

Ulli F. H. Rühl*

„MANDAT WOLNY” W USTAWIE ZASADNICZEJ**

WSTĘP

Temat wymaga kilku uwag wstępnych. Pojęcie „mandatu wolnego” nie występuje w ustawie zasadniczej. Ale na istnienie jego podstawy prawnej wskazuje art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej. Stanowi ono:

[...] [deputowani niemieckiego Bundestagu są] przedstawicielami całego narodu, nie wiążą ich zlecenia i instrukcje i podlegają tylko swojemu sumieniu.

Rozprzestrzenione w całej Europie pojęcie mandatu wolnego¹ należy przede wszystkim rozumieć jako pojęcie polemiczne, przeciwstawne mandatowi imperatywnemu. Mandat wolny nie jest zatem pojęciem prawnym w węższym znaczeniu, z którego dałoby się wywieść po prostu skutki prawne. Pod pojęciem mandatu rozumie się w sensie prawnym zlecenie wiążące prawnie. Może ono mieć charakter prawnoprywatny (np. § 662 i n. BGB — kodeks cywilny), prawnopubliczny czy prawnomiędzynarodowy. Poprzez stosunek zlecenia powstaje zobowiązanie prawne upelnomocnionego (mandatariusza) w stosunku do

* Ulli F. H. Rühl, asesor prawa pracownik naukowy na Wydziale Prawa Uniwersytetu im. Justusa Liebiga w Giessen.

** Niniejsza rozprawa jest częściowym wynikiem pracy zespołu zajmującego się badaniem zgodności rotacji mandatów z prawem konstytucyjnym według ustawy zasadniczej. W badaniach brali udział: Winfried Möller, Cornelius Pawlita, Frank Steinmeier oraz autor. Odnosnie do rotacji mandatów por. W. Möller, C. Pawlita, U. F. H. Rühl, F. Steinmeier, *Von der rechtlichen Bindungslosigkeit und der politischen Verantwortlichkeit des Abgeordneten* (O niezawisłości prawnej i odpowiedzialności politycznej deputowanego) — rozprawa na temat rotacji mandatów, [w:] „Demokratie und Recht” („Demokracja i Prawo”) 1984, s. 367—392.

¹ Por. również Ch. Müller, *Das imperative und freie Mandat* (Mandat imperatywny a mandat wolny), Leiden 1966, s. 50 i n.

mandanta. Mandaty w sensie prawnym są więc zawsze „mandatami imperatywnymi”. Z tego wynika bezsprzecznie, że mandat niezależny (wolny) nie jest mandatem w sensie prawnym. W dotyczącej tego zagadnienia monografii z 1941 r. pt. *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*, pióra Heinricha Triepela, mówi się o mandacie wolnym tylko w jednym zdaniu, stwierdzając że jest on fikcją prawną i nie ma nic wspólnego z badaną dziedziną².

Nie można więc uznać poglądu, jakoby istniało pojęcie mandatu jako pojęcie naczelne oraz dwa pojęcia pochodne: mandat imperatywny i mandat wolny. Tylko mandat imperatywny pozostaje mandatem w znaczeniu prawnym, mandat niezależny jest wprawdzie przeciwnym pojęciem polemicznym, ale pod względem prawnym stanowi właściwie fikcję.

Uwagi wstępne trzeba więc zakończyć stwierdzeniem, że „często spotykany termin »mandat wolny« jest po prostu terminem fałszywym [...]”³. Ale z drugiej strony pojęcie to tak rozprzestrzeniło się i utrwaliło, że ktoś, kto chciałby je ominąć, popada w trudności przy formułowaniu innych określeń. Aby zatem nie zejść z platformy ogólnego porozumienia, dobrze jest posługiwać się tym obiegowym terminem.

I

Artykuł 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej nawiązuje do politycznej zasady mandatu wolnego o tyle, że zawarta tam norma stanowi, iż deputowani do niemieckiego Bundestagu są „reprezentatami całego narodu”, co również stwarza fikcję prawną. W rzeczywistości chodzi nie tylko o reprezentowanie narodu, lecz także o faktyczne sprawowanie władzy niemieckiego Bundestagu nad narodem, zalegalizowanej przez wolę narodu wyrażoną w drodze wyborów⁴. Sformułowanie to ma długą tradycję historyczno-konstytucyjną, sięgającą do konstytucji francuskiej z 3/13 września 1791 r., w której czytamy:

² Por. H. Triepel, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht* (Delegacja i mandat w prawie publicznym), 1941, s. 131 i n.; por. także H. Ridder, *Das sogenannte politische Mandat von Universität und Studentenschaft* (Tak zwany mandat polityczny uniwersytetu i studentów), „Demokratie und Recht” („Demokracja i Prawo”, dalej: DuR) 1975, s. 194 i n.; s. 201.

³ N. Achterberg, *Das rahmungebundene Mandat* (Mandat ograniczony ramowo), Berlin 1975, s. 16.

⁴ U. K. Preuss, [w:] *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe „Alternativkommentare”* (Komentarz do ustawy zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec. Seria „Komentarze alternatywne”), t. 2, wyd. R. Wassermann, Neuwied 1984, komentarz do art. 21, uwaga 56 (cyt. dalej jako: Preuss. AK-GG, uwaga 56 do art. 21).

Wyznaczeni w departamentach przedstawiciele nie są przedstawicielami poszczególnych departamentów, lecz całego narodu i nie można im dawać żadnego zlecenia (mandatu)⁵.

Postanowienia podobnego rodzaju występują we wszystkich konstytucjach niemieckich (§ 96 konstytucji, która powstała w kościele św. Pawła — *Die Paulskirchen-Verfassung* z 28 marca 1849 r. (projekt); art. 82 konstytucji pruskiej z 5 grudnia 1848 r.; art. 83 konstytucji pruskiej z 31 stycznia 1850 r.; art. 29 konstytucji Związku Północnoniemieckiego z 17 kwietnia 1867 r.; art. 29 konstytucji Rzeszy z 16 kwietnia 1871 r.). Art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej z 11 sierpnia 1919 r. stanowił:

Deputowani są przedstawicielami całego narodu. Zależni są jedynie od swego sumienia i nie wiążą ich żadne zlecenia⁶.

Ustawa zasadnicza mówi, że deputowani „nie są związani żadnymi zleceniami czy instrukcjami”. Podczas gdy pojęcie „zlecenie” ma raczej zabarwienie cywilno-prawne, to pojęcie „instrukcji” pochodzi z prawa publicznego, chociaż i w prawie pracy jest mowa o władzy kierowniczej pracodawcy. Słusznie przyjmuje się dziś powszechnie w nauce prawa państwowego, że chodzi tutaj o tautologię⁷.

Dogmatycznym problemem art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej z zakresu prawa konstytucyjnego jest zagadnienie prawnych skutków zleceń i instrukcji skierowanych do deputowanych. Takie stwierdzenie może być czymś niespodziewanym dla bezkrytycznego czytelnika, przyjmującego do wiadomości art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej w brzmieniu dosłownym, ponieważ zawarte tam postanowienie mówi wyraźnie o skutku prawnym, a mianowicie, że deputowani nie są związani zleceniami i instrukcjami. Można by powiedzieć, że postanowienie to, jak świadczy o tym spojrzenie na realia systemu parlamentarnego, wynika z rozsądnej oceny.

Deputowanych jako reprezentantów partii wybiera się do parlamentu co najmniej od czasów Republiki Weimarskiej. Z tego powodu, że są oni reprezentantami partii, podlegają różnym wpływom i uzależnieniom. Uzależnienia te wynikają z programów i uchwał partyjnych,

⁵ Tytuł III, rozdz. I, cz. III, art. 7, cyt. wg. P. Badury, [w:] *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Boński komentarz do ustawy zasadniczej), art. 38 (powtórne opracowanie 1966), uwaga 5 (cyt. dalej jako: Badura, BK-GG, uwaga 5 do art. 38); odnośnie do oryginału por. Müller, *op. cit.*, s. 50.

⁶ „Reichsgesetzblatt” („Dziennik Ustaw Rzeszy”) 1919, s. 1383.

⁷ I. von Münch, [w:] *Grundgesetz-Kommentar* (Komentarz do ustawy zasadniczej), t. 2, wyd. 2, 1983, uwaga 61 do art. 38; H. P. Schneider, AK-GG, uwaga 29 do art. 38.

które partie zamierzają urzeczywistnić, zjednując sobie w tym celu wyborców. W systemie wyborczym Republiki Federalnej, będącym mieszanką wyborów bezpośrednich w okręgach wyborczych i wyborów z listy, deputowany wybrany do Bundestagu w wyborach bezpośrednich podlega również wpływom swego okręgu wyborczego. Jest rzeczą normalną, że partie i kandydaci bezpośredni tworzą podczas kampanii wyborczej programy i czynią wyborcom obietnice, dla zrealizowania których pragną być wybrani do parlamentu. Nie trzeba wcale wymieniać powiązań partii z innymi wspólnotami interesów (związki pracodawców, związki zawodowe, układy doradców itd.), żeby przekonać się jednocześnie, że deputowany stale odbiera zlecenia i przyjmuje instrukcje od swojej partii lub od wyborców. Tworzenie aktów woli od dołu do góry jest ożywczym elementem demokracji, nie da się więc uniknąć powiązań deputowanych z partiami, wyborcami czy wspólnotami interesów — i nie byłoby to też pożądane. W obliczu takiej sytuacji art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej, tak jak wszystkie historyczne poprzedniki, stanowi, że deputowani nie są związani prawnie zleceniami czy instrukcjami; o powiązaniach charakteru politycznego lub moralnego postanowienie to nie wypowiada się. W tak wyraźnym świetle widzi jeszcze ten stan rzeczy np. Laband w swoim komentarzu do art. 29 konstytucji Rzeszy z r. 1871:

Postanowienia konstytucyjne nie są skierowane przeciwko mandatowi imperatywnemu w sensie demokratycznym i faktycznie nie mają w tym zakresie żadnej mocy. Jeśli nawet takie zlecenia są nieskuteczne pod względem prawnym, to jednak wybór deputowanego, który przyjął taki mandat imperatywny, nie jest ustawowo nieważny i nigdy nie był uznany za taki przez przedstawicielstwo narodu. Zakaz stanowi więc *lex imperfecta*, którego przekroczenie nie pociąga za sobą skutków prawnych i poza tym nie jest skierowany przeciwko wyborcom, nie zabrania im więc wybrać określonego kandydata na tej podstawie, że poczynił im określone obietnice dotyczące jego działalności politycznej. Zakaz mandatu imperatywnego przewyciężył partykularyzm stanowy, w Rzeszy Niemieckiej — również partykularyzm przedstawicielstw krajowych, lecz nie naruszył partykularyzmu partii i frakcji⁸.

Z punktu widzenia pozytywistycznego rozdziału państwa i społeczeństwa był jeszcze możliwy pogląd, że chodzi o to, by nie zachodziły związki prawne między deputowanymi a wyborcami. Pod względem prawnym wola deputowanego oddzielona zostaje od woli narodu. Nie zabrania się, żeby deputowany w codziennym życiu politycznym ulegał wpływom swych wyborców i swej partii, jak i tego, żeby zgłaszane były na jego ręce wnioski, życzenia i domaganie się

⁸ Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (Prawo państwowe Rzeszy Niemieckiej), wyd. 5, 1911, s. 296.

reprezentowania interesów grupowych, np. określonego regionu. Faktyczne związki są nie do uniknięcia, a nawet pożądane, natomiast nie istnieją związki prawne.

W istocie rzeczy ten sposób ujmowania zagadnienia utrzymał się w niemieckiej teorii prawa państwowego również w okresie Republiki Weimarskiej: art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej wprowadza poprzez dodatkowe orzeczenie, że deputowani „podlegają jedynie swojemu sumieniu”, wzmocnienie niezależności od przymusu prawnego. Deputowani mają podejmować decyzje bez przymusu prawnego, „w uzależnieniu jedynie od własnego wewnętrznego przekonania”. Artykuł 21 konstytucji weimarskiej — podobnie jak art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej — nie mogą uchronić deputowanego od konfliktów z jego partią i jego wyborcami. Hugo Preuss, „ojciec” konstytucji Rzeszy Weimarskiej z 1919 r. zauważył w związku z tym:

W wypadku — zawsze możliwego — konfliktu między osobistym zdaniem deputowanego a panującym poglądem jego partii czy okręgu wyborczego źródłem decyzji jest zawsze sumienie deputowanego. Z punktu widzenia prawa jest on niezależny, to znaczy, że przepisy prawne nie decydują o tym, jakie wpływy, jakie pobudki działania mają oddziaływać na niego najsilniej. Jeżeli konflikt dotyczy jakichś szczególnych zagadnień, to rozwiązuje go się najczęściej według zasad dyscypliny partyjnej i frakcyjnej, która, zależnie od wewnętrznego charakteru partii, jest bardziej ścisła lub liberalna. Ale konflikt może doprowadzić także do wystąpienia deputowanego z partii. Prawnie pozostaje on nadal „reprezentantem całego narodu”, pomimo że nie reprezentuje już opinii publicznej w tej jej części składowej, przez którą został wybrany. Jest więc sprawą sumienia deputowanego, czy sądzi, że mimo opuszczenia partii może nim być w dalszym ciągu⁹.

Tego samego zdania był Gerhard Anschütz, który w swoim komentarzu do art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej pisze:

Deputowany w czasie sprawowania swej funkcji w parlamencie zobowiązany jest nie tylko w sensie etycznym, lecz również i prawnym do rozważania — według swej najlepszej woli i wiedzy oraz na własną odpowiedzialność, od której nikt go nie może zwolnić — tego, czego wymaga nierozłączne z dobrem państwa dobro całego narodu, szczególnie zaś powinien zwracać uwagę na to, czy poglądy partyjne, które wyznaje i ów węższy zakres interesów, które skłonny jest popierać, dają się pogodzić z dobrem ogółu. W żadnej z wymienionych tutaj spraw nie można go wiązać prawnie jakimikolwiek przepisami. Żadnymi „zleceniami”, bez względu na to, od kogo by one pochodziły (od wyborców, kierownictwa partii, frakcji), nie jest on prawnie związany¹⁰.

⁹ H. Preuss, *Reich und Länder. Bruchstücke eines Kommentars zur Verfassung des Deutschen Reiches* (Rzesza i kraje. Fragmenty komentarza do konstytucji Rzeszy Niemieckiej), wyd. G. Anschütz, 1928, s. 274.

¹⁰ G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919* (Konstytucja Rzeszy Niemieckiej z 11 sierpnia 1919 r.), wyd. 14, Berlin 1933; przedruk bez zmian: Bad Homburg 1965, s. 182.

I podkreśla jeszcze w przypisie 1:

Prawnie nie jest związany. Zwyczaje partyjne nie stanowią normy prawnej, są tylko sprawą konwencji; tak zwany przymus partyjny nie jest instytucją prawną¹¹.

Doniosła w skutkach była teza G. Anschütza, która doprowadziła później w teorii prawa konstytucyjnego w RFN do weryfikacji interpretacji skutków prawnych art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej:

Wykonywanie zawodu deputowanego nigdy nie może być przedmiotem uzgodnień prawnych między deputowanym a osobami trzecimi; uzgodnienia o tej treści są sprzeczne z konstytucją, są więc, zgodnie z § 134 kodeksu cywilnego, nieważne¹².

Ale teza, że zlecenia i instrukcje są z powodu § 134 BGB niebyłe, nie może się ostać analizie logicznej; § 134 BGB zakłada, że istnieje zakaz ustawowy, ale ani art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej ani art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej nie zawierają zakazu zleceń i instrukcji, stanowią one tylko, że deputowany nie jest przez takowe zobowiązany prawnie. Na podstawie § 134 kodeksu cywilnego nie można więc wnioskować, że art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej i art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej stanowią ustawowe zakazy. Z zarzutem tym wystąpił przeciwko tezie Anschütza już w okresie Republiki Weimarskiej Fritz Morstein Marx¹³. W odpowiedzi na tę krytykę Anschütz rozwinął swoją tezę jak następuje:

Prawdą jest, że art. 21 zdanie 2 nie zakazuje udzielania „zleceń” deputowanym, jak też nie zabrania wyraźnie przestrzegania tychże, ale pytanie, czy wolno ich przestrzegać, pozostawia do rozstrzygnięcia „sumieniu” deputowanego. Z drugiej strony jest jednak jasne, że zlecenie nie ma jakiegokolwiek skuteczności i obowiązywania prawnego — również i Fritz Morstein Marx nie wątpi w to (*op. cit.*, s. 440, 444). Być może udzielenie zlecenia samo w sobie nie było niedopuszczalne, ale bezwarunkowo niedopuszczalne są uzgodnienia, które — zupełnie obojętnie przez kogo, z kim i w jakiej formie zawierane — chcą nadać i zapewnić zleceniu to, czego zgodnie ze ścisłą wolą konstytucji mieć nie powinno: obowiązywania prawnego. W takim też sensie zdanie 2 zawiera ustawowy zakaz, a z niego

¹¹ Tamże, s. 182; przyp. 1.

¹² Anschütz, *op. cit.*, s. 182; § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (kodeksu cywilnego, dalej: BGB) brzmi: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt” („Czynność prawna naruszająca zakaz ustawowy jest nieważna, jeżeli z ustawy nie wynika inaczej”).

¹³ F. Morstein Marx, *Rechtswirklichkeit und freies Mandat* (Rzeczywistość prawna i mandat wolny), „Archiv des öffentlichen Rechts”, Neue Folge („Archiwum Prawa Publicznego”, Seria Nowa), 1926, t. 11, s. 430 i n., s. 436—440.

wynika niezbicie podany w tekście wniosek: nieważność wszelkich oświadczeń woli zmierzających do stworzenia stanu prawnego, którego według konstytucji być nie powinno¹⁴.

Ale i tutaj Anschütz nie jest konsekwentny. Istnieje wprawdzie potrzeba ochrony deputowanego przed oskrzydłającymi go porozumieniami (np. jeśli chodzi o kary umowne) uzależniającymi go bezpośrednio od zleceń i instrukcji. Nie jest jednak konieczne wyciąganie wniosku z art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej, że takie oskrzydłujące porozumienia są niedopuszczalne. Również one — jak autor słusznie zauważa — nie mają mocy prawnej. Żadna władza państwowa nie może podjąć się ich realizacji ani też nie może ich tolerować.

Anschütz odbiega od interpretacji dosłownego brzmienia tekstu także w odniesieniu do innej szczególnej kwestii, mianowicie utraty mandatu w przypadku dobrowolnego wystąpienia z partii¹⁵. Potwierdza on prawny związek zachodzący między przynależnością do partii a posiadaniem mandatów o tyle, że utratę mandatu uważa za niedopuszczalną jedynie wskutek niedobrowolnego wykluczenia z partii, ale nie w przypadku dobrowolnego opuszczenia szeregów partyjnych.

A więc już w okresie Republiki Weimarskiej zaznaczyły się dwie zmiany dotyczące mandatu niezależnego: 1) domniemanie, że art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej uznaje udzielanie zleceń za niedopuszczalne oraz 2) powiązanie członkostwa w partii z posiadaniem mandatu deputowanego. A poza tym w okresie weimarskim dociera do świadomości przekonanie, że sprawa niezależności deputowanych nie przedstawia się dobrze. Na uzależnienie deputowanego od jego partii i frakcji patrzy się coraz bardziej krytycznie, ponieważ wydaje się oczywiste, że deputowany bez przynależności frakcyjnej nie ma szans oddziaływania¹⁶. Krytykę tę prowadzono z różnych punktów widzenia i w różnych perspektywach. To, że deputowani wywodzą swój mandat z partii, że to właściwie partie a nie deputowani legitymowani są przez wyborców, było np. dla Morsteina Marxa powodem interpretowania art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej ściśle według brzmienia tekstu oraz powodem odrzucania tezy Anschütza o nieważności zleceń i w rezultacie — faworyzowania mandatu imperatywnego¹⁷.

Gerhard Leibholz ujmował kryzys „systemu przedstawicielskiego” bardziej pryncypialnie i stwierdzał:

¹⁴ Anschütz, *op. cit.*, s. 182, przyp. 2.

¹⁵ Tamże, s. 184.

¹⁶ Odnosnie do debaty w Weimarze por. Achterberg, *op. cit.*, s. 26 i n.; J. Kürschner, *Die Statusrechte des fraktionslosen Abgeordneten* (Status prawny deputowanego bez przynależności frakcyjnej), Berlin 1984, s. 69 i n.

¹⁷ Morstein Marx, *op. cit.*, s. 430 i n.

Niezależność deputowanych ustąpiła mniejszej lub większej zależności od organizacji partyjnych lub frakcji, które w decydujący sposób wywierają wpływ na wystąpienia i głosowanie przedstawicieli narodu. Oni zaś nie są najczęściej niczym innym, jak funkcjonariuszami związanymi instrukcjami partii i wysokich dostojników tychże partii. Wybierani są też do parlamentu jako osoby przynależne do określonej partii politycznej¹⁸.

Leibholz — wychodząc z tego stwierdzenia dostrzegał w perspektywie możliwość zlikwidowania istniejącego napięcia między prawem pisanym a rzeczywistością przez to, że „nowoczesne państwo partyjne”¹⁹ uznawane jest przez konstytucję z uwzględnieniem faktu, że mogą wyniknąć z tego dwuznaczności i niebezpieczeństwa²⁰.

Sytuacja panująca w Republice Weimarskiej (1923) skłoniła Carla Schmitta do zasadniczej krytyki parlamentaryzmu:

Powoli coraz powszechniej odnosiło się wrażenie — którego źródłem były od dawna zaobserwowane fakty — że proporcjonalne prawo wyborcze i jego system list likwidują związek między wyborcą a wybranym, że przymus frakcyjny staje się środkiem nieodzownym, a tak zwana zasada reprezentacji (art. 21 konstytucji weimarskiej) traci sens; [...] ²¹.

Ponieważ C. Schmitt ujmuje art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej jako opis rzeczywistości, dochodzi do następującego wniosku:

Każdego deputowanego uważa się za „przedstawiciela całego narodu”, czyli właśnie reprezentanta. Stanowi to ciągle jeszcze istotny moment w pojmowaniu dzisiejszego państwa, pomimo że moment ten utracił już dawno w praktycznej rzeczywistości swą prawdziwość²².

Schmitt przyjmował w swej krytyce parlamentaryzmu inną perspektywę niż Leibholz w swojej koncepcji. Był on najpierw zwolennikiem dyktatury prezydenckiej, później zaś stronnikiem narodowego socjalizmu. Do późniejszej działalności Leibholza trzeba będzie jeszcze powrócić.

Rozumienie art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej i art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej jako opisu rzeczywistości, a nie jako

¹⁸ G. Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie* (Reprezentacja w demokracji), 1928, przedruk fotomechaniczny wydania 3, 1966, Berlin—New York 1973, s. 98 i n.

¹⁹ Tamże, s. 118.

²⁰ Tamże, s. 121—123.

²¹ C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Sytuacja współczesnego parlamentaryzmu w historii rozwoju duchowego), 1923, wyd. 5, Berlin 1979, s. 28.

²² C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Doktryna konstytucyjna), 1928, wyd. 4 zmienione, Berlin 1965, s. 206.

stanu faktycznego ze skutkiem prawnym niezobowiązującym, musi doprowadzić do wniosku, że rzeczywistość nie odpowiada normie.

II

Ten sposób rozumienia uwidocznił się również w 1948 r. w czasie obrad nad ustawą zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. Deputowany dr Strauss (CDU) wypowiedział się na temat § 46 projektu z Herrenchiemsee — będącego pierwowzorem art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej.

W literaturze politycznej wskazywano wielokrotnie na nieprawdziwość tego, co sformułowane jest znowu tutaj w art. 46. Treść tego artykułu wiąże się z pewnymi wydarzeniami z pierwszej połowy 19 wieku, a przede wszystkim z historią powstania parlamentu w Niemczech, który, jak wiadomo, uformował się w poszczególnych krajach z przedstawicielstw stanowych związanych instrukcjami. Ludzie, którzy nie ujmują tych spraw w aspekcie prawa konstytucyjnego — a tacy stanowią naturalnie większość — będą się rozwodzić w szyderczej krytyce nad tą myślą art. 46 podobnie, jak to miało miejsce za czasów konstytucji weimarskiej. Artykuł 46 powinien być całkowicie usunięty. Myśl zawarta w nim może być rozumiana już tylko historycznie i nie koresponduje już, niestety, z teraźniejszością; powinna być potraktowana jako zrozumiała sama przez się i dlatego usunięta, albo powinna być usunięta ze względu na możliwość nieporozumienia. Dzisiaj jest to już tylko deklaracja, żeby nie powiedzieć: pusta deklamacja. Właśnie w ustawie zasadniczej powinniśmy się ograniczyć do najkonieczniejszych norm konstruktywnych, a jeśli chodzi o prawa zasadnicze, to odnosi się do nich to samo. Nie powinno się uwzględniać tego rodzaju rzeczy prowadzących łatwo do nieporozumień²³.

Pomimo to mandat niezależny uznany został za klasyczne postanowienie konstytucyjne i jako niezbędny przyjęty większością głosów do ustawy zasadniczej²⁴.

Pierwszy komentarz do ustawy zasadniczej, pochodzący od Hermann von Mangoldta²⁵, stoi jeszcze pod znakiem tradycji weimarskiej doktryny prawa państwowego. Zaznaczają się jednak już rysy w tej koncepcji. Von Mangoldt odróżnia mianowicie dopuszczalną dyscyplinę frakcyjną od niedopuszczalnego przymusu frakcyjnego i wyraża przekonanie, że art. 38 ust. 1 zdanie 2 żąda „niezależności

²³ „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart”, Neue Folge („Rocznik Współczesnego Prawa Publicznego”, Seria Nowa, dalej: JöR NF) 1951, t. 1, s. 354.

²⁴ JöR NF 1951, t. 1, s. 355. również konstytucja NRD z 7.10.1949 r. przejmuje w art. 51 ust. 3 tekst art. 21 Konstytucji Weimarskiej; inaczej w konstytucji NRD z 6.04.1968 r.

²⁵ H. von Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz* (Bońska ustawa zasadnicza), Berlin—Frankfurt 1953, art. 38, uwaga 4, s. 233.

Niezależność deputowanych ustąpiła mniejszej lub większej zależności od organizacji partyjnych lub frakcji, które w decydujący sposób wywierają wpływ na wystąpienia i głosowanie przedstawicieli narodu. Oni zaś nie są najczęściej niczym innym, jak funkcjonariuszami związanymi instrukcjami partii i wysokich dostojników tychże partii. Wybierani są też do parlamentu jako osoby przynależne do określonej partii politycznej¹⁸.

Leibholz — wychodząc z tego stwierdzenia dostrzegał w perspektywie możliwość zlikwidowania istniejącego napięcia między prawem pisanym a rzeczywistością przez to, że „nowoczesne państwo partyjne”¹⁹ uznawane jest przez konstytucję z uwzględnieniem faktu, że mogą wyniknąć z tego dwuznaczności i niebezpieczeństwa²⁰.

Sytuacja panująca w Republice Weimarskiej (1923) skłoniła Carla Schmitta do zasadniczej krytyki parlamentaryzmu:

Powoli coraz powszechniej odnosiło się wrażenie — którego źródłem były od dawna zaobserwowane fakty — że proporcjonalne prawo wyborcze i jego system list likwidują związek między wyborcą a wybranym, że przymus frakcyjny staje się środkiem nieodzownym, a tak zwana zasada reprezentacji (art. 21 konstytucji weimarskiej) traci sens; [...] ²¹.

Ponieważ C. Schmitt ujmuje art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej jako opis rzeczywistości, dochodzi do następującego wniosku:

Każdego deputowanego uważa się za „przedstawiciela całego narodu”, czyli właśnie reprezentanta. Stanowi to ciągle jeszcze istotny moment w pojmowaniu dzisiejszego państwa, pomimo że moment ten utracił już dawno w praktycznej rzeczywistości swą prawdziwość²².

Schmitt przyjmował w swej krytyce parlamentaryzmu inną perspektywę niż Leibholz w swojej koncepcji. Był on najpierw zwolennikiem dyktatury prezydenckiej, później zaś stronnikiem narodowego socjalizmu. Do późniejszej działalności Leibholza trzeba będzie jeszcze powrócić.

Rozumienie art. 21 konstytucji Rzeszy Weimarskiej i art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej jako opisu rzeczywistości, a nie jako

¹⁸ G. Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie* (Reprezentacja w demokracji), 1928, przedruk fotomechaniczny wydania 3, 1966, Berlin—New York 1973, s. 98 i n.

¹⁹ Tamże, s. 118.

²⁰ Tamże, s. 121—123.

²¹ C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Sytuacja współczesnego parlamentaryzmu w historii rozwoju duchowego), 1923, wyd. 5, Berlin 1979, s. 28.

²² C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Doktryna konstytucyjna), 1928, wyd. 4 zmienione, Berlin 1965, s. 206.

stanu faktycznego ze skutkiem prawnym niezobowiązującym, musi doprowadzić do wniosku, że rzeczywistość nie odpowiada normie.

II

Ten sposób rozumienia uwidocznił się również w 1948 r. w czasie obrad nad ustawą zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. Deputowany dr Strauss (CDU) wypowiedział się na temat § 46 projektu z Herrenchiemsee — będącego pierwowzorem art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej.

W literaturze politycznej wskazywano wielokrotnie na nieprawdziwość tego, co sformułowane jest znowu tutaj w art. 46. Treść tego artykułu wiąże się z pewnymi wydarzeniami z pierwszej połowy 19 wieku, a przede wszystkim z historią powstania parlamentu w Niemczech, który, jak wiadomo, uformował się w poszczególnych krajach z przedstawicielstw stanowych związanych instrukcjami. Ludzie, którzy nie ujmują tych spraw w aspekcie prawa konstytucyjnego — a tacy stanowią naturalnie większość — będą się rozwodzić w szyderczej krytyce nad tą myślą art. 46 podobnie, jak to miało miejsce za czasów konstytucji weimarskiej. Artykuł 46 powinien być całkowicie usunięty. Myśl zawarta w nim może być rozumiana już tylko historycznie i nie koresponduje już, niestety, z teraźniejszością; powinna być potraktowana jako zrozumiała sama przez się i dlatego usunięta, albo powinna być usunięta ze względu na możliwość nieporozumienia. Dzisiaj jest to już tylko deklaracja, żeby nie powiedzieć: pusta deklamacja. Właśnie w ustawie zasadniczej powinniśmy się ograniczyć do najkonieczniejszych norm konstruktywnych, a jeśli chodzi o prawa zasadnicze, to odnosi się do nich to samo. Nie powinno się uwzględniać tego rodzaju rzeczy prowadzących łatwo do nieporozumień²³.

Pomimo to mandat niezależny uznany został za klasyczne postanowienie konstytucyjne i jako niezbędny przyjęty większością głosów do ustawy zasadniczej²⁴.

Pierwszy komentarz do ustawy zasadniczej, pochodzący od Hermanna von Mangoldta²⁵, stoi jeszcze pod znakiem tradycji weimarskiej doktryny prawa państwowego. Zaznaczają się jednak już rysy w tej koncepcji. Von Mangoldt odróżnia mianowicie dopuszczalną dyscyplinę frakcyjną od niedopuszczalnego przymusu frakcyjnego i wyraża przekonanie, że art. 38 ust. 1 zdanie 2 żąda „niezależności

²³ „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart”, Neue Folge („Rocznik Współczesnego Prawa Publicznego”, Seria Nowa, dalej: JÖR NF) 1951, t. 1, s. 354.

²⁴ JÖR NF 1951, t. 1, s. 355. również konstytucja NRD z 7.10.1949 r. przejmuje w art. 51 ust. 3 tekst art. 21 Konstytucji Weimarskiej; inaczej w konstytucji NRD z 6.04.1968 r.

²⁵ H. von Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz* (Bońska ustawa zasadnicza), Berlin—Frankfurt 1953, art. 38, uwaga 4, s. 233.

deputowanego". Jest to co najmniej nieporozumienie, ponieważ nie rozróżnia on w swoim komentarzu, jak to uczynił Anschütz, niezależności prawnej i faktycznej. Wprawdzie von Mangoldt wychodzi jeszcze z założenia, że różnica między dozwolonymi a niedozwolonymi środkami nacisku jest praktycznie nie do stwierdzenia. Widzi on zatem tylko dwa środki zapewniające „niezależność” deputowanego: deputowany nie może być związany prawnie, zaś jego niezależność od nacisku politycznego można zagwarantować przez powierzenie mandatu „osobom rzeczywiście wewnętrźnie niezależnym”²⁶.

Już w roku 1950 Eduard Dreher wystąpił z krytyką pojmowania mandatu niezależnego w weimarskiej doktrynie prawa państwowego i zastosowania go przez Hermanna von Mangoldta do skomentowania art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej²⁷. Artykuł Drehera zawiera już wszystkie istotne odniesienia argumentacji, które do dziś panują w debatach dotyczących zagadnień prawno-konstytucyjnych: sprzeczność (rzekoma) między mandatem niezależnym (art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej) a państwem partyjnym (art. 21 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej)²⁸; pogląd, że art. 38 ust. 1 zdanie 2 wymaga dla skutecznej ochrony deputowanego ustawy wykonawczej celem uregulowania zagadnienia przymusu frakcyjnego²⁹ oraz tezę, że zlecenia i instrukcje nie tylko są niewiążące prawnie, lecz także niedopuszczalne, a zatem zabronione³⁰.

Problemem, który ma być rozwiązany przez mandat wolny, jest przymus frakcyjny, a więc zobowiązanie deputowanych do solidarnego głosowania, zgodnie z postanowieniem frakcji. Dreher uważa rozwiązanie von Mangoldta i nauki prawa państwowego Republiki Weimarskiej za niezadowolające. Wprawdzie jest on zdania, że generalny zakaz przymusu frakcyjnego jest nieużyteczny i ze względu na uznanie partii w art. 21 ust. 1 ustawy zasadniczej uważa go za prawnie niepewny; ale według jego pojmowania prawa zabronione jest, żeby deputowany z góry zobowiązywał się głosować tak, jak postanowi frakcja. Jeżeli frakcja żąda głosowania, co do którego deputowany zdaje sobie sprawę, że służy ono nie sprawie narodu a interesowi partii, to

²⁶ Por H. von Mangoldt, *Der Fraktionszwang* (Przymus frakcyjny), „Süd-deutsche Juristenzeitung” („Południowoniemiecka Gazeta Prawnicza”) 1950, s. 336 i n., s. 338.

²⁷ E. Dreher, *Zum Fraktionszwang des Bundestagsabgeordneten* (O przymusie frakcyjnym wobec deputowanego do Bundestagu), „Neue Juristische Wochenschrift” („Nowy Tygodnik Prawniczy”, dalej: NJW) 1950, s. 661 i n.

²⁸ Dreher, *op. cit.*, s. 661.

²⁹ Tamże, s. 664.

³⁰ Tamże, s. 662 i n.

głosowanie pod wpływem nacisku frakcji byłoby sprzeczne z konstytucją³¹.

Realizacja takiej interpretacji art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej zakłada kontrolę motywów deputowanego, co Dreher sobie uświadamia i chce tego w miarę możliwości uniknąć³². Widzi on dwa rozwiązania: po pierwsze, zniesienie proporcjonalności prawa wyborczego („wybory proporcjonalne i mandat wolny przeczą sobie już pojęciowo, a w praktyce politycznej nie znoszą się, jak ogień i woda”³³); po drugie, stworzenie ustawy wykonawczej, która dawałaby możliwość wszczęcia postępowania celem stwierdzenia, czy jest stosowany przez frakcję niedopuszczalny przymus.

Rozprawa Drehera stanowi ważny przełom w rozumieniu mandatu wolnego według art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej. Po raz pierwszy zostaje zaniechane rozróżnienie między zobowiązaniem prawnym a zobowiązaniem natury etyczno-politycznej. Wszelkie zobowiązania, jeśli chodzi o nacisk polityczny, powinny być zakazane. W ten sposób postawione zostaje zadanie odróżnienia legalnych dążeń partii i frakcji od sprzecznego z prawem nacisku politycznego.

Podsumujmy dla uwydatnienia: rozwiązanie prawne było jasne do czasu powstania Republiki Weimarskiej i jej teorii prawa państwowego; deputowany nie jest skrepowany prawnie, podlega jedynie swemu sumieniu. Opór przeciwko naciskowi politycznemu jest sprawą osobistej siły charakteru, ale nie stanowi kwestii prawnej. Jednak to właśnie staje się kwestią prawną w momencie, gdy polecenia i instrukcje zaczyna się uważać za niedopuszczalne. Koncepcja Drehera oznacza także kontrolę prawną, a to z kolei równa się także „nadzorni państwa” nad frakcjami i partiami. Dreher dostrzega to i przyzwalając, przechodzi nad tym do porządku:

Ingerowanie przy pomocy norm prawnych w politykę zawsze napotykało na trudności. Ale może okazać się zgubne, jeżeli stwierdzeniom konstytucji, które z istoty swej muszą pozostać mniej czy bardziej niesprecyzowane, nie nada się wyraźnie zarysowanych form, jakie konieczne są dla praktyki politycznej. Również art. 48 konstytucji Republiki Weimarskiej przewidywał swego czasu ustawę wykonawczą, ale nigdy jej nie wydano. A w przeciwnym razie może niejedno byłoby inaczej³⁴.

³¹ Tamże, s. 663, 662.

³² Tamże, s. 663.

³³ Tamże, s. 664.

³⁴ Tamże.

III

Podczas gdy E. Dreher poszukuje koncepcji zapewniającej faktyczną niezależność deputowanych, to G. Leibholz, powróciwszy z emigracji z Anglii, przystępuje do wyciągnięcia konsekwencji ze „strukturalnej przemiany nowoczesnej demokracji”. Doktryna państwa partyjnego Leibholza wycisnęła piętno nie tylko na teorii prawa konstytucyjnego w Republice Federalnej, również on sam, jako członek Drugiego Senatu w Federalnym Trybunale Konstytucyjnym, wywarł silny wpływ na orzecznictwo tego sądu.

Leibholz wychodzi od dwóch typów idealnych: reprezentatywnego parlamentaryzmu i demokracji w państwie partyjnym. Mandat niezależny odpowiada, według jego ujęcia, typowi parlamentaryzmu reprezentatywnego. Składające się z dostojników parlamenty powinny reprezentować elitę pod względem majątku i wykształcenia, takiemu parlamentowi odpowiadało ograniczone prawo wyborcze³⁵. Jeżeli pluralistyczne prawo wyborcze (np. trójklasowe pruskie prawo wyborcze) miałoby zapewnić, że przez uprzywilejowanie majątku i wykształcenia w głosowaniu w parlamencie wytworzy się zgromadzenie najlepszych, „to jasne jest, że ludzie ci [...] nie mogą być przedstawicielami określonej grupy wyborców lub określonego okręgu wyborczego, lecz muszą być przedstawicielami całego narodu”³⁶. Parlament dostojników jest miejscem, gdzie wykształca się rozum poprzez dyskusję i jawność postępowania³⁷, dlatego też zakłada się w związku z tym istnienie mandatu niezależnego dla zapewnienia swobody decyzji deputowanym³⁸. Mandat niezależny — a w związku z nim art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej interpretuje Leibholz jako wyraz zasady demokracji przedstawicielskiej. W systemie demokracji przedstawicielskiej nie ma miejsca dla partii; w XIX w. widzimy najpierw próby powstrzymywania ich rozwoju, a gdy to okazuje się niemożliwe, ignorowania ich³⁹. Z faktu, że konstytucja Rzeszy Weimarskiej nie wspomina o partiach,

³⁵ G. Leibholz, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie* (Przemiany strukturalne nowoczesnej demokracji), 1952, [w:] tenże, *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Problemy strukturalne nowoczesnej demokracji), wyd. 3, Karlsruhe 1967, s. 78 i n., s. 80 i n.

³⁶ Tamże, s. 81.

³⁷ Por. G. Leibholz, *Der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert* (Przemiany postaci demokracji w XX wieku), 1955, [w:] tenże, *Die Repräsentation in der Demokratie...*, s. 211 i n., s. 213.

³⁸ Por. Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 82.

³⁹ Tamże, s. 73 i n. Leibholz, *Der Gestaltwandel...*, s. 215 i n.

wyciąga Leibholz wniosek, że w okresie jej obowiązywania miały one specjalny „status pozakonstytucyjny”⁴⁰.

W interpretacji tego stanu rzeczy posuwa się Leibholz w ogóle za daleko; wielokrotnie wskazuje na to, że np. „Laband nie wymienia partii ani jednym słowem w swoim kilkutomowym dziele, traktującym o niemieckim prawie państwowym”⁴¹; twierdzenie to — jak świadczy wyżej przytoczony cytat — nie odpowiada prawdzie⁴². Laband wyraźnie podkreśla, że zakaz mandatu imperatywnego przewyższył partykularyzm stanów i przedstawicielstw krajowych, ale nie partykularyzm partii i frakcji. Nieprawdą więc jest, że ignorowano istnienie partii. Dla okresu po roku 1919 byłoby to choćby już z tego względu niezrozumiałe, że konstytucyjne Zgromadzenie Narodowe składało się z przedstawicieli partii — jakżeż więc mogli oni ignorować istnienie partii?

Zrozumiałe staje się u Leibholza ujmowanie procesu rozwojowego dzięki temu, że przeciwstawia on demokrację przedstawicielską „państwu partyjnemu”. Między tymi dwoma typami idealnymi widzi on nie dającą się usunąć sprzeczność⁴³. Nowoczesne państwo partyjne jest według niego w swej istocie i formie niczym innym, jak „udoskonaloną formą przejawu demokracji plebiscytarnej”⁴⁴. Wola ogółu, utożsamiana u Leibholza z *volontè generale* Rousseau’a⁴⁵, nie powstaje już na zasadzie reprezentacji, lecz kształtowana jest przez partie. Wynika z tego, że w demokracji państwowo-partyjnej „parlament traci coraz bardziej właściwy mu kiedyś charakter i w coraz większym stopniu staje się miejscem, gdzie spotykają się uzależnieni pełnomocnicy partyjni, aby dokonać rejestracji rozstrzygnięć, które zapadły już gdzie indziej, np. w komisjach, frakcjach, na konferencjach partyjnych”⁴⁶. Również wybory zatracają, zdaniem Leibholza, swój pierwotny charakter w demokracji funkcjonującej w państwie partyjnym, stają się one aktami o charakterze plebiscytu, które zresztą czynią zbytecznymi

⁴⁰ Leibholz, *Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht*, (Naród i partia w nowym niemieckim prawie konstytucyjnym), 1950, [w:] *Strukturprobleme der modernen Demokratie...*, s. 70 i n., s. 72.

⁴¹ Leibholz, *Volk und Partei...*, s. 74; tenże, *Der Strukturwandel...*, s. 84; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 215.

⁴² Laband, *op. cit.*, s. 298, przyp. 1.

⁴³ Por. Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 112; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 235.

⁴⁴ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 93 i n.; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 226 i n.

⁴⁵ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 94.

⁴⁶ Leibholz, *Der Gestaltwandel...*, s. 226.

elementy demokracji bezpośredniej, jak referendum czy inicjatywa ludowa⁴⁷.

W odróżnieniu od konserwatywnej krytyki okresu weimarskiego, Leibholz nie kończy na narzekaniu na taki obrót rzeczy:

Ponieważ w tej formie demokracji to właśnie partie aktywizują naród i czynią go zdolnym do działania, partie są dla zorganizowanego narodu środkiem artykułowania jego życzeń, dzięki nim naród ma możliwość podejmowania decyzji. Bez pośrednictwa partii naród nie miałby możliwości wywierania jakiegokolwiek wpływu na działalność państwa i niemożliwa byłaby jego samorealizacja⁴⁸.

Z tym wiąże się zmiana pozycji deputowanego w państwie partyjnym: Nie jest on już niezależnym reprezentantem podległym tylko swojemu sumieniu:

W rzeczywistości uzależniony on jest od szeregu więzi, a szczególnie od więzi łączącej go z jego partią, która w decydujący sposób wywiera wpływ na jego wystąpienia i głosowanie⁴⁹.

Deputowany nie jest wybierany do parlamentu ze względu na swoje cechy charakteru, lecz jako członek określonej partii⁵⁰. Również parlament traci swoje pierwotne znaczenie, ponieważ konkretną pracę przejmują partie polityczne. Parlament nie jest już miejscem, gdzie dochodzi do rozstrzygnięć poprzez publiczną dyskusję. Mowy wygłaszane w parlamencie nie tylko mają wpływać na przeciwnika politycznego przy pomocy odpowiednich argumentów, lecz poprzez środki masowego przekazu: radio, telewizję skierowane są bezpośrednio do aktywu obywatelskiego⁵¹. A zatem również frakcje są w mniejszym stopniu instytucjami prawa parlamentarnego a bardziej organami państwa partyjnego.

Tyle o analizie doktryny państwa partyjnego u Leibholza. Istotne w koncepcji Leibholza jest jego przekonanie, że ten stan rozwojowy został zalegalizowany przez prawo konstytucyjne. Po raz pierwszy w historii konstytucji niemieckich partie wymienia się na czołowym miejscu w konstytucji (art. 21 ustawy zasadniczej)⁵². Jest to dlatego

⁴⁷ Por. Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 104; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 230 i n.

⁴⁸ Leibholz, *Volk und Partei...*, s. 76.

⁴⁹ Tamże, s. 73.

⁵⁰ Por. Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 108.

⁵¹ Por. tamże, s. 95.

⁵² Art. 21 (Partie). (1) Partie współdziałają w kształtowaniu woli politycznej narodu. Zakładanie partii nie podlega ograniczeniom. Ich struktura wewnętrzna musi odpowiadać zasadom demokratycznym. Partie muszą zdawać publiczne sprawozdania z pochodzenia i przeznaczenia swych środków jak i o swoim majątku. (2) Partie,

godne uwagi, ponieważ art. 21 znajduje się w rozdziale drugim ustawy zasadniczej (*Zwizzek i kraje*), a więc w części konstytucji dotyczącej prawnej organizacji państwa. Leibholz komentuje ten fakt jako włączenie zasady państwa partyjnego do ustawy zasadniczej: partie stały się elementami obszaru państwa i woli państwowotwórczej⁵³.

Teza ta miała daleko idące następstwa dla praktyki prawa konstytucyjnego w Republice Federalnej. Wymienić trzeba tutaj stanowisko partii w procesie przed Trybunałem Konstytucyjnym. Zgodnie z orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁵⁴ partie polityczne, w przypadku naruszenia ich statusu prawno-konstytucyjnego, muszą wstępować na drogę postępowania spornego przewidzianego dla organu państwowego (art. 93 ust. 1 nr 1 ustawy zasadniczej oraz § 13 nr 5, 63 i n. *Ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym*), a nie na drogę skargi konstytucyjnej z powodu naruszenia ich praw przez władzę publiczną.

Także finansowanie partii przez państwo można wytłumaczyć tylko faktem „upaństwowienia” partii⁵⁵. A przy tym partie — zarówno teraz, jak i przedtem — częściowo są, a częściowo nie są, według prawa cywilnego, związkami zdolnymi do działań prawnych⁵⁶.

Przy krytycznej analizie nie da się również ukryć, że art. 21 ustawy zasadniczej — określany często jako „przywilej partii”⁵⁷ — nic więcej partiom nie przyznaje ponad to, co wynika już z art. 9, 8 i 5 ustawy zasadniczej (wolność tworzenia związków, wolność zgromadzeń i wolność poglądów). Również wtedy nie wynikałoby nic nowego, gdyby w art. 21 ust. 1 zdaniu 1 nie było zaznaczone, że partie będą „współdziałać” w kształtowaniu woli narodu. „Przywilej” ten polega na tym, że nie wolno zakazać działalności partii, podobnie jak działalności związków, na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy zasadniczej decyzją

które swoimi celami lub zachowaniem się swoich zwolenników dążą do naruszenia lub obalenia wolnościowego i demokratycznego ustroju lub zagrażają istnieniu Republiki Federalnej Niemiec, są sprzeczne z konstytucją. W kwestii sprzeczności z konstytucją decyduje Federalny Trybunał Konstytucyjny. (3) Bliższe szczegóły regulują ustawy federalne.

⁵³ Leibholz, *Volk und Partei...*, s. 72.

⁵⁴ „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” (Orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego), wydawane przez członków Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, Tübingen, t. 4, s. 27 i n., s. 30 i n., dalej cyt. wg wzoru: BVerfGE 4, 27 (30 i n.).

⁵⁵ BVerfGE 8, 51 (63); tamże, 12, 276 (280).

⁵⁶ Henke, *Das Recht der politischen Parteien* (Prawo partii politycznych), wyd. 2, 1972, s. 272 i n.

⁵⁷ Odnośnie do krytyki pojęcia przywileju partyjnego por. H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes* (Aspekty społeczne ustawy zasadniczej), Opladen 1975, s. 58 i n.

władzy wykonawczej⁵⁸, lecz że monopol na zakaz działalności partii ma Federalny Trybunał Konstytucyjny (art. 21 ust. 2 ustawy zasadniczej). Poza tym partie nie mają swobody w kształtowaniu swojej struktury organizacyjnej; stosownie do art. 21 ust. 1 zdania 3 ustawy zasadniczej ich struktura wewnętrzna musi odpowiadać zasadom demokratycznym i muszą one też zdawać publicznie sprawozdania dotyczące pochodzenia, przeznaczenia swych środków i swego majątku. O przywileju nie może więc być mowy. Wolność zakładania partii byłaby już i tak zagwarantowana przez art. 9 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Rzeczywistość państwa partyjnego — taka, jak opisuje ją Leibholz — w połączeniu z konstytucjonalizacją partii w art. 21 ustawy zasadniczej prowadzi w konsekwencji przede wszystkim do tego, że Leibholz odrzuca podstawy istnienia mandatu wolnego. W nowoczesnej demokracji państwa partyjnego deputowany „nie posiada ostatniego uprawnienia — w kwestiach o podstawowej wadze politycznej nie może realizować linii odbiegającej od linii partii i frakcji”⁵⁹. I dalej: „Tutaj mandat imperatywny i przymus frakcyjny, który nie może wykraczać poza granice przyzwoitości, otrzymuje swoje trwałe miejsce i wewnętrzne uprawnienie”⁶⁰.

Pojmowanie państwa partyjnego jako formy przejawu demokracji plebiscytarnej, wywodzącej się z wyborów będących aktami plebiscytowymi, które prawomocnymi przedstawicielami czynią partie a nie deputowanych, prowadzi przede wszystkim w teoretycznej konsekwencji do tego, że mandat niezależny należy uważać za już nieaktualny i nieprawomocny. Logiczne jest więc, że deputowany ponosi odpowiedzialność przed partią za swą postawę, że może zostać z partii wykluczony⁶¹. Konsekwencjom demokracji w państwie partyjnym odpowiada także to, że przejście do innej partii lub wykluczenie z partii, prowadzi do utraty mandatu w parlamencie⁶².

Jeżeli art. 21 ustawy zasadniczej skomentujemy za Leibholzem jako opowiedzenie się za demokratycznym państwem partyjnym, to faktem jest jednak, że bawarska ustawa zasadnicza przejęła jednocześnie w art. 38 ust. 1 zdaniu 2 klasyczny element demokracji przedstawicielskiej⁶³. Ze stanu rzeczy stwierdzonego przez Leibholza wynika pytanie o sposób postępowania wobec faktu, że ustawa zasadnicza połączyła w art. 21 oraz w art. 38 ust. 1 zdaniu 2 dwa nie dające się

⁵⁸ H. Ridder, *AK-GG*, uwaga 25 do art. 9 ust. 2.

⁵⁹ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 97.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ Tamże, s. 102—103; Leibholz, *Der Gestaltwandel...*, s. 230.

⁶² Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 103; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 230 i n.

⁶³ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 112; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 235.

pogodzić typy demokracji. Leibholz wychodzi od tego, że nie można zignorować art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej, pomimo że jest ono „ciałem obcym”. Wybiera taki sposób rozwiązania, jaki dominuje w teorii i praktyce prawa konstytucyjnego Republiki Federalnej: nie chodzi o przeforsowanie jednej czy drugiej zasady, lecz o to — i tutaj powołuje się Leibholz na Federalny Trybunał Konstytucyjny — „ażeby ustalić, która zasada w danym przypadku ma większą wagę”⁶⁴. Chodzi tu o metodę, która redukuje — żeby tak rzec — teksty normatywne do pewników czy zasad, na których one są oparte, wytwarza w ten sposób napięcia między tymi zasadami i doprowadza do rozstrzygnięcia prawnego przez ustalenie, która zasada w konkretnym przypadku ma większą wagę⁶⁵. Znaczenie art. 38 ust. 1 zdania 2, ujmowanego jako wyraz zasady demokracji przedstawicielskiej, widzi Leibholz ostatecznie w tym, że „zapobiega on pewnym skrajnym konsekwencjom państwa partyjnego”⁶⁶. W swojej interpretacji art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej odnosi się on krytycznie do teorii konstytucji okresu weimarskiego — a szczególnie do Amschütza. Wywody mówiące, że zlecenia same w sobie są dopuszczalne, a prawnie nie stwarzają zobowiązania, uważa on za „mylące, ponieważ polecenia nie obowiązujące prawnie nie są w ogóle poleceniami”⁶⁷. Wywód kończy się wnioskiem, że zlecenia i instrukcje nie powinny być udzielane⁶⁸.

A więc także Leibholz czyni ze skutku prawnego art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej zakaz udzielania zleceń i instrukcji. W ten sposób zostaje jednak zatarty skutek prawny art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej; odtąd też konieczne jest odróżnianie dążenia do zobowiązania deputowanego od niedozwolonego nacisku politycznego wywieranego nań. Według rozwiązania zawartego w weimarskiej teorii prawa państwowego skutek prawny był zawsze jednoznaczny: deputowany może przyjmować zobowiązania, partia może mu udzielać zleceń i instrukcji, ale on nie staje się przez to zobowiązany prawnie. Z tej jednoznaczności nie pozostało nic, zastąpiona została kazuistyką, w której przy rozstrzyganiu bierze się pod uwagę poszczególny konkretny przypadek. Przymus stosowany przez frakcję jest więc według Leibholza niedopuszczalny i wystąpienie lub wykluczenie deputowanego z partii nie prowadzi do

⁶⁴ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 114; BVerfGE 2, 72 (73); tamże, 4, 151.

⁶⁵ Por. H. Ridder, „Politische Vierteljahresschrift” („Kwartalnik Polityczny”) 1974, s. 577.

⁶⁶ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 117; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 239.

⁶⁷ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 114; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 237.

⁶⁸ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 115; tenże, *Der Gestaltwandel...*, s. 237.

utrąty mandatu⁶⁹, ale dyscyplina frakcyjna powinna być dopuszczalna i konieczna⁷⁰. Utrata mandatu w przypadku dobrowolnego wystąpienia z partii stanowi odtąd przedmiot częstych dyskusji, ale jak do dzisiaj powszechny jest pogląd⁷¹, że odebranie mandatu nie jest zgodne z art. 38 ust. 1 zdaniem 2 ustawy zasadniczej, chociaż dosłowne brzmienie tego artykułu nie wydaje się przemawiać jednoznacznie przeciwko pozbawieniu mandatu. Utrata mandatu, wraz z dobrowolnym wystąpieniem z frakcji czy z partii, powodowałaby zagrożenie dla możliwości krytyki i działania w kierunku powstrzymywania dążeń władczych, jakie zapewnia mandat niezależny — w partiach rządzących w stosunku do rządu, w partiach opozycyjnych w stosunku do kierownictwa partii i frakcji. Na tę okoliczność zwrócił słusznie uwagę Trachternach⁷². Siła rządu i partii zależy od możliwości dysponowania większością w parlamencie, a zatem i od deputowanych. Wprowadzając utratę mandatu jako skutek dobrowolnego wystąpienia z partii czy frakcji, „wytrącono by deputowanemu z ręki broń, która pozwala mu skutecznie przeciwstawiać się, ponieważ wystąpienie oznacza ugodzenie kierownictwa w najbardziej czułe miejsce, zaś przez odebranie mandatu zamknięto by mu drogę do obozu przeciwnika”⁷³. Istnieją pod tym względem tylko dwa wyjątki: jeżeli deputowany występuje z jakichkolwiek powodów z Bundestagu, to wolne miejsce obsadza się z reguły z listy według ustalonej kolejności; ale „przy wyznaczaniu kandydata na zwolnione miejsce nie uwzględnia się tych osób z listy, które opuściły partię w okresie po sporządzeniu listy krajowej” (§ 48 ust. 1 zdanie 2 związkowej ustawy wyborczej). Także zakaz działalności partii prowadzi, zgodnie z art. 21 ust. 2 ustawy zasadniczej do utraty mandatu deputowanego⁷⁴; rów-

⁶⁹ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 115.

⁷⁰ G. Leibholz, *Verfassungsrecht und politische Wirklichkeit* (Prawo konstytucyjne a rzeczywistość polityczna), [w:] tenże, *Die Repräsentation in der Demokratie...*, s. 249 i n., s. 263.

⁷¹ H. Säcker, *Mandatsverlust bei Fraktionswechsel?* (Utrata mandatu przy zmianie frakcji?), „Deutsches Verwaltungsblatt” („Niemiecki Dziennik Administracyjny”, dalej: DVBl.) 1970, s. 567 i n.; DVBl. 1971, s. 642 i n.; M. Kriele, *Mandatsverlust bei Parteiwechsel* (Utrata mandatu przy zmianie partii), „Zeitschrift für Rechtspolitik” („Czasopismo Polityczno-Prawnicze”, dalej: ZRP) 1969, s. 241 i n. oraz ZRP 1971, s. 99; Henke, *Das demokratische Amt der Parlamentsmitglieder* (Demokratyczny urząd członków partii), DVBl. 1973, s. 553 i n.; Trachternach, DVBl. 1975, s. 85 i n., s. 87.

⁷² Trachternach, tamże, s. 87.

⁷³ Tamże.

⁷⁴ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 116 i n.; BVerfGE 2, 1 (72 i n.); tamże, 5, 85 (392); inne poglądy: Seifert, *Bundeswahlrecht. Kommentar* (Federalne prawo wyborcze. Komentarz), wyd. 3, München 1976, uwaga 43 do art. 38 ustawy zasadniczej; D. Grimm, *Politische Parteien*, [w:] *Handbuch des Verfassungsrechts*, wyd. Benda, Maihofer, Vogel, Berlin—New York 1983, s. 317 i n., s. 354.

niez tutaj Federalny Trybunał Konstytucyjny wyciągnął konsekwencje z doktryny państwa partyjnego (por. również § 46 ust. 1 nr 5 federalnej ustawy wyborczej)⁷⁵.

Na zakończenie charakterystyki doktryny Leibholza trzeba ze względu na późniejszą teorię prawa państwowego dodać, że dobro ogólne w państwie rządzone przez partie rodzi się w procesie politycznego tworzenia woli narodu w wyniku konkurencji partii, to znaczy w procesie debaty politycznej. Leibholz odrzuca pogląd o ponadpartyjności państwa. Ani partie ani deputowani nie mogą skierować swego działania ku jakiemuś urojonemu dobru ogólnemu:

W naiwnych twierdzeniach wskazujących na to, że partie, zgodnie ze swym charakterem „części” całości, mogą być tylko organizacjami mającymi na uwadze egoistyczne cele, dążącymi do realizacji swych odrębnych interesów, ale nie myślącymi o narodzie, ojczyźnie i czymś, co można określić tego rodzaju wyrazami, że w konsekwencji muszą trwać w postawie opozycyjnej względem „państwa”, nie dostrzega się, że to, co składa się na dobro ogólne czy interes ogółu, trudno często obiektywnie i przekonująco zdefiniować — można tylko myśleć np. o problemach polityki gospodarczej (wolnej gospodarce rynkowej, gospodarce sterowanej) i polityki zagranicznej, jak np. o problemie dozbrojenia Niemiec Zachodnich⁷⁶.

Z drugiej strony w sytuacji konfliktowej, jaką stwarza układ: „demokracja plebiscytna w państwie rządzone przez partie” — demokracja przedstawicielska, wyłania się dzisiaj tendencja do przesuwania punktu ciężkości w stronę tej ostatniej. Z tym wiąże się odchodzenie od konfliktowego i proceduralnego rozumienia demokracji, jakie reprezentuje jeszcze Leibholz i zastępowanie tegoż zobowiązaniem do działania na rzecz zakładanego dobra ogółu. Centralnym pojęciem tej koncepcji nie jest suwerenność narodu, „lecz urząd”⁷⁷. Dokładniejsze omówienie tego „antylebiscytowego” kierunku nie zmieściłoby się w ramach niniejszego artykułu, zostanie jednak uwzględnione w rozważaniach na temat konfliktu wywoływanego tak zwaną rotacją mandatu.

⁷⁵ W odniesieniu do krytyki tego orzecznictwa por. H. Ridder, *AK-GG*, uwaga 22 do art. 21 ust. 2.

⁷⁶ Leibholz, *Der Strukturwandel...*, s. 121.

⁷⁷ Hennis, *Amtsgedanke und Demokratiebegriff* (Pojmowanie urzędu i pojęcie demokracji), [w:] *Grundprobleme der Demokratie* (Zasadnicze problemy demokracji), wyd. Matz, Darmstadt 1973, s. 323 i n., s. 327; również M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre* (Wstęp do nauki o państwie), Reinbek k. Hamburga 1975, s. 241 i n.

IV

Panująca dzisiaj teoria stwierdza, że z interpretacji art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej wynika, jakoby zlecenia i instrukcje były nie tylko nieobowiązujące prawnie, lecz także zabronione⁷⁸. Sporna pozostaje tylko kwestia, przeciwko komu konkretnie zakaz ten jest skierowany: przeciwko partii, frakcji, wyborcom, związkom interesów i innym grupom społecznym czy może przeciwko każdemu⁷⁹? Panująca doktryna opiera się, ogólnie rzecz biorąc, na tezie Anschütza, mówiącej, że zlecenia i instrukcje są według § 134 BGB nieważne; stąd wnioskuje się następnie, że są one również niedopuszczalne.

Jak wykazano już wyżej, nieważności tej nie da się wyprowadzić z § 134 BGB, ponieważ odnośne postanowienie zakłada istnienie normy zakazującej, którą nie jest jednak art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej. Peter Badura⁸⁰ nawiązuje do tej tezy Gerharda Anschütza, gdy pisze, że jest niekonsekwencją wyprowadzać z § 134 BGB nieważność zleceń i instrukcji, a potem cofnąć się przed uznaniem ich również za niedopuszczalne i zabronione, ponieważ, jak już powiedziano, § 134 BGB zakłada istnienie zakazu ustawowego. Błąd w krytyce Badury polega na niewłaściwym rozumieniu wywodów Anschütza: Anschütz zakłada, że art. 21 Konstytucji Rzeszy Weimarskiej oraz

⁷⁸ Tak ujęte jest zagadnienie w wyd. 2 komentarza Hermanna von Mangoldta opracowanym przez Friedricha Kleina: H. von Mangoldt, F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz* (Bońska ustawa zasadnicza), wyd. 2, 1964, art. 38, s. 890; P. Badura, *BK-KG*, uwaga 51 do art. 38; Seifert, *Bundeswahlrecht...*, uwaga 41 do art. 38; von Münch, *op. cit.*, uwaga 41 do art. 38; Schmidt, Bleibtreu, Klein, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Komentarz do ustawy zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec), wyd. 6, 1983, uwaga 22 do art. 38. W komentarzach brak zdecydowanej krytyki, występuje ona tylko w poszczególnych artykułach: Hohm, Rautenberg, *Mandatsrotation und Grundgesetz* (Rotacja mandatów a ustawa zasadnicza), *NJW* 1984, s. 1657 i n., s. 1659 i n.; Bruha, Möllers, *Rotationsprinzip und Verfassung* (Zasada rotacji a konstytucja), „Juristische Arbeitsblätter” („Czasopismo Prawnicze”), 1985, s. 13 i n., s. 17; W. Möller, C. Pawlita, U. F. H. Rühl, F. Steinmeier, *Von der rechtlichen Bindungslosigkeit und der politischen Verantwortlichkeit des Abgeordneten* (O niezawisłości prawnej i odpowiedzialności politycznej deputowanego), *DuR* 1984, s. 367 i n.

⁷⁹ Por. też Badura, *BK-GG*, uwaga 59 do art. 38 (mniej skierowane przeciwko wyborcom niż przeciw „interesom zorganizowanym”); wg U. K. Preussa, *AK-GG* (uwaga 57 do art. 21 I), art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej dotyczy tylko wyborców w okręgu wyborczym, podczas gdy o ustosunkowaniu się do partii powinno decydować sumienie (art. 38 ust. 1 zdanie 2, II połowa zdania ustawy zasadniczej). Według H. P. Schneidera, *AK-GG* (uwaga 29 do art. 38), art. 38 ustęp 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej ochrania deputowanego przed „jakimkolwiek naciskiem”.

⁸⁰ Badura, *BK-GG*, uwaga 51 do art. 38.

art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej powinny być normą zakazu, Badura zaś wnioskuję z tego, że postanowienia te są również normą zakazu.

Wnioskowania z § 134 BGB o nieważności, niedopuszczalności oraz o zakazie udzielania zleceń i instrukcji nie da się logicznie uzasadnić. Niemniej jednak wniosek ten stanowi podstawę poglądu panującego w literaturze komentującej ustawę zasadniczą⁸¹. W ten sposób konflikt polityczny między deputowanym a jego partią bądź frakcją staje się problemem prawnym. Istnieje możliwość uznania nacisku, jaki wywiera partia na swych deputowanych, za sprzeczny z prawem. Trudno jednak znaleźć funkcjonujące w praktyce kryteria pozwalające odróżnić dopuszczalne wywieranie wpływu od zabronionego nacisku politycznego⁸². Przykładem w tej kwestii jest rozróżnienie dopuszczalnej dyscypliny frakcyjnej i zabronionego przymusu frakcyjnego. To, że w praktyce rozróżnienie takie nie jest łatwe, przyznają również ci, którzy się za nim opowiadają⁸³.

Seifert, zgodnie z panującą opinią, uważa formalny przymus frakcyjny, tzn. zobowiązywanie deputowanych do głosowania zgodnie z postanowieniami większości w ich partii za sprzeczny z konstytucją⁸⁴. To samo można by osiągnąć poprzez uznanie braku obowiązku takiego postanowienia. A poza tym zakaz przymusu frakcyjnego okazuje się również zbędny. Nie we wszystkich bowiem głosowaniach chodzi o pozyskanie wszystkich głosów i nie wszystkie kwestie poddawane pod głosowanie są aż tak ważne, że partia czuje się zmuszona stosować ten środek. Dlatego też w praktyce nie spotykamy się z przymusem frakcyjnym. Według Seiferta partii lub frakcji nie wolno — w przypadku niestosowania się do jej życzeń — wywierać nacisku na deputowanego ani pociągać go do odpowiedzialności, przy czym pozostaje kwestia otwartą, jak ma wyglądać owo pociąganie do odpowiedzialności, skoro Seifert uważa za możliwe wykluczenie z partii. Dyscyplina frakcyjna powinna być dopuszczalna i „stosowana” na podstawie postanowień frakcji, z zachowaniem wolności deputowanego, jeśli chodzi o ostateczne rozstrzygnięcie. Dopuszczalna powinna być również możliwość wykluczenia z frakcji i faktycznego wykonania takiej decyzji w przypadku, gdy zachodzą poważne rozbieżności o charakterze politycznym⁸⁵.

Ścisłe trzymanie się dosłownego brzmienia art. 38 ust. 1 zdania 2 ustawy zasadniczej uczyniłoby tego rodzaju rozróżnienie zbędnym.

⁸¹ Por. dane z przypisu 78.

⁸² Trachternach, DVBl. 1975, s. 85 i n.

⁸³ Badura, BK-GG, uwaga 59 do art. 38.

⁸⁴ Seifert, *Bundeswahlrecht...*, uwaga 41 do art. 38 ustawy zasadniczej.

⁸⁵ Tamże.

Poza tym odznacza się ono niepraktycznością. Zagadnienia te dyskutowane były ostatnio w związku z tzw. rotacją mandatu partii Zielonych. Według uchwały federalnego zgromadzenia delegatów partii „Zielonych” z dnia 16 stycznia 1983 r. deputowani Zielonych do Bundestagu będą wymieniani po upływie połowy okresu kadencji (2 lata), a ich miejsca zajmą następcy. Deputowani i następcy stanowią solidarnie pracującą wspólnotę biurową, grupę Zielonych w Bundestagu. Wymienieni deputowani przechodzą do wspólnoty biurowej i pozostają w ten sposób we frakcji (postępowanie rotacyjne). W literaturze prawniczej wielu autorów powołujących się na art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej uznało rotację mandatów za sprzeczną z konstytucją, ponieważ stanowi ona naruszenie zasady mandatu wolnego⁸⁶. Tylko nieliczne głosy, opierając się na dosłownym rozumieniu art. 38 ust. 2 zdania 2 ustawy zasadniczej, uznały rotację mandatów za nie budzącą wątpliwości z prawnokonstytucyjnego punktu widzenia⁸⁷, jako że deputowani nie są prawnie związani uchwałą partii. Dowodzono nawet, że również dobrowolna i z wewnętrznego przekonania wynikająca rezygnacja deputowanego jest sprzeczna z konstytucją, jeżeli u podłoża jej leżała uchwała rotacyjna partii, ponieważ decyzja ta powodowana była celem, który pozostaje w sprzeczności z konstytucją⁸⁸. Wyrażna

⁸⁶ Stober, *Grüne und Grundgesetz* (Partia Zielonych a ustawa zasadnicza), ZRP 1983, s. 209 i n.; Kasten, *Rotation contra Grundgesetz* (Rotacja kontra ustawa zasadnicza), NJW 1984, s. 2793 i n.; von Münch, *op. cit.*, uwaga 65 do art. 38; Maunz, Zippelius, *Deutsches Staatsrecht* (Niemieckie prawo państwowe), wyd. 25, München 1983, s. 381. Sprzeczność z konstytucją wywodzi się po części nie z mandatu wolnego, np. Bruha, Möllers, *op. cit.*, s. 18 i n.; Jung, *Das Rotationsprinzip der „Grünen“* (Zasada rotacji „Zielonych”), „Die öffentliche Verwaltung” („Administracja Publiczna”) 1984, s. 197 i n.

⁸⁷ F. Hase, *Die Grünen — eine verfassungsfeindliche Partei?* (Zieloni — partia wroga konstytucji?), ZRP 1984, s. 86 i n.; Hohm, Rautenberg, *op. cit.*, s. 1657 i n.; Möller, Pawlita, Rühl, Steinmeier, *op. cit.*, s. 367 i n. Trzeba tutaj dodać, że prezydent Bundestagu Jenninger (CDU), wbrew „panującym poglądom” w doktrynie prawa państwowego i wbrew zdaniu większości w swojej partii, nie zajął stanowiska wobec zastrzeżeń dotyczących rotacji mandatu a mających charakter prawnokonstytucyjny. Prezydent podziela wprawdzie, wraz ze swoją partią i z poszczególnymi członkami SPD, zastrzeżenia o charakterze polityczno-konstytucyjnym, ale wzbrania się przed zbadaniem motywacji deputowanych Partii Zielonych, którzy chcą zrealizować uchwałę swej partii dotyczącą rotacji: „W szczególności nie byłoby możliwe uznanie powodów rezygnacji w stosunku do jednego deputowanego, a w stosunku do innego nie, skoro zbędne było w ogóle uzasadnienie rotacji. Dociekania na temat motywów postępowania deputowanych lub komentowanie ich postępowania jest według orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego niedopuszczalne?” (cyt. za „Frankfurter Allgemeine Zeitung” z 4.3.1985, s. 4). Wydaje się, że CDU w Bundestagu, w odróżnieniu od frakcji większościowej CDU w Landtagu dolnosaksońskim, była gotowa tolerować rotację mandatów Zielonych.

⁸⁸ Kasten, NJW 1984, s. 2795, prawa szpalta.

jest tutaj ostateczna konsekwencja panującej teorii mandatu niezależnego: kontroli prawnej podlegają nie tylko uchwały partii i frakcji, lecz także postępowanie deputowanego. A jednak zarówno jedno, jak i drugie nie jest dopuszczalne; pierwsze oznacza naruszenie wolności statutu, programu i uchwał partii, drugie kłóci się z zasadą wolności sumienia deputowanego⁸⁹. U podstaw koncepcji zawartej w panującej dziś teorii mandatu wolnego leży dążenie do przesunięcia konfliktu między deputowanym a partią na płaszczyznę prawa. Pomija się przy tym okoliczność, że partia czy frakcja nigdy nie mogą prawnie zmusić deputowanego do podporządkowania się jej zarządzeniom. Dlatego też w wewnętrznej demokratycznej strukturze partii musi się pomieścić rozumienie mandatu wolnego jako faktycznej wolności i niezawisłości deputowanego wobec nacisku politycznego. A to nie da się znowu pogodzić z autonomią partii określoną w art. 21 ust. 1 ustawy zasadniczej. Stosownie do art. 21 ust. 1 zdania 3 ustawy zasadniczej⁹⁰ wewnętrzny ustrój partii musi odpowiadać zasadom demokratycznym. Kontrola spełnienia tego wymogu jest czystą formalnością, odbywa się przez zgłoszenie partii u kierownika wyborów do Bundestagu (*Bundeswahlleiter*), który sprawdza tylko, czy dana partia — stosownie do § 6 ust. 3 ustawy o partiach — posiada program i statut odpowiadające formalnym wymaganiom ustawy o partiach. Jedyną materialną kontrolą konstytucyjności danej partii jest postępowanie zakazujące według art. 21 ust. 2 ustawy zasadniczej, które podejmowane jest tylko wtedy, gdy partia w sposób agresywny zwalcza „ustrój wolnościowy i demokratyczny”⁹¹. Niezgodność z prawem w szczegółach nie wystarcza do podjęcia postępowania. Nie ma miejsca takie postępowanie, w którym państwo stwierdzałoby sprzeczność poszczególnych uchwał i punktów programu partii. Jeśli chodzi o sprawy wewnątrzpartyjne, to mogą one stać się przedmiotem sporu prawnego tylko wtedy, gdy członek partii odczuwa, że partia naruszyła jego prawa. Sprawa kontroli prawnej pozostawiona jest więc w najdalej idącej mierze indywidualnej inicjatywie członków partii⁹².

Trzeba też wspomnieć o tendencji do zwiększenia kontroli prawnej nad partiami, występującej w debatach dotyczących rotacji mandatu; tendencja ta zawarta jest w teorii Norberta Achterberga, mówiącej

⁸⁹ Na temat zagadnienia swobody programu por. D. Grimm, *op. cit.*, s. 336 i n.

⁹⁰ Patrz przyp. 52.

⁹¹ BVerfGE 5, 141.

⁹² Por. także Henke, *Das Recht der politischen Parteien...*, s. 59; Merle, *Kann die Erfüllung der Pflicht erzwungen werden, die das Parteiengesetz den Parteien auferlegt hat?* (Czy można wymusić wypełnienie obowiązku, jaki ustawa o partiach nałożyła na partie?), *DöV* 1968, s. 84 i n.; Möller, Pawlita, Rühl, Steinmeier, *op. cit.*, DuR 1984, s. 389 i n.

o „mandacie ograniczonym ramowo”⁹³. Teoria Achterberga opiera się na tezie Leibholza, mówiącej, że art. 21 ustawy zasadniczej i art. 38 ust. 1 zdanie 2 normuje dwie zasady ustawy zasadniczej, które nie dają się ze sobą pogodzić. Wychodzi on następnie z założenia, że zadaniem specjalisty w zakresie prawa państwowego jest „pogodzenie rzeczywistości konstytucyjnej z legalnością konstytucyjną”, jak również doprowadzenie do harmonii między tymi dwiema nie dającymi się pogodzić zasadami konstytucji⁹⁴. Chodzi o „wypośrodkowane rozwiązanie między mandatem całkowicie niezależnym a mandatem imperatywnym”⁹⁵. Punkt wyjścia stanowi tutaj znów stwierdzenie, że deputowany nie jest faktycznie wolny, lecz podlega różnorodnym zobowiązaniom i że chodzi tu o legalne zobowiązania, o jakich wspomina art. 21 ustawy zasadniczej. Achterberg proponuje też zastąpienie terminu „mandat wolny” terminem „mandat przedstawicielski”⁹⁶. Ale obok zobowiązań o charakterze partyjnym występują przecież zobowiązania innego rodzaju:

Tak dla sędziego, jak i deputowanego występują nie tylko nie dające się uchwycić związki przyczynowe, lecz także — co w tym kontekście jest ważniejsze — istniejące już uprzednio zespoły norm stanowiących konstytucję i normy niższej rangi — „ustawa i prawo” i one właśnie wytyczają takie ramy ograniczające⁹⁷.

Achterberg proponuje również zamknąć program partyjny w takich „obowiązujących ramach”⁹⁸. Uważa on, że jest to zgodne z art. 38 ust. 1 zdaniem 2 ustawy zasadniczej, ponieważ sądzi, że „zlecenia i instrukcje” dotyczą tylko aktów poszczególnych: są więc specyficznymi zleceniami i instrukcjami⁹⁹ i nie naruszają zobowiązań wobec programu partyjnego. Achterberg nie widzi żadnego problemu w tym, że postępowanie deputowanych powinno być określone zarówno przez programy partyjne, jak i ustawy, ponieważ także ustawa zasadnicza powołuje się w art. 2 ust. 1 na prawo moralne, a więc na źródło metaprawne:

Każdy ma prawo do wolnego rozwoju swej osobowości, o ile nie narusza praw innych i nie wykracza przeciw ustrojowi konstytucyjnemu lub prawu moralnemu.

⁹³ Achterberg, *op. cit.*, tenże, *Das Parlament im modernen Staat* (Parlament w państwie współczesnym), DVBl. 1974, s. 693 i n.; s. 706 i n.

⁹⁴ Achterberg, *Das rahmengebundene Mandat...*, s. 18.

⁹⁵ Achterberg, *Das Parlament in modernen...*, s. 707.

⁹⁶ Achterberg, *Der rahmengebundene Mandat...*, s. 17.

⁹⁷ Tamże, s. 18.

⁹⁸ Tamże.

⁹⁹ Tamże, s. 21 i n., s. 32 i n.

Zadziwia fakt, że proces tworzenia prawa w parlamencie ma być determinowany przez „źródło metaprawne”. Za podporę dla tej tezy służy powołanie się na „czystą naukę prawa” Hansa Kelsena, która także uznaje „możliwość autonomicznych, a więc również będących poza sferą prawa, determinant tworzenia prawa”¹⁰⁰. Achterberg nie dostrzega, że istniejące poza sferą prawa determinanty tworzenia prawa — których nikt nie neguje — nie stanowią właśnie dla deputowanego zobowiązania prawnego. A jest to zasadnicza różnica w stosunku do teorii Achterberga, mówiącej, że program partii określa postępowanie deputowanego.

Jeżeli art. 38 ust. 1 zdanie 2 dopuszcza ograniczony ramowo mandat w tym znaczeniu, że deputowany ma być związany prawnie programem partyjnym, to wynika z tego szereg problemów prawnych; ich rozstrzygnięcie pozostawia Achterberg ustawie o deputowanych, która miałaby być uchwalona¹⁰¹.

Ramy programu partyjnego nie mogą być zbyt wąskie, tzn. wypełnienie objętej ramami formy należy pozostawić deputowanemu. Deputowanego wiąże jedynie program partyjny z okresu przedwyborczego, nie dotyczą go zaś dokonane później zmiany. Ale szczególne znaczenie mają konsekwencje wykroczeń poza określone ramy; dla Achterberga istnieją w tych przypadkach dwie możliwości: konsekwencje dotyczące głosowania i konsekwencje dotyczące mandatu. W rachubę wchodzi nieważność lub sporność głosu, jeśli odbiega on od ram programu partyjnego. Sam Achterberg wypowiada się za uznaniem głosu za sporny. Uprawnienie do składania wniosku w tej sprawie powinno przysługiwać partiom; rozstrzygnięcie sporności powinno dokonywać się wewnątrz parlamentu¹⁰². Prawo podejmowania decyzji o utracie mandatu Achterberg przyznaje organom sprawującym kontrolę wyborów oraz Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu.

W związku z powyższym wynikają następujące problemy prawne: Czy program partii to tylko ramy, czy też niedopuszczalne wypełnienie ram? Należałoby w przepisach prawnych określić, z jakim stopniem dokładności wolno partii formułować swe cele w programie. Następnie zaistniałaby konieczność rozstrzygania, czy zachodzi odchylenie od programu partyjnego; to zaś oznacza wprowadzenie autentycznej interpretacji programu partii; według Achterberga miałaby ją przeprowadzać komisja działająca wewnątrz parlamentu (ewentualnie Rada Starszych). Co się tyczy sporności głosu, to przy każdym rozstrzygnięciu znikomą większością głosów zachodziłaby wątpliwość, czy to głoso-

¹⁰⁰ Tamże, s. 35 i n.

¹⁰¹ Tamże, s. 36 i n.

¹⁰² Tamże, s. 39 i n.

wanie należy uznać za sporne, czy też nie. W ten sposób zagrożona zostałaby w najwyższym stopniu w postępowaniu ustawodawczym pewność i jasność pod względem prawnym. Wychodząc z takich właśnie rozważań, ustawodawca w § 46 ust. 3 zdaniu 3 ustawy wyborczej do Bundestagu przewidział, że deputowany nie może wycofać rezygnacji z mandatu. Współdziałanie deputowanych w pracach ustawodawczych musi być jednoznacznie formalnie uregulowane. A ta jednoznaczność znikłaby na skutek sprawdzania prawomocności głosowania, obojętnie w jaki sposób miałyby się to odbywać. Przyznanie takich kompetencji kontrolnych w stosunku do partii i frakcji komisjom wewnątrzparlamentarnym organom kontroli wyborów czy Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu byłoby nie tylko utrudnieniem funkcjonalnym, lecz stanowiłoby również poważną ingerencję w sferę wolności programu i uchwał partii politycznych. Tym samym teoria Achterberga dotycząca mandatu związanego ramowo ściągająca na siebie te same zarzuty, co koncepcja komentująca art. 38 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej jako zakaz stosowania politycznego nacisku na deputowanych.

Fakt, że deputowany w szczególnie ważnych sprawach podlega takiemu naciskowi politycznemu, nie ulega wątpliwości. Cena, jaką płacić musi panująca teoria — podobnie jak i projekt Achterberga — za zapewnienie realnej niezależności deputowanych, jest zbyt wysoka. Mandat związany ramowo stwarza sytuację niepewności, tak dla deputowanych, jak i dla postępowania ustawodawczego prowadząc w ostateczności do ograniczeń autonomii partii w zakresie programu i wolności podejmowania uchwał. Wobec nacisku politycznego deputowany może się bronić występując przed ogółem partyjnym; otworem stoją też dla niego środki masowego przekazu. Natomiast na konflikty wynikające w procesie politycznych debat w łonie partii i frakcji nie ma opatentowanej recepty, którą można by włączyć do ustawy o deputowanych:

Dla działalności politycznej nie można stworzyć ochrony przy pomocy absolutnie skutecznych zabiegów; zaś polityk, który nie potrafi zdobyć sobie uznania, czy też nie jest gotów ponosić konsekwencji mogących wynikać z jego odrębnych przekonań, nie odpowiada typowi deputowanego, jaki przewiduje ustawa zasadnicza¹⁰³.

Thum. Zygmunt Soluch

¹⁰³ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Zarys prawa konstytucyjnego RFN), wyd. 12, Karlsruhe 1980, § 15 IV, s. 242.

Ulli F. H. Rühl

DAS „FREIE MANDAT" IM GRUNDGESETZ

Der Aufsatz skizziert die Entwicklung des Verständnisses des sogenannten „Freien Mandats" seit der deutschen Reichsverfassung von 1871 bis zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahre 1949. Das freie Mandat wurde zunächst in der Epoche des staatsrechtlichen Positivismus als Anordnung einer Rechtsfolge verstanden: Aufträge und Weisungen an die Abgeordneten sollen rechtlich unverbindlich sein. Die Tatsache, daß es Aufträge und Weisungen gibt, sowie deren Zulässigkeit wurde davon nicht berührt. Nach Ansätzen in der Weimarer Republik setzte sich dann in der Bundesrepublik Deutschland in der Verfassungsrechtslehre ein Verständnis durch, das im freien Mandat (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) ein Verbot von Aufträgen und Weisungen sah und dieses darüber hinaus als Schutz des Abgeordneten vor jeglichem politischen Druck interpretierte.

Es wird die These entwickelt, daß die ursprüngliche Interpretation der Positivisten dem Status des Abgeordneten in einer parlamentarischen Demokratie besser gerecht wird, eher deren Realität entspricht und die Rechtsanwendung kalkulierbarer und sicherer macht.