

Helmut Ridder*

SĄDOWNICTWO KONSTYTUCYJNE A DEMOKRACJA

I

W artykule tym zajmę się zagadnieniem zgodności sądownictwa konstytucyjnego i demokracji. W literaturze prawa państwowego Republiki Federalnej Niemiec, która porusza różne kwestie sądownictwa konstytucyjnego, to właśnie zagadnienie prawie nie jest uwzględniane, co powinno by oznaczać, że nie należy ono do dyskusyjnych. W rzeczywistości jednak fakt ten wskazuje na budzący wątpliwości stan zachodnioniemieckiej doktryny prawa państwowego, która jak to zobaczymy później, stawia współczesne instytucje prawa państwowego w irytującym świetle fałszującej historię *legenda aurea* i w rezultacie tego pomija ważne momenty, bez znajomości których niemożliwe jest zrozumienie relacji między dzisiejszą, zachodnioniemiecką realizacją państwa a realizacją narodowosocjalistycznej „Trzeciej Rzeszy”. Większość autorów reprezentujących współczesną zachodnioniemiecką doktrynę prawa państwowego uważa sądownictwo konstytucyjne zinstytucjonalizowane i działające w RFN w ramach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (FTK) nie tylko za bezproblemowe w znaczeniu politycznym i prawnym, ale przede wszystkim za niezbędne dla maksymalizowania w praktyce licznych „wartości” i „zasad”, które w formie „zleceń” ma zawierać konstytucja RFN, zwana ustawą zasadniczą. Ponieważ do „zasad” ustawy zasadniczej zalicza się również „zasadę demokracji”, dlatego też FTK kreuje się, że tak powiem, na najszlachetniejszego rumaka mającego służyć w walce również o demokrację.

Ale na jakimż to pojmowaniu demokracji ma opierać się ten pogląd? Nie może przecież chodzić o przyjęcie bez zastrzeżeń demokratycznej zasady legitymacyjnej, pod hasłami której, po obaleniu monarchistycz-

* Helmut K.J. Ridder, dr prawa, doktor h.c. UL, prof. prawa publicznego i nauk politycznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu im. Justusa Liebiga w Giessen.

nej zasady legitymacyjnej, wkroczyły do historii zachodnioeuropejskie państwa konstytucyjne. Zasada demokracji, wprowadzona na drodze rewolucyjnej, stała się podstawą legitymacji zarówno samego państwa, jak i sprawowania wszelkiej władzy. Z drugiej jednak strony ta „zasada demokracji” zachodnioniemieckiej teorii prawa państwowego i sądownictwa RFN należy jako jedna z wielu „zasad konstytucji” do całego zespołu zasad konstytucyjnych. Kompleks ten charakteryzuje płynność konturów i daremnie w jego obrębie szukać przejrzystości i jednoznacznej hierarchii „zasad”. A przy tym „zasada demokracji” ustępuje, ogólnie rzecz biorąc, pierwszeństwa „zasadzie państwa praworządnego” (demokracja oparta na ustawie zasadniczej określana jest również jako demokracja państwa praworządnego). Czyli, nazywając rzecz wyraźnie po imieniu, należy stwierdzić: „suwerenność narodu” ustępuje miejsca „suwerenności prawa”. Pytanie, czy demokracja z zastrzeżeniami ze strony „państwa praworządnego” jest w ogóle demokracją, nie zostanie tu postawione i nie będzie też na nie odpowiedzi. Postawienie pytania i odpowiedź na nie są zbędne z tej przyczyny, że uznawany jest dogmat mówiący, iż demokracja w państwie praworządnym stanowi kontynuację i wyższy etap rozwojowy „klasycznej” zachodnioeuropejskiej demokracji burżuazyjnej.

Ten nadzwyczaj osobliwy, dla sądownictwa RFN bardzo specyficzny stan ideologii państwa i prawa wywodzi się z błędnego przetworzenia politycznej i konstytucyjnej historii niemieckiej XX w., szczególnie zaś z legendy, jakoby jedną z najistotniejszych przyczyn wejścia narodowych socjalistów do państwowego aparatu władzy Rzeszy Niemieckiej w 1933 r. był nadmiar demokratycznych, plebiscytowych i innych podobnych instytucji w konstytucji Rzeszy Weimarskiej. I to ma być jakoby powodem, że demokracja musi się teraz „uzbroić”, żeby móc pozostać demokracją „praworządności państwowej” i „wolności”. Nie mogę tu omawiać tego błędnego przetworzenia (zagarnięcie władzy w roku 1933 da się w rzeczywistości wytłumaczyć deficytem ideologii demokratycznej, datującym się z epoki „konstytucjonalizmu”), wymieniam je tylko jako najważniejszą przyczynę, która sprawiła, że doktryna prawa państwowego RFN zamknęła sobie częściowo dostęp do funkcjonalnej analizy sądownictwa konstytucyjnego. Większość autorów jest bowiem przekonana o tym, że działalność kontrolna FTK „czuwającego” nad przestrzeganiem konstytucji, rozciągająca się również na inne sądy, polega na wynajdywaniu i stosowaniu prawa konstytucyjnego i jest działalnością „apolityczną”. Rzadko tylko pojawia się krytyczna refleksja o treści, że FTK jest również organem państwa, a więc sam sprawuje władzę państwową i w konsekwencji jest również aktywny politycznie.

Wybitnie nierewolucyjne momenty niemieckiej historii politycznej i konstytucyjnej poczynawszy od 1848 r. miały ten skutek, że panująca doktryna prawa państwowego i sądownictwo RFN zatrzymały się jakby w niezdecydowanym, chwiejnym stanie równowagi „konstytucjonalizmu” II poł. XIX w. i wahają się w bezowocnych próbach rozwiązania między monarchistyczną zasadą legitymacji a urzeczywistnianiem demokratycznej zasady legitymacji, przy czym stopień tej realizacji osiągnął zaledwie zarysy wizji.

Nie może być w tym kontekście mowy o (charakterystycznej dla ideologii porewolucyjnej zachodnioeuropejskiej demokracji parlamentarnej) dialektycznej jedności prawa i polityki, która nie jest ani trywialną tożsamością prawa i polityki ani też prawa i polityki od siebie nie oddziela, lecz ujmuje prawo i politykę jako formę i treść jednej i tej samej substancji. Na skutek tego rozumienie roli FTK przez niego samego i rozumienie go w ramach panującej doktryny opiera się na ideologii, w której prawo i polityka są dwiema odrębnymi sferami, wprowadzie zbliżającymi się do siebie bardzo silnie i stykającymi się ze sobą, ale pozostającymi zawsze w oddzieleniu od siebie i nie tworzącymi jedności, gdyż każde z nich ma własną substancję. Ponieważ jedynym zadaniem FTK jest jakoby strzeżenie „prawa”, to musi on — musi i doktryna — odrzucić z oburzeniem wychodzące ze sfery polityki a dotyczące funkcji sądownictwa konstytucyjnego pytanie *Cui bono?* A ponieważ i to pytanie można z tych samych względów odrzucić, nie potrzeba na nie odpowiadać. Z tego punktu widzenia można by — jeżeli już pozostać przy łacinie chętnie stosowanej przez ludzi o wykształceniu burżuazyjnym — postawić najwyżej jeszcze jedno pytanie *Quis custodiet custodes?*, a więc zastanowić się nad tym, czy tej, dzięki istnieniu FTK doskonałej ochrony konstytucji nie można by jeszcze bardziej udoskonalić przez utworzenie wyższego o jeden stopień federalnego sądu konstytucyjnego. *Difficile satiram non scribere!* Jednak nie można oprzeć się całkowicie pokusie satyry, jeśli pomyśli się o funkcji sądownictwa konstytucyjnego RFN z niezbędną dla naukowej analizy dozą sceptycyzmu.

Bezkrytyczni juryści RFN, którym wydaje się, że ojczyźnie dostało się w posiadanie optimum demokracji „państwa praworządnego”, ukoronowanej istniejącym sądownictwem konstytucyjnym, pragną oczywiście bardzo obdarzyć tym błogosławieństwem również kraje sąsiednie. To prawda, że spośród instytucji konstytucyjnych RFN właśnie sądownictwo konstytucyjne stało się dość poważnym artykułem eksportowym. Aczkolwiek nie podobna w niniejszym skąpym szkicu przedstawić, jak w aspekcie geograficznym przy pomocy struktur „Europej-

skiej Wspólnoty Gospodarczej"¹, służącej jako czynnik nośny (z różnym wprowadzie skutkiem)², dokonuje się ten transfer prawny i ideolo-

¹ Dające o sobie znać już od początku istnienia państwa impulsy polityki RFN na rzecz żywego zaangażowania w sprawę (ograniczonego na razie do Europy Zachodniej) „zjednoczenia Europy”, gdzie funkcjonowałyby „ponadnarodowe” zwierzchnictwo w możliwie licznych dziedzinach (wojskowość, ekonomia, prawo itp), miały swe źródło w dążeniu do „zatarcia” klęski militarnej z 1945 r. Chodziło tutaj w zasadzie o dwie istotne sprawy: a) o stworzenie niezależnych międzynarodowych instytucji kierowniczych i zabezpieczenie ich przed kontrolą przywróconego niedawno bez entuzjazmu ustroju parlamentarnego; b) o przewożenie w „powojennej” Europie. Na ten drugi cel wskazał już bardzo wcześniej Konrad Adenauer. Na posiedzeniu gabinetu w dniu 22 maja 1952 r., poprzedzającym podpisanie układu (które z powodu oporu Francji nigdy nie doszło do skutku) o „Europejskiej Wspólnocie Obronnej”, mówił on w tym duchu o swoich nadziejach, że słabość militarna Francji w Europie pozwoli Republice Federalnej w krótkim czasie uzyskać przewagę w tej wspólnocie, co pomimo tego, że liczy ona tylko 50 mln ludności, uczyni ją decydującą siłą w Europie” (A. Baring, *Im Anfang war Adenauer* — Na początku był Adenauer, wyd. 2, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1982, s. 206).

² Podczas gdy np. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej pomimo żywotnego zainteresowania udziałem we „wspólnotach europejskich” do dziś przestrzega „supremacji” parlamentu, nie posiada formalnej konstytucji o randze ustawy i dlatego nie zna określenia *unconstitutional* jako kategorii prawnej w odniesieniu do parlamentarnego aktu ustawodawczego (por. Wade, Phillips, *Constitutional and administrative law* — Prawo konstytucyjne i administracyjne, wyd. 9, wyd. A. Bradley, 1977, s. 21 i n.), to w Irlandii przystąpienie do „wspólnot europejskich” w roku 1972/73 zainicjowało rozbudzenie refleksji na temat „praworządności państwa” i skierowało myśli na konstytucję, a analiza ustaw pod kątem ich zgodności z konstytucją stała się centralnym tematem prawoznawstwa (por. ogólnie komentarz do konstytucji irlandzkiej z 1937 r.: J. M. Kelly, *The Irish Constitution*, Dublin 1980). Konstytucja irlandzka nie przewidywała nigdy instytucji *judicial review*. Ale wyższe sądy irlandzkie (High Court i Supreme Court) rozstrzygają obecnie zawsze bez wahania we wszystkich postępowaniach cywilnych i karnych również i w tej sprawie, jeśli jedna ze stron procesowych zakwestionuje zgodność z konstytucją określonej normy ustawowej. Sądownictwo to uznało poza tym za dopuszczalne zaskarżenie państwa, jeśli tylko skarga oparta jest na zarzucie naruszenia prawa konstytucyjnego (*Meskeil v C.I.E.*, 1973 IR 121, cyt. przez Kelly'ego, *op. cit.*, s. 341 i n.). W orzeczeniu z roku 1979 (*Murphy v Attorney General*, nie opublikowanym, ale cytowanym przez Kelly'ego, s. 252) High Court poszedł nawet tak daleko, że uznał (choć nie znalazło to potwierdzenia przez Supreme Court) normy ustawowe dotyczące podatku dochodowego, które według poglądu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w RFN (!) są niezgodne z gwarantowaną przez prawo konstytucyjne ochroną rodziny, za sprzeczne z konstytucją (jeśli chodzi o precedensy zagraniczne, to dotychczas można się było powoływać tylko na amerykańskie orzeczenia sądowe). Jest to właśnie teza mojego artykułu poparta przykładem z Irlandii, że między słabością bądź brakiem ideologii demokratycznej a nasiloną gotowością do recepcji prawnych postępowan kontrolnych, dotyczących zgodności ustawodawstwa parlamentarnego z konstytucją, zachodzi stosunek wzajemnego uwarunkowania: cały potencjał polityczno-ideologiczny Irlandii zużyty został w ciągu trwającej od 700 lat (a na skutek problemu, jaki stanowi Ulster, nie zakończonej do dziś) walki przeciw-

giczny na Zachód, to trzeba jednak wspomnieć, że jest to zagadnienie nadzwyczaj ciekawe i godne zgłębienia, pomimo to, niestety w ogóle prawie nieznanne. Z pozostałych państw Europy, nie wyłączając dzisiejszych krajów socjalistycznego Wschodu, jako odbiorcy wchodzą w rachubę przede wszystkim te kraje, które — nie mając w swym kalendarzu historycznym, o tyleż podobnym do niemieckiego, rewolucji burżuazyjnej — były w ciągu udokumentowanego okresu kilku stuleci pod wieloma względami, najczęściej z przykrymi dla nich następstwami, obszarami „klasycznego” posłannictwa niemieckiego.

Pewien autor zachodnioniemiecki, korzystając z okazji, jaką było dla niego uczestnictwo w porównawczym „niemiecko-polskim sympozjum na temat sądownictwa konstytucyjnego”, uległ inspiracji wierzącej w cuda *anima candida* i dał zapewne również wyraz wyobrażeniom większej czy mniejszej *congregatio de propaganda fide* swoich ziomków, pisząc o tym³, jakich to uczuć doświadcza wobec toczącej się dzisiaj dyskusji w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (PRL), gdzie w ramach wprowadzonego do konstytucji w 1982 r., art. 33 a, przygotowuje się instytucję Trybunału Konstytucyjnego (pierwsze czytanie projektu ustawy w Sejmie miało miejsce w marcu 1985 r.). Autor nasz, stwierdzając z uczuciem pewnego zawodu, że PRL nie wkroczyła jeszcze na drogę prowadzącą do państwa praworządnego ukształtowanego według wzorca zachodnioeuropejskiego⁴, spodziewa się przecież, że „sądownictwo konstytucyjne będzie mogło rozwijać się w Polsce w kierunku pozytywnym”. A radosną nadzieję opiera na tym, że w jed-

ko Brytyjczykom o własne państwo (bynajmniej nie o demokratyzację istniejącego już własnego państwa), podczas gdy w tym samym czasie odrzucającą demokrację monolityczną strukturą kościoła katolickiego stanowiła swego rodzaju „namiastkę państwa”, natomiast panowanie angielskiego feudalizmu pociągało za sobą coraz większe zubożenie ludności, na skutek czego miliony mieszkańców decydowały się na exodus za Atlantyk. Według mojej tezy stanowi to wszystko wybitnie sprzyjające warunki dla recepcji sądownictwa konstytucyjnego.

³ H. Krüger, *Verfassungsgerichtsbarkeit — Notwendigkeit und Auftrag* (Sądownictwo konstytucyjne — konieczność a zalecenie), (Sprawozdanie z sympozjum w Uniwersytecie Kolońskim z 12—15 listopada 1984 r.), „Die Öffentliche Verwaltung” („Administracja Publiczna”) 1985, 38, s. 103 i n.

⁴ Trzeba jeszcze raz podkreślić, że *Rechtsstaat* według zachodniego wzorca nie jest pojęciem użytecznym, jeśli chodzi o teorię państwa i prawoznawstwo konstytucyjne. *Rechtsstaat* rozumiane jako urzeczywistnianie celu politycznego poprzez realizację poszczególnych postulatów z zakresu pojęcia „państwa praworządnego” jest tak specyficznie niemiecką koncepcją, że także przez przekład wyrazu *Rechtsstaat* na inne języki powstają coraz to nowe błędne wyobrażenia. Zagadnienie ujmują zasadniczo Bäumlini, Ridder w *Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Komentarz alternatywny do ustawy zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec), t. I, 1984, uwagi do art. 20 ust. 1—3 ustawy zasadniczej, s. 1288 i n.; szczególnie uwagi nr 1—32.

nym czy w drugim przypadku Trybunał Konstytucyjny będzie ferował wyroki, kierując się przewodnią ideą sprawiedliwości (jak czyni to zawsze w jego mniemaniu FTK, któremu absolutnie obca jest chęć prowadzenia jakiejkolwiek działalności politycznej za pomocą swych rozstrzygnięć). Cóż można powiedzieć na to, jak i na przemilczane przez uczonego sprawozdawcę twierdzenie, że sądy polskie ferują zazwyczaj wyroki, kierując się „przewodnią ideą niesprawiedliwości”? A czy uczony sprawozdawca wie, że nawet sądy reżymu narodowo-socjalistycznego kierowały się „przewodnią ideą sprawiedliwości”, chcąc dopomóc tej „sprawiedliwości” do zwycięstwa nad obowiązującym prawem pozytywnym, które, pomimo poczynionych w nim fatalnych zmian, ciągle jeszcze zagradzało drogę woli politycznych mocodawców? Czy nie dręczy go przynajmniej przecucie, że coś mogło jeszcze pozostać z tego dziedzictwa praworządności państwowej? Czy on naprawdę nie wie, z jakich to powodów, jeśli nie wybitnie politycznych, walczy się w RFN tak zjadale o obsadzenie stanowisk sędziów w FTK? Najlepszą odpowiedzią na te zarzucia sentymentalne non-sensy wypowiedziane na temat funkcji sądownictwa konstytucyjnego będzie bez wątpienia przedstawienie problematyki tegoż sądownictwa na podstawie koncepcji dialektycznej jedności prawa i polityki, która to koncepcja jest w dużej części wspólna demokracji mieszczańskiej i socjalistycznej.

II

1. Instytucja sądownictwa konstytucyjnego służącego uzupełnieniu konstytucji ma, oczywiście sens tylko wtedy, gdy konstytucję rozumie się nie tylko jako ważny akt polityczny, lecz także jako ustawę — i to ustawę, której przyznano rangę wyższą niż wszystkim innym ustawom: *a higher form of law, in that the law (or some of the law) set out in the constitution will be hierarchically superior to other laws and will not be alterable except by a specially prescribed procedure for amendment*⁵. Jednakże jakościowe utożsamianie konstytucji z ustawą — bądź to „zwykłą”, bądź też wyniesioną ponad zwykłą — nie jest oczywistością samą z siebie. Zachodnio- i środkowoeuropejska historia konstytucji XIX i XX w. wykazuje, że pojęcie konstytucji jako ustawy wykształciło się bardzo późno, przy czym poglądy na tę sprawę są w szczególności krańcowo różne. Różnica poglądów wynika z różnic istniejących między poszczególnymi walkami o konstytucję oraz mię-

⁵ De Smith, *Constitutional and administrative law* (Prawo konstytucyjne i administracyjne), wyd. H. Street, R. Brazier, 1981, s. 16.

dzy osiągniętymi w tych walkach wynikami. W historii walk o konstytucję ważna była zawsze kwestia, czy i w jaki sposób raz ogłoszona konstytucja mogłaby być zmieniana w postępowaniu nie rewolucyjnym, a regulowanym przez samą konstytucję. Dopiero później przystępowano do kwestii normatywnoprawnej jakości konstytucji.

Charakterystyczny rys niemieckiego konstytucjonalizmu XIX w. stanowiło to, że wszystkie konstytucje w Związku Niemieckim, a później w Rzeszy Niemieckiej albo były okrojowane przez monarchów albo dochodziły do skutku jako czynione z niechęcią ustępstwa sił konserwatywnych na rzecz liberalnego ducha czasu; konstytucje te nie narodziły się więc bynajmniej z „ducha” suwerenności narodu. Tym się też tłumaczy okoliczność, że konstytucje te zawierają przepisy, na podstawie których mogą być zmieniane jak ustawy, czyli znajdują się w gestii zwykłego ustawodawcy, chociaż często — w odróżnieniu od zwykłego postępowania ustawodawczego — rewizja konstytucji może być doprowadzona do końca tylko za zgodą kwalifikowanej większości wszystkich lub części gremiów ustawodawczych. Politycznym celem — albo lepiej: motywem — takich normatywnokonstytucyjnych zabiegów jest myśl, żeby ewentualne skasowanie lub zredukowanie liberalnych instytucji konstytucyjnych w celach restauracyjnych nie mogło być utrudniane przez naród — który też nie uczestniczył w tworzeniu konstytucji. Jeśli porównamy ten stan rzeczy z porewolucyjną historią konstytucji, np. francuskiej, to zobaczymy, że porewolucyjne konstytucje francuskie uzależniają wyraźnie dokonanie w nich zmian od powszechnego współdziałania narodu, które przyjmuje formę referendum. Politycznym zamierzeniem bądź motywem tego zabiegu jest właśnie myśl o demokracji. Nie dopuszcza ona, żeby konstytucja jako zdobycz demokratyczna przekazywana była później *pouvoir constitué* bez czynnego współdziału *pouvoir constituant* (z tego też powodu *pouvoir constituant*, tak jak i *pouvoir constitué* wymienia się w konstytucji w związku z zagadnieniem rewizji konstytucji)⁶. Logika demokratycznego myślenia nie dopuszcza właśnie, żeby konstytucje uchwalone w drodze postępowania demokratycznego uodporniane były przy określaniu gwarantowanych w nich treści przeciwko rewizji, żeby rewizja

⁶ Nawet stosownie do art. 89 konstytucji V Republiki Francuskiej z 1958 r., charakteryzującej się wieloma elementami autorytarnymi, jest to ciągle jeszcze normalny tryb przewidziany dla zmiany konstytucji: „Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive après avoir été approuvée par référendum”. Oczywiście, referendum można ominąć w ten sposób, że prezydent Republiki powołuje składający się z Assemblée Nationale i Senatu parlament „en Congrès” (stwarza to fikcję wybranego zgromadzenia ustawodawczego), który musi zatwierdzić projekt rewizji liczbą 3/5 oddanych głosów.

możliwa była bez referendum, lecz nakazuje, żeby wprowadzenie zmian było możliwe na drodze ustawodawstwa parlamentarnego, przy podwyższonej tylko ilości głosów, jak też nie dopuszcza i tego, żeby dla pewnych części konstytucji możliwość rewizji w ogóle była wykluczana, ponieważ w wyniku takich właśnie winkulacji *pouvoir constituant* dnia dzisiejszego ustanawia praktycznie swe panowanie nad *pouvoir constituant* dnia jutrzejszego. Jeżeli w jakiejś konstytucji zawarte są normy czyniące zmianę konstytucji możliwą bez miarodajnego uczestnictwa narodu (czy to na drodze inicjatywy wychodzącej od narodu czy referendum), a dokonywaną tylko dzięki inicjatywie ustanowionego ustawodawcy konstytucyjnego, to sytuacja taka wskazuje na brak bądź też słabość ideologii demokratycznej. Regulacje tego rodzaju są również — ze swej natury albo akurat w tym momencie — dowodem poważnego braku ufności w siebie, gdy dla przeprowadzenia zmian konstytucyjnych wyznaczają kwalifikowaną większość. U podłoża tego rodzaju regulacji tkwi obawa, że większość demokratyczna może być niebezpieczna, albo że tworzenie zwykłych większości w parlamencie uważa się za proces dający się beznadziejnie łatwo korumpować lub manipulować. Zachodnioeuropejskie twory konstytucyjne XIX w., które świadczą o istnieniu dość jeszcze silnej świadomości mieszczańsko-demokratycznej, powierzają rewizję konstytucji ustawodawcy parlamentarnemu (rozstrzygającemu kwalifikowaną większość głosów) tylko wtedy, gdy np. wraz z zapowiedzią zmiany konstytucji istniejące gremia ustawodawcze zostały rozwiązane, a wybrano nowe (np. art. 131 konstytucji belgijskiej; innym wariantem wyrażającym tę samą ideę jest § 112 konstytucji norweskiej).

Gdy konstytucja Rzeszy Niemieckiej z roku 1919 — konstytucja Rzeszy Weimarskiej — pomimo że była dziełem wybranego przez naród Zgromadzenia Narodowego, uznaje w sprawie rewizji konstytucji wyłącznie kompetencje gremiów ustawodawczych, to świadczy to, że siły odgrywające główną rolę w tworzeniu tej konstytucji były wszystkim, tylko nie siłami rewolucyjnymi.

Innymi słowy: Rzesza Niemiecka nie weszła w roku 1919 do „rodziny” zachodnioeuropejskich demokracji mieszczańskich, mimo że przyjęła niektóre urządzenia konstytucyjne z zachodnioeuropejskiego spadku mieszczańsko-demokratycznego.

2. Jeśli uprzytomnimy sobie, że pytanie o normatywno-prawną kwalifikację konstytucji nie mieściło i nie mieści się właściwie pośród tematów mieszczańsko-demokratycznej doktryny politycznej i doktryny prawa państwowego, lecz tylko w pewnej mierze zostało „sprowokowane” przez normy konstytucyjne uzależniające realizację rewizji konstytucji zaplanowanej przez zwykłego ustawodawcę od kwalifikowanej

większości, to wtedy znika również *prima vista* pewna emocjonująca sprzeczność, która — jak okaże się przy dokładniejszej analizie — w ogóle nie istnieje. Jest to sprzeczność między bardzo ścisłymi warunkami, jeśli chodzi o formalną stronę rewizji konstytucji (w zasadzie tylko poprzez referendum bądź postępowanie zastępujące referendum), a całkiem oczywistym poglądem, wedle którego konstytucja, o ile poza regulacjami proceduralnymi i organizacyjnymi zawiera materialne normy prawne — przede wszystkim prawa zasadnicze (nie dotyczy to Francji; również dzisiaj jeszcze deklaracja praw człowieka i obywatela z 1789 r. jest tylko oderwaną od głównego właściwego dokumentu konstytucyjnego preambułą), może być najwyżej rodzajem *lex imperfecta* w tym sensie, że nie ma możliwości sądowej kontroli ustawodawstwa pod kątem jego zgodności z konstytucją. Pod tym względem zresztą realia życia politycznego we Francji nie są tak bardzo inne niż w Zjednoczonym Królestwie, gdzie z powodu braku formalnej konstytucji i wobec wytrwale utrzymywanej zasady „supremacji” parlamentu sądownictwo konstytucyjne, które kontrolowałoby ustawodawstwo, i tak nie jest do pomyslenia. Również we Francji kwestie, czy dany rząd oraz zainicjowany przez niego i realizowany na drodze parlamentarnej program ustawodawczy odpowiada „duchowi” konstytucji, rozstrzyga się na drodze demokratycznego zaufania do samego siebie i wciąż jeszcze „z wykluczeniem drogi prawnej”, a tylko przez stosowanie dopuszczalnych konstytucyjnie sankcji politycznych (a więc przede wszystkim wyborów do parlamentu). I nie ma tam sądownictwa konstytucyjnego⁷. Sądownictwo konstytucyjne, sprawowane przez niezawisłych sędziów osłanianych przed politycznymi sankcjami procesu demokratycznego (a jako sędziowie muszą być osłaniany, jeżeli nie ma być naruszona w poważny sposób dialektyczna jedność prawa i polityki i nie ma ulec zniszczeniu wiarygodność działalności sędziów), nie jest w zasadzie brane w rachubę jako uprzywilejowana alternatywa w krajach, gdzie zachowała się zachodnioeuropejska tradycja demokracji mieszczańskiej. Panuje tam milcząca zgodność przekonania co do tego, że rozumienie „ducha” konstytucji i wolności gwarantowanych przez zawarte w niej prawa zasadnicze stosunkowo naj-

⁷ Odnosi się to również do sytuacji, jaka zaistniała w okresie obowiązywania „oddemokratyzowanej” konstytucji z roku 1958, o której nie można powiedzieć, że oddziaływał na jej powstanie w pewnej mierze model zachodnioniemiecki. Utworzona na nowo na mocy tej konstytucji (art. 56–63) *Conseil Constitutionnel* nie jest organem jurystycznym o charakterze profesjonalnym, zachowuje się względnie ostrożnie, jeśli chodzi o kompetencje dotyczące uznawania postanowień ustawowych za sprzeczne z konstytucją. Rozstrzygnięcia Rady nie sprawiają, że ustawodawcy „zamyka się dostęp” do określonych spraw, rozstrzygnięcia jej nie mają więc mocy ustawy. Nie istnieje też zasada, że może się do niej odwołać *quivis ex populo*.

lepiej zapewnia debata polityczna, a nie proces „wyszukiwania praw”; w każdym razie jest to w mniejszym stopniu sprawą „fachowej znajomości rzeczy” i uczoności prawniczej, w większym zaś — problemem powszechnego procesu kształtowania opinii i woli, w którym nie ma miejsca na przywileje elitarne. Na drodze prowadzącej do swobodnego kształtowania się tego procesu nie należy też ustawiać barrykad w postaci judykatów, które nie tylko reprezentują moc prawną jako prawomocne rozstrzygnięcia poszczególnych konkretnych spraw i muszą być respektowane, lecz ponadto oddziałują również jako precedensy i w przypadku gdy władza państwowa nie przestrzegałaby ich, podważałaby tym samym swój autorytet.

Zupełnie inaczej przedstawia się ten proces rozwojowy w RFN. Tutaj odziedziczony antydemokratyczny afekt ideologiczny osiągnął w ramach systemu praworządności państwowej swój możliwy zenit dzięki legendzie, że reżym nazistowski był produktem spontanicznego uaktywnienia się „demokratyczności masowej” (wycisza się przy tym w zupełności fakt historyczny, że partia nazistowska mogła w ogóle stać się partią masową dopiero w wyniku subwencji ze strony prywatnych przedsiębiorstw gospodarczych) i doprowadził do powstania sądownictwa konstytucyjnego, które funkcjonuje jako filar selekcjonujący i centralna instancja integrująca całość procesu politycznego. Proklamacja „suwerenności narodu” („Wszelka władza pochodzi od narodu”), która już w życiu konstytucyjnym Republiki Weimarskiej odgrywała niewielką rolę i w ogóle nie wywarła wpływu na weimarską doktrynę prawa państwowego, utraciła na skutek tego wszelkie znaczenie. A to dlatego, że działalność wszelkiej władzy państwowej, a przede wszystkim ustawodawstwo, uzależnione jest od orzeczenia o ich zgodności z konstytucją przez FTK, który przecież sam jest organem państwowym i jako taki reprezentuje „państwo”, pojmowane stosownie do ideologii przeddemokratycznej jako preegzystencja w stosunku do państwa konkretnego i jego prawa; innymi słowy: „suwerenem” w RFN jest nie „naród”, lecz wynalezione przez FTK „prawo”, o którym on sam twierdzi, że zawarte jest nie tylko w pozytywnych normach prawnych, lecz także w zasadach konstytucji i można je wyprowadzić po dokonaniu „całościowego przeglądu” z „całokształtu treści” konstytucji, do której „dostosowywane” jest później prawo pozytywne (w rzeczywistości w ten sposób, że zostaje ono zmienione).

Trybunał wyposażony został — częściowo już przez konstytucję częściowo zaś przez ustawę o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym — w bezprecedensowy zakres kompetencji, który zdołał później poprzez własne rozstrzygnięcia do tego stopnia rozszerzyć, że w ocenie kierownictwa politycznego i dużej części opinii publicznej uważany jest —

i z punktu widzenia rzeczywistego stanu rzeczy słusznie — nie za sąd, ale za polityczny organ konstytucyjny. Ponieważ jednak uważa się go zarazem i za sąd (tej sprzeczności nie można usunąć), to jego istotne zadanie w sferze stabilizacji systemu polega na działalności, która znajduje się pod ochroną zasady niezawisłości sędziów i autorytetu rozstrzygnięć sądowych, mającej na celu utrzymywanie bezspornej równowagi między ewentualnymi rozbieżnościami interesów elit władzy, przy czym ich parametry trybunał musi oczywiście uwzględniać, ponieważ sam nie rozporządza własnymi zasobami władzy. W systemie politycznym RFN, ukształtowanym ostatecznie przed drugą połową lat sześćdziesiątych, FTK stanowi symbol całkowitego zainwestowania zaufania politycznego w „prawo”, które jest przez niego ferowane. Ale odwrotna strona tego modelu świadczy o instytucjonalizacji całej sumy nieufności wobec nieformalnie społecznego, a formalnie państwowego procesu kształtowania opinii i woli, który to proces znajduje się w stadium zaniku i traci swe możliwości innowacyjne. Ten zwrot o charakterze konserwatywnym znajduje oparcie przede wszystkim w jurejurisprudencji odnośnie art. 79 ust. 3 ustawy zasadniczej. Jest to niedemokratyczny przepis, mający wyrażać zamiar demokratyczny; uznaje on określone „zasady” (jak „demokracja” i „państwowość socjalna”) za nie podlegające rewizji. Przepis ten interpretuje się jako mikrokosmos nadkonstytucji wyniesionej ponad ustawę zasadniczą tak „wysoko”, że zgodnie z panującą tendencją może on pomieścić w sobie całe socjalne, ekonomiczne i polityczne *status quo* i zająć miejsce konstytucji normatywnej.

Tak przedstawia się końcowy efekt procesu historycznego, który nazwałbym „defaszyzującą restauratywną”. Proces ten mógł przebiegać w Niemczech pod auspicjami zachodnich mocarstw okupacyjnych bez przeszkód, ponieważ nie istniała tutaj jakakolwiek alternatywa rodzima dla reżimu nazistowskiego. Wzorzec niemiecki znalazł naśladownictwo w wymiarze europejskim, posłużył za nie ujawniany paradygmat przy defaszyzacji innych systemów rządów (np. w Hiszpanii, gdzie w procesie demontowania faszystowskiego reżimu frankistowskiego również utworzone zostało sądownictwo konstytucyjne, którego celem było neutralizowanie ryzyka związanego z demokratyzacją systemu rządów⁸).

⁸ Niestety, jak dotąd, nie ma opracowań naukowych dotyczących obiektywnej ideologicznej funkcji interwencyjnej modelu pochodzącego z RFN na obszarze Europy, a oddziaływanie tego modelu dałoby się również wykazać w przebiegu portugalskiej „rewolucji goździków”. Faktem jest, że podstawowe publikacje związane z konstytucją Republiki Portugalskiej z 1976 r. wskazują po większej części na pochodzenie zachodnioniemieckie, jeśli chodzi o teorię państwa i naukę prawa państwowego (por. np. G. Canotilho, *Direito constitucional* — Prawo konstytucyjne, 1980), sama zaś konstytucja zawiera liczne normy mające zabezpieczyć osiągnięcia rewolucyjno-demokratyczne poprzez niedemokratyczne instytucje (np. w art. 290 traktującym

3. Pośród rozlicznych kompetencji FTK przedstawimy tutaj trochę dokładniej tylko kontrolę ustawodawstwa pod względem zgodności z konstytucją, która to czynność ułatwia dokładne zapoznanie się z nigdzie dotąd nieosiągalnym maksymalizmem sądownictwa konstytucyjnego Republiki Federalnej. Jest to (wprawdzie nie poparty prawem pozytywnym) powszechny pogląd nauki prawa, że kontrola ta sprawowana jest poprzez takie rozstrzygnięcia FTK, które posiadają nadzwyczajną moc prawną, rozciągającą się poza rozstrzygnięte przypadki. Znaczy to, co następuje: jeśli FTK uzna jakąś ustawę lub część ustawy za niezgodną z konstytucją, wtedy znaczenie tego rozstrzygnięcia nie ogranicza się do rozstrzygniętego przypadku, lecz obowiązuje w ogóle, tak że nawet ustawodawca nie może go zmienić, nawet kwalifikowaną większością głosów. Rozstrzygnięcie FTK zachowuje w odniesieniu do określonej materii ustawy rangę zasady prawa konstytucyjnego na zawsze, nie może być zniesione nawet w drodze rewizji konstytucji przeprowadzonej przez ustawodawcę. Rozstrzygnięcie to powiększa więc zasób „wiecznego” prawa konstytucyjnego. W ten sposób zdecydowanie rozsądzone zostają zakreślone sądowi granice funkcji; FTK może stworzyć nowy porządek prawnokonstytucyjny, ponad pozytywnym prawem konstytucyjnym i — ze względu na to, że stanowi ostatnią instancję — kształtować go elastycznie dalej według swego uznania, stosownie do wymogów dnia. Błędem byłoby zakładać, że tego rodzaju nieprzewidziane ustawodawstwo konstytucyjne ma wyłącznie charakter „negatywny”. Trybunał formułuje przecież często swoje rozstrzygnięcia jako „zalecenia” pod adresem ustawodawcy parlamentarnego, które ten zaakceptuje, jeśli nie chce ryzykować, że przy najbliższej okazji ponownie przegra sprawę przed FTK, gdy wyda postanowienie ustawodawcze odbiegające od zaleceń. I takimż samym błędem byłoby założenie, że FTK nie może rozciągnąć swej kontroli na cały bez wyjątku zakres ustawodawstwa parlamentarnego tylko dlatego, że formalnie jako sąd o specyficznym charakterze może podejmować działanie jedynie na wniosek innych czynników. Założenie takie byłoby błędne ponieważ dzięki instytucji skargi konstytucyjnej, którą może wnieść do FTK każda osoba fizyczna i prawna, utrzymując, że z powodu określonej ustawy lub zastosowania określonej ustawy naruszone zostały jej prawa zasadnicze, zapewniona jest ingerencja FTK praktycznie we wszystkie akty ustawodawcze. Z drugiej strony FTK posiada możliwość selekcjonowania napływających skarg konstytucyjnych, ponieważ ma również prawo odrzucić bez uzasad-

o limites materiais da revisão, uznaje się wszystkie „pryncypia” i prawa zasadnicze za nienaruszalne i pozostawia się w ten sposób prawo ich komentowania siłom sprawującym w danej chwili władzę).

nienia skargę konstytucyjną jako niedopuszczalną⁹. Wszystko to nie da się, oczywiście, pogodzić z obowiązującym w rzeczywistości pozytywnym prawem konstytucyjnym. Ale ta sprzeczność z konstytucją istnieje wciąż dzięki oddziaływaniu ademokratycznej ideologii. A poza tym to przecież sam FTK byłby jedyną instancją, która mogłaby stwierdzić z mocą obowiązującą niezgodność swego działania z konstytucją, a takiego stwierdzenia nie można chyba od niego oczekiwać.

Dzięki kwiecistym i pouczającym uzasadnieniom swych orzeczeń na temat zgodności ustaw parlamentarnych z konstytucją, FTK staje się w coraz większej mierze instancją centralną, formułującą prawie że z kapłańskim autorytetem, namaszczeniem i bezpośredniością „światopogląd” polityczny i głoszącą go w kaznodziejskim stylu jako prawdę, która przy równowadze interesów elit władzy wydaje się przydatna dla umocnienia podstaw systemu ekonomicznego. Cały rynek środków masowego przekazu i całość dyskursu politycznego są tak zapełnione wartościami wymagającymi należnych im preferencji, że jakiegokolwiek odstępstwo od nich uzyskuje posmak sprzeczności z konstytucją. Ponieważ jednak FTK jest również „sądem”, to odnoszą z tego korzyść zawsze jego polityczne preferencje. Mają one szanse na to, że z góry, w każdym sporze, z absolutną pewnością uznane zostaną za zgodne z konstytucją, podczas gdy preferencje wartości wykazujących odchylenia albo z góry tracą szanse na uznanie albo w najlepszym razie trwają w niepewności co do tego, czy ostaną się przed FTK. W tych warunkach alternatywne preferencje wartości ulegają coraz większemu uszczupleniu w toku powszechnego dyskursu i z otwartego pluralizmu tematów politycznych i preferencji pozostaje tylko odpowiadający aktualnie systemowi szczątkowy tors, który może mieć szansę na uznanie.

⁹ Instytucja skargi konstytucyjnej (*Verfassungsbeschwerde*), którą mógł wnieść każdy obywatel, przewidziana była pierwotnie tylko w ustawie o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), a więc nie w konstytucji. W wyniku starań socjaldemokracji została „wpisana” w roku 1969 — na skutek kompromisu zawartego w łonie federalnego rządu Wielkiej Koalicji — do ustawy zasadniczej mocą ustawy nowelizującej konstytucję, dlatego też mogłaby zostać usunięta tylko poprzez formalną rewizję konstytucji. Socjaldemokracja i prawie cała opozycyjna „lewica” RFN uznały to wtedy za ważne „osiągnięcie”, ponieważ nie były w stanie ogarnąć funkcjonowania całego normatywnego układu, który z jednej strony rozszerza kompetencje Federalnego Trybunału Konstytucyjnego potencjalnie na cały obszar polityki ustawodawczej, z drugiej zaś strony pozostawia Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu wolną rękę co do stanowienia, jakich spraw i jakiego zakresu dotyczyć ma jego działalność. I to właśnie wyjaśnia, dlaczego siły opozycyjne ciągle, z jednakową samobójczą wytrwałością robią użytek z instytucji, jaką jest skarga konstytucyjna.

Jeśli w zakończeniu naszego przeglądu ponownie postawimy pytanie, czy sądownictwo konstytucyjne RFN okazało się w rzeczywistości „majszlachetniejszej krwi rumakiem bojowym” demokracji, to będziemy chyba musieli zmienić metaforę i wyobrażenie rumaka bojowego zastąpić raczej wyobrażeniem konia trojańskiego. Ponieważ prawo i polityka nie tworzą stosunku alternatywności, to braków w nieformalnym procesie demokratycznym nie zdołają w żadnym razie wyrównać instytucje prawne, w najgorszym zaś wypadku, to znaczy, gdy otworzy się czeluść konia trojańskiego i wypełni z niej uzurpacja polityki dokonana przez „światopogląd prawniczy” kreująca się na wyłącznego interpretatora „ducha” konstytucji, braki te jeszcze się powiększą. W takim wypadku pozbawione hamulców sądownictwo konstytucyjne spowoduje długotrwały zanik ideologii demokratycznej. A będzie to wysoka cena, *sub specie* demokracji zbyt wysoka cena, jaką przyjdzie zapłacić za przemijające korzyści, które można było osiągnąć w przejściowym okresie kryzysu poprzez ścisłą kontrolę zgodności państwowych aktów normatywnych, ich formalnej (procesualnej i kompetencyjnej) zgodności z prawem ustawodawczym i konstytucyjnym.

Rezultaty osiągnięte w tej dziedzinie są zapewne w dostatecznym stopniu interesujące również dla komparatystyki prawnokonstytucyjnej, chociaż oczywiste jest, że trzeba posługiwać się nimi ostrożnie, ponieważ każda komparatystyka prawnicza będzie zawsze w pewnym zakresie operowaniem „modelami”. Nigdy też nie uwzględnia ona jednocześnie wszystkich społecznych i politycznych różnic między danymi systemami i pozostaje dlatego ze swoimi w danej chwili pożądanymi hipotetycznymi *ceteris paribus* do pewnego stopnia obcą rzeczywistości.

Thum. Zygmunt Soluch

Helmut Ridder

VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND DEMOKRATIE

Die in der Bundesrepublik Deutschland vom Bundesverfassungsgericht ausgeübte Verfassungsgerichtsbarkeit ist mit einzigartigen und präzedenzlosen opulenten Kompetenzen ausgestattet. Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts, über die Vereinbarkeit parlamentarischer Gesetzgebungsakte zu entscheiden, ist vielleicht am bedeutsamsten. Sie läuft praktisch darauf hinaus, daß die diesbezüglichen Entscheidungen die Wirkung von „Super-Gesetzen“, ja von „Super-Verfassungsgesetzen“ haben. Denn sie können nach herrschender Meinung der Staatsrechtslehre niemals wieder durch einen Akt der Staatsgewalt beseitigt werden. Die Folge davon ist, daß das

Bundesverfassungsgericht durch seine Entscheidungstätigkeit das Verfassungsrecht flexibilisiert und unanfechtbar entsprechend den jeweils aktuellen Bedürfnissen der herrschenden politischen Kräfte interpretieren kann; das ist dann für alle anderen Staatsorgane verbindlich: *Roma locuta!* Auf diese Weise atrophiert der demokratische politische Meinungs- und Willensbildungsprozeß in der staatsfreien Gesellschaft und in den Institutionen des parlamentarischen Regierungssystems: Denn alle gesetzgeberischen Entscheidungen der parlamentarischen Staatsorgane stehen unter dem Vorbehalt ihrer Approbation durch das Bundesverfassungsgericht, das den Sanktionen nicht ausgesetzt ist, denen das in der parlamentarischen Demokratie „souveräne“ Volk vor allem durch Wahlen die parlamentarische Volksvertretung und die parlamentarisch eingesetzt oder gebildete Regierung unterwerfen kann.

Dieser Befund ist wichtig für die verfassungsrechtliche Komparatistik, die zur Kenntnis nehmen muß, daß unter dem unverkennbaren Einfluß des „Modells“ der westdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit in sehr vielen europäischen Ländern mit übrigens sehr unterschiedlichen politischen und ökonomischen Systemen entweder Verfassungsgerichte mit mehr oder minder weitreichenden Kompetenzen neu eingerichtet oder verfassungsgerichtliche Funktionen von schon vorhandenen anderen Gerichten zusätzlich übernommen werden.