
● MATERIAŁY

SEWERYN ROSMARIN*

Uwagi o sądownictwie konstytucyjnym¹

I. Racjonalizacja siły.

W rozprawie o racjonalizacji siły w powojennym prawie konstytucyjnym² wskazuje B. Mirkin-Gecewicz na wielki wpływ, jaki nauka prawa konstytucyjnego wywarła na ukształtowanie pewnych instytucyj ustrojowych w pisanem prawie państwowym szeregu państw kontynentu europejskiego. Nauka prawa konstytucyjnego jest, wedle powołanego autora, czynnikiem racjonalizacji życia publicznego, wprowadza doń – drogą postanowień prawa pisanego – „element rozumowy, racjonalny, który opiera się na danych intelektu ludzkiego i wyklucza wszelką teologję, wszelki czynnik irracjonalny i nieświadomy”. To wdarcie się nauki w zakamarki intryg osobistych i targów partyjnych, o charakterze wysokiego napięcia momentów irracjonalnych, ma być – i jest niewątpliwie – pierwszym asumptem, który wywołał proces przenikania prawa w niektóre zamknięte mu dotychczas dziedziny życia publicznego. Realizacja pewnych postulatów w prawie pisanem nie jest jednak sama przez się racjonalizacją tego prawa. Gdybyśmy przypuścili, że jest inaczej, musielibyśmy dojść do wniosku, który wysnuł Jerzy Jellinek, musielibyśmy doktryny autorów z zakresu prawa konstytucyjnego traktować jako coś w rodzaju nowoczesnego prawa natury, jako „racjonalny, ewolucyjny, popychający naprzód element kształtowania prawa, wytwarzający przedstawienie prawa stojącego ponad prawem pozytywnym”³. In-

* Artykuł stanowi przedruk tekstu, który ukazał się na łamach „Przeglądu Prawa i Administracji” w 1932 r. Zachowano pisownię i interpunkcję oryginalną. Opracowanie tekstu: Anna Sarnecka, Halina Wiącek. Konsultacja: prof. dr hab. Adam Redzik (UW).

¹ Uwagi te pomyślane są jako wstęp do rozprawy o sądownictwie konstytucyjnym w Republice austriackiej.

² Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht, Zeitschrift für Öffentliches Recht, VIII. 1929. 16 i nast. Por. tegoż autora, Les bases historico-empiriques de l'unité du droit public, Revue internationale de la théorie du droit, 1928/29, w szczeg. 256. Recenzja A. Millera książki Mirkin-Gecewicza: Les constitutions modernes. R. Pr. i E. i S. 1930. I. Dział II. str. 3. Z powołaniem się na Mirkin-Gecewicza: Dendias, Le problème de la chambre haute, 1929, 193.

³ Doktryna racjonalizacji siły nosi na sobie wyraźne cechy myśli Jerzego Jellinka. Por. Allgemeine Staatslehre, III wyd., 1922, 354. „Całemu biegowi historii towarzyszy nieprzerwany proces racjonalizacji istniejących instytucyj”. Por. też A. Menzel,

nemi słowy, stanęlibyśmy w obliczu prawa natury, tembardziej pedantycznego i z biegiem lat na niezawodną skazanego antykwizację, że byłoby to prawo oparte na doktrynie podwójnej, „objawionej” w książce uczonego i pisanej, w konstytucji.

Racjonalizacja siły oznacza w drugim sensie, który da się wyłuskać z niezbyt precyzyjnych wywodów Gecewicza, przekształcenie pewnych tworów działalności społecznej, jak partie polityczne, pewnych norm o charakterze konwenansu – na instytucje prawa, na normy prawa państwowego pisane. Taka racjonalizacja istnieje w konstytucjach powojennych państw kontynentu europejskiego niewątpliwie, i rozwijać się będzie zapewne i nadal. Jest to mutatis mutandis drugi czynnik racjonalizacji siły „odkryty” przez Jerzego Jellinka, owa dzisiaj tak często zwalczana „normatywna siła faktu”. Nie w tem znaczeniu oczywiście, by coś, co należy do płaszczyzny „bytu”, mogło stać się „powinnością”. Obojętnem będzie dla nas również, prawdopodobna zresztą, okoliczność, motywującej siły faktu, która tworzy przekonanie zgodności faktu z normą. Znaczy to – znacznie prościej – iż kodyfikator i polityk woli spotkać się na terenie życia konstytucyjnego z instytucją prawem przewidzianą i, jeśli tak rzecz można, przez prawo opanowaną, niżli z potęgą realną, a nieujarzmioną. Amerykańskie prawo państwowe zna pojęcie partii politycznej, która jest „publici iuris”⁴. Państwo krępuje pierwotną autonomję partyj politycznych, poddaje aparat partyjny swej kontroli⁵. Prawo państwowe zwalcza, jak w Ameryce, „amorfię”⁶ partyj, prawo ustroju partyj staje się częścią prawa administracyjnego, nieokreślone bliżej normy statutów partyjnych doznają zmiany przez przepisy prawa publicznego. To kształtowanie prawno-publiczne partii politycznej nie przesądza życzliwego lub mniej życzliwego stosunku ustawodawcy wobec partii. Są ustawodawstwa, które okazują tendencję do nadawania znaczenia publiczno-prawnego pewnym decyzjom zapadłym w łonie partyj; sankcjonują one postanowienia władz partyjnych, nadając im znaczenie na zewnątrz partii, w ramach „powszechnych” norm⁷ ustrojowych. Czechosłowacki trybunał wyborczy rozstrzyga na żądanie władz partyjnych o utracie mandatu przez członka Zgromadzenia narodowego lub przedstawicielstwa krajowego, który z przyczyn „niskich lub niehonorowych” przestał być członkiem

Zum Problem Recht und Macht, Zeitschrift für öffent. Recht, Tom. V. 1925/1926, 1 n. (o Jellinku, str. 14); „normatywna siła faktu”, Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 wyd., 1922, 338 nast.

⁴ Hatschek: Allgemeines Staatsrecht, tom II, 1909, Das Recht der modernen Demokratie, 68 i 69.

⁵ Hatschek, 1. c., Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 2 wyd., 1930, 21 i nast.

⁶ Termin Kelsena, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2 wyd. 1929, 19.

⁷ Te rozważania „ustrojowe” na temat partyj mało występują w nauce francuskiej. Brak ich prawie w wielkim „Traktacie o prawie konstytucyjnym” Duguíta, którego poglądy wyrosły coprawda z środowiska syndykalizmu, wrogiego partjom. Napróżno szuka się też nauki o partjach w „Traité élémentaire de droit constitutionnel” Hauriou (por. jednak krótką wzmiankę w drugim wydaniu, 1929, 505).

tej partji, z której listy został wybrany^{8,9}. Są i inne wypadki, kiedy konstytucja ustosunkowuje się do partji nieprzychylnie, piętnuje u „człowieka partji” brak obiektywności (czyni to konstytucja wejmarska, zastrzegając, że urzędnicy mają być w służbie nie partji, lecz całego narodu), zaczem odmawia członkowi partji zdolności sprawowania funkcji sędziowskich (jak w znowelizowanej w r. 1929 konstytucji republiki austriackiej). Rzeczą polityka jest dążyć do takiego czy innego ukształtowania roli partji w ustawodawstwie konstytucyjnym, rzeczą nauki polityki lub socjologii wskazywać, o ile „cele państwa” ziszczają się łatwiej i pewniej, gdy ustawodawstwo konstytucyjne obejmie swą obrotową partję polityczną. Prawnik musi stwierdzić, iż zaistniała w prawie konstytucyjnym na wielką skalę recepcja norm pozaprawnych, obyczajowych, przyjęcie w obręb porządku prawnego pewnych tworów życia politycznego. Wszystko problemy, które mogą nastroić sędziemu (w obrębie prawa publicznego) znaczne trudności. Sędzia będzie miał orzekać, czy ktoś wykluczony z partji spotkał się z tym werdyktem z przyczyn niskich lub niehonorowych i natrafi tu na podniesione do kwadratu trudności, jakie znajduje niekiedy sędzia cywilny, stosując pewne normy prawa cywilnego, które n.p. dobre obyczaje przejęły, jako część porządku prawnego¹⁰.

Racjonalizacja może znaczyć, że prawo pozytywne konstytucyjne pisane wchłania w siebie doktryny nauki prawa, może też znaczyć, że prawo to ogarnia coraz szersze kręgi życia państwowego, dotychczas z pod prawa wyjęte¹¹.

⁸ Por. Adamovich, Grundriss des tschechoslovakischen Staatsrechtes, 1929, 223 i 224. – Niedokładnie Mirkin-Gecewicz, 1. c. 176; por. dalej Starzewski: Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw, 1928, 259.

⁹ Zdarza się, że trybunał prawa publicznego bada szczegółowo statut partyjny, który staje się, sensu largo, źródłem prawa publicznego. Austriacki trybunał konstytucyjny rozstrzygał n.p. skargę pewnej rady miejskiej w prowincji Burgenland przeciw członkowi tej rady, opartą na tej zasadzie, iż lokalna sekcja wykluczyła go z partji, zaś opuszczenie partji pociąga za sobą wedle regulaminu wyborczego, utratę mandatu. Trybunał nie zakwestjonował konstytucyjności odnośnego postanowienia, oddalił natomiast skargę, motywując to w ten sposób, że wykluczyć mogła radnego tylko partja jako całość, nie zaś sekcja lokalna. Por. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche, 1928, 285; Triepel 1. c. 33 i 34. Kwestję zgodności z konstytucją podobnego postanowienia art. 7 ust. 6 ordynacji wyborczej wirttemberskiej z 4. IV. 1924, wedle którego poseł traci mandat przez wystąpienie z związku politycznego lub innego, z którego polecenia zgromadzenie wyborców umieściło go na liście kandydatów, rozpatruje i wyraża w tym względzie wątpliwości: Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, 1929, 94 (uw. 4 oraz tam podana literatura); por. też Radbruch, w Handbuch des deutschen Staatsrechtes, I. 1930, 285 n. (Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts); Pistorius: Ueber den Einfluss des Fraktionswechsels auf das Abgeordnetenmandat, Arch. d. öff. Rechtes, N. F. 11, (50), 50, 1926, s. 418 n. Oresco: Le contrôle de la Constitutionnalité des Lois Roumanie, 1929, 144 i 145, przytacza przepis rumuńskiej ordynacji wyborczej z 27. V. 1927, wedle którego poseł opuszczający partję, z której listy został wybrany i przystępujący do innej partji – traci mandat. Oresco uważa to postanowienie za niezgodne z konstytucją ze względu na przepis art. 62 konstytucji rumuńskiej, wedle którego członków ciała ustawodawczych wybiera się na cztery lata.

¹⁰ Wittmayer, 1. c., 29, 30.

¹¹ O „anonimowej” roli partji w współczesnym prawie konstytucyjnym dobitnie: Wittmayer: Die Weimarer Reichsverfassung, 1922, 64; por. też: Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, 351 i f.; o niemieckich stosunkach powojennych: Redslob: Le régime par-

Problem partyj nie jest oczywiście jedynym problemem racjonalizacji siły, pochodzącej z prawa konstytucyjnego. Poświęciliśmy mu nieco uwagi z tego względu, że w konstytucji austriackiej, w brzmieniu noweli z r. 1929, znajdziemy m.in., o ile chodzi o postanowienia dotyczące trybunału konstytucyjnego, ciekawy przykład zjawiska polegającego na tym, że prawo konstytucyjne zajmuje stosunek niezyczliwy wobec życia partyjnego. Zachodzi racjonalizacja, ale niejako racjonalizacja negatywna. Miast „pieczy” nad partią, wprowadza prawo konstytucyjne „policję partyjną”. Uwydatni się to szczególnie w części niniejszych uwag, poświęconych składowi osobowemu trybunału konstytucyjnego^{12, 13}.

Rozważania o „racjonalizacji siły” w prawie konstytucyjnym zakończyć wypadnie jedną jeszcze uwagą. Dotyczy ona znaczenia wychowawczego niejako nowych co do treści norm konstytucyjnych. Normy prawne wprowadzające n.p. instytucję trybunału konstytucyjnego, szczególnie jeśli ją stawiają na stanowisku tak wysokim i czołowym, jak to czyni konstytucja austriacka, są poważnym czynnikiem profilaktycznym, zapobiegają walkom politycznym, a temsamem spełniają funkcję racjonalizacji życia publicznego, poddają je „zasadom rozumowym”, usuwają zeń siłę i chęć reakcji gwałtem na gwałt. Dla ilustracji powołamy się na słowa Leona Duguit, którymi znakomity autor zamyka rozdział traktatu o prawie konstytucyjnym, poświęcony oporowi przeciw przemocy, prawu insurrekcji. „Prawo konstytucyjne nie może uznać prawa insurrekcji bez zaszczerpienia fermentu anarchji”. Boissy d’Anglas powiedział, że konstytucja z r. 1793 „zorganizowała anarchję”. – Stąd powstaje dla państwa ścisły obowiązek, obowiązek zorganizowania władz publicznych w ten sposób, by zmniejszyć do minimum niebezpieczeństwo, iż rządzący wy-

lamentaire, 1924, 320; tekst przedłożenia rządowego do I. noweli do konstytucji austriackiej u Adamovicha-Fröhlicha: Die Novellen zur Bundesverfassung, 1926, 74 (do art. 141).

¹² Triepel w cyt. swej książce (12) rozróżnia cztery następujące po sobie stadja w stosunku państwa do partyj politycznych. Pierwsze to stadjum zwalczania partyj politycznych, potem następuje okres ignorowania partyj, trzecią z kolei jest era uznania i legalizacji, ostatniem zaś stadjum jest okres „inkorporacji” partyj do konstytucji. Chronologia podana przez Triepela nie pokrywa się z rzeczywistym stosunkiem państwa do partyj. Ustawodawstwo austriackie n. p. zajmuje obecnie, w fazie pewnej legalizacji partyj w konstytucji austriackiej, stanowisko partyjom na ogół wrogie (przynajmniej w teorii). Por. Leibholz, o. c., 100 n. „Inkwadracja partyj” w obręb państwa, stworzenie państwa-partyj (stato partito), nieidentycznego z niemieckim Parteienstaat, która ma cechować współczesne ustawodawstwo i życie konstytucyjne Italji, musi tu pozostać bez bliższego rozważenia. Por. Chimienti, L’organizzazione nazionale fascista nel diritto pubblico italiano, 1928; Leibholz, o. c., 102 (i uw. 2); Leibholz: Zu den Problemen des fascistischen Verfassungsrecht, 1925, 37, 79

¹³ Racjonalizacja siły uwydatni się szczególnie, jeśli przypomnimy, że Max Weber głosił, iż partyje są to „stowarzyszenia (Vergesellschaftungen) polegające na formalnie swobodnym werbunku, w celu pozyskania dla ich kierowników władzy w obrębie związku”. Koellreuter, w książce „Die politischen Parteien im modernen Staate”, 1926, cytując te słowa (34) konkluduje: Partyje obracają się więc przede wszystkim w sferze siły. Por. słuszną uwagę Panunzio: Lo sentimento dello stato (s. a. 1929), wedle którego centralnym problemem dzisiejszego prawa publicznego jest stosunek państwa do partyj.

dawać będą decyzje arbitralne, lub dozwolą aktów indywidualnych sprzecznych z ustawami¹⁴.

Realizacja tego obowiązku państwa drogą utworzenia instytucji poświęconej orzekaniu o zgodności prawa pisanego z normą naczelną „organizuje anarchję”, spycha na drugi plan chęć oporu zbrojnego przeciw „tyranowi”, naruszającemu normy konstytucji¹⁵.

II. Wpływ teorii prawa konstytucyjnego na instytucje sądownictwa konstytucyjnego.

Organizacja prawna sądownictwa konstytucyjnego idzie w parze z prądem obiektywistycznym, który nurtuje współczesną naukę o państwie. Określenie kierunku obiektywistyczny jest trafne, jako że teoretycy prawa konstytucyjnego, o których niżej będzie mowa, rozpoczęli i kontynuują walkę z tradycyjną koncepcją prawa podmiotowego. Nauka prawa państwowego, to nauka o supremacji porządku prawnego, władztwie prawa („rule of law”), ale prawa przedmiotowego¹⁶. Leon Duguit odrzucił „metafizyczną”, jak ją ten autor nazywa, koncepcję prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe oznacza, zdaniem niedawno zmarłego dziekana wydziału prawa w Bordeaux, zróżnicowanie w kwalifikacji woli ludzkiej, oznacza, że „wola jednego człowieka ma przewagę nad wolą innego”. Nie interesuje nas tutaj, czy teoria Duguity jest w tej mierze trafna, czy też raczej nie mają słuszności liczni przeciwnicy Duguity, którzy zarzucali mu, że zamykanie oczu co najmniej na potęgę mitu o prawie podmiotowym (w tym znaczeniu, jak tego słowa używał Jerzy Sorel)¹⁷ nie prowadzi autora naszego bardzo daleko od „prawdziwego realizmu”¹⁸. Chodzi jedynie o zarejestrowanie tendencji rozwojowej nauki prawa konstytucyjnego, którą możnaby ująć

¹⁴ Duguit, *Traité*, 2 wyd., tom III, 1924, 750; O „résistance à l'oppression”, Duguit, 1. c., 735 n. (0 tych poglądach Duguity pisze niecałkiem ściśle: Heller: *Die Souveränität*, 1927, 26); Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, 1920, 201 n.; Pareto: *Les systèmes socialistes*, 2 wyd., t. II, 1926, 39 i 40; Morstein-Marx: *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtsmässigkeit des Gesetzes*, 1926, 149; Hippel: *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes*, 1924, 80 (i uw. 314).

¹⁵ Podobnie Hippel: *Ueber die Verbindlichkeit der Gesetze*, *Archiv d. öff. Rechtes*, N. F., tom 18, 1930. 115, wedle którego minimalnym postulatem w stosunku do porządku prawnego (w znaczeniu materialnym) jest prawo oporu, które w współczesnym państwie znajduje wyraz „w wysoce rozgałęzionym systemie nieuregulowanych tendencji, objawiających się w stosunku do administracji w systemie środków prawnych i t.d.” – Tamże, 115, uw. 1 cytowana książka Strombecka: *Was ist Rechtens, wenn die oberste Staatsgewalt dem Zwecke des Staatsverbandes entgegenhandelt*, 1831. Autor ten nie dopuszcza obrony zbrojnej przed uciskiem, o ile można zwrócić się do instancji sądowej. Por. O. Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3 wyd., 1924, t. I. 299 i 300, Gierke: *Althusius*, 4 wyd., 1929, 316.

¹⁶ Por. Hauriou w *Revue générale du droit*, czerwiec-sierpień 1914, 386. (cyt. u Duguity, *Traité*, 2 wyd., t. I, 1921, 407), „P. Duguit odpowiedział na gwałtowne zapewnienie doktryny niemieckiej: Całe prawo publiczne jest subiektywne, drugiem gwałtownem zapewnieniem: Całe prawo publiczne jest obiektywne!”.

¹⁷ Także „mitu o suwerenności”. Por. n. p. uwagi Redsłoba, o. c., 172.

¹⁸ Por. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2 wyd., 1929, 12 n.

w hasło „od prawa podmiotowego do władztwa normy prawnej”. Norma prawna to u Duguity pewna odmiana normy społecznej, polegająca na tym, że większość grupy społecznej („masse d’esprits”) ma przekonanie, że norma ta winna być zabezpieczona siłą, którą rozporządzają rządzący. Zostawiamy tu na ubo-
czu uwytłumione przez Duguity czynniki twórcze składające się na powstanie świadomości prawnej i w ślad za tem, normy prawnej. Mają niemi być poczucie więzi społecznej („sentiment de la socialité”) i poczucie sprawiedliwości. Owe dwa bodźce ku wytworzeniu normy prawnej nie wymagają bliższego omówienia, ileż sam autor „Traktatu o prawie konstytucyjnym” w ciągu dalszych swych rozważań poważnie zmienił metodę. Stało mu się mniej lub więcej rzeczą obojętną, czy istnienie normy prawnej (realizującej solidarność społeczną) da się stwierdzić jedynie ścisłą metodą obserwacji. Istnienie normy prawnej stało się koniecznym postulatem, zwornikiem gmachu prawa konstytucyjnego. Geny zarzucał Duguitowi – jak się zdaje zupełnie słusznie – że nawet zaobserwowanie „faktu” istnienia solidarności nie może prowadzić do normy, któraby ucieleśniała postulaty solidaryzmu. Ab esse ad necesse, non valet conclusio¹⁹. Ta kwestja jednak przeszła na plan drugi. Już w przedmowie do książki Woodrowa Wilsona pt. „Państwo” pisał Duguit (w r. 1902) (p. XVIII-XIX) „Après un quart de siècle consacré à l’étude du droit et de la politique, je suis arrivé à oette conviction profonde... le défaut commun à toutes les doctrines de sociologie (est) l’impuissane à fonder une morale politique ou sociale aussi bien qu’une morale individuelle qui s’impose au respect des gouvernants”. „Le problème ne sera résolu que lorsqu’on aura déterminé les conditions, sous lesquelles la décision des gouvernants, même approuvé par la quasiunanimité des gouvernés est légitime en soi; ces conditions ne peuvent se trouver, que dans la réconnaissance d’une regle de conduite supérieure aux gouvernants, et qui commande, dirige et limite leur action”. W „Traité” kilkakrotnie mowa jest o postulacie istnienia normy prawnej. Czasem w ten sposób, jakby nasuwała się potrzeba wynalezienia tej normy, gdyby jej nie było. Dlatego też w ostatecznej ocenie doktryny Duguity uważać wypadnie za mylne zdaniem Rogera Bonnarda, że Duguit usuwa zupełnie fikcję, a nawet abstrakcję i bardzo daleki jest od dogmatycznej (normatywnej) teorii prawa²⁰. Kelsen, podobnie jak Duguit, przyjmuje istnienie normy zasadniczej (Ursprungsnorm), którą wprowadza nauka prawa, by materiał, który ma być pojmowany jak prawo, ująć w jedność systemu. Jest to stosunek korelacji, tak, jak między faktem i hipotezą w świecie poznania przyrodniczego. Materiał, który ma być ogarnięty zapomocą hipotezy, wpływa na ustalenie hipotezy i odwrotnie. Na pytanie, dlaczego jakiś akt prawny ma być poczytany za działający w ramach określonego systemu prawnego, można tylko w ten sposób odpowiedzieć, że sprowadzi się go do pewnej normy ogólnej, zawartej w tem systemie. Przesłanką tej całej argumentacji jest norma zasadnicza, która kwalifikuje pewien stan faktyczny jako zasadniczy:

¹⁹ Por. Kunz: Die Rechts- und Staatslehre L. Duguity’s w „Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts”. Rok I. Nr. 3, 207.

²⁰ Artykuł „La doctrine de Duguit sur le droit et l’Etat” w Revue internationale de la théorie du droit, I., 18 n. Bliższy prawdy Heller: Die Souveränität, 1927, 25, który pisze: „Kto nie przecenia różnic metody, nie będzie się dziwił, że naturalistyczny socjologizm Duguity zgadza się w wielkiej mierze w wynikach z czystą nauką prawną Kelsena”.

n.p. ustanawia pewnego monarchę lub pewien parlament jako ostatni autorytet tworzący prawo. Na dalsze pytania nie można już otrzymać odpowiedzi. Norma zasadnicza jest postulatem, konstytucją państwa w znaczeniu logiczno-prawnym. Norma zasadnicza jest podstawą i fundamentem jedności systemu norm (identycznego dla prawnika – z państwem lub prawem). Wyrazem tej jedności jest suwerenność! Państwowy porządek prawny jest suwerenny, to znaczy, że przyjmuje się, iż jest to porządek prawny zupełnie samodzielny, jedyny, wykluczający każdy inny system norm.

Duguit, negując władztwo woli jednego człowieka czy grupy ludzi nad innymi, wprowadza postulat normy prawnej, którą winni kierować się w swych postępkach ludzie rządzący państwem; Kelsen przeprowadza jeszcze radykalniej zupełne usunięcie jednostki z zakresu prawa. Człowiek (w znaczeniu podmiotu prawa) jest dlań wyłącznie personifikacją normy. Koncepcja suwerenności norm nie ma nic wspólnego z dawną suwerennością króla czy ludu. Suwerenność jest, wedle Duguita, niczem innym, jak przeniesioną na teren nauki o państwie, koncepcją prawa podmiotowego i upada wraz z nią. Istnieje niewątpliwie władza dysponująca przymusem, mylnie jednak przyjmowano, że poza tą władzą istnieje prawo, „wola determinująca sama siebie”. Wola zbiorowa²¹ (gdyby przyjąć, że istnieje) nie jest w niczym wyższa od woli jednostki. – Doktryna francuska uważa suwerenność za identyczną z wolą narodu – wola narodu ma „z natury” władzę wydawania rozkazów, nie natrafiając na wolę konkurującą. Naród nie wykonuje suwerenności sam, lecz przekazuje jej wykonywanie ciału, które wykonuje ją w jego imieniu i z tym skutkiem, jakby sam naród działał. Ten pogląd o przelewie wykonywania suwerenności należy podkreślić z naciskiem, gdyż podminowanie tradycyjnego pojęcia suwerenności ludu jest w znacznej mierze hasłem do ograniczenia preponderancji ciał ustawodawczych w współczesnych konstytucjach²².

Poglądy Duguita i Kelsena – oraz stosunkowo mniejszą siłą przekonywania wyposażone wywody uczonego holenderskiego Krabbego – są symptomem walki z polityką w dziedzinie prawa konstytucyjnego, mają one jednak niewątpliwie, acz nieświadomie dla autorów, swe znaczenie polityczne. Obiektywizacja prawa konstytucyjnego akcentuje w wielkiej mierze właśnie niezmiennosc każdego istniejącego porządku prawnego. Państwo jest systemem norm; w ramach tych norm zapewniających podmiotowi prawnemu, wyposażonemu określoną cechą (n.p. obywatelstwa) równą szansę, ale też nie więcej, rozwija się dopiero życie społeczeństwa, od państwa zupełnie różnego. Państwo jest w tym systemie rzeczywiście nietzscheańskim „najzimniejszym potworem”, jest i ma być „działającym automatycznie systemem norm” wykonywanych tylko przez „urzędników”, którzy są niezainteresowani w ich działaniu i sami im podlegają²³.

²¹ Tr. I 452.

²² Ten pogląd i argument wywodzący się zresztą, jak wiele innych w współczesnej nauce o państwie od Augusta Comte’a, występuje jasno w książce Gaetano Mosca: *Il Governo parlamentare e la teoria dei governi*, 2 Wyd., 1925, n. p. 39. – Por. też Guido de Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, 1925, 275: „Idea suwerenności ludu (...) obaliła podstawy prawne konstytucji, oddała władzę wykonawczą w niewolę ciał ustawodawczych”.

²³ Landshut: *Kritik der Soziologie, Freiheit und Gleichheit als Ursprungsproblem der Soziologie*, 1929. 114 i 115, uw. 23. O teorii Kelsena „Państwo staje się orjentacją

„Jakobińska”²⁴ wiara w suwerenność ludu (i jego reprezentantów) należy do dalekiej przeszłości. „Nowa” szkoła prawa konstytucyjnego przypominała dawne myśli o suwerenności konstytucji. Wskazano na pokrewieństwo poglądów Duguity i Kelsena z poglądami liberalizmu francuskiego z epoki monarchii lipcowej, „doktrynerów”, którzy kartę konstytucyjną określali jako „suwerenną”. Kwestia polityczna suwerenności króla czy też suwerenności ludu znajdowała rozwiązanie w ten sposób, że suwerennym nie jest ani król ani lud, lecz konstytucja²⁵. Coprawda różnica zasadnicza między dawnymi liberałami a normatywistami współczesnymi polega na zupełnym wyparciu elementów dawnego prawa natury z nowej nauki. Dla liberalizmu karta konstytucyjna była suwerenną, bo w niej stawały się ciałem postulaty takie, jak wolność osobista lub własność prywatna, normatywiści opowiadają się za suwerennością każdej normy konstytucyjnej, bez względu na jej treść. Przypominają się słowa Leslie Stephena, że wydana przez parlament ustawa, któraby nakazywała mordować wszystkie niemowlęta o niebieskich oczach, byłaby niewątpliwie ważną ustawą, chociaż idjącą byłby ten, ktoby się do niej zastosował^{26, 27}.

To też normatywizm szkoły wiedeńskiej jest – politycznie – sceptycyzmem. Wiara w absolutną prawdę i w absolutne wartości – powiada Kelsen – jest przesłanką metafizycznego, a w szczególności religijno-mistycznego poglądu na świat. Negacja tej przesłanki, mniemanie, że tylko względne prawdy, tylko względne wartości dostępne są ludzkiemu poznaniu, a każda wartość, tak jak i człowiek, który ją znajduje, musi być zawsze gotów ustąpić i zrobić miejsce innemu, prowadzi do poglądu na świat krytycyzmu i pozytywizmu, o ile rozumie się przez to ten kierunek w filozofii i w nauce, który wychodzi z tego co pozytywne, co jest dane w doświadczeniu, uchwytne, a temsamem odmawia przyjęcia istnienia absolutu. Tym przeciwstawnym poglądom na świat odpowiada przeciwieństwo poglądów na wartości, przedewszystkiem przeciwieństwo zasadniczej postawy politycznej. Do metafizyczno-absolutystycznego poglądu na świat przynależy postawa autokratyczna, do krytyczno-relacjonistycznego – demokratyczna²⁸. Demokracja to wedle Kelsena władztwo większości, bez względu na to, czy większość ta jest lepszą częścią grupy społecznej. Demokracja ceni wolę polityczną każdego na równi, oddaje szacunek każdej politycznej wierze, każdemu pogładowi – byle był poglądem większości. Ten, kto opiera się na prawdzie ziemskiej, nie potrafi usprawiedliwić przymusu, koniecznego do jej realizacji, inaczej niż przez zgodę przynajmniej większości tych, dla których porządek przymusowy ma być

wszystkich elementów konserwatywnych, społeczeństwo hasłem wszystkich zainteresowanych w zmianie istniejącego porządku”. Podobnie Hippel: Ueber die Verbindlichkeit der Gesetze, Arch. d. öff. Rechtes, 1930, N. F. T. 18, 92.

²⁴ Carre de Malberg, o. c. II. 1922, 81.

²⁵ Por. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 8. – Konstrukcja suwerenności prawa (Traktatu wersalskiego) na terytorjum w. m. Gdańska: Ehrlich, Gdańsk, 1926, 88.

²⁶ Por. Barthélemy et Duez: Traité élémentaire de droit constitutionnel, 1926, 88.

²⁷ Siłę liberalizmu w prawie konstytucyjnym reprezentuje Maurice Hauriou. Dla tego pisarza konstytucją społeczną Francji jest do dziś deklaracja praw człowieka i obywatela z r. 1789. O Hauriou por. moje uwagi w Przeglądzie prawa i adm., 1929, 480 n. O liberalizmie: Guido de Ruggiero, o. c., w tym związku, 191 n.

²⁸ Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2 wyd., 1929, 100 nast.

zbawienny. Demokracja jest, w systemie Kelsena, jak widzimy, niezwiązana żadną określoną formą rządu; nie waży głosów, lecz liczy je. Norma prawna – system norm prawnych powołanych do życia w współczesnej demokracji wolą większości, nie mają żadnej określonej treści. Rządzi prawo, ale prawem jest wszystko to, co niem uczyni większość.

W systemie norm prawnych przeprowadza szkoła wiedeńska pewną hierarchję. Adolf Merkl, uczeń Kelsena, wystąpił, idąc śladami Duguity, Bülowa, Haenella i szkoły wolnego prawa, przeciw zapoznaniu w panującej nauce form prawa poza ustawą. „Prawo wykazuje wielość form, z których każda pojedyncza zawiera znów najróżnorodniejszą treść”²⁹. Każdy system prawny jest conajmniej dwudzielny: składa się z normy zasadniczej i z szeregu norm od niej się wywodzących. Norma zasadnicza to „konstytucja państwa w znaczeniu prawno-logicznym”, n.p. zasada: prawem jest wszystko, co ma obowiązywać wedle uchwał większości ludu. Wszystkie inne normy systemu prawnego są tylko normami, wtórnymi, podporządkowanymi normie zasadniczej. Konstytucja pisana nie stanowi w tej mierze wyjątku. Idealny schemat mógłby być dwudzielny; norma zasadnicza, warunkująca i norma wtórna, uwarunkowana. W rzeczywistym świecie zjawisk prawnych – normy uwarunkowane, wtórne, różnicują się znakomicie. Zasadnicza norma warunkująca nie ulega zróżnicowaniu – jest ona jedna. System norm prawnych w współczesnym państwie składa się z szeregu wieloczłonowych i kilkustopniowych zjawisk prawnych, czyli aktów państwowych. Człony pośrednie między normą zasadniczą a ostatnim aktem wykonawczym (egzekucyjnym, Vollzugsakt) – to konstytucja, ustawa, rozporządzenie, t.zw. czynność prawna prywatna i t.zw. czynność prawna publiczna. W obrębie tych najpospolitszych typów zjawisk prawnych rozróżnić jeszcze wypadnie stosunki koordynacji od stosunków subordynacji. Stosunek koordynacji między dwiema formami prawnymi zachodzi wtedy, kiedy są one obie uwarunkowane przez jedno zjawisko prawne innego typu: n.p. ustawa związkowa i ustawa krajowa przez konstytucję, albo też zarządzenie lub orzeczenie administracyjne, przez ustawę lub rozporządzenie. Stosunek subordynacji przejawia się w ten sposób, że powstanie zjawiska prawnego unormowane jest już istniejącym zjawiskiem prawnym, które nabiera przez to charakteru prawnego zjawiska hierarchicznie wyższego. Oczywiście w ramach tej hierarchji jedna norma warunkuje drugą: konstytucja jest warunkiem ważnego istnienia ustawy, upoważnienie ustawowe warunkuje ważność rozporządzenia i.t.d. Każda norma wtórna jest równocześnie aktem wykonywania, ale i aktem

²⁹ Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriffe, 1923, 208. – O hierarchji norm por. n. p. recenzja cyt. książki Merkla, pióra Bigi, P. P. A. 1924, 292; Bonnard: La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl, 1928 (Extrait de la Revue du Droit public); W. Henrich: Zur Theorie der Rechtskraft, Archiv des öff. Rechtes, N. F. VII. 1924, 329; Bonnard: L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, 1929. – Weyr: La doctrine de M. Adolf Merkl, Revue intern. de la théorie du droit, 1927/28, 215; Welter: Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, 1929, 474 i 475; Darmstaedter: Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, 1930, 69; Verdross: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, 43. Por. też Hippel, Ueber Objectivität im öffentlichen Recht, A. d. öff. Rechtes, N. F. XI., 1927 w szczeg. 396; Kelsen: Das Problem der Souveränität, 2 wyd. 1928, 92 n. Uczniowie Kelsena: Fr. Kaufmann: Die Kriterien des Rechts, 1924, 130–138; Schreier: Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. 1924, 181 n. Por. dalej: Marek: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925, 39 n.

tworzenia. Ze względu na swe hierarchiczne wyższe poprzedniczki jest norma niższa w systemie, aktem wykonywania prawa, ze względu na to, że „dodaje do systemu prawnego nowy element o charakterze normatywnym”³⁰ i że jest warunkiem powstania norm niższych, stanowi o normach wtórnych jako o aktach tworzenia prawa. Poza procesem tworzenia prawa jest, jak wspomniano, tylko norma zasadnicza, hipotetyczna oraz człon ostatni systemu: czysty akt wykonawczy, egzekucyjny, nie tworzący już prawa³¹.

Nauka o normie zasadniczej jako logiczno-prawnej konstytucji jest w ścisłym związku z hipotezą kontraktu społecznego (pierwotnego). Przyznaje to Kelsen, pisząc w *Allgemeine Staatslehre*, str. 250: „Es ist im Grunde genommen das gleiche theoretische Bedürfnis nach einer einheitlichen Voraussetzung, von der aus die Einheit der staatlichen Ordnung in der Vielheit der staatlichen Rechtsakte begründet wird, die rein faktischen Machtverhältnisse als Rechtsbeziehungen begriffen werden können, das hier notwendig zur Grundnorm, wie in der Naturrechtstheorie zum Grundvertrag führt”. Nauka o kontrakcie społecznym jest rzeczą w współczesnej literaturze prawa publicznego dosyć żywotną. Zwraca na to uwagę, o ile chodzi o stosunki amerykańskie, Ehrlich, Gdańsk 1926, str. 3. Relatywistyczna koncepcja demokracji w cyt. wyżej książce Kelsena nie jest zresztą niczem innym, niż odrodzeniem Rousseauowskiej doktryny o woli ogółu. Podobnie Krabbe: *Die moderne Staatsidee*, 1919, str. 87, także Krabbe: *Der innere Wert des Rechtes*, *Internationale Zeitschr. für Theorie des Rechts*. Nr. 3. 1926/1927.

Nauka o hierarchii norm w systemie logiczno-prawnym, głoszona przez uczonych szkoły wiedeńskiej, ma swój odpowiednik na terenie francuskim w doktrynie Leona Duguita. Wedle tego autora system prawa ma jako szczyt zasady wypowiedziane w deklaracji praw człowieka i obywatela z r. 1789. Duguit stara się, niepotrzebnie z punktu widzenia własnej doktryny, wykazać, że przepisy zawarte w deklaracji są obowiązującą częścią ustawodawstwa konstytucyjnego francuskiego, że obowiązują w braku norm korespondujących w współczesnej konstytucji Francji. Z punktu widzenia autora traktatu o prawie konstytucyjnym wykazałoby się udowadniając tę okoliczność – zbyt wiele. Wystarczyłoby przecież przyjąć, że deklaracja praw człowieka ma za sobą omal że jednogłośnie (quasi-unanimité) członków grupy społecznej, a obowiązki ich byłoby już wykazane. Normy z r. 1789, popierające solidarność społeczną, są, w systemie Duguita, pierwszym szczeblem w hierarchii norm, szczeblem tworzenia prawa, w przeciwieństwie do normy zasadniczej: postępuj tak, by postępowanie two było zgodne z solidarnością społeczną, która to zasadnicza norma „solidarności”, podobnie jak norma zasadnicza (konstytucja w znaczeniu logiczno-prawnym) w doktrynie Kelsena, jest poza sferą tworzenia prawa. Na niższym stopniu hierarchii prawnej są normy konstytucyjne, obowiązujące tylko, o ile zgodne są z deklaracją, a wyższe od uwarunkowanych przez konstytucję ustaw zwyczajnych³². Rozporządzenie, jak to stwierdza Duguit na innym miejscu, jest w isto-

³⁰ Bonnard, 1. c., 13.

³¹ Por. Merkl: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, 173.

³² Duguit, Tr. III. 641. „System sztywnych ustaw konstytucyjnych uzupełnia system deklaracji praw (...) W krajach, w których jest zaprowadzony, istnieje prawdziwa

cie swej identyczne z ustawą, tak ustawa jak i rozporządzenie stwarzają swem zaistnieniem zmianę w porządku, w systemie prawnym – tak ustawa jak i rozporządzenie są zatem aktem – normą. Ustawa i rozporządzenie, to akty obiektywne, albowiem wskutek ich wydania powstaje zmiana jedynie w prawie przedmiotowym, nie naruszają zaś one w niczem sytuacji jednostki czy jednostek. Skoro powiedziano wyżej o ustawie, że winna ona być zgodna z hierarchicznie wyższą normą konstytucyjną, dotyczy to oczywiście również rozporządzeń t.zw. prawotwórczych.

Niektóre normy prawa przedmiotowego nie są dyspozycjami o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym i odnoszą się nie do wszystkich, lecz tylko do niektórych członków grupy społecznej, mianowicie do tych, którzy znajdują się w pewnych warunkach. Są to akty warunki (*acte condition*). Tak nazywa Duguit³³ „każdy akt, który określa położenie jednostki w ten sposób, że norma prawna, której przedtem do tej jednostki nie można było stosować, znajduje do niej obecnie zastosowanie”. Akt ten jest obiektywny, albowiem warunkuje on jedynie zastosowanie pewnych przepisów prawa przedmiotowego do określonego podmiotu. – Norma prawa przedmiotowego jest również warunkiem ważnego zaistnienia t.zw. przez Duguíta „aktu subiektywnego”, t.j. objawu woli w tej intencji, iżby na skutek niego utworzyła się sytuacja prawna subiektywna, której rozciągłość i skutki określone są przez sam akt subiektywny. W przeciwieństwie do indywidualistycznej doktryny autonomii stron, wedle której wola jednostki tworzy skutki prawne, głosi Duguit, że nawet, jeśli chodzi o akty subiektywne, „prawo przedmiotowe, nie wola stron, jest czynnikiem tworzącym skutek prawny”³⁴.

Nie chodzi oczywiście o dyskusję nad trafnością ujęcia sytuacji prawnej (n.p. kontraktowej) przez Duguíta. Wystarczy stwierdzić, że podobnie jak Merkl, także i Duguit nie zacieśnia pojęcia normy do samego przepisu ustawowego. Dopatrzono się, nie bez słuszności, w nauce o hierarchii norm prawnych koncepcji „wielkiej i dobrej, która ruszyła prawo ze sztywności ustawy ku rozmachowi i ruchowi”³⁵. Przewyciężenie fetyszyzmu ustawy jest w znacznej mierze zasługą Duguíta, który obecne poglądy szkoły wiedeńskiej antycypował jeszcze w pocho-dzącym z r. 1903 dziele: *L'État, le droit objectif et la loi positive*.

Zasadnicze ustalenie hierarchicznego porządku norm w teorii prawa ma poważne znaczenie, jeśli chodzi o sądownictwo konstytucyjne i jego formy w ustawodawstwie pozytywnym. Przejście od teorii do postulatów praktycznych jest bardzo wyraźne u Duguíta. Układ hierarchiczny norm jest wedle tego autora „potężną bronią jednostki przeciw dowolności legislatury”. Broń ta będzie jednak działała skutecznie tylko wtedy, jeśli w kraju istnieją trybunały moc-

hierarchia norm. U szczytu ustawa wyższa od wszystkich innych, deklaracja praw. pod nią, podporządkowane jej sztywne ustawy konstytucyjne, wyższe jednak od ustaw zwyczajnych. W końcu te ostatnie, które nie mogą jednak zawierać żadnego postanowienia, sprzecznego z ustawami konstytucyjnymi”.

³³ Tr. I. 121. Por. Duguit: *Leçons de droit public général*, 1926, 78 n. i G. Renard: *La valeur de la loi*, 1928. 82 n.

³⁴ Tr. I. 82, także III. 724.

³⁵ Słowa Wilhelma Schönfelda w artykule p. n. „*Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie*”. *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*. XXII, 1929, 122.

no zorganizowane, których niezależność i zdolność byłyby ponad wszelkiem podejrzeniem i któreby miały moc odmówić zastosowania wszelkiego prawa (de toute loi), które uważają za sprzeczne z deklaracją praw lub z konstytucją³⁶. Sąd powszechny winien, zdaniem Duguity, oceniając zgodnie z prawem nasuwające się kwestje prawne, stosować w razie konfliktu między normami hierarchicznie różnymi – tylko normy hierarchicznie wyższe. Normy sprzeczne z „prawem wyższym” pisanem, lub niepisanem, nie mogą znaleźć zastosowania w sądach.

W tym związku godny zanotowania jest głos Duguity przeciw tworzeniu odrębnych trybunałów konstytucyjnych. Z punktu widzenia polityki prawa konstytucyjnego głównym problemem wymagającym wedle tego autora rozwiązania, byłby w takim trybunale skład osobisty i sposób mianowania członków. W wypadku, gdyby miał ich mianować rząd lub parlament, należałoby obawiać się o ich niezależność. Gdyby członków trybunału miał wybierać lud – sąd stałby się ciałem politycznym. – Drugą trudność nastrocza sposób działania trybunału. Gdyby orzeczenia jego miały zapadać na skutek inicjatywy rządu w tym kierunku, możnaby się obawiać, że rząd nie zwróci się do trybunału o unicestwienie wygodnej sobie normy. Gdyby magistratura konstytucyjna mogła działać z urzędu, stałaby się organem politycznym i mogłaby nabyć zbyt wielkiej potęgi.

Uwagi Duguity zbierają istotne zagadnienia nasuwające się kodyfikatorom; pytanie, czy zarzuty przeciw instytucji trybunału konstytucyjnego są uzasadnione, rozpatrzone będzie w dalszym ciągu.

Także szkoła wiedeńska łączy hierarchiczne usystemizowanie norm z zagadnieniem środków wyeliminowania z zakresu prawa pewnych zjawisk, które mają uchodzić za zjawiska prawne, a nie odpowiadają wymogowi włączenia do systemu prawnego, t.j. „w sieć stosunków wyższości, równorzędności i podporządkowania, a jednak dzięki zwodniczemu pozorowi zajmują miejsce prawdziwych zjawisk prawnych”³⁷.

Kelsen³⁸ jest zdania, że w braku wyraźnego przeciwnego zastrzeżenia w pozytywnym ustawodawstwie, należy uważać, iż wykonawca normy (a jest nim w myśl poprzednich wywodów także i prawodawca), winien badać zgodność niższej hierarchicznie normy w obrębie systemu prawnego, z normą wyższą, a w razie wątpliwości zastosować normę hierarchicznie wyższą. W ustroju, w którym jak w Austrii, stworzono trybunał konstytucyjny, norma prawna „pozorna”, t.j. naruszająca swym istnieniem przepis wyższy w hierarchii norm, nie może być uważana za nieważną ab initio, jest ona tylko niszczalna. Jest to przykład na postanowienie pozytywno-prawne nazwane przez Merkla³⁹ kalkulacją błędu, które umożliwia poczytanie za akt państwowy takich aktów, które nie ziszczają określonych w innych pozytywno-prawnych przepisach wymogów swego powstania i ważności. Konstytucja austriacka przewidująca środki prawne przeciw niekonstytucyjnym ustawom jest właśnie przykładem ustawy, która liczy się z istnieniem i czasową przynajmniej ważnością ustaw niekonstytucyjnych.

³⁶ Tr. III. 665.

³⁷ Merkl: Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Zentralblatt für die juristische Praxis, XXXIX, 1921, 569 (i n.).

³⁸ Allgemeine Staatslehre, 1925, 254 n., 287 n.

³⁹ Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, 293.

III. Kryzys parlamentaryzmu.

1. Obok ciekawej i płodnej nauki o systemie i hierarchji norm prawnych, która znalazła swój wyraz w pozytywnej normie konstytucyjnej, jako wyraz wniesienia w te normy postulatów nauki prawa, oddziaływała także na te konstytucje, które wprowadzają proceder badania konstytucyjności ustaw przez osobną magistraturę, także inny czynnik. Jest nim powszechnie konstатовany kryzys parlamentaryzmu⁴⁰ i pewna niewiara w tę instytucję. Nie może być zadaniem tych uwag bliższe rozpatrywanie tego zjawiska, a to tem snadniej, że właśnie ostatnimi czasy było ono przedmiotem opisu przez dwu czołowych autorów z zakresu prawa konstytucyjnego. Wystarczy wskazać na artykuły Joseph - Barthélemy i Lawrenca Lowella w roczniku 1928 „Revue du droit public et de science politique”. Powołać wypadnie jedynie w krótkości słowa Karola Schmitta⁴¹:

W licznych broszurach i artykułach dziennikarskich podnoszono braki maszyny parlamentarnej, władztwo partyj, ich nierzeczową politykę personalną, „rządy amatorów”, ciągle kryzysy rządowe, bezcelowość i banalność mów parlamentarnych, spadający poziom manier parlamentarnych, rozkładowe metody obstrukcji, nadużywanie immunitetów i przywilejów przez radykalną, sam parlamentaryzm wyszydającą opozycję, pozbawioną godności praktykę djet, złą obasadę izby⁴².

Związek tych niepomysłnych objawów regime'u parlamentarnego z sądownictwem konstytucyjnym, jako środkiem ich zaleczenia przewidział już Jerzy Jellinek. W broszurze p.t. „Ein Verfassungsgerichtshof für Oesterreich”, wydanej w roku 1885, wywodził znakomity konstytucjonalista, że konieczne jest przekształcenie austriackiego Trybunału państwa na Trybunał konstytucyjny. Ustawa zasadnicza (z dnia 21 grudnia 1867 dz. p. p. Nr. 143) o ustanowieniu trybunału państwa poleciła tej magistraturze rozstrzyganie w sporach kompetencyjnych i w spornych sprawach prawa publicznego. Chodziło wówczas o ochronę

⁴⁰ Zachwianie czołowego stanowiska w systemie norm i t.zw. kryzys parlamentaryzmu łączą się. Por. Leibholz: Repräsentation, 1929, 176: „Nie jest przypadkiem, że wiara w szczególną wartość ustawy zanika właśnie obecnie, w czasie, gdy parlament w wielkiej mierze przestał fungować, jako reprezentacja całości ludu”. – Por. Morstein-Marx, Variationen, 1926, 60 i 61.

⁴¹ Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1926, 28.

⁴² Por. dalej: Mosca o. c., Blondel, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, 1928, 4, 5, 22; Darmstaedter, o. c., 1930, 199 n. Morstein - Marx, o c., 55 n., Starzewski o. c. 54, 55; Jaworski, Projekt konstytucji, 1928, 178 i 179. Por. też charakterystyczne słowa wiceprezydenta austriackiego Trybunału konstytucyjnego Jerzego Fröhlicha: Die Verfassung der Republik Oesterreich (w wydaniu konstytucji Adamovicha - Fröhlicha 1926, s. XLVI) o utrzymaniu w mocy w republice austriackiej (dziś już nieobowiązującą ustawę z 22. XI. 1928, Dz. u. p. Nr. 38), zakazu badania konstytucyjności ustaw przez sądy. „W dawnej Austrii ograniczenie to wynikało z mylnego pojmowania ustawy, jako rozkazu ustawowego monarchy. Obecnie zdecydowała jak się zdaje (...) argumentacja, iż nie można badać postanowień Rady narodowej, jako najwyższego organu państwowego, opartego na zasadzie suwerenności ludu”. Co do stanowiska niemieckiego Reichsgerichtu, o ile chodzi o badanie konstytucyjności ustaw w okresie przedrepublikańskim, por. orzeczenia zestawione w pracy Hettnera, Die Verfassungsmässigkeit der Gesetze und die richterliche Nachprüfung, Gruchots Beiträge, t. 69 (N. F. 6), 1928, 156.

gwarancji konstytucyjnych, o stworzenie instancji dla zażaleń obywateli z powodu naruszenia poręczonych przez konstytucję praw politycznych. Dzisiaj wypadnie sobie, zdaniem Jellinka, zadać inne pytanie, czy istnieją w Państwie wystarczające gwarancje przeciw nadużyciu władzy przez organ, który uważa się ogólnie za podstawę i za obrońcę porządku konstytucyjnego. Chodzi o Parlament.

Jellinek nazywa przesądem mniemanie, jakoby „suwerenny” parlament nie podlegał żadnemu ograniczeniu przez prawo. Przeciwnie, parlament może działać sprzecznie z konstytucją, może popełnić bezprawie, „t.j. postawić swe swobodne uznanie w miejsce wymogów porządku prawnego”. Rząd nie odpowiada za konstytucyjność ustaw uchwalonych przez parlament. Monarcha nie jest obowiązany do badania zgodności ustaw z konstytucją przed udzieleniem sankcji. Prezydenci izb decydują o procedurze uchwalania projektów ustaw. W wypadku opozycji rozstrzyga zwyczajna większość, przeciw której niema środka prawnego. Niema tedy żadnej gwarancji prawnej, któraby zapewniała, że parlament nie naruszy konstytucji.

„W żadnym kraju nie słyhać więcej niż w Austrii skarg na panowanie większości, jakkolwiekby ona się przedstawiała. Odczuwa się boleśnie, że parlament może naruszyć prawo”... „Trzeba rozwiązać ten palący problem”.

Jellinek widzi dwie drogi prowadzące do celu. Albo wypadnie przyznać sędziom kompetencję badania konstytucyjności ustaw, albo też, o ile nie chce się im udzielić tej mocy „de lege lata”, należałoby powołać organ sądowy, któryby w toku przygotowania ustaw mógł zdecydować „de lege ferenda”, o ich konstytucyjności. Tak jak strony zwracają się ze sprawami spornymi do kogoś trzeciego o sąd bezstronny, tak i w naszym wypadku mniejszości parlamentarne i rząd winny mieć możliwość zwrócenia się do niezawisłego trybunału o decyzję o konstytucyjności ustaw.

Trybunał państwa, powołany do życia ustawą z r. 1869 jest instancją predystynowaną do wypełnienia tego zadania. Oznaczałoby to tylko zmianę jego funkcji „co do intensywności, nie zaś co do rozciągłości”. Odnosi się to szczególnie do składu trybunału. Prezydenta trybunału państwa i jego zastępcę mianował cesarz dożywotnio. 12 członków i 4 zastępców mianował również cesarz na okres dożywotni na propozycję rady państwa, a mianowicie sześciu członków i dwóch zastępców z grona osób przedstawionych przez izbę poselską, sześciu zaś członków i dwóch zastępców z grona osób przedstawionych przez izbę panów. Mianowanie dożywotnie oraz bezinteresowne sprawowanie funkcji sędziowskich – oto zdaniem Jellinka okoliczności, które predystynują trybunał państwa do pełnienia funkcji sądownictwa konstytucyjnego^{43, 44}.

⁴³ Prezydent, jego zastępca tudzież członkowie i zastępcy członków sprawowali swój urząd, jako urząd honorowy. Ci członkowie jednak, którzy nie mieszkali stale we Wiedniu, pobierali przez czas trwania posiedzeń trybunału, jeśli w nich brali udział, diety w wysokości 10 zł. dziennie i oprócz tego otrzymywali zwrot kosztów podróży po 1 zł. za każdą milę oddalenia ich miejsca zamieszkania od Wiednia, zarówno za przyjazd, jak i za odjazd. Stali referenci, których Trybunał państwa wybierał w odpowiedniej ilości ze swego grona na przeciąg lat trzech, otrzymywali jednorazowe odszkodowanie po 300 zł. (§ 3 ustawy z 18. IV. 1869, Dzpp. Nr. 44, o organizacji Trybunału państwa, o postępowaniu przed nim i o wykonywaniu jego orzeczeń).

⁴⁴ Z nowszej literatury o trybunale państwa por. Kelsen: *Oesterreichisches Staatsrecht*, 1923, 64 n., Eisenmann, o. c., 127 n. (o projekcie Jellinka, tamże 157–160); Ada-

W monografii o austriackim trybunale konstytucyjnym pisze Eisenmann: „Idea Jellinka urzeczywistniona jest dzisiaj we formie o wiele doskonalszej (...) w małej republice austriackiej”⁴⁵.

Omawiając instytucję sądownictwa konstytucyjnego, trzeba z naciskiem podnieść, że jest ona jednym ze środków ograniczenia wszechpotęgi parlamentu, a środkiem tem ciekawszym, że przeznaczonym do ograniczenia i zwalczania owej „tyranji” parlamentu niestosowanymi dotąd sposobami⁴⁶.

Atak na suwerenność ludu nie mógł oczywiście pozostać bez wpływu na zakwestjonowanie „suwerenności” przedstawicieli ludu – parlamentu. To połączenie szturm na tradycyjne pojęcie suwerenności, (ściślej: istnienia suwerenności, jako „czynnika” państwa, bez względu na to, jak się treść suwerenności pojmuje), występuje krótko we formie ukutej przez Barthélemy i Duez: „W praktyce nie lud chce i przemawia, lecz jednostki, które uważają, że chcą i przemawiają w jego imieniu (...) Teoria suwerenności narodu popycha nas na ścieżkę, którą jeden z mistrzów liberalizmu francuskiego nazwał okropną drogą wszechmocy parlamentu. Rewolucja, uświęcając teorię suwerenności narodu, zamierzała chronić jednostkę przed boskiem prawem królów i ich wszechmocą (...) Dzisiaj jednak nie trzeba obywatela bronić przed boskiem prawem królów, lecz przed boskiem prawem parlamentów, pod tym zaś względem nie może teoria suwerenności narodu dać niczego, przeciwnie rodzi ona pretensje absolutystyczne parlamentu”⁴⁷.

2. Wyżej wskazano na to, że ugruntowana w prawie konstytucyjnym od bardzo dawnych czasów i wciąż jeszcze płodna w życiu publicznym myśl o kontrakcie społecznym znalazła swoisty renesans w teoriach najnowszych. Jeśli chodzi o współczesną naukę o rządach parlamentarnych, to jak słusznie wskazuje jeden z najciekawszych pisarzy z zakresu prawa konstytucyjnego, Karol Schmitt⁴⁸, wydatnia się w niej myśl o podziale i zbalansowaniu poszczególnych czynności państwowych i instancyj. Odżywa dawna nauka o „balance”. Od 16-go wieku panują nad różnymi dziedzinami życia duchowego różne balance. „Bilans handlowy w ekonomice, równowaga europejska w polityce zewnętrznej, kosmiczna równowaga przyciągania i odpychania „balance” namietności u Malebranche’a i Shaftesbury...”. Nauka o równowadze reprezentowana przez Montesquieu, Mably, de Lolmea, autorów „Federalisty” i francuskie Zgromadzenie Narodowe z r. 1789 znajduje nowy wyraz w traktacie Leona Duguitta, w poglądach Duguitta na rządy parlamentarne.

movich: Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, 1923, 94.

⁴⁵ O. c. 160.

⁴⁶ Por. Duguitt, Tr. III. 641.

⁴⁷ o. c., 80. Myśl, że sądownictwo konstytucyjne, w szczególności zaś utworzenie trybunału konstytucyjnego, zwraca się przeciw wybujałemu parlamentaryzmowi, znajdujemy wyraźnie wypowiedzianą w artykule Merkla: Verfassungsgerichtshof und Gesetzgebung. Anlässlich der Neukonstituierung dieses Gerichtshofes, Neue Freie Presse, Nr. 23.501 z 16. II. 1930, 6. Dawny trybunał konstytucyjny „usuwał niebezpieczeństwo absolutyzmu parlamentarnego, tkwiące w każdym krańcowo parlamentarnym ustroju”. Por. Redslob, o. c. 196, Oresco, o. c., 11, 26, 101.

⁴⁸ Parlamentarismus, 1926, 50 i 51.

Zmarły dziekan wydziału prawa w Bordeaux nauczał, że esencjonalnym czynnikiem normalnych rządów parlamentarnych jest „équilibre”, równowaga między parlamentem a rządem, jeśli chodzi o prestige i o wpływy⁴⁹. Konstytucja francuska z r. 1875 powołała, zdaniem Duguity, obok parlamentu, który wyszedł, bezpośrednio jak izba poselska, lub pośrednio, jak izba deputowanych, z wyborów powszechnych, urząd prezydenta, który wybrany przez Izby, nie ma na nie istotnego wpływu. „Nie mamy już dzisiaj prawdziwych rządów parlamentarnych”. Przykładem „prawdziwego” ustroju parlamentarnego jest natomiast Anglja, w której rząd i parlament uchodzą za równorzędne części jednego organu politycznego. Izba gmin reprezentuje siły demokratyczne kraju, Izba lordów „to co zostało z elementu arystokratycznego”. Korona ma za podstawę element moralny i intelektualny: „monarcha wciela w pewnej mierze życie i wielkość ojczyzny brytańskiej”⁵⁰.

Oba organy ustrojowe powinny, wedle Duguity, pracować równorzędnie w zakresie wszystkich czynności państwowych. Stara reguła prawa angielskiego, że parlament jest jeden i obejmuje w sobie Koronę, Izbę lordów i Izbę gmin, oddaje ściśle esencjonalny element rządów parlamentarnych. Stara formuła: Parlamentowi legislatywa, rządowi egzekutywa, nie jest ściśła pod rządami parlamentarnymi. Trzeba powiedzieć: Parlamentowi pewien rodzaj współdziału w legislatywie i w tem, co umówiono się nazywać egzekutywą: rządowi również pewien udział w obu tych funkcjach. – Parlament współpracuje nad ustawodawstwem, wykonując niekiedy inicjatywę ustawodawczą, a zawsze omawiając i uchwalając ustawy, rząd wykonuje inicjatywę ustawodawczą, biorąc, przez swych przedstawicieli, udział w dyskusji nad projektami ustawy, dalej drogą sankcji i promulgacji, wkońcu rząd wydaje rozporządzenia i tą drogą bierze udział w funkcji ustawodawczej. Parlament uczestniczy w funkcjach tzw. egzekutywy, np. uchwalając budżet.

Ostatnią cechą charakterystyczną rządów parlamentarnych jest wkońcu wzajemne oddziaływanie parlamentu na rząd i rządu na parlament. Najważniejszym sposobem wpływu rządu na parlament jest prawo rozwiązywania parlamentu i zwrócenia się do wyborców o uskutecznienie nowych wyborów. Odpowiednikiem tej możliwości rozwiązania parlamentu przez rząd jest, w stosunku parlamentu do rządu, solidarna i polityczna odpowiedzialność ministrów.

Myśli Duguity przejął i rozwinął Robert Redslob. Wypowiedziane są one ostatnio w książce p.t. „Le régime parlementaire” (1924)⁵¹. Rządy parlamentarne są systemem równowagi między władzą wykonawczą a władzą usta-

⁴⁹ Tr. II. w szczeg. 639 n.

⁵⁰ Nasuwa się tu pytanie, czy takie „wcielenie”, a co zatem idzie, odpowiedni stopień największej w państwie i społeczeństwie powagi, jest wogóle możliwy w osobie obieralnego (przez naród czy też Izby) prezydenta. Por. w tym związku Smend: *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, w szczeg. 25 n. Redslob o. c. 8, 58 n.

⁵¹ W szczeg. 1–10. Poglądy Redsloba we formie wypowiedzianej w książce p. n. „Die parlamentarische Regierungsform in ihrer wahren, und ihrer unechten Form” (1918) oddziaływały poważnie na twórców konstytucji weimarskiej. Por. o Redslobie, Wittmayer: *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1922, 316 (książka Redsloba jest „ein unheilvolles Buch”), 318; Wittmayer; *Demokratie und Parlamentarismus*, 1928, 67; C. Schmitt: *Parlamentarismus* 51; *Verfassungslehre*, 197, 304 n.; Carré de Malberg, o. c. II. 1922, 71 n.; Crosa: *Il governo Parlamentare in Inghilterra e in Germania*, 1929, w szczeg. 75; Hauriou: *Précis de droit constitutionnel*. 2 wyd. 1929, 359 n. Wzmianka u Komarnickiego: *Zmiana konstytucji polskiej*. 1927, 2 (i uw. 1). Także: Wuermeling: *Re-*

wodawczą. Rada Ministrów daje impulsy polityce, nie powinna jednak stawiać w sprzeczności z większością parlamentu. Zgromadzeniu nie wolno jednak narzucać swej woli rządowi.

W wypadku kolizji i konfliktu między dwiema władzami rozstrzygną wyborcy. Zależnie od tego, czy utworzy się po nowych wyborach nowa większość antyrządowa, czy też zwyciężą zwolennicy gabinetu, wola wyborców rozstrzygnie o tem, kto zwyciężył: rząd czy parlament. „Ta zależność obu czynników od stosunku do ludu, konieczność dostosowania się do jego suwerennego osądu (...) nazywa się odpowiedzialnością polityczną. Ponoszą ją tak rząd jak i parlament, a oznacza ona prerogatywę wyborców, którzy mogą obalić władzę, nie działającą w ich duchu”.

Interesują nas w tym związku uwagi, jakie Robert Redslob poświęca ustrojowi Austrii z punktu widzenia swej teorii. Zaznaczyć trzeba, że spostrzeżenia tego autora odnoszą się do konstytucji austr. tak, jak ona przedstawiała się w roku 1924. Oto Austrija ma tylko „formułę parlamentaryzmu”. Niema w konstytucji austriackiej „współpracy woli kilku czynników”, który tworzy parlamentarną formę rządów umiarkowanych. Centrum ciężkości państwa spoczywa w Radzie narodowej. Prezydent Republiki wybrany przez parlament, pozbawiony kompetencji mianowania ministrów, nie wyposażony prawem weta, jest tylko symbolem jedności państwa związkowego.

Wiele zmieniło się w ustroju republiki austriackiej: i sposób wybierania prezydenta i kompetencje jego. Jeśli jednak staniemy na stanowisku formuły „prawdziwego” parlamentaryzmu, reprezentowanej przez Redsloba i popatrzymy na ustrój Austrii przed reformą konstytucji, musimy stwierdzić, że obraz stosunku wzajemnego władz wypadł niekompletnie.

Autor pominął sądownictwo konstytucyjne austriackie.

Wprowadzenie sądownictwa konstytucyjnego ma jednak poważne znaczenie dla ukształtowania wzajemnego stosunku trzech t.zw. władz: ustawodawczej, wykonawczej i sądowej.

3. Współczesna teoria prawa konstytucyjnego, przede wszystkim francuska, miała i ma tendencję do obniżania znaczenia politycznego władzy sądowej. Hauriou eliminuje zupełnie władzę sędziowską z „katalogu” władz, w znaczeniu ściślejszem, politycznem. Władza sądowa, zdaniem tego autora, od czasów rewolucji francuskiej oddzieloną jest od polityki – w znaczeniu wpływania na losy państwa. „Nadszedł moment wypowiedzenia otwarcie, że ustrój demokratyczny wyklucza władzę sądową z listy władz publicznych, zaangażowanych w politycznej grze podziału władz”⁵². Sądownictwo otrzymuje inną rolę. Sędzia „trzyma za gardło wszystkie władze polityczne”⁵³. Organy sądownictwa hamują i równoważą działania organów politycznych: parlamentu, egzekutywy i głosujących. Sposobem hamowania parlamentu i poskramiania jego nadużyć jest kontrola konstytucyjności ustawodawstwa⁵⁴.

chtliche Beziehungen zwischen Reichspräsident und Reichsregierung. A. d. öff. Rechtes N. F. 11., 1926, 351 n.

⁵² Précis de droit const., 2 wyd., 1929, 350.

⁵³ Ibidem, 240.

⁵⁴ Blondel, o. c., 323 n.

W innym miejscu dzieła Hauriou znajdujemy charakterystyczny sprzeciw skierowany przeciw projektowi utworzenia Tr. K. we Francji. Instytucja taka „usuwałaby w cień prawodawcę”⁵⁵.

Przyznać trzeba, że w tem ujęciu politycznem tkwi najtrafniejsza ocena sprawy. Niepodobna znaleźć naukowej odpowiedzi na to, czy intensywna rozbudowa życia państwowego w kierunku rozszerzenia kompetencji władzy sądowej jest pożądana⁵⁶.

Praktyka dotychczasowego działania Tryb. Konstytucyjnych pozwala na ustalenie, że z ich wprowadzeniem władza sądowa, zepchnięta od dawna na plan drugi, nabiera znaczenia w życiu politycznem państwa, że Trybunał Konstytucyjny przyczynia się do osłabienia znaczenia władzy ustawodawczej⁵⁷, że wkońcu Trybunał Konstytucyjny staje się najważniejszym politycznie czynnikiem życia państwowego. Trybunał Konstytucyjny ma być autorytetem na podobieństwo korony w państwach monarchicznych, jedyną instancją „neutralną i niezawisłą” w życiu politycznem⁵⁸.

Trybunał Konstytucyjny staje się czynnikiem prowadzącym od państwa partyjnego ku państwu sędziowskiemu⁵⁹.

⁵⁵ o.c. 271. Na stronie 270 niezupełnie ścisła wzmianka o austriackim trybunale konstytucyjnym.

⁵⁶ Por. uwagi Graua w pracy p. n.: „Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen”, Arch. d. öff. Rechtes, N. F. 11, 1926, 332 i 333.

⁵⁷ Por. Kelsen: La garantie juridictionnelle de la Constitution, Revue du droit public, 1928, w szczeg. 223 n., 241 n. Kelsen uważa, że utworzenie trybunału konstytucyjnego przenosi część kompetencji ustawodawczych z parlamentu na trybunał. „Unieważnić ustawę znaczy to stanowić normę ogólną, unieważnienie normy ma bowiem ten sam charakter ogólny, co jej ustanowienie, będąc niejako stanowieniem ze znakiem negatywnym, jest więc funkcją ustawodawczą”. „Trybunał, który ma prawo unieważniać ustawy, jest organem ustawodawczym. Funkcja ustawodawcza trybunału konstytucyjnego występuje wyraźnie w niemieckim projekcie ustawy o badaniu konstytucyjności prawa Rzeszy, który w § 6 głosi: „Orzeczenie (Trybunału państwa) ma moc ustawy”. Por. Jaworski: Projekt konstytucji, 1928, 178 (art. 105/II.): „Ogłoszenie wyroku trybunału konstytucyjnego w Dz.U. R. P. ma ten skutek, że od dnia ogłoszenia wyrok ten staje się normą powszechnie obowiązującą” i Komarnicki: O konstytucję narodową, 1930, 79 (art. 77/III.): Orzeczenia trybunału konst. mają moc obowiązującą dla wszystkich sądów.

⁵⁸ Wittmayer: Demokratie und Parlamentarismus, 1928, 107; z Koroną zestawia też trybunał konstytucyjny – Grau, 1. c., 332 („Ein Ersatz für den fehlenden Stetigkeitsfaktor”). Autor ten zwraca też uwagę, iż Tr. K. sprawuje w znacznej mierze funkcje izby wyższej. W tym związku warto przytoczyć podaną u Blondel’a a o. c. 115, rezolucję amerykańskiej Federacji pracy z r. 1918, która wzywa komitet wykonawczy, by przedłożył kongresowi projekt poprawki do konstytucji tej treści, że ustawa, o której Sąd Najwyższy orzeknie, iż jest niekonstytucyjna, będzie miała mimo to moc obowiązującą, jeżeli uchwali to każda z izb większością 2/3 członków. Sąd Najwyższy funkcjonować ma tedy, jako nowa izba ustawodawcza, o mniejszem znaczeniu, niż inne. Wittmayer: Oesterreichisches Verfassungsrecht. aneks I., 1926, 6 i 7, omawiając przepis II. noweli do konstytucji austriackiej, powierzający trybunałowi konstytucyjnemu rozstrzyganie sporów między rządem a Izbą obrachunkową w kwestji interpretacji przepisów o tejże Izbie, podnosi z naciskiem, że w dawnej Austrii podobna funkcja należała do cesarza.

⁵⁹ Por. Komarnicki: O zmianie konstytucji polskiej, 1927, 1 i uw. 1 („próba utworzenia sądownictwa konstytucyjnego zmierza ku podniesieniu znaczenia politycznego władzy sądowej w ustroju współczesnym”).

Remarks on constitutional courts

This is a reprinted article that was published in a periodical called 'Przegląd Prawa i Administracji' in 1932. Seweryn Rosmarin, PhD, the brother of a distinguished constitutionalist, Prof. Stefan Rozmaryn, was a counsellor at the Office of Attorney General of the Republic of Poland and an assistant lecturer at the Jan Kazimierz University in Lviv, an author of papers on civil law and procedure and on administrative law. Original spelling and punctuation were preserved.

Słowa kluczowe: konstytucjonalizm, sądownictwo konstytucyjne, racjonalizacja siły, parlamentaryzm

Keywords: *constitutionalism, constitutional courts, rationalisation of power, parliamentarism*