

JAN WIKTOR TKACZYŃSKI
Kraków

KONSTITUCYJNE ŚRODKI OCHRONY ŁADU USTROJOWEGO W NIEMCZECH

Analiza Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec (*Grundgesetz*) przeprowadzona pod kątem zaproponowanych środków ustrojowej partycypacji we (współ)rządzeniu państwem, uprawnia do określenia niemieckiej konstytucji mianem ustrojowej oferty skierowanej do każdego obywatela. Znajdziemy w niej bowiem, oprócz rozmaitych propozycji form udziału w demokratycznym procesie artykulacji politycznej, również te, które wspierają aktywność jednostek w szerokim przedziale wolności i praw obywatelskich. Jeżeli zatem uzupełnimy ten obraz o gwarancje zarówno indywidualnych, jak i zbiorowych praw oraz wolności, to trzeba przyznać, że konstytucja niemiecka prezentuje się nie tylko jako składnica więcej lub mniej wzniosłych haseł, ale także jako pokaźne instrumentarium ustrojowych środków działania. Musimy jednak zarazem przyznać, że owa otwartość konstytucyjna kryje w sobie załączek potencjalnego niebezpieczeństwa dla porządku, który sobą uosabia. Legalne przejęcie władzy, a następnie demontaż demokratycznego państwa prawa przez narodowych socjalistów w Niemczech były bowiem dobitnym przykładem pokazującym, w jaki sposób wrogowie ładu opartego na fundamencie wolności i równości obywatelskiej potrafią wykorzystać demokratyczne instrumentarium konstytucyjne do niedemokratycznych celów ustrojowych skierowanych właśnie przeciwko wolności i prawom jednostki.

OCHRONA USTAWY ZASADNICZEJ WEDŁUG UREGULOWAŃ WŁASNYCH

Historyczna lekcja wyniesiona ze sposobu, w jaki narodowi socjaliści zburzyli weimarski porządek ustrojowy, postawiła przed twórcami nowej konstytucji niemieckiej w 1949 r. zadanie zbudowania konstrukcji, która *ex definitione* byłaby odporna na różnego rodzaju zakusy i – nie ukrywajmy – wyzwania ustrojowe. Z perspektywy czasu trzeba przyznać, że powojenny ustrojodawca nie szczędząc wysiłku, aby nowymi rozwiązaniami konstytucyjnymi zapobiec, wyprzedzić bądź zgoła udaremnić próby wykorzystania demokracji przeciw niej samej, osiągnął – jak dotąd – zamierzony cel, czyli stabilność ładu konstytucyjnego w Niemczech. Statystyka upewnia nas o tym całkowicie bezstronnie: Niemcy pod rządami obecnej Ustawy Zasadniczej istnieją 66 lat, a więc blisko pięciokrotnie dłużej, aniżeli pod rządami Konstytucji Weimarskiej.

Matematyka nie daje nam jednak żadnych wskazówek, dlaczego było to w ogóle możliwe. Ciekawość uważnego obserwatora historii niemieckiego konstytucjonalizmu musi zatem budzić przyczyna trwałości ustanowionego po wojnie ustrojowego *status quo*. Musi wreszcie zastanawiać, którym nowo wprowadzonym, bądź na nowo zdefiniowanym instytucjom ustrojowym stan ten zawdzięczać. Jeśli oprzeć się jedynie na lekturze konstytucyjnych uregulowań w tym zakresie, to od razu czytelny staje się zamiysł ustrojodawcy ochrony substancji Ustawy Zasadniczej za pośrednictwem wbudowanych w nią zabezpieczeń. Są nimi:

- a) zakaz nowelizacji, która nie zmienia lub nie uzupełnia konstytucji w sposób wyraźny (*Verbot der Verfassungsdurchbrechung*; art. 79 ust. 1 zdanie 1 UZ),
- b) klauzula wyjaśniająca (*Klarstellungsklausel*; art. 79 ust. 1 zdanie 2 UZ),
- c) utrudniona nowelizacja/zmiana uregulowań konstytucyjnych (*erschwerter Abänderbarkeit*; art. 79 ust. 2 UZ) oraz
- d) gwarancja niezmienności zasad wyłożonych w art. 1 i 20 UZ (*Ewigkeitsklausel*; art. 79 ust. 3 UZ).

Według art. 79 ust. 1 zdanie 1 UZ konstytucja „może zostać zmieniona tylko w drodze ustawy, która brzmienie Ustawy Zasadniczej wyraźnie zmienia lub uzupełnia”. Już to pierwsze rozwiązanie konstytucyjne pokazuje w interesującym nas aspekcie, jaką odpowiedź znalazł ustrojodawca na doświadczenie wyniesione z upadku Republiki Weimarskiej. Ówczesna konstytucja, dopuszczając nowelizację prawa konstytucyjnego, strzegła jedynie zachowania formy legislacyjnej, bez baczenia na zawartość (treść), którą ze sobą niosły¹. Podręcznikowym przykładem jest przeprowadzenie przez narodowych socjalistów tzw. ustawy upoważniającej (*Ermächtigungsgesetz*), która nie tylko dopuściła – oprócz dotychczasowego sposobu stanowienia ustaw przez parlament – taką możliwość po stronie rządu Rzeszy, to jeszcze zezwoliła na ich odstępstwo od konstytucji, o ile nie dotyczyły one ukonstytuowania *Reichstagu* i *Reichsratu*². Jeśli dodamy, że przyjęcie ustawy upoważniającej miało miejsce przy zachowaniu wymaganej większości 2/3 głosów w *Reichstagu*, to obraz politycznego samobójstwa ze strony tego ostatniego jest więcej niż dojmujący. Stąd powojenny ustrojodawca zezwala na zmianę Ustawy Zasadniczej tylko wtedy, gdy spełniony jest warunek zmiany jej obowiązującego brzmienia.

Kolejne rozwiązanie konstytucyjne straciło już tak bardzo na swojej politycznej aktualności, że Jörn Ipsen apelował o jego skreślenia w tekście Ustawy Zasadniczej³. Warto jednak zapoznać się z nim (jako nadal obowiązującym), aby zobaczyć, jakimi drogami ustrojowymi kroczy(ł) niemiecki ustrojodawca. Klauzula wyjaśniająca w art. 79 ust. 1 zdanie 2 UZ sama w sobie jest bowiem ustrojowym kuriozum⁴, jeśli zważyć, że pojawiła się w wyniku nowelizacji Ustawy Zasadniczej podjętej z potrzeby

¹ Por. art. 76 ust. 1 zdanie 1 *Verfassung des Deutschen Reichs* z 11 sierpnia 1919, [w:] RGBl. nr 152 (1919), s. 1383.

² Por. art. 1 oraz art. 2 *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* z 24 marca 1933, [w:] RGBl. I, nr 25 (1933), s. 141.

³ Por. J. Ipsen, *Staatsrecht I*, München 2013, Rdnr 1036, s. 285.

⁴ Por. *Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes* z 26 marca 1954, [w:] BGBl. I, nr 6 (1954), s. 45.

(politycznej) chwili, a nie ustrojowej kalkulacji⁵. Według intencji ustrojodawcy uzupełnienie to miało służyć potwierdzeniu, stawianej pod znakiem zapytania, zgodności z konstytucją integracji ówczesnych Niemiec w strukturach zachodnich na podstawie traktatu z 26 maja 1952 r.⁶ Tymczasem o zgodności z Ustawą Zasadniczą ustaw ratyfikujących umowy międzynarodowe może orzekać wyłącznie Federalny Trybunał Konstytucyjny (art. 93 ust. 1 pkt 2 UZ). W tej sytuacji uregulowanie art. 79 ust. 1 zdanie 2 UZ jest więc albo zbędne, albo sprzeczne z Ustawą Zasadniczą. *Tertium non datur*.

Ustawa Zasadnicza, jak każda ustawa, może zostać zmieniona. Zmiana ta może jednak nastąpić tylko na drodze ustawodawczej wyłożonej w art. 76-78 UZ. Podstawowa różnica między uchwaleniem zmiany konstytucji a uchwaleniem zmiany ustawy zwykłej polega na podwyższeniu w pierwszym przypadku ilościowych progów niezbędnych do przyjęcia nowelizacji. W przeciwieństwie bowiem do zwykłej większości, która jest potrzebna do uchwalenia zmian w ustawach zwykłych (art. 77 ust. 1 zdanie 1 w połączeniu z art. 42 ust. 2 zdanie 1 UZ), zmiana konstytucji możliwa jest przy poparciu większości kwalifikowanej 2/3 posłów do *Bundestagu*, obliczonej według rozumienia art. 121 UZ⁷. Ustrojodawca łączy zarazem ten pierwszy warunek z drugim i wymaga do skutecznego przeprowadzenia zmiany Ustawy Zasadniczej także poparcia 2/3 członków *Bundesratu* (*doppelt qualifizierte Mehrheit*) (art. 79 ust. 2 UZ).

Sensu podwyższenia owych progów nie należy jednakże szukać w matematyce, lecz w polityce. Pozyskanie tak wysokiego poparcia dla projektu zmiany konstytucji wymaga znalezienia poparcia nie tylko – co oczywiste – w szeregach własnej partii (ewentualnie partii koalicyjnych), ale nade wszystko wymusza wypracowanie konsensusu politycznego z partią (partiami) opozycyjną(y)mi. Nowelizacja konstytucji staje się w ten sposób dziełem nie tylko partii rządzącej, ale – co szczególnie ważne – większości partii reprezentowanych w parlamencie, a więc, jak wolno założyć według reguł demokracji przedstawicielskiej większości – wyborców. O słuszności tak obranej drogi ponownie najlepiej poświadcza statystyka. Od momentu uchwalenia Ustawy Zasadniczej w 1949 r. była ona nowelizowana 60 razy⁸. Prosta rachuba potwierdza słuszność zaliczenia niemieckiej konstytucji do konstrukcji o charakterze elastycznym, skoro jej zmiana miała miejsce średnio co roku.

Nie można jednak uniknąć pytania, jaki jest w ogóle powód utrudniania zmian konstytucji? Czemu ma to w ostatecznym rozrachunku służyć? W doktrynie prawa ustrojowego powszechnie przyjmuje się, że ów szczególny mechanizm ochrony

⁵ Por. H. Dreier, *Art. 79 GG*, [w:] H Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen 2006, t. II, Rdnr 5, s. 1763.

⁶ Por. Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten z 26 maja 1952, [w:] BGBl. II, nr 8 (1955), s. 305.

⁷ Ustawowa liczba posłów do *Bundestagu* jako podstawa do ustalenia większości parlamentarnej obliczana jest według § 1 ust. 1 zdanie 1 oraz § 6 Bundeswahlgesetz (BWahlG) z 23 lipca 1993, [w:] BGBl. I, nr 39 (1993), s. 1288, 1594 (sprostowanie).

⁸ Ostatnia nowelizacja Ustawy Zasadniczej z 23 grudnia 2014, [w:] BGBl. I, nr 64 (2014), s. 2438.

substancji konstytucji wynika z faktu, iż zawiera ona normy szczególnie ważne dla ustroju państwa. Jest to jednak konstatacja, która zyskała miejsce w niemieckiej jurysprudencji dopiero po ostatniej wojnie. Historyczno-prawna kwerenda pokazuje bowiem, że dla Paula Labanda⁹, Georga Jellinka¹⁰ i Gerharda Anschütza¹¹ konstytucja może co prawda zawierać uregulowania, których zmiana jest utrudniona, ale którym wcale z tego powodu nie przysługuje ważniejsze znaczenie od innych uregulowań ustawowych. Argumentowano, że zarówno ustawa konstytucyjna, jak i ustawa zwykła, są wyrazem woli tego samego organu władzy prawodawczej. Mówiąc wprost, konstytucja pozostaje szczególnym rodzajem aktu prawnego, który odróżnia od pozostałych jedynie utrudniona możliwość jego zmian. Z dzisiejszego punktu widzenia tej argumentacji nie sposób jednak uznać za wystarczającą. Bez wątpienia, utrudnienie przeprowadzenia zmian zapewnia wspomnianym normom trwałość w dłuższej perspektywie czasu, a przez to stabilność ładu ustrojowego, co jest *eo ipso* celem każdego ustrojodawcy.

Szczególny rodzaj trwałości norm Ustawy Zasadniczej gwarantuje uregulowanie art. 79 ust. 3 UZ. Zgodnie z nim zmiana konstytucji jest niedopuszczalna, jeśli narusza podział państwa na kraje federacji, ogranicza ich współdziałanie w procesie ustawodawczym bądź narusza zasady wyłożone w art. 1 i art. 20 UZ. Uregulowania art. 79 ust. 3 UZ nie można zatem nazwać inaczej jak odebraniem ustrojodawcy kompetencji nowelizacyjnej w odniesieniu do podstaw ustrojowych Republiki Federalnej Niemiec. Stąd roztrząsając hipotetyczne scenariusze zmiany, trzeba z naciskiem podkreślić, że możliwe są tylko dwa: rewolucja albo debellacja. Kierując się bowiem orzeczeniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego¹², można za Michaelem Sachsem skrótkowo powtórzyć, że przepis, który zawiera określoną gwarancję, chroni zarazem swoje istnienie¹³. Gdyby zechcieć art. 79 ust. 3 UZ zabezpieczyć przed zmianą w dodatkowy sposób, równałoby się to działaniu *regressus ad infinitum*, ponieważ treść tego uregulowania musiałaby (ponownie) zostać zagwarantowana przez inny przepis. Wszystko to razem upoważnia nas do nazwania tej – jeśli kwerenda nie myli – jedynej w swoim rodzaju na świecie konstrukcji konstytucyjnej nie inaczej, jak sumaryczną lekcją ustrojową wyniesioną z upadku Republiki Weimarskiej.

⁹ Por. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen 1877, t. II, s. 38. „Die in der Verfassung enthaltenen Rechtssätze können zwar nur unter erschwerten Bedingungen abgeändert werden, aber eine höhere Autorität als anderen Gesetzen kommt ihnen nicht zu”. [wyróżnienie w oryginale].

¹⁰ Por. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914, s. 534. „Das wesentliche rechtliche Merkmal von Verfassungsgesetzen liegt ausschließlich in ihrer erhöhten formellen Gesetzeskraft”.

¹¹ Por. G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Berlin 1933, s. 401. „Die Verfassung steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben, mit der Maßgabe, daß die Legislative gegebenenfalls verpflichtet ist, die für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen besonderen Formen zu wahren”.

¹² Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 23 kwietnia 1991, [w:] BVerfGE 84, 90, 120.

¹³ Por. M. Sachs, *Art. 79 GG*, [w:] M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 2014, Rdnr 80, s. 1647.

OCHRONA USTAWY ZASADNICZEJ
PRZED ZAGROŻENIAMI WEWNĘTRZNYMI

Zlokalizowanie ustrojowego źródła zagrożenia dla konstytucji w jej formalnym znaczeniu nie wymaga specjalnego wysiłku (stanowią je – potencjalnie – sami posłowie), lecz określenie źródła niebezpieczeństwa dla ładu konstytucyjnego w aspekcie wewnętrznym jest zadaniem bezsprzecznie trudniejszym. Wymaga ono odwołania się – w zróżnicowanym zresztą stopniu – do tak nieostrego terminu, jak lojalność wobec ładu konstytucyjnego, zarówno ze strony szeroko definiowanej władzy (administracji publicznej), jak i obywateli (jednostek i zbiorowości). Przyjęcie kryterium wierności (lojalności) jednych i drugich wobec konstytucyjnego porządku państwa za probierz owej relacji, czyni niezbędnym wskazanie, że w Ustawie Zasadniczej brak przepisu mówiącego o obowiązku zachowania tej wierności. Tym niemniej możemy go wprowadzić, w przypadku administracji publicznej, w sposób niebezpośredni z art. 33 ust. 5 UZ, w którym ustrojodawca wyraźnie odwołuje się do utrwalonych cech zawodowego stanu urzędniczego (*Berufsbeamtentum*), a które w przedmiotowym duchu wykląda również Federalny Trybunał Konstytucyjny¹⁴.

Zgodnie z brzmieniem art. 33 ust. 4 UZ, jest wolą ustrojodawcy powierzanie wykonywania zadań publicznych pracownikom pozostającym wobec państwa nie tylko w stosunku publiczno-prawnym, ale również lojalności (wierności – *Treueverhältnis*), która to kategoria obejmuje urzędników zawodowych oraz sędziów. W interesującym nas aspekcie ochrony ładu konstytucyjnego musimy zarazem dodać, że w związku z tym państwo (federacja oraz kraje) jako potencjalny pracodawca ma prawo wziąć pod uwagę przynależność partyjną osoby zatrudnianej. Kandydat do pracy w służbie publicznej musi bowiem gwarantować swoją osobą pozostawanie w każdych okolicznościach po stronie „wolnościowego i demokratycznego ładu ustrojowego w rozumieniu Ustawy Zasadniczej”¹⁵.

W przypadku sędziów musimy natomiast z punktu widzenia ochrony ładu konstytucyjnego wskazać, że ta kategoria zatrudnionych w służbie publicznej korzysta nie tylko z (zawodowych) przywilejów¹⁶, ale i podlega określonym (zawodowym) obostrzeniom. Z jednej strony nie wolno sędziemu bez jego zgody złożyć z urzędu, zawiesić na stałe bądź czasowo w urzędowaniu, przenieść do innej siedziby bądź na inne stanowisko lub w stan spoczynku (art. 97 ust. 2 UZ), z drugiej zaś naruszenie przez niego zasad porządku konstytucyjnego jest podstawą do wszczęcia postępowania (*Richteranklage*) przed federalnym (bądź krajowym) sądem konstytucyjnym, a w przypadku uznania go za winnego, przeniesienie w stan spoczynku, bądź w przypadku udowodnionego umyślnego działania – nawet zwolnienie dyscyplinarne (art. 98 ust. 2 UZ).

¹⁴ Por. uchwałę Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 1975, [w:] BVerfGE 39, 334, 347.

¹⁵ Por. § 60 ust. 1 Bundesbeamtenengesetz (BBG) z 5 lutego 2009, [w:] BGBl. I, nr 7 (2009), s. 160. Nie inaczej uchwała Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 1975, [w:] BVerfGE 39, 334, 359.

¹⁶ Por. uchwałę Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 8 lipca 1992, [w:] BVerfGE 87, 68, 85.

W przedstawionej kategorii mieści się także postępowanie o stwierdzenie umyślnego naruszenia Ustawy Zasadniczej bądź innej ustawy federalnej przez prezydenta Republiki (*Präsidentenanklage*, art. 61 UZ). Ponieważ ustrojodawca nie przewiduje możliwości odwołania głowy państwa przed upływem jego kadencji, co może mieć miejsce w przypadku kanclerza (konstruktywne wotum nieufności), w to miejsce pojawia się powyższa konstrukcja konstytucyjna. Uchwałę w sprawie oskarżenia prezydenta o umyślne naruszenie prawa może podjąć jedynie *Bundestag* lub *Bundesrat* większością 2/3 głosów, a więc – na co warto zwrócić uwagę – większością, która jest wymagana do przeprowadzenia nowelizacji Ustawy Zasadniczej. Całe postępowanie toczy się przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym, który – w przypadku stwierdzenia naruszenia – może (ale nie musi) orzec o złożeniu prezydenta Republiki z urzędu (art. 61 ust. 2 UZ). Nie ma potrzeby szerszego omawiania rozwiązania, które w istocie jest także lekcją wyniesioną z upadku Republiki Weimarskiej, jednak nie sposób przemilczeć fakt, że brak politycznej instytucji odwołania prezydenta czyni niezbędnym wprowadzenie w parlamentarnym systemie rządów instytucji korygującej¹⁷. Dodajmy od razu, że nigdy dotąd nie znalazła ona zastosowania w niemieckiej praktyce ustrojowej.

Listę wewnętrznych zagrożeń dla porządku konstytucyjnego wypada uzupełnić o te, które mogą wyniknąć z (bez)pośredniego działania obywateli. Świadom takiego zagrożenia ustrojodawca nie może poprzestać na stworzeniu w Ustawie Zasadniczej instytucji zabezpieczających ład ustrojowy jedynie przed potencjalnym zagrożeniem wychodzącym z szeroko rozumianego aparatu państwowego, ale musi również uwzględnić rozwiązania chroniące ją przed działaniami niepożądanymi ze strony jednostek albo całych grup. Do takich przypadków odnoszą się trzy różne uregulowania konstytucyjne: art. 9 ust. 2, art. 18 oraz art. 21 ust. 2 UZ.

Pierwsze z tych rozwiązań dotyczy zakazu istnienia stowarzyszeń (*Vereinsverbot*), których działalność jest sprzeczna z porządkiem wyłożonym w Ustawie Zasadniczej (art. 9 ust. 2 UZ). Zwraca uwagę słowo „działalność”, gdyż powodem zakazu nie może być jedynie odrzucenie przez dane stowarzyszenie ładu konstytucyjnego, ale cel urzeczywistnianej przez nie działalności¹⁸. Stąd zakaz działania takiego stowarzyszenia nie następuje *ipso iure*, ale musi być decyzją podjętą przez właściwe władze administracyjne, tj. krajowego bądź federalnego ministra spraw wewnętrznych¹⁹. W przeciwieństwie do zakazu działania określonej partii politycznej (o czym dalej), nie wymaga to jednak postępowania przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym. Ponieważ tego rodzaju decyzja jest aktem administracyjnym, może ona zostać zaskarżona przed sądami administracyjnymi, przy czym, jeśli zakaz został wydany przez federalnego ministra spraw wewnętrznych, to instancją odwoławczą jest w pierwszej

¹⁷ Por. M. Niechhaus, *Art. 61 GG*, [w:] Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 2014, Rdnr 4, s. 1395.

¹⁸ Por. W. Höfling, *Art. 9 GG*, [w:] M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 2014, Rdnr 38-39, s. 466.

¹⁹ Por. § 3 Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz, VereinsG) z 5 sierpnia 1964, [w:] BGBl. I, nr 42 (1964), s. 593.

i zarazem ostatniej instancji Federalny Sąd Administracyjny (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG)²⁰.

Przedmiotem drugiego rozwiązania jest utrata prawa do korzystania z zagwarantowanych Ustawą Zasadniczą praw podstawowych (*Verwirkung von Grundrechten*), jeśli są one wykorzystywane „w walce przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu” (art. 18 UZ)²¹. Na uwagę zasługuje, że ustrojodawca nie poprzestaje jedynie na ogólnym stwierdzeniu „przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu”, ale określa go bliżej, wyliczając w przedmiotowym uregulowaniu szczególnie ważne dla istoty demokracji poszanowanie takich praw podstawowych jak: wolność wyrażania poglądów w mowie, piśmie i obrazie (art. 5 UZ), wolność sztuki, nauki, badań i nauczania (art. 5 ust. 3 UZ), prawo zgromadzeń (art. 8 UZ), prawo stowarzyszenia (art. 9 UZ), prawo do ochrony tajemnicy korespondencji i komunikacji (art. 10 UZ), prawo własności (art. 14 UZ) oraz prawo do azylu politycznego (art. 16a UZ). Aczkolwiek sekwencja uregulowania sugeruje, że mamy tu do czynienia z przepisem skutecznym z mocy samego prawa (*ipso iure*), to nie ma nic bardziej mylnego jak takie przypuszczenie. Utrata powyższych praw może bowiem nastąpić wyłącznie na drodze orzeczenia przez Federalny Trybunał Konstytucyjny (art. 18 zdanie 2 UZ oraz § 13 pkt 1 w połączeniu z §§ 36–41 BVerfGG²²).

Wreszcie rozwiązanie trzecie, budzące wiele emocji politycznych. Dotyczy ono zakazu działania partii politycznych (*Parteiverbot*), których celem jest „podważanie lub obalenie wolnościowego i demokratycznego ładu ustrojowego, bądź [które] zagrażają istnieniu Republiki Federalnej Niemiec” (art. 21 ust. 2 zdanie 1 UZ)²³. Podobnie jak w przypadku stowarzyszeń, tak i tutaj nie wystarcza jednak samo wrogie nastawienie danej partii wobec porządku ustrojowego. Według orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego musi mieć miejsce „o wiele bardziej aktywne bojowo, agresywne postawie wobec istniejącego porządku [konstytucyjnego]”²⁴. Różnica natomiast polega na tym, że o sprzeczności działania danej partii z Ustawą Zasadniczą orzeka wyłącznie wspomniany Trybunał (art. 21 ust. 2 zdanie 2 UZ), a nie – jak ma to miejsce w przypadku stowarzyszeń – określona władza administracyjna. Odmienność ta daje się jednak łatwo wytłumaczyć, jeśli uwzględnić brzmienie art. 21 ust. 1 zdanie 1 UZ, według którego partie współdziałają przy artikulacji woli politycznej narodu. Niemniej jednak wymienione uregulowanie nie stoi na przeszkodzie, aby właściwe

²⁰ Por. § 50 ust. 1 pkt 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) z 19 marca 1991, [w:] BGBl. I, nr 18 (1991), s. 686.

²¹ Art. 18 Ustawy Zasadniczej z 23 maja 1949, [w:] BGBl. I, nr 1 (1949), s. 1. „(...) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte”.

²² Por. Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG) z 11 sierpnia 1993, [w:] BGBl. I, nr 45 (1993), s. 1473.

²³ Art. 21 ust. 2 Ustawy Zasadniczej z 23 maja 1949, [w:] BGBl. I, nr 1 (1949), s. 1. „(...) die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden”.

²⁴ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 17 sierpnia 1956, [w:] BVerfGE 5, 85, 85, LS 5. „(...) es muß vielmehr eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen”.

władze administracyjne mogły w swoich publikacjach określić tę bądź inną partię mianem „ekstremistycznej” lub „radykalnej”²⁵.

Stosownie do § 43 ust. 1 BVerfGG uprawnionymi do złożenia wniosku o zbadanie działania danej partii jako sprzecznego z Ustawą Zasadniczą są wyłącznie: *Bundestag*, *Bundesrat* oraz rząd federalny, a w przypadku partii, której zakres terytorialny ogranicza się do jednego kraju federacji, także rząd tego kraju (§ 43 ust. 2 BVerfGG). Uregulowanie § 43 ust. 1 BVerfGG mówi o uprawnieniu, nie jednak o obowiązku (*kann gestellt werden*). To pozwala napisać, że każdemu z wymienionych wnioskodawców pozostawia się możliwość uznania oceniającego (*Ermessen*) działanie danej partii za sprzeczne z porządkiem konstytucyjnym. Powtórzmy: uznania jako oceny, nie natomiast jako orzeczenia. To ostatnie leży bowiem wyłącznie w kompetencji Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. W literaturze przedmiotu zaczyna jednak zdobywać zwolenników teza, że uprawniony podmiot jest zobowiązany do wystąpienia z wnioskiem, jeśli tylko zachodzą ku temu wystarczające przesłanki²⁶. Ponieważ jest to jednak na tym etapie tylko posądzenie, dlatego ważną rolę odgrywa wyjaśniające postępowanie wstępne (*Vorverfahren*) (§ 45 BVerfGG), dające inkryminowanej partii prawo do zajęcia stanowiska wobec zarzutów o działalność niezgodną z Ustawą Zasadniczą.

Przedstawiony obraz prewencyjnych środków ochrony konstytucji nie będzie pełny, jeśli zabraknie jeszcze jednego instrumentu, jakim jest prawo karne (*Strafrecht*). Nawet pobieżna lektura kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch*, StGB)²⁷ wykazuje pod tytułem „Przygotowanie wojny napastniczej, zdrada stanu oraz zagrożenie wolnościowego i demokratycznego ładu ustrojowego” w pierwszym rozdziale części szczególnej wiele czynów karalnych, które można określić jako polityczne (jakkolwiek byśmy ten termin rozumieli). Pomijając zdradę stanu (*Hochverrat*) znajdujemy tu między innymi określenie takich czynów karalnych, jak kontynuowanie działalności partii politycznej uznanej za sprzeczną z konstytucją (§ 84 StGB), naruszenie zakazu stowarzyszenia (§ 85 StGB), używanie symboli organizacji uznanych za sprzeczne z konstytucją (§ 86a StGB), sabotaż (§ 88 StGB), szkalowanie państwa i jego symboli oraz jego organów (§ 90a oraz § 90b StGB). Na uwagę zasługują także dodane na podstawie nowelizacji kodeksu karnego przepisy²⁸ uznające za czyn przestępny przygotowanie zagrażających państwu ciężkich przestępstw z użyciem przemocy (§ 89a StGB), bądź nakłanianie do ich popełnienia (§ 91 StGB). Czy temu faktowi można przypisać spadek liczby czynów karalnych motywowanych politycznie, czy też jest to tylko przejściowa tendencja spadkowa w tym zakresie, pozostaje na razie nierozstrzygnięte.

²⁵ Por. uchwałę Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 29 października 1975, [w:] BVerfGE 40, 287, 291.

²⁶ Por. Jörn Ipsen, *Art. 21 GG*, [w:] Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 2014, Rdnr 175, s. 917. Tamże dalsza literatura przedmiotu.

²⁷ Por. *Strafgesetzbuch* (StGB), tekst jednolity z 13 listopada 1998, [w:] BGBl. I, nr 75 (1998), s. 3322.

²⁸ Por. *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* z 30 lipca 2009, [w:] BGBl. I, nr 49 (2009), s. 2437.

Rok	Liczba czynów karalnych motywowanych politycznie
2001	26 520
2002	21 690
2003	20 477
2004	21 178
2005	26 401
2006	29 050
2007	28 538
2008	31 801
2009	33 917
2010	27 180
2011	30 216
2012	27 440
2013	31 645
2014	32 700

Źródło: http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Nachrichten/Pressemitteilungen/2015/05/pmk-2014.pdf?__blob=publicationFile

OCHRONA USTAWY ZASADNICZEJ A STANY NADZWYCZAJNE

Oprócz materialnych uregulowań w zakresie ochrony ładu konstytucyjnego, ustrojodawca przewiduje w art. 73 ust. 1 pkt 10 lit. b) UZ także możliwość instytucjonalnej ochrony Ustawy Zasadniczej. Według przywołanego artykułu, federacja posiada wyłączną kompetencję ustawodawczą w zakresie współpracy federacji i poszczególnych jej krajów dotyczącej ochrony wolnościowego i demokratycznego ładu ustrojowego, bądź istnienia i bezpieczeństwa państwa. Ponieważ w przywołanym uregulowaniu pojawia się termin ochrona konstytucji (*Verfassungsschutz*), nie było przypadkiem po stronie ustawodawcy powołanie do życia Federalnego Urzędu Ochrony Konstytucji (*Bundesamt für Verfassungsschutz*)²⁹. Ustrojodawca precyzuje zarazem tę właściwość wykonawczą po stronie federacji w kolejnym uregulowaniu, tj. w art. 87 ust. 1 zdanie 2 UZ. Zadaniem przedmiotowego urzędu jest m.in. gromadzenie oraz ocena informacji o usiłowaniach lub zamiarach zagrażających porządkowi konstytucyjnemu w Niemczech (§ 3 ust. 1 BVerfSchG). Aczkolwiek ustawodawca wyposażył urząd w typowe instrumentarium wywiadowcze (§ 8 ust. 2 BVerfSchG), to przestrzegając –

²⁹ Por. Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz, BVerfSchG) z 20 grudnia 1990, [w:] BGBl. I, nr 73 (1990), s. 2954 (art. 1) oraz s. 2970 (art. 2).

jak wolno założyć – zasady dywersyfikacji zadań pomiędzy różne służby publiczne, nie nadał Urzędowi Ochrony Konstytucji uprawnień charakterystycznych dla policji, ani też prawa wydawania jej poleceń/zleceń służbowych (§ 8 ust. 3 BVerfSchG).

Inny, ale bez wątpienia fundamentalny dla istnienia państwa i ochrony jego konstytucyjnego ładu, charakter musimy przypisać siłom zbrojnym. Z ulgą (również z polskiego punktu widzenia) trzeba przyznać, że powojenne dzieje relacji niemieckiej armii i państwa nie dostarczają poparcia przenikliwie trafnej konstatacji Hansa Delbrücka, który analizując rolę armii w Prusach nie zaważał się przed jej oceną: „Historia armii jest (...) zarazem historią państwa pruskiego”³⁰. Zapewne nic tak dobrze nie uwidacznia tej historycznej zmiany, jak uregulowanie art. 26 ust. 1 oraz art. 87a ust. 1 zdanie 1 UZ. W pierwszym przepisie czytamy, że „Działania, które służą zakłóceniu pokojowego współżycia narodów lub są prowadzone z takim zamiarem, w szczególności przygotowywanie prowadzenia wojny napastniczej, są sprzeczne z konstytucją. Podlegają one karze”³¹. W drugim natomiast, o wiele krótszym: „Federacja wystawia siły zbrojne w celu obrony [państwa]”³². Stąd udział niemieckich sił zbrojnych (*Bundeswehr*) w innym celu, aniżeli obrona państwa jest możliwy tylko wtedy, gdy zezwala na to Ustawa Zasadnicza (art. 87a ust. 2 UZ).

Ustrojodawca dopuścił ten przypadek w art. 24 ust. 2 UZ, warunkując go jednak udziałem Niemiec w systemie bezpieczeństwa zbiorowego, a więc w takich sojuszach wojskowych jak *NATO*, czy – do czasu rozwiązania w 2010 r. – Unia Zachodnioeuropejska. Niezależnie zatem od udziału w międzynarodowych misjach wojskowych pod flagą ONZ, na skutek przyjętego rozwiązania możliwe stało się uczestniczenie żołnierzy niemieckich w różnego rodzaju działaniach wojskowych *NATO*³³. Upoważnienie art. 87a ust. 2 UZ, co należy podkreślić z naciskiem, nie rozciąga się jednak na udział w działaniach militarnych, a jedynie w akcjach o charakterze humanitarnym bądź logistycznym, dla których podstawę prawną stanowi art. 32 ust. 1 UZ³⁴. Niemniej jednak udział niemieckich wojskowych we wspomnianych misjach *out of area*, zwłaszcza w ostatnich latach, stawia na porządku dziennym pytanie natury ustrojowej, czy taki udział (nie) wymaga zgody *Bundestagu* stosownie do art. 59 ust. 2 zdanie 1 UZ? Odpowiedzi udzielił Federalny Trybunał Konstytucyjny, według którego taka zgoda

³⁰ H. Delbrück, *Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte*, Berlin 1920, t. IV, s. 281. „Die Geschichte der Armee (...) ist zugleich die Geschichte des preußischen Staates”.

³¹ Art. 26 ust. 1 Ustawy Zasadniczej z 23 maja 1949, [w:] BGBl. I, nr 1 (1949), s. 1. „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen”.

³² Art. 87a ust. 1 zdanie 1 Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes z 19 marca 1956, [w:] BGBl. I, nr 11 (1956), s. 111. „Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf”. Obecnie, uzupełnione brzmienie tego artykułu jest wynikiem nowelizacji z 24 czerwca 1968, [w:] BGBl. I, nr 41 (1968), s. 709.

³³ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 12 lipca 1994, [w:] BVerfGE 90, 286, 352.

³⁴ Por. D. Wiefelspütz, *Der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland*, [w:] AöR nr 1 (2007), s. 44-94. Tu s. 88-89.

nie jest wymagana, jeśli zaangażowanie wojskowe jest wynikiem wykonywania traktatowych zobowiązań sojuszniczych³⁵.

Powyższy przypadek-wyjątek potwierdza regułę, że jakkolwiek zdefiniowane militarne zaangażowanie sił zbrojnych wymaga zgody *Bundestagu* (*Parlamentsvorbehalt*). Pomny doświadczeń historycznych ustrojodawca konstruuje wszystkie uregulowania konstytucyjne dotyczące sił zbrojnych (art. 45a, art. 45b, art. 87a ust. 1 zdanie 2 oraz art. 115a ust. 1 UZ) w ten sposób, aby uniemożliwić wojsku udział w grze politycznej. W tym kontekście całkowicie czytelne są zamiary ustrojodawcy, aby za pomocą wymienionych uregulowań zagwarantować rzeczywisty wpływ parlamentu na siły zbrojne. Pomimo to, określenie *Bundeswehry* jako wojska parlamentarnego (*Parlamentswehr*)³⁶ nie oznacza bynajmniej prawa *Bundestagu* do decydowania o zaangażowaniu militarnym niemieckich sił zbrojnych poza granicami państwa, jest to bowiem prerogatywa wyłącznie rządu federalnego³⁷. Ale i tutaj dochodzi do głosu wielka ostrożność polityczna, skoro przedmiotowe kwestie reguluje odrębna ustawa o współudziale parlamentu przy podejmowaniu decyzji o uczestniczeniu w militarnych akcjach za granicą³⁸.

Zupełnie inną kwestią z punktu widzenia prawa ustrojowego jest udział sił zbrojnych w ochronie porządku wewnętrznego. Realizacja takiego scenariusza z jednej strony napotyka zastrzeżenia natury kompetencyjnej, ponieważ oznaczałaby pominięcie właściwości krajów federacji. Z drugiej natomiast, nie dałoby się takiego przypadku nazwać inaczej jak rozwiązywaniem konfliktów politycznych za pomocą wojska. Tym niemniej ustrojodawca przewiduje taką możliwość, aczkolwiek dopiero wtedy, gdy wykorzystanie sił policyjnych okaże się niewystarczające (art. 87a ust. 4 zdanie 1 w połączeniu z art. 91 ust. 2 UZ). Ponadto użycie wojska w takich okolicznościach musi zostać niezwłocznie wstrzymane, jeśli zażąda tego *Bundestag* lub *Bundesrat* (art. 87a ust. 4 zdanie 2 UZ). Sytuacja komplikuje się, gdy chodzi o obronę (ochronę) przed zagrożeniami o podłożu terrorystycznym. Nie jest jasne, czy przykładowo obrona przeciwlotnicza przed spodziewanym wykorzystaniem porwanego samolotu do ataku na elektrownię atomową mieści się (jeszcze) w zakresie zdefiniowanego przez ustrojodawcę pojęcia obrony. Wprawdzie próżno szukać rozwiązania tego hipotetycznego problemu w istotnym dla tego zagadnienia orzeczeniu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego³⁹, tym niemniej słusznie podnosi się w dotyczącej go

³⁵ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 22 listopada 2001, [w:] BVerfGE 104, 151, 199.

³⁶ Por. uchwałę Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 2003, [w:] BVerfGE 108, 34, 44.

³⁷ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 12 lipca 1994, [w:] BVerfGE 90, 286, 381.

³⁸ Por. Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz, ParlBG) z 18 marca 2005, [w:] BGBl. I, nr 17 (2005), s. 775.

³⁹ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 15 lutego 2006, [w:] BVerfGE 115, 118, 142.

literaturze przedmiotu, że opierając się na art. 35 ust. 2 i 3 UZ prewencyjne podjęcie określonych środków jest jak najbardziej dopuszczalne⁴⁰.

Wszystkie wyżej przedstawione wątpliwości natury ustrojowej są dobrym wstępem do namysłu, czym są stany nadzwyczajne w demokratycznym państwie prawa oraz, co nas tutaj szczególnie interesuje, w jaki sposób pojmuje je niemiecki ustrojodawca. Trzeba od razu stwierdzić, że nie jest to problematyka nazbyt często podejmowana w niemieckich badaniach ustrojoznawczych, skoro w kilku aktualnych opracowaniach dotyczących całości prawa ustrojowego brak niemal słowa o stanach nadzwyczajnych⁴¹. Jeśli zatem nie liczyć kilku zaledwie w ostatnich latach poważniejszych prób zmierzenia się z analizowanym zagadnieniem⁴², to jedyny wyjątek od tego zastanawiającego pominięcia, stanowią przekrojowe rozważania Zippeliusa i Würtenbergera⁴³. Tymczasem jest to kwestia, *volens volens*, o nadzwyczajnym znaczeniu dla ustroju państwa, test jego sprawności organizacyjnej lub sprawdzian możliwości sprostanania wyzwaniom, które (nie zawsze) dają się przewidzieć i na które (również nie zawsze) ustrojodawca ma gotową odpowiedź.

Przez pojęcie stanu wyjątkowego (*Ausnahmezustand*) w państwie niemieckie prawo ustrojowe rozumie zakłócenie (zaburzenie) życia publicznego, którego usunięcie nie jest możliwe za pomocą środków przewidzianych w konstytucji⁴⁴. Aczkolwiek sam termin nie występuje *explicite* w tekście Ustawy Zasadniczej, to za równoważniki takiego stanu nadzwyczajnego (*Notstand*) uchodzą powszechnie: wojna jako przyczyna zewnętrzna (*äußerer Notstand*), albo czynniki o charakterze wewnętrznym (*innerer Notstand*), którymi z kolei są klęski żywiołowe lub zaburzenia społeczne bądź polityczne. Ustawodawstwo stanu nadzwyczajnego (*Notstandsrecht*) odwołuje

⁴⁰ Przykładowo w porządku chronologicznym: Ch. Gramm, *Der wehrlose Verfassungsstaat?*, [w:] DVBl. 11 (2006), s. 653-661; Ch. Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes - nur „bedingt abwehrbereit“?*, [w:] JZ nr 5 (2007), s. 209-218; M. Ladiges, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, Berlin 2007; R. Merkel, § 14 Abs. 3 *Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?*, [w:] JZ nr 8 (2007), s. 373-385; U. Palm, *Der wehrlose Staat?*, [w:] AöR nr 1 (2007), s. 95-113; F. Winkeler, *Bedingt abwehrbereit? – Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen auf Kosten Unschuldiger am Beispiel des Luftsicherheitsgesetzes*, Stuttgart 2007 oraz Ch. Gramm, *Die Stärkung des Parlaments in der Wehrverfassung*, [w:] DVBl. nr 23 (2009), s. 1476-1480.

⁴¹ Z wielokrotnie wznawianych prac należy tutaj w porządku chronologicznym wymienić: Ch. Degenhart, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, Heidelberg 2008; R. Schmidt, *Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsrechts*, Grasberg/Bremen 2008; J. Ipsen, *Staatsrecht I*, München 2013; Ch. Gröpl, *Staatsrecht*, München 2014.

⁴² Na uwagę zasługują: J. Isensee (Hrsg.), *Der Terror, der Staat und das Recht*, Berlin 2004; A. Jakab, *Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes*, [w:] Kritische Justiz nr 3 (2005), s. 323-336; Ch. Enders, *Der Staat in Not – Terrorismusbekämpfung an den Grenzen des Rechtsstaates*, [w:] DÖV nr 24 (2007), s. 1039-1046 oraz O. Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn 2007.

⁴³ Por. R. Zippelius / Thomas Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, München 2008, Rdnr 1-32, s. 586-590.

⁴⁴ *Jw.*, s. 586.

się zatem do grożącego niebezpieczeństwa (*drohende Gefahr*) tak, jak przedstawia je ustrojodawca w różnych wariantach po nowelizacji konstytucji w 1968 r.⁴⁵

Z uwagi na ciągle nowe zagrożenia, zasadne staje się jednak pytanie, czy wobec braku definicji przedmiotowego prawa możliwe jest sięgnięcie przez państwo do instrumentarium, które wykracza poza ustawodawstwo stanu nadzwyczajnego? Jeśli przypuszczenie wysnute na podstawie komentarzy do Ustawy Zasadniczej nie myli⁴⁶, to odpowiedź będzie miała janusowe oblicze. Podstawę i uzasadnienie do konstruowania prawa stanu nadzwyczajnego stanowi bowiem cel, którym jest zapewnienie w państwie pokoju wewnętrznego i bezpieczeństwa prawnego oraz zabezpieczenie wolnościowego i demokratycznego ładu ustrojowego w rozumieniu Ustawy Zasadniczej⁴⁷. Z drugiej natomiast strony nie sposób przemilczeć faktu, że nawet w sytuacji(ach) nadzwyczajnych ów cel nie może upoważniać demokratycznego państwa prawa do posługiwania się instrumentami z pogranicza prawa, albo wręcz spoza niego.

Należy zatem wrócić do wspomnianej nowelizacji Ustawy Zasadniczej, według której typologia stanów wyjątkowych obejmuje następujące przypadki: obronę własną (*Verteidigungsfall*), stan napięcia (*Spannungsfall*), zgodę *Bundestagu* na zastosowanie określonych przepisów w sytuacji kryzysowej (*Zustimmungsfall*) oraz realizację zobowiązania sojuszniczego (*Bündnisfall*). Przypadek pierwszy reguluje art. 115a ust. 1 zdanie 1 UZ. Aczkolwiek pozostaje sporne, co i jak należy rozumieć przez użyte w tekście tego uregulowania pojęcie grożące bezpośrednio atakowi, to nie budzi wątpliwości, że przepis otwiera drogę do nadzwyczajnych pełnomocnictw⁴⁸. W zależności od przewidzianych w konstytucji prerogatyw, postępowanie w sprawie uznania przedmiotowego stanu za spełniający warunki art. 115a UZ należy najpierw do rządu federalnego, a następnie *Bundestagu* i *Bundesratu*, a w ostatniej kolejności do prezydenta Republiki jako ogłaszającego ów stan w Dzienniku Ustaw (art. 115a ust. 3 zdanie 1 UZ). Jeżeli na przeszkodzie zebrania się parlamentu i/lub Rady Federacji staną nieprzezwyciężalne przeszkody (*unüberwindliche Hindernisse*), a działanie natychmiastowe jest konieczne, to stwierdzenie przypadku obrony leży w gestii Komisji Wspólnej (*Gemeinsamer Ausschuß*) (art. 115a ust. 2 UZ). Wszystko to musi jednak na czytelniku wywrzeć nieodparte wrażenie wysokiego stopnia skomplikowania w sytuacji, gdy – mówiąc pospolicie – wróg stoi u drzwi. Mają wobec tego rację Zippelius i Würtenberger pisząc, że przedmiotowe przepisy konstytucyjne „odsłaniają w drastyczny sposób, jak trudno (a być może także i nieefektywnie) jest w systemie, który

⁴⁵ Por. Siebzigstes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes z 24 czerwca 1968, [w:] BGBl. I, nr 41 (1968), s. 709.

⁴⁶ Por. H. D. Jarass, *Art. 115k GG*, [w:] H. D. Jarass / B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2007, Rdnr 3-6, s. 1079-1080 jak również K. Windthorst, *Art. 91 GG*, [w:] M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 2014, Rdnr 11-14, s. 1895-1896 oraz Rdnr 31-40, s. 1899-1901.

⁴⁷ Por. § 7 Bundespolizeigesetz (BPolG) (wcześniej jako Bundesgrenzschutzgesetz, BGSG) z 19 października 1994, [w:] BGBl. I, nr 72 (1994), s. 2978, 2979.

⁴⁸ Por. R. Zippelius / T. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht...*, s. 587-588.

chce zachować formy parlamentaryzmu tak długo i tak dalece, jak to jest tylko możliwe, podjąć decyzję o stanie wyjątkowym”⁴⁹.

Jeszcze większe trudności dotyczą definicji, a w zasadzie jej braku, pojęcia stanu napięcia. Jeżeli domniemanie (znowu) nie myli, ustrojodawca miał na myśli sytuacje kryzysowe, które w otoczeniu międzynarodowym budzą niepokój do tego stopnia, że w bliskiej przyszłości można spodziewać się zaistnienia obrony własnej. Temu, ustrojowo trudno kwantyfikowalnemu, pojęciu politycznemu nałożono tylko takie ograniczenie, że stan napięcia musi zostać zaakceptowany przez *Bundestag* większością 2/3 głosów (art. 80a ust. 1 zdanie 2 UZ). Podobne ograniczenie występuje również w przypadku, gdy *Bundestag* wyraża zgodę na zastosowanie określonych przepisów w sytuacji kryzysowej. Może to mieć miejsce przykładowo wówczas, gdy formalne ogłoszenie stanu obrony bądź napięcia mogłoby prowadzić do zaostrzenia sytuacji wewnętrznej albo międzynarodowej. Czy w takim przypadku muszą zachodzić wszystkie warunki przewidziane dla stanu obrony bądź napięcia, pozostaje dyskusyjne⁵⁰.

Odminną konstrukcją okazuje się natomiast wykonywanie zobowiązań sojusznicznych (art. 80a ust. 3 UZ). Podstawowa różnica względem wcześniej wymienionych przypadków polega na tym, że ustrojodawca nie wymaga współuczestnictwa *Bundestagu*, *Bundesratu* i Komisji Wspólnej w stwierdzeniu stanu wyjątkowego. Wyłącznym adresatem, ale i dysponentem pozostaje w tej sytuacji rząd federalny, który – odwołując się do instrumentarium stanu wyjątkowego – podejmuje odpowiednie działania w ramach układu sojuszniczego na podstawie uchwały organu międzynarodowego. Jako niezależne od decyzji parlamentarnych organów kolegialnych, tego rodzaju rozwiązanie bez wątpienia ułatwia szybsze, aniżeli w podanych wyżej przypadkach, reagowanie w stanie zagrożenia. Jednak także i tutaj udział sił zbrojnych w wykonywaniu przedmiotowych zobowiązań wymaga zgody *Bundestagu*⁵¹.

We wszystkich podanych przypadkach wspólne jest to, że w momencie ich ogłoszenia jako zaistniałych, przewidziane uregulowania szczególne wchodzą w życie (art. 80a UZ). Ponieważ bez wątpienia najważniejszym z przedstawionych jest przypadek obrony, poświęćmy mu więcej uwagi. Pierwszym elementem jego ustrojowego modelu jest przejęcie dowodzenia siłami zbrojnymi przez kanclerza (art. 115b UZ; w czasach pokoju jest to – według art. 65a UZ – kompetencja ministra obrony narodowej). Szczególnie istotne są jednak zmiany dotyczące działania naczelných organów państwa. W przypadku trudności zebrania się *Bundestagu* bądź niemożności podjęcia przez niego uchwał, konstytucyjnym organem jest w jego (i *Bundesratu*) miejsce Komisja Wspólna (art. 115e ust. 1 UZ)⁵². Jej uprawnienia nie mają bynaj-

⁴⁹ Por. R. Zippelius / T. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht...*, s. 588. „(...) enthüllen in drastischer Weise, wie schwierig (und vielleicht auch nicht effizient) es ist, in einem System, das die Formen des Parlamentarismus so lange und soweit wie möglich erhalten will, Regelungen für den Ausnahmefall zu treffen”.

⁵⁰ Jw., s. 588.

⁵¹ Por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 12 lipca 1994, [w:] BVerfGE 90, 286, 387.

⁵² Stosownie do art. 53a UZ oraz § 1 ust. 1 Regulaminu Komisji Wspólnej przedmiotową Komisję tworzy proporcjonalnie do składu partyjnego *Bundestagu* 32 posłów oraz 16 członków *Bundesratu*

mniej charakteru iluzorycznego, czego dowodzi nie tylko prawo uchwalania ustaw, ale i możliwość wyboru nowego kanclerza (art. 115h ust. 2 UZ). Niemniej jednak stan obrony nie oznacza ani rozwiązania parlamentu federalnego, ani parlamentów krajowych; przeciwnie, ich kadencje trwają i zostają przedłużone o sześć miesięcy od zakończenia stanu obrony (art. 115h ust. 1 UZ). Podtrzymany zostaje także status Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (art. 115g UZ). Nie do końca natomiast jest jasne uregulowanie art. 115l ust. 2 zdanie 1 UZ, które wskazuje, że na żądanie *Bundestagu* i *Bundesratu* musi nastąpić zakończenie stanu obrony. Jak to możliwe, jeśli te istniejące *de nomine* organy zastępuje *de facto* Komisja Wspólna?

Z innymi problemami mamy do czynienia, gdy wprowadzenie stanu wyjątkowego brane jest pod uwagę z przyczyn wewnętrznych. Ustrojodawca podaje dwie, ale co mocno zaskakuje, w dwóch odległych od siebie miejscach Ustawy Zasadniczej. Są to wyliczone w uregulowaniu art. 35 UZ trzy przyczyny, dotyczące zapewnienia ochrony ładu publicznego w przypadku klęsk żywiołowych (*Katastrophenschutz*) i – nieco enigmatycznie określonych – szczególnie ciężkich wypadków losowych (*besonders schwere Unglücksfälle*), jak również zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego (*Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*). Wymieniona trzecia przyczyna nie byłaby może warta wzmożonej uwagi, gdyby nie fakt, że niemal tę samą materię reguluje art. 91 UZ (ochrona wolnościowego i demokratycznego ładu ustrojowego). Oba zakresy pojęciowe oddziela co prawda pokaźna liczba 56 artykułów konstytucyjnych, ale mimo wszystko jest to bardzo cienkie przepięrczenie politycznej uznaniowości, które może być niepotrzebnym zarzewiem ustrojowych sporów interpretacyjnych.

Stanowi wyjątkowemu towarzyszy zwyczajowo zawieszenie (*Aufhebung*) lub ograniczenie (*Einschränkung*) praw obywatelskich. Tę możliwość niemiecki ustrojodawca zawęża jednak, w zależności od rodzaju stanu wyjątkowego, do nielicznych przypadków, dokładnie wyliczonych w Ustawie Zasadniczej:

- ograniczenie prawa do swobodnego przemieszczania się (art. 11 ust. 2 UZ),
- możliwość wezwania mężczyzn w wieku poborowym, którzy nie zostali powołani pod broń do wykonywania określonych prac (art. 12a ust. 3 UZ) oraz
- przejściowa możliwość ustanowienia odszkodowania w przypadku wyłączenia na cele obrony (art. 115c ust. 2 pkt 1 UZ).

To naprawdę niewiele. Trudno zatem oprzeć się wrażeniu, że najwidoczniej ustrojodawca przyjmuje za pewnik niemożność pogodzenia z ideałami wolności takiego jej ograniczenia, które byłoby zaprzeczeniem sensu ochrony ładu demokratycznego. Wolno przyjąć, że tak też najwidoczniej rozumieją to obywatele, skoro nigdy dotąd nie musieli skorzystać z przysługującego im prawa do stawienia oporu każdemu, kto próbowałby obalić konstytucyjny porządek Republiki Federalnej Niemiec (art. 20 ust. 4 UZ). *Tu felix Germania!*

(po jednym z każdego kraju związkowego), [w] Geschäftsordnung für den Gemeinsamen Ausschuss z 23 lipca 1969, [w] BGBl. I, nr 74 (1969), s. 1102.

Prof. zw. dr hab. Jan Wiktor Tkaczyński, Instytut Europeistyki, Uniwersytet Jagielloński (jan.tkaczynski@wp.pl)

Słowa kluczowe: Niemcy, prawo konstytucyjne, system polityczny

Keywords: Germany, constitutional law, the political system

ABSTRACT

Durability of the constitutional status quo established after World War II must trigger the curiosity of a careful observer of the history of German constitutionalism. One must also wonder which new or newly defined institutions of the political system could ensure such stability. If we rely only on a reading of the constitutional regulations in this respect, the intention of the legislator to protect the substance of the Constitution through its built-in security immediately becomes clear. Apparently, this is an effective means, since Germans have lived under the current Constitution for the last 66 years, close to five times longer than under the Weimar Constitution.