

# Władza ustrojodawcza w niemieckim konstytucjonalizmie monarchicznym

## 1. Konstytucjonalizm

### 1.1. Geneza

Wiek XIX powszechnie określany bywa w niemieckim piśmiennictwie ustrojowym jako epoka konstytucjonalizmu<sup>1</sup>. Tendencja ta odzwierciedla ewolucję ustrojową, jaką na przestrzeni dziewiętnastego stulecia przeszły państwa niemieckie. W stulecie to wkroczyły one jeszcze jako monarchie absolutne, natomiast kończyły je już jako monarchie konstytucyjne. W ślad za przekształcaniem państw niemieckich w monarchie konstytucyjne poszło zainteresowanie tą formą ustrojową ze strony teoretyków państwa i prawa. Szybko zaowocowało to sformułowaniem podstawowych zasad doktryny monarchii konstytucyjnej, co nastąpiło na przełomie lat dwudziestych i trzydziestych XIX w.<sup>2</sup> W okresie tym żaden z autorów nie używał jednak określenia „konstytucjonalizm”, lecz „monarchia konstytucyjna”. Za wzór monarchii konstytucyjnej stawiano zazwyczaj Francję. Przeciwstawiano jej zwykle monarchię parlamentarną w formie ukształtowanej w Anglii<sup>3</sup>. Poza nielicznymi wyjątkami większość teoretyków z rezerwą odnosiła się do możliwości przeniesienia wzorców znad Tamizy na grunt niemiecki<sup>4</sup>. Na przeszkodzie stały przy tym ich zdaniem nie tylko racje historyczne, ale i względy społeczne, a nawet kulturowe. Nowe ustroje państw niemieckich porównywano na ogół do rozwiązań francuskich zapoczątkowanych restauracją Burbonów, których wyrazem była *Karta Konstytucyjna* Ludwika XVIII<sup>5</sup>. To niewątpliwe frankofilstwo ustrojowe nie wykluczało jednak daleko idącej autonomii większości ówczesnych autorów w podejściu

---

<sup>1</sup> K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V – *Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*, München 2000, s. 214; D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München 1997, s. 218; E. Forsthoft, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Stuttgart 1972, s. 110; H. Kraus, *Monarchischer Konstitutionalismus*, „Der Staat” 2004, H. 4, s. 595.

<sup>2</sup> Por. H. Boldt, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf 1975, s. 55–58.

<sup>3</sup> M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp – Frankreich im Vergleich*, Göttingen 1999, s. 69–80.

<sup>4</sup> Z liczących się autorów ewentualność taką rozważał wówczas jedynie Robert von Mohl. Inna rzecz, że z czasem i on stał się sceptyczny wobec perspektywy przenoszenia na grunt niemiecki brytyjskich konstrukcji ustrojowych, aż w końcu perspektywę taką odrzucił. Por. H. Boldt, *op. cit.*, s. 260–263.

<sup>5</sup> Por. M. Kirsch, *op. cit.*, s. 299.

do prezentowania głównych reguł niemieckiej wersji monarchii konstytucyjnej. Już wówczas bardzo wyraźne były symptomy świadczące o tendencji do podkreślania specyfiki niemieckiej monarchii konstytucyjnej, która charakteryzować się miała odrębnościami i jej tylko właściwymi cechami<sup>6</sup>.

Tendencja ta przybrała na sile w latach czterdziestych XIX w. Wówczas po raz pierwszy w niemieckim słowniku ustrojowym pojawiła się kategoria „konstytucjonalizm”<sup>7</sup>. Początkowo pod pojęciem tym rozumiano jedynie proces transformacji monarchii absolutnych w monarchie konstytucyjne w drodze przyjmowania konstytucji jako podstawy ustroju państwowego. Obok takiej definicji, którą nazwać można klasyczną, szybko jednak zaczyna się kształtować inna, podążająca szlakiem przetartym kilka lat wcześniej w odniesieniu do monarchii konstytucyjnej. Jej istotą jest utożsamianie konstytucjonalizmu z dziewiętnastowiecznym ustrojem monarchicznym państw niemieckich<sup>8</sup>. Konstytucjonalizm stał się więc synonimem monarchii konstytucyjnej, przy czym nie każdej, lecz jedynie tej ukształtowanej w warunkach niemieckich. Inaczej bowiem niż na gruncie brytyjskim czy francuskim, konstytucjonalizm niemiecki nie stanowił przejściowego stadium rozwoju między monarchią absolutną a parlamentarną, ale był wobec nich alternatywą. Korespondowało to z twierdzeniem, że konstytucjonalizm jako forma ustrojowa jest oryginalnym produktem niemieckiej teorii i praktyki konstytucyjnej, czymś na kształt „złotego środka” między skrajnościami w postaci anachronicznego absolutyzmu i irracjonalnego parlamentaryzmu<sup>9</sup>. Za miarodajną w tym zakresie uznać można opinię jednego z pruskich konstytucjonalistów, który na początku XX stulecia stwierdził, że „monarchia konstytucyjna, zwana inaczej konstytucjonalizmem, to specyficznie niemiecka forma ustrojowa”<sup>10</sup>. Nic więc dziwnego, że określenia konstytucjonalizm nie łączono w dziewiętnastowiecznej literaturze niemieckiej

<sup>6</sup> H. Boldt, *op. cit.*, s. 135; M. Racky, *Die Diskussion über Gewaltenteilung und Gewaltentrennung im Vormärz*, Frankfurt am Main 2005, s. 37.

<sup>7</sup> Jako pierwszy określeniem tym posłużył się najprawdopodobniej Friedrich Bülow w opracowaniu zatytułowanym *Der constitutionelle Staat in England, Frankreich und Teutschland*, które opublikował w 1843 r. w pierwszym tomie „Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik”. Z kolei jego pierwszą, pogłębioną analizę zaprezentował Friedrich Julius Stahl w wydanej w 1845 r. pracy *Das monarchische Prinzip*. Por. M. Kirsch, *op. cit.*, s. 70.

<sup>8</sup> H. Boldt, *op. cit.*, s. 55; M. Kirsch, *op. cit.*, s. 74; W. Heun, *Die Struktur des deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhundert im Verfassungsgeschichtlichen Vergleich*, „Der Staat” 2006, H. 3, s. 366–367; J. Hilker, *Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus*, Berlin 2005, s. 24–26; C. Schulze, *Frühkonstitutionalismus in Deutschland*, Baden-Baden 2002, s. 48; H. Kraus, *op. cit.*, s. 595.

<sup>9</sup> E. W. Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, [w:] *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815 – 1918)*, red. E. W. Böckenförde, Königsstein 1981, s. 154–158; E. R. Huber, *Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung*, [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I – *Grundlagen von Staat und Verfassung*, red. J. Isensee, P. Kirchof, Heidelberg 1995, s. 58–59.

<sup>10</sup> O. Hintze, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, [w:] *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen 1962, s. 2.

z przymiotnikiem monarchiczny, skoro konstytucjonalizmu innego niż monarchiczny ówcześni autorzy po prostu tam nie uznawali<sup>11</sup>.

## 1.2. Założenia

Za fundament tak rozumianego konstytucjonalizmu uznawano powszechnie zasadę monarchiczną (*das monarchische Prinzip*)<sup>12</sup>. Niejednokrotnie konstytucjonalizm utożsamiano wręcz z tą zasadą, stawiając między nimi znak równości<sup>13</sup>. Znaczenie zasady monarchicznej nie ograniczało się więc tylko do wskazania, że państwo ma formę monarchiczną. Zasada ta nie ma charakteru uniwersalnej podstawy ustrojowej wszystkich państw monarchicznych. Nie występuje bowiem ani w monarchii absolutnej, ani monarchii parlamentarnej. Jest nierozzerwalnie związana jedynie z monarchią konstytucyjną, która najpełniejszy wyraz otrzymała w Niemczech w postaci konstytucjonalizmu<sup>14</sup>. Korzeni zasady monarchicznej szukać można nie tylko w niemieckiej tradycji ustrojowej. Jej formalne źródło odnaleźć można w art. XIII Niemieckiego Aktu Związkowego z 1815 r. i sformułowaniem tam wymogu, że w państwach niemieckich musi istnieć ustrój stanowy. Z pomocą w interpretacji sensu tego postanowienia przyszły państwa Świętego Przymierza. Na obradującej w Wiedniu na przełomie 1819 i 1820 r. konferencji uzupełniły one z inicjatywy kanclerza Klemensa von Metternicha Akt Końcowy Kongresu Wiedeńskiego o art. LVII, który brzmiał: „Ponieważ Związek Niemiecki składa się z suwerennych władców, to pełnia władzy państwowej musi pozostać przy zwierzchniku państwa (*dem Oberhaupte des Staates*), natomiast konstytucja stanowa może związać suwerena obowiązkiem współdziałania ze stanami tylko przy wykonywaniu niektórych jego praw”. Formułę tę szybko okrzyknięto mianem „motta zasady monarchicznej”<sup>15</sup>.

Warto zresztą zwrócić uwagę na fakt, że podobnie brzmiące sformułowania znalazły się także w większości niemieckich konstytucji doby wczesnego konstytucjonalizmu. Jako przykład można wskazać art. II § 1 ustawy zasadniczej Bawarii z 1818 r., w którym można przeczytać, że „Król jest zwierzchnikiem państwa, jednoczącym w swym ręku wszystkie kompetencje władzy państwowej i wykonującym je zgodnie z postanowieniami niniejszej konstytucji”. Sformułowania takie odczytywano zgodnie jako bezpośrednie potwierdzenie przyjęcia zasady monarchicznej i podniesienia jej do

---

<sup>11</sup> M. Kirsch, *op. cit.*, s. 62.

<sup>12</sup> Por. S. Koriouth, *Monarchisches Prinzip und Gewaltenteilung – unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus*, „Der Staat” 1998, H. 1, s. 28; H. Boldt, *op. cit.*, s. 21; E. R. Huber, *op. cit.*, s. 76.

<sup>13</sup> E. W. Böckenförde, *op. cit.*, s. 155.

<sup>14</sup> M. Racky, *op. cit.*, s. 41; W. Heun, *op. cit.*, s. 373.

<sup>15</sup> K. Stern, *op. cit.*, s. 212.

rangi aksjomatu porządku konstytucyjnego. Zniknęły one bezpowrotnie z tekstów konstytucji w drugiej połowie XIX w. Nie zawierały ich bowiem ani żadna z dwóch pruskich ustaw zasadniczych, ani konstytucje Związku Północno-Niemieckiego i II Rzeszy. Nie oznacza to jednak, że akty te zrywały z zasadą monarchiczną. Otóż zasadę tę w dalszym ciągu respektowały, przy czym nie czyniły tego wprost, lecz pośrednio<sup>16</sup>. Tym samym pozostała ona opoką niemieckiego konstytucjonalizmu aż do 1918 r.

Za pomocą zasady monarchicznej dziewiętnastowieczni teoretycy niemieccy próbowali rozstrzygnąć kwestie podmiotu władzy najwyższej państwa oraz zakresu jego kompetencji. Zadanie to nie było rzeczą trudną, jako że kwestie te wynikały w ich opinii z istoty zasady monarchicznej. Sprowadzała się ona do założenia, że źródłem władzy w państwie i jej głównym dzierżycielem jest monarcha. Władzy swej nie wywodził on przy tym z łaski bożej, ale właśnie z natury zasady monarchicznej<sup>17</sup>. Od założenia takiego z łatwością można było przejść do stwierdzenia, że władza monarsza ma charakter suwerenny<sup>18</sup>. Tym sposobem odrzucano zasadę suwerenności narodu jako obcą niemieckiemu konstytucjonalizmowi, który w przeciwieństwie do francuskiej monarchii konstytucyjnej nie ma rodowodu rewolucyjnego, lecz został ukształtowany na drodze ewolucji. Nawet rzecznicy liberalnej koncepcji państwa prawnego tacy, jak Carl von Rotteck czy Carl Theodor Welcker nie akceptowali zasady suwerenności narodu w warunkach niemieckich, mimo że opowiadali się za nasyceniem ustroju niemieckiego pierwiastkami demokratycznymi<sup>19</sup>. W drugiej połowie wieku XIX w obliczu wzrostu roli parlamentów w poszczególnych państwach niemieckich nauka prawa wypracowała ideę podwójnej reprezentacji. W myśl jej założeń monarcha miał reprezentować państwo wobec narodu, a parlament – naród wobec monarchy. Monarcha traktowany był więc jako reprezentant państwa, parlament zaś jako reprezentant społeczeństwa<sup>20</sup>. Pod koniec dziewiętnastego wieku, gdy niemiecką teorią państwa i prawa zawładnął bez reszty pozytywizm prawniczy, wykształciła się zasada suwerenności państwa, którego uosobieniem był monarcha. Koncepcje takie nie naruszały jednak w niczym legitymizującego charakteru zasady monarchicznej jako źródła monarszej władzy najwyższej w państwie<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> M. Kirsch, *op. cit.*, s. 327.

<sup>17</sup> S. Koriath, *op. cit.*, s. 28; W. Heun, *op. cit.*, s. 369; H. Boldt, *op. cit.*, s. 62.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 65.

<sup>19</sup> Por. R. Schöttle, *Politische Freiheit für die deutsche Nation. Carl Theodors Welckers politische Theorie. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Frühliberalismus*, Baden-Baden 1985, s. 48; idem, *Politische Theorie des süddeutschen Liberalismus im Vormärz. Studien zu Rotteck, Welcker, Pfizer, Murhard*, Baden-Baden, s. 1994, s. 45; Z. A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 76–77, 80–81.

<sup>20</sup> H. Boldt, *op. cit.*, s. 86–87.

<sup>21</sup> S. Koriath, *op. cit.*, s. 32.

Przez pryzmat zasady monarchicznej interpretowano również zakres władzy monarchicznej. Obejmował on całość władzy państwowej. Przy realizacji niektórych zadań monarcha współpracować miał wprawdzie z innymi organami, lecz organy te nie sprawowały władzy państwowej, a jedynie uczestniczyły w wykonywaniu niepodzielnej władzy monarchicznej. Zasada monarchiczna wykluczała wobec tego zasadę podziału władzy państwowej<sup>22</sup>. Uzasadnienia dla takiej argumentacji teoretycy niemieccy szukali zazwyczaj w tekstach konstytucji. Przez pierwszą połowę XIX w. nie mieli z tym problemu. Regulacją ówczesnych ustaw zasadniczych było bowiem bezpośrednio deklarowanie zasady monarchicznej w sposób odpowiadający formule zamieszczonej w cytowanym już art. II § 1 konstytucji bawarskiej. W ręku monarchy skupiać się miała tym samym jednolita władza państwowa. W istocie przysługiwała mu jedynie pełnia władzy wykonawczej. Wymiar sprawiedliwości konstytucje powierzały bowiem niezawisłym sądom (jakkolwiek orzekającym zwykle w imieniu monarchy), natomiast władzę prawodawczą przyznawały dwuizbowemu parlamentowi (monarcha dysponował na ogół prawem inicjatywy ustawodawczej i prawem sankcji). Tym samym konstytucje niemieckie z pierwszej połowy XIX w. faktycznie uznawały zasadę podziału władzy, mimo że formalnie się od niej odcinały. W okresie tym odnaleźć można zresztą ślad fascynacji zasadą podziału władzy w piśmiennictwie niemieckim. Bardziej jednak w formie teoretycznych spekulacji, wpisanych w nurt rozważań z zakresu ogólnej nauki o państwie, aniżeli refleksji osadzonych w realiach niemieckiego konstytucjonalizmu. Pierwsze pięćdziesięciolecie dziewiętnastego stulecia upłynęło bowiem w nauce niemieckiej pod znakiem odrzucenia zasady podziału władzy jako niemożliwej do pogodzenia z zasadą monarchiczną<sup>23</sup>.

Dopiero pod koniec XIX w. coraz częściej do głosu zaczęli dochodzić autorzy, którzy sprzeciwiali się pogładowi, że zasada podziału władzy i zasada monarchiczna wzajemnie się wykluczają<sup>24</sup>. Do zmiany stanowiska przedstawicieli nauki przyczyniła się literatura niemieckich konstytucji wywodzących się z drugiej połowy XIX w. Przykładem może być pruska ustawa zasadnicza z 1850 r. Dokument ów rozdzielał władzę państwową na prawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Choć nominalnie całość władzy w państwie sprawował monarcha, to sam lub poprzez podporządkowane mu organy piastować mógł jedynie władzę wykonawczą. Wyłączony był natomiast od sprawowania władzy sądowniczej, która należała do sądów, a prawodawczą dzielić miał z parlamentem. W jeszcze większym stopniu zasadę podziału władzy respektowała konstytucja

<sup>22</sup> R. M. Małajny, *Trzy teorie podzielonej władzy*, Warszawa 2001, s. 393–398; M. Racky, *op. cit.*, s. 186; S. Koriath, *op. cit.*, s. 34.

<sup>23</sup> R. M. Małajny, *op. cit.*, s. 401–403; M. Racky, *op. cit.*, s. 191–193; H. Boldt, *op. cit.*, s. 91–97.

<sup>24</sup> W takim tonie wypowiedział się między innymi Otto Mayer w *Niemieckim prawie administracyjnym (Deutsches Verwaltungsrecht)* z 1895 r., jak również Gerhard Anschütz w komentarzu do konstytucji Prus z 1850 r. (*Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 – ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*) z 1912 r. Por. R. M. Małajny, *op. cit.*, s. 400–401.

II Rzeszy z 1871 r. Nie знаła ona już formuły o skupieniu pełni władzy państwowej w ręku monarchy, ograniczając się do wyliczenia poszczególnych kompetencji Cesarza. Zapewniały mu władzę wykonawczą, którą sprawować miał za pośrednictwem powoływanego przez siebie Kanclerza, a także pewien wpływ na działalność władzy prawodawczej (prawo zwoływania parlamentu oraz otwierania, odraczania i zamykania jego sesji) i kształt stanowionego przez nią prawa (jako król pruski rozporządzał głosami pruskich pełnomocników w Bundesracie). Tym sposobem konstytucjonalizm niemiecki doby II Rzeszy zaakceptował ostatecznie zasadę podziału władzy<sup>25</sup>.

Drugim elementem dziewiętnastowiecznego konstytucjonalizmu niemieckiego była idea konstytucji<sup>26</sup>. Oświeceniowe prądy ideowe nader szybko rozprzestrzeniły się bowiem na ziemiach niemieckich, przynosząc ze sobą nowe koncepcje ustrojowe. Jedną z nich była koncepcja konstytucji jako jednolitego aktu prawnego, regulującego podstawy ustrojowe państwa. Konstytucji powszechnie przypisywano rolę instrumentu służącego przekształceniu dotychczasowych form ustrojowych w monarchie konstytucyjne. Dzięki niej monarchia zyskiwała zatem nowy charakter. Przeszawała być państwem absolutystycznym, w którym władza monarsza opiera się na boskiej legitymacji. Natomiast stawała się państwem, gdzie źródłem władzy są postanowienia konstytucji<sup>27</sup>. Konstytucja pełniła więc funkcję ograniczającą w stosunku do monarchy i to w podwójnym sensie. W pierwszym rządzie wyznaczała monarsze formalne ramy działalności, określając zakres jego kompetencji. Początkowo ramy te interpretowano nader szeroko, jako że w gronie teoretyków niemieckich ugruntował się pogląd o domniemanych kompetencjach monarchy. Zakładał on, że prócz uprawnień wyraźnie wymienionych w konstytucji, monarcha korzysta ponadto z uprawnień niepisanych, wynikających z istoty jego władzy. Na początku lat pięćdziesiątych XIX w. pogląd ten został jednak odrzucony, a jego miejsce zajęła opinia, że granice władzy monarchy wyznacza konstytucja i zakres przyznanych mu w niej kompetencji. Drugi aspekt ograniczającej wobec monarchy funkcji konstytucji wiąże się z dualistyczną konstrukcją konstytucjonalizmu. O ile bowiem egzekutywę sprawować miał monarcha samodzielnie, o tyle legislatura miała być obszarem współdziałania monarchy z parlamentem. Granice tego współdziałania oraz zakres kompetencji parlamentu wynikać miały zaś z postanowień konstytucji. Konstytucja nie tylko więc powoływała do życia parlament i zapewniała mu odpowiedni katalog

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 404; S. Koriath, *op. cit.*, s. 46.

<sup>26</sup> M. Kirsch, *op. cit.*, s. 45; W. Heun, *op. cit.*, s. 367.

<sup>27</sup> C. H. Schmidt, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie. Eine dogmatische Untersuchung zum Problem der Normenhierarchie in den deutschen Staatsordnungen im frühen und mittleren 19. Jahrhundert (1818–1866)*, Berlin 2000, s. 13.

uprawnień. Czyniła także zeń element równoważący i zarazem limitujący władzę monarchią<sup>28</sup>.

Rozwój idei konstytucji i jej urzeczywistnienie w państwach niemieckich pociągnął za sobą wzrost zainteresowania tą ideą ze strony przedstawicieli nauki. Po swoich poprzednikach odziedziczyli oni koncepcje ukształtowane jeszcze przez teoretyków prawa natury na przestrzeni XVII i XVIII w. Pierwsze dziesięciolecia XIX w. zastąpiły je koncepcją konstytucji jako jednego z przejawów ducha narodu, której podstawy sformułowane zostały w ramach niemieckiej szkoły historycznej<sup>29</sup>. Z biegiem lat w niemieckim piśmiennictwie ustrojowym rację bytu zyskuje wspomniana koncepcja konstytucji jako jednolitego aktu prawnego, regulującego podstawy ustrojowe państwa oraz wyposażonego w najwyższą moc prawną. Jest to więc koncepcja konstytucji formalnej. Przeciwstawia się jej koncepcję konstytucji materialnej, czyli zbioru najważniejszych zasad dotyczących ustroju państwowego, rozproszonych po różnych aktach prawnych, a niekiedy i wypływających z tradycji ustrojowej. Rozróżnienie powyższe na dobre zadomowiło się w nauce niemieckiej wraz z nastaniem pozytywizmu prawniczego, co nastąpiło w drugiej połowie XIX w.<sup>30</sup> Jednocześnie pod wpływem pozytywizmu prawniczego ukształtował się pogląd o ustawowym charakterze konstytucji. Konstytucję zaczęto traktować jak ustawę. Akcentowano przy tym zwykle jej szczególny charakter, związany z nadrzędną w stosunku do pozostałych ustaw mocą prawną<sup>31</sup>. W praktyce natomiast nadrzędna moc prawna konstytucji pozostała w sferze postulatów. Przez cały bowiem okres konstytucjonalizmu monarchicznego nie doszło w Niemczech do wykrystalizowania się i praktycznego zastosowania zasady nadrzędności konstytucji. Mimo że powszechnie przyznawano jej rangę ustawy zasadniczej i upatrywano w niej zazwyczaj jeden z kluczowych elementów koncepcji państwa prawnego<sup>32</sup>, to w praktyce jej moc prawna równa była pozostałym ustawom<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> M. Kirsch, *op. cit.*, s. 63; C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 45.

<sup>29</sup> Por. E. Schmidt-Assmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin 1967, s. 199–201.

<sup>30</sup> J. W. Ochmański, *Teoria organiczna a pozytywizm prawniczy. Ewolucja koncepcji państwa w naukach prawnych w Niemczech w latach 1871 – 1936*, Poznań 2006, s. 24–25.

<sup>31</sup> R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, „Der Staat” 1981, H. 4, s. 489.

<sup>32</sup> Z. A. Maciąg, *op. cit.*, s. 73–135; M. Zmierczak, *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie niemieckiej myśli polityczno-prawnej)*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje)*. *Studia i szkice*, red. H. Rot, Wrocław 1994, s. 44–49.

<sup>33</sup> W. Heun, *op. cit.*, s. 371; R. Wahl, *op. cit.*, s. 485.

## 2. Władza ustrojodawcza w konstytucjach dziewiętnastowiecznych

### 2.1. Od oktrojowania do ugody

Pierwsze niemieckie konstytucje były konstytucjami oktrojowanymi. Pod względem formalnym miały one więc charakter aktów nadawanych przez panującego, który czynił to zazwyczaj w formie patentu (konstytucja Wielkiego Księstwa Frankfurckiego z 1810 r.), dekretu (konstytucja Królestwa Westfalii z 1807 r.), edyktu (konstytucja Bawarii z 1818 r.), manifestu (konstytucja Badenii z 1818 r.) lub zarządzenia (konstytucja Brunszwiku z 1820 r.)<sup>34</sup>. W tworzenie tych aktów zaangażowani byli wprawdzie przedstawiciele rozmaitych grup społecznych w postaci komisji konstytucyjnych, lecz ich udział miał charakter czysto doradczy i ograniczał się zwykle do opracowania założeń przyszłej konstytucji. Decydujące słowo należało jednak zawsze do panującego. Przykładem takiej sytuacji jest konstytucja Bawarii z 1818 r. Została ona w dużej mierze przygotowana przez komisję konstytucyjną, składającą się z reprezentantów szlachty i królewskich urzędników, a następnie ogłoszona w formie edyktu przez króla Maksymiliana Józefa I jako konstytucja Królestwa Bawarii<sup>35</sup>. Inaczej nieco przedstawia się geneza konstytucji Badenii z 1818 r. Faktycznym autorem tego dokumentu był ówczesny radca finansowy Wielkiego Księstwa, Karol Fryderyk Nebenius. Formalnie zaś była ona dziełem Zgromadzenia Stanowego, które zostało zwołane decyzją wielkiego księcia Karola i z jego upoważnienia opracować miało przyszłe prawa poddanych. Prawom tym nadano później formę manifestu książęcego, który został opublikowany przez wielkiego księcia jako konstytucja Wielkiego Księstwa Badenii<sup>36</sup>.

Za pierwowzór drugiej formy tworzenia konstytucji uchodzi ustawa zasadnicza Wirtembergii z 1819 r. Choć powstała ona w dobie konstytucji oktrojowanych, to u jej podstaw leżała ugoda zawarta przez monarchę ze stanami. Po kilkuletnim kryzysie konstytucyjnym wywołanym brakiem zgody tamtejszego zgromadzenia stanowego na oktrojowanie przez monarchę konstytucji panującemu oraz stanom udało się osiągnąć kompromis, którego efekt posłużył w latach późniejszych za wzór sposobu tworzenia konstytucji w innych państwach niemieckich. Jego istotą było porozumienie monarchy z reprezentacją stanową co do podstaw przyszłego ustroju, którego wyrazem była uzgodniona przez obie strony i ogłoszona przez panującego konstytucja<sup>37</sup>. Konstytucja taka miała więc podwójną legitymację. Z jednej strony była to legitymacja monarsza, jako że

<sup>34</sup> W. Heun, *op. cit.*, s. 370.

<sup>35</sup> J. Wąsicki, *Związek Niemiecki i państwa niemieckie 1815 – 1848*, Poznań 1986, s. 129–135.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 179–187.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 161–166.



to panujący podpisywał i ogłaszał konstytucję, a nierzadko i opracowywał jej założenia. Z drugiej zaś była to legitymacja stanowa, ponieważ konstytucję uchwalało zgromadzenie stanowe<sup>38</sup>. Konieczność zawarcia porozumienia konstytucyjnego przez monarchę oraz stany czyniło tym samym z konstytucji ich wspólne dzieło. Rozkwit tej formy tworzenia konstytucji nastąpił w Niemczech na początku lat trzydziestych XIX w. wraz z wkroczeniem tamtejszego konstytucjonalizmu w kolejną fazę rozwoju. Wszystkie bowiem powstające wówczas w państwach niemieckich konstytucje doszły do skutku jako wynik ugody monarchy ze zgromadzeniami stanowymi<sup>39</sup>.

Była to na dobrą sprawę kompromisowa formuła tworzenia konstytucji między jednostronnym aktem oktrojowania przez panującego a demokratycznym w założeniu aktem uchwalenia przez parlament. Ta ostatnia forma stała się jednym z haseł umieszczonych na sztandarach w 1848 r. Pod wpływem presji rewolucyjnie usposobionej ludności Berlina jego realizację zapowiedział król Fryderyk Wilhelm IV. W maju 1848 r. rozpiął on bowiem wybory do pruskiego Zgromadzenia Narodowego, którego zadaniem miało być przygotowanie konstytucji. Gdy jednak deputowani kilka miesięcy później przedstawili mu do zatwierdzenia gotowy projekt postępowej ustawy zasadniczej, to rozwiązał Zgromadzenie i w grudniu 1848 r. oktrojował własną konstytucję. Mimo że działania monarchy miały znamiona zamachu stanu, to obie izby parlamentu pruskiego uznały wkrótce legalność konstytucji. Jedno z jej postanowień przewidywało, że niezwłocznie po ukonstytuowaniu się nowych izb parlamentarnych przeprowadzą one rewizję konstytucji na drodze ustawodawczej. Zdominowany przez siły konserwatywne parlament przegłosował proponowane przez króla zmiany i w styczniu 1850 r. Fryderyk Wilhelm IV ogłosił zrewidowany tekst pruskiej konstytucji<sup>40</sup>. W podobnym kierunku podążyły wydarzenia w Austrii. Także tam cesarz Franciszek Józef I odmówił akceptacji dla projektu konstytucji opracowanego przez parlament i w marcu 1849 r. oktrojował konstytucję autorstwa ministra spraw wewnętrznych, hrabiego Franza Stadiona<sup>41</sup>.

Wstrząsy rewolucyjne Wiosny Ludów nie ograniczyły się tylko do ulic Berlina oraz Wiednia. Przetoczyły się one również przez stolice innych państw niemieckich. Ich efektem było ponowne rozniecenie idei jedności Niemiec. Głównym narzędziem jej urzeczywistnienia miało zaś być uchwalenie demokratycznej konstytucji. W obawie przed eskalacją nastrojów władcy państw niemieckich wyrazili zgodę na reformę ustrojową Związku Niemieckiego. W tym celu Bundestag jako organ Związku upoważnił

<sup>38</sup> H. Brandt, *Von der Verfassungskämpfen der Stände zum moderne Konstitutionalismus. Das Beispiel Württemberg*, [w:] *Denken und Umsetzung...*, s. 105.

<sup>39</sup> K. Stern, *op. cit.*, s. 220–224.

<sup>40</sup> J. Wąsicki, *Związek Niemiecki i Druga Rzesza Niemiecka 1848 – 1914*, Poznań 1989, s. 270–272.

<sup>41</sup> A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1918). Władza – obywatel – prawo*, Kraków 2001, s. 9.

rzędy poszczególnych państw do przeprowadzenia wyborów do Zgromadzenia Narodowego. Na swym inauguracyjnym posiedzeniu w maju 1848 r. członkowie Zgromadzenia uznali je za ogólnonarodową konstytuante, której zadaniem jest uchwalenie konstytucji dla całych Niemiec. Legitymację do tego daje mu bowiem zasada suwerenności narodu, którego jest ono emanacją<sup>42</sup>. Deklaracje takie nader często pobrzmiwały w wypowiedziach członków Zgromadzenia. Służyły one nie tylko chęci podkreślenia demokratycznego charakteru przyszłych Niemiec. Ich intencją była także wola zdystansowania się od praktykowanych do tej pory form tworzenia konstytucji, a mianowicie oktrojowania jej przez monarchę oraz dojścia jej do skutku w drodze ugody panującego ze stanami<sup>43</sup>. Rezultatem prac Zgromadzenia nie miała być więc rewizja dotychczasowego ustroju Związku Niemieckiego, lecz jego całkowita likwidacja i zbudowanie na jego gruzach nowego porządku konstytucyjnego zjednoczonego państwa niemieckiego<sup>44</sup>. Zamiar taki udało się zrealizować zaledwie połowicznie. Uchwalona bowiem w marcu 1849 r. konstytucja Rzeszy Niemieckiej nie weszła nigdy w życie. Miała ona jednak charakter na wskroś demokratycznej ustawy zasadniczej. Była przy tym dziełem wyłącznie Zgromadzenia Narodowego, któremu w krótkiej preambule nadawała status niemieckiej konstytuanty. Fundamentem tej pierwszej w dziejach niemieckiego konstytucjonalizmu demokratycznej ustawy zasadniczej była tym samym rewolucyjna idea władzy ustrojodawczej ludu<sup>45</sup>.

Idea ta okazała się wyłącznie epizodem w dziejach dziewiętnastowiecznego konstytucjonalizmu niemieckiego, który aż do 1918 r. więcej się nie powtórzył. Zjawiskiem jednak równie efemerycznym na tamtejszym gruncie okazał się powrót koncepcji konstytucji oktrojowanej. Ostatnie bowiem stadium konstytucjonalizmu monarchicznego przebiegało w Niemczech znów pod znakiem formuły porozumienia władzy ze społeczeństwem jako metody powstania konstytucji. W takim trybie przyjęta została zarówno konstytucja Związku Północno-Niemieckiego w 1867 r., jak i ustawa zasadnicza II Rzeszy w 1871 r. Projekt tej pierwszej opracował rząd pruski, a do akceptacji w Reichstagu Związku Północno-Niemieckiego przedłożył następnie król Prus Wilhelm I jako przewodniczący Związku. Po zatwierdzeniu dokumentu przez Reichstag został on jeszcze

---

<sup>42</sup> M. Henkel, *Das Ringen um die verfassunggebende Gewalt der ersten deutschen Nationalversammlung im Jahre 1848/49*, [w:] „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen”. *Liber amicorum Thomas Oppermann*, red. C. D. Classen, Berlin 2001, s. 19.

<sup>43</sup> G. Stourzh, *Die Grundrechte in der Paulskirche und im Kremsierer Reichstag: Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Rezeptionen*, [w:] *Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich*, red. M. Kirsch, P. Schiera, Berlin 2001, s. 272.

<sup>44</sup> H. Von Wedel, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung. Dargestellt am Beispiel Deutschlands 1848/49, 1919, 1948/49*, Berlin 1976, s. 128.

<sup>45</sup> J. D. Kühn, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im deutschen Rechtsleben*, Frankfurt am Main 1998, s. 48; H. Von Wedel, *op. cit.*, s. 211–217.

przekazany do ratyfikacji parlamentom poszczególnych państw członkowskich<sup>46</sup>. Jeżeli natomiast chodzi o konstytucję II Rzeszy, to była ona w istocie zmodyfikowaną wersją ustawy zasadniczej Związku Północno-Niemieckiego. Jej autorem był kanclerz O. von Bismarck. W imieniu cesarza Wilhelma I przedstawił ją potem w Reichstagu jako konstytucję Rzeszy Niemieckiej wraz z wnioskiem o jej przyjęcie, co izba po kilkudniowej debacie ostatecznie uczyniła<sup>47</sup>.

Dziewiętnastowieczny konstytucjonalizm niemiecki miał więc charakter ewolucyjny, a nie rewolucyjny. Był nie tyle efektem walki z monarchią jako instytucją ustrojową, ile raczej rezultatem odgórnych reform przeprowadzanych pod nadzorem panującego<sup>48</sup>. Prawdopodobnie to odzwierciedla dobrze fakt, że wszystkie obowiązujące wówczas na terenie niemieckim konstytucje były dziełem monarchy lub owocem jego kompromisu z przedstawicielami społeczeństwa. Z czasem konstytucje okrojone zostały zastąpione konstytucjami uzgodnionymi. Bez względu przy tym na formę tworzenia konstytucji, był to jednorazowy akt przekształcenia monarchii absolutnej w konstytucyjną, który opierał się na woli panującego lub jego porozumieniu z przedstawicielami społeczeństwa.

## 2.2. Tryb zmiany

Wszelkie zmiany dziewiętnastowiecznych konstytucji niemieckich następować miały w drodze ustawy, co działalność na tym polu sprowadzało do jednego z przejawów realizacji funkcji ustawodawczej. Różnice między zwyczajną ustawą a ustawą zmieniającą konstytucję miały charakter w istocie czysto proceduralny<sup>49</sup>. Ustanawianie konstytucji nie było zatem traktowane na gruncie ówczesnych ustaw zasadniczych jako osobna prawna sfera działania państwa. Nie znały one tym samym również władzy ustrojodawczej jako odrębnego organu państwowego. Nie sposób bowiem znaleźć wśród ich postanowień takich, które wprowadzałyby gradację zmian konstytucyjnych, rozróżniając zmianę częściową od całkowitej.

Konstytucje przewidywały zazwyczaj odrębny tryb dla uchwalania ustaw o swojej zmianie, odbiegający nieco od normalnej procedury ustawodawczej. Najczęściej chodziło o wymóg kwalifikowanej większości przy ich uchwalaniu w izbach parlamentarnych, czego przykładem są ustawy zasadnicze Bawarii, Badenii, Hesji, Saksonii czy Wirtembergii. Czasami zaś konieczna była dwukrotna uchwała izb parlamentarnych, do której powzięcia wymagana była wprawdzie zwykła większość głosów, ale między ich

---

<sup>46</sup> J. Wąsicki, *op. cit.*, s. 417–421.

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 459–466.

<sup>48</sup> E. W. Böckenförde, *op. cit.*, s. 146.

<sup>49</sup> C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 56.

głosowaniem powinien upłynąć odpowiedni czas, by wspomnieć konstytucję Prus z 1850 r. Jeszcze inny mechanizm zmiany konstytucji ustanowiła ustawa zasadnicza II Rzeszy. Jej zmiana następować miała bowiem w drodze ustawy, lecz wystarczył sprzeciw czternastu głosów w Bundesracie przeciwko takiej ustawie, by uznać ją za odrzuconą (art. 78). Poza odmiennym trybem uchwalania, ustawy zmieniające konstytucję nie różniły się więc niczym innym od pozostałych ustaw. W szczególności nie przysługiwała im nadrzędna wobec nich moc prawna, skoro brak było formalnych gwarancji jej nadrzędności<sup>50</sup>. W II Rzeszy doprowadziło to do ukształtowania się praktyki uchwalania ustaw w trybie wymaganym dla zmiany konstytucji, które modyfikowały treść postanowień ustawy zasadniczej, mimo że formalnie ich nie uchylały. Pozbawiały one je jednak mocy obowiązującej w sposób pośredni. Ustawy takie nie stawały się przy tym częścią konstytucji w znaczeniu formalnym, ale zyskiwały jej rangę w sensie materialnym, zaś procedurę ich uchwalania określano mianem „przełamania konstytucji” (*Verfassungsdurchbrechung*)<sup>51</sup>.

### 3. Władza ustrojodawcza w poglądach przedstawicieli nauki

#### 3.1. Teoretycy monarchii konstytucyjnej

Pierwsi teoretycy niemieckiej monarchii konstytucyjnej nie poświęcali wiele miejsca problematyce tworzenia konstytucji. Kwestię tę omawiali bowiem jedynie na marginesie uwag dotyczących zasady monarchicznej. Z zasady tej wyciągali dwa wnioski, a mianowicie o zwierzchnictwie monarchy w państwie oraz niepodzielności władzy państwowej skupionej w jego ręku. Nic więc dziwnego, że prawo do ustanawiania konstytucji w formie okrojowania uznawali za immanentny element zasady monarchicznej. Nikt poza monarchą nie może nadawać poddanym konstytucji, jako że nikt poza nim nie dysponuje atrybutami władzy państwowej<sup>52</sup>. W tej sytuacji rzeczą całkowicie zrozumiałą stał się fakt, że ówczesni autorzy niemieccy nie podejmowali w ogóle problemu władzy ustrojodawczej, o recepcji odnośnej koncepcji francuskiej ukształtowanej w tym względzie w czasach rewolucji już nawet nie wspominając. Jeżeli bowiem monarcha

<sup>50</sup> M. Starzewski, *Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw*, Kraków 1928, s. 86–111 (reprint Warszawa 2009). Por. także W. Wiese, *Verfassungsänderungen nach Reichsrecht*, Breslau 1906, s. 4; G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin 1906, s. 3–8.

<sup>51</sup> Por. U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsproblem der deutschen Einheit und der europäischen Einigung: ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung*, Berlin 1997, s. 4–15.

<sup>52</sup> W takim mniej więcej duchu utrzymane były wywody głównego teoretyka monarchii konstytucyjnej w Niemczech w latach dwudziestych, Johana Christopha von Aretina, które zaprezentował w wydanym w 1824 r. *Prawie państwowym monarchii konstytucyjnej (Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie)*. Por. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II – *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800 – 1914*, München 1992, s. 163–164; Z. A. Maciąg, *op. cit.*, s. 74–75.

jest piastunem najwyższej i niepodzielnej władzy państwowej, to władzy tej nie tylko nie może z nikim dzielić. Przede wszystkim jej rozmiary nie mogą zostać uzależnione od rozstrzygnięcia podmiotu usytuowanego w istocie ponad monarchą, którego decyzja musiałaby na dodatek mieć charakter pierwotny w stosunku do jego postanowienia o oktrojowaniu konstytucji<sup>53</sup>.

Stopniowe zastępowanie na początku lat trzydziestych XIX w. oktrojowania ugodą monarchy ze stanami jako formy powstawania konstytucji doprowadziło do sformułowania podstaw koncepcji konstytucji jako umowy. Jej autorami byli głównie teoretycy południowoniemieccy, wywodzący się z kręgów liberalnych<sup>54</sup>. Zakładała ona, że każda konstytucja ma charakter umowy. W przypadku konstytucji oktrojowanych jest to taka umowa, w której strony nie są równoprawne. Stroną uprzywilejowaną jest bowiem monarcha, który nadaje społeczeństwu konstytucję w oparciu o swoją najwyższą i niepodzielną władzę. Drugą stroną takiej umowy są obywatele, którzy w sposób milczący akceptują jej warunki w drodze uznania konstytucji za obowiązującą. Natomiast zupełnie inną umową jest konstytucja, która powstała wskutek porozumienia monarchy ze społeczeństwem. Jej stronami są monarcha oraz społeczeństwo, przy czym o ile ten pierwszy zawiera ją sam, o tyle to drugie działa poprzez swoich przedstawicieli w parlamencie. Pozycja każdej ze stron takiej umowy jest jednak równorzędna. Dowodem na to jest określona na poziomie postanowień konstytucji procedura jej zmiany. Nie może ona zostać przeprowadzona wbrew woli którejkolwiek ze stron umowy, skoro wszelkie zmiany konstytucji mogą dojść do skutku tylko w formie ustawy. Ta ostatnia również jest więc umową monarchy ze społeczeństwem, które jest reprezentowane przez parlament. Jej podstawą jest przy tym konstytucja, która określa zasady procedury ustawodawczej. Z kolei warunków umowy będącej podstawą samej konstytucji poszukiwać trzeba w prawie natury, które wyznacza „naturalne ramy porządku państwowego”<sup>55</sup>.

Jeszcze dalej w akcentowaniu związków między prawem natury a konstytucją poszedł najwybitniejszy bodaj wówczas południowoniemiecki teoretyk liberalny, a mianowicie C. von Rotteck. W wydanym w 1830 r. *Podręczniku prawa naturalnego i nauk o państwie (Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften)* orzekł bowiem, że konstytucja jest kodyfikacją najważniejszych zasad prawa naturalnego. Dobór takich zasad warunkowany jest racjami historycznymi, kulturowymi, społecznymi oraz dotychczasową tradycją ustrojową danego państwa. Z tego względu konstytucja stanowi wyraz „trwałej woli narodu” (*dauernden Volkswillens*), podczas gdy uchwalane

<sup>53</sup> C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 93.

<sup>54</sup> Główne założenia powyższej koncepcji były dziełem C. T. Welckera. Wyłożył je w pochodzącej z 1847 r. pracy *Ustawa zasadnicza a umowa zasadnicza (Grundgesetz und Grundvertrag)*. Por. R. Schöttle, *Politische Freiheit...* s. 57–60.

<sup>55</sup> C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 107; R. Schöttle, *Politische Freiheit...* s. 59.

w oparciu o nią ustawy są przejawem tylko jego „woli przemijającej i chwilowej” (*vorübergehender und zeitweiser Wille*). Podmiot powołany do uzewnętrznienia tej pierwszej jest „naturalnym organem” (*einem natürlichen Organ*) ogółu pełnoprawnych członków społeczeństwa, zaś podmiot odzwierciedlający tę drugą – jego „organem sztucznym” (*einem künstlichen Organ*). Z chwilą jednak uzewnętrznienia „trwałej woli narodu” bezpowrotnie „organ naturalny” staje się „organem sztucznym”.

Uzewnętrznianie takie nie jest niczym innym, jak ustanowieniem konstytucji, skutkiem czego „organ naturalny” jest jednocześnie władzą najwyższą. Obojętnie czy władzą tą jest monarcha, czy monarcha wraz z parlamentem, poprzez akt ustanowienia konstytucji niejako rozwiązuje się, tracąc swój pierwotny charakter. Tworząc konstytucję, nie jest on jednak niczym związany, wyjąwszy należyte odczytanie „trwałej woli narodu”. Inaczej natomiast rzecz się ma z drugą kategorią organów. Zostają one bowiem powołane do życia mocą konstytucji, która określa ich zadania. Przy realizacji takich zadań są więc związane postanowieniami konstytucyjnymi. Ustanowienie konstytucji jest wobec tego czynnością jednorazową i nie należy jej utożsamiać z jej późniejszymi zmianami. Zmiany takie odbywają się w formie ustawodawczej, mimo że przy zastosowaniu innych niż w przypadku ustaw zwykłych wymogów proceduralnych. Z kolei organ ustanawiający konstytucję różni się od organu uchwalającego ustawy. Dotyczy to także takiej sytuacji, gdy uchwalanie ustaw zarezerwowane jest dla organów, które wcześniej ustanowiły konstytucję. W wyniku jednak dojścia do skutku konstytucji organy takie straciły charakter władzy najwyższej i stały się organami realizującymi konstytucyjnie oznaczony zakres zadań. Tak więc jak ustanawianie konstytucji stanowi inną niż uchwalanie ustaw sferę działania państwa, tak też ustanawiające je podmioty są inną niż uchwalające ustawy grupą organów państwowych<sup>56</sup>.

W powyższej koncepcji odnaleźć można wyraźny ślad poglądów E. Sieyès'a i jego rozróżnienia władzy ustrojodawczej (*pouvoir constituant*) i władzy konstytucyjnej (*pouvoir constitué*). W innym zgoła kontekście do poglądów tych kilka lat później nawiązywał również F. J. Stahl. W drugim tomie swej *Filozofii prawa w ujęciu historycznym* (*Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*) z 1833 r. określał je pejoratywnym mianem „rewolucyjnych”. Zarzucał im, że są nielogiczne i całkowicie sztuczne. Dążą bowiem do rozdzielenie niepodzielnej w swej istocie władzy państwowej pomiędzy państwo i społeczeństwo. Tymczasem władza ta jest jednolita i w warunkach niemieckich przysługuje ona monarsze. Jedyna zaś różnica między konstytucją a ustawą polega na odmiennym trybie ich dojścia do skutku. W obu jednak przypadkach prawo do ich ustanawiania jest kompetencją realizowaną wspólnie przez parlament oraz monarchę. Zmianie ulega jedynie sposób podejmowania stosownej uchwały w parlamencie.

<sup>56</sup> H. Boldt, *op. cit.*, s. 157; R. Schöttle, *Politische Theorien...* s. 40–42; C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 109.

Jeśli chodzi o ustawy zwykłe, w grę wchodzi większość względna, natomiast w odniesieniu do ustaw konstytucyjnych konieczna jest większość kwalifikowana<sup>57</sup>.

### 3.2. Robert von Mohl

Wydarzenia Wiosny Ludów i polityczna reakcja na nie w większości państw niemieckich odcisnęły trwale piętno na tamtejszym piśmiennictwie konstytucyjnym<sup>58</sup>. W wielu dziedzinach doszło do wyraźnego przewartościowania dotychczasowych stanowisk. Przede wszystkim w zapomnienie odeszły teorie odwołujące się do prawa naturalnego jako uzasadnienia podstaw porządku konstytucyjnego. Na poglądach przedstawicieli nauki coraz silniej zaczęło ciążyć zjawisko, które zdaniem jednego z autorów wszelkim interpretacjom konstytucji przydało „rysów silnie etatystycznych”<sup>59</sup>. Była to jednocześnie zapowiedź nadchodzącej epoki pozytywizmu prawniczego<sup>60</sup>. Odejście od prawa natury przeniosło dyskusję dotyczącą teoretycznych założeń konstytucji na płaszczyznę obowiązujących aktów konstytucyjnych. To wśród jej postanowień, a nie w abstrakcyjnych regułach prawa naturalnego, zaczęto doszukiwać się przesłanek nadrzędności konstytucji nad ustawami. Użyteczna okazała się tu zwłaszcza koncepcja konstytucji jako ustawy zasadniczej. Jej istotę sprowadzić można do stwierdzenia, że wprawdzie konstytucja jest ustawą, ale ustawą szczególną. Specyfika ta wyraża się w trzech, jej tylko właściwych cechach: szczególnej treści, szczególnej procedurze zmiany oraz szczególnej mocy prawnej<sup>61</sup>. Najbardziej reprezentatywnym przedstawicielem takiego stanowiska był R. von Mohl, a główne wątki swoich poglądów wyłożył on w dwóch dziełach, a mianowicie w *Encyklopedii nauk o państwie* (*Encyklopädie der Staatswissenschaften*) z 1859 r.<sup>62</sup> oraz w trzypięciotomowym *Prawie państwowym, prawie narodów i polityce* (*Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*) wydawanym w latach 1860–1869.

Dla autora powyższych dzieł konstytucja stanowi „wyższy rodzaj ustaw” (*eine höhere Art von Gesetzen*), a jej normy – „wyższy gatunek norm rozkazujących” (*eine höhere Gattung von befehlenden Norm*). Istotą wszystkich pisanych konstytucji jest ich wyższa moc prawna, która ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny. Zawierają one bowiem najważniejsze rozstrzygnięcia polityczne odnoszące się do państwa

<sup>57</sup> Por. M. Stolleis, *op. cit.*, s. 153; H. Boldt, *op. cit.*, s. 196–213.

<sup>58</sup> H. Boldt, *Verfassung und Revolution. Einige Bemerkungen zu ihrem Zusammenhang und zur Verfassungsfrage in Deutschland 1848*, [w:] *Verfassungswandel...* s. 146–147.

<sup>59</sup> D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main 1988, s. 226.

<sup>60</sup> G. Robbers, *Die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhundert*, „Der Staat” 1993, Beiheft 11, s. 113.

<sup>61</sup> C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 158.

<sup>62</sup> Polskie tłumaczenie jako *Encyklopedia umiejętności politycznych* w tłumaczeniu Antoniego Białeckiego ukazało się w Warszawie w 1864 r. W 2003 r. przekład ten został uwspółcześniony przez Adama Bosiaczkiego i ponownie wydany nakładem warszawskiego wydawnictwa Liber w ramach serii „Klasyki myśli prawnej”.

i jego obywateli, którym została nadana postać norm prawnych. Rolą ustaw zwykłych jest zaś oddawanie ducha postanowień konstytucyjnych, jego ochrona oraz rozwój. Ani więc przepisy ustawowe, ani przepisy aktów niższego rzędu nie mogą być sprzeczne z żadnym z takich postanowień. Gdyby jakikolwiek organ upoważniony do stanowienia prawa wydał akt niekonstytucyjny, to sam naruszyłby prawo, a akt taki nie miałby statusu obowiązującego prawa. Gwarancją wyższej mocy prawnej konstytucji miał być określony w niej tryb jej zmiany, utrudniony w porównaniu do wymogów zwykłej procedury ustawodawczej. Na straży nadrzędności konstytucji w systemie prawnym stać miały ponadto sądy, którym powinno przysługiwać uprawnienie do kontroli konstytucyjności prawa, z możliwością odmowy zastosowania przepisu uznano za niekonstytucyjny włącznie.

Źródłem wyższej mocy prawnej konstytucji miała być już zresztą sama jej geneza. Nie chodzi przy tym w opinii omawianego teoretyka o twierdzenie, że konstytucja jest odzwierciedleniem woli suwerennego ludu. W przeciwnym bowiem razie na miano konstytucji zasługiwałyby wyłącznie akty konstytucyjne o rodowodzie rewolucyjnym. Tymczasem uniwersalną cechą wszystkich konstytucji jest to, że stanowią one wyraz nieskrępowanej niczym decyzji właściwej władzy ustawodawczej. Dzięki temu konstytucja staje się odzwierciedleniem najwyższej woli ustawodawczej. Cechę taką spełniają zatem nie tylko powstałe w następstwie rewolucji konstytucje USA i Francji, ale także wyrosłe na niemieckim gruncie ewolucyjne ustawy zasadnicze, niezależnie od tego, czy zostały one okrojone przez panującego, czy też doszły do skutku w efekcie jego umowy z przedstawicielami społeczeństwa. Twórcą konstytucji nie jest więc jakiś odrębny podmiot władzy, lecz podmiot najwyższej władzy ustawodawczej. Sama działalność ustawodawcza nie ma bowiem charakteru jednolitego, ale obejmuje „różne władze ustawodawcze” (*verschiedene Anordnungen der gesetzgebenden Gewalt*). Jednym z takich zarządzeń jest właśnie konstytucja. Ustrojodawstwo przynależy tym samym do przedmiotowego zakresu sfery ustawodawczej, jakkolwiek pod względem formalnym i materialnym różni się zarówno od uchwalania ustaw zwykłych, jak i zmieniających konstytucję<sup>63</sup>.

### 3.3. Pozytywizm prawniczy

Niemiecka nauka prawa schyłku XIX i początku XX w. zdominowana została przez pozytywizm prawniczy. Jego wpływ szczególnie silnie zaznaczył się w piśmiennictwie ustrojowym. W dalszym ciągu centralną kategorią tamtejszego konstytucjonalizmu pozostała zasada monarchiczna. Przestała ona jednak służyć za regułę legitymizującą po-

<sup>63</sup> Por. R. von Mohl, *Encyklopedia...* s. 126–135, 178–186. Por. także H. Boldt, *Deutsche...* s. 233–249; C. H. Schmidt, *op. cit.*, s. 158–173.



rządek konstytucyjny. W roli suwerena pozytywizm prawniczy obsadził bowiem państwo, zaś monarcha sprowadzony został do roli jego reprezentanta wobec narodu<sup>64</sup>. Konsekwencją takiego podejścia była zmiana sposobu postrzegania istoty konstytucji. Wciąż była to ustawa, ale już nie zasadnicza czy najwyższa, tylko jak każda inna, stanowiła ona akt woli państwa, tworzony i zmieniany wedle tej woli<sup>65</sup>. Konstytucji nie przypisywano już więc szczególnego znaczenia, lecz zaczęto ją traktować jak normalną ustawę. Jej twórcą nie był bowiem wyposażony w jakieś nadzwyczajne atrybuty władzy podmiot, ale samo państwo. A skoro status konstytucji w niczym nie odbiega od statusu pozostałych ustaw, to jej zmiany muszą być przeprowadzane w drodze procedury ustawodawczej. Konstytucja może zastrzec wprawdzie, że do dokonywania w niej zmian niezbędne jest spełnienie w ramach tej procedury dodatkowych wymogów, takich jak podwyższone kworum w parlamencie przy głosowaniu ustawy o zmianie konstytucji, czy kwalifikowana większość głosów konieczna do jej uchwalenia. Niemniej procedura taka ciągle będzie postępowaniem ustawodawczym<sup>66</sup>.

Z krytyką „rewolucyjnej koncepcji konstytucji” wystąpił Georg Jellinek. W swej *Ogólnej nauce o państwie (Allgemeine Staatslehre)*<sup>67</sup> uznał, że u jej podstaw leży teoria suwerenności ludu. Opiera się ona na całkowicie błędnym utożsamianiu woli poszczególnych jednostek z abstrakcyjną wolą powszechną narodu. Tymczasem naród powstaje dopiero z chwilą zorganizowania się jednostek we wspólnotę, co może nastąpić tylko dzięki wypracowaniu akceptowanych powszechnie reguł dotyczących artykulacji interesów ogółu. Nigdy bowiem z woli wielu jednostek nie może powstać faktycznie jednolita wola. Wola narodu może zatem istnieć jedynie jako kategoria prawna, której podstawą są określone reguły prawne odnoszące się do sposobów jej kształtowania. Źródłem władzy w państwie nie może być więc nieistniejący faktycznie twór w postaci narodu przedpaństwowego, lecz dopiero naród formalnie zorganizowany w państwo<sup>68</sup>. Bezprzedmiotowym czyni to w ocenie rozpatrywanego autora posługiwanie się inną koncepcją sformułowaną w pierwszych dniach rewolucji francuskiej, która bazowała na teorii suwerenności ludu, tj. koncepcją władzy ustrojodawczej narodu. Władzy takiej po

<sup>64</sup> Por. C. E. Bärsch, *Der Gerber-Labandsche Positivismus*, [w:] *Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, red. M. J. Sattler, München 1972, s. 53–54; J. W. Ochmański, *op. cit.*, s. 22–23.

<sup>65</sup> Jak stwierdzał Paul Laband, „konstytucja nie jest mistyczną władzą unoszącą się ponad państwem, lecz wzorem pozostałych ustaw, aktem woli państwa, które państwo mocą swej woli w każdym momencie może zmienić”. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, Tübingen 1911, s. 39.

<sup>66</sup> W. Wiese, *op. cit.*, s. 67. Por. także M. Starzewski, *op. cit.*, s. 104; W. Zakrzewski, *Działalność prawotwórcza w świetle teorii niemieckiej*, Kraków 1959, s. 27–29.

<sup>67</sup> Jej pierwsze wydanie ukazało się w 1900 r. Doczekała się ona również polskiego przekładu. Najpierw w 1921 r. wydano tłumaczenie pierwszej książki (J. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie, Księga I – Badania wstępne*, tłum. A. Peretiatkowicz, Warszawa 1921), a następnie w 1924 r. dwie kolejne (J. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie, Księga II i III*, tłum. M. Balsigierowa, M. Przedborski, Warszawa 1924).

<sup>68</sup> J. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie, Księga I*, s. 463–465.

prostu nie ma, jako że naród nie może istnieć poza państwem. Prawo tworzenia konstytucji jest nieodłącznym uprawnieniem władzy najwyższej, która – w zależności od formy państwa – przysługiwać może zgromadzeniu parlamentarnemu bądź monarche<sup>69</sup>. Co się zaś tyczy samej konstytucji, to jest ona ustawą o nie do końca zdefiniowanej treści, skutkiem czego nie da się znaleźć uniwersalnych cech odgraniczających ustawodawstwo konstytucyjne od zwykłego. Trudno za taką uznać wyższą moc prawną konstytucji, skoro cecha ta nie ma charakteru powszechnego. Odnieść ją można bowiem jedynie do takich konstytucji, które przewidują utrudniony w porównaniu do uchwalania ustaw zwykłych tryb ich zmiany. Natomiast w przypadku pozostałych cecha ta pozbawiona jest praktycznego znaczenia<sup>70</sup>.

Podsumowania poglądów prezentowanych na gruncie doktryny pozytywizmu prawniczego w kontekście omawianych kwestii dokonał Walther Hildesheimer<sup>71</sup>. W wydanej w przededniu upadku II Rzeszy pracy poświęconej zasadom zmiany ówczesnych konstytucji poddał on krytycznej ocenie koncepcję władzy ustrojodawczej. Zarzucił jej przede wszystkim to, że z istniejącego w każdym społeczeństwie na każdym etapie jego rozwoju układu sił czyni kategorię prawną. Czynnikiem sprawczym konstytucji nie jest wyimaginowana władza narodu, lecz faktyczny układ sił danego społeczeństwa. Natomiast naród podmiotowość prawną uzyskuje dopiero w ramach państwa. Początkiem zaś państwa jest akt ustanowienia konstytucji. Z kolei w państwie nie ma innych władz niż te, które ustanawia konstytucja. Tylko jej postanowienia mogą stworzyć władzę, która będzie legitymowana do zmiany i interpretacji konstytucji, a co za tym idzie – do oddziaływania na pozostałe władze (*verfassungsetzende Gewalt*). Byłaby to wówczas najwyższa władza w państwie. Jej sprawowanie powinno zostać rozdzielone pomiędzy naród oraz trzy klasyczne władze, czyli legislatywę, egzekutywę i judykaturę. Autor nie wyjaśnił niestety, co miał na myśli, pisząc o takim kolektywnym wykonywaniu uprawnień władzy najwyższej. Dodał jednak, że gdyby władza taka nie została ustanowiona, to wtedy jej zadania powinny przypaść w udziale legislatywie<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, s. 471.

<sup>70</sup> *Ibidem*, s. 392–395.

<sup>71</sup> Warto odnotować, że w 1909 r. ukazała się w Niemczech książka o znamienym tytule – *Nauka o władzy ustrojodawczej (Die Lehre vom Pouvoir Constituant)*. Jej autorem był Egon Zweig. Zawierała ona nader wnikliwą i szczegółową analizę genezy oraz rozwoju tytułowej problematyki we Francji w okresie rewolucji.

<sup>72</sup> W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen – eine Studie über das Prinzip der Staatlichkeit und die Idee pouvoir constituant in den heutigen Verfassungen*, Tübingen 1918, s. 39–42.

## 4. Konkluzje

W wiek XIX państwa niemieckie wkraczały jako monarchie absolutne, kończyły go zaś jako monarchie konstytucyjne. Z tego powodu stulecie to określane bywa w literaturze niemieckiej jako „era konstytucjonalizmu”. Przekształcanie dawnych porządków ustrojowych w nowe nie było jednak zjawiskiem jednolitym, lecz stanowiło złożony proces, który obejmował kilka etapów. Powstanie monarchii konstytucyjnej na gruncie niemieckim było więc dziełem ewolucyjnym, mimo że impulsem do tej ewolucji były nierzadko wydarzenia o charakterze rewolucyjnym, by wspomnieć tylko czasy Wiosny Ludów. Z takim obrotem spraw korespondowała postawa przedstawicieli ówczesnej nauki niemieckiej, która nacechowana była konserwatyzmem oraz daleko posuniętym sceptycyzmem wobec rewolucyjnych idei ustrojowych promieniujących znad Sekwany. Do rangi aksjomatu podnieśli oni zasadę monarchiczną, którą uznali za fundament niemieckiej monarchii konstytucyjnej. Dość stwierdzić, że monarchii takiej nie traktowali jako przejściowej formy ustrojowej między absolutyzmem a parlamentaryzmem, ale widzieli w niej ostateczny efekt rozwoju niemieckiej państwowości. Dlatego też w zdecydowanej mierze odrzucali oni rewolucyjne idee suwerenności narodu oraz podziału władzy, zastępując je wspomnianą zasadą monarchiczną. Istotę tej ostatniej upatrywali początkowo w przypisywaniu monarchii atrybutów władzy suwerennej, a także skupieniu w jego ręku jednolitej władzy państwowej. Z czasem suwerenność monarchii zastąpiona została suwerennością państwa, co jednak w niczym nie zmieniło faktu braku akceptacji w literaturze niemieckiej dla zasady suwerenności narodu.

Pierwsze konstytucje niemieckie były aktami okrojowanymi przez panujących. Z biegiem lat miejsce tej formuły powstawania konstytucji zastąpiła ugoda zawierana przez monarchę z przedstawicielami społeczeństwa reprezentowanymi w parlamencie. Konstytucja przestawała tym samym być przywilejem panującego, a stawała się owocem kompromisu społecznego. Zwieńczeniem tej formy ustrojodawczej była konstytucja II Rzeszy z 1871 r., pieczętująca proces zjednoczenia Niemiec na płaszczyźnie ustrojowej. Dziewiętnastowiecznym konstytucjom niemieckim obca była przy tym idea władzy ustrojodawczej jako odrębnego podmiotu władzy, który działałby w ramach specjalnej procedury zmierzającej do uchwalenia nowej konstytucji. Zawierały one tylko postanowienia dotyczące trybu ich nowelizacji, który stanowił jednak zaledwie jedną z form procedury ustawodawczej. Zazwyczaj zresztą tryb taki w niczym nie odbiegał od standardowych reguł tej procedury. Natomiast wszelkie modyfikacje w tym zakresie ograniczały się do kwestii czysto proceduralnych w postaci ustanowienia wymogów odmiennych niż w zwykłym postępowaniu ustawodawczym dotyczących większości potrzebnej dla uchwalenia ustawy nowelizującej konstytucję.

Odrzucając idee ustrojowe rewolucji francuskiej, niemieccy teoretycy państwa i prawa nie mogli postąpić inaczej w odniesieniu do koncepcji władzy ustrojodawczej, skoro we Francji była ona nierozzerwalnie powiązana z zasadą suwerenności narodu. Co niektórzy autorzy zarzucali jej nie tylko rewolucyjny charakter, ale wręcz uważali ją za zgoła niebezpieczną dla niemieckiej tożsamości państwowej (F. J. Stahl). Z kolei ci z nich, którzy koncepcję tę akceptowali, nadawali jej znaczenie daleko odbiegające od poglądów ukształtowanych w tej mierze we Francji przez E. Sieyès, próbując wkomponować ją w ogólny trend dominujący w niemieckiej nauce o państwie (R. von Mohl). Jedynie wśród południowoniemieckich teoretyków liberalnych z przełomu lat trzydziestych i czterdziestych XIX w. odnotować można wyraźny ślad fascynacji powyższą koncepcją, którego rezultatem były wysiłki na rzecz sformułowania jej własnej wersji utrzymanej w duchu założeń autora broszurki *Czym jest stan trzeci?* (C. von Rotteck).