MODELE POZAPARLAMENTARNEJ KONTROLI KONSTYTUCYJNOŚCI PRAWA**

MODELS OF EXTRA-PARLIAMENTARY CONSTITUTIONAL REVIEW OF LAW

The article presents models of extra-parliamentary constitutional review of law. The starting point is the methodological discussion of various concepts of the division and types of review, i.a. political vs judicial, strong vs weak, centralized vs decentralized. Most often the constitutional review of law is classified into American-type review (judicial review) and European-type review (review performed by constitutional courts). This dichotomous classification is often replaced with the categories of “dispersed review” and “concentrated review”, which is the most often classification, at the same time clearly expressing the features distinguishing the two review mechanisms. While the American model does not raise serious discussions, the European model — also referred to as Kelsenian or Austrian model — is controversial. It can be subclassified into original (pure) model and its various mutations, referred to as the mixed European model of the constitutional review of law, most often applied in practice. Moreover, other types of review are also applied in Europe, hence the French and the Scandinavian models are also sometimes distinguished. Regardless of the classification, all review models are now being homogenized. This means that the review is performed by the courts (concrete review is introduced), the protection of rights and freedoms of an individual is emphasized, and political consequences of constitutional review are becoming more significant, as a result of which the organ performing the constitutional review becomes a political, active authority within the state.

Słowa kluczowe: kontrola konstytucyjności, model amerykański, model europejski, *judicial review*, sąd konstytucyjny

Key words: constitutional review of law, American model, European model, judicial review, constitutional court

* **Prof. dr hab. Jarosław Szymanek**, Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie, Instytut Prawa, Administracji i Ekonomii, jaroslawszymanek@o2.pl

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Modele pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa są zawsze sprawą umowną. W zależności od przyjętych założeń, prezentowanych poglądów, akcentowania określonych cech, postrzegania konkretnych rozwiązań jako wzorcowe bądź nie, można je różnie ujmować. Stąd też w literaturze można spotkać dużą rozpiętość stanowisk *à propos* tego, ile istnieje wzorcowych rozwiązań (modeli) w zakresie ustanowienia pozaparlamentarnego mechanizmu kontroli konstytucyjności prawa. Kwestią dyskusyjną jest już samo podejście do zagadnienia rozumienia, a co za tym idzie, i podziału kontroli konstytucyjności, np. czy kontrolę taką ujmować w aspekcie instytucjonalnym (podmiotowym) czy też funkcjonalnym (przedmioto-

** Artykuł powstał w ramach realizacji projektu Narodowego Centrum Nauki „Sądownictwo konstytucyjne w państwach poradzieckich: między wzorcem państwa prawnego a jego lokalną aplikacją” (NCN Nr 2016/23/B/HS5/03648).

wym). W pierwszym przypadku kontrolę będą realizowały specjalnie w tym celu powołane organy, natomiast w drugim — to szczególnego rodzaju postępowanie, którego celem będzie ustalanie zgodności bądź niezgodności badanej normy z konstytucją. O ile więc w ujęciu instytucjonalnym kontrolą konstytucyjności będzie działalność szczególnego podmiotu, którego *ratio legis* jest dokonywanie takiej kontroli, o tyle w ujęciu funkcjonalnym będzie to specjalna procedura bez względu na to, jaki podmiot będzie ją ostatecznie prowadził¹. Z zaproponowanym ujęciem koresponduje, przynajmniej w jakimś sensie, podział na kontrolę typu *hard* i kontrolę typu *soft*. Pierwsza z tych kontroli to właściwa kontrola konstytucyjności prawa (*hard constitutional review*), polegająca na istnieniu organu i/lub procedury, w której dochodzi się kwestii konstytucyjności prawa. Z kolei druga to tzw. miękka, albo *semi*-kontrola konstytucyjności (*soft constitutional review*, względnie *quasi constitutional review*), w której nie ma ani instytucjonalnie, ani funkcjonalnie stworzonego reżimu kontroli, niemniej kontrola taka jest przeprowadzana *nolens volens* przy okazji zwykłych czy też normalnych mechanizmów kontroli (np. w Wielkiej Brytanii)².

Rozpiętość podejść do zagadnienia podziału, a w następnej kolejności jakiegoś modelowania pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności jest więc spora i próżno tu szukać wspólnego mianownika dla prezentowanych koncepcji. Autorzy są właściwie zgodni tylko w dwóch kwestiach. Po pierwsze w tym, że da się bez trudu wyodrębnić dwa podstawowe, ale zarazem niezmiernie ogólne modele kontroli konstytucyjności prawa (tj. model amerykański i model europejski) oraz — po drugie — że oba modele nie wyczerpują bynajmniej rozwiązań w zakresie instytucjonalizacji organów kontroli konstytucyjności i są raczej porządkującymi schematami ogólnymi niż szczegółową typologią³. Dotyczy to w szczególności tzw. modelu europejskiego, który jest do tego stopnia wewnątrznie zróżnicowany, że właściwie jego kluczową cechą identyfikującą jest zasadnicza opozycyjność względem modelu amerykańskiego i nic ponadto⁴. W jego obrębie istnieje bowiem wiele mniejszych rozwiązań, często dalece odmiennych i różniących się między sobą. Przy czym kwestią otwartą pozostaje to, czy te inne rozwiązania można określać mianem modelowych, czy też raczej należy na nie patrzeć jak na jakieś kombinacje czy wariacje dwóch uznanych za modelowe przypadków, względnie ich mniejsze lub większe zakwestionowanie. Jeśli uznaje się je za dostatecznie trwale odrębne rozwiązania, mające zarazem cechy wyrażnie endemiczne, to wówczas uznaje się też je, mimo wszystko, za osobne — inne od dwóch podstawowych modeli — warianty kontroli konstytucyjności prawa. Jeśli natomiast przyjmuje się, że są one zaledwie

¹ Confer B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Kraków 2004, s. 592.

² Confer M. Shapiro, *The Success of Judicial Review*, [w:] *Constitutional Dialogues in Comparative Perspectives*, red. S.J. Kenney, W.M. Reisinger, J.C. Reitz, New York 1999, s. 202.

³ Inne podziały są zdecydowanie rzadziej prezentowane, np. podział na kontrolę polityczną (*political control*) realizowaną przez organy nie mające cech sądu i na kontrolę sądową (*judicial control*), przy czym w ramach tej ostatniej znajdowały się również organy *quasi*-sądowe. Confer M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis 1971, s. 2.

⁴ Confer L. Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, [w:] *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, red. L. Henkin, A. Rosenthal, New York 1990, s. 38 i n.

jakaś mutacją, mniejszym bądź większym odstępstwem od nich, to wówczas raczej nie przyznaje im się cech modelu i postrzega jako swoistą podgrupę w jednym z dwóch modeli zasadniczych (tj. amerykańskim bądź europejskim).

Niezależnie od wszystkich sporów dualny podział na kontrolą typu amerykańskiego i europejskiego jest najbardziej rozpowszechniony (ale też i czytelny)⁵. Czasami stosuje się wobec niego inne określenia, np. model kontroli zdecentralizowanej bądź zdekoncentrowanej (w odniesieniu do modelu amerykańskiego) i model kontroli scentralizowanej lub skoncentrowanej (w odniesieniu do modelu europejskiego)⁶, niemniej niezależnie od jego nazwania uznaje się go za najbardziej klasyczny, ale też dobrze oddający specyfikę podejścia do kontroli konstytucyjności prawa, a co za tym idzie, oddający najważniejsze cechy odrębne obu rozwiązań modelowych. Zawsze też stanowi on punkt wyjścia konstruowania bardziej szczegółowych systematyzacji pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa (o ile oczywiście takowe się przeprowadza).

II. MODEL AMERYKAŃSKI

Historycznie pierwszym sposobem oceny zgodności prawa z konstytucją jest model amerykański (zdecentralizowany). Od europejskiego modelu odróżnia go jednak nie tylko pierwszeństwo ustanowienia, ale również to, że jest to model, który wykształcił się w drodze praktyki i dopiero później został włożony w „gorset” doktryny. Co więcej, obecnie jest to model pozbawiony wskazanych *expressis verbis* podstaw konstytucyjnych, co pozwala nazwać kontrolę amerykańską kontrolą dorozumianą, w przeciwieństwie do kontroli właściwej modelowi europejskiemu, czyli kontroli niedorozumianej, przewidzianej wprost przez przepisy rangi konstytucyjnej⁷. Model amerykański, uwzględniając tło jego powstania, może też być nazywany modelem pragmatycznym, w odróżnieniu modelu, jaki z czasem powstał w Europie, a jaki odznacza się wysokim stopniem idealizmu i teoretycznego doprecyzowania. W USA kontrola konstytucyjności prawa od początku nie była bowiem traktowana jako logiczny wniosek wywiedziony z konstytucji, lecz praktyczny warunek jej owocnego działania⁸. Wydaje się, że u podstaw diametralnych różnic obu sposobów zinstytucjonalizowania kontroli konstytucyjności prawa leżą, poza oczywiście szerszym kontekstem kulturowym, różnice w genezie ustanowienia obu rozwiązań modelowych. To one właśnie przełożyły się na wszystkie detale, które charakteryzują amerykański i europejski sposób kontroli konstytucyjności prawa.

⁵ Czasami, opierając się na tym podziale, wskazuje się kontrolę typu *judicial review* (kontrolę typu amerykańskiego) i kontrolę typu *constitutional courts* (właściwą dla modelu europejskiego). Confer A. Stone Sweet, *Constitutional Courts*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative constitutional Law*, red. M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford 2012, s. 816 i n.

⁶ Confer A. Chen, M. Poiars Maduro, *The Judiciary and Constitutional Review*, [w:] *Routledge Handbook of Constitutional Law*, red. M. Tushnet, T. Fleiner, Ch. Saunders, London–New York 2015, s. 97.

⁷ A. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative World*, New York 1989, s. 186. Niemniej wskazuje się, że model ten, choć dorozumiany i jedynie wyprowadzony z konstytucji USA, jest przez nią silnie autoryzowany. Confer M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham–Northampton 2014, s. 41.

⁸ R.M. Małajny, *Amerykański prezydencjalizm*, Warszawa 2012, s. 540.

Amerykański model kontroli konstytucyjności prawa (określany mianem *judicial review*, które to określenie stało się z czasem synonimem każdej pozaparlamentarnej formy oceny zgodności prawa z konstytucją) nie jest bynajmniej dziełem przypadku. Jego kanwą była specyficzna kultura prawna typu *common law* oraz związane z nią doświadczenia konstytucjonalizmu doby kolonialnej. W ich przypadku utartą praktyką był udział sądów powszechnych w kontroli norm prawnych, w tym także w ocenie zgodności z normami wyższego rzędu. W większości amerykańskich kolonii sądy uczestniczyły w procesach, w których oceniano m.in. zgodność norm prawnych z konstytucjami poszczególnych kolonii. Rozwiązanie takie uznawano przy tym za normalną i oczywistą praktykę, z jednej strony związaną integralnie z ideą *rule of law*, a z drugiej — z rolą prawotwórstwa sądowego właściwą dla *common law*⁹. Powstanie Unii nie zmieniło, co do zasady, tego stanu rzeczy. Kwestią sporną, ostatecznie rozstrzygniętą w słynnym orzeczeniu *Marbury v. Madison*, było tylko to, czy można przenieść wcześniejsze rozwiązania kolonialne na szczebel federacji, zwłaszcza gdy podstaw do takiego działania nie ma w konstytucji federalnej. Ostateczne rozstrzygnięcie tej sprawy na rzecz dopuszczalności kognicji sądów powszechnych w sprawach kontroli konstytucyjności, włącznie z Sądem Najwyższym USA, potwierdziło tylko wcześniejsze doświadczenia i transponowało na poziom federacji rozwiązania uznane za oczywiste w poszczególnych koloniach (a później stanach USA). Należy podkreślić, że orzeczenie *Marbury v. Madison*, będące kamieniem milowym rozwoju federalnej *judicial review*, było konsekwencją procesów rozwijanych już od dłuższego czasu¹⁰. Jego przyjęcie ułatwiło brak uregulowań konstytucyjnych w tej kwestii oraz doświadczenia kolonialne. Wskazuje się przy tym, że zwłaszcza ich brak w konstytucji nie mogło być tu wystarczającym argumentem przeciwko wprowadzeniu *judicial review* na poziomie federacji¹¹. Po pierwsze dlatego, że konstytucja USA zawierała inne przepisy, które w drodze twórczej wykładni mogły być podstawą do wyprowadzenia z niej kontroli konstytucyjności prawa¹², a po drugie, konstytucja USA powstawała w określonym tle społeczno-kulturowym, dla którego rola sądów w zakresie rozstrzygania kolizji norm była bezsporna (a wynikała z przypisywania niektórym prawom cech praw fundamentalnych¹³). Stąd orzeczenie z 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison* wpisywało się w amerykańską kulturę prawną, stanowiąc nawiąza-

⁹ Trzeba nadmienić, że w ramach idei *rule of law* wpisanej w amerykański *common law* obecna była idea przyznawania prymatu niektórym prawom, co z kolei korelowano nieodmiennie z systemem skutecznych gwarancji takich szczególnych praw. Confer M. Cappelletti, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis 1979, s. 16.

¹⁰ Confer P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007, s. 19 i n. Vide szerzej S. Kubas, *Judicial review: geneza i rozwój*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony*, red. P. Czarny i in., Kraków 2004, s. 127 i n.

¹¹ Confer A. Bryk, *The Origins of Constitutional Government. Higher Law and the Sources of Judicial Review*, Kraków 1999, s. 332 i n.

¹² Chodziło przy tym o dwa zasadnicze rozstrzygnięcia konstytucyjne, tzw. klauzulę supremacyjną z art. VI sekcji 1 (głoszącą, że „konstytucja USA [...] stanowi najwyższe prawo dla całego państwa”) oraz o właściwość władzy sądowniczej określoną w art. III sekcji 2 (gdzie wprost stwierdzono, że „władza sądowa rozciąga się na wszystkie kwestie prawne, które mogą się wyłonić w związku z treścią Konstytucji”).

¹³ Confer M. Cappelletti, *Comparative Constitutional Law...*, s. 16.

nie i rozwinięcie procedur znanych i praktykowanych już od dawna (szczególnie na poziomie kolonii). Sprzyjało to nie tylko temu, że rozstrzygnięcie to będzie *pro futuro* dobrze zrozumiane i wytłumaczone, ale również dlatego, że nie spotka się z ewentualnym oporem, który mógłby powstać w sytuacji, w której Sąd Najwyższy zaproponowałaby rozwiązanie będące jakimś zasadniczym novum. Nie deprecjonując więc orzeczenia zapadłego w 1803 r., należy zaznaczyć, że korespondowało ono z wcześniejszymi koncepcjami, które nie wzbudzały jakis rozbieżności czy dyskusji¹⁴. Waga tego rozstrzygnięcia była jednak wyjątkowa. Po pierwsze, dokonując wspomnianego rozstrzygnięcia Sąd wyłożył — po raz pierwszy — całą etiologię *judicial review* w stosunku do konstytucji federalnej, wskazując powody, dla których sądowa kontrola zgodności prawa z konstytucją jest nie tylko dozwolona, ale wręcz konieczna. Po drugie, definitywnie rozstrzygnął status konstytucji USA jako konstytucji, co wówczas nie było jeszcze takie oczywiste¹⁵, a co było podstawowym argumentem przemawiającym za *judicial review* stosowaną również wobec konstytucji federalnej (a nie tylko konstytucji stanowych).

Rozstrzygnięcie zapadłe w 1803 r. stworzyło w rezultacie ostateczny model amerykańskiej *judicial review*, który później był jedynie pootrzymywany, rozwijany i dopracowany w szczegółach¹⁶. Należy przy tej okazji wskazać, że tym wszystkim procesom związanym z konsolidacją *judicial review* towarzyszyły również, niekiedy ostre, spory o sądową kontrolę konstytucyjności prawa. Ich uczestnicy wskazywali bądź to niekonstytucyjność tej formy działania federacji, bądź to — zwłaszcza w późniejszym czasie — zbyt silną pozycję sądów, których wykładnia konstytucji uzyskała, wbrew ideom *the Funding Fathers*, pierwszeństwo przed wszystkimi innymi rodzajami wykładni, bądź to naruszenie równowagi między władzami i ustanowienie nieproporcjonalnie mocnej pozycji judykatury, bądź otwarte sprzeciwianie się idei demokracji i lansowanie w jej miejsce elitarystycznych koncepcji jurystokracji¹⁷.

¹⁴ Zwłaszcza, że to orzeczenie nie było pierwszym rozstrzygnięciem amerykańskiego Sądu Najwyższego w tej kwestii, choć pierwszym tak stanowczym, w którym Sąd uznał ustawę federalną za sprzeczną z konstytucją federalną. Sąd ten wypowiadał się o zgodności z konstytucją już w 1795 r., w sprawie *van Horne's Lessee v. Dorrance*, kiedy to po raz pierwszy uznał ustawę stanową za niezgodną z konstytucją. W 1796 r. i 1798 r. poruszał zagadnienie konstytucyjności ustaw w sprawach *Hylton v. United States* oraz *Hollingsworth v. Virginia*. We wszystkich tych sprawach Sąd Najwyższy podtrzymał ustawy kongresowe, mimo że zarzucano im niezgodność z konstytucją, stąd prosty wniosek, że właściwie od początku — mimo braku wyraźnej podstawy konstytucyjnej — uważał się za kompetentny w tej materii. *Vide* R.M. Małajny, *Amerykański prezydenccjalizm...*, s. 539.

¹⁵ Dość przypomnieć, że przez jakiś czas silne były — związane z nazwiskiem T. Jeffersona — ujęcia postrzegające w konstytucji USA rodzaj *sui generis* umowy międzynarodowej (co miała podkreślać m.in. procedura ratyfikacji konstytucji, jak i procedura rewizji postanowień amerykańskiej konstytucji). Na bazie sporu o konstytucyjność konstytucji USA wytworzył się dość szybko względnie trwały podział na federalistów i antyfederalistów. Waga orzeczenia z 1803 r. polegała m.in. właśnie na tym, że sędziowie Sądu Najwyższego zdecydowanie opowiedzieli się za traktowaniem konstytucji USA jako właśnie konstytucji, a nie np. specyficznego rodzaju umowy międzynarodowej.

¹⁶ Przy czym proces ten by mocno rozłożony w czasie, gdyż kolejne orzeczenie, które podtrzymało w pełnej rozciągłości wyrok *Marbury v. Madison* zapadło dopiero w 1867 r. w sprawie *Dred Scott v. Sandford*. Od tego czasu też sądowa kontrola o typie rozproszonym zaczęła być realizowana w praktyce.

¹⁷ *Confer* A. Lever, *Democracy and Judicial Review: Are They Really Incompatible?*, „Perspectives on Politics” 2009, nr 4, s. 805 i n. Na zagrożenie pojawienia się syndromu *gouvernement des juges*, w związku

Z tego punktu widzenia należy mieć na uwadze, że amerykański model kontroli konstytucyjności prawa stworzył nie tylko podstawy do ukształtowania innych rozwiązań w tym zakresie, ale również otworzył trwającą do dnia dzisiejszego dyskusję na temat pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa i konieczności stworzenia jej rozsądnej postaci, która godziłaby wymóg ochrony konstytucji z racjonalnością działania państwa i balansem między wszystkim organami (przy czym dyskusję tę zastrzyżło tylko ustanowienie alternatywnego, europejskiego modelu kontroli konstytucyjności). Amerykańska postać *judicial review* w tym właśnie zawiera swoją oryginalność i ustrojową doniosłość. Stworzyła ona nie tylko podstawy do ukształtowania się jej opozycyjnej wersji, jaką jest tzw. model europejski, ale również otworzyła trwającą do dnia dzisiejszego dyskusję na temat pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa i konieczności stworzenia jej optymalnej, pod każdym względem, postaci. Na marginesie należy dodać, że dyskusja ta obecnie się nasila¹⁸.

Judicial review zakłada kilka elementów, które ją charakteryzują. Pierwszym jest brak specjalnego organu, któremu na zasadzie wyłączności powierzona by była kognicja w sprawach zgodności prawa z konstytucją. W rezultacie, stosownie do dyspozycji art. III, sekcji 2 konstytucji USA „[...] władza sądowa rozciąga się na wszystkie kwestie prawne, które mogą się wyłonić w związku z treścią konstytucji”. Władzę sądową zgodnie z tym artykułem stanowią zaś „Sąd Najwyższy oraz sądy niższe, które Kongres będzie z biegiem czasu tworzyć”. W efekcie *judicial review* realizują wszystkie sądy, włącznie z Sądem Najwyższym, co spełnia kryterium zdekoncentrowanej (bądź rozproszonej) kontroli zgodności prawa z konstytucją. Ta cecha jest najbardziej charakterystyczna dla amerykańskiej wersji kontroli konstytucyjności prawa i mocno kontrastuje z jej europejskim odpowiednikiem. Należy podkreślić, że Sąd Najwyższy nie kumuluje bynajmniej funkcji orzekania w sprawach konstytucyjnych. Funkcję tę realizują wszystkie sądy powszechne, które podlegają naturalnemu nadzorowi judykacyjnemu ze strony Sądu Najwyższego, który tylko z tej racji (a więc jako sąd odwoławczy) bierze udział w rozstrzyganiu kwestii konstytucyjnych. Drugim elementem, który wyraźnie odróżnia *judicial review* od modelu *constitutional courts*¹⁹ jest konkretny charakter amerykańskiego procesu konstytucyjnego. Oznacza to, że kwestia ewentualnej wadliwości konstytucyjnej inkryminowanej normy może być podniesiona włącznie w momencie, kiedy dana norma ma być zastosowana. Właśnie ta okoliczność sięgnięcia po tę normę przez podmioty stosujące prawo (sądy) ma być powodem pojawienia się wątpliwości co do zgodności tej normy z prawem wyższego rzędu

z rozwojem sądownictwa konstytucyjnego, zwraca się też uwagę w literaturze francuskiej. *Confer* F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris 2011, s. 15.

¹⁸ Także w USA, gdzie coraz donośniej brzmią głosy zwolenników tzw. *popular constitutionalism*, którzy wskazują, że *judicial review* nie ma swoich konstytucyjnych, wyraźnych podstaw; w ciągu 200 lat swojego istnienia stała się mechanizmem wzmacniania pozycji władzy sądowniczej, przecząc tym samym idei podziału władzy. Ponadto wskazuje się, że władza sądownicza, tak silnie wzmocniona za sprawą kontroli konstytucyjności, nie ma demokratycznej legitymacji, gdyż sędziowie — jako jedyni w triadzie władz — nie pochodzą z powszechnej elekcji. *Vide* szerzej T. Wiecech, *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Kraków 2014, s. 141 i n.

¹⁹ Zgodnie z podziałem A. Stone Sweeta, *confer* A. Stone Sweet, *Constitutional Courts...*, s. 816.

i — co za tym idzie — uruchomienia mechanizmu kontrolnego. Innymi słowy, w systemie *judicial review* nie jest możliwe wszczęcie postępowania sprawdzającego, jeśli kwestionowana norma prawna nie ma być użyta w konkretnym, incydentalnym przypadku stosowania prawa. To bowiem akt stosowania prawa daje dopiero podstawę do tzw. ekscepcji procesowej, a więc postawienia zarzutu niekonstytucyjności danej normy (może to uczynić każda ze stron toczącego się postępowania sądowego). Trzecim elementem charakteryzującym model amerykański jest brak wyodrębnionej, dedykowanej specjalnie dla potrzeb procesu konstytucyjnego, procedury oceny zgodności prawa z konstytucją. Sąd, w typowych warunkach *common law*, działa w tym przypadku według ogólnych zasad, nie mając do dyspozycji jakichś wyjątkowych, zarezerwowanych dla tej procedury narzędzi. Wiąże się to z tym, że proces konstytucyjny jest — dla amerykańskiego procesu sądowego — zawsze wtórny i subsydiarny względem zasadniczego, głównego procesu sądowego, w ramach którego pojawiała się wątpliwość dotycząca konstytucyjności normy, którą sąd miałby zastosować w danym przypadku. Kiedy więc pojawi się wątpliwość, sąd zawiesza właściwy (główny) proces sądowy (np. karny czy cywilny) i rozstrzyga problem konstytucyjności zakwestionowanej normy, po czym dopiero po jego rozstrzygnięciu powraca do postępowania głównego, wydając orzeczenie z uwzględnieniem swojego stanowiska zajętego w subsydiarnym postępowaniu konstytucyjnym. Subsydiarność amerykańskiego postępowania w sprawie oceny zgodności z konstytucją kwestionowanej normy, wyraźnie kontrastująca z modelem europejskim, nie kończy bynajmniej listy cech wyróżniających *judicial review*. Kolejną, z prawnego punktu widzenia najważniejszą, jest względny skutek orzeczenia amerykańskiego sądu w przedmiocie niekonstytucyjności badanej normy prawnej. W wyniku rozstrzygnięcia zawisłej przed sądem kwestii konstrukcyjnej sąd stwierdza bądź to zgodność kwestionowanej normy z konstytucją, bądź też jej niezgodność. W tym pierwszym przypadku norma będzie stanowić podstawę wydania rozstrzygnięcia w toczącej się sprawie głównej (np. karnej bądź cywilnej), zawisłej przed sądem. W tym drugim przypadku sąd odmówi zastosowania niekonstytucyjnej normy i wyda rozstrzygnięcie, odwołując się do innej, najbliższej treściowo normy prawnej, która będzie stanowiła podstawę jego decyzji, natomiast normę wadliwą potraktuje jako nieistniejącą. Co istotne, skutek stwierdzania niekonstytucyjności będzie miał wyłącznie charakter *inter partes*, co oznacza, że będzie wiązał strony tego postępowania sądowego, w którym doszło do wszczęcia postępowania konstytucyjnego. W konsekwencji norma uznana za wadliwą, z punktu widzenia jej zgodności z konstytucją, nie będzie uchylona, co oznacza, że nadal będzie ona częścią systemu prawnego USA, a skutkiem uznania przez sąd jej niekonstytucyjności będzie jedynie incydentalne jej niezastosowanie przez ten sąd, który wcześniej uznał jej niekonstytucyjność (ewentualnie również przez inny sąd, który podtrzyma to stanowisko, uznając je za precedensowe, albo sam dojdzie do takiego samego wniosku). Oczywiście takie rozstrzygnięcie stanowi najpoważniejszy mankament amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa i głównie z uwagi na nie zaczęto poszukiwać innego, alternatywnego (w założeniu lepszego) sposobu ochrony konstytucji, przez który to

mechanizm rozumiano możliwość derogacji normy obciążonej wadliwością konstytucyjną (a nie tylko jej ewentualnego pominięcia). W amerykańskim modelu kontroli konstytucyjności prawa norma uznana za niekonstytucyjną pozostaje w dalszym ciągu częścią tamtejszego systemu prawnego, a sądy stwierdzające jej niezgodność z konstytucją odmawiają tylko jej zastosowania. Taki stan rzeczy wzbudza najwięcej kontrowersji: raz dlatego, że kłóci się z zasadą koherencji systemu prawnego (w którym dopuszcza się obowiązywanie norm niekonstytucyjnych); dwa dlatego, że nie eliminuje możliwości stosowania normy obciążonej wadą jej niekonstytucyjności (jeśli np. w danej sprawie żadna ze stron nie podniesienie zarzutu niekonstytucyjności); trzy dlatego, że nie gwarantuje spójności orzeczniczej sądów orzekających w sprawach konstytucyjności (które mogą zajmować różne stanowiska, oceniając tę samą normę); cztery dlatego, że brak spójności sądów może wywoływać ostateczny efekt różnego traktowania osób prawnych i fizycznych, które będą dochodziły swoich praw przed sądami. Należy jednak zaznaczyć, że w praktyce względny skutek orzeczenia o niekonstytucyjności normy w systemie *judicial review* nie generuje wcale poważniejszych problemów. Jest tak dlatego, że wynika on z samej etiologii ustanowienia amerykańskiej wersji kontroli konstytucyjności prawa oraz że dobrze amortyzują go elementy tamtejszej kultury prawnej i inne mechanizmy właściwe *common law*.

Jeśli chodzi o etiologię, to należy pamiętać o tym, że sama kontrola konstytucyjności nie jest wprost przewidziana w amerykańskiej konstytucji i że została ona jedynie wyprowadzona z jej przepisów. To oznacza, że sądy (włącznie z Sądem Najwyższym) mają kompetencję do oceny zgodności prawa z konstytucją, ale nie mają kompetencji do derogowania wadliwych norm prawnych, bo taka kompetencja, z uwagi na jej relewancję, nie może być w żadnym razie dorozumiana, ale musi być ustanowiona *expressis verbis*. Poza tym w amerykańskim prawie konstytucyjnym wskazuje się na restrykcyjną czy też ortodoksyjną zasadę podziału władz, która została w USA zaadaptowana, a to oznacza, że każda z wyodrębnionych władz ma swoje *imperium*, które w żadnym razie nie może zostać uszczuplone. W konsekwencji rolą sądów jest jedynie rozstrzyganie sporów prawnych (i to realizuje *judicial review*), natomiast nie jest ich rolą decydowanie o tym, co prawem jest, a co nim nie jest (to bowiem znajduje się w wyłącznej gestii Kongresu jako władzy ustawodawczej). Amerykańskie sądy, rozstrzygając na ogólnych zasadach spory prawne, mogą więc badać zgodność prawa z konstytucją, natomiast nie mogą wchodzić w kompetencje legislatywy, a tą jest m.in. derogacja normy prawnej stanowiąca *actus contrarius* jej ustanowienia. Natomiast jeśli chodzi o element kultury *common law*, które zabezpieczają przed problemami wynikającym ze względnego charakteru orzeczenia w sprawie niekonstytucyjności, to należy wskazać rolę precedensu, który dobrze zabezpiecza przed rozbieżnością orzeczniczą amerykańskich sądów (zwłaszcza w sprawach konstytucyjnych) oraz nadzór judykacyjny realizowany przez sądy wyższej instancji na czele z Sądem Najwyższym. Zwłaszcza w tym ostatnim przypadku istnieje pewność, że orzeczenie Sądu Najwyższego podtrzymujące niekonstytucyjność inkryminowanej normy, mimo że *de lege lata* ciągle wywołujące skutek *inter partes*, w praktyce będzie respek-

towane przez wszystkie sądy, co *de facto* jest gwarancją zaprzestania stosowania normy, wobec której orzekł on niekonstytucyjność.

Amerykański model kontroli konstytucyjności prawa jest, jak widać, specyficzny²⁰. To co w największym stopniu go definiuje to praktyczny realizm i pragmatyzm. Został on wyprowadzony z przepisów konstytucji i ustanowiony w swoistych widelkach, jakie w konstytucji pozostawiono między określeniem roli sądów a klauzulą supremacji. *Judicial review* wypełniło to miejsce poprzez przyznanie sądom powszechnym prawa badania zgodności prawa z konstytucją i — w razie czego — możliwości odmówienia zastosowania prawa, które wchodziłoby w konflikt z konstytucją bez możliwości podejmowania działań dalej idących. Tym sposobem amerykańska wersja kontroli konstytucyjności prawa spełnia kryteria minimalistyczne (powierzając tę kontrolę sądom powszechnym przy braku możliwości derogacji przepisów uznanych za niekonstytucyjne), a zarazem maksymalistycznie interpretuje konstytucję, znajdując w niej miejsce na ustanowienie *judicial review* bez konieczności literalnej zmiany treści konstytucji. W tym właśnie przejawia się pragmatyzm amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa²¹.

III. MODEL EUROPEJSKI I JEGO WARIANTY

W opozycji do pragmatycznego amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa, powstałego w wyniku praktyki, zaistniał tzw. model europejski. Należy podkreślić, że model ten jest nie tylko różnie określony (*vide* model austriacki, model sądu konstytucyjnego, model scentralizowany, model Kelsenowski), ale również jest on różnie sytuowany. Czasami modelem tym obejmuje się wszystkie inne niż *judicial review* sposoby kontroli konstytucyjności prawa. Innym razem jest on utożsamiany z modelem, w którym działają sądy konstytucyjne, względnie organy do nich — mniej lub bardziej — podobne. Pod pojęciem modelu europejskiego rozumie się niekiedy bardzo wąski model kontroli w kształcie zaproponowanym swego czasu przez Hansa Kelsena, a praktycznie zaaplikowanym w austriackiej konstytucji z 1920 r. (stąd nazywa się go czasami modelem Kelsenowskim albo austriackim). Widać z tego, że samo pojęcie modelu europejskiego jest dyskusyjne, tym bardziej więc dyskusyjne muszą być jego poszczególne cechy definicyjne. W gruncie rzeczy kwestią nie budzącą sporów jest tylko to, że model ten ukształtował się w całkowitej opozycji do *judicial review*. Wspomniana opozycja dotyczy przy tym zarówno poszczególnych elementów identyfikujących ten model, jak i sposobu jego powstania. O ile bowiem model amerykański powstał w praktyce, o tyle model europejski — nie wnikając w to, co się przez niego rozumie — jest wytworem teorii, która dopiero po jakimś czasie została

²⁰ Specyfice tej nie przeszkadzały jednak recepcje tego modelu i to nie tylko w państwach o kulturze *common law*, gdzie tego rodzaju zabiegi były z pewnością łatwiejsze, ale również w państwach o kulturze prawa stanowionego. Szczególnie nasilona była recepcja *judicial review* w Ameryce Łacińskiej w XIX w. *Confer* M. Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris 2013, s. 19, 20.

²¹ Czasami wskazuje się, że ten model kontroli jest maksymalnym wykorzystaniem potencjału, jaki stworzyła amerykańska, ortodoksyjna wersja podziału władzy. *Confer* A. Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, „Harvard Law Review” 2002, t. 116, s. 121 i n.

praktycznie zweryfikowana (i doprowadziła do korekt tego systemu, przez co ma on dzisiaj tak bardzo heterogeniczną postać).

Należy jednak podkreślić, że opozycyjność wobec modelu amerykańskiego nie oznacza bynajmniej, że w Europie konstruowano system kontroli konstytucyjności norm, biorąc pod uwagę jego amerykańską wersję. Powstała w rezultacie opozycyjność była raczej skutkiem odmienności kultur prawnych między USA a kontynentalną Europą, a nie tego, że *judicial review* traktowano jako punkt wyjścia stworzenia innego modelu²². Dowodzą tego najlepiej pierwsze, nieśmiałe jeszcze projekty aranżacji mechanizmów kontroli konstytucyjności prawa, jakie pojawiły się we Francji, a jakie poprzedzały słynne orzeczenie *Marbury v. Madison*. Niewątpliwie chronologicznie pierwszym był sąd konstytucyjny (*jury constitutionnaire*) zasugerowany przez Emmanuela Josepha Sieyès²³. Zaproponowany przez niego organ był oddzielnym i samodzielnym organem państwa oceniającym zgodność ustaw z konstytucją na zasadzie wyłączności, wyposażonym dodatkowo w atrybuty władzy ustrojodawczej (sąd miał bowiem co jakiś czas, biorąc pod uwagę swoje decyzje w przedmiocie konstytucyjności, formułować propozycje zmiany konstytucji, tak aby w pełni gwarantować jej koherentność). Zasadnicza postać Sieyèsowskiego sądu konstytucyjnego (organu, który na zasadzie wyłączności miał oceniać konstytucyjność norm) utrzymała się do dziś, będąc zarazem jednym z głównych elementów charakteryzujących europejski model kontroli norm prawnych. Należy podkreślić, że pomysł Sieyès²⁴ był nie tylko pierwszym w ogóle pomysłem na jakąkolwiek pozaparlamentarną weryfikację ustawodawstwa²⁴, ale także pomysłem, który wskazywał na istotne kwestie, jakie ewokuje działalność sądu konstytucyjnego, a jakie wiążą się z jego w dużej mierze politycznym profilem oraz aktywnością wchodzącą w zakres władzy ustrojodawczej. E.-J. Sieyès był świadomy tego, że kontrola ustawodawstwa nie jest typową działalnością sądową (stąd organ, który proponował utworzyć, nazwał *jury* a nie *cour*), że jest to działalność po części przynajmniej polityczna, a już na pewno wywiera polityczne skutki, i że plasuje się — w gruncie rzeczy — pomiędzy władzami, gdyż ma cechy sądu, dotyczy legislacji, a w swoich konsekwencjach interferuje na konstytucję, czyli ustrojodawstwo, zmieniając konstytucję (przynajmniej w drodze wykładni).

²² Chociaż, poczynając od XIX w., amerykańska praktyka *judicial review* była oglądana i oceniana w Europie, np. we Francji, w której nawet postulowano przeniesienie modelu amerykańskiego. *Vide* szerzej A. Laquieze, *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^e siècle*, [w:] *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e–XX^e siècle*, red. D. Chagnollaude, Paris 2003, s. 96 i n.

²³ *Confer* J. Szymanek, *Emmanuel-Joseph Sieyès, O sądzie konstytucyjnym: tezy projektu ustawy przedstawionego przez Emmanuela-Josepha Sieyès²³ podczas obrad Konwencji w dniu 18 Thermidora roku III* (tłumaczenie, opracowanie i komentarz), „Studia Prawnicze KUL” 2016, nr 2, s. 193 i n.

²⁴ Oczywiście pomijając doświadczenia amerykańskich kolonii, gdzie jednak — co też należy podkreślić — kontroli takiej nie traktowano jako jakiejś zupełnie nowej sfery aktywności państwa, co raczej integralną część działalności sądów i typową dla kultury *common law* hierarchę prawa. Wypada zaznaczyć, że władzę kolonialnych sądów do kontroli norm wyprowadzono z prawa natury i naturalnego prawa do nieposłuszeństwa wobec złych praw, przez które rozumiano m.in. prawa, jakie naruszają prawo wyższe. *Confer* M. Cappelletti, *Judicial Review...*, s. 46 i n.

Koncepcja sądu konstytucyjnego Sieyès'a nigdy nie doczekała się realizacji. Pozostała jednak świadectwem myśli europejskiej, która rozwijała się niekoniecznie jako prosta odpowiedź na amerykańską wersję pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa.

Drugim projektem europejskim, który miał na celu ustanowienie mechanizmu kontroli konstytucyjności był pomysł Georga Jellinka. Powstał on bez mała 100 lat po tym, jak swoją wizję sądu konstytucyjnego przedstawił Sieyès. G. Jellinek wyszedł od — jego zdaniem — niemożności powierzenia sądom powszechnym prawa oceny zgodności ustaw z konstytucją. Amerykańską *judicial review* postrzegał jako procedurę z gruntu złą, zagrażającą stabilności porządku prawnego, w jakiejś mierze nieskuteczną, gdyż nie prowadzącą w ostateczności do uchylania normy uznanej za niezgodną z konstytucją. *Judicial review* w opinii Jellinka usprawniała mechanizm stosowania prawa, ale nie ingerowała w mechanizm jego stanowienia, co ją poważnie dyskredytowało, a to z tej racji, że niekonstytucyjność to efekt stanowienia prawa, a nie jego stosowania. Niezastosowanie niekonstytucyjnej normy nie eliminuje więc zasadniczego problemu, jakim jest obowiązywanie normy naruszającej wertykalną zależność i wzajemne wynikanie jednej normy z drugiej. Jellinek wskazywał jednocześnie, jako bodajże pierwszy, ścisły związek kontroli konstytucyjności prawa z ograniczeniem władzy parlamentu, a zarazem z mechanizmem ochrony mniejszości (które to elementy były zupełnie nieobecne w amerykańskiej dyskusji o *judicial review*). Twierdził, że sensem kontroli konstytucyjności ma być ochrona *status quo*, a przede wszystkim realizacja idei ustroju umiarkowanego. Ostatecznie G. Jellinek w 1885 r. zaproponował powołanie do życia trybunału konstytucyjnego (*Verfassungsgerichtshof*). Taki trybunał miał działać wyłącznie w trybie prewencyjnym (kontrola uprzednia) z inicjatywy mniejszości parlamentarnej (grupy posłów), która przed wejściem kontrowersyjnego prawa w życie mogła wnieść o jego zbadanie pod kątem zgodności z konstytucją. Jellinek nie ukrywał słabych stron takiej kontroli, wskazując m.in. na polityczność trybunału oraz na brak mechanizmu kontroli kontrolującego, co wyraził lapidarną ideą *quis custodiet custodes ipsos*²⁵.

Oba projekty, dzielące niemalże 100 lat, sporo różni. *Jury constitutionnaire* Sieyès'a miało działać w trybie represyjnym (następczym), wykazywało też cechy władzy ustawodawczej. *Verfassungsgerichtshof* Jellinka pomyślany był jako organ kontroli prewencyjnej, wszczynanej na wniosek mniejszości parlamentarnej, a w swojej działalności orzeczniczej miał być zbliżony do sądu, choć właściwym sądem nie był (a prewencyjność oceny sugerowała traktowanie go bardziej w charakterze organu stanowienia prawa, a nie jego stosowania). Niemniej oba podmioty miały też cechy wspólne, w tym przede wszystkim to, że w zakresie kontroli konstytucyjności miały być organami bezkonkurencyjnymi, na zasadzie wyłączności powołanymi do realizacji zadań ochrony konstytucji z jednoczesnym wyłączaniem w tym względzie kognicji innych organów,

²⁵ Confer A. Dziadzio, *Idea Trybunału Konstytucyjnego Georga Jellinka*, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska, Europa, Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli, Kraków 2013, s. 180 i n.

a zwłaszcza sądów. Kształtujący się powoli europejski model czy też sposób ochrony konstytucji zaczynał mieć więc pewne stałe, powtarzalne cechy. Cechy te podtrzymał finalny twórca tzw. modelu europejskiego, czyli Hans Kelsen²⁶. Ten austriacki teoretyk państwa i prawa stworzył najbardziej dojrzałą koncepcję sądu konstytucyjnego jako organu powołanego do kontroli konstytucyjności prawa. W dużym stopniu koncepcję tę definiuje się jako antonim cech identyfikujących amerykańską *judicial review*. Dlatego — między innymi — właśnie europejski model traktuje się jako opozycję modelu amerykańskiego, co nie uwzględnia jednak jego genezy i tego, że kształtował się on — w dużym stopniu — zupełnie niezależnie do rozwiązań amerykańskich.

Europejski czy też — jak czasami się mówi — Kelsenowski model kontroli konstytucyjności prawa to przede wszystkim model kontroli scentralizowanej (skoncentrowanej). Przewiduje on, że istnieje tylko jeden centralny organ państwa, któremu na zasadzie wyłączności powierza się rozstrzyganie kwestii zgodności prawa z konstytucją. Organ taki nazywa się najczęściej sądem konstytucyjnym bądź trybunałem konstytucyjnym, przy czym mimo nazwy nie jest on kwalifikowany jako organ władzy sądowniczej i postawiony jest w poprzek tradycyjnego trójpodziału władz, chociaż z sądami łączy go zwłaszcza przymiot odrębności i niezależności działania, który ma gwarantować rzetelne wykonywanie jego zadań. Należy zaznaczyć, że obecnie często przez europejski model kontroli konstytucyjności rozumie się model kontroli scentralizowanej, niezależnie od wszystkich innych elementów, które nie muszą być wcale zgodne z kanonem sądu konstytucyjnego, jaki obmyślił H. Kelsen. Stąd bierze się rozpiętość stanowisk odnośnie do tego, jak właściwie należy rozumieć samo pojęcie europejskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa²⁷. Odrębność sądu konstytucyjnego od wszystkich innych organów państwa, a zarazem jego wyłączność w orzekaniu w przedmiocie konstytucyjności prawa jest też często uznawana za zasadniczą cechę rozpoznawczą modelu europejskiego, bez względu na wszystkie pozostałe jego właściwości²⁸, nawet jeśli są one relewantne. To m.in. powoduje, że tzw. model europejski jest tak rozciągliwie traktowany, tzn. od wąskiego pomysłu Kelsena, aż po każdy rodzaj kontroli, o ile jest ona scedowana na jeden wyodrębniony organ państwa. Z elementem tym, co należy podkreślić, wiąże się również traktowanie kontroli europejskiej jako kontroli zdecydowanie bardziej politycznej. Skoro wyodrębniony przez Kelsena organ kontrolny nie jest właściwym sądem ani częścią wymiaru sprawiedliwości w jego nawet najbardziej szerokim rozumieniu, to kontrola realizowana przez taki organ — siłą rzeczy — musi mieć charakter bardziej polityczny²⁹.

Drugim elementem charakteryzującym model europejski jest abstrakcyjny charakter kontroli dokonywanej przez sąd (trybunał) konstytucyjny. O ile bowiem w mode-

²⁶ Vide szerzej H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, Warszawa 2009, *passim*.

²⁷ Confer A. Stone Sweet, *Constitutional Courts...*, s. 816 i n.

²⁸ Confer F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris 2005, s. 152; A. Stone Sweet *Constitutional Dialogues: Protecting Human Rights in France, Germany, Italy and Spain*, [w:] *Constitutional Dialogues in Comparative Perspectives...*, s. 10.

²⁹ L. Favoreu, *Constitutional Review in Europe...*, s. 56. Confer M. Tushnet, *Advanced Introduction...*, s. 49.

lu *judicial review* uruchomienie postępowania w przedmiocie oceny zgodności prawa z konstytucją może być ewokowane wyłącznie incydentalną sprawą, czyli konkretnym przypadkiem zastosowania normy, która wzbudza wątpliwości natury konstytucyjnej, o tyle w modelu europejskim proces kontroli konstytucyjnej jest oderwany od konkretnych przypadków zastosowania prawa (np. w procesie sądowym, w którym dana norma ma być podstawą orzeczenia). Abstrakcyjność kontroli na gruncie europejskim oznacza wobec tego, że określone podmioty (z reguły dość wąsko wskazane) mogą wszcząć postępowanie sprawdzające przed sądem konstytucyjnym bez względu na okoliczności stosowania normy w obrocie prawnym. Inaczej mówiąc, powodem uruchomienia postępowania sprawdzającego nie jest incydentalny przypadek zastosowania normy, tylko przekonanie podmiotu skarżącego, że norma prawna może być obciążona zarzutem niekonstytucyjności. Istotą kontroli abstrakcyjnej jest więc jej „oderwanie od konkretnych przypadków stosowania prawa”³⁰.

Abstrakcyjność kontroli sprawowanej przez europejskie organy orzecznictwa konstytucyjnego ewokowała kolejną, trzecią cechę rozpoznawczą modelu europejskiego, jaką jest główny czy też podstawowy charakter europejskiego procesu konstytucyjnego. Postępowanie toczne przed sądem, względnie innym centralnym organem ochrony konstytucji nie jest bowiem — jak w modelu amerykańskim — wtórnym i subsydiarnym postępowaniem, ale postępowaniem zasadniczym, dla prowadzenia którego dany organ został w ogóle ustanowiony. Zazwyczaj też toczy się ono w wysoce sformalizowanej, szczegółowo określonej procedurze, która w wielu miejscach jest paralełą właściwego postępowania sądowego. Główny czy też podstawowy charakter postępowania konstytucyjnego, toczonego przed organem orzecznictwa konstytucyjnego, jest naturalną konsekwencją centralizacji europejskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa oraz jej abstrakcyjnego — uwolnionego od konkretnych okoliczności stosowania inkryminowanej normy — charakteru. Jego skutkiem jest wydanie wiążącego stanowiska sądu (trybunału) konstytucyjnego w przedmiocie zgodności albo niezgodności badanej normy z konstytucją, co kończy postępowanie³¹.

Z ustrojowego punktu widzenia najważniejszym elementem europejskiego modelu ochrony konstytucji jest bezwzględny skutek rozstrzygnięcia organu orzecznictwa konstytucyjnego. Rozstrzygnięcie sądu czy trybunału konstytucyjnego ma skutek *erga omnes*, a więc dotyczy wszystkich (a nie, jak w modelu amerykańskim, jedynie stron toczącego się przed sądem postępowania konstytucyjnego). W przypadku orzeczenia afirmatywnego, stwierdzającego zgodność badanej normy z konstytucją, stan prawny nie ulega zmianie. Badana norma nadal obowiązuje i wywołuje analogiczne skutki prawne jak przed uruchomieniem postępowania kontrolnego (przy czym samo wszczęcie postępowania nie zmienia jej stanu prawnego z uwagi na chroniącą ją zasadę domniemania zgodności z konstytucją³²). Orzeczenie negatywne wywołuje nato-

³⁰ L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 40.

³¹ Confer A. Stone Sweet, *Constitutional Dialogues...*, s. 10.

³² Zasada taka obowiązuje również w modelu *judicial review*; vide szerzej T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2016, *passim*.

miast daleko idące konsekwencje prawne, bez wnikania w możliwe rozwiązania szczegółowe³³, gdyż oznacza uchylenie wadliwej normy, a więc jej wyeliminowanie z systemu obowiązującego prawa ze skutkiem *erga omnes*³⁴. Uznanie inkryminowanej normy za wadliwą powoduje w modelu europejskim jej derogację, co w opinii Kelsena gwarantowało dopiero w pełni czystą teorię prawa, w której nie było miejsca dla obowiązywania norm wadliwych, czyli takich, które naruszają — formalnie lub materialnie — normy usytuowane wyżej w hierarchicznie zbudowanym systemie norm³⁵. Dopiero taki efekt działania pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa przynosi rzeczywisty, a przede wszystkim oczekiwany skutek. Jest nim wyprowadzenie z systemu norm takiej normy, która uraga zasadom koherencji i hierarchicznej konstrukcji źródeł prawa. Jednocześnie efekt ten w największym stopniu redefiniuje pozycję organu orzecznictwa konstytucyjnego. Nie jest on bowiem typowym sądem czy też innym organem władzy sądowniczej, choć niewątpliwie ma niektóre atrybuty tej władzy (np. niezależność). Nie jest on również, na co zwracał szczególną uwagę H. Kelsen, władzą ustawodawczą, choć skutek orzeczenia stwierdzającego wadliwość normy ma *par excellence* ustawodawczy skutek. Derogacja normy, będąca prostą konsekwencją stwierdzenia jej niezgodności z konstytucją, stanowi wszak *actus contrarius* jej ustanowienia, a więc jest niczym innym, jak tylko odwrotnością działania prawodawcy. Szeroko rozumiane prawotwórstwo zawiera w sobie dwa rodzaje działalności, tj. działalność pozytywną, której wynikiem jest ustanowienie normy prawnej, i działalność negatywną, sprowadzającą się do wyprowadzania norm z obowiązującego systemu norm. Organ orzecznictwa konstytucyjnego skonstruowany według modelu europejskiego jest więc *de facto* i *de iure* ustawodawcą negatywnym, gdyż skutkiem jego działalności jest derogacja norm prawnych obarczonych wadliwością konstytucyjną.

Rzeczony problem właściwego usytuowania organu orzecznictwa konstytucyjnego jest jednym z poważniejszych, jakie ewokował europejski model kontroli konstytucyjności prawa. Jego opozycyjny charakter względem *judicial review* sprawia, że najczęściej odmawia się sądowi konstytucyjnemu charakteru właściwego czy też typowego sądu. Zarazem teza o tym, że jest on ustawodawcą negatywnym także nie jest akceptowana, głównie z racji jej rewolucyjnego charakteru, ale także dlatego, że akcentuje ona raptem jeden aspekt działania europejskich trybunałów konstytucyjnych, ignorując wszystkie pozostałe. Ustawodawcy wprowadzający sąd konstytucyjny, czy inny organ do niego podobny, decydują się wobec powyższego na przyznanie mu statusu organu *sui generis*, określanego albo władzą gwarancji (ochrony) konstytucji albo po prostu organem (sądem) politycznym (*cour politique*), co zresztą dopuszczał sam H. Kelsen, uznając, że działalność prawotwórcza jest *nolens volens* przejawem działalności politycznej³⁶. Są też w końcu i tacy, którzy nad problemem ontologicznej toż-

³³ Chodzi głównie o to, czy skutek jest *ex tunc*, *ex nunc* czy *pro futuro*. Vide szerzej B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne...*, s. 595 i n.

³⁴ Confer L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne...*, s. 40.

³⁵ Confer H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa...*, s. 55 i n.

³⁶ O problemach związanych z właściwą kwalifikacją organów orzecznictwa konstytucyjnego na podstawie modelu europejskiego vide W. Sokolewicz, *Czy rak może być rybą a Trybunał sądem?*, [w:] *Państwo*

samości organu orzecznictwa konstytucyjnego przechodzą do porządku i kwalifikują go jako część władzy sądowniczej, ale zarazem bez przyznawania mu statusu właściwo sądu (wówczas sąd albo trybunał konstytucyjny jest niesądownym organem władzy sądowniczej).

Warto wspomnieć, że spór o naturę ustrojową organu orzecznictwa konstytucyjnego ma swoje przełożenie również i na modelowanie tego typu organów. Daje on wszak podstawy do dokonywania podziałów organów rozstrzygających w sprawach zgodności z konstytucją na organy sądowe i organy pozasądowe (niekiedy nazywane wprost organami politycznymi)³⁷. Czasami zaś jest on powodem tworzenia bardziej rozbudowanych typologii, wskazujących np. organy sądowe, organy *quasi*-sądowe, organy polityczne i organy *sui generis*. Powyższe typologie — i to jest ich wartością samoistną — odchodzą od podstawowego podziału na amerykański (zdecentralizowany) i europejski (scentralizowany) model organów orzekających w sprawach zgodności z konstytucją. Ich zaletą jest przede wszystkim to, że patrzą one na kwestię kontroli konstytucyjności nieco inaczej, ale jednocześnie obarczone są — niestety — błędem jednowymiarowego, wybitnie podmiotowego spojrzenia. Stąd, choć są one czasami sugerowane, to nie mogą jednak zastąpić podręcznikowej już dystynkcji na kontrolę typu amerykańskiego i na kontrolę typu europejskiego. Dystynkcja ta bierze bowiem pod uwagę dużo więcej kryteriów na tyle relewantnych, a zarazem odmiennych, że dobrze oddających specyfikę obu podejść do zagadnienia pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności. Niemniej podział podmiotowy, biorący za punkt wyjścia specyfikę organu orzekającego w sprawach zgodności prawa z konstytucją, jest istotny, gdyż zwraca uwagę na różnorodność tych organów i to, że nie tworzą one bynajmniej jakiegś homogenicznej grupy.

Różnorodność odnoszona szczególnie do europejskiego modelu kontroli dotyczy jednak również i innych elementów. Wobec powyższego, obok wskazanych już wcześniej cech charakterystycznych tego modelu (tj. centralizacja, abstrakcyjny charakter kontroli, główny status postępowania i bezwzględny skutek oceny konstytucyjności) wymieniana się niekiedy również inne elementy, właściwe modelowi europejskiemu. Pośród nich, obok uniwersalnej cechy, jaką jest istnienie odrębnego organu orzeczniczego, wymieniana się przykładowo: 1) wąski zakres podmiotów dysponujących legitymacją wnioskową, która umożliwia wszczęcie postępowania kontrolnego; 2) kompleksowość (uniwersalność) działań ochronnych, co oznacza, że dotyczą one zgodności norm, ale również innych zadań mniej bądź bardziej powiązanych z przestrzeganiem porządku konstytucyjnego (*vide* rozstrzygnięcie sporów konstytucyjnych czy też orzekanie w spra-

prawa, administracja, sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr. hab. Januszowi Łętowskiemu, red. A. Łopatka, A. Wróbel, S. Kiewlicz, Warszawa 1999, s. 243 i n.; J. Trzcíński, *Czy Trybunał Konstytucyjny jest władzą sądowniczą?*, „Prawo i Życie” 1998, nr 1, s. 12 i n.; B. Szmulik, *Trybunał Konstytucyjny a transformacja ustrojowa Polski*, [w:] *Kierunki ewolucji systemu politycznego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Żmigrodzki, Lublin 1997, s. 42 i n. Podobne rozważania dotyczące pozycji ustrojowej sądu konstytucyjnego były udziałem m.in. doktryny bułgarskiej. *Vide* szerzej na ten temat. M. Żmigrodzki, *Przeobrażenia polityczno-ustrojowe i Sąd Konstytucyjny w Bułgarii*, Lublin 1997, *passim*.

³⁷ Por. M. Cappelletti, *Judicial Review...*, s. 2.

wach odpowiedzialności deliktowej); 3) ostateczność rozstrzygnięć organu orzecznictwa konstytucyjnego, co oznacza, że nie stosuje się wobec nich żadnych środków odwoławczych³⁸. Warto przy okazji zaznaczyć, że to ostatnie rozwiązanie może równie dobrze przemawiać za sądowym charakter sądu konstytucyjnego, jak i przeciwko niemu. Za sądowym charakterem przemawiać będzie bowiem ostateczność, chroniona — tak jak w przypadku wszystkich innych sądów — zasadą *res iudicata*. Zarazem przeciwko niemu będzie przemawiać wyłączenie możliwości odwołania się od niesatysfakcjonującego rozstrzygnięcia sądu konstytucyjnego do wyższej instancji, co narusza zasadę instancyjności, będącą przecież warunkiem *sine qua non* każdego sądu.

Z pewnością akcentowanie różnych elementów identyfikujących tzw. model europejski (scentralizowany) wynika z tego, że wbrew pozorom nie jest on wcale jednolity. Brak jednolitości wynika głównie z tego, że z czasem on ewoluował, co oznacza, że inaczej wyglądał kiedy konstruował go jego teoretyk H. Kelsen, inaczej w momencie, kiedy został zaaplikowany w praktyce, a jeszcze inaczej, kiedy doszło do swoistej pandemii sądownictwa konstytucyjnego po II wojnie światowej. Stąd też niekiedy wskazuje się, że w szerokiej grupie organów zaliczanych do modelu europejskiego należy wyodrębnić tzw. model Kelsenowski czy też austriacki, zwany także modelem klasycznym, dzisiaj praktycznie nieobecny (dlatego też czasami określa się go również mianem modelu teoretycznego, względnie historycznego) oraz model zmutowany, zwany współczesnym, który do modelu klasycznego wprowadził rozwiązania pierwotnie nieobecne. Ten ostatni model określa się też mianem modelu mieszanego albo nowego³⁹. Podkreśla się przy tym, że współcześnie europejski model kontroli konstytucyjności to model mieszany czy też nowy, gdyż historyczny model Kelsenowski dzisiaj nigdzie praktycznie nie występuje⁴⁰. To, co w największym stopniu zmieniło ten model to: 1) wprowadzenie obok kontroli represyjnej również kontroli prewencyjnej (uruchamianej przed wejściem w życie kwestionowanego aktu prawnego⁴¹); 2) umożliwienie, w rozmaitych formach, prowadzenia kontroli konkretnej obok kontroli abstrakcyjnej⁴²; 3) istotne poszerzenie kręgu podmiotów zdolnych uruchomić postępowanie kontrolne⁴³; 4) poszerzenie funkcji sądu konstytucyjnego (np. o orzekanie o sporach konstytucyjnych, dokonywanie wykładni konstytucji i ustaw, uznawanie legalności

³⁸ Confer E. Zwierzchowski, *Europejskie trybunały konstytucyjne. Zarys rozwiązań konstytucyjnych*, Katowice 1989, s. 27, 28.

³⁹ Por. M. Tushnet, *Advanced Introduction...*, s. 52.

⁴⁰ Confer R.R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000, s. 146 i n.

⁴¹ Niekiedy uznawana jest za przejaw upolitycznienia kontroli konstytucyjności, gdyż po pierwsze, jest ona uruchamiana w stosunku do prawa, które jeszcze nie obowiązuje, a więc na etapie procesu decyzyjnego, który z definicji jest procesem politycznym, po drugie, uwzględnia argumentację o bardziej politycznym niż prawnym charakterze. Confer M. Cappelletti, *Judicial Review...*, s. 2 i n.

⁴² Co jak się wskazuje, w jakimś sensie zaciera różnice między amerykańskim a europejskim modelem kontroli. Confer np. F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle...*, s. 63–64.

⁴³ Wskazuje się przy tym, że do umocnienia się nowego modelu europejskiego przyczynił się rozwój sądownictwa konstytucyjnego w Europie Środkowej i Wschodniej po 1989 r., kiedy to tworzone owe sądy (trybunały) konstytucyjne, korygując je w stosunku do teoretycznego modelu H. Kelsena. Vide szerzej A.M. Ludwikowska, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej*, Toruń 2002, s. 15 i n.

partii politycznych, orzekanie w sprawach wyborczych i referendalnych oraz w sprawach z zakresu odpowiedzialności konstytucyjnej); 5) umożliwienie sądom konstytucyjnym orzekania odnośnie do zasad i wartości konstytucyjnych, które w opinii H. Kelsena nie powinny w ogóle podlegać jurysdykcji sądu konstytucyjnego, gdyż dotyczą materii politycznej i aksjologicznej, a nie prawnej⁴⁴. Wskazuje się przy tym, że to co określa się dziś mianem modelu europejskiego jest w gruncie rzeczy nową albo mieszaną wersją tego modelu⁴⁵, która kompiluje elementy niegdyś właściwe dla obu klasycznych modeli kontroli konstytucyjności głównie poprzez adaptację elementów *judicial review* w rozwiązaniach europejskich⁴⁶.

Skorygowany model Kelsenowski, obecnie występujący najczęściej⁴⁷, nie zamyka jednak przypadków aranżacji pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa. Obok niego można również znaleźć inne sposoby ukształtowania tej kontroli, przy czym kwestią sporną pozostaje to, czy te inne sposoby tworzą *per se* modele kontroli konstytucyjności, czy też są jakimiś przypadkami ekstremalnymi, maksymalnie mieszanymi, ale pod względem metodologicznym nie tworzą jeszcze modelu czy też jakiegoś osobnego wzorca kontroli. Wskazuje się przy tym na dwa takie przypadki dyskusyjne. Pierwszym jest Francja V Republiki z jej Radą Konstytucyjną jako surogatem sądu konstytucyjnego, drugim zaś są państwa skandynawskie, których nie można przyłożyć żadną miarą ani do modelu amerykańskiego, ani do modelu europejskiego (klasycznego czy mieszanego). Jeśli chodzi o Francję to albo wprost mówi się, że tworzy ona kolejny, inny model kontroli konstytucyjności⁴⁸, albo jest wyjątkiem (*exception française*)⁴⁹. Należy jednak zaznaczyć, że ostatnie zmiany konstytucyjne, które w dużym stopniu objęły Radę Konstytucyjną, powoli zacierają odrębności wyjątku francuskiego i upodabniają Francję do innych, mieszanych modeli pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa⁵⁰. Mimo to przez wiele lat właśnie Francję postrzegano jako zupełnie inny model instytucjonalizacji kontroli konstytucyjności prawa, opozycyjny zarówno wobec modelu amerykańskiego, jak i europejskiego (w wersji zarówno klasycznej, jak i mieszanej czy nowej). Odrębność francuskiej Rady Konstytucyjnej sprowadzała się przy tym do: 1) wyraźnego zaznaczenia niesądowego charakteru Rady (stąd właśnie *conseil* a nie *cour*); 2) działania Rady wyłącznie w trybie prewencyjnym (co ewidentnie klóciło

⁴⁴ Należy pamiętać, że H. Kelsen był przeciwnikiem powierzania sądom konstytucyjnym kognicji w sprawach politycznych czy ideologicznych. Stąd też twierdził on, że sądy konstytucyjne nie powinny wypowiadać się w kwestii takich zasad konstytucyjnych jak „sprawiedliwość”, „słuszność”, „równość”, „wolność” czy „moralność”, gdyż sprawy te jako ewidentnie polityczne, znajdują się w polu politycznego wyboru ustawodawcy, a nie jurydycznej oceny sądu konstytucyjnego. *Confer* H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa*..., s. 54.

⁴⁵ *Confer* L. Favoreu, *Constitutional Review in Europe*..., s. 49 i n.

⁴⁶ *Confer* M. Tushnet, *Advanced Introduction*..., s. 52.

⁴⁷ Wskazuje się, że zaliczają się do niego m.in. przypadki Niemiec, Hiszpanii czy Włoch. Ponadto w grupie tej mieszczą się wszystkie sądy (trybunały) konstytucyjne ustanowione po 1989 r. w Europie Środkowej i Wschodniej.

⁴⁸ R.R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*..., s. 149.

⁴⁹ F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle*..., s. 62.

⁵⁰ *Confer* M. Fromont, *La justice constitutionnelle en France ou l'exception française*, „La Revue Administrative” 1999, numero special 7, s. 36 i n.

się z modelem Kelsenowskim, a zarazem istotnie upolityczniało Radę Konstytucyjną); 3) traktowania Rady jako organu pilnującego przede wszystkim rozgraniczenia kompetencji prawodawczych rozdzielonych między rządem a parlamentem, co odpowiadało bardziej koncepcji arbitra w relacjach instytucjonalnych niż właściwego sądu konstytucyjnego; 4) wyrażenie politycznego charakteru substratu osobowego Rady, co wyrażało się zarówno w trybie jej powoływania, jak i w kompetencjach osób aspirujących do Rady⁵¹. Wszystkie te rozwiązania bardzo mocno kontrastowały z modelem kontroli jaki zaproponował H. Kelsen, stąd Radę Konstytucyjną rzeczywiście przez lata traktowano jako *exception française*. Należy jednak powiedzieć, że po zmianach konstytucyjnych z 2008 r. ów wyjątek ewidentnie stracił swoją spektakularność, głównie z tego powodu, że umożliwiono realizację kontroli represyjnej (następczej), dopuszczono kontrolę konkretną oraz silniej powiązano Radę z sądami powszechnymi. Mimo to pewne cechy szczególne Rady utrzymują się w dalszym ciągu, co nadal pozwala traktować Francję jako rozwiązanie niepasujące do żadnego z istniejących, modelowych rozwiązań w zakresie pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa.

Jeśli chodzi natomiast o przypadek Skandynawii, to jest on także pod wieloma względami wyjątkowy. Przede wszystkim dlatego, że odrzucono tam istotę modelu europejskiego, jaką jest scentralizowanie kontroli i powołanie do jej realizacji odrębnego od sądów powszechnych organu, który miałby wyłączność w sprawach kognicji konstytucyjnej. W konsekwencji ustanowiono model, który można nazwać kooperacyjnym modelem kontroli konstytucyjności, gdyż zakłada on udział wielu podmiotów w ocenie zgodności prawa z konstytucją, a zarazem nietraktowanie żadnego z nich jako priorytetowego. Cechami wyróżniającymi ten model są: 1) nieobecność typowego sądu czy trybunału konstytucyjnego; 2) silne zaznaczenie parlamentarnych form kontroli konstytucyjności prawa; 3) udział w kontroli sądów powszechnych i administracyjnych, co oznacza silne sięgnięcie do zdekoncentrowanej postaci kontroli zgodności prawa z konstytucją⁵²; 4) najczęściej wąskie ujmowanie kontroli, sprowadzające się do oceny formalnej, czyli zgodności dochodzenia do skutku badanego aktu prawnego (co dobrze ilustruje przykład Szwecji); 5) wstrzemięźliwość sądów w kontroli i przyjmowanie zazwyczaj wykładni korzystnej dla ustawodawcy (Islandia) z zaznaczeniem jednocześnie, że sądowa kontrola konstytucyjności jest niebezpieczna z punktu widzenia poszanowania zasady podziału władz i dlatego należy po nią sięgać ostrożnie i w naprawę wyjątkowych sytuacjach (Norwegia)⁵³.

⁵¹ Pod tym względem Rada Konstytucyjna była z pewnością najbardziej upolitycznionym organem kontroli konstytucyjności. *Vide* szerzej A. Chmielarz-Grochal, *Francja*, [w:] *Powoływanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, red. A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski, Warszawa 2017, s. 117 i n. W literaturze francuskiej mówi się wprost, że członkowie Rady Konstytucyjnej (nazywani właśnie członkami a nie sędziami), są „politykami”, a klucz ich doboru jest przede wszystkim polityczny (co dotyczy w największym stopniu przewodniczącego Rady); *confer* F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle...*, s. 24–25.

⁵² *Confer* P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola...*, s. 26 i n.

⁵³ *Vide* S. Sagan, V. Serzhanova, *Kontrola konstytucyjności prawa w państwach nordyckich*, [w:] *Prace w służbie państwu i społeczeństwu. Prace dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2012, s. 179 i n.

IV. UWAGI KOŃCOWE

Prosty podział pozaparlamentarnych form kontroli konstytucyjności prawa na kontrolę o typie amerykańskim (zdecentralizowanym) i europejskim (scentralizowanym) nie ujmuje w pełnym stopniu złożoności postaci, w jakich kontrola konstytucyjności prawa może występować. Wiele z proponowanych innych poddziałów także jest dyskusyjna, co dotyczy zwłaszcza podziału na kontrolę realizowaną w trybie sądowym i na kontrolę polityczną. Sugeruje on wszak, że kontrola realizowana przez sądy (bez względu na to czy sądy powszechne, czy też specjalnie dedykowane w tym celu sądy konstytucyjne) nie ma politycznych uwarunkowań i konsekwencji. Tymczasem, jak pokazuje choćby przykład amerykańskiego Sądu Najwyższego, jest on w coraz większym stopniu sądem politycznym, do czego znacznie przyczynia się właśnie *judicial review*⁵⁴. Polityczny kontekst działania sądów konstytucyjnych, względnie innych organów działających w tym charakterze, pokazują także i inne przypadki. Sprawiają one, że spośród proponowanych podziałów i systematyzacji modeli pozaparlamentarnej kontroli konstytucyjności prawa proponuje się coraz częściej podziały ewidentnie polityczne. Takim podziałem jest przecież podział kontroli konstytucyjności prawa na kontrolę mocną (*strong constitutional review*) i kontrolę słabą (*weak constitutional review*). Kryterium powyższego podziału jest rzeczywista pozycja sądu (jego prestiż i aurytety) oraz relacje, jakie występują między nim a pozostałymi organami władzy państwowej. Lekko modyfikując i uogólniając modele silnej i słabej kontroli konstytucyjności⁵⁵ można powiedzieć, że silna kontrola to kontrola, która: 1) możliwie szczegółowo określa ustrój i kompetencje sądu konstytucyjnego w samej konstytucji, nie przewidując w tym względzie nadmierne rozwijających ustaw, które w praktyce mogą zmieniać status sądu konstytucyjnego bądź go zmieniać w zależności od potrzeb i okoliczności; 2) przewiduje możliwie szeroki katalog podmiotów uruchamiających postępowanie sprawdzające; 3) przewiduje szeroki zakres przedmiotowy kontroli (nie wyłączając spod niej określonych aktów prawnych); 4) nie dopuszcza możliwości modyfikacji rozstrzygnięcia sądu konstytucyjnego np. w drodze ustawy podkonstytucyjnej bądź jeszcze innej procedury; 5) skutecznie amortyzuje sąd konstytucyjny przed politycznymi wpływami i naciskami, zapewniając mu komfort pełnej niezależności. W alternatywnym modelu kontroli słabej powyższe kryteria nie będą spełnione, albo będą spełnione w różnym stopniu

Wydaje się, że polityczne konotacje orzecznictwa w sprawach konstytucyjnych (bez traktowania ich *a priori* jako złych albo dobrych) są nieuniknione, i to niezależnie od modelu w jakim kontrola konstytucyjności byłaby realizowana. Wynika to z samej natury kontroli konstytucyjności prawa. Konstytucja, poza tym, że jest aktem prawnym jest też aktem politycznym, wywołującym polityczne konsekwencje i polityczne dyskusje. Wykładnia organów orzecznictwa konstytucyjnego dotycząca *droit politique*, jak

⁵⁴ Confer P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 215 i n.

⁵⁵ Confer A. Chen, M. Poiars Maduro, *The Judiciary and Constitutional Review...*, s. 102–103.

często określa się konstytucję, siłą rzeczy musi mieć w związku z tym swoje polityczne reperkusje. Oczywiście nie może to usprawiedliwiać wchodzenia organów orzecznictwa konstytucyjnego w pole polityki, skąd zresztą biorą się postulaty wstrzemięźliwości sądów konstytucyjnych i pasywizmu sędziów konstytucyjnych⁵⁶. Postulaty te dzisiaj wydają się coraz głośniejsze, gdyż pozaparlamentarna kontrola konstytucyjności prawa rodzi coraz więcej napięć politycznych, teleologicznych i aksjologicznych⁵⁷, co swoją drogą najlepiej dowodzi wzrostu jej znaczenia w skali całego świata⁵⁸.

BIBLIOGRAFIA

PIŚMIENNICTWO

- Banaszak B., *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Banaszak B., Bernaczyk M., *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012.
- Barak A., *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, „Harvard Law Review” 2002, t. 116.
- Blachère F., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, Paris 2001.
- Bryk A., *The Origins of Constitutional Government. Higher Law and the Sources of Judicial Review*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.
- Cappelletti M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1971.
- Cappelletti M., *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1979.
- Chen A., Poiares Maduro M., *The Judiciary and Constitutional Review*, [w:] *Routledge Handbook of Constitutional Law*, red. M. Tushnet, T. Fleiner, Ch. Saunders, Routledge, London and New York 2015, <https://doi.org/10.4324/9780203072578.ch8>.
- Chmielarz-Grochal A., *Francja*, [w:] *Powoływanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, red. A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Dziedzic A., *Idea Trybunału Konstytucyjnego Georga Jellinka*, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska, Europa, Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013.
- Favoreu L., *Constitutional Review in Europe*, [w:] *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, red. L. Henkin, A. Rosenthal, Columbia University Press, New York 1990.
- Fromont M., *La justice constitutionnelle en France ou l'exception française*, „La Revue Administrative” 1999, numero special 7.

⁵⁶ Przy czym zjawisko aktywizmu sędziowskiego jest dostrzegane zarówno w modelu amerykańskim, jak i europejskim. Confer B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, s. 47 i n.

⁵⁷ Vide szerzej P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris 2001, s. 133 i n.

⁵⁸ Confer M. Shapiro, A. Stone Sweet, *The New Constitutional Politics of Europe*, „Comparative Political Studies” 1994, nr 25, s. 397 i n.

- Fromont M., *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, Paris 2013.
- Garlicki L., *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, PWN, Warszawa 1987.
- Hamon F., Wiener C., *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, L.G.D.J., Paris 2011.
- Kelsen H., *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiewicz, Wydawnictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2009.
- Kubas S., *Judicial review: geneza i rozwój*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony*, red. P. Czarny i in., Zakamycze, Kraków 2004.
- Laidler P., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Od prawa do polityki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011.
- Laquieze A., *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis vu par les penseurs libéraux français u XIX^e siècle*, [w:] *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e–XX^e siècle*, red. D. Chagnollaud, Editions Panthéon Assas, Paris 2003.
- Lever A., *Democracy and Judicial Review: Are They Really Incompatible?*, „Perspectives on Politics” 2009, nr 4, <https://doi.org/10.1017/s1537592709991812>.
- Ludwikowska A.M., *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej*, TNOiK, Toruń 2002.
- Ludwikowski R.R., *Prawo konstytucyjne porównawcze*, TNOiK, Toruń 2000.
- Małajny R.M., *Amerykański prezydenccjalizm*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012.
- Mikuli P., *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007.
- Rouvillois F., *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Flammarion, Paris 2005.
- Sagan S., Serzhanova V., *Kontrola konstytucyjności prawa w państwach nordyckich*, [w:] *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu. Prace dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012.
- Shapiro M., *The Success of Judicial Review*, [w:] *Constitutional Dialogues in Comparative Perspectives*, red. S.J. Kenney, W.M. Reisinger, J.C. Reitz, Oxford University Press, New York 1999, https://doi.org/10.1057/9780333982518_9.
- Shapiro M., Stone Sweet A., *The New Constitutional Politics of Europe*, „Comparative Political Studies” 1994, nr 25.
- Sokolewicz W., *Czy rak może być rybą a Trybunał sądem?*, [w:] *Państwo prawa, administracja, sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr. hab. Januszowi Łętowskiemu*, red. A. Łopatka, A. Wróbel, S. Kiewlicz, Scholar, Warszawa 1999.
- Stone Sweet A., *Constitutional Dialogues: Protecting Human Rights in France, Germany, Italy and Spain*, [w:] *Constitutional Dialogues in Comparative Perspectives*, red. S.J. Kenney, W.M. Reisinger, J.C. Reitz, Oxford University Press, New York 1999, https://doi.org/10.1057/9780333982518_2.
- Stone Sweet A., *Constitutional Courts*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative constitutional Law*, red. M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Szmulik B., *Trybunał Konstytucyjny a transformacja ustrojowa Polski*, [w:] *Kierunki ewolucji systemu politycznego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Żmigrodzki, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997.
- Szymanek J., *Emmanuel-Joseph Sieyès, O sądzie konstytucyjnym: tezy projektu ustawy przedstawionego przez Emmanuela-Jospeha Sieyèsa podczas obrad Konwencji w dniu 18 Thermidora roku III* (tłumaczenie, opracowanie i komentarz), „Studia Prawnicze KUL” 2016, nr 2.

- Trzeciński J., *Czy Trybunał Konstytucyjny jest władzą sądowniczą?*, „Prawo i Życie” 1998, nr 1.
- Tushnet M., *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham–Northampton 2014, <https://doi.org/10.4337/9781781007327>.
- Wiecech T., *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2014.
- Zwierzchowski E., *Europejskie trybunały konstytucyjne. Zarys rozwiązań konstytucyjnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1989.
- Żmigrodzki M., *Przeobrażenia polityczno-ustrojowe i Sąd Konstytucyjny w Bułgarii*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997.