

Ryszard M. Małajny

Niemiecka doktryna podziału władzy (cz. II)

V. Jellinek – „panująca” doktryna sfer działania

1. Podziały scholastyczne. Georg Jellinek (1851-1911 r.) – a w ślad za nim pozostali adherenci jego doktryny, czyli m.in. Paul Laband, Georg Anschütz, Richard Thoma, Richard Schmidt, Julius Hatschek, Otto Mayer i Fritz Fleiner – odrzucił podział władzy w ujęciu monteskiuszowskim. W swej *Ogólnej nauce o państwie (Allgemeine Staatslehre)* z początku XX stulecia uznał bowiem, że pozycja niemieckich monarchów nie da się wpasować w stare francuskie szablony ustrojowe. Co jednak ważniejsze, doszedł do wniosku, iż materialne funkcje państwa (prawne sfery działania) nie dadzą się należycie skorelować z funkcjami formalnymi. Głosił też przekonanie, że „każdy organ państwowy w ramach swej kompetencji reprezentuje władzę państwa. Możliwy jest więc rozdział kompetencji, nie zaś podział władzy. W wielości swych organów władza państwowa jest jedna i jedyna”. Utwierdzało go w tym przeświadczenie, iż konstytucje wszystkich państw wprawdzie uznają w pewnym zakresie regułą rozdziału władzy, a mimo to największe znaczenie przypisują jednemu podmiotowi nadrzędnemu: monarsze (w konstytucjach oktrojowanych) albo ludowi. „Nie mamy więc ani jednej konstytucji, która by koncepcję rozdziału władz zamierzała, poprzez jej ostateczne konsekwencje, doprowadzić do uznania trzech osób w sensie Kanta”. Stąd w nowszych doktrynach podziału (np. Constanta) występuje się przeciwko ostremu rozgraniczeniu władz pod względem podmiotowym, gdyż w takim przypadku niemożliwością byłoby

wprowadzenie systemu parlamentarno-gabinetowego⁶¹. Zauważmy wszakże, iż czym innym są podmioty suwerenności, a czym innym podmioty władzy państwowej. Te pierwsze to naród albo monarcha, podczas gdy te drugie to organy państwowe bądź grupy społeczne.

Próby zmierzające do wyczerpującego przedstawienia władzy państwowej przy pomocy wyliczania jej treści, zajmujący nas teoretyk uważa za pozbawione waloru naukowości. Wymienia się bowiem wówczas cały gąszcz uprawnień, a tymczasem są to wszystko poszczególne materie jednej władzy państwowej. To samo można powiedzieć o wszelkich klasyfikacjach władz bazujących czy to na organach państwa, czy to na działach administracji państwowej. Wobec tego np. Höpfner obok władzy prawodawczej i wykonawczej wyróżnił też władzę policyjną oraz władzę nad gospodarką państwową jako prawa przysługujące majestatowi władcy. Schlözer z kolei obok władzy prawodawczej (*potestas legislativa*) i wykonawczej (*potestas executiva*) wymienił również władzę skarbową (*potestas cameralis*). Gönner natomiast obok władzy porządkującej i sądowniczej wyodrębnił także władzę policyjno-wykonawczą, karną, wojskową, skarbową i inne. Nawiasem mówiąc, wyraźnych cech materialnych odróżniających sądownictwo od administracji nie ma i być nie może. Ponadto żaden „podział nie będzie pod względem ściśle logicznym doskonały, jako że idzie tu o poznanie życia samego, nie zaś martwej materii, wszystko zaś co żyje i przeznaczone jest do praktycznego zastosowania, często pozbawione jest logiki. Tylko marta scholastyka żąda jej wszędzie, lecz nadaremnie”⁶².

2. Sfery formalne i materialne. Dlatego trzeba odróżnić funkcje (sfery) materialne od formalnych, czyli „wielkie wytyczne działalności państwa od działalności pewnych grup jego organów”. Albowiem „naiwne zestawienie działalności państwa z jego funkcjami, jak czyniła to nauka o państwie od czasów Arystotelesa aż do ostatnich czasów, nie zdołało rozwiązać w sposób zadowalający najważniejszych zagadnień teoretycznych i praktycznych z dziedziny nauki o funkcjach państwa”⁶³. Materialne funkcje państwa wynikają przede wszystkim z „materii” aktów państwowych, czyli ze stosunku zachodzącego pomiędzy działalnością państwa a jego celami.

⁶¹ G. Jellinek, *op. cit.*, s. 361, 362; T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 54, 55.

⁶² G. Jellinek, *op. cit.*, s. 457-459, 465.

⁶³ *Ibidem*, s. 468; O. W. K ä g i, *op. cit.*, s. 159.

Wniknięcie w istotę działalności państwa wymaga określenia form, w jakich działalność ta może być prowadzona. Tak więc funkcje formalne państwa determinowane są przez „formę”, czyli przez źródło i kształt odnośnych aktów państwowych. Państwo może ustalać przepisy abstrakcyjne, które jako takie nie oddziałują bezpośrednio na rzeczywistość, lecz wymagają dopiero działalności pośredniej – wywołanej owymi przepisami – przy pomocy której może zostać osiągnięty stan zamierzony. Ale państwo może również swą działalnością spełniać bezpośrednio swoje zadania, zgodnie z tymi abstrakcyjnymi przepisami, lub też w granicach przez nie zakreślonych. Wychodząc z tego założenia, można wyróżnić dwie funkcje: ustalanie przepisów oraz spełnianie określonych zadań przy pomocy zmierzającej w tym kierunku zindywidualizowanej działalności. Niemniej ochrona prawna, urzeczywistniana przy pomocy i na podstawie rozstrzygnięć stwarzających w drodze uporządkowanego postępowania prawo niejednokrotnie niejasne i sporne, przeciwstawia się wszelkiej innej działalności jako funkcja (sfera) odrębna. Mamy więc trzy materialne prawne sfery działania państwa: prawodawstwo, wymiar sprawiedliwości i administrację⁶⁴. „Prawodawstwo ustanawia abstrakcyjne normy prawne, mające za zadanie regulowanie zespołu faktów lub też indywidualnego stanu rzeczy w społeczeństwie. Wymiar sprawiedliwości ustala prawo obowiązujące, nie ustalone lub sporne w odniesieniu do poszczególnego faktu, reguluje stosunki i interesy prawne. I w końcu administracja rozwiązuje konkretne zagadnienia, zgodnie z normami prawnymi lub w ich granicach, przy pomocy złożonego systemu środków”⁶⁵. Jednakże obok tych sfer istnieją jeszcze „nadzwyczajne czynności państwowe”, które nie dają się zaliczyć do żadnej ze sfer tu wymienionych, jak np. prowadzenie wojny.

Ustawodawstwo w sensie materialnym oznacza stanowienie ogólnych i abstrakcyjnych norm prawnych dotyczących wolności i praw obywateli, natomiast w sensie formalnym jest to stanowienie prawa przez władzę prawodawczą w konstytucyjnie określonym postępowaniu i formach.

Wymiar sprawiedliwości w sensie materialnym oznacza wydawanie samodzielnych orzeczeń w odniesieniu do tego, co w zastosowaniu ogólnej i abstrakcyjnej normy do konkretnego stanu faktycznego w pojedynczym

⁶⁴ G. Jellinek, *op. cit.*, s. 468, 469; O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 159.

⁶⁵ G. Jellinek, *op. cit.*, s. 469.

przypadku jest słuszne, natomiast w sensie materialnym są to wszystkie akty pochodzące od sądów, w tym m.in. decyzje administracji sądowej.

Administrowanie w sensie materialnym obejmuje wszystkie działania państwa nie będące prawodawstwem ani wymiarem sprawiedliwości, natomiast w sensie formalnym jest to działalność wszystkich organów państwowych, z wyjątkiem legislatury i sądów, nawet jeśli jest to stanowienie prawa (rozporządzenia) lub jakaś forma werdyktów⁶⁶.

„Ustawa przepisuje pewną normę prawną, zaś wyrok sądowy zastosowuje daną normę abstrakcyjną do wypadku konkretnego i rozstrzyga co do niego, czyli ustala go w sposób autorytatywny i oznacza na mocy władzy państwowej jego skutki prawne...”. O ile jednak państwo może istnieć bez prawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości, o tyle nie jest to możliwe bez administracji. „Państwa despotyczne bez ustaw i sądownictwa są pojęciowo możliwe, lecz państwo bez administracji byłoby anarchią. Administracja jest zarazem funkcją najobszerniejszą. Do niej należą wszelkie przygotowania do prawodawstwa, ona popiera działalność związaną z wymiarem sprawiedliwości, ona gwarantuje wykonanie wyroku. Już historycznie występuje administracja jako funkcja zasadnicza, prawodawstwo bowiem pojawia się dopiero później lub też oddziela się od funkcji administracji; a także działalność sędziowska, z początku w niewielkich granicach wykonywana, dopiero z rozwojem państwa większe przybierać poczyna rozmiary. Stąd więc administracją możemy nazwać wszelką działalność państwową po wykluczeniu prawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości. Ta możliwość negatywnego ograniczenia wykazuje całą jej doniosłość dla państwa. Tylko administrację usiłowano objaśnić przy pomocy podkreślenia przeciwieństwa do innych czynności i dziedzin państwa”⁶⁷.

Materialne prawne sfery działania państwa „rozdzielone są pomiędzy poszczególne, względnie od siebie niezależne organy, w ten sposób, że wszystkie znajdują w organie najwyższym swój punkt wyjścia, a zarazem się w nim zbiegają. Podziałowi funkcji odpowiada rozdział pracy pomiędzy poszczególnymi organami. Że podział ten nie może być ścisły, o tym już wyżej wspomniano. Wynika stąd przeciwieństwo funkcji formalnych, wykonywanych przez organy prawodawcze, administracyjne i sądownicze.

⁶⁶ *Vide* O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 159-161.

⁶⁷ G. J e l l i n e k, *op. cit.*, s. 470, 471.

Pod względem formalnym dzieli się przeto działalność państwa na akty formalnego prawodawstwa, formalnej administracji oraz akty sprawiedliwości⁶⁸.

Połączenie wszystkich sfer materialnych znajdujemy w organach administracji, które posiadają władzę rozstrzygania i wydawania rozporządzeń. Przy pomocy rozporządzeń administracja bierze udział w prawodawstwie materialnym, a mocą przysługującego jej prawa rozstrzyga w zakresie wymiaru sprawiedliwości. Do organów prawodawczych z kolei należą nie tylko pewne kompetencje administracyjne, pozostające w związku z prawodawstwem pod względem materialnym, np. sprawdzanie wyników wyborów, decydowanie w sprawach wniesionych petycji itp. Mają one nadto pewien udział w aktach administracji, których zatwierdzenie ukazuje się w formie ustaw, jak i w sprawach sędziowskich. Sądy powszechne natomiast posiadają rozległą dziedzinę administracji, mającą na celu zapewnienie gwarancji prawnych, jak opieka, księgi wieczyste, prowadzenie rejestrów firm, stowarzyszeń, spraw testamentowych, sądownictwo administracyjne itp. O tym, iż akt wypływający z wymiaru sprawiedliwości nie jest identyczny z orzeczeniem, można się przekonać chociażby z różnicy terminologii. Tak więc różnice materialne (obiektywne) pomiędzy prawodawstwem, administracją i wymiarem sprawiedliwości nie pokrywają się z różnicami formalnymi (subiektywnymi) działalności organów prawodawczych, administracyjnych i sądowniczych. Państwo powinno dbać o to, by sprawy obiektywnie różne były nimi również subiektywnie. „Mimo to jednak funkcje materialne i formalne nigdy nie pokrywają się subiektywnie, ponieważ wyraźne rozgraniczenie da się przeprowadzić tylko w teorii, nie zaś w życiu. Na rzeczywisty ustrój państwa oddziałują względy celowości politycznej, nie zaś architektonicznego piękna i to one powodują różne odchylenia od wyraźnie uznawanych reguł⁶⁹. Władze pod względem subiektywnym i obiektywnym pokrywają się całkowicie wyłącznie w państwie idealnym.

3. Rząd. W ramach terminu „administracja” autor *Ogólnej nauki o państwie* wyróżniał jeszcze kategorię „rząd”. Twierdził on – i słusznie –

⁶⁸ *Ibidem*, s. 472.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 463, 472-474.

że „państwo, którego rząd działałby tylko na mocy ustaw, byłoby politycznie tworem niemożliwym. O kierunku działalności państwa wykonywanej przez rząd, nie mogą nigdy rozstrzygać normy prawne”. Administracja w sensie materialnym obejmuje „dwa, złączone w jedność pierwiastki, pierwiastek rządzenia i wykonywania; pierwszy – zawierający inicjatywę i zarządzenia, drugi zaś – wykonanie tego, co zarządzone zostało. Akty administracji dzielą się zatem na akty rządowe i wykonawcze, jakkolwiek mogą mieścić w sobie oba czynniki równocześnie. Obydwa znajdują się również w dziedzinie nadzwyczajnych czynności państwowych. Rząd w tym rozumieniu jest natury materialnej, obiektywnej – może przeto posługiwać się również organami prawodawstwa”. Im dalej sięga zakres ustawodawstwa, tym bardziej ogranicza ono dziedzinę administracji, „jakkolwiek nigdy nie zdoła całkowicie podporządkować sobie tej ostatniej, ponieważ nieodzowna jest tu pewna miara swobodnego uznania ze względu na związek zachodzący pomiędzy działalnością rządową a administracyjną. Administracja, działająca wyłącznie na podstawie ustaw, możliwa byłaby tylko w państwie pozbawionym rządu, owym tworze politycznej metafizyki, której nic nie odpowiada w rzeczywistości”⁷⁰.

4. Podsumowanie. Zbliżając się do końca prezentacji doktryny Jellinka, warto nadmienić, iż doceniał on protekcyjną rolę hamulców ustrojowych wobec rozdziału władzy. Niemniej roli tej bynajmniej nie przeceniał. Według jego oceny, amerykański i francuski konstytucjonalizm upatruje w odgraniczeniu sfer formalnych najpewniejszej gwarancji ustawowego wykonywania władzy państwowej, a tym samym gwarancji politycznej wolności obywateli. „Władze wzajemnie od siebie niezależne, tworzą równocześnie ściśle połączony mechanizm, w którym jedno koło zazębia się z szeregiem innych, oddziałując na siebie wzajemnie regulująco. Normalny układ funkcji formalnych winien zawierać w sobie system *checks and balance* nie dopuszczający do tego, by poszczególne władze przekraczały ustawowo określoną sferę kompetencji. Lecz i ta abstrakcyjna formułka działa – jak wiele innych – tylko w pewnych granicach; najdokładniej da się zastosować przy rozgraniczeniu wymiaru sprawiedliwości od administracji”. Wzajemne stosunki pomiędzy organami kształtują się nie

⁷⁰ *Ibidem*, s. 476, 478, 480.

tyle pod wpływem różnych konstytucyjnych formuł – w tym ustrojowej równowagi – ile „pod wpływem ogółu stosunków politycznych i społecznych, opierających się wszelkiemu wtłaczaniu w szablon”⁷¹.

Uwzględnijmy jeszcze, iż doktryna ustrojowa frapującego nas konstytucjonalisty osiągnęła sporą popularność zarówno w Niemczech wilhelmińskich, jak i weimarskich. Jednakże podczas opracowywania konstytucji z 1919 r. nie absolutyzowano jego definicji trzech władz. Nie chciano ich formułować w sposób radykalno-logiczny, lecz teleologiczny, zorientowany na potrzeby praktyki życia państwowego. Dlatego też F. Fleiner mógł napisać, że w dokumencie tym podział zadań państwowych został przeprowadzony nie „według abstrakcyjnej, mechanicznej zasady podziału”, ale raczej w sposób „przypisujący każdej z trzech władz małą część sfery uprawnień innej władzy”. W rezultacie recypowano regułę rozdziału tylko w takim sensie, że aparat ustanowiony dla realizacji jednej sfery działania nie może być równocześnie głównym piastunem innej sfery⁷². Nie był to wszakże frontalny odwrót od idei podziału władzy. Na taki odwrót zdecydowali się natomiast przedstawiciele „czystej nauki prawa”.

VI. Kelsen – dwupodział sfer

1. Szkoła wiedeńska. W powstałej na początku XX stulecia szkole wiedeńskiej – orientującej się na metodologiczną ścisłość – sformułowano bazującą na neokantowskiej teorii poznania „czystą naukę prawa”. Odrzuciła ona teorię podziału władzy, uznając ją za „źle zrozumianą część problemu nauki o funkcjach państwa” (A. Merkl), czego jednym z przejawów pozostaje upatrywanie w niej „potrójnej jedności osoby państwowej”. Tymczasem prowadzi to do rozerwania systemu jednolitości norm prawnych. Fałsz tej teorii polega przede wszystkim na tym, iż historycznie przypadkowy podział funkcji państwa przyjmuje ona jako regułę systematyzacyjną i przejaw poznania jego istoty. A przecież trzy klasyczne władze są w istocie wewnętrznie powiązane, zaś żądanie ich rozdzielenia ma jedynie charakter polityczny. Świat woli i poznania należy oddzielić, a naukę prawa uwolnić od posłuszeństwa polityce. Rozdział władzy stanowi w

⁷¹ *Ibidem*, s. 474, 475; T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 55, 56.

⁷² *Vide* O.W. Kągi, *op. cit.*, s. 164.

pierwszym rzędzie postulat polityczny, nie zaś naukowy i dlatego prowadzi do „zaciemnienia poznania”⁷³.

Odrzucono też „panującą” doktrynę prawnych sfer działania Jellinka, zarzucając jej „naiwny realizm” i „dwustronność”. W to miejsce zaproponowano czysto normologiczną (*normlogisch*) koncepcję państwa, pojmowanego jako „normatywny porządek przymusowy ludzkiego postępowania”. Państwo to „system norm prawnych”, natomiast podstawowe problemy teorii państwa to problem znaczenia (statyka) i tworzenia (dynamika) specyficznego porządku. Zamiast więc rozpatrywania statycznego problemu podziału władzy z punktu widzenia tradycyjnej nauki o ustrojach, trzeba się zająć dynamicznym problemem „wytwarzania porządku państwowego” z punktu widzenia „czystej nauki prawa”, zamiast nauki o władzach lub funkcjach – nauką o „szczeblach tworzenia” (*Erzeugungstufen*), zamiast „trójwymiarowej konstrukcji systemu prawnego”⁷⁴ – rozdziałem według wzajemnych relacji logicznych.

2. Obrona zasady podziału. Jednym z przedstawicieli doktryny „czystej nauki prawa” uprawianej przez tzw. szkołę wiedeńską był Hans Kelsen (1881-1973 r.). Początkowo jego stosunek do teorii rozdziału był równie krytyczny jak jego kolegów. W swym *Austriackim prawie państwowym* (*Österreichisches Staatsrecht*) z 1923 r. uznał problematykę rozdziału władzy za zagadnienie podziału kompetencji w państwie. W wydanej natomiast w dwa lata później *Ogólnej nauce o państwie* (*Allgemeine Staatslehre*) pisał o przewyżczeniu reguły rozdziału władzy⁷⁵. Niemniej z czasem stał się w tej materii znacznie mniej krytyczny. W *Ogólnej teorii prawa i państwa* (*General Theory of Law and State*) z 1945 r. odmówił znaczenia tym wszystkim poglądom, które odrzucały podział władzy na korzyść rozdziału funkcji państwa. Podział władzy zawiera bowiem pewne trafne założenia, jak np. rozróżnienie między stanowieniem prawa a jego stosowaniem (wymiar sprawiedliwości i administracja), spoczywające na podstawie „decydującej różnicy” między ogólnym a indywidualnym, abstrakcyjnym i konkretnym. Wywierają nań jednak wpływ czynniki natury pozamerytorycznej, jak np. postulaty polityczne czy istniejące już struktury

⁷³ *Ibidem*, s. 164, 165, 172.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 165, 166.

⁷⁵ G. Winkler, *op. cit.*, s. 295.

organów. Wobec tego niektórzy – pragnąc utrzymać przynajmniej terminologiczną jednolitość władzy państwowej – zamiast o władzach mówią o funkcjach państwa (sferach), a więc o ustawodawstwie, wymiarze sprawiedliwości i wykonywaniu, przedstawiając ich „sąsiedowanie” w sposób „bezkontaktowy”. Tymczasem, zdaniem interesującego nas teoretyka, powinno się tu pojawić jasne i zdecydowane określenie leżącej u ich podstaw zasady jednolitości. Podział i koordynacja władz są z normologicznego punktu widzenia niemożliwe. Są natomiast możliwe wyłącznie z perspektywy realnej władzy działającej w ciągu przyczynowo-skutkowym względnie z punktu widzenia „władzy prawnej”, tj. faktu obowiązywania porządku prawnego. Niemożliwy jest wszak podział tego porządku, gdyż władza państwowa jest jednolita i niepodzielna. Porządek ten nie jest jednością systemu równorzędnych, w pewnym stopniu stojących obok siebie norm prawnych, lecz porządkiem stopni (*Stufenordnung*) różnych warstw tych norm⁷⁶.

3. Stanowienie i stosowanie. Kelsen zredukował klasyczny trójpodział prawnych sfer działania państwa do dwupodziału. Wyróżnił mianowicie stanowienie norm i ich stosowanie. Natomiast stosowanie rozbił na wymiar sprawiedliwości i wykonywanie. Wyróżnił też stanowienie norm generalnych oraz ich indywidualizację lub konkretyzację. Różnica między tymi normami jest natury nie jakościowej, ale ilościowej. Nie jest więc absolutna, lecz względna i dlatego jest pozbawiona politycznego znaczenia. Specyfika prawa sprowadza się do ustalonego sposobu tworzenia norm. Norma prawna wyższego rzędu określa sposób tworzenia normy niższego rzędu, stąd teza, że tworzenie prawa polega także na jego wykonywaniu. Sprzeczność pomiędzy tworzeniem prawa a jego stosowaniem nie jest zatem w przekonaniu autora *Ogólnej teorii prawa i państwa* absolutna, ale w najwyższym stopniu relatywna i przedstawia zaledwie stosunek między dwoma kolejnymi szczeblami procesu stanowienia prawa⁷⁷.

Tradycyjna teoria prawnych sfer działania państwa jest „dwustronna”, tj. dzieli te sfery po części według kryterium celowości (administrowanie), a po części według kryterium formy działania (ustawodawstwo i wymiar

⁷⁶ O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 166; T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 56.

⁷⁷ H. K e l s e n, *General Theory of Law and State*, New York 1973 (1945), s. 132-136; T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 56, 57.

sprawiedliwości). „Czysta nauka prawa” musi przewyciężyć tę metodologiczną niejasność. Otóż administrowanie również można określić normologicznie jako prawną sferę działania. Akt administracyjny, analogicznie jak wyrok sądowy, stanowi bowiem przejaw „wymierzania sprawiedliwości”, czyli konkretyzacji norm generalnych. Różnica między administracją a sądami nie ma charakteru prawnego, tylko wyłącznie organizacyjno-techniczny. „Zresztą odgraniczenie sądów od administracji jest mniej lub bardziej historyczną arbitralnością”, a więc pozostaje w istocie funkcjonalnie niemożliwe. Obie te sfery nie dają się też odróżnić na tle procesu przetwarzania prawa z ogólnego w indywidualne. I dlatego Kelsen zaproponował rozróżnienie pomiędzy administrowaniem pośrednim i bezpośrednim. A. Merkl pisał nawet, że wobec prawodawstwa administracja i wymiar sprawiedliwości są jak córki, same zaś mają „siostrzany” charakter⁷⁸.

4. Niemożność separacji. Według zajmującego nas autora, reguła rozdziału zakłada, iż trzy tzw. władze można określić jako trzy odrębne i skoordynowane prawne sfery działania państwa oraz że możliwe jest określenie linii odgraniczających każdą z tych trzech sfer od pozostałych. Tymczasem założenie to nie znajduje pokrycia w faktach. Nie ma trzech podstawowych prawnych sfer działania państwa, tylko – jak wiemy – dwie (stanowienie prawa oraz jego stosowanie) i sfery te nie mogą zostać skoordynowane, lecz podporządkowane. Ponadto niemożliwe jest określenie linii oddzielających je, jako że dystynkcja pomiędzy stanowieniem i stosowaniem prawa – leżąca u podstaw dualizmu władzy prawodawczej i wykonawczej w najszerszym tego słowa znaczeniu – ma jedynie względny charakter. Większość aktów państwowych jest zarazem aktami i stanowienia, i stosowania prawa. Nie da się, i nie jest to nawet pożądane, zarezerwować choćby tylko legislacji – która stanowi zaledwie jeden z rodzajów tworzenia prawa – dla „oddzielnego ciała służb publicznych”⁷⁹ oraz wyłączenia innych organów od tej sfery.

Przez ustawodawstwo jako sferę działania państwa rozumiemy tworzenie ogólnych norm prawnych. W rzeczywistości nigdy się nie zdarza, by normy te były stanowione wyłącznie przez jeden organ określany jako legislatywa. Takie upoważnienia miewają również organy administracyjne

⁷⁸ H. Kelsen, *op. cit.*, s. 279, 280; O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 170, 171.

⁷⁹ H. Kelsen, *op. cit.*, s. 269, 270.

oraz sądy, i to nawet bezpośrednio w konstytucjach. To, co ma tu praktyczne znaczenie, to takie rozwiązanie tego problemu, by wszystkie normy ogólne były tworzone albo przez organ zwany legislatywą, albo przez organy wykonawcze bądź sądownicze z upoważnienia legislatywy. Normy ogólne wydawane przez te organy (*ordonanse* lub rozporządzenia) wykazują funkcjonalnie taki sam charakter, jak akty legislatywy. Na marginesie, jeśli głowa państwa korzysta z prawa weta ustawodawczego, to także działa w sferze prawodawczej. Sferę tę realizują także sądy, jeśli orzekają w kwestii konstytucyjności ustaw lub tworzą precedensy sądowe – szczególnie w krajach *common law*. Skoro więc nie da się odseparować legislacji od innych sfer działania państwa – nawet gdy ustawa zasadnicza wyraźnie taką regułę zawiera – ani też ustanowić monopolu legislatywy na tworzenie norm generalnych, to nie ma co mówić o separacji władz, tylko o ich rozdziale⁸⁰.

W nader ograniczonym zakresie możliwa jest jedynie separacja władzy sądowniczej od wykonawczej, ponieważ obie te sfery nie są z istoty swej odrębne. A to z tej racji, iż sfera sądownicza również polega na wykonywaniu norm ogólnych. Podobnie organy administracji publicznej często służą realizacji tej samej sfery co sądy. Nakładają bowiem kary za delikty administracyjne. Poza tym zbliżona do sądowej jest procedura administracyjna. Specyficzna sfera administracji może być urzeczywistniana tylko we współdziałaniu ze specyficzną sferą sądowniczą. Jest więc rzeczą całkowicie naturalną przydzielić ją organom administracyjnym, skoro i tak łączą ją organicznie więc ze sferą administracyjną. Wyjątek stanowią akty administracyjnego przymusu. W dodatku nie należy zapominać, że wyroki sądowe wykonywane są przez funkcjonariuszy administracyjnych⁸¹.

Błędem natomiast jest nazywanie fundamentalnej zasady monarchii konstytucyjnej „podziałem władzy”. Funkcje, które kiedyś spełniał monarcha, nie zostały „odseparowane”, tylko podzielone pomiędzy niego, parlament i sądy. Stąd władze: prawodawcza, wykonawcza i sądownicza nie były trzema logicznie odrębnymi prawnymi sferami działania państwa, ale kompetencjami parlamentu, monarchy i sądów. Historyczne znaczenie reguły rozdziału sprowadza się do tego, iż działa ona bardziej przeciwko koncentracji władz, aniżeli ich separacji. Kontrola sprawowana przez sądy nad

⁸⁰ *Ibidem*, s. 270-272.

⁸¹ *Ibidem*, s. 273-275, 278.

sferą prawodawczą i wykonawczą oznacza, że te trzy grupy uprawnień są połączone w rękę sądów. Nawiasem mówiąc, zasada podziału władzy nie jest też z istoty swej demokratyczna. Zgodnie z ideą demokracji cała władza winna zostać skoncentrowana w rękach ludu, a zważywszy, że demokracja bezpośrednia nie jest możliwa, więc powinna zostać skupiona w rękach organu przez ten lud wybranego i przed nim odpowiedzialnego. Jeżeli zaś ów organ dysponuje wyłącznie władzą prawodawczą, to pozostałe organy powinny mu być podporządkowane. Kontrola władzy wykonawczej i sądowniczej przez władzę prawodawczą odpowiada naturalnym relacjom istniejącym między tymi sferami⁸².

5. Podsumowanie. Kelsenowska doktryna rozdziału władzy wywołała różne komentarze. Spośród nich warto przytoczyć przede wszystkim opinię T. Tsatsosa. Sądzi on mianowicie, iż treści normy prawnej nie da się zredukować do sposobu jej tworzenia, a poza tym pewne normy wyższego rzędu dają się konkretyzować jedynie stopniowo. W związku z tym teza autora *Ogólnej teorii prawa i państwa* o relatywności stosunków pomiędzy stanowieniem prawa a jego stosowaniem nie jest pozbawiona kontrowersji. Słusznie wskazał on na prawotwórcze elementy w administrowaniu i wymiarze sprawiedliwości, na elementy stosowania prawa w ustawodawstwie oraz na elementy wymiaru sprawiedliwości w administrowaniu. Wyodrębnienie stopni w tworzeniu prawa nie może wszak stanowić substytutu rozdziału funkcji (prawnych sfer działania) państwa. Tworzenie prawa to jedna funkcja państwa, a wykonywanie to druga. Odpowiadają one istocie państwa, a stopniowania prawotwórstwa nie da się przekształcić w wykonywanie. Wykonywanie bowiem to funkcja sprowadzająca się do urzeczywistniania konkretnej normy prawnej. Gdyby normę tę rozumieć tylko jako akt wykonania, to jej zastosowanie pozostawałoby poza prawem. Tymczasem funkcje państwa powinny być rozpatrywane przede wszystkim w aspekcie prawnym. W doktrynie Kelsena normatywna treść podziału władzy pozostaje nieokreślona, dlatego opowiedział się za przydzieleniem ustawodawstwa, wymiaru sprawiedliwości i administracji trzem niezależnym grupom organów. Ale tego postulatu nigdy nie da się całkowicie urzeczywistnić. Jest to nieunikniona konsekwencja stwierdzonej przez autora *Ogólnej*

⁸² *Ibidem*, s. 281, 282.

teorii prawa i państwa relatywności między normami generalnymi a indywidualnymi. Jego doktryna stopniowania prawotwórstwa wygląda z góry jak seria aktów wykonywania, a z dołu jak seria aktów stanowienia prawa. Tymczasem na każdym szczeblu prawotwórstwo i wykonywanie są ze sobą nierozzerwalnie związane. Doktryna ta nie kwestionuje więc teorii rozdziału, lecz odnosi się zaledwie do części związanej z nią problematyki⁸³.

VII. Reakcja na szkołę wiedeńską

1. Smend. Jak już wspomniano, szkoła wiedeńska i lansowana przez nią „czysta nauka prawa” przedstawiała prawne sfery działania państwa li tylko jako „szczeble tworzenia prawa”. Wyrażając tę myśl inaczej, relatywizowała tę problematykę, prezentując owe sfery jako elementy linearnego łańcucha. Takiemu podejściu w imię „pozytywizacji integracyjnej praworządności ducha politycznego” – cokolwiek miałoby to oznaczać – przeciwstawił się w 1923 r. Rudolf Smend w pracy *Władza polityczna w państwie konstytucyjnym a problem formy państwa (Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform)*. Według jego oceny – wzorowanej *nota bene* na poglądach Hegla – prawne sfery działania państwa stanowią wyłącznie dialektyczne elementy w „procesie funkcjonalnej integracji zorientowanej na socjalną syntezę”. Tym samym konstytuują zawsze jedynie „podgatunek myślowej całości (Sinntotalität)”. Aparat państwowy skonstruowany na fundamencie zasady podziału władzy tworzy „systematyczny porządek życia państwowego”, głównie zaś jego systemu integracyjnego. Zajmujący nas teoretyk upatrywał w integracji zadanie dla państwa animowania procesu, w którym społeczeństwo oddaje temu państwu wszystkie swe siły. Odróżnił integrację personalną od rzeczowej i funkcjonalnej. Najbardziej dobitną formą integracji personalnej pozostaje przywództwo. Integracja rzeczowa z kolei to dążenie do wspólnych celów oraz ich realizacja. Natomiast na integrację funkcjonalną składają się wszelkie procedury oraz „kolektywizujące formy życia”⁸⁴, jak np. wybory parlamentarne i referenda.

⁸³ T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 57, 58.

⁸⁴ *Vide ibidem*, s. 59, 60; O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 174.

Smend był nieukontentowany „panującą doktryną o władzach” przede wszystkim z tego powodu, że z jednej strony do ich systemu przyjmuje „ciała obce” – tzn. czynniki życia prawnego, czyli stanowienie prawa oraz wymiar sprawiedliwości – z drugiej zaś pomija „zamykający element” w postaci rządu. Ten ostatni stanowi czynnik integracyjny, a to z racji niekompletności tradycyjnego trójschematu władz. Brak w niej bowiem „wymaganej przez naturę rzeczy funkcji, której zadaniem jest integracja”. Wzajemna gra trzech władz nie wystarcza do zdeterminowania istoty państwa, a następnie jej urzeczywistnienia. Wobec tego w miejsce prostej klasycznej triady autor ten umieścił trzy systemy funkcji odpowiednio do „wartości prawnych, administracyjnych i integracyjnych”. Pierwszy system to wypływający z wartości integracyjnej system funkcji mający za podstawę polityczne wzajemne oddziaływanie legislatywy i egzekutywy, jak również „rząd” jako funkcję mającą za zadanie właściwą integrację systemu władz poprzez usuwanie istniejących między nimi różnic stanowisk. Drugi system to respektująca regulacyjną zasadę wartości administracyjnych funkcja administracji, rozumiana jako techniczne wspieranie przez państwo dobrobytu społecznego w kwestiach indywidualnych. Trzeci system to system czynników w formie życia prawnego, ustawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości jako właściwych funkcji prawnych owianych ideą prawa i kształtowania go. Wartość prawa znajduje swe urzeczywistnienie poprzez zorganizowane funkcje ustawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości. Integracyjne oddziaływanie tego ostatniego jest „peryferyjne”. Co innego, jeśli idzie o ustawodawstwo, które realizuje państwo, czyli jego „życie jako integrację i ukształtowany rozwój władz”. Ustawodawstwo czyni to w aspekcie formalnym we wzajemnych stosunkach z egzekutywą, a w aspekcie materialnym urzeczywistniając wartość prawa. Wyrazem relacji między ustawodawstwem a sądownictwem jest ustawa materialna, podczas gdy ustawy formalne charakteryzują relacje między legislatywą i egzekutywą w ramach systemu integracyjnego, jak również relacje z administracją jako techniczne wspieranie dobrobytu społecznego. Na marginesie, z problematyki podziału władzy państwowej nie należy wyłączać grup społecznych jako społecznych podmiotów władzy⁸⁵.

⁸⁵ O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 174, 175; T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 60; W. Frotscher, *op. cit.*, s. 163; J. Becker, *Gewaltenteilung im Gruppenstaat. Ein Beitrag zum Verfassungsrecht des Parteien- und Verbände Staates*, Baden-Baden 1986, s. 98, 99.

Ten „rozumiejący opis” – jak na to sama dialektyczna całość pozwala – w sensie systemu „funkcjonalnego aktualizowania” jest nie tylko pomyślany jako ugruntowanie materialnej teorii państwa i konstytucji, lecz także jako podbudowa nauki prawa państwowego. W pierwszym zaś rzędzie jako przesłanka „rzeczowej interpretacji unormowań konstytucyjnych”, tzn. wykładni z punktu widzenia „funkcjonalnej całkowitości integracji”⁸⁶.

2. Schmitt. Z opozycją wobec tej szkoły wiedeńskiej wystąpił również w 1923 r. Carl Schmitt w swym traktacie pt. *Duchowo-historyczna sytuacja dzisiejszego parlamentaryzmu (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus)*. W pełni podpisał się w nim pod art. 16 francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, traktując wyrażoną tam regułę podziału władzy jako część składową burżuazyjnego ideału konstytucji państwa prawnego. Opowiedział się za niepołączalnością stanowisk w różnych organach. Podążył w tym względzie śladami rozumowania Locke’a i Monteskiusza, iż nie jest dobrze, jeśli ci sami ludzie, którzy uchwalają ustawy, także je wykonują. Jednocześnie starał się przy tym nie tracić z oczu problematyki równoważenia władz. Przeanalizował bowiem funkcjonowanie reguły rozdziału w parlamentarno-gabinetowym systemie rządów, obnażając jej wszystkie związane z tym słabości. Miał przy tym świadomość, że z jednej strony rygorystycznie przeprowadzony podział władzy utrudnia wzajemne wpływanie organów na siebie, z drugiej natomiast konieczność ich równoważenia takiego wpływania wymaga⁸⁷.

We wspomnianej rozprawie autor poddał poza tym krytyce ideę rozdziału władzy interpretowaną w duchu parlamentaryzmu. Otóż adherenci tego ostatniego twierdzą, że zasada ta tworzy instytucjonalne zabezpieczenie wolności i praw jednostki. To oczywiście prawda. W monarchii absolutnej, w której doszło do koncentracji i zmonopolizowania władzy w jednym ręku, respektowanie owych wolności i praw zależy w istocie od łaski władcy. Tymczasem konstytucjonalizacja reguły podziału władzy jest równoznaczna z przekreśleniem tej koncentracji. To wszakże nie wystarcza, ponieważ ustawa zasadnicza może mieć charakter oktrojowany, a ponadto może przyznawać egzekutywie dominującą pozycję w stosunku do pozo-

⁸⁶ Vide O. W. K ä g i, *op. cit.*, s. 175.

⁸⁷ C. S c h m i t t, *Verfassungslehre*, Berlin 1957 (1928), s. 131; vide T. T s a t s o s, *op. cit.*, s. 61, 62; E. K ü c h e n h o f f, *Möglichkeiten und Grenzen begrifflicher Klarheit in der Staatsformenlehre*, Berlin 1967, Bd. II, s. 641, 642.

stałych organów. Mało tego, poszczególne władze mogłyby się dostać w ręce ludzi skłonnych nadużywać swoich uprawnień. W związku z tym przyznanie supremacji legislatywie jest jedynym środkiem gwarantującym wolności i prawa obywateli. Gwarancje te powstają w sposób pośredni w efekcie stanowienia przez ów organ prawa. Nadrzędne usytuowanie parlamentu w systemie organów państwowych oznacza wówczas, iż rządy w państwie są rządami prawa, *ergo* że jest to państwo prawa. Jeżeli jest to prawo rozumne, to czyni ono obywatela wolnym. Sens podziału władzy polega zatem na zagwarantowaniu wyodrębnienia nadrzędnej prawnej sfery tworzenia obiektywnego prawa, które w rezultacie działania „metafizycznej mechaniki debaty” staje się synonimem rozumności. Oddzielenie władz jest nieodzowne z tej racji, że czym innym jest rozumność wyrażająca się w tworzeniu prawa (*deliberare*), czym innym zaś ta, która tkwi w działaniach egzekutywy (*agere*). Ustawa bowiem to „norma ogólna w przeciwieństwie do faktycznego, konkretnego rozkazu, polecenia”. I dlatego uważana jest „za coś tchnącego intelektualizmem w odróżnieniu od egzekutywy, która w istocie jest działaniem”. Wynika stąd, iż pragnąc zabezpieczyć wolności i prawa obywatela, trzeba przyznać supremację parlamentowi, nie zaś rządowi. Ten pierwszy jest bowiem ucieleśnieniem rządów prawa, podczas gdy ten drugi rządów jednostki. Zważywszy, że parlamentaryzm obejmuje odpowiedzialność egzekutywy przed legislatywą, zawiera w sobie tym samym założenie, iż zagrożenie dla wolności i praw obywateli może przyjść ze strony władzy wykonawczej, pojmowanej jako sfera podejmowania decyzji i bezpośredniego działania. Władza ta zdradza zatem rys indywidualistyczny, skoro działanie i decyzje zależą wyraźnie od konkretnych osób, które je podejmują. W tym świetle kontrolna funkcja parlamentu jest zasadna tylko wtedy, kiedy nie postrzega się go personalnie jako określonej grupy osób, która tak jak członkowie rządu mogłaby wykorzystywać swą władzę. Winno się w nim natomiast upatrywać forum, na którym stanowione są prawa. To prawa, a nie gremium tworzące legislatywę, kontrolują działalność egzekutywy. W konsekwencji wiara w parlament jest wiarą w racjonalność tworzonego przezeń prawa jako zespołu ogólnych i abstrakcyjnych norm, który reguluje działalność rządu, gwarantując tym sposobem wolność⁸⁸.

⁸⁸ P. K a c z o r o w s k i, *op. cit.*, s. 195-197.

Tymczasem według Schmitta jest to podejście błędne, gdyż jako owiane duchem liberalizmu – który teoretyk ten programowo zwalczał, skoro jego zdaniem negował on pojęcie „państwa jako jedności politycznej” – przeciwstawia się ono zasadzie rządów jednostki opartych o autorytet. Racją istnienia podziału władzy w „państwie jedności politycznej” jest wola wspólnoty ludu jako podmiotu stanowiącego. Rozdział ów sprawia bowiem, iż żadna z trzech form jedności politycznej (monarchia, arystokracja, demokracja) nie jest w stanie uzyskać przewagi, w związku z czym nie może zostać wprowadzona w całości. Dzięki temu w państwie konstytucyjnym występują z różnym nasileniem elementy każdej z nich⁸⁹.

Uzupełnienie tych poglądów znajdujemy w wydanej przez interesującego nas autora pięć lat później *Nauce o ustroju (Verfassungslehre)*. W ramach problematyki podziału władzy wyróżnił on mianowicie dwie płaszczyzny. Płaszczyzna pierwsza dotyczy stosunku: jednostka – państwo, czyli relacji pomiędzy zasadniczo nieograniczoną sferą wolności jednostki a zasadniczo ograniczoną sferą kompetencji państwa. Płaszczyzna druga z kolei ma wydźwięk organizacyjny, odnosząc się do rozdziału prawnych sfer działania państwa między poszczególne organy. Rozdział ów ma właśnie na celu zagwarantowanie wolności jednostki⁹⁰.

W obrębie tej ostatniej płaszczyzny autor pokusił się o sprecyzowanie kursujących tam pojęć. I tak za określenie najszersze uznał termin „róznicowanie władz” (*Gewaltenunterscheidung*), aczkolwiek go nie zdefiniował. Następna nazwa analizowana przez interesującego nas konstytucjonalistę to „separacja władz” (*Gewaltentrennung*), oznaczająca jego zdaniem ich całkowitą izolację. Niemniej „stanowi ona tylko punkt wyjścia służący dalszej organizacji, a później, tj. w dalszych uregulowaniach, dopuszcza liczne połączenia”. Warto więc nadmienić, iż jest to izolacja pojmowana nader specyficznie. Kolejne pojęcie to „podział władz” (*Gewaltenteilung*), który jest równoznaczny z „rozdzieleniem wewnątrz jednego z kilku organów”, np. podział parlamentu na dwie izby lub egzekutywy na głowę państwa i gabinet. Termin ostatni zaś to „równoważenie się władz” (*Balancierung der Gewalten*). Dochodzi ono do skutku w ten sposób, że najpierw

⁸⁹ *Ibidem*, s. 197, 222.

⁹⁰ C. Schmitt, *op. cit.*, s. 126, 127.

dokonuje się separacji najwyższych władz państwowych oraz ich kompetencji, a następnie władze te wzajemnie na siebie oddziałują⁹¹.

Niezależnie od tego, na podstawie dotychczasowych doświadczeń ustrojowych różnych krajów, Schmitt przedstawił następujące „teoretyczne konsekwencje ścisłej separacji” legislatywy od egzekutywy: otóż, jeśli idzie o oddziaływanie tej ostatniej na tę pierwszą, to nie może ona zwoływać ani rozwiązywać parlamentu, występować z inicjatywą ustawodawczą, współuczestniczyć w wydawaniu ustaw, uzyskiwać uprawnień ustawodawczych w drodze delegacji ustawowej, wetować ustaw, ogłaszać ich i przygotowywać ich projektów, korzystać z prawa łaski; ponadto deputowani muszą być wyposażeni w immunitet parlamentarny oraz powinna zachodzić *incompatibilitas* pomiędzy funkcją parlamentarzysty a członka egzekutywy. Co się zaś tyczy oddziaływania parlamentu na rząd, to ten pierwszy nie może wydawać aktów administracyjnych, wybierać głowy państwa ani członków gabinetu, pozywać ich do sądu, uchylać pod ich adresem *votum* nieufności, rozpisywać referendum w sprawie odwołania głowy państwa ani wyrażać zgody na pociągnięcie jej do odpowiedzialności sądowej. Natomiast nawiązując do statusu judykatury – której członkowie mają być niezawisli – to nie należy ustanawiać sądów administracyjnych ani rozstrzygających konflikty kompetencyjne, dopuszczać do wkraczania w uprawnienia sądów przez parlamentarne komisje dochodzeniowe ani nie wyposażać izb parlamentarnych w kompetencje sędziowskie; wykluczona jest przy tym sądowa kontrola konstytucyjności ustaw⁹².

3. Podsumowanie. Oceniając nakreśloną wyżej doktrynę prawnych sfer działania państwa w wydaniu szkoły wiedeńskiej, warto przytoczyć wypowiedź Ottona von Gierke, który jeszcze pod koniec XIX w. przestrzegał przed niebezpieczeństwami czysto abstrakcyjnego myślenia – „logicznego wytwarzania”, które swą uniwersalną ważność i niesprzeczność systematyki okupuje za cenę wewnętrznego wyjałowienia i oderwania od rzeczywistości. Nie od rzeczy będzie też przypomnieć tezę G. Jellinka, iż w obrębie tej dziedziny żadna klasyfikacja nie będzie pod względem logicznym doskonała i że może się jej domagać tylko martwa scholastyka. Niezależnie od tego można również poddać pod rozwagę osąd O. Mayera, iż analiza

⁹¹ *Ibidem*, s. 186.

⁹² *Ibidem*, s. 187-197.

funkcji (prawnych sfer działania) państwa winna brać pod uwagę także ich historycznie ukształtowane znaczenia⁹³. W świetle tych uwag nie sposób nie podzielić refleksji O.W. Kägi, że logiczny puryzm zaprezentowany przez szkołę wiedeńską prowadzi do wylania dziecka wraz kąpielą, a osławiona „czystość” jej nauki prawa przy bliższym wejrzeniu okazuje się etosem naukowym, który w zębny sposób przywiązuje przesadne znaczenie do wartości terminologicznej systematyki, estetyki i ekonomii⁹⁴.

Co się zaś tyczy koncepcji R. Smenda, to uwypukla się, iż jakkolwiek stanowi ona reakcję na doktrynę szkoły wiedeńskiej, to nie ogranicza się wyłącznie do jej krytyki. Zawiera bowiem konstruktywne myśli, pomocne w dalszym rozwoju konstytucjonalizmu. Jednakże mimo swej oryginalności koncepcja ta została przedstawiona jedynie w zarysach. Jest to tylko szkic, przy czym zasługa jego twórcy polega na tym, że „zaczął kopać we właściwym miejscu”⁹⁵. Od siebie dodajmy, iż kontury owego szkicu rysują się wyjątkowo niewyraźnie, a do „dokopania się” droga jeszcze daleka.

Nawiązując natomiast do koncepcji C. Schmitta, T. Tsatsos wyraził sceptycyzm, jeśli idzie o rokowania w odniesieniu do skuteczności równoważenia organów. Wspomniane równoważenie jest ostatecznie środkiem zapobiegania przypadkom otwartego naruszania granic swych kompetencji przez poszczególne organy. Tymczasem synchronizacja działalności organów wymaga czegoś więcej niż tylko owego zapobiegania. Stąd skutki równoważenia są względne, a w efekcie zasada rozdziału władzy nie może zostać konsekwentnie zrealizowana⁹⁶. Autor wszak zapomina, że konsekwentna realizacja tej reguły w praktyce ustrojowej – czyli w czystej postaci – nieuchronnie prowadzi albo do paraliżu państwa, albo też do supremacji któregoś z jego organów.

VIII. Konkluzje

1. W poszukiwaniu nowych klasyfikacji. Na tle refleksji nad problematyką rozdziału pojawiły się też poszukiwania innych prawnych sfer działania państwa aniżeli objętych tradycyjną triadą. Ogniskowały się one

⁹³ Vide O.W. Kägi, *op. cit.*, s. 173.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 173.

⁹⁵ T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 60, 61.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 62, 63.

głównie wokół czwartej sfery. Jeśli bowiem w niniejszym studium zajmujemy się myślą niemiecką, to przede wszystkim z racji jej zasług na polu systematyki prawnych sfer działania państwa. Znamienne bowiem, że nawet ci teoretycy, którzy odrzucali zasadę rozdziału władzy, często głosili klasyczny trójpodział sfer. Z poglądów bardziej oryginalnych należy w pierwszym rzędzie odnotować koncepcję profesora Uniwersytetu w Getyndze A. L. Schlözera (1735-1809 r.), jednego z najbardziej wpływowych publicystów niemieckiego Oświecenia. Otóż w swym *Ogólnym prawie państwowym i nauce o ustroju państwa (Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungslehre)* z 1793 r. dokonał ciekawego podziału „funkcji władzy najwyższej, czyli suwerena”: a) zdolność uchwalania ustaw (*potestas legislativa*); b) władza strzeżenia ustaw (*potestas executiva*), rozstrzygnięcia sporów w charakterze sędziego (*potestas iudiciaria*) oraz karania za naruszanie ustaw (*potestas punitiva*); c) prawo nadzorowania wszystkich urzędników i kierowania nimi (*potestas inspectiva*); d) prowadzenie polityki zagranicznej (*potestas representativa*); e) prawo domagania się od poddanych służenia i danin (*potestas cameralis*)⁹⁷.

W rok później profesor Uniwersytetu Królewskiego T. Schmalz w dziele zatytułowanym *Naturalne prawo państwowe (Das natürliche Staatsrecht)* podzielił „władzę rządową cesarza lub prawa majestatu” na władzę prawodawczą, wykonawczą i nadzorującą. Natomiast Carl Friedrich Häberlin w *Podręczniku niemieckiego prawa państwowego (Handbuch des Teutschen Staatsrechts)* z 1797 r. w tej samej władzy dopatrywał się prawa do sprawowania najwyższego nadzoru oraz władzy prawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Z kolei F. J. Stahl w *Filozofii prawa w ujęciu historycznym (Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht)* opublikowanej w 1837 r. rozróżnił ustawodawstwo, rząd i sąd. Tę pierwszą nazwę pojmował jako ustanawianie przez państwo reguł prawnych w postaci ustaw; a drugą rozumiał jako sprawowanie władzy wykonawczej na podstawie ustaw, z tym że w grę wchodziły tu dwa aspekty: szerszy, tj. wykonywanie ustaw, i węższy, tj. prowadzenie działalności państwa nie uregulowanej

⁹⁷ Natomiast społeczeństwo obywatelskie ma do odegrania cztery główne role: a) rozstrzygnięcie sporów (*iudex*); b) karanie (*vindex*); c) troszczenie się o całość (*tutor*); d) prowadzenie nieodzownych działań wspólnych (*dux*) – vide W. F r o t s c h e r, *op. cit.*, s. 100-102.

ustawowo; trzecią zaś interpretował jako władzę sądowniczą, polegającą na wymierzaniu sankcji jednostce za naruszenie ustawy⁹⁸.

Z kolei powoływany już O. Mayer wyszedł z założenia, iż podstawową ideę współczesnego państwa konstytucyjnego powinna ucieleśniać wielokrotnie powtarzana, lecz mało rozumiana zasada podziału władzy. Ma ona objąć w „zwykłym trójpodziale” całość działalności państwa, w związku z czym termin *Regierung* z tego kręgu wypada. Pod pojęciem tym autor rozumiał sprawowanie nadrzędnego kierownictwa nad całością spraw państwowych, wytyczanie celów państwa i rozwój kultury. Wprawdzie sprawy te mają związek z tradycyjnymi sferami, niemniej stanowią odrębną jakość. Wobec tego nie wszystko, co nie należy do ustawodawstwa ani do wymiaru sprawiedliwości da się podciągnąć pod pojęcie administracji. Należą do tych kwestii „konstytucyjne działania pomocnicze” – czyli „wewnętrzne wydarzenia w ramach urzędującej najwyższej władzy” (abdykacje, rezygnacje z funkcji przez prezydentów państw, rozwiązywanie parlamentów, rozpisywanie nowych wyborów itp.) – oraz tzw. „czwarty obszar”, w obręb którego wchodzi takie materia, jak działalność zagraniczna organów państwowych regulowana przez prawo międzynarodowe, prowadzenie wojen i tłumienie rewolt wewnątrz państwa, stany nadzwyczajne oraz ustawy indywidualne (tj. wydawane w sprawach konkretnych osób)⁹⁹. Zauważmy jednak, że podobne próby podejmowano także w nauce francuskiej.

2. Drugi plan. Paradoksalny wymiar ma fakt, iż mimo odrzucania *a limine* przez większość pruskich teoretyków (a zwłaszcza konstytucjonalistów) idei rozdziału władzy, można ją było często w ich pracach odnaleźć, tyle że niejako na drugim planie. Ich poczet otwiera Johann Gottlieb Fichte, który – nawiasem mówiąc – znalazł się pod poważnym wpływem Rousseau. Głosił on w swych *Podstawach prawa natury i zasadach nauki o wiedzy* (*Grundlagen des Naturrechts und Prinzipien der Wissenschaftslehre*) z 1796 r., że istnieje dwupodział władzy na prawodawczą z jednej strony oraz wykonawczą i sądowniczą z drugiej, przy czym przeprowadzenie dystynkcji pomiędzy tymi trzema władzami w istocie nie wchodzi

⁹⁸ Vide W. Frotzcher, *op. cit.*, s. 122.

⁹⁹ Vide O.W. K ä g i, *op. cit.*, s. 186-188; P. S a r n e c k i, *Współczesne rozumienie podziału władzy*, [w:] K.B. Janowski (red.), *Nowa Konstytucja RP. Wartość, jednostka, instytucje*, Toruń 1992, s. 23, 24.

rachubę. Jednakże dla strzeżenia nienaruszalności kompetencji przez poszczególne organy proponował utworzenie niezależnego ciała eforów. Koncepcja ta stała się przedmiotem rozbieżnych ocen w literaturze. O. von Gierke wyraził bowiem przekonanie, iż filozof ten faktycznie zanegował ideę podziału¹⁰⁰. Do zupełnie innego wniosku doszedł J. A. Fairlie, a mianowicie, że jego koncepcja rozdziału władzy jest jeszcze bardziej spójna niż Kanta¹⁰¹. W moim zaś przekonaniu obaj badacze zajęli zbyt daleko idące stanowiska. Fichte – jak sądzę – pragnął dać wyraz przeświadczeniu, iż podział władzy to domena bardziej teorii niż praktyki konstytucyjnej. Niemniej takie przeświadczenie nie świadczy pozytywnie o spójności jego odnośnej koncepcji.

Innego przykładu dostarcza *Ogólna nauka o państwie (Allgemeine Staatslehre)* J.C. Bluntschliego z 1852 r. Dowodził on w niej, że „całkowite odseparowanie lub oddzielenie władz godziłoby w jedność państwa. Tak jak w ciele naturalnym poszczególne członki są połączone, tak też w ciele politycznym powiązania pomiędzy organami są nie mniej ważne niż ich różnice. W państwie musi istnieć jednolitość władzy, wobec czego organy, choć wyodrębnione odpowiednio do swych funkcji, nie mogą być absolutnie odseparowane”. Autor wyróżnił władzę prawodawczą, rządową i sądowniczą, dokonując zarazem ich hierarchizacji w takiej właśnie kolejności. Nietypowo zatem przywiązywał największe znaczenie do władzy prawodawczej jako należącej do „całego ciała politycznego”. Określenie „egzekutywa” uważał za niewystarczające, gdyż chodzi tu nie tylko o wykonywanie prawa. Dlatego władzę rządową interpretował szerzej niż tylko wykonywanie ustaw, a mianowicie zarządzanie wszystkiego, co korzystne dla kraju i narodu oraz chronienie go od niebezpieczeństw. W jej ramach rozróżniał ponadto cokolwiek pompatycznie „troszczenie się o intelektualne elementy cywilizacji” oraz o „interesy materialne lub gospodarcze”¹⁰². Władzą tą miał dysponować oczywiście monarcha, który ponadto posiadał udział w ustawodawstwie, i to z głosem rozstrzygającym. Z kolei za istotę władzy sądowniczej zajmujący nas autor nie przyjmował wydawania orze-

¹⁰⁰ O. von Gierke, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Cambridge 1958, s. 359; *vide* też T. Tsatsos, *op. cit.*, s. 46, 47.

¹⁰¹ J.A. Fairlie, *op. cit.*, s. 411.

¹⁰² *Vide ibidem*, s. 412, 413.

czeń, ale formułowanie prawa. Według opinii W. Frotschera, mimo koncesji na rzecz idei monarchicznej poglądy te można uznać za składające się na koncepcję rozdziału władzy¹⁰³.

Za jeszcze jedną ilustrację może posłużyć *Pruskie prawo państwowe (Preußisches Staatsrecht)* z 1888 r. Jego autor, Conrad Bornhak, stwierdził, iż zasada podziału władzy nie jest uznawana w prawie publicznym pruskiej monarchii. Wszystkie prawa i obowiązki państwa względem jego obywateli uosabia bowiem Król. Funkcje (sfery) państwa dzielą się na trzy działy: rząd, prawodawstwo i władzę sądowniczą. Co się tyczy tego pierwszego, to jego najważniejszą częścią pozostaje wykonywanie prawa¹⁰⁴.

3. Niemieckie konstytucje. Wspomniano na wstępie niniejszego studium (p. I.2), że jakkolwiek ustawy zasadnicze państw niemieckich formalnie nie akceptowały reguły rozdziału władzy, faktycznie to czyniły. Skupionym wokół monarchów siłom zachowawczym zasada ta stała się w istocie bardzo potrzebna. Została bowiem przez nie wykorzystana jako bastion przeciwko rosnącej sile legislatyw – a zwłaszcza ich izb niższych – oraz ich demokratyzacyjnym żądaniom. Naturalnie, potrzeba utrzymania podziału władzy występowała z różnym natężeniem w różnych państwach. Wiadomo, iż np. w Prusach mimo oparcia konstytucji z 1850 r. o wzory brytyjskie i francuskie (Karta z 1814 r.) nie doszło do wykształcenia się systemu rządów parlamentarno-gabinetowych. Aż do 1918 r. trwały tam rządy osobiste monarchów, którzy powoływali ministrów zwykle spośród warstwy dygnitarzy. Kanclerz Bismarck oświadczył zresztą bez osłonek: „Konstytucja ustanowiła trzy władze prawodawcze: Króla, Izbę Posłów oraz Izbę Panów i przewiduje porozumienie między nimi na podstawie kompromisu. Jeżeli zaś kompromis jest niemożliwy i powstaje konflikt, to ponieważ życie państwowe nie może zostać przerwane, rozstrzygnięcie konfliktu staje się kwestią siły. Ten, kto ma siłę w ręku, uzyskuje przewagę”¹⁰⁵. Siłą w postaci wojska i rzeszy urzędniczej dysponował monarcha. Pruska ustawa zasadnicza natomiast nader wyraziście odzwierciedlała społeczny rozdział władzy. Izba Panów składała się bowiem z członków powoływanych przez Króla dziedzicznie (spośród możniejszych rodów

¹⁰³ W. Frotscher, *op. cit.*, s. 124, 125.

¹⁰⁴ J.A. Fairlie, *op. cit.*, s. 413.

¹⁰⁵ *Vide* P. Kaczorowski, *op. cit.*, s. 186.

szlacheckich) lub dożywotnio oraz z deputowanych wybieranych przez związki rodowe poszczególnych rodzin junkierskich. Nadawało to jej charakter arystokratyczno-urzędniczy. Izba Posłów z kolei pochodziła z wyborów powszechnych, lecz nierównych, pośrednich i jawnych.

Zasadę podziału władzy w większej mierze respektowała ustawa zasadnicza II Rzeszy z dnia 16 IV 1871 r. Władzę prawodawczą przyznawała mianowicie dwuizbowemu parlamentowi (*Reichstag i Bundesrat*), a wykonawczą Cesarzowi, sprawującemu ją za pośrednictwem powoływanego przez siebie Kanclerza Rzeszy (*Reichskanzler*). Cesarz nie dysponował prawem weta ustawodawczego, miał jednak wpływ na legislację, ponieważ jako król pruski rozporządzał głosami pruskich pełnomocników w Bundesracie. Poza tym przysługiwało mu m.in. prawo zwoływania parlamentu oraz otwierania, odraczania i zamykania jego sesji (art. 12). Zważywszy, że egzekutywa była w rzeczywistości jednoosobowa – pełniący funkcje ministrów sekretarze stanu byli jak w USA urzędnikami całkowicie podległymi monarsze i Kanclerzowi – także i pod rządami tego dokumentu nie mógł powstać parlamentarno-gabinetowy model rządów¹⁰⁶.

Powstał on wszakże pod rządami konstytucji weimarskiej z dnia 31 VII 1919 r. Wprawdzie i ona nie wyrażała reguły podziału *expressis verbis*, to jednak zasada ta widoczna jest w jej systematyce. Znalazły się w niej bowiem rozdziały traktujące osobno o władzy prawodawczej, administracyjnej i sądowniczej (*vide* też p. V.4). Mimo to nauka prawa konstytucyjnego odnosiła się do omawianej przez nas reguły niechętnie, uważając, że – rozumiana jako podział suwerenności lub jako „dualizm legitymacji” – jest nie do pogodzenia z zasadą zwierzchnictwa narodu, wyrażaną przez regułę nadrzędności parlamentu nad pozostałymi organami państwowymi¹⁰⁷. Natomiast po raz pierwszy w dziejach niemieckiego konstytucjonalizmu zasada podziału władzy została zadeklarowana wprost w ustawie zasadniczej RFN z maja 1949 r. Zgodnie bowiem z jej art. 20.2 „wszelka władza państwowa pochodzi od narodu. Naród sprawuje ją w wyborach i głosowaniach oraz za pośrednictwem specjalnych organów ustawodawczych, władzy wykonawczej oraz wymiaru sprawiedliwości”. Dalej czytamy, iż „władzę ustawodawczą wiąże porządek konstytucyjny, a władzę wykonawczą oraz

¹⁰⁶ J. Stembrowicz, *op. cit.*, s. 224-227.

¹⁰⁷ H. Seiler, *op. cit.*, s. 57; C. Schmitt, *op. cit.*, s. 128, 129.

wymiar sprawiedliwości ustawa i prawo” (art. 20.3). W dodatku jakby tej konstytucjonalizacji dokonanej *explicite* było jeszcze mało, ustawa zasadnicza podnosi analizowaną przez nas regułę ustrojową do rangi prawa fundamentalnego, czyli postanowienia relatywnie niezmiennego. Takiego statusu zasada ta nie uzyskiwała w żadnym kraju euroanglosaskiego kręgu kulturowego.