

Andrzej Dziadzio*

IDEA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO GEORGA JELLINKA

Idea sądownictwa konstytucyjnego w Europie była od samego początku ważną częścią konstrukcji państwa prawa (*Rechtsstaat*), której elementy składowe określiła w XIX wieku przede wszystkim niemiecka nauka prawa, filozofia i liberalna myśl polityczna. Nowoczesną wizję państwa prawa zawierały głównie konstytucyjne projekty niemieckiej rewolucji, tzw. Wiosny Ludów (1848–1849). Instytucję sądu konstytucyjnego w postaci Trybunału Rzeszy (*Reichsgericht*) przewidywał projekt konstytucji frankfurckiej dla zjednoczonej Rzeszy Niemieckiej z 27 marca 1849 roku¹. Także uchwalona 3 marca 1849 roku w Kromieryżu konstytucja dla cesarstwa austriackiego zapowiadała utworzenie organu państwowego o nazwie Trybunał Państwa (*Reichsgericht*). Nie weszła ona w życie podobnie jak konstytucja frankfurcka. W jej miejsce cesarz Franciszek Józef I w dniu następnym, tj. 4 marca 1849 roku oktrojował własną konstytucję, która zachowała Trybunał Państwa jako instytucję stojącą na straży konstytucyjnych praw obywateli.

Chociaż oba trybunały miały identyczną nazwę własną, to jednak kompetencje niemieckiego Trybunału Rzeszy zostały określone nieco inaczej niż zadania austriackiego Trybunału Państwa. Łączyła je wszakże jedna wspólna funkcja. Miały one orzekać w sprawach skarg obywateli na naruszenie przez organy władzy wykonawczej (administracyjnej) konstytucyjnych praw jednostki. Niemiecka koncepcja państwa prawa opierała się bowiem na założeniu, że jego głównym celem powinna być ochrona jednostki przed samowolą i arbitralnością władzy, której emanacją były właśnie rząd i podległa mu administracja². Twórcom dziewiętnastowiecznej idei państwa prawa chodziło zatem o wprowadzenie do systemu ustrojowego zasad, instytucji i mechanizmów prawnych, które skutecznie zabezpieczyłyby jednostkę przed przemocą ze strony władzy rządowej. W powszechnym przekonaniu niemieckich liberałów zagrożenie dla praw jednostki płynęło właśnie od organów władzy wykonawczej, którą nadal dzierżył monarcha.

* Prof. nadzw. dr hab., Uniwersytet Jagielloński, Gdańska Wyższa Szkoła Humanistyczna.

¹ Zob. A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2005, t. LVII, z. 1, s. 183 i n. Zob. szerzej na temat zakresu właściwości Trybunału Rzeszy z projektu konstytucji frankfurckiej A. Dziadzio, *Ochrona konstytucyjności prawa w Europie XIX wieku. Idea i praktyka ustrojowa*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2008, t. XI, s. 172–173.

² J. Woleński, *O państwie prawa: uwagi filozofa*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2012, t. LXIV, z. 2, s. 11 i n.

Należy bowiem pamiętać, że koncepcja państwa prawa rodziła się w Niemczech w opozycji do absolutyzmu pruskiego i austriackiego, który po 1815 roku zademonstrował na nowo swą siłę. Nadużyciom władzy względem obywateli zapobiegać miała więc przede wszystkim sama zasada konstytucjonalizmu, określająca podstawy prawne funkcjonowania aparatu władzy w przeciwstawieniu do państwa absolutnego, które kierowało się zasadą *princeps legibus solutus est*. Władza ustawodawcza i sądownicza miały stanowić kolejną zaporę przed próbami rządu zwiększenia kontroli jednostki przez państwo. Niezależne i niezawisłe sądy, wraz z instytucją sędziów przysięgłych, zabezpieczać miały obywateli przed bezprawną represją ze strony organów wykonawczych państwa. Materialne granice działania władzy wykonawczej wyznaczały z kolei przewidziane przez konstytucję prawa i wolności jednostki, które tworzyły prawną sferę jej autonomii, wolnej od ingerencji państwa, chyba że ograniczenie konstytucyjnych praw obywateli wynikało z ustawy przyjętej za zgodą przedstawicieli narodu. Ustawa uchwalona przez demokratycznie wybrany parlament została bowiem uznana za wyraz powszechnej woli społeczeństwa i miała stanowić wyłączną podstawę prawną dla działalności władzy wykonawczej.

Bezwzględna moc wiążąca konstytucji w punkcie dotyczącym praw jednostki dotyczyła zatem organów rządowych i w zasadzie nie krępowała suwerennego ustawodawcy, który był uprawniony do określenia zakresu i sposobu korzystania przez obywatela z przysługujących mu praw zasadniczych. Z punktu widzenia założeń ówczesnej konstrukcji państwa prawa kwestia badania konstytucyjności uchwalanego przez parlament prawa stała się drugorzędna, gdyż prawomocność ustawy wywodzona głównie z demokratycznego mandatu posłów uprawnionych do jej uchwalenia. Nie obawiano się wówczas tego, że naruszenie konstytucji w sposób zagrażający prawom jednostki może stać się udziałem również władzy ustawodawczej. Był to wyraz nie tylko wiary w aksjologiczne fundamenty demokracji, które powstrzymują parlament przed uchwalaniem złego i niegodziwego prawa, lecz także doświadczeń płynących z praktyki południowoniemieckiego konstytucjonalizmu sprzed rewolucji 1848 roku.

Jak bowiem słusznie się podkreśla, w Niemczech XIX wieku „przejście do państwa konstytucyjnego odbywało się stopniowo i powoli z południa na północ”³. Parlamentaryzm wczesnej doby konstytucyjnej w południowych Niemczech odegrał więc ważną rolę w promowaniu myśli liberalnej, m.in. przez uchwalenie postępowego prawa prasowego, jak np. miało to miejsce w Badenii w 1831 roku. Także praktyka konstytucyjna doby przedrewolucyjnej w państwach, które wprowadziły pewną namiastkę ochrony praw jednostki przed nadużyciami władzy administracyjnej, pokazała, jak była ona niedoskonała i domagała się głębokiej reformy⁴. Stąd w konstytucjonalizmie doby rewolucji przewidziana została przede wszystkim konkretna kontrola konstytucyjności

³ A. Tarnowska, *O wczesnym konstytucjonalizmie Niemiec południowych ze szczególnym uwzględnieniem kwestii praw obywatelskich i ich ochrony* [w:] *Regnare. Gubernare. Administrare*, t. I, S. Grodziski, A. Dziadzio (red.), Kraków 2012, s. 103 i n.

⁴ *Ibidem*. Pierwsze zwiastuny ochrony praw jednostki odnaleźć można w konstytucjach państw południowoniemieckich sprzed 1848 roku. Na przykład konstytucja bawarska zawierała rozdział zatytułowany „Von der Gewähr der Verfassung” („O rękojmi konstytucji”), w którym była mowa o formalnej skardze na złamanie konstytucji przez wyższych urzędników. Jednakże były one po wstępnej ocenie dokonanej przez specjalną komisję każdej z izb parlamentu kierowane do króla!

działalności organów władzy wykonawczej, dokonywana na żądanie pokrzywdzonego w swych prawach obywatela przez sąd konstytucyjny (*Reichsgericht*).

W niemieckiej koncepcji państwa prawa z połowy XIX wieku obywatel miał zatem uzyskać środki prawne przeciwko naruszaniu przez instytucje władzy wykonawczej praw zasadniczych. Doskonałą egzemplifikacją tego podejścia do konstytucyjnych gwarancji ochrony praw jednostki stanowiło m.in. przyznanie przez konstytucję frankfurcką każdemu obywatelowi państwa związkowego prawa wniesienia skargi powszechnej (*actio popularis*) do Trybunału Rzeszy z powodu zniesienia lub niezgodnej z konstytucją federalną zmiany konstytucji krajowej przez własny rząd⁵. Nie dopuszczano zatem myśli, że podobnego działania mógłby dopuścić się parlament kraju związkowego. Niemniej sama konstytucja frankfurcka przewidywała sytuację, w której mogłoby dojść do naruszenia konstytucji państwa przez parlament federalny. W wypadku bowiem wydania przez Sejm Rzeszy ustawy sprzecznej z konstytucją każde państwo związkowe mogło złożyć skargę do Trybunału Rzeszy⁶. Miał on zatem dokonywać kontroli konstytucyjności prawa uchwalanego przez federalnego ustawodawcę, ale wyłącznie na wniosek władz państwa związkowego. Także rząd federalny był uprawniony wnieść skargę do Trybunału Rzeszy przeciwko państwu związkowemu z powodu naruszenia konstytucji państwa. Wprowadzenie w konstytucji frankfurckiej kompetencji Trybunału Rzeszy do badania zgodności ustaw z konstytucją służyło więc wyłącznie jednemu celowi: ochronie federacyjnego modelu państwa.

Kontrola konstytucyjności uchwalanego prawa powiązana została zatem w Niemczech w 1849 roku wyłącznie z koniecznością zachowania federacji. Przewidziana przez konstytuante niemiecką zasada pierwszeństwa i prymatu konstytucji uwzględniła realizację idei państwa federacyjnego, jakim stać się miała zjednoczona Rzesza Niemiecka. Wynikającą z tego założenia hierarchię aktów prawnych *expressis verbis* wyrażał § 194: „Żaden przepis w konstytucji lub ustawie krajowej nie może być w sprzeczności z konstytucją państwa”⁷. Idea federalizmu stała się zatem w Niemczech w połowie XIX wieku siłą sprawczą sądownictwa konstytucyjnego, polegającego na kontroli konstytucyjności prawa tworzonego przez ustawodawcę. Dlatego też zaprojektowany wówczas Trybunał Rzeszy według jego twórców był jądrem konstytucyjnego systemu władzy państwa federacyjnego⁸. Natomiast w przeciwieństwie do parlamentu frankfurckiego austriacka konstytuanta nie zdecydowała się na przekształcenie monarchii habsburskiej w państwo federacyjne, wskutek czego Trybunał Państwa nie uzyskał uprawnienia do badania legalności ustaw parlamentu.

⁵ W § 126 pkt f projekt konstytucji frankfurckiej stwierdzał, że do zakresu właściwości Trybunału Rzeszy należały: „Klagen der Angehörigen lines Einzelstaates gegen die Regierung (podkr. – A.D.) desselben wegen Aufhebung oder verfassungswidriger Aenderung der Landesverfassung. Klagen der Angehörigen eines Einzelstaates gegen die Regierung wegen Verletzung der Landesverfassung können bei dem Reichsgericht nur angebracht werden, wenn die in Landesverfassung gegebenen Mittel der Abhilfe nicht zur Anwendung gebracht werden können”. Powszechna skarga konstytucyjna miała więc charakter subsydiarny. Zob. *Dokumente zur deutsche Verfassungsgeschichte*, Stuttgart 1961, t. 1, s. 317.

⁶ Zob. § 126 pkt a projektu konstytucji frankfurckiej [w:] *Dokumente...*, s. 316.

⁷ Zob. *Dokumente...*, s. 323.

⁸ J. Lachmund, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kremserer und Frankfurter Reichsverfassung 1848/49* [w:] *Vývoj české ústavnosti v letech 1618–1918*, K. Malý, L. Soukup (red.), Praha 2006, s. 402.

Europejski model ochrony konstytucji z czasów Wiosny Ludów wraz z upadkiem rewolucji utracił swą polityczną nośność. Konstytucja pruska z 1850 roku wykluczyła wprost możliwość badania przez sąd zgodności stosowanego prawa z konstytucją⁹. Nie nawiązał do niego Otto Bismarck, twórca zjednoczonej II Rzeszy Niemieckiej, który przyszłość Niemiec pokładał w prawnej unifikacji państwa, z dominującą rolą polityczną Prus. Ustrój państwa oparł na swego rodzaju kohabitacji demokratycznie wybranego parlamentu z autokratyczną władzą monarchy i kanclerza, przeciwstawiając się tym samym liberalno-demokratycznym założeniom konstytucji frankfurckiej. W konstytucji z 1871 roku zabrakło więc miejsca zarówno dla katalogu praw zasadniczych obywateli, jak i sądowno-konstytucyjnej ich ochrony¹⁰.

Natomiast idea sądownictwa konstytucyjnego przywrócona została przez liberałów austriackich, z których inicjatywy w 1867 roku Rada Państwa uchwaliła nową konstytucję, wzorowaną na dorobku ustawodawczym z okresu Wiosny Ludów. Nawiązano zwłaszcza do propozycji ustrojowych Franciszka Józefa I z 1849 roku, aby zwiększyć szansę na cesarską sankcję przyjętych przez parlament wielu ustaw zasadniczych, tzw. Konstytucji grudniowej z 21 grudnia 1867 roku¹¹. Była wśród nich właśnie ustawa zasadnicza o ustanowieniu Trybunału Państwa (*Reichsgericht*), którego jednym z podstawowych zadań było „ostateczne rozstrzygnięcie o zażaleniach obywateli z powodu naruszenia poręczonym im przez konstytucję praw [...] po przeprowadzeniu sprawy na przepisanej prawem drodze administracyjnej”¹². Podobnie zatem jak Trybunał Państwa przewidziany w austriackim konstytucjonalizmie Wiosny Ludów nie uzyskał on w 1867 roku prawa do badania zgodności ustaw z konstytucją. Jego zatem funkcja jako strażnika konstytucji została ograniczona do ochrony obywatela przed działaniami administracji państwa, które w konkretnym wypadku naruszały ustawę zasadniczą o powszechnych prawach, stanowiącą część Konstytucji grudniowej. W sensie ustrojowym był więc sądem quasi-konstytucyjnym.

W zakresie jurysdykcyjnym Trybunał Państwa od czasu wydania ustawy wykonawczej z 1869 roku miał charakter sądu quasi-administracyjnego, rozpoznawał bowiem zażalenia na decyzje administracyjne, które zdaniem odwołującej się strony naruszały jej prawa zagwarantowane w konstytucji. Do badania jednak legalności pozostałej kategorii decyzji administracyjnych łamiących publiczne prawa podmiotowe obywateli służył w Austrii działający od 1876 roku Trybunał Administracyjny (*Verwaltungsgerichtshof*), którego utworzenie zapowiedziała ustawa zasadnicza o władzy sędziowskiej. Trzecim trybunałem prawa publicznego, powstałym w Austrii w 1867 roku był Trybunał Stanu (*Staatsgerichtshof*), przed którym odpowiedzialność konstytucyjną ponosili ministrowie za popełnienie deliktu konstytucyjnego lub przestępstwa związanego z wykonywaną funkcją publiczną. Monarchia austriacka w drugiej połowie XIX wieku

⁹ M. Zmierzak, *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie niemieckiej myśli polityczno-prawnej)* [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, S. Wronkowska (red.), Warszawa 1995, s. 17.

¹⁰ A. Dziadzio, *Koncepcja...*, s. 188 i n.

¹¹ Zob. A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii 1867–1914. Władza – Obywatel – Prawo*, Kraków 2001, s. 41 i n.

¹² S. Starzyński, *Kodeks prawa politycznego, czyli austriackie ustawy konstytucyjne 1848–1903*, Lwów 1903, s. 813.

była pierwszym w Europie państwem konstytucyjnym z tak rozbudowanym systemem instytucji chroniących obywatela przed antykonstytucyjnymi i bezprawnymi działaniami władzy publicznej¹³.

Nie może zatem dziwić fakt, że spod pióra przedstawiciela austriackiej nauki prawa wyszła pierwsza nowoczesna koncepcja Trybunału Konstytucyjnego, inaczej uzasadniająca potrzebę wprowadzenia kontroli konstytucyjności ustaw parlamentu, niż miało to miejsce w przypadku genezy sądownictwa konstytucyjnego w dobie niemieckiej Wiosny Ludów. Taką właśnie nową wizję sądu konstytucyjnego przedstawił w 1885 roku profesor prawa państwowego Uniwersytetu w Wiedniu Georg Jellinek w ogłoszonej rozprawie pt. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Trybunał Konstytucyjny dla Austrii)*¹⁴. Nowy sposób podejścia do roli sądu konstytucyjnego w państwie prawa zaprezentował G. Jellinek już w rozdziale pierwszym swego dzieła pod znamienym tytułem *Parlamentarisches Unrecht (Parlamentarne bezprawie)*.

Skonkludował on bowiem już na wstępie, że większość parlamentarna może urzeczywistniać swą wolę polityczną za pomocą ustawodawstwa niezgodnego z przepisami konstytucji. Innymi słowy, większość parlamentarna, wykorzystując arytmetyczną przewagę, może tworzyć ustawodawstwo zgodne z jej wolą polityczną, ale w sposób sprzeczny z konstytucją, naruszając jednocześnie chronione przez nią prawa i interesy mniejszości. Parlamentarna mniejszość zatem powinna być wyposażona w instrument prawny, który zapobiegłby tego rodzaju antykonstytucyjnym działaniom ustawodawcy. Zdaniem G. Jellinka, należało zatem powołać Trybunał Konstytucyjny, który na wniosek mniejszości parlamentarnej sprawowałby prewencyjną kontrolę pod kątem tego, czy przyjęte w uchwalonym projekcie uchwały lub ustawy przepisy prawne nie naruszały konstytucji. Uważał, że wprowadzeniem proponowanej przez niego sędowo-konstytucyjnej kontroli ustawodawcy powinny być w Austrii zainteresowane wszystkie partie, ponieważ zmieniające się konstelacje polityczne mogły w każdej chwili przemienić istniejącą większość parlamentarną w mniejszość¹⁵.

G. Jellinek jako pierwszy powiązał zatem funkcję Trybunału Konstytucyjnego z mechanizmem obrony praw mniejszości parlamentarnej przed dyktatem ze strony większości, która w przeprowadzeniu swego programu politycznego mogła się posunąć do przyjmowania ustawodawstwa niezgodnego z konstytucją. Niniejsza konstatacja G. Jellinka była oczywiście mocno osadzona w politycznej rzeczywistości Austrii w połowie lat osiemdziesiątych XIX wieku. Ideologiczne więzy łączyły go z austriacką liberalną partią wierno-konstytucyjną, która w 1879 roku bezpowrotnie utraciła władzę. Ster rządów w Austrii przeszedł wówczas w ręce „żelaznego pierścienia prawicy”. Wobec tworzącej go „słowiańsko-feudalno-klerykalnej” większości parlamentarnej – jak pisał o niej z wyraźną nutą niechęci G. Jellinek – liberałowie byli bezsilni.

Pokazała to w szczególności sprawa uchwały Izby Posłów austriackiej Rady Państwa, odrzucającej zgłoszony przez liberalną mniejszość wniosek o ustanowienie przez parlament języka niemieckiego jako państwowego w Austrii na tej podstawie, że izba

¹³ Zob. szerzej na ten temat: A. Dziadzio, *Monarchia...*, s. 59 i n.

¹⁴ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien 1885.

¹⁵ *Ibidem*, s. 6.

nie miała uprawnienia do załatwienia tego rodzaju inicjatywy ustawodawczej¹⁶. Bez wątplenia decyzja parlamentu podyktowana była wyłącznie względami politycznymi, posłowie rządzącej koalicji w ten sposób bowiem odsunęli niebezpieczeństwo nawrotu w Austrii germanizacji ludności słowiańskiej. Mieli pełną świadomość tego, że podstawa prawna przyjętej uchwały była niekonstytucyjna, gdyż kwestie językowe należały do kompetencji ustawodawczej Rady Państwa¹⁷. Niemniej liberalna większość mimo niezgodności uchwały z konstytucją musiała przyjąć niekorzystny dla niej wynik głosowania. Swoją zatem ideą Trybunału Konstytucyjnego przychodził G. Jellinek w sukurs liberałom, którzy szukali instrumentu prawnego do przeciwstawienia się forsowaniu przez konserwatywny układ władzy celów politycznych wbrew postanowieniom konstytucji.

G. Jellinek, pisząc o „parlamentarnym bezprawiu”, miał oczywiście na uwadze wyłącznie austriacki system konstytucyjny¹⁸. W szczególności za źródło tego bezprawia uznał istniejący konflikt między ustawodawstwem zwykłym a konstytucyjnym na gruncie austriackiego porządku prawnego. W monarchii austriackiej obowiązywała bowiem zasada, że ustawa zmieniająca konstytucję mogła być uchwalona tylko kwalifikowaną większością $\frac{2}{3}$ głosów przy obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Pozostałe ustawy przyjmowane były natomiast zwykłą większością głosów. W razie wątpliwości co do tego, czy głosowana ustawa dotyczy materii konstytucyjnej, rozstrzygał prezydent każdej z izb parlamentu. G. Jellinek stwierdził zatem, że jeśli prezydent i zwykła większość uznają, że projekt ustawy nie powoduje zmiany konstytucji, to nie istniał

¹⁶ W 1880 r. niemiecko-liberalna mniejszość w Izbie Posłów złożyła do izby wniosek, aby na mocy art. 19 Ustawy Zasadniczej o powszechnych prawach obywateli, dotyczącego równouprawnienia narodowego uregulować używanie języków krajowych przy zachowaniu języka niemieckiego jako państwowego w urzędach, szkole, życiu publicznym. W ten sposób chcieli liberałowie naprawić zaniedbanie z 1867 r., polegające na zaniechaniu należytego zabezpieczenia dominującej pozycji Niemców w administracji państwowej. W 1880 r. podjętą inicjatywą zmierzali zatem do zakotwiczenia języka niemieckiego jako państwowego w ustawie wykonawczej do art. 19 Konstytucji. Powołana przez izbę do rozpatrzenia wniosku komisja, której stanowisko w Izbie Posłów przedstawił docent Uniwersytetu Jagiellońskiego Stanisław Madeyski, uznała jednak, że przedłożony wniosek ustawodawczy sprzeciwiał się treści art. 19 i na tej podstawie izba go odrzuciła. Zob. G. Stourzh, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit Altösterreich in den Schriften Georg Jellineks* [w:] *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, S.L. Paulson, M. Schulte (red.), Tübingen 2000, s. 254–255.

¹⁷ Dowodu na to, że odrzucenie inicjatywy nadania w ustawie językowi niemieckiemu rangi języka państwowego (urzędowego) spowodowane było względami politycznymi, a uzasadnienie prawne było sprawą drugorzędną, dostarcza w swoich niepublikowanych pamiętnikach S. Madeyski. Zob. szerzej na ten temat: A. Dziadzio, *Orzecznictwo austriackiego Trybunału Państwa w ocenie polskiej nauki prawa (XIX/XX w.)*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2007, t. X, s. 220–221.

¹⁸ Drugi przykład antykonstytucyjnych działań parlamentarnej większości, który przywołał G. Jellinek w swej pracy, pochodził z 1881 r., kiedy to w znowelizowanej liberalnej ustawie z 1869 r. o szkołach ludowych wzmocniono interesy Kościołów i związków religijnych. Nowelizacja ustawy polegała bowiem na wprowadzeniu przepisu, że kierownik szkoły mógł żądać poświadczenia zdolności i kwalifikacji nauczyciela do nauczania religii przez władze Kościoła, do którego należała większość uczniów. Liberalna mniejszość występowała przeciwko tej nowelizacji, uważając, że narusza ona zasadę równego dostępu obywateli do urzędów publicznych. Domagała się zatem głosowania poprawki kwalifikowaną większością głosów. Jednak przewodniczący Izby Posłów uznał, że do przyjęcia nowelizacji potrzebna jest zwykła większość głosów. Zob. G. Stourzh, *op.cit.*, s. 255.

przeciwko temu żaden środek prawny, gdyby mniejszość parlamentarna była innego zdania. Za niewystarczające uznał moralne zobowiązanie zwykłego ustawodawcy, by postępował w granicach wyznaczonych przez konstytucję, scena polityczna w Austrii – zdaniem G. Jellinka – było bowiem aż nazbyt spolaryzowana, by liczyć na powściągliwość w tym względzie parlamentarnej większości. W tym kontekście przywołał łacińską maksymę: *inter arma silent leges*¹⁹.

G. Jellinek w swej pracy poszukiwał zatem sposobu na ochronę konstytucji przed niezgodnymi z prawem próbami jej zmiany. Rozwazał różne warianty kontroli zwykłego ustawodawcy przed wprowadzaniem prawa naruszającego postanowienia konstytucji, idąc torem przemyśleń Roberta v. Mohla, czołowego wówczas teoretyka państwa prawa, który twierdził, że sprzeczna z konstytucją ustawa dla nikogo nie jest wiążąca²⁰. Najprostszym rozwiązaniem byłoby, zdaniem G. Jellinka, przekazanie sądom powszechnym prawa do badania legalności ustaw. Dostrzegł jednak liczne wady tej propozycji. Konstataował m.in. to, że sąd powszechny jest upoważniony zasadniczo do oceny formalnej strony ogłaszania ustaw, a nie procedury ich uchwalania. Koronnym argumentem dla G. Jellinka przeciwko sądowej kontroli konstytucyjności prawa stał się jednak pogląd Paula Labanda, który twierdził, że doprowadziłaby ona do naruszenia zasady pewności prawa. Jego zdaniem, przyznanie sądowi, podlegającemu ustawie, prawa uznania jej za niekonstytucyjną prowadziłoby w konsekwencji do akceptacji zasady, że takie uprawnienie posiadałyby wszystkie organy podlegające władzy ustawy, w tym także organy administracji publicznej²¹.

Najwłaściwszym rozwiązaniem problemu ochrony konstytucyjności jest utworzenie przez ustawodawcę zwykłego, zdaniem G. Jellinka, osobnego trybunału konstytucyjnego, któremu mniejszość parlamentarna przedkładałaby do rozstrzygnięcia kwestię, czy w konkretnym przypadku uchwalony projekt ustawy nie zawierał przepisów zmieniających konstytucję. Zadaniem tego trybunału, posiadającego charakter sądu rozjemczego prawa publicznego, miała się stać prewencyjna kontrola konstytucyjności zwykłych ustaw. Jak jednak wskazał, jego propozycja miała i słabą stronę: skoro sędziowie trybunału stać się mieli strażnikami konstytucji, to jednak nadal dalej pozostawało nierozstrzygnięte pytanie, kto będzie pilnował strażników (*quis custodiet custodes ipsos*)²².

Ostatni rozdział swej rozprawy poświęcił G. Jellinek sprawie wprowadzenia ochrony konstytucyjności prawa w Austrii, mającej być remedium na stwierdzone przykłady łamania konstytucji przez ustawodawcę. Uznał, że postulowane przez niego powołanie Trybunału Konstytucyjnego mogło się odbyć w monarchii austriackiej w prosty sposób. Wystarczyło bowiem zmienić nazwę i zakres kompetencji istniejącego już Trybunału Państwa, który pełnił już w jakiejś mierze funkcję strażnika konstytucji. Końcowy więc fragment broszury nosił tytuł: „*Das Reichsgericht als Verfassungsgerichtshof*”. Zanim jednak G. Jellinek wskazał na Trybunał Państwa jako instytucję najbardziej nadającą się do roli przyszłego Trybunału Konstytucyjnego rozważył także, czy takiego zadania nie mógłby pełnić jeden z dwóch pozostałych trybunałów prawa publicznego. Przeciwko

¹⁹ G. Jellinek, *op.cit.*, s. 20.

²⁰ *Ibidem*, s. 22.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, s. 24.

Trybunałowi Stanu, którego rola także polegała na ochronie konstytucji, przemawiała – zdaniem G. Jellinka – jego kadencyjność; sędziów powoływano bowiem na sześcioletnią kadencję Rady Państwa. Na niekorzyść z kolei Trybunału Administracyjnego przemawiało to, że duży wpływ na obsadę stanowisk posiadał rząd, w jego składzie zasiadała liczna reprezentacja austriackiej biurokracji. Zaletą natomiast Trybunału Państwa była niezależność sędziów od rządu, kandydatów bowiem wskazywały izby parlamentu²³.

G. Jellinek w zakończeniu swej rozprawy docenił mimo wszystko zalety ustroju Austrii, podkreślając, że jako jedyna utworzyła Trybunał Państwa, który stał się pierwszym w Europie trybunałem ochrony praw podstawowych. Uważał w związku z tym, że jest ona szczególnie predestynowana do odegrania roli promotora nowych idei i powinna się odważyć na wprowadzenie do życia państwowego nowej instytucji. Niemniej jego postulat powołania w Austrii Trybunału Konstytucyjnego przeszedł właściwie bez echa. Jeśli wierzyć G. Jellinkowi, jego pomysł nie spotkał się z rzetelną kontrargumentacją przedstawicieli rządzącej wówczas w Austrii konserwatywno-słowiańskiej większości parlamentarnej, a skierowano pod jego adresem wyłącznie obelgi²⁴. Trzeba však przyznać, że także świat nauki austriackiej nie zapalił się wówczas do idei G. Jellinka. Być może przesądziła o tym przedstawiona ilustracja „parlamentarnej bezprawia” rządzącej koalicji, przytoczone bowiem przykłady były jednostkowe i nie świadczyły o szczególnie rażących naruszeniach konstytucji. Argumentacja G. Jellinka miejscami przypominała więc strzelanie z armaty do wróbla. Poza tym aż nazbyt wyraźnie z treści broszury wyłaniała się polityczna afiliacja autora, który postawił się w roli orędownika partii liberalnej. G. Jellinek tym samym pozbawił swe dzieło waloru bezstronnego stanowiska nauki.

Idea Trybunału Konstytucyjnego G. Jellinka odżyła dopiero po upadku monarchii, w nowej republikańskiej rzeczywistości politycznej. Ustawa z 25 stycznia 1919 roku tymczasowego Zgromadzenia Narodowego niemiecko-austriackiego państwa (Deutschösterreich) utworzyła Trybunał Konstytucyjny (Verfassungsgerichtshof), który przejął zadania dawnego Trybunału Państwa²⁵. Republikański austriacki ustrojodawca posłużył się więc nazwą wprowadzoną do obiegu naukowego przez właśnie G. Jellinka. Zgodnie też z jego koncepcją kolejna ustawa niemiecko-austriacka z 14 marca 1919 roku rozszerzyła kompetencję Trybunału Konstytucyjnego o wydawanie rozstrzygnięć w związku ze sprzecznością między ustawą krajową a konstytucją państwa²⁶. Na mocy przepisów tej ustawy rząd krajowy był zobowiązany przedkładać rządowi państwa wszystkie ustawy przed ich ogłoszeniem (art. 13). Rząd centralny w razie stwierdzenia sprzeczności ustawy krajowej z konstytucją mógł ją w ciągu 14 dni od momentu otrzymania zaskarżyć do Trybunału Konstytucyjnego (art. 15). W ten sposób zatem postulat G. Jellinka prewencyjnej kontroli konstytucyjności ustaw znalazł ostatecznie swe miejsce w powojennym austriackim porządku prawnym.

²³ *Ibidem*, s. 66.

²⁴ A.J. Noll, *Georg Jellinek's Forderung nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich* [w:] *Georg Jellinek...*, s. 274.

²⁵ *Gesetz vom 25. Jänner 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes*, RGBl, 1919, nr 48.

²⁶ *Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung*, RGBl, 1919, nr 179.