

Wojciech Włoch

Problem gwarancji konstytucyjności legislacji w ujęciu czystej teorii prawa Hansa Kelsena

Przedmiotem rozważań będzie zagadnienie gwarancji konstytucji ujęte z perspektywy czystej teorii prawa H. Kelsena¹. Autor *Reine Rechtslehre* postrzegany jest jako teoretyczno-prawny fundator europejskiego modelu sądownictwa konstytucyjnego. Dobrze znany jest również słynny spór H. Kelsena z C. Schmittem o to, kto może pełnić rolę strażnika konstytucji². Przypisywanie przez Kelsena szczególnego znaczenia sądownictwu konstytucyjnemu wynika z preferencji na rzecz jednego z trzech modeli gwarancji konstytucji, które wyróżnia w swojej teorii. System prawny nie może funkcjonować bez reguł kreacji prawa, a najwyższą tego typu pozytywnoprawną regulacją jest konstytucja. Jeżeli ma stanowić ona rzeczywiste prawo, a nie tzw. pozytywną moralność³, to przestrzeganie jej norm musi być gwarantowane przez odpowiednie środki prawne.

1 Przedstawione niżej analizy ograniczają się do ogólnego zagadnienia gwarancji konstytucji, a nie dotyczą szczegółowego uzasadnienia sądowej kontroli ustaw; pomijają też współcześnie często podejmowane zagadnienia ochrony praw czy demokratycznej legitymizacji sądów konstytucyjnych. Zob. szerokie omówienie literatury na ten temat: M. Eberl, *Verfassung und Richterspruch. Rechtsphilosophische Grundlegungen zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin 2006; W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008. Zob. też o tzw. przedmiotowej gwarancji konstytucji: H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszekiewicz, Warszawa 2009, s. 30.

2 Zob. omówienie wraz z angielskimi tłumaczeniami tekstów H. Kelsena i C. Schmitta: L. Vinx, *The guardian of the constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge 2015; a także: A. Górniewicz, „Spór o strażnika konstytucji. Przypadek weimarski: Hans Kelsen – Carl Schmitt, „Przegląd Polityczny” 2016, nr 138, s. 65–77; D. Dyzenhaus, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oksford 2003.

3 Zob. J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, Nowy Jork 2001, s. 194 i n., 214 i n.

Wybór modelu gwarancji konstytucji przesądza o mocy jej oddziaływania na cały porządek prawny.

W części pierwszej artykułu postawiony zostaje ogólny problem gwarancji konstytucji. Część druga dotyczy trzech modeli gwarancji konstytucji oraz argumentów przemawiających za wyborem modelu przewidującego istnienie niezależnego organu powołanego do kontroli konstytucyjności ustaw. Czy taki model stanowiłby uzasadnienie prymatu organu kontrolnego nad legislatywą? W części trzeciej następuje odpowiedź przecząca na to pytanie, akcentująca tezę o konieczności zachowania równowagi między ustawodawcą a organem kontrolnym w ramach omawianego modelu.

1. Problem gwarancji zgodności ustawodawstwa z konstytucją

W ogólnym ujęciu kwestia gwarancji konstytucji oznacza „zapewnienie zgodności działań państwa z prawem”⁴, co można doprecyzować poprzez postulat zgodności aktywności prawotwórczej organów państwa z konstytucją. Dotyczy to szczególnie działalności ustawodawcy. Zagadnienie zgodności ustaw z konstytucją nie ogranicza się do państw posiadających konstytucję w znaczeniu formalnym, gdyż „każde państwo posiada konstytucję, tj. stwierdzenie celów i formy rządu”⁵, zatem zarówno w przypadku istnienia konstytucji formalnej (tzn. określonego tą nazwą aktu prawnego), jak i jej braku można podnieść pytanie, „jakie prawne znaczenie przysługuje formalnie poprawnie wydanym, lecz materialnie sprzecznym z konstytucją ustawom w państwie konstytucyjnym”⁶.

Kwestia naruszenia konstytucyjnych wymogów formalnych uchwalenia ustawy, twierdzi R. von Mohl, nie stanowi teoretycznego problemu,

4 H. Kelsen, *Istota...*, s. 15. W oryginale „Garantie der Verfassung” – zob. H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, w: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Band 2*, red. H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wiedeń 2010, s. 1485 i 1487; w angielskim tłumaczeniu „guarantee of the constitution” – zob. H. Kelsen, *The nature and development of constitutional adjudication*, tłum. L. Vinx, w: L. Vinx, *The guardian of the constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge 2015, s. 22, 25.

5 R. Mohl, *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze*, w: R. Mohl, *Staatsrechts, Völkerrecht und Politik*, Tybinga 1860, s. 69 (jeśli nie zaznaczono inaczej, tłum. własne). Zob. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1929, s. 505.

6 R. Mohl, *Über...*, s. 72.

gdyż akty prawne wydane z ich naruszeniem w ogóle nie posiadają znaczenia prawnego⁷. Inaczej mówiąc, wypowiedzi legislatywy, które nie doszły do skutku w przewidzianej w konstytucji formie prawnej, nie są prawem (np. organy nie dochowały przepisanej w konstytucji procedury). Ewentualne zastrzeżenia co do podejmowania kwestii prawnego znaczenia materialnej niezgodności ustaw z konstytucją wynikać mogą z przekonania, że takie wadliwe prawo jest w państwie konstytucyjnym czymś rzadkim, gdyż funkcjonuje (czy też powinien funkcjonować) w nim podział władz, istnieją partie opozycyjne, prasa oraz opinia publiczna. Wszystkie te czynniki można ogólnie uznać za elementy wspierające, lecz nie gwarantujące przestrzegania konstytucji⁸. Precyzując postulat gwarancji konstytucyjności, należy stwierdzić, że dotyczy on funkcjonowania organów bezpośrednio podlegających konstytucji, np. rządu i parlamentu, a wynika on – jak wskazuje H. Kelsen – z zasady państwa prawnego, aby wszelkie wykonywanie funkcji państwa było w jak największym stopniu zgodne z prawem⁹.

Zagadnieniem szczególnie ważnym w tym kontekście jest zgodność z konstytucją działania legislatywy, ponieważ biorąc pod uwagę klasyczną formę doktryny podziału władz, to właśnie władza ustawodawcza zajmuje w takim systemie wyróżnioną pozycję. W ujęciu J. Locke'a:

[...] *legislatywa* jednoczy członków wspólnoty i łączy ich w jedno zgodnie żyjące ciało. [...] *Ukonstytuowanie legislatywy* jest pierwszym i fundamentalnym aktem społeczeństwa, w wyniku którego zostaje zabezpieczona *kontynuacja ich związku* pod kierownictwem osób i w podległości prawom ustanowionym przez tych, którzy zostali do tego na mocy zgody ludu i przez lud wyznaczeni¹⁰.

Z tak zarysowanej perspektywy prawo stanowione przez legislatywę interpretowane jest jako wyraz woli obywateli i określa ono nie tylko

7 Zob. R. Mohl, *Über...*, s. 74 i 81.

8 Zob. R. Mohl, *Über...*, s. 75.

9 Zob. H. Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, w: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Band 2*, red. H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wiedeń 2010, s. 1533.

10 J. Locke, *Traktat drugi*, § 212 oraz § 149–150, w: *Dwa traktaty o rządzie*, tłum. Z. Rau, Warszawa 1992; J. Waldron, *Locke's legislature (and Rawls's)*, w: J. Waldron, *The dignity of legislation*, Cambridge (i in.) 1999, s. 63–91; J. Madison, w: *Eseje polityczne federalistów*, red. F. Quinn, tłum. B. Czarska, Kraków, Warszawa 1999, s. 150–154 (esej 51).

aktywność jednostek, ale też funkcjonowanie innych władz, co można zobrazować za pomocą modelu konkretyzacji (stosunku podporządkowania) postanowień legislatywy przez pozostałe organy państwa. Klasyczna doktryna podziału władz przyjmuje formę stosunków inkluzji:

[...] konstytucyjne związanie legislatywy i ustawowe związanie egzekutywy mierzyłyby się zakresowym podporządkowaniem bardziej szczegółowych treści normatywnych treściom każdorazowo bardziej ogólnym¹¹.

Można by zatem powiedzieć, że legislatywa nie może działać bezprawnie (tj. nie może czynić czegoś sprzecznego z prawem), ponieważ ona prawo stanowi, a nie je wykonuje, tzn. uszczegóławia ogólne treści zawarte w konstytucji.

Stanowisko takie, twierdzi G. Jellinek, ignoruje fakt, że zarówno działania legislatywy, egzekutywy, jak i sądów są przede wszystkim działaniami organów państwa, a zatem podział na ustanawianie prawa, wykonanie oraz sądenie wynikać musi z „natury ich funkcji”¹². Niemożliwe jest ściśle rozdzielenie spełniania tych funkcji na: czysto stanowiące, wykonujące i sądzące. Ustawodawca nie tylko stanowi, lecz również stosuje prawo, a mianowicie prawo konstytucyjne. Działania wszystkich organów państwa zorientowane są na prawo obiektywnie ważne, inaczej są bowiem bezprawne. A zatem każdy organ, który nie działa zgodnie z prawem, działa bezprawnie. O ile więc funkcjonowanie legislatywy jest prawnie uwarunkowane, o tyle może ona – podobnie jak inne władze – naruszać prawo, gdy nie przestrzega wiążących ją unormowań.

Jak pisał G. Jellinek: „jedna z istotniejszych cech państw konstytucyjnych, w przeciwieństwie do absolutnych, polega na tym, że każde takie państwo jest [zespołem – W.W.] prawnie określonych kompetencji”¹³. Przyjmując za pewnik, że w państwie konstytucyjnym organy stanowiące prawo są związane normami ustawy zasadniczej, można zauważyć pewien dysonans między związaniem ustawodawcy

11 J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 205.

12 G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wiedeń 1885, s. 4.

13 G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Fryburg 1887, s. 395.

przepisami konstytucji a brakiem jakiejkolwiek kompetencji do badania przez organy stosujące ustawy, czy jego działalność jest z nią zgodna. Z jednej strony można podnieść zastrzeżenie, że przyznanie wszystkim organom stosującym prawo kompetencji do stwierdzania, czy określona ustawa jest materialnie zgodna z konstytucją i czy należy uznawać ją za obowiązującą, może grozić arbitralnością lub niejednołitością podejmowanych decyzji¹⁴. Z drugiej strony uznanie niezgodnych z konstytucją ustaw za obowiązujące sankcjonuje niekonstytucyjne działania, w rzeczywistości przyznając legislatywie możliwość „zawieszenia” obowiązywania konstytucji, a nawet uzurpowania sobie przez nią nieograniczonej władzy¹⁵.

Zagadnienie prawnego znaczenia ustaw materialnie niezgodnych z konstytucją wiąże się ściśle z dylematem, jak połączyć pewność i stałość porządku prawnego z wymogiem przestrzegania i urzeczywistniania norm konstytucyjnych. Z koncepcji państwa konstytucyjnego wynika, że:

[...] powinno zostać stwierdzone, że sprzeczna z konstytucją ustawa (*Gesetz*) nie jest żadną ustawą, tj. nie jest wiążąca dla nikogo. Każda władza może być sprawowana tylko w sposób zgodny z konstytucją; jeżeli narusza ona jej przepisy, sama popełnia bezprawie, a nie tworzy prawa w obiektywnym sensie¹⁶.

Konstatacja, że arbitralne stwierdzanie niekonstytucyjności ustaw przez różnorodne podmioty może skutkować niepewnością prawa, prowadzi nie tyle do unieważnienia samego zagadnienia badania konstytucyjności ustaw, ile do pytania o to, czy istnieje jakiś rodzaj instytucji czy organów, których działalność kontrolna nie wiązałaby się z wyżej wskazanymi negatywnymi skutkami.

14 Jak wskazuje W. Sadurski, w Stanach Zjednoczonych „silna doktryna precedensu zapewnia całemu systemowi sądownictwa pewien poziom spójności. Gdy wszystkie sądy muszą kierować się *rationes decidendi* odpowiednich sądów apelacyjnych wyższych instancji oraz Sądu Najwyższego, niebezpieczeństwo pojawienia się arbitralności, niepewności i braku jednorodności zostaje zminimalizowane. [...] Nie jest prawdą, że system precedensów sądowych nie funkcjonuje w porządku prawnym Europy kontynentalnej. W tym systemie spójną linię orzecznictwa sądów – a w szczególności sądów konstytucyjnych – w praktyce traktuje się jako niekwestionowane źródło prawa” – W. Sadurski, *Prawo...*, s. 76.

15 Zob. R. Mohl, *Über...*, s. 75 i n.

16 R. Mohl, *Über...*, s. 80.

Problem gwarancji konstytucji wynika z twierdzenia, że jeżeli normy konstytucji mają wyższą rangę aniżeli przepisy „prawa zwykłego”, to nie mogą one być przez nie („milcząco czy wyraźnie”) zmieniane¹⁷. Zdaniem R. Mohla twierdzenie to nie jest bezdyskusyjne i nie może służyć za aksjomat prawa konstytucyjnego¹⁸, już nawet z czysto teoretycznego punktu widzenia mogą bowiem istnieć państwa, w których niemożliwe będzie wyróżnienie określonego aktu o szczególnej mocy prawnej, a ewentualna wyższa ranga określonych aktów wynikać będzie z okoliczności faktycznych, np. tradycji lub zwyczaju. Jednakże wraz z ustanowieniem spisanych i formalnych konstytucji w USA, a następnie w Europie – zaobserwować można rzeczywistą tendencję do postrzegania prawa konstytucyjnego jako pozytywnego „prawa wyższego”, tj. prawa ustanowionego w odpowiedniej formie, którego zmiana również wymaga dochowania pewnego specyficznego trybu, odmiennego i bardziej wymagającego aniżeli w przypadku „prawodawstwa zwykłego”¹⁹. Przepisy konstytucyjne w takim ujęciu postrzegane są jako podstawa ustroju państwa i przypisuje się im specjalną rangę, odpowiadającą ich fundamentalnemu znaczeniu.

Koncepcję, która odróżnia prawo „zwykłe” od konstytucji, B. Ackerman określa mianem dualistycznej²⁰, gdyż rozróżnia ona prawodawstwo „zwykłe” i „wyższe”. Organy władzy politycznej i państwowej związane są prawem wyższym, które interpretować powinno się jako wolę suwerena (ludu), a ewentualna zmiana tego prawa wymaga dopełnienia specjalnych procedur. Konstytucjonalizm wiąże się zatem z pewnym uregulowaniem prawnym funkcjonowania organów państwa, a przez to – ograniczeniem arbitralności ich działania²¹. Oznacza także wprowadzenie hierarchii²² –

17 Zob. R. Mohl, *Über...*, s. 81–82.

18 Zob. R. Mohl, *Über...*, s. 82.

19 R. Mohl, *Über...*, s. 82.

20 Bruce Ackerman rozróżnia tzw. *higher lawmaking* i *normal lawmaking*. Zob. B. Ackerman, *Constitutional politics / constitutional law*, „The Yale Law Journal” 1989, t. 99, nr 3, s. 461 i n.; B. Ackerman, *We the people. Foundations*, Cambridge, Londyn 1995, s. 6 i n.

21 Zob. G. Sartori, *Constitutionalism: A preliminary discussion*, „The American Political Science Review” 1962, t. 56, nr 4, s. 860.

22 Zob. D. Grimm, *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world, w: The twilight of constitutionalism?*, red. M. Loughlin, J.P. McCormick, N. Walker, Oksford 2012, s. 9.

konstytucja stanowi *lex superior* i do jej postanowień nie stosuje się chronologicznej reguły kolizyjnej: *lex posterior derogat legi priori*²³.

Wstępną odpowiedź na pytanie, kto może pełnić rolę gwaranta postanowień konstytucji, znajdujemy już w fundamentalnych dla konstytucjonalizmu Stanów Zjednoczonych esejach federalistów. Konstytucja, pisze A. Hamilton:

[...] zawiera pewne sprecyzowane ograniczenia władzy ustawodawczej; jak na przykład: nie może wydać ustaw o pozbawieniu praw ani ustaw *ex post facto* itp. Tego rodzaju ograniczenia mogą być w praktyce utrzymywane tylko przez sądy, których obowiązkiem musi być uznawanie za nieważne wszystkich ustaw sprzecznych z treścią Konstytucji. Bez tego zachowanie poszczególnych praw i przywilejów jest niemożliwe. [...] każdy akt władzy delegowanej sprzeczny z treścią ustaloną przez władzę, której ona podlega, jest nieważny. Przeto żaden akt ustawodawczy niezgodny z Konstytucją nie może być obowiązujący²⁴.

Czy oznacza to, że władza sądownicza stoi ponad ustawodawczą? Zdaniem A. Hamiltona poprawnym byłoby pytanie: czy władza ustawodawcza stoi ponad konstytucją? Gdyby sądy nie mogły badać zgodności ustaw z konstytucją, to legislatura mogłaby poprzez dowolne ustanawianie „prawa zwykłego” dezawuować znaczenie „prawa wyższego”.

Konstytucja jest – w istocie – i musi być uważana przez sędziów za ustawę zasadniczą. Do nich zatem należy precyzowanie jej znaczenia, jak i znaczenia każdej ustawy. Gdyby się zdarzyło, że powstanie niedająca się uzgodnić różnica między Konstytucją a aktem ustawodawczym, wtedy to, co ma nadrzędną moc obowiązującą i ważność, powinno być oczywiście preferowane; lub – innymi słowy – konstytucja powinna górować nad ustawą, intencje ludu ponad intencjami jego przedstawicieli²⁵.

Możliwość badania konstytucyjności ustaw nie oznacza wyższości władzy sądowniczej nad ustawodawczą, lecz prymat „prawa wyższego”

23 Zob. H. Dreier, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, Monachium 2009, s. 25.

24 J. Madison, w: *Eseje...*, s. 182 (esej 78).

25 J. Madison, w: *Eseje...*, s. 182–183 (esej 78).

nad wszystkimi władzami państwa²⁶. Sądy muszą w razie sprzeczności uznać pierwszeństwo aktu o większej mocy i randze, a więc w przypadku sprzeczności ustawy z konstytucją muszą uznać wyższość konstytucji²⁷.

Jednakże wobec powyższej tezy A. Hamiltona można podnieść zarzuty, które sformułował C. Schmitt. Po pierwsze, z ogólnej zasady zgodności ustawy z konstytucją nie wynika koniecznie istnienie organu państwowego stojącego na straży takiej zgodności, bo gdyby tak było, to takie prawo w przypadku stwierdzenia niezgodności ustawy z konstytucją mógłby usurpować sobie każdy organ, czy nawet każdy obywatel, a nie tylko sądownictwo, co ostatecznie prowadziłoby do uzasadnienia prawa do nieposłuszeństwa²⁸. Po drugie, sądy (czy sąd) nie mają jakichś specjalnych właściwości, aby być strażnikami konstytucji – mogą jedynie nie zastosować normy, którą uznają za niezgodną z inną normą, czy też pilnować własnej niezależności jako odrębnej władzy, natomiast wdawanie się w spór z legislatywą wykracza poza rolę im przypisywaną²⁹. W przypadku pierwszym badanie konstytucyjności grozi anarchią, a w przypadku drugim – upolitycznieniem sądów.

Czy zatem idea gwarancji konstytucji prowadzi do sprzeczności? Przecież jej przyjęcie skutkowało tym, że nie będzie zachodziła potrzeba rozproszonego nieposłuszeństwa wobec ustaw uznanych

26 Martin Loughlin przedstawia myśl A. Hamiltona następująco: „In Hamilton’s constitutional philosophy, the Constitution is a type of positive law and the judiciary, as the institution charged with the responsibility of interpreting and enforcing the law, have the ultimate authority to determine the meaning of the Constitution” – M. Loughlin, *What is constitutionalisation?*, w: *The twilight of constitutionalism?*, red. M. Loughlin, J.P. McCormick, N. Walker, Oksford 2012, s. 58.

27 Alexander Hamilton opiera swoje rozważania na rozróżnieniu prawa wyższego i zwykłego (dualizm konstytucyjny). Prawo wyższe, czyli konstytucja, pochodzi niejako „z woli ludu” i nie może zostać zmienione zwykłym aktem ustawodawczym przez organ reprezentujący obywateli – tego typu zmiana wymaga dochowania specyficznej formy. Sądownictwo poprzez możliwość stwierdzenia niezgodności aktu prawodawczego z konstytucją stoi na straży konstytucji, zapobiegając zmianie konstytucji (prawa wyższego) za pomocą aktów ustawodawczych (prawa zwykłego). Sądownictwo niejako zabezpiecza konstytucję przed nieuprawnioną ingerencją większości parlamentarnej. Jednakże realne funkcjonowanie tego typu zabezpieczenia polega na kondycji władzy sądowniczej – na realnym opieraniu werdyktów na interpretacji konstytucji i ustaw oraz na nieugiętej postawie sędziów wobec władzy politycznej. Dlatego też konieczne jest ustrojowe zagwarantowanie niezależności i niezawisłości sędziów. Zob. J. Madison, w: *Eseje...*, s. 184–185 (esej 78).

28 Zob. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1996, s. 21.

29 Zob. C. Schmitt, *Der Hüter...*, s. 29, 33.

za niekonstytucyjne, jak również tym, że organy państwa nie będą sobie arbitralnie przypisywać kompetencji i wykraczać poza konstytucyjnie określone funkcje. Tymczasem w interpretacji C. Schmitta idea ta jedynie potęguje problemy państwa konstytucyjnego.

2. Trzy modele gwarancji zgodności ustaw z konstytucją w ujęciu czystej teorii prawa H. Kelsena

Czy rzeczywiście idea gwarancji konstytucji jest tak niebezpieczna? Czy może paradoksalnie brak instytucjonalnego gwaranta (strażnika) będzie najlepszą gwarancją konstytucji?³⁰ Być może prawdziwym dylematem jest kwestia, czy w ogóle poszukiwać środków prawnoinstytucjonalnych gwarantujących stosowanie i przestrzeganie konstytucji, czy też może lepiej oddać to pole działaniom *stricte* politycznym, ryzykując przy tym, że polityczna „konstytucja rzeczywista” zastąpi „konstytucję pisaną”. Czysta teoria prawa H. Kelsena dowodzi, że powyższa alternatywa jest błędna, gdyż sama struktura nowoczesnego, zracjonalizowanego i wyspecjalizowanego prawa³¹ sprawia, że problem gwarancji konstytucji wynika wprost ze znaczenia konstytucji w ramach nowoczesnych systemów prawnych.

Podobnie jak w teoriach umowy społecznej, gdzie przysługująca każdemu kompetencja do interpretowania praw naturalnych prowadzi

30 Carl Schmitt twierdził, że w ramach konstytucji weimarskiej strażnikiem konstytucji może być prezydent z uwagi na jego specyficzną pozycję ustrojową, stanowi bowiem centralny organ, neutralny i niezależny wobec polityki partyjnej, oraz opiera się na demokratycznej legitymizacji. Zob. C. Schmitt, *Der Hüter...*, s. 158 i n.

31 Czystą teorię prawa traktuje się w niniejszym artykule jako konstrukcję typu idealnego nowoczesnego systemu prawnego rozumianego jako system norm. Typ idealny zostaje wypracowany „poprzez jednostronne uwydatnienie jednego lub paru aspektów i poprzez połączenie wielkiej ilości rozproszonych, dyskretnych, istniejących w różnych proporcjach tu i tam, a czasem w ogóle nie istniejących zjawisk pojedynczych, które podporządkowują się owym jednostronnie wyekspozowanym aspektom, tworząc w umyśle jednolity obraz” – M. Weber, „Obiektywność” *poznania społeczno-naukowego i społeczno-politycznego*, w: M. Weber, *Racjonalność, władza, odczarowanie*, tłum. M. Holona, Poznań 2004, s. 172–173. Czysta teoria prawa, jako model jednostronny w sensie weberowskim, wskazuje na pewne aspekty funkcjonowania nowoczesnego prawa, ale nie oddaje jego pełnego czy zupełnego obrazu: przedstawia obraz prawa zbiurokratyzowanego, o wysokim stopniu proceduralizacji i profesjonalizacji. Zob. D. Shivakumar, *The pure theory as ideal type: Defending Kelsen on the basis of Weberian methodology*, „The Yale Law Journal” 1996, t. 105, nr 5, s. 1383–1414.

do konfliktu³², tak kompetencja do stwierdzenia ważności ustawy nie może przysługiwać każdemu, gdyż w takim przypadku prawo nie mogłoby być skuteczne. Jeżeli hierarchiczny system prawny ma w ogóle funkcjonować, to powinien on regulować kwestię obowiązywania prawa. Zakłada się też przy tym, że między normami wyższego i niższego rzędu nie może zachodzić konflikt, zgodność między stopniami tworzy bowiem porządek prawny jako całość, tj. pozwala przypisać określone normy do danego systemu prawnego³³. Zatem stosowanie i przestrzeganie konstytucji przez ustawodawcę jest kluczowe dla tożsamości tego porządku, dlatego też celowe jest istnienie konstytucyjnych środków gwarancyjnych. „Gwarancje konstytucyjności” – pisze autor *Reine Rechtslehre* – „są [...] jedynie środkami uruchamianymi przeciw niezgodnym z konstytucją ustawom”³⁴.

Zdaniem H. Kelsena można wyróżnić trzy modele gwarancji zgodności ustaw z konstytucją:³⁵

(I) *Model 1*: „[...] jeżeli konstytucja nie zawiera żadnego określenia na temat, kto ma skontrolować konstytucyjność ustaw, są to organy, które konstytucja upoważnia do stosowania ustaw”³⁶. Organy takie, w szczególności sądy, miałyby odpowiadać na pytanie, czy określone akty nazywane ustawami odpowiadają konstytucji, tj. że obiektywnym sensem danego aktu jest „bycie ustawą”. Konstytucja może wyłączyć z upoważnienia do stosowania ustaw możliwość kontroli ich konstytucyjności. Jednakże:

32 Jak np. u wspomnianego wyżej J. Locke’a w przypadku ważności prawa natury i jego naruszenia. Zob. J. Locke, *Traktat drugi*, § 8–13.

33 Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, Warszawa 2014, s. 300–301; O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin 1981, s. 130.

34 H. Kelsen, *Istota...*, s. 23.

35 Szerzej na temat gwarancji konstytucyjności: H. Kelsen, *Istota...* Por. krytykę: C. Schmitt, *Der Hüter...* i odpowiedź: H. Kelsen, *Wer...*, s. 1533–1574. O znaczeniu idei sądownictwa konstytucyjnego w czystej teorii prawa zob. R. Marcic, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, Wiedeń 1966. Zob. też literaturę polską, np. M. Granat, *Legitymacja sądu konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4 (33), s. 9–19; S. Wronkowska, *Posłowie*, w: H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszekiewicz, Warszawa 2009, s. 71–85; na temat przemian „modelu Kelsenowskiego” zob. A. Kustra, *Kelsenowski model kontroli konstytucyjności prawa a integracja europejska. Studium wpływu*, Toruń 2015; A.S. Sweet, *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*, Nowy Jork 2002.

36 H. Kelsen, *Czysta...*, s. 394.

[...] organy powołane do stosowania ustaw nie mogą w sposób racjonalny być upoważnione do tego, aby wszystko, co prezentuje się subiektywnie jako ustawa, stosować jako ustawę. Musi być im pozo-
stawione minimum uprawnień kontrolnych³⁷.

Przykładowo może chodzić o sprawdzenie, czy dany akt opublikowany został w dzienniku promulgacyjnym, natomiast w przypadku organu publikującego ustawę – o stwierdzenie, czy dany akt pochodzi od właściwego organu. Zatem „minimum uprawnień kontrolnych” dotyczy wyłącznie kwestii formalnych.

(2) *Model 2*: Gdy konstytucja nie określa podmiotu uprawnionego do kontroli konstytucyjności ustaw, a także wyłącza taką możliwość w przypadku organów stosujących ustawy, to „sam organ ustawodawczy upoważniony jest do rozstrzygania, czy uchwalona przezeń ustawa jest zgodna z konstytucją”³⁸. W takim wypadku sam akt ustanowienia ustawy jest aktem potwierdzającym jego zgodność z konstytucją, tzn. wszystko, co organ ustawodawczy ustanawia jako ustawę, powinno „obowiązywać jako ustawa w rozumieniu konstytucji”³⁹. Opinia innych podmiotów lub organów na temat konstytucyjności określonej ustawy nie wpływa na jej ważność. Jeżeli organ ustawodawczy sam rozstrzyga o ważności aktu ustawodawczego, to teoretycznie może on „ustanowić” inną procedurę prawodawczą aniżeli przewidziana w konstytucji i uznać akty ustanowione zgodnie z tą procedurą za ustawy. Konstytucja, która upoważnia wyłącznie organ ustawodawczy do stwierdzania konstytucyjności ustaw, wprowadza w istocie dwie możliwości ich ustanawiania: (a) taką, jaka zawarta jest w konstytucji, oraz (b) taką, jaką organ ustawodawczy uznał za procedurę ustawodawczą⁴⁰. Konsekwencją nieustanowienia organu kontrolującego konstytucyjność ustaw innego niż organ ustawodawczy jest więc alternatywność sposobów legislacji. Sposób zawarty w konstytucji byłby tylko jednym z możliwych. Powyższa alternatywa nie wynika wprost z postanowień konstytucji ani też nie musi zachodzić w praktyce, lecz poprzez brak ustanowienia

37 H. Kelsen, *Czysta...*, s. 394.

38 H. Kelsen, *Czysta...*, s. 395.

39 H. Kelsen, *Czysta...*, s. 395.

40 Zob. H. Kelsen, *Czysta...*, s. 395.

organu kontrolującego konstytucyjność dopuszcza niejako teoretycznie istnienie alternatywnej procedury ustawodawczej.

(3) *Model 3*: Konstytucja może ustanowić organ inny niż ustawodawca i upoważnić go do kontroli konstytucyjności ustaw, tj. upoważnić do uchylania aktów niezgodnych z konstytucją. W sytuacji omówionej w *modelu 1*, gdy konstytucja nie zabrania sądom badania konstytucyjności, ewentualne orzeczenie niezgodności ustawy z konstytucją jest ważne w określonym przypadku rozpatrywanym przez sąd, a więc nie oznacza unieważnienia ustawy, a dotyczy jej zastosowania tylko w badanym przez sąd przypadku. Inaczej jest w sytuacji, gdy:

[...] kontrola konstytucyjności ustaw jest zastrzeżona dla jednego sądu, może on być upoważniony do tego, aby obowiązywanie ustawy uznanej za „sprzeczną z konstytucją” uchylić nie tylko w jednym konkretnym przypadku, lecz we wszystkich przypadkach, do których odnosi się ustawa, to znaczy uchylić ustawę jako taką⁴¹.

Ustawa obowiązuje i powinna być stosowana do czasu stwierdzenia jej nieważności przez odpowiedni organ. Oznacza to, że konstytucja, ustanawiając organy, procedurę ustawodawczą, a także wyznaczając w pewnym stopniu treść przyszłych ustaw, stwierdza, że akty, które nie odpowiadają w pełni postanowieniom konstytucji, należy tak długo uważać za obowiązujące, póki nie zostanie stwierdzona przez odpowiedni organ ich niezgodność z konstytucją. „Tak zwane «sprzeczne z konstytucją» ustawy są ustawami konstytucyjnymi, ale uchylanymi w szczególnej procedurze”⁴². Hans Kelsen konstatuje, że również w takim przypadku stwierdzić można niebezpieczeństwo „alternatywności sposobów ustanawiania ustaw” (rozbieżności między procedurą zawartą w konstytucji a realizowaną przez ustawodawcę), jednakże (w odróżnieniu od przypadku opisanego w *modelu 2*) gdy ustanowiony jest organ powołany do badania konstytucyjności ustaw, to w sytuacji uchwalenia ustawy w „trybie alternatywnym” wobec trybu uregulowanego w konstytucji ustawa taka może zostać uchylona przez ów organ kontrolujący (byłaby ważna do momentu jej uchylenia).

41 H. Kelsen, *Czysta...*, s. 396.

42 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre (zweite Auflage) mit einem Anhang Das Problem der Gerechtigkeit*, Wiedeń 1967, s. 278. Zob. H. Kelsen, *Czysta...*, s. 397.

Z powyższych rozważań wynika, że żadna z form badania konstytucyjności ustaw nie zabezpiecza i nie gwarantuje dochowania w pełni procedury ustanowionej w konstytucji (ustawodawca może uchwalić niezgodną z konstytucją ustawę w każdym z powyższych modeli), jednakże można łatwo zauważyć, że *model 3*, przewidujący inny niż ustawodawca organ badający konstytucyjność ustaw, „daje pierwszeństwo” procedurze ustawodawczej uregulowanej w konstytucji, przewiduje bowiem procedurę unieważnienia tzw. niekonstytucyjnej ustawy. *Model 2*, w którym sam ustawodawca stwierdza konstytucyjność ustaw, dopuszcza faktyczną możliwość zmiany konstytucji w zakresie zarówno trybu ustawodawczego, jak i regulowanej materii, bez zmiany jej przepisów. Wszelako w każdym z trzech powyższych modeli dojść może do „rewolucyjnej” (w zasadzie niezgodnej z przewidzianym w prawie trybem) zmiany konstytucji, gdy organy kontrolujące konstytucyjność ustaw uznają za obiektywnie ważne ustawy wydane niezgodnie z procedurą przewidzianą w konstytucji lub niezgodne z materialnymi normami konstytucji. Innymi słowy: naruszyć konstytucję może zarówno ustawodawca, jak i organ kontrolujący. W takim przypadku stwierdzić można realną zmianę konstytucji bez zmiany jej przepisów.

Różny może być oczywiście zakres takiej zmiany, a zależy to od tego, w jakim stopniu ustawodawstwo narusza konstytucję, czyli jak szeroki jest zakres podmiotowy i przedmiotowy takiej zmiany. W *modelu 2* w zasadzie dopuszcza się zmianę całościową. W *modelu 1* zależy to od zachowania organów stosujących ustawy; można wskazać tu na sytuacje skrajne, tj. tylko jeden organ uzna ustawę niezgodną z konstytucją za ważną lub tylko jeden organ uzna ustawę niezgodną z konstytucją za nieważną (w pierwszym przypadku zakres realnej zmiany jest wąski, w drugim szeroki). W *modelu 3* błędne uznanie przez niezależny organ kontrolujący niezgodności określonej ustawy z konstytucją może prowadzić do publicznego sporu między nim a legislatywą, którego wynikiem może być korekta błędnych decyzji. Ważne jest to, że odpowiedzialność nie rozmywa się na cały system prawny (*model 1*) oraz że nie ogranicza się wyłącznie do ciała ustawodawczego (*model 2*). Żaden model w pełni nie zabezpiecza postanowień konstytucji, jednakże *model 3* redukuje mankamenty *modeli 1* i *2*, czyli niepewność lub iluzoryczność gwarancji konstytucyjności aktów legislatywy.

Model 3 interpretować można jako formę rozwiązania problemu ewentualnego konfliktu między normami prawa „wyższego” a „zwykłego”⁴³, który zagrażałby jednolitości systemu prawa oraz podważał ważność konstytucji. Jak twierdzi H. Kelsen, nie jest możliwy taki konflikt między normami różnych stopni systemu prawa, który uniemożliwiłby opisanie danego systemu norm prawnych w niesprzecznych zdaniach prawnych⁴⁴. Autor *Reine Rechtslehre* nie twierdzi, że konflikt między normami różnych stopni nie jest możliwy w ogóle, lecz że nie jest możliwy taki konflikt, który uniemożliwia opis danego systemu w zdaniach niesprzecznych.

Innymi słowy: niezgodność określonych norm Nx stopnia S_1 z określonymi normami Ny stopnia S_2 nie oznacza, że opis norm S_1 i S_2 będzie zawierał zdania sprzeczne. Czy zatem zdanie „ NyS_2 jest niezgodne z NxS_1 , a zarazem NxS_1 i NyS_2 są ważnymi normami” jest zdaniem niesprzecznym? Zdanie „ NyS_2 jest niezgodne z NxS_1 ” odnosi się wyłącznie do relacji między treścią NxS_1 a NyS_2 , a nie mówi nic na temat ich ważności, natomiast stwierdzenie „ NxS_1 i NyS_2 są ważnymi normami” abstrahuje od treści. Zdanie stwierdzające, że „w systemie SP albo ważne jest NxS_1 , albo NyS_2 , i w systemie SP ważne jest NxS_1 i NyS_2 ” jest zdaniem wewnątrznie sprzecznym. Wydaje się, że – zgodnie z koncepcją H. Kelsena – niezgodność treści norm różnych stopni opisać można za pomocą zdań niesprzecznych,

43 Czysta teoria prawa twierdzi, że „porządek prawny może być opisywany w zdaniach prawdziwych, które nie są ze sobą sprzeczne” (H. Kelsen, *Czysta...*, s. 311). Nie oznacza to, że nie zachodzi możliwość uchwalania przez ustawodawcę norm, które są „sprzeczne ze sobą”. Właściwie należałoby mówić nie o sprzeczności, lecz o konflikcie norm (zob. H. Kelsen, *Czysta...*, s. 311; H.L.A. Hart, *Doktryna Kelsena o jedności prawa*, w: H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001, s. 337). Konflikt norm nie stanowi logicznej sprzeczności (tylko zdania faktualne, jako prawdziwe lub fałszywe, mogą być sprzeczne), jednakże zasada niesprzeczności może być stosowana do wypowiedzi prawnych, szczególnie że nauka prawa – twierdzi Kelsen – próbuje ująć swój przedmiot jako sensowną całość. Konflikty norm w obrębie danego nauce prawa „materiału normatywnego mogą być rozwiązane i muszą być rozwiązane na drodze interpretacji” (H. Kelsen, *Czysta...*, s. 312–313). Jeżeli nie jest możliwa interpretacja usuwająca sprzeczność, to „ustawodawca nakazuje coś bezsensownego, zachodzi nonsensowny akt normotwórczy, a tym samym w ogóle nie zachodzi żaden akt, którego subiektywne znaczenie może być interpretowane jako jego znaczenie obiektywne” (H. Kelsen, *Czysta...*, s. 314). Jeżeli konflikt norm prowadzi do sprzecznych wypowiedzi prawnych, to normy właściwie pozbawione są znaczenia – pozostają bezsensowne. Teza o jedności systemów prawnych dotyczy jedności (niesprzeczności) wypowiedzi prawnych (wypowiedzi o normach), a nie jedności samych norm prawnych.

44 Zob. H. Kelsen, *Reine...*, s. 280.

np. „w systemie SP obowiązują normy NxS_1 i NyS_2 , których treść nie jest zgodna, jednakże istnieją reguły pozwalające na stwierdzenie obowiązywania NxS_1 lub NyS_2 ”, gdzie „lub” jest alternatywą rozłączną. Zakładając, że NyS_2 jest ustawą, a NxS_1 konstytucją, to zależnie od modelu stwierdzania zgodności z konstytucją, gdy dany organ uzna NyS_2 za normę zgodną z NxS_1 , nie można mówić o jednoczesnej ważności sprzecznych norm. W takim ujęciu jedność systemu norm prawnych nie wynika ze zgodności materialnej tych norm, a polega ona na ich zgodności formalnej⁴⁵. Ustanowienie niezależnego organu, który mógłby unieważniać tzw. ustawy sprzeczne z konstytucją (*model 3*), stwarza możliwość unieważniania takich aktów prawnych (np. norm NyS_2 niezgodnych z NxS_1). Tego typu organ stwierdzić może nie tylko niezgodność NyS_2 z NxS_1 , ale też dero-gować (unieważnić) NyS_2 .

Czy organ niezależny od ustawodawcy i badający konstytucyjność ustawodawstwa można nazwać „sądem”? Hans Kelsen przyznaje, że można się spierać o celowość istnienia takiego organu – o to, czy faktycznie spełnia on funkcje gwarancyjne, a także o jego uniwersalne znaczenie. Natomiast spór, czy taki organ rzeczywiście można nazywać „organem sądowniczym”, jest z punktu widzenia prawnopolitycznego sporem bez znaczenia⁴⁶. Z zaprzeczenia bądź potwierdzenia klasyfikacji sądu konstytucyjnego jako organu sądowego zdaniem Kelsena nie wynika nic przemawiającego za lub przeciw ustanowieniu kolegialnego organu niezależnego od egzekutywy i legislatywy, którego funkcją byłoby zabezpieczenie przed naruszaniem konstytucji. Szczególnie, gdy rozważanie możliwości sądownictwa konstytucyjnego opiera się na arbitralnie ustalonym pojęciu „sądzenia”⁴⁷ – ustalenie, co oznacza takie pojęcie, miałyby uzasadniać lub podważać pojęcie sądu konstytucyjnego: jeżeli taki organ nie „sądzi”, to nie może być „sądem”. Jeżeli sąd odmawia lub zawiesza stosowanie

45 Można nawet powiedzieć, że dopuszcza znaczne materialne zmiany danego systemu prawnego, przy jednoczesnej jego niezmienności formalnej, np. uznanie przez odpowiedni organ określonej ustawy (NyS_2) za zgodną z konstytucją (NxS_1) mimo jej ewidentnej sprzeczności treściowej. Jeżeli takie uznanie jest skuteczne (NyS_2 jest w *modelu 1* stosowana, a w *modelu 2* autoryzowana przez legislatywę), to w rezultacie należałoby stwierdzić, że nastąpiła zmiana treści konstytucji (choćaby przez jej odmienną interpretację czy też przez ignorowanie jej norm), jednakże pod względem formalnym nic się nie zmieniło – nadal obowiązuje konstytucja NxS_1 .

46 Zob. H. Kelsen, *Wer...*, s. 1539.

47 Taką strategię argumentacyjną przyjął C. Schmitt, *Der Hüter...*, s. 26 i n.

ustawy, to wykonuje funkcję gwaranta konstytucji, niezależnie od tego, czy uzna się to za „sądzenie”. Tym bardziej rozważania nad istotą „sądzenia” nie mają wpływu na rozstrzygnięcie celowości istnienia organu niezależnego od egzekutywy i legislatywy badającego zgodność aktów podkonstytucyjnych z konstytucją⁴⁸. Argument przemawiający za niezależnym organem kontrolnym nie tyle wynika z jego domniemanej istoty („sądzenia”), ile z funkcji, którą spełnia w kontekście całego systemu prawa (kontrola ustawodawstwa z uwagi na zgodność z konstytucją), a także z jego instytucjonalnego usytuowania wobec innych organów (niezależność wobec władzy politycznej)⁴⁹.

3. Równowaga między organem kontrolnym a legislatywą w ramach Kelsenowskiego modelu 3

Kwestia konstytucyjności ustaw jest ważna dla stwierdzenia skuteczności konstytucji, czyli tego, na ile stanowi ona prawo rzeczywiście wpływające na cały porządek prawny. Szczególną cechą systemu prawa w ujęciu teorii

48 Hans Kelsen broni oczywiście tezy, że organ taki można określić jako „sąd konstytucyjny”, i podaje argumenty przemawiające za sądową kontrolą konstytucyjności (zob. H. Kelsen, *Istota...*, s. 38 i n.). Z punktu widzenia czystej teorii prawa zarówno prawodawstwo, jak i stosowanie prawa stanowią formy tworzenia prawa – każdy akt tworzenia prawa jest z pewnego punktu widzenia „stosowaniem”, a z innego „tworzeniem” prawa. „Element *decyzji* w żadnym wypadku nie ogranicza się do prawodawstwa, albowiem zawiera go również – z konieczności – funkcja sądenia, a zatem obydwa muszą mieć charakter *polityczny*” (H. Kelsen, *Wer...*, s. 1546). Dlatego też, zdaniem H. Kelsena, argumentowanie przeciwko sądownictwu konstytucyjnemu za pomocą twierdzenia, że jest ono polityczne i dlatego nie może być prawdziwym organem sądowniczym, jest niezrozumiałe. W tej kwestii można ogólnie za J. Habermasem stwierdzić, że „konkretyzowanie prawa konstytucyjnego przez sądownictwo konstytucyjne, orzekające w ostatniej instancji, służy jasności prawa i utrzymaniu spójności porządku prawnego” (J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 261).

49 Wydaje się, że właśnie z tego względu odrzuca koncepcję przyznania egzekutywie lub tzw. głowie państwa kompetencji do bicia gwarantem konstytucji w ramach modelu 3 (zob. H. Kelsen, *Wer...*, s. 1536 i n.). Jednakże można stwierdzić, że egzekutywa, jako organ stosujący prawo, posiada „minimum kompetencji kontrolnych” w ramach modelu 1. Ograniczenie się do gwarancji konstytucyjności zawartych w modelu 1 może prowadzić do sytuacji, gdy w razie sporu politycznego między egzekutywą a legislatywą ta pierwsza będzie przypisywać sobie rolę wykraczającą poza owo „minimum kontrolne”. Podobnie w sytuacji sporu między niezależnym organem kontrolnym a władzą polityczną (model 3) również może dojść do arbitralnego rozszerzania „minimum kontrolnego”. Czy taki spór uda się rozwiązać środkami prawnymi, czy też przeważą środki czysto polityczne – nie sposób określić *a priori*, z punktu widzenia czystej teorii prawa.

H. Kelsena jest to, że reguluje on sposób kreowania norm do niego przynależących⁵⁰. Norma jest tylko wtedy częścią porządku prawnego, gdy jej utworzenie zaszło zgodnie z pewną inną normą tego porządku. A zatem „każdy akt prawodawczy musi być zarazem aktem stosowania prawa”⁵¹.

Rozróżnienie tworzenia i stosowania prawa jest z tego punktu widzenia względne. Proces tworzenia prawa, który jest regulowany przez samo prawo, można postrzegać jako proces indywidualizacji i konkretyzacji⁵². Innymi słowy konstytucja stanowi czysto prawne kryterium normatywnej legitymizacji norm niższego rzędu oraz ustanawia sposoby ich tworzenia. A więc wszelkie normy niższego szczebla muszą być z konstytucją „organicznie” powiązane, inaczej bowiem nie mogłyby zostać uznane za normy prawne danego porządku prawnego.

Przyjmując powyższy typ idealny hierarchicznego systemu prawa⁵³, można zapytać, czy założenie, że legislatywa (czasami) będzie działać w sposób niekonstytucyjny, nie jest efektem ukrytej nieufności do ustawodawcy⁵⁴. Jak wskazuje *model 2*, zakłada się nie tyle, że legislatywa „będzie”, ile że „może” naruszać konstytucję, a w skrajnym wypadku ustanowić „alternatywną procedurę prawodawczą”. Można dalej zapytać: czy w przypadku, gdy legislatywa „dobrze funkcjonuje” (przestrzega konstytucji), konieczne jest funkcjonowanie instytucji gwarantującej? Czy tego typu instytucja będzie rzeczywiście wnosila coś istotnego dla funkcjonowania systemu? I czy jej odczytanie konstytucji będzie w jakiś sposób lepsze niż legislatywy?⁵⁵ Jednakże uzasadnienie dla ustanowienia „niezależnego organu kontrolującego” nie polega na tym, że miałby w „lepsz” sposób rozpoznawać i interpretować konstytucję niż legislatywa, ale

50 W ujęciu H. Kelsena prawo samo siebie wprawia w ruch (zob. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Wiedeń 1993, s. 248), tj. reguły tworzenia prawa są prawnie określone. Zdaniem D. Grimma nieodłącznie związana z konstytucjonalizmem hierarchiczność prawa sprawia, że prawo staje się refleksywne – samozwrotne (zob. D. Grimm, *The achievement...*, s. 9).

51 H. Kelsen, *General theory of law and state*, tłum. A. Wedberg, Cambridge 1949, s. 133.

52 Zob. H. Kelsen, *General...*, s. 135.

53 Zob. H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1990, s. 134.

54 Zob. C. Schmitt, *Der Hüter...*, s. 24 i n. Por. też w kontekście demokracji i praw jednostki: J. Waldron, *A right-based critique of constitutional rights*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1993, t. 13, nr 1, s. 27–28, 41 i n.

55 Zob. J. Waldron, *The core of the case against judicial review*, „The Yale Law Journal” 2006, t. 115, nr 6, s. 1360–1362.

że posiada prawo weta wobec legislacji naruszającej normy konstytucji⁵⁶. Można powiedzieć, że ryzyko nadmiernego wzmocnienia konstytucji pociąga za sobą mniejsze koszty aniżeli niedostatecznego jej przestrzegania przez ustawodawcę⁵⁷.

Z perspektywy czystej teorii prawa funkcjonowanie państwa konstytucyjnego wiąże się ściśle z kwestią istnienia instytucjonalnoprawnej gwarancji konstytucyjności prawa, bez niej bowiem może dojść do urzeczywistnienia się „prawodawstwa alternatywnego” (*model 2*), co w istocie będzie oznaczało prymat władzy politycznej nad konstytucją – władzy tworzącej swój „alternatywny porządek prawny”, nieoparty na „prawie wyższym”, lecz na woli politycznej. Brak „niezależnego organu badającego konstytucyjność” ułatwia proces sprowadzenia formalnej konstytucji do „kartki papieru”⁵⁸. W przypadku, w którym dominujące w danym ustroju siły polityczne podporządkowują sobie instytucje państwa konstytucyjnego i dysponują nimi według własnego uznania, można mówić o prymacie konstytucji rzeczywistej („realny, faktyczny stosunek sił, który istnieje w danym społeczeństwie”⁵⁹) nad formalną. Dualizm „prawo wyższe – prawo zwykłe” zastępuje prymat woli politycznej nad prawem. Istnienie niezależnego organu (*model 3*), którego funkcją jest stwierdzanie, czy ustawodawca (a szerzej: władza polityczna) ustanawianymi przez siebie aktami nie narusza konstytucji, można interpretować jako wyraz dążenia do zabezpieczenia konstytucji przed niebezpieczeństwem utraty autorytetu⁶⁰. Z tego powodu nie może to być organ bezpośrednio uwikłany w rywalizację polityczną. Jakkolwiek nie można powiedzieć, że nie ma on znaczenia politycznego, bo w pewnym sensie „ogranicza” prawodawcę⁶¹, to jego główną funkcją jest gwarancja zgodności aktów prawotwórczych niższego rządu

56 Zob. R.H. Fallon Jr., *The core of an uneasy case for judicial review*, „Harvard Law Review” 2008, t. 121, nr 7, s. 1695.

57 Zob. R.H. Fallon Jr., *The core...*, s. 1699.

58 Zob. F. Lassalle, *O istocie konstytucji*, tłum. J. Nowacki, M. Sobolewski, Warszawa 1960, s. 92.

59 F. Lassalle, *O istocie...*, s. 92.

60 Zob. H. Kelsen, *Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American constitution*, „The Journal of Politics” 1942, t. 4, nr 2, s. 185–186.

61 Jak ujmuje to M. Eberl, sąd konstytucyjny może ingerować w polityczny proces za pomocą merytorycznych wytycznych, natomiast inne naczelne organy państwa nie mogą go pozbawić kontrolnych uprawnień. Zob. M. Eberl, *Verfassung...*, s. 4.

z aktem pozytywnoprawnym najwyższego rzędu. Powyższe „ograniczenie” prawodawcy należy rozumieć w ten sposób, że ogranicza się jego wolę polityczną, która mogłaby wykraczać poza konstytucyjnie wyznaczone ramy – wszelako w żaden sposób nie można stwierdzić, że ograniczone zostają funkcje prawodawcze ustawodawcy wynikające z konstytucji. Kompetencje i funkcje ciała ustawodawczego w państwie konstytucyjnym są niejako „ukonstytuowane przez konstytucję” i dopóki legislatura funkcjonuje w ramach określonych przez konstytucję norm, dopóty spełnia swoją prawodawczą funkcję. Natomiast gdy ją przekracza, to następuje proces poszerzania władzy politycznej kosztem regulacji konstytucyjnych.

Wyrażona za pomocą *modelu 3* gwarancja konstytucyjności ustaw ma jednakże istotne ograniczenie, ponieważ odnosi się głównie do konstytucji w materialnym znaczeniu. „Konstytucja w materialnym sensie składa się z tych reguł, które regulują tworzenie generalnych norm prawnych, a w szczególności tworzenie ustaw”⁶². Wyraża ona, zdaniem H. Kelsena, istotę pojęcia konstytucji⁶³.

Specjalna forma praw konstytucyjnych (*constitutional laws*), forma konstytucyjna czy też konstytucja w formalnym sensie tego pojęcia nie jest nieodzowna, podczas gdy konstytucja materialna, tzn. normy regulujące tworzenie norm generalnych oraz – w nowoczesnym prawie – normy określające organy i procedurę legislacyjną, stanowi istotny element każdego porządku prawnego⁶⁴.

Wszelkie treści wykraczające poza regulacje dotyczące tworzenia prawa, a posiadające formę prawa konstytucyjnego są z tego punktu widzenia akcydentalne. Materie uregulowane w taki sposób mają w dużej mierze charakter polityczny⁶⁵. Nie znaczy to, że kontrola konstytucyjności dotyczyć ma w ramach *modelu 3* jedynie dochowania określonego w ustawie zasadniczej trybu ustawodawczego⁶⁶. Jednakże H. Kelsen

62 H. Kelsen, *General...*, s. 124.

63 Zob. R. Alexy, *Hans Kelsens Begriff der Verfassung*, w: *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, red. S.L. Paulson, M. Stolleis, Tybinga 2005, s. 340.

64 H. Kelsen, *General...*, s. 125.

65 Zob. H. Kelsen, *Czysta...*, s. 336.

66 Zob. H. Kelsen, *Istota...*, s. 50.

postuluje powściągliwość organu kontrolnego w kwestiach interpretacji fundamentalnych zasad ustrojowych, takich jak sprawiedliwość, wolność czy równość⁶⁷. Rozstrzygnięcie, czy ustawodawca dokonał ich poprawnej interpretacji, byłoby równoznaczne z usytuowaniem organu kontrolnego ponad ustawodawcą oraz przyznaniem mu „pełni władzy”⁶⁸. Gdyby organ kontrolny posiadał wyłączną kompetencję do prawomocnej interpretacji konstytucji, to oznaczałoby, że inne organy państwa, w tym legislatura, powinny stosować nie tyle konstytucję, ile jej interpretację przeprowadzoną przez sąd konstytucyjny. A więc w rzeczywistości legislatura podlegałaby takiemu sądowi, a nie konstytucji⁶⁹.

Model 3 zakłada więc swoisty „podział prac” między legislaturą a organem kontrolnym: podstawowym kryterium dla ustawodawcy może być polityczna słuszność czy efektywność, natomiast dla organu kontrolnego takim kryterium jest zgodność z prawem wyższym, o ile można je w miarę precyzyjnie zinterpretować⁷⁰. Rozstrzygnięcie o konstytucyjności legislacji na podstawie zawartych w konstytucji zasad o charakterze ściśle politycznym, otwartych interpretacyjnie – czyniłoby z organu kontrolnego podmiot polityczny. Innymi słowy omawiany model zakłada równowagę między legislaturą (ustawodawcą pozytywnym) a organem

67 Zob. H. Kelsen, *Istota...*, s. 54; A.S. Sweet, *Governing...*, s. 35–36.

68 Zob. H. Kelsen, *Istota...*, s. 54.

69 Zob. M. Tuchnet, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton 1999, s. 6–7. Wzrost znaczenia sądów konstytucyjnych w stosunku do legislatury można zaobserwować w przypadku zjawiska zwanego *judicialization of politics*: „Since World War II, there has been a profound shift in power away from legislatures and toward courts and other legal institutions around the world. This shift, which has been called «judicialization» has become more or less global in its reach, as evidenced by the fact that it is as marked in Europe, and especially recently in Eastern Europe, as it is in the United States. [...] The fact that courts frequently intervene in policy-making processes also means that other political actors, as well as groups seeking political action, have reason to take the possibility of judicial reaction into account. Proposals need to be framed in a way to ensure that legislation will neither be struck down nor interpreted in undesirable ways. In order to achieve such a result, part of the policy debate over new legislation must aim at anticipating the response of legal institutions” – J. Ferejohn, *Judicializing politics, politicizing laws*, „Law and Contemporary Problems” 2002, t. 65, nr 3, s. 41–42. Zob. A.S. Sweet, *Governing...*, s. 61–63.

70 Hans Kelsen podkreśla, że organ kontrolny (ustawodawca negatywny) powinien funkcjonować w modusie stosowania prawa, gdzie przeważa element związania prawem, natomiast legislatura (ustawodawca pozytywny) w modusie twórczego rozwijania treści konstytucji. Zob. H. Kelsen, *Istota...*, s. 40–41.

kontrolnym (ustawodawcą negatywnym)⁷¹ – wyklucza dominację którejkolwiek z tych organów.

Jednakże nawet gdyby organ kontrolny ograniczał się wyłącznie do kwestii badania poprawności trybu ustawodawczego, to miałyby ono znaczenie polityczne. Przyjmując ogólne określenie państwa konstytucyjnego jako państwa, którego podstawowe instytucje oraz organy ukonstytuowane i związane są przez pozytywne „prawo wyższe”, stwierdza się zarazem, że każda próba niekonstytucyjnego poszerzania zakresu władzy politycznej stanowi krok ku zniesieniu owego państwa. Jeżeli zatem podstawową funkcją gwarancji konstytucji jest zabezpieczenie stabilności i spójności systemu prawnego opartego na określonej konstytucji, to zabezpiecza ona zarazem oparty na niej ustrój polityczny. Można więc powiedzieć, że organ realizujący funkcję gwarancyjną posiada uzasadnienie nie tylko czysto prawnicze, ale też polityczne⁷², stanowi bowiem zabezpieczenie dla tożsamości polityczno-ustrojowej danego państwa. A więc gdy ustrojodawca ustanawia demokratyczną formę państwa, to gwarancja demokratycznego trybu ustawodawczego byłaby zarazem gwarancją demokratyczności ustroju.

Zdaniem H. Kelsena demokracja ma w istocie charakter proceduralny⁷³ – stanowi specyficzną metodę tworzenia prawa zapewniającą obywatelom partycypację w procedurze prawotwórczej⁷⁴. Stojąc na straży trybu ustawodawczego, organ kontrolny zabezpiecza demokrację⁷⁵. Natomiast

71 Nikolai G. Wenzel uważa, że koncepcja H. Kelsena stanowi kompromis między skrajnymi rozwiązaniami: prymatem sądownictwa konstytucyjnego oraz suwerennością parlamentu: „The institutions of constitutional review are less powerful than under the American judicial review system yet significantly more present than in the loosely fettered Commonwealth system” (N.G. Wenzel, *Judicial review and constitutional maintenance: John Marshall, Hans Kelsen, and the popular will*, „Political Science and Politics” 2013, t. 46, nr 3, s. 594). Przyjmując powyższą interpretację Kelsenowskiego modelu 3, odczytywać go można jako pośrednie rozwiązanie sporu między koncepcją *juridical constitutionalism*, akcentującą decydującą rolę sądownictwa konstytucyjnego w procesie specyfikacji ogólnych postanowień konstytucji, a koncepcją *political constitutionalism*, przypisującą analogiczną rolę legislatywie w tym procesie. Por. M. Tuchnet, *The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review*, „German Law Journal” 2013, t. 14, nr 12, s. 2249–2250; R. Bellamy, *Political constitutionalism: A republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge 2007, s. 3–7.

72 Zob. R.H. Fallon Jr., *The core...*, s. 1699, 1719 i n.

73 Zob. H. Dreier, *Rechtslehre...*, s. 291–292.

74 Zob. H. Kelsen, *Foundations of democracy*, „Ethics” 1955, t. 66, nr 1, s. 4.

75 Zob. H. Kelsen, *Istota...*, s. 65.

gdy wykracza poza funkcje gwarancyjne i usurpuje sobie wyżej określoną „pełnię władzy”, staje się podmiotem politycznym usytuowanym ponad demokratyczną procedurą.

Jeżeli powyższa interpretacja jest poprawna, to prymat organu kontrolnego nad legislacją stanowiłby raczej dewiację *modelu 3* niż jego realizację⁷⁶.

Z punktu widzenia czystej teorii prawa istnienie niezależnego organu powołanego do kontroli zgodności ustawodawstwa z konstytucją (*model 3*) wspiera rzeczywisty wpływ norm ustawy zasadniczej na funkcjonowanie organów państwa. „Dopóki jakaś konstytucja nie zna [...] gwarancji unieważniania niezgodnych z nią norm, dopóty z technicznoprawnego punktu widzenia nie ma ona charakteru aktu o pełnej mocy wiążącej”⁷⁷.

Zagrożeniem dla funkcjonowania tego modelu byłoby usurpowanie sobie przez organ kontrolny kompetencji „ustawodawcy pozytywnego”. Równowaga między tymi organami jest kluczowa dla *modelu 3*, gdyż jego prawidłowe funkcjonowanie zależy od politycznej powściągliwości nie tylko organu kontrolnego, ale też ustawodawczego. Z faktu, że ważność konstytucji jest prawnie zagwarantowana, nie wynika, że niemożliwe jest pozbawienie jej wagi za pomocą różnorodnych środków politycznych. Prawne środki gwarancji konstytucji mogą okazać się niewystarczające. Konstytucja jest prawem wyższym, które wyraża w normatywnej formie przyjętą przez ustrojodawcę określoną ideę prawnego uformowania porządku politycznego⁷⁸, dlatego też potrzebuje gwarancji nie tylko prawnej, ale i politycznej. W szerokim (nieteoretycznoprawnym) ujęciu G.W.F. Hegla:

76 Oparty na instytucjonalnej równowadze *model 3* kolidowałby z tzw. aktywizmem sędziowskim, rozumianym jako zastąpienie „poglądów większości parlamentarnej tym, co większość składu sądu uznaje za właściwą artykulację znaczenia prawa konstytucyjnego w sytuacji kolidowania ze sobą tych dwóch stanowisk oraz w sytuacji, gdy sąd, korzystając ze swoich argumentacyjnych możliwości, może utrzymać w mocy lub unieważnić akt prawny” – W. Sadurski, *Prawo...*, s. 142 (zob. także s. 142–151).

77 H. Kelsen, *Istota...*, s. 63.

78 Zob. U.K. Preuß, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, w: *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, red. U.K. Preuß, Frankfurt nad Menem 1994, s. 26–27.

[...] *gwarancja* konstytucji, tj. konieczność tego, żeby prawa były rozumne, a ich realizacja zapewniona, zawarta jest w duchu całego narodu – mianowicie w określoności, zgodnie z którą naród ma samowiedzę swojego rozumu [...] a następnie zarazem w odpowiadającej temu duchowi *rzeczywistej organizacji* jako stanowiącej *rozwinięcie* owej zasady⁷⁹.

Szczególna ranga konstytucji opiera się na jej zakorzenieniu w przekonaniach obywateli, które znajdują odbicie w instytucjach polityczno-prawnych. Akceptacja dla konstytucji tworzy „wspólnego ducha” przejawiającego się w funkcjonowaniu instytucji.

Jednakże tak szerokie pojęcie gwarancji konstytucji wykracza poza optykę czystej teorii prawa, chociaż można przypuszczać, że owe pozaprawne czynniki zawarte w „duchu całego narodu” mogą okazać się decydujące dla faktycznej roli konstytucji w „rzeczywistej organizacji” i funkcjonowaniu instytucji państwa.

The problem of guarantee of the constitutionality of legislation in the light of Hans Kelsen's pure theory of law

Overall, from the perspective of H. Kelsen's pure theory of law the constitutional guarantee means “ensuring the conformity of the state's actions with the law.” A particularly important issue is the compliance of legislature with the constitution, as in view of the classic form of the doctrine of division of powers, it is the legislative power that occupies a distinctive position in that system. The issue of constitutional guarantee arises from the assertion that if the norms of the constitution outrank the norms of the “common law” they cannot be altered by them (“expressly or tacitly”). Pure theory of law demonstrates that the very structure of modern rationalised and specialised law causes that this problem is, in a sense, rooted directly in the meaning of the constitution in modern legal systems. According to H. Kelsen it is possible to distinguish three models of guarantee of compliance of law with the constitution (constitutional guarantees): *model 1*: the constitution does not contain any definition as to who should control the constitutionality of law, whilst in practice there are bodies that the constitution authorises to enforce the law; *model 2*: the constitution does not define an entity authorised to control the constitutionality of law and,

79 G.W.F. Hegel, *Encyklopedia nauk filozoficznych*, tłum. Ś.F. Nowicki, Warszawa 1990, s. 531.

moreover, it excludes such a possibility in the case of bodies applying the law, thus the legislative body itself is entitled to decide whether the law passed by it is constitutional; *model 3*: the constitution may appoint an organ other than the lawmaker and empower it to review the constitutionality of law, i.e. authorise to control the adoption of acts that are incompatible with the constitution. None of the above models fully secures the provisions of the constitution, however, *model 3* reduces the shortcomings of *models 1* and *2*, namely it diminishes the uncertainty or illusory nature of constitutional guarantee of legislative acts. *Model 3*, which provides for a different organ examining the constitutionality of law than the lawmaker, “gives priority” to the legislative procedure governed by the Constitution. It is to prevent the emergence of “alternative legislation” (the consequence of *model 2*), i.e. the primacy of political power over the constitution, imposing its “alternative legal order” that is not based on “supreme law” but on pure political will. The guarantee of constitutionality of acts expressed by means of *model 3* refers mainly to the legislative procedure specified in the constitution. Hans Kelsen postulates the restraint of the control body in matters of interpretation of fundamental constitutional principles such as justice, freedom or equality. *Model 3* postulates a balance between the legislature and the control body: the basic criterion for the legislator may rest in political validity or effectiveness, while for the controlling body such a criterion consists in compliance with higher law, as far as it can be accurately interpreted. This excludes the dominance of any of the said bodies.

Keywords: constitutional guarantee of legislation, constitutional state, pure theory of law, three models of constitutional guarantee

Wojciech Włoch – dr, Katedra Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Bibliografia

- Ackerman B., *Constitutional politics / constitutional law*, „The Yale Law Journal” 1989, t. 99, nr 3.
- Ackerman B., *We the people. Foundations*, Cambridge, Londyn 1995.
- Alexy R., *Hans Kelsens Begriff der Verfassung*, w: *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, red. S.L. Paulson, M. Stolleis, Tybinga 2005.
- Austin J., *The province of jurisprudence determined*, Nowy Jork 2001.

- Bellamy R., *Political constitutionalism: A republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge 2007.
- Dreier H., *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, Monachium 2009.
- Dreier H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1990.
- Dyzenhaus D., *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oksford 2003.
- Eberl M., *Verfassung und Richterspruch. Rechtsphilosophische Grundlegungen zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin 2006.
- Fallon R.H. Jr., *The core of an uneasy case for judicial review*, „Harvard Law Review” 2008, t. 121, nr 7.
- Ferejohn J., *Judicializing politics, politicizing laws*, „Law and Contemporary Problems” 2002, t. 65, nr 3.
- Górnisiewicz A., *Spór o strażnika konstytucji. Przypadek weimarski: Hans Kelsen – Carl Schmitt*, „Przegląd Polityczny” 2016, nr 138.
- Granat M., *Legitymacja sądu konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4 (33).
- Grimm D., *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world*, w: *The twilight of constitutionalism?*, red. M. Loughlin, J.P. McCormick, N. Walker, Oksford 2012.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marzałek, Warszawa 2005.
- Hart H.L.A., *Doktryna Kelsena o jedności prawa*, w: H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hegel G.W.F., *Encyklopedia nauk filozoficznych*, tłum. Ś.F. Nowicki, Warszawa 1990.
- Jellinek G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1929.
- Jellinek G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wiedeń 1885.
- Jellinek G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Fryburg 1887.
- Kelsen H., *Allgemeine Staatslehre*, Wiedeń 1993.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, Warszawa 2014.
- Kelsen H., *Foundations of democracy*, „Ethics” 1955, t. 66, nr 1.
- Kelsen H., *General theory of law and state*, tłum. A. Wedberg, Cambridge 1949.
- Kelsen H., *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiewicz, Warszawa 2009.

- Kelsen H., *Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American constitution*, „The Journal of Politics” 1942, t. 4, nr 2.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre (zweite Auflage) mit einem Anhang Das Problem der Gerechtigkeit*, Wiedeń 1967.
- Kelsen H., *The nature and development of constitutional adjudication*, tłum. L. Vinx, w: L. Vinx, *The guardian of the constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge 2015.
- Kelsen H., *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, w: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Band 2*, red. H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wiedeń 2010.
- Kelsen H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, w: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Band 2*, red. H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wiedeń 2010.
- Kustra A., *Kelsenowski model kontroli konstytucyjności prawa a integracja europejska. Studium wpływu*, Toruń 2015.
- Lassalle F., *O istocie konstytucji*, tłum. J. Nowacki, M. Sobolewski, Warszawa 1960.
- Locke J., *Dwa traktaty o rządzie*, tłum. Z. Rau, Warszawa 1992.
- Loughlin M., *What is constitutionalisation?*, w: *The twilight of constitutionalism?*, red. M. Loughlin, J.P. McCormick, N. Walker, Oksford 2012.
- Madison J., w: *Eseje polityczne federalistów*, red. F. Quinn, tłum. B. Czarska, Kraków, Warszawa 1999.
- Marcic R., *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, Wiedeń 1966.
- Mohl R., *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze*, w: R. Mohl, *Staatsrechts, Völkerrecht und Politik*, Tybinga 1860.
- Preuß U.K., *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, w: *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, red. U.K. Preuß, Frankfurt nad Menem 1994.
- Sadurski W., *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008.
- Sartori G., *Constitutionalism: A preliminary discussion*, „The American Political Science Review” 1962, t. 56, nr 4.
- Schmitt C., *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1996.
- Shivakumar D., *The pure theory as ideal type: Defending Kelsen on the basis of Weberian methodology*, „The Yale Law Journal” 1996, t. 105, nr 5.
- Sweet A.S., *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*, Nowy Jork 2002.
- Tuchnet M., *Taking the constitution away from the courts*, Princeton 1999.
- Tuchnet M., *The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review*, „German Law Journal” 2013, t. 14, nr 12.

- Vinx L., *The guardian of the constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge 2015.
- Waldron J., *A right-based critique of constitutional rights*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1993, t. 13, nr 1.
- Waldron J., *Locke’s legislature (and Rawls’s)*, w: J. Waldron, *The dignity of legislation*, Cambridge (i in.) 1999.
- Waldron J., *The core of the case against judicial review*, „The Yale Law Journal” 2006, t. 115, nr 6.
- Weber M., *Obiektywność” poznania społeczno-naukowego i społeczno-politycznego*, w: M. Weber, *Racjonalność, władza, odczarowanie*, tłum. M. Holona, Poznań 2004.
- Weinberger O., *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin 1981.
- Wenzel N.G., *Judicial review and constitutional maintenance: John Marshall, Hans Kelsen, and the popular will*, „Political Science and Politics” 2013, t. 46, nr 3.
- Wronkowska S., *Posłowie*, w: H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiwicz, Warszawa 2009.