

## RECENZJE, NOTY, SPRAWOZDANIA

### Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment power*, Oksford 2017, ss. 334

1. Problemy dotyczące konstytucyjności poprawek konstytucyjnych (i co za tym idzie – dopuszczalności sądowej kontroli tych poprawek) budziły zainteresowanie doktryny już w okresie międzywojennym (by wspomnieć tylko Carla Schmitta), a ostatnio stały się przedmiotem wielu studiów w różnych systemach prawnych. Praca izraelskiego uczonego Yaniva Roznaia, nawiązująca do doktoratu obronionego w London School of Economics oraz badań prowadzonych w Herclijji i kilku ośrodkach amerykańskich, stanowi interesujące podsumowanie obecnego, bogatego już dorobku światowej doktryny. Zawiera zarazem interesujące propozycje teoretyczne, mogące stanowić punkt wyjścia dla dalszych przemyśleń i dyskusji, także na tle aktualnych zagrożeń dla polskiego konstytucjonalizmu.

Już w tym miejscu stwierdzić należy, że jest to praca wartościowa, oparta na szerokiej analizie doktryny i praktyki, a w swych wnioskach – erudycyjna i inspirująca. Bez wątpienia warta jest polecenia polskiemu czytelnikowi.

2. Rozważania o konstytucyjności poprawek konstytucyjnych mają sens oczywiście tylko przy założeniu, że między normami konstytucyjnymi istnieje wewnętrzna hierarchia, a więc poprawki konstytucyjne muszą pozostawać w zgodzie z pewnymi normami, zasadami czy wartościami o nadrzędnej mocy prawnej. Odpowiednio – Y. Roznai prowadzi swoje wywody w trzech wymiarach: deskryptywnym, teoretycznym oraz proceduralnym.

3. Punktem wyjścia staje się analiza tekstów konstytucyjnych (obejmująca wszystkie konstytucje świata i znajdująca interesujący wyraz także w końcowym aneksie<sup>1</sup>). Autor wskazuje, że z jednej strony rośnie liczba konstytucji, które w sposób wyraźny zawierają tzw. postanowienia niezmiennialne<sup>2</sup> (rozdział 1), a z drugiej strony – w wielu innych systemach konstytucyjnych sądy wypracowały różne koncepcje „implikowanej niezmiennialności”, dotyczącej „struktury” czy „identyczności” obowiązującej konstytucji (rozdział 2). Co więcej, zarysowują się koncepcje „zewnętrznej niezmiennialności”, nawiązujące do prawa natury, prawa narodów czy organizmów ponadnarodowych (rozdział 3). Tym samym problem dopuszczalnego zakresu poprawek konstytucyjnych nabrał dzisiaj w wielu krajach znaczenia praktycznego.

4. W wymiarze teoretycznym wymaga to zaktualizowania klasycznego rozróżnienia pomiędzy „władzą ustawodawczą” a „władzą ustrojodawczą”. Autor opowiada się za wydzieleniem odrębnej „władzy zmieniania konstytucji”<sup>3</sup> i najpierw (rozdział 4) analizuje istotę tej władzy, a następnie jej zakres (rozdział 5) oraz wewnętrzne zróżnicowania (rozdział 6). Nie siląc się na szersze przedstawienie tych wywodów, wystarczy wskazać cztery zasadnicze tezy.

Po pierwsze w ramach pojęcia „władzy ustrojodawczej” odróżnić należy ustrojodawcę „pierwotnego”, uosabiającego „suwerenność Narodu” czy „wolę ludu”. Takie umocowanie pozwala mu – w zasadzie bez ograniczeń prawnych – na decydowanie o treści i ujęciu nowej konstytucji (zob. jednak niżej, pkt 7).

Po drugie „pierwotny ustrojodawca” dysponuje wobec tego pełnią uznania, czy w sposób wyraźny nadać przymiot niezmiennialności niektórym normom, zasadom lub wartościom zapisanym w konstytucji. Zarazem jednak brak wyraźnego ustanowienia niezmiennialności nie musi być interpretowany *a contrario*. Każda bowiem konstytucja zbudowana jest

1 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 235–274.

2 Odnaleźć je bowiem można w dwustu dwunastu historycznych i aktualnych tekstach konstytucyjnych. Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 15.

3 Autor ogranicza swoje rozważania do instytucji poprawki konstytucyjnej, rozumianej jako formalny instrument wprowadzania zmian do pisanego tekstu obowiązującej konstytucji. Wskazuje zarazem, że ewolucja konstytucji przebiega też innymi drogami, a w praktyce wielu krajów rolę podstawową odgrywa sądowa interpretacja konstytucji.

wokół pewnych fundamentów tworzących jej istotę (tożsamość). Wzruszenie tych fundamentów jest równoznaczne ze zniszczeniem pierwotnie istniejącej konstytucji. Tym samym milczenie konstytucji nie pozbawia sądów mandatu do definiowania jej fundamentalnych zasad i do proklamowania ich „implikowanej niezmienności”. Autor określa to jako *foundational structuralism*, wynikający ze „strukturalnej interpretacji konstytucji jako spójnej jedności”<sup>4</sup>.

Po trzecie charakter odmienny ma „ustrojodawca wtórny”, który funkcjonując w ramach obowiązującej konstytucji, ma kompetencję do dokonywania jej zmian. Uchwalanie poprawek konstytucyjnych należy traktować nie tyle jako bezpośrednią realizację „woli suwerena”, ile raczej jako realizację mandatu udzielonego przez tegoż suwerena w momencie uchwalenia konstytucji. Kompetencja uchwalania poprawek ma charakter „władzy delegowanej”, czyli może być realizowana tylko w ramach tej delegacji i w sposób z tą delegacją zgodny. Poprawki (władza ich stanowienia) nie mają charakteru jednolitego. Różnorodność uregulowań konstytucyjnych oraz odmienności proceduralne (np. wymóg referendum) nadają poprawkom różny stopień legitymizmu (powiązania z „pierwotnym ustrojodawcą”). Odpowiednio – Autor odróżnia „ludowy” (*popular*) oraz „rządowy” (*governmental*) mechanizm stanowienia poprawek i wskazuje, że wtórny (delegowany) charakter poprawki rysuje się szczególnie wyraźnie w systemach, gdy pełni kompetencji do jej uchwalenia należy do aktualnych organów władzy politycznej<sup>5</sup>.

Po czwarte „wtórność” natury prawnej poprawek konstytucyjnych przesądza o ich usytuowaniu poniżej oryginalnej konstytucji w hierarchii obowiązującego prawa. Nie ma więc logicznych przeszkód dla kontrolowania, czy poprawka jest zgodna z konstytucją.

5. W wymiarze proceduralnym prowadzi to do poszukiwania mechanizmów badania tej zgodności – najpierw przez rozważanie ich

---

4 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, np. s. 215. Uniwersalizm tego podejścia ma znaczenie także dla interpretacji polskiej konstytucji, bo pozwala na wydobywanie implikowanej niezmienności jej podstawowych zasad. Należy przypomnieć, że koncepcja nienaruszalnej tożsamości konstytucji znalazła już pewne odzwierciedlenie w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym integracji europejskiej, więc możliwe byłoby nadanie jej szerszego zastosowania.

5 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 162 i n. oraz 209 i n.

teoretycznego umocowania (rozdział 7), a następnie przez analizę praktyki sądowej kontroli konstytucyjności poprawek (rozdział 8).

Autor wskazuje, że dominujący charakter ma akceptacja dla sądowych procedur badania konstytucyjności poprawek konstytucyjnych, w tym – materialnej zgodności poprawek z niezmiennymi postanowieniami (zasadami) obowiązującej konstytucji<sup>6</sup>. Przedstawia przy tym rozbudowaną argumentację na rzecz takiego rozwiązania<sup>7</sup>. Analiza praktyki sądowej prowadzi do wniosku, że zarzuty niekonstytucyjności poprawki były już wielokrotnie przedstawiane sądom konstytucyjnym (najwyższym) w różnych systemach prawnych. O ile jednak wiele sądów uznaje swoją właściwość do badania zgodności poprawek z – wyraźnymi bądź implikowanymi – postanowieniami (zasadami) o niezmiennym charakterze, to rzadko (by nie powiedzieć – tylko wyjątkowo) prowadzi to do uznania, że poprawka naruszyła konstytucję, więc pozbawiona jest mocy prawnej. Najsilniej zarysowało się to w praktyce Indii oraz Kolumbii (przy czym w obu krajach sądy stworzyły własną koncepcję „niezmienności implikowanej”) oraz – znacznie słabiej – Turcji. Inne sądy (w tym niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny) zachowują bardziej powściągliwe podejście, co jednak nie zmienia potencjalnego ich oddziaływania na decyzje władz politycznych.

Na tym tle Y. Roznai zdecydowanie broni swej „strukturalistycznej koncepcji”, wspierając właściwość sądów do kontroli poprawek także w sferze „niezmienności implikowanej”. Zarazem przedstawia interesującą wersję powściągliwej kontroli poprawek, preferując stosowanie technik interpretacyjnych, gdy sąd – potwierdzając zgodność poprawki z konstytucją – nadaje jej wykładnię korespondującą z wymaganiami konstytucyjnymi. Stwierdzenie niekonstytucyjności poprawki powinno następować w sytuacjach wyjątkowych, więc nie powinno mieć zastosowania wobec poprawek, które „wkraczają tylko w minimalnym stopniu w materię niezmienną”<sup>8</sup>. Intensywność kontroli powinna być przy tym inna w odniesieniu do „poprawek

---

6 Tym samym „w krajach, które odrzucają sądową kontrolę poprawek, niezmiennosc konstytucji ma jedynie deklaratoryjny charakter” – Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 209. Niemniej Autor wskazuje, że takie rozwiązanie występuje w niektórych rozwiniętych demokracjach, m.in. w Norwegii, Francji i Stanach Zjednoczonych.

7 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 186–196.

8 Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 218.

rządowych” (powinno tu się stosować „standard nieproporcjonalnego wkroczenia” w materii niezmiennalnej), a inna wobec „poprawek ludowych” (ich niekonstytucyjność może być stwierdzona tylko w razie „fundamentalnego odejścia” od postanowienia niezmiennalnego)<sup>9</sup>.

6. Ustalenia i konkluzje Autora zasługują, generalnie rzecz biorąc, na akceptację. Raz jeszcze podkreślić należy, że opierają się one na założeniu „wtórności” władzy uchwalania poprawek, a więc na ograniczającym ujęciu tej władzy. Jest to przekonujące zwłaszcza w systemach, gdzie uchwalanie poprawek pozostaje w gestii aktualnego parlamentu, a właściwie jedyną komplikacją proceduralną jest konieczność uzyskania większości kwalifikowanej. Trafnie wskazuje Y. Roznai, że może to prowadzić do nadużyć.

Prawda, że czysto parlamentarna procedura zmian konstytucji przyjęta jest w Niemczech, a doświadczenia tego kraju (także w okresach funkcjonowania tzw. Wielkiej Koalicji) nie dostarczają jaskrawych przykładów nadużywania instytucji poprawki. Nie ma tu potrzeby zastanawiania się, czy jest to wynikiem ogólnego stanu niemieckiej kultury konstytucyjnej, czy skutkiem istnienia „niezmiennalnych” postanowień konstytucyjnych, chronionych przez orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Przykład węgierski, znacznie bliższy naszej obecnej sytuacji, potwierdza bowiem, że większość parlamentarna nie waha się przed instrumentalnym wykorzystywaniem poprawek konstytucyjnych<sup>10</sup>. Nietrudno wyobrazić sobie podobne praktyki na tle polskiej Konstytucji<sup>11</sup>, bo postanowienia art. 235 nie są jasne i otwierają pole dla rozbieżnych interpretacji, zwłaszcza co do zakresu zastosowania procedury referendalnej<sup>12</sup>. Uzasadnione wydaje się więc akcentowanie „delegowanej” natury poprawek i – będących tego konsekwencją – materialnych i proceduralnych

---

9 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 221. Autor wskazuje, że ten standard jest stosowany przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (s. 221 i n.). Siłę tego argumentu osłabia jednak to, że niemiecka procedura uchwalania poprawek, wymagająca tylko odpowiedniej większości w obu izbach federalnego parlamentu, nadaje tym poprawkom charakter raczej „rządowy”, a zatem – według koncepcji Y. Roznaia – konieczne byłoby stosowanie bardziej wymagającego standardu.

10 Zob. rozróżnienie poprawek „petryfikacyjnych” i „nullifikacyjnych” w: L. Garlicki, *Niekonstytucyjność: formy, skutki, procedury*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 9, s. 14 i n. Podobnie: Y. Roznai, *Unconstitutional...*, np. s. 198–200.

11 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

12 Zob. L. Garlicki, *Niekonstytucyjność...*, s. 13 i n.

barier dla ich stanowienia. Konieczne też wydaje się uznanie kompetencji władzy sądowniczej do kontroli konstytucyjności poprawek konstytucyjnych, choć doświadczenie uczy, że degeneracja systemu konstytucyjnego zaczyna się od ubezwłasnowolnienia (przejęcia) sądu konstytucyjnego. Deformuje to mechanizm kontroli konstytucyjności i uwalnia twórców poprawek konstytucyjnych od wszelkich ograniczeń.

Nawet jednak gdy zniszczeniu ulegają instytucjonalne mechanizmy ochrony konstytucji, to nadal pozostaje pole dla ocen legalizmu i legitymizmu zmian dokonywanych w konstytucji. Oceny te znajdują pełniejsze i bardziej przekonujące umocowanie, gdy ich doktrynalną podstawą jest uznanie wtórnej (delegowanej) natury poprawki konstytucyjnej. Pozbawione podstaw okazuje się wówczas utożsamianie poprawek z przejawami woli „suwerena”, bo ingerencja w materię składające się na tożsamość obowiązującej konstytucji może nastąpić tylko poprzez działanie „pierwotnego” ustrojodawcy. Innymi słowy, konieczne staje się wówczas uchwalenie nowej konstytucji.

7. Powstaje jednak problem zakresu swobody „pierwotnego ustrojodawcy” w kształtowaniu treści nowej konstytucji. Klasyczne koncepcje władzy ustrojodawczej odrzucają wszelkie ograniczenia, wskazując, że ustrojodawca, ze swej istoty, „musi dysponować nieograniczoną kompetencją, w każdym razie w tym sensie, że nie może być związany normami i procedurami przewidzianymi przez wcześniejszą konstytucję”<sup>13</sup>. Trafnie zauważa Y. Roznai, że takie ujęcie jest oczywiście tylko w sytuacjach, gdy nowa konstytucja jest rezultatem całkowitego zerwania z przeszłością, więc jej umocowanie wynika z rewolucji, uzyskania niepodległości czy innej zasadniczej zmiany ustrojowej<sup>14</sup>. W wielu jednak przypadkach uchwalenie nowej konstytucji nie łączy się z przerwaniem ustrojowej ciągłości państwa. Wówczas proces tworzenia nowej konstytucji przebiega w ramach ustalonych już to przez odchodzącą konstytucję, już to przez regulacje szczególne przyjęte na jej podstawie. Innymi słowy, nawet „pierwotna władza ustrojodawcza nigdy nie ma całkowicie oryginalnego charakteru, a zawsze uwikłana jest w jakieś związki z przeszłością”<sup>15</sup>.

13 Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 109.

14 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 121.

15 Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 121–122.

Stwierdzenie to, nawet jeżeli ujęto je w zbyt absolutystyczną formę, jest niewątpliwie słuszne dla wszystkich sytuacji, gdy twórcy nowej konstytucji pragną zachować pozory ciągłości ustrojowej. Albo przyjmuje się bowiem wariant rewolucyjny, co pozwala na radykalne zerwanie z przeszłością, ale znacząco podnosi wymagania dla legitymizacji nowej władzy, albo wariant legalistyczny, co nie pozwala na proste odrzucenie starej konstytucji, zwłaszcza w aspekcie proceduralnym. W kontekście polskim uchwalenie nowej konstytucji nie wydaje się więc możliwe bez uprzedniego uregulowania – w procedurze zgodnej z obowiązującymi dziś przepisami – trybu przygotowania projektu, jego uchwalenia oraz referendalnego potwierdzenia.

Ograniczenia te mają przede wszystkim charakter proceduralny, nie stwarzają zaś przeszkody dla zawarcia w nowej konstytucji treści zasadniczo kontrastujących z „tożsamością” konstytucji poprzedniej. Taki jest często sens i cel uchwalania nowej konstytucji. Pozostaje zarazem pytanie, czy w aspekcie treściowym istnieją dzisiaj ograniczenia wymagające respektowania przez twórców nowej konstytucji.

Autor poświęca tym kwestiom odrębny rozdział, analizując najpierw odniesienia do „prawa natury”, a potem koncentrując się na wymaganiach narzucanych przez prawo międzynarodowe. Słusznie zauważa, że – wobec rozbieżnego stanowiska prawa konstytucyjnego i prawa międzynarodowego co do relacji między konstytucją a umowami międzynarodowymi – nie da się tutaj sformułować prostej odpowiedzi. W każdym razie wydaje się jednak sympatyzować z uznaniem wiążącego charakteru tych zasad prawa narodów, którym przypisać można walor *ius cogens*<sup>16</sup>. Trafnie wskazuje też, że może to mieć szczególne znaczenie w sferze międzynarodowych gwarancji praw człowieka<sup>17</sup>. Jeżeli zgodzić się z tym podejściem, to – nawet w odniesieniu do „pierwotnego ustrojodawcy” – zakazane byłoby przyjmowanie uregulowań konstytucyjnych kolidujących nie tylko z tak oczywistymi zasadami, jak zakaz stosowania tortur czy wprowadzania niewolnictwa, ale także z zakazem dyskryminacji opartej na kryterium rasy, narodowości, płci czy religii, zakazem arbitralnego pozbawiania życia czy rudymentami wolności wyrażania poglądów. W tej sferze zasady prawa międzynarodowego mają dynamiczny charakter. Powstaje też pytanie, w jakim stopniu

---

16 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 84.

17 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 85 i n.

rzutować to musi na sferę instytucjonalnej organizacji państwa, bo przecież zarówno uregulowania wyborcze, jak też gwarancje odrębności i niezależności sądownictwa mają bezpośredni związek z ochroną najbardziej podstawowych praw człowieka.

W kontekście europejskim konkluzje te ulegają zasadniczemu wzmocnieniu na tle zobowiązań wynikających z przynależności do organizacji integracyjnych: Rady Europy oraz Unii Europejskiej. Jest oczywiste, że – z tego punktu widzenia – swoboda krajowego ustrojodawcy (nie mówiąc już o ustawodawcy) jest istotnie ograniczona. Dotyczy to nie tylko regulacji o prawach człowieka, ale też szerokiego katalogu unormowań instytucjonalnych.

Zgodzić się należy z Autorem, że ograniczenia te nie przekładają się – w sferze prawa krajowego – na skutek nieważności czy nieskuteczności unormowań z nimi sprzecznych<sup>18</sup>. Stanowi to jakościową różnicę wobec relacji między konstytucją (jej niezmiennymi postanowieniami) a poprawką konstytucyjną. Ale naruszenie ograniczeń wynikających z prawa międzynarodowego czy ponadnarodowego może stanowić podstawę dla uznania, że poprawki konstytucyjne (a nawet rozwiązania nowej konstytucji) są pozbawione przymiotu legitymizacji, a ich wewnątrz krajowa legalność ma charakter czysto formalny. Może to stanowić umocowanie zarówno dla orzecznictwa sądów (krajowych i międzynarodowych), jak też dla różnych form cywilnego nieposłuszeństwa, ostatecznie znajdującego podsumowanie w koncepcji „prawa do oporu”<sup>19</sup>.

**Leszek Garlicki** – prof. dr hab., Katedra Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Warszawskiego, sędzia Trybunału Konstytucyjnego (1993–2001) i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (2002–2012)

## Bibliografia

Garlicki L., Garlicka A., *External review of constitutional amendments? International law as a norm of reference*, „Israel Law Review” 2011, nr 3.

Garlicki L., *Niekonstytucyjność: formy, skutki, procedury*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 9.

Roznai Y., *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment power*, Oksford 2017.

---

18 Zob. Y. Roznai, *Unconstitutional...*, s. 101.

19 Zob. L. Garlicki, A. Garlicka, *External review of constitutional amendments? International law as a norm of reference*, „Israel Law Review” 2011, nr 3, s. 343 i n.