć na *neutralność* głowy państwa w pełni realistycznie i bez ideologicz-
nego upiększania jako szansę wpłynięcia na kompromisowe ukształtowanie się woli
państwa, która bierze się z jego partyjnej niezawisłości, trzeba będzie przyznać, że wa-
runki sprzyjające tego rodzaju postawie występują w większym stopniu w przypadku
dziedzicznego monarchy niż wybranego prezydenta. Wybory prezydenckie, odbywa-
jące się z konieczności w warunkach dużego ciśnienia polityczno-partyjnego, mogą być
uznane za demokratyczną metodę powoływania głowy państwa, nie dają jednak żad-
nej szczególnej gwarancji niezależności. Wywnioskować z faktu *wybijania prezydenta*
przez cały naród – co w istocie oznacza wybór przez większość lub nawet przez mniej-
szość rywalizujących grup – że będzie on wyrażał wolę powszechną jednolitego narodu
jest wątpliwe nie tylko dlatego, że taka wola nie istnieje, lecz także dlatego, iż same wy-
bory nie gwarantują, że głowa państwa pojmować będzie swą funkcję w kategoriach
równoważenia sprzecznych interesów. Jeśli wybrani prezydenci zwykle pełnią tego ro-
dzaju funkcję, to jest to raczej pomimo, niż dzięki wyłanianiu w wyborach. Traktowanie
wyborów jako gwarancji niezależności – jak czyni to Carl Schmitt (s. 152) – jest możliwe
tylko, jeśli zamknąć oczy na rzeczywistość. [s. 1563–1564]

Ponieważ Carl Schmitt nie jest w stanie dowieść, że głowa państwa jest bardziej
niezależna i neutralna niż sądownictwo i służba cywilna, oświadcza w ostateczności, iż
sądownictwo oraz profesjonalna służba cywilna zostają obciążone w sposób nie do
zaakceptowania, jeśli na ich barkach spoczną wszelkiego rodzaju zadania politycz-
ne i decyzje wymagające niezależności i polityczno-partyjnej neutralności (s. 155).
Ten zwrot od jakości do ilości jest w pełni niedopuszczalny i niczego nie dowodzi. Nie
można porównywać sądownictwa jako całości do wielbłąda, który ugnie się pod cięż-
szem dodatkowego ładunku w postaci kontroli konstytucyjności. Nie chodzi przecież
o sądownictwo w całości, lecz o jeden szczególny sąd. Jego zadanie w żadnym stopniu
nie obciąża pozostałych sądów. Nie można mówić o sądownictwie w kategoriach ilo-
ściowych lub przedstawiać je jako abstrakcyjny byt, który obciążyć można dowolnym
zadaniem. Wspomniane kwestie rozpatrywać będzie jeden konkretny sąd; w dodatku
sam Schmitt twierdzi, że wykazał jego niesądowy charakter. Jedyne pytanie, które ma
tutaj znaczenie, brzmi: kto jest bardziej niezależny i neutralny: sąd konstytucyjny czy
prezydent? Wychodząc od fałszywego obrazu przeciążonego sądownictwa Carl Schmitt
próbuje – nadaremnie – uniknąć przyznania, iż jego próba obrony tezy o głowie państwa
jako strażniku konstytucji, zawiodła. Nie jest on w stanie wykazać, iż głowa państwa –
z tytułu posiadanego stopnia niezależności i stąd neutralności – jest w większym stopniu
zdolna niż trybunał konstytucyjny do sprawowania pieczy nad konstytucją. [s. 1565]

przetłumaczył Arkadiusz Górniśiewicz

Cytowane fragmenty pochodzą
z: Hans Kelsen, „Wer soll der
Hüter der Verfassung sein?”,
[w:] Hans Klecatsky, Rene Marcic,
Herbert Schambeck (red.), „Die
Wiener Rechtstheoretische Schule.
Schriften von Hans Kelsen, Adolf
Merkel, Alfred Verdross”, 2 Bd.,
Verlag Österreich, Wien 2010.