

Maciej Pach

Niemiecka koncepcja demokracji zdolnej do obrony (zarys problematyki)

Wchodzimy do Reichstagu po to, aby w arsenale demokracji zaopatrzyć się w jej własną broń. Zostajemy deputowanymi do Reichstagu po to, aby sparaliżować weimarski światopogląd z jego własnym wsparciem. Skoro demokracja jest tak głupia, że daje nam na użytek tej niedźwiedziej przysługi bezpłatny bilet i diety, to już jej sprawa...

Joseph Goebbels (1928)¹

1. Uwagi wstępne

System prawny konsekwentnej w realizacji swoich założeń demokracji, u której podstaw leży wolność słowa, powinien tolerować wszelkie idee, także i te, które w razie znaczącego wzrostu poparcia społecznego dla ich reprezentantów mogą zagrozić demokratycznym fundamentom państwa. Tak rozumował Hans Kelsen, formułując poniższą myśl:

Ona [demokracja] jest tą formą rządów, która najmniej broni się przed swoimi wrogami. Jako jej tragiczny los jawi się to, że musi ona własną piersią karmić także swoich najgorszych wrogów. Jeśli chce ona pozostać sobie wierna, musi tolerować również ruch ukierunkowany na zniszczenie demokracji, musi mu zapewnić możliwości

¹ Cyt. za: M. Brenner, *Die wehrhafte Demokratie: Eine Lehre aus Weimar?*, w: *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – was ist geblieben?*, red. E. Eichenhofer, Tybinga 1999, s. 95. Tłum. tego i innych cytatów ze źródeł w języku niemieckim i angielskim – M.P.

rozwoju takie same jak wszelkim innym przekonaniom politycznym. [...] Demokracja, która utrzymuje się wbrew woli większości, czy wręcz usiłuje się utrzymać przemocą, przestała być demokracją. Władza ludu nie może utrzymać się w mocy wbrew ludowi. A nawet nie powinna tego próbować, co oznacza, że jeśli ktoś opowiada się za demokracją, to nie wolno mu uwikłać się w zgubną sprzeczność i sięgnąć po dyktaturę po to, aby ratować demokrację. Należy pozostać wiernym swojemu sztandarowi, także wtedy, gdy statek tonie, a w głąb można zabrać jedynie nadzieję, że ideał wolności jest niezniszczalny oraz że im głębiej utonie, tym bardziej namiętnie odżyje na nowo².

Czy jednak konkluzja Kelsena o niedopuszczalności sięgania po środki antydemokratyczne, nawet w imię samoobrony demokracji, zasługuje na aprobatę? Historia Niemiec lat 1933–1945 powinna sugerować odpowiedź przeczącą. Podobnie uznali twórcy Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r.³, wśród jej unormowań zamieszczając szereg przepisów wyrażających koncepcję tzw. *wehrhafte (streitbare) Demokratie*, czyli demokracji zdolnej do obrony⁴. Miało to zabezpieczyć demokrację przed unicestwieniem przez antydemokratycznych ekstremistów.

Cel niniejszego opracowania stanowi przybliżenie genezy, podstawowych założeń, kluczowych instytucji prawnych oraz kontrowersji wokół posługiwania się w Republice Federalnej Niemiec (dalej: „RFN”) koncepcją demokracji zdolnej do obrony, a także scharakteryzowanie w jej ramach roli sądu konstytucyjnego. Choć koncepcja ta spotyka się nieraz z wyraźną krytyką, to wyrażające ją instytucje prawne UZ na dobre

2 H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, w: H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, wybór i red. M. Jestaedt, O. Lepsius, Tybinga 2006, s. 237. Cytowany tekst pierwotnie ukazał się w 1932 r.

3 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, BGBl., s. 1 ze zm.; dalej: „UZ RFN” lub „UZ”.

4 Nie są to wyrażenia języka prawnego, UZ nimi nie operuje. Można je odnaleźć w literaturze naukowej i orzecznictwie konstytucyjnym RFN. Przymiotnik *wehrhaft* oznacza „zdolny do obrony”, a *streitbar* to m.in. „wojowniczy”. Wydaje się, że pierwsze z tych sformułowań lepiej oddaje sens omawianej koncepcji, stworzonej na użytek odpierania zagrożeń. Na temat różnych jej określeń zob. np. J. Becker, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, w: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VII. Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, red. J. Isensee, P. Kirchhof, Heidelberg 1992, s. 310–311. Federalny Trybunał Konstytucyjny preferuje nazwę *streitbare Demokratie* (zob. J. Becker, *Die wehrhafte...*, s. 311).

zakorzeniły się w niemieckiej konstytucji, a niektóre z nich znalazły nawet odpowiedniki w innych państwach⁵. Wydaje się ponadto, że w dobie znaczącego wzrostu popularności w świecie zachodnim ugrupowań politycznych i liderów stawiających pod znakiem zapytania dotychczas rozpowszechnione tam rozumienie demokracji – szczególnie aktualne staje się pytanie o możliwości jej zabezpieczenia przed patologicznymi przekształceniami w mniej lub bardziej niedemokratycznym kierunku.

2. Geneza niemieckiej koncepcji demokracji zdolnej do obrony

Doktrynalnych, ale i prawnych źródeł omawianej koncepcji należy poszukiwać jeszcze w okresie przed II wojną światową. W 1937 r., podczas pobytu na emigracji w Stanach Zjednoczonych, niemiecki konstytucjonalista Karl Loewenstein opublikował dwuczęściowy artykuł zatytułowany: *Militant democracy and fundamental rights* („Demokracja walcząca i prawa podstawowe”)⁶, w którym bardzo stanowczo opowiedział się za tym, aby w obliczu międzynarodowej ekspansji ruchu faszystowskiego – definiowanego przez niego jako technika polityczna, a nie ideologia (celem faszyzmu była bowiem wyłącznie władza sama w sobie, a nie dążenie do urzeczywistniania konkretnego *meritum* programowego)⁷ – państwa demokratyczne wyposażyły się w odpowiednie środki prawne właśnie w imię obrony demokracji przed zagrożeniami dla jej istnienia. W jego bowiem ocenie albo jest tak, że duch dziejów sprawi, iż faszyzm zatriumfuje i obiektywnie nie będzie możliwości skutecznego sprzeciwienia się

5 Zob. np. art. 13 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm. Jednak przepisów konstytucyjnych wprost chroniących demokrację przed niebezpieczeństwem ze strony partii politycznych nie ma poza RFN wielu. Zwykle cel ten realizują przepisy ustawowe (prawa o stowarzyszeniach, o policji lub prawa karnego), umożliwiające reagowanie na zagrożenia stwarzane przez wszelkiego rodzaju zrzeszenia polityczne (zob. R. Streinz, komentarz do art. 21, w: *Grundgesetz. Kommentar. Bd. II. Art. 20 bis 82*, Monachium 2005, s. 352–353). Regulacje eksponujące – w porównaniu z innymi rodzajami zrzeszeń – rolę partii politycznych, ale i możliwość zakazywania ich działalności, poza RFN występują zwykle w konstytucjach państw, które przeżyły dyktaturę. Zob. M. Morlok, *Parteiverbot als Verfassungsschutz – Ein unauflösbarer Widerspruch?*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2001, z. 40, s. 2936.

6 Zob. K. Loewenstein, *Militant democracy and fundamental rights, I*, „The American Political Science Review” 1937, nr 3, s. 417 i n.; K. Loewenstein, *Militant democracy and fundamental rights, II*, „The American Political Science Review” 1937, nr 4, s. 638 i n.

7 Zob. K. Loewenstein, *Militant... I*, s. 423.

mu – tak samo jak po absolutyzmie monarszym musiała nastać era demokracji liberalnej – albo też faszyzm to tylko jedna z wielu metod prowadzenia walki politycznej, nieposiadająca tego rodzaju „przemiennej siły”, a wówczas obrona przed nim okazuje się realna⁸. Karl Loewenstein skłonny był opowiedzieć się za prawdziwością drugiego członu tej alternatywy. Jeżeli więc tylko demokracja – jak stwierdzał – nie jest przekonana, że dopełniła swojego losu, musi stać się *militant*, czyli demokracją walczącą⁹. Postulowanymi przez niego instrumentami obrony demokracji były wprowadzane do ustaw, w tym do kodeksów karnych, regulacje przewidujące karalność określonych zagrażających demokracji zachowań, ograniczanie wolności słowa, zrzeszania się i zgromadzeń, zakazy istnienia antykonstytucyjnych partii politycznych, zakazy tworzenia paramilitarnych struktur itd.¹⁰ Z satysfakcją dostrzegł, że w kolejnych państwach zarzucano pogląd, w myśl którego demokracja zwycięży duchem nad nagą siłą forsowaną przez faszyzm, który to pogląd w żadnej mierze nie stabilizował demokracji; pokonać zaś faszyzm – w opinii K. Loewensteina – można tylko jego własną bronią¹¹. Jak argumentował: „[s]krupuły konstytucyjne nie powinny dłużej powstrzymywać przed ograniczeniami demokratycznych fundamentów, a to w imię ostatecznego przetrwania tych fundamentów”¹².

Określenia *militant democracy* użył też socjolog Karl Mannheim w pracy *Diagnosis of our time* („Diagnoza naszych czasów”), opublikowanej w Londynie w 1943 r. Krytykował w niej „liberalny leseferyzm”, oparty na nieuzasadnionej wierze, iż „siły gospodarcze i społeczne samorzutnie się równoważą”, i mylący tolerancję z neutralnością¹³. Demokracja, aby przetrwać, powinna odrzucić dotychczasowe liberalne podejście, zakładające neutralność aksjologiczną państwa; pewne wartości są bowiem do zaakceptowania przez „każdego, kto podziela tradycje

8 Zob. K. Loewenstein, *Militant...*, I, s. 422.

9 Zob. K. Loewenstein, *Militant...*, I, s. 423.

10 Zob. K. Loewenstein, *Militant...*, II, s. 645–656.

11 Zob. K. Loewenstein, *Militant...*, I, s. 430.

12 K. Loewenstein, *Militant...*, I, s. 432.

13 Zob. K. Mannheim, *Diagnosis of our time: Wartime essays of a sociologist. Collected works. Volume three*, Londyn 1943, <https://books.google.pl/books/about/Diagnosis_of_Our_Time.html?id=LSJM11uk3CG&redir_esc=y>, s. 6–7 (reprint z przypisami).

cywilizacji zachodniej”¹⁴. Jak zauważyli Hans-Jürgen Papier i Wolfgang Durner, występująca zapobiegawczo w obronie powszechnych wartości *streitbare Demokratie* miała być w tej wizji trzecią drogą między dyktaturą a leseferyzmem¹⁵.

Wcześniej, w 1932 r., w pracy *Legalität und Legitimität* („Legalność i prawomocność”) przed proponowaną przez Gerharda Anschütza neutralną aksjologicznie wykładnią art. 76 Konstytucji Republiki Weimarskiej¹⁶ jako drogą do „likwidacji samej legalności” prowadzącą „w swej neutralności do samobójstwa” przestrzegał Carl Schmitt¹⁷. Nawiązywał w ten sposób do rozpowszechnionej w tamtym czasie interpretacji tego artykułu niemieckiej konstytucji, w świetle której nie istniały żadne materialne ograniczenia jej zmiany i Reichstag mógł większością dwóch trzecich głosujących wprowadzić do jej tekstu dowolne modyfikacje¹⁸. Z uwagi na ów brak ograniczeń w literaturze niemieckiej wyraża się opinię o aksjologicznym relatywizmie weimarskiej konstytucji¹⁹, z którym zdecydowanie zerwano w UZ RFN. Należy przy tym zaakcentować, że omawiana tu słabość konstytucji z 1919 r. nie wynikała wyłącznie z podejścia polityków do jej interpretacji. Podobne tezy głosili czołowi konstytucjoniści, o poglądach ukształtowanych jeszcze w epoce monarchicznej, przywiązani do pozytywizmu prawniczego²⁰. Wspomniany G. Anschütz twierdził, że „[k]onstytucja nie stoi [...] ponad władzą ustawodawczą, lecz przeciwnie – jest do jej niczym nieograniczonej dyspozycji”²¹, a „myśl o wyróżnieniu specjalnej, odrębnej względem ustawodawczej i będącej nad nią nadrzędną władzy ustrojodawczej jest,

14 K. Mannheim, *Diagnosis...*, s. 7.

15 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare Demokratie*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2003, z. 3, s. 347.

16 Był to przepis regulujący procedurę zmiany konstytucji.

17 Zob. C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, Warszawa 2015, s. 79. Brak możliwości zmiany podstawowych rozstrzygnięć konstytucji w drodze ustawy konstytucyjnej, o której mowa w art. 76, ten sam autor podkreślał już w pracy z 1928 r., jako przykład podając m.in. niedopuszczalność odejścia w ten sposób od federalizmu na rzecz unitarnego charakteru niemieckiego państwa. Zob. C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013, s. 187–188.

18 Zob. M. Bożek, *Władza ustrojodawcza w konstytucjonalizmie niemieckim*, Warszawa 2013, s. 59–60 i 62.

19 Zob. np. M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 99–101.

20 Zob. M. Bożek, *Władza...*, s. 61–63.

21 Cyt. za: M. Bożek, *Władza...*, s. 63.

w odróżnieniu od Ameryki Północnej [...], obca niemieckiemu prawu państwowemu²². Choć 4 listopada 1925 r. sąd Rzeszy skontrolował zgodność ustawy z konstytucją, wskazując w ten sposób na jej wyższe miejsce w hierarchii źródeł prawa, to – jak zauważa Michael Brenner – także i później panowała teoria relatywizmu, która „umożliwiła modyfikację lub nawet rezygnację z ważnych zasad konstytucji przez zmieniającego konstytucję ustawodawcę²³. Panowało zatem myślenie uprzywilejowujące władzę ustawodawczą.

Dostrzega się jednak w ustroju weimarskim instytucje prawne potencjalnie mogące stabilizować demokrację, mimo że ówczesny ustrojodawca nie przewidział środków *expressis verbis* ukierunkowanych na realizację tego celu²⁴. Na poziomie samej konstytucji taką funkcję mógł pełnić art. 48 ust. 2, wyposażający prezydenta Rzeszy we „władzę dyktatorską”, realizowaną za pomocą „odpowiednich środków” w sytuacji, gdy „poważnie naruszone lub zagrożone zostały bezpieczeństwo lub porządek publiczny²⁵. W dobie kryzysu Republiki Weimarskiej, w tym niedługo przed jej upadkiem, przepis ten znajdował szerokie zastosowanie²⁶. Jednak art. 48 ust. 2 nie przyczynił się do zachowania demokratycznego ustroju republiki²⁷, a nauce niemieckiej nie udało się wypracować granic prezydenckiej władzy czerpanej z tej regulacji, które zapobiegałyby jej nadużywaniu²⁸. Reichstag nie uchwalił zaś przewidzianej w art. 48 ust. 5 ustawy mającej unormować szczegóły wykonywania przez prezydenta Rzeszy wspomnianej kompetencji, co sprzyjało wykładni rozszerzającej art. 48 ust. 2 na korzyść pozycji głowy państwa²⁹.

22 Cyt. za: M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 100 (przyp. nr 15).

23 M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 100.

24 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 343. Zob. też np. M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 101–105.

25 Wskazują na to m.in. autorzy powołani w poprzednim przypisie.

26 W latach 1919–1933 prezydent Rzeszy wydał 254 rozporządzenia nadzwyczajne, spośród których większość przypadła na początkowy okres istnienia Republiki Weimarskiej i na lata po wybuchu kryzysu ekonomicznego w 1929 r. Zob. M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 102.

27 Wprost przeciwnie – na tle stosowania art. 48 ust. 2 dochodziło często do nadużyć politycznych wskazujących na posługiwanie się nim wbrew intencji weimarskiego ustrojodawcy. Zob. np. M. Labijak, *Rozwiązania prawnoustrojowe Republiki Weimarskiej w perspektywie historycznej i porównawczej*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. XIV, s. 188.

28 Zob. M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 103.

29 Zob. K. Prokop, *Modele stanu nadzwyczajnego*, Białystok 2012, s. 225–226.

Jak stwierdza M. Brenner, Republiki Weimarskiej nie ocaliły także środki prawne zawarte w ustawodawstwie zwykłym – ani przepisy Kodeksu karnego, w myśl których sankcji karnej podlegała m.in. zdrada stanu i zbrojna walka przeciwko republice, ani obie ustawy o ochronie republiki czy liczne rozporządzenia nadzwyczajne, bo brakowało odpowiedniej egzekucji obowiązujących regulacji lub dochodziło do wybiórczego ich stosowania³⁰.

Błędem byłoby upatrywanie źródeł upadku Republiki Weimarskiej wyłącznie na płaszczyźnie aksjologicznego relatywizmu jej konstytucji i braku zawartych w tej ostatniej mechanizmów obrony demokracji przed ekstremizmem³¹. Z biegiem lat zaczęto zresztą dystansować się od jej czarnej legendy, akcentując niewykorzystywanie dostępnych na gruncie konstytucji z 1919 r. możliwości³². Christoph Gusy trafnie skonstatował, że „Republika Weimarska nie upadła dlatego, że zbyt słaba była jej ochrona, tylko dlatego, że jej przeciwnicy byli zbyt silni”³³. Niewątpliwie jednak uchwalona przez obradującą w Bonn Radę Parlamentarną UZ RFN wyraźniej niż jej poprzedniczka podkreślała konieczność ochrony fundamentów ładu liberalno-demokratycznego, na czym piętno odcisnął tragiczny los Republiki Weimarskiej.

3. Ustawa Zasadnicza RFN a koncepcja *wehrhafte Demokratie*

Uchwalona 23 maja 1949 r. UZ RFN miała stworzyć fundament stabilnej demokracji, będąc w znacznej mierze reakcją na wspomnienie losów państwa niemieckiego lat 1919–1933 i dyktatury hitlerowskiej³⁴. Stabilność

30 Zob. M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 104–105. Zob. też W. Löwer, *Wehrhafte Demokratie*, w: *60 Jahre Bonner Grundgesetz. Eine geglückte Verfassung?*, red. Ch. Hillgruber, Ch. Waldhoff, Getynga 2010, s. 82, który wskazuje na zaniechania landów w egzekwowaniu zakazów działania zrzeseń.

31 Tak też np. M. Thiel, *Zur Einführung: Die „wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung*, w: *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, red. M. Thiel, Tybinga 2003, s. 5.

32 Zob. np. E. Bulla, *Die Lehre von der streitbaren Demokratie. Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1973, z. 3, s. 343–344; M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2931–2932.

33 Cyt. za: M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 5 (przyp. nr 12). Podobnie np. W. Löwer, *Wehrhafte...*, s. 82.

34 Zob. np. D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands. Ein Studienbuch*, Monachium 2005, s. 426–427; K. Groh,

tę budowano dwutorowo. Z jednej strony poprzez skonstruowanie klarownego – określanego mianem „kanclerskiego” – systemu rządów, umiejętnie łączącego elementy demokratyczne z dążeniem do funkcjonalności mechanizmów sprawowania władzy, a z drugiej strony wprowadzając do konstytucji szereg instrumentów demokracji zdolnej do obrony³⁵. Tym samym nastąpiło odejście od weimarskiego relatywizmu aksjologicznego na rzecz *wertgebundene Verfassungsordnung*³⁶, co można przetłumaczyć jako „porządek konstytucyjny oparty na wartościach”. Konieczność zabezpieczenia demokracji liberalnej – czego nie uczyniła konstytucja weimarska – jawiła się twórcom UZ jako oczywistość i już u progu dyskusji opowiedzieli się oni za *wehrhafte Demokratie* jako jedną z myśli przewodnich przygotowywanej konstytucji³⁷. Jak zauważa Kathrin Groh, w pracach Rady Parlamentarnej do wyjątków należały wypowiedzi takie jak Hansa von Mangoldta, który przy okazji redagowania art. 18, przyznającego Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu kompetencję w postaci możliwości odebrania jednostce określonych w nim praw w razie ich nadużywania do walki z wolnościowym demokratycznym porządkiem ustrojowym, postulował dodanie do owego katalogu wolności religii. Argumentował on, że wrogowie konstytucji mogą maskować swoje antykonstytucyjne dążenia właśnie pod płaszczem korzystania z wolności religii, a pominięcie tej wolności we wspomnianym katalogu może utworzyć drogę do władzy nowemu nazizmowi³⁸. Zdaniem K. Groh zasadę stanowiło jednak kształtowanie poszczególnych przepisów, o których tutaj mowa, w duchu przekonania o bezbronności konstytucji z 1919 r. w starciu z ekstremistami i bez pogłębionej dyskusji o doświadczeniach

Zwischen Skylla und Charybdis: Die streitbare Demokratie, w: *Weimars lange Schatten – „Weimar” als Argument nach 1945*, red. Ch. Gusy, Baden-Baden 2003, s. 425–426. Ta druga autorka podkreśla, że w przekonaniu twórców UZ RFN konstytucja weimarska nie stworzyła instrumentarium służącego jej ochronie, przez co musiała „bezradnie przyglądać się” własnemu unicestwieniu z rąk tych, którzy wykorzystali w tym celu przysługujące im swobody demokratyczne.

35 Por. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 346–347.

36 Zob. M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 5. Inny autor posługuje się terminem *wertgebundene Demokratie*, czyli „demokracja oparta na wartościach” (tak E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 344, 345, 352, 355).

37 Zob. K. Groh, *Zwischen Skylla...*, s. 434–435.

38 Zob. K. Groh, *Zwischen Skylla...*, s. 435–436. Postulat von Mangoldta nie został uwzględniony.

weimarskich, co w szczególności dało się zauważyć przy ustanawianiu ograniczeń wolności zrzeszania się³⁹.

Erhard Denninger rozróżnia ochronę konstytucji w szerszym znaczeniu i ochronę wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, którego strzeże *streitbare Demokratie*, tj. ochronę konstytucji w znaczeniu węższym⁴⁰. W szerszym znaczeniu ochrona konstytucji obejmuje wszelkie instytucje służące zagwarantowaniu przestrzegania ustawy zasadniczej w codziennej praktyce konstytucyjnej, w warunkach zasadniczego respektowania konstytucji przez osoby, od których standardowo wymaga się tego w szczególnym stopniu (np. przez urzędników państwowych). Ochrona konstytucji w węższym znaczeniu to z kolei u E. Denningera pojęcie odnoszące się do odstępstwa od normy, do sytuacji, w których na porządek ustrojowy dokonuje się zamierzonego zamachu. Jak spostrzega sam autor omawianego rozróżnienia, granice mają charakter płynny, a oceny – subiektywne⁴¹. Do instytucji szeroko rozumianej ochrony konstytucji zalicza on także – traktowany jednak przezeń niezbyt entuzjastycznie – stan konieczności ustawodawczej, o którym mowa w art. 81 UZ⁴². *Prima facie* unormowanie to nie ma związku z ochroną konstytucji, ale istotnie, jak zauważa powoływany autor, zostało pomyślane jako narzędzie do wykorzystania w fazie poprzedzającej głębszy kryzys polityczny, stabilizując tym samym niemiecką demokrację w szczególnej sytuacji istnienia rządu mniejszościowego⁴³. W zaproponowanym przez E. Denningera przykładowym katalogu środków szeroko rozumianej ochrony konstytucji znalazły się też instytucje sądownictwa administracyjnego i sądownictwa konstytucyjnego, ponieważ „obywatel ma możliwość, poprzez skargę sądowoadministracyjną i skargę konstytucyjną, bronić się przed każdą naruszającą konstytucję szkodą w swojej sferze prawnej”⁴⁴.

39 Zob. K. Groh, *Zwischen Skylla...*, s. 435.

40 Zob. E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*” und Schutz der Verfassung, w: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Studienausgabe. Teil 1*, red. E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel, Berlin, Nowy Jork 1995, s. 684.

41 Zob. E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*”..., s. 684–685.

42 Zob. E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*”..., s. 686.

43 Do tej pory jednak nigdy nie znalazło ono zastosowania. Zob. M. Pach, *Stan konieczności ustawodawczej – niemiecka osobliwość czy potencjalne źródło inspiracji recepcyjnej?*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 6, s. 75 i n.

44 E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*”..., s. 686.

Z kolei M. Brenner wśród elementów współtworzących niemiecką demokrację zdolną do obrony wymienia, i to przed wyliczeniem szczegółowych przepisów realizujących tę koncepcję, także ustanowienie sądownictwa konstytucyjnego⁴⁵. Można zatem stwierdzić, że w jego przekonaniu sądownictwo konstytucyjne jest instytucją węższej pojmowanej ochrony konstytucji, a nie tylko ochrony konstytucji w szerszym znaczeniu.

Niemiecka UZ chroni również istnienie i bezpieczeństwo Federacji oraz krajów związkowych⁴⁶. Jak stwierdza E. Denninger, najczęściej w razie zamachu na istnienie Federacji równocześnie będziemy mieli do czynienia z zamachem na jej wolnościowy demokratyczny porządek ustrojowy, za to niekoniecznie uderzenie w sam wolnościowy demokratyczny porządek ustrojowy musi wiązać się z zamachem na istnienie Federacji⁴⁷. Jeśli przyjmujemy zaś, że instytucje *wehrhafte Demokratie* strzegą właśnie wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, to art. 79 ust. 3 UZ tylko częściowo realizuje koncepcję *wehrhafte Demokratie*⁴⁸. Przepis ten zawiera tzw. klauzulę niezmiennalności wymienionych w nim postanowień konstytucji i stanowi reakcję na aksjologiczny relatywizm art. 76 konstytucji weimarskiej. Jak trafnie zauważają niektórzy autorzy, nie wyklucza istnienia wolnościowego demokratycznego porządku unitarny charakter państwowości czy monarchiczna forma rządów, podczas gdy art. 79 ust. 3 zabrania ich wprowadzania w Niemczech⁴⁹. Nie należy zatem w pełni utożsamiać wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego z zasadami, dla strzeżenia których ustanowiono art. 79 ust. 3. Tylko niektóre z tych zasad przekonująco dają się zakwalifikować jako jego elementy (np. zasada godności człowieka, zasada państwa prawa). Trzeba za to podkreślić, że limitując władzę państwową, przepis ten zabezpiecza jednostkę przed jej nadużyciem⁵⁰.

45 Zob. M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 110.

46 Zob. art. 73 ust. 1 nr 10 lit. b UZ, a także E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*”..., s. 696.

47 Zob. E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*”..., s. 698.

48 Brzmi on: „Zmiana niniejszej Ustawy Zasadniczej, która naruszałaby podział Federacji na kraje związkowe, zasadnicze współdziałanie krajów w ustawodawstwie lub zasady określone w art. 1 i 20 jest niedopuszczalna”.

49 Zob. J. Becker, *Die wehrhafte...*, s. 339; E. Denninger, „*Streitbare Demokratie*”..., s. 694; H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 357.

50 Tak E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 351.

Choć niemiecka UZ w kilku swoich jednostkach redakcyjnych operuje pojęciem wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, to nie definiuje go⁵¹. Wypełnienie go treścią stało się zadaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, a nastąpiło to już w wyroku wydanym w 1952 r. Mimo że w systematyce UZ przepis określający przesłanki sprzeczności partii politycznych z konstytucją (art. 21 ust. 2) nie znajduje się na czele triady⁵² szczegółowych unormowań wyrażających koncepcję *wehrhafte Demokratie*, to ze względu na niezwykle doniosłą rolę partii w każdej demokracji⁵³ oraz kluczowe znaczenie orzecznictwa konstytucyjnego w tej sprawie zajmują się nim w pierwszej kolejności. Stanowi on:

Partie, które poprzez swoje cele lub zachowania swoich zwolenników zmierzają do naruszenia lub obalenia wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego albo zagrażają istnieniu Republiki Federalnej Niemiec, są sprzeczne z konstytucją⁵⁴.

O sprzeczności z konstytucją orzeka – zgodnie z art. 21 ust. 4 UZ – Federalny Trybunał Konstytucyjny⁵⁵. Wnioskować w tej sprawie do niego mogą Bundestag, Bundesrat albo Rząd Federalny, a w przypadku partii, których organizacja nie wykracza poza obszar kraju – także Rząd Krajowy, o czym stanowią § 43 ust. 1 i 2 ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym⁵⁶. Zgodnie zaś z § 46 ust. 3 tej ustawy konsekwencją stwierdzenia sprzeczności z konstytucją jest rozwiązanie partii (lub jej

51 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 355–356.

52 O triadzie obejmującej obok art. 21 ust. 2 UZ także art. 9 ust. 2 (zakazy działalności określonych organizacji) i art. 18 (utrata praw podstawowych) pisze m.in. W. Löwer, *Wehrhafte...*, s. 71 i 83.

53 Zob. np. D. Lorenz, *Verfassungswidrige Parteien und Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1976, z. 1, s. 3–4.

54 Ten i inne przepisy UZ w tłumaczeniu na język polski przytaczam za: *Konstytucja Niemiec*, tłum. B. Banaszak, A. Malicka, Warszawa 2008, z uwzględnieniem najnowszej zmiany stanu prawnego. Zob. kolejny przypis.

55 Do niedawna aktualną regulację art. 21 ust. 4 we wskazanym tu zakresie zawierało drugie zdanie art. 21 ust. 2 UZ. Zmiana nastąpiła na mocy art. 1 ustawy o zmianie Ustawy Zasadniczej [*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 21)*] z dn. 13 VII 2017 r., BGBl. I, s. 2346.

56 *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* w wersji ogłoszenia z dn. 11 VIII 1993 r., BGBl. I, s. 1473 ze zm.; dalej: „ustawa o FTK”. Zdaniem M. Morloka wąski krąg organów uprawnionych do wystąpienia w tej sprawie do FTK stanowi, obok monopolu FTK na delegalizację partii, jeden z elementów gwarantujących szczególną pozycję partii politycznych na gruncie UZ RFN, co autor ten przyjmuje z aprobatą (zob. M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2937).

samodzielnej części) oraz zakaz tworzenia organizacji zastępczych (*Erstzorganisationen*), a fakultatywnie Federalny Trybunał Konstytucyjny ma także prawo orzec przepadek majątku partii (lub jej samodzielnej części) na cele społeczne na rzecz Federacji lub kraju.

W wydanym na wniosek Rządu Federalnego wyroku z 23 października 1952 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał za sprzeczną z konstytucją Socjalistyczną Partię Rzeszy (*Sozialistische Reichspartei*; dalej: „SRP”), w związku z czym uległa ona rozwiązaniu, a jej majątek przypadł na rzecz Federacji⁵⁷. Była to utworzona w 1949 r. partia wodzowska o profilu nazistowskim, promująca byłych działaczy NSDAP. Dysponowała ona strukturami paramilitarnymi, a jej program zakładał zwalczanie demokratycznego ustroju RFN. Na szczególną uwagę w tym orzeczeniu zasługuje jego wyraźnie aktywistyczny charakter. Zdecydowano się je wydać, mimo iż we wrześniu 1952 r. władze SRP podjęły uchwałę o samorozwiązaniu się partii, co zmierzało do uniknięcia niekorzystnego judykatu⁵⁸. Dodatkowo Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził wygaśnięcie mandatów deputowanych SRP do parlamentów krajowych, uznając, że choć takiego skutku wyroku delegalizującego partię nie przewidują *expressis verbis* obowiązujące przepisy, to bez niego nie dałoby się osiągnąć celów orzeczenia.

Pod względem teoretycznym wyrokowi w sprawie SRP zawdzięczamy, po pierwsze, podkreślenie kluczowego znaczenia partii politycznych w systemie demokratycznym, co nastąpiło poprzez wskazanie, iż partiom przysługuje – na gruncie UZ RFN – tzw. przywilej partii (*Parteienprivileg*). Polega on na tym, że wyłącznie Federalny Trybunał Konstytucyjny może zakazać ich istnienia, nie jest to zaś,

57 Zob. wyrok I Senatu FSK z 23 X 1952 r., 1 BvB 1/51, opubl. w: BVerfGE 2, 1. Zob. też M. Pach, *Ograniczenia swobody funkcjonowania partii politycznych na gruncie Ustawy Zasadniczej RFN z 1949 r. i Konstytucji RP z 1997 r. w świetle regulacji normatywnej i wybranego orzecznictwa konstytucyjnego*, w: *Konstytucje państw europejskich z perspektyw historycznej i współczesnej*, red. P. Kowalczyk, B.A. Maciejewska, Toruń 2015, s. 216–218. Por. M. Bartoszewicz, *Nadzór nad partiami politycznymi w polskim porządku konstytucyjnym*, Warszawa 2006, s. 87–89; A. Moroska, *Delegalizacja partii politycznych jako instrument bezpieczeństwa wewnętrznego państwa. Analiza na przykładzie Niemiec*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2010/2011, s. 162 (tam też, na s. 161–162, szersze informacje nt. SRP).

58 Zob. A. Moroska, *Delegalizacja...*, s. 162 (przyp. nr 28).

jak w przypadku innego rodzaju zrzeczeń, kompetencja organów władzy wykonawczej. Z tego względu Federalny Trybunał Konstytucyjny przyjął, że art. 21 ust. 2 UZ to *lex specialis* względem art. 9 ust. 2 UZ. W tym kontekście w literaturze zauważono, że w latach 1919–1933 sprawowanie nad partiami owej najdalej idącej kontroli prawnej było prostsze, co stanowiło pewną zaletę zasadniczo wadliwego rozwiązania, sprowadzającego się do braku konstytucyjnej, odpowiadającej ich znaczeniu w państwie demokratycznym regulacji statusu partii politycznych⁵⁹. Z uwagi na to, że zakaz ich działania musi stanowić *ultima ratio*, podejście bońskiego ustrojodawcy należy jednak w pełni zaakceptować. Po drugie, w analizowanym wyroku Federalny Trybunał Konstytucyjny sprecyzował pojęcie wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, stwierdzając, że chodzi o taki porządek, który „wyklucza wszelką dyktaturę i despotyzm, a polega na istnieniu państwa prawa mającego za fundament zasadę samostanowienia narodu zgodnie z wolą każdorazowej większości oraz wolność i równość”. W ocenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego:

[...] do katalogu zasad wspomnianego porządku ustrojowego należy zaliczyć co najmniej: szacunek dla określonych w UZ praw człowieka (przede wszystkim dla prawa jednostki do życia i swobodnego rozwoju), suwerenność narodu, podział władzy, odpowiedzialność rządu, oparcie działalności administracji na ustawach, niezależność sądów, zasadę pluralizmu partii oraz równość szans wszystkich partii politycznych, w tym konstytucyjne prawo każdej partii do tworzenia i realizacji funkcji opozycji.

Wyrokiem z 17 sierpnia 1956 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał za sprzeczną z konstytucją Komunistyczną Partię Niemiec (*Kommunistische Partei Deutschlands*; dalej: „KPD”), tak jak w przypadku SRP orzekając także o przepadku jej majątku na rzecz RFN⁶⁰. Sędziowie doszli do przekonania, że aby zapadło orzeczenie niekorzystne dla

59 Zob. W. Löwer, *Wehrhafte...*, s. 79–80; H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 350.

60 Zob. wyrok I Senatu FSK z 17 VIII 1956 r., 1 BvB 2/51, opubl. w: BVerfGE 5, 85; M. Pach, *Ograniczenia...*, s. 218–219. Por. A. Moroska, *Delegalizacja...*, s. 164 (tam też, na s. 163–164, szersze informacje nt. KPD).

partii, nie ma konieczności podejmowania przez nią działań bezpośrednio zmierzających do obalenia wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego. Jak jednak zauważył Federalny Trybunał Konstytucyjny, wynikający z założeń ideologii marksizmu-leninizmu ostateczny cel KPD, jaki stanowi dyktatura proletariatu, nie daje się pogodzić z tym porządkiem, między innymi dlatego że zakłada zniesienie równości wobec prawa i ustanowienie monopolu partii robotniczej. Kontrolowana partia *hic et nunc* akceptowała instytucje demokracji parlamentarnej, ale czyniła to instrumentalnie, docelowo zmierzając do ich likwidacji. Wprawdzie – w ocenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego – o sprzeczności partii politycznej z konstytucją nie może przesądzać sam fakt, że nie uznaje ona najważniejszych zasad wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, co innego jednak gdy – jak było w przypadku KPD – dąży w drodze aktywnej walki (*aktiv-kämpferisch*) do podważenia podstawowych dla porządku konstytucyjnego wartości, prezentując agresywne stanowisko względem funkcjonującego ustroju. Wyrok spotkał się z krytyką zarówno w literaturze polskiej okresu PRL (co nie zaskakuje)⁶¹, jak i po części w nauce zachodnioniemieckiej⁶².

Ze względu na wystąpienie nieusuwalnej przeszkody dla jego kontynuowania postanowieniem z 18 marca 2003 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny umorzył zainicjowane przez Bundestag, Bundesrat i Rząd Federalny postępowanie przeciwko Narodowodemokratycznej Partii Niemiec (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*; dalej: „NPD”)⁶³. Powód stanowiła zbyt liczna obecność funkcjonariuszy Federalnego Urzędu Ochrony Konstytucji (tzw. *V-Leute*) w strukturach tej partii, w tym i na stanowiskach kierowniczych, co zdaniem mniejszości blokującej (trzech członków senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego),

61 Zob. np. L. Janicki, *Partie polityczne w systemie prawnym Republiki Federalnej Niemiec*, Poznań 1975, s. 212–213; Z. Maciąg, *System partyjny Republiki Federalnej Niemiec*, Warszawa 1979, s. 119–120.

62 Zob. H. Ridder, *Streitbare Demokratie?*, „Neue Politische Literatur” 1957, nr 2, łam 351 i n.

63 Zob. postanowienie II Senatu FTK z 18 III 2003 r., 2 BvB 1/01, 2 BvB 2/01, 2 BvB 3/01, opubl. w: BVerfGE 107, 339, a także np. M. Pach, *Ograniczenia...*, s. 219. Por. M. Bartoszewicz, *Nadzór...*, s. 89–93. Na temat ewolucji NPD poprzedzającej wniosek o stwierdzenie sprzeczności tej partii z konstytucją, samego umorzonoego postępowania oraz późniejszej debaty w sprawie NPD zob. A. Moroska, *Delegalizacja...*, s. 169–174.

wystarczającej dla uniemożliwienia podjęcia decyzji procesowej niekorzystnej dla partii, nie pozwalało na precyzyjne odróżnienie realnych działań NPD od działań inspirowanych przez agentów⁶⁴.

W rezultacie umorzenia postępowania formułowane od wielu lat w odniesieniu do NPD zarzuty dotyczące jej nazistowskiego, antydemokratycznego i rasistowskiego charakteru nie zostały merytorycznie rozpoznane. Pod koniec 2012 r. Bundesrat podjął jednak uchwałę o wystąpieniu z kolejnym wnioskiem⁶⁵, co nastąpiło 3 grudnia 2013 r., kiedy to pełnomocnik Bundesratu wniósł do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego odpowiednie pismo⁶⁶. Komentując nową inicjatywę, Martin Morlok zastanawiał się z jednej strony nad jej prawnymi szansami, a to z uwagi na obawę o powtórzenie się trudności w zidentyfikowaniu rzeczywistych działań NPD w obliczu infiltracji tego ugrupowania przez *V-Leute*, a ponadto ze względu na podwyższenie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka – w porównaniu z tymi określonymi przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w latach pięćdziesiątych dwudziestego wieku – standardów dopuszczalności zakazywania działalności partii (z perspektywy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka konieczne jest stwarzanie przez partię realnego zagrożenia dla demokracji)⁶⁷; z drugiej zaś strony rozważał celowość zakazu, skoro nie rozwiązuje on problemu ekstremizmu politycznego, a nawet może przyczynić się do jego nabrzmienia

64 Jednak w ocenie niektórych przedstawicieli niemieckiej doktryny § 15 ust. 4 zd. 1 ustawy o FTK, ustanawiający wymóg większości kwalifikowanej 2/3 członków Senatu, nie powinien być znaleźć w tym przypadku zastosowania, ponieważ samo kontynuowanie postępowania nie stanowiłoby decyzji niekorzystnej dla NPD. Zob. J. Ipsen, *Das Ende des NPD-Verbotsverfahrens. Prozeßentscheidung versus Sachentscheidung*, „Juristen Zeitung” 2003, nr 10, s. 486.

65 Zob. uchwałę Bundesratu z dn. 14 XII 2012 r., Drucksache 770/12.

66 Zob. informację na stronie internetowej Bundesratu: < <http://www.bundesrat.de/DE/plenum/themen/npd-verbot/npd-verbot-node.html> >.

67 Szerzej na temat orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „ETPCz”) w sprawie partii politycznych zob. np. M. Bartoszewicz, *Nadzór...*, s. 81–86; A. Paprocka, *Konstytucja RP wobec ekstremizmu politycznego – potencjalne problemy dla orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, red. S. Biernat, Warszawa 2013, „Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego” 2012, nr 1, s. 184–185. Z drugiej strony A. Paprocka zauważa, że kryterium prawdopodobieństwa realizacji przez partię ekstremistycznych celów stanowi w orzecznictwie ETPCz kryterium pomocnicze, a nie podstawowe. Zob. A. Paprocka, *Delegalizacja organizacji skrajnych – standardy Rady Europy i wnioski dla polskiej praktyki*, Warszawa 2013, s. 7–8.

poprzez stworzenie gruntu dla rozwoju mitu martyrologicznego. Wskazał również zalety ugrupowań skrajnych, sprowadzające się do ich funkcji „wentyla niezadowolenia” i „sejsmografu” problemów społecznych niedocenianych przez inne stronnictwa. Z tego względu powoływany autor sugerował, aby raczej nauczyć się żyć z ekstremistami w ramach demokracji niż wykluczać ich ze sceny politycznej, tym bardziej że zakaz może okazać się mało skuteczny, skłaniając członków zabronionej organizacji do utworzenia nowej⁶⁸.

Wyrok w sprawie NPD oddalający wniosek Bundesratu został wydany przez Federalny Trybunał Konstytucyjny 17 stycznia 2017 r.⁶⁹ Nie potwierdziła się pierwsza z wyżej wspomnianych obaw M. Morloka, dotycząca trudności przy prawidłowej ocenie materiału dowodowego, natomiast znalazła w tym judykacie odzwierciedlenie teza o potrzebie dostosowania orzecznictwa w sprawach partii politycznych do standardów sformułowanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał bowiem, że choć koncepcja polityczna NPD ukierunkowana jest na usunięcie wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego RFN (gdyż głoszona przez to ugrupowanie etniczna koncepcja narodu nie daje się pogodzić z godnością człowieka, zasadą równości i zasadą demokracji, wykluczając z udziału w procesach decydowania politycznego wszystkich obywateli Niemiec obcego pochodzenia) i choć partia ta wykazuje (m.in. poprzez swoją wizję wspólnoty narodowej i głoszony antysemityzm, a także stosowaną symbolikę i pozytywny stosunek do przywódców NSDAP) istotne pokrewieństwo z narodowym socjalizmem, to jednak orzeczeniu o sprzeczności z konstytucją sprzeciwia się brak realizacji przesłanki zmierzania do (*Darauf Ausgehens*) usunięcia wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, co wynika z bardzo znikomej obecnie społecznej popularności NPD. Dowodami potwierdzającymi kryzys tego ugrupowania są słabe wyniki osiągnięte w kolejnych wyborach, niestwarzające jakichkolwiek perspektyw przekroczenia w najbliższej przyszłości klauzuli zaporowej, jak również topniejąca baza członkowska

68 Zob. M. Morlok, *Fragen des Rechts und der politischen Klugheit – Zur aktuellen NPD-Parteiverbotsdebatte*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2003, nr 3, s. 69–70.

69 Zob. wyrok II Senatu FTK z 17 I 2017 r., 2 BvB 1/13, niepubl.

(poniżej sześciu tysięcy działaczy w skali całych Niemiec). Jednocześnie Federalny Trybunał Konstytucyjny za wystarczające środki prawnej reakcji na nacjonalistyczne i antysemickie ekscesy członków NPD uznał instrumenty z zakresu zwykłego ustawodawstwa, na czele z przepisami Kodeksu karnego, ponieważ skala tego rodzaju niebezpiecznych zachowań nie przekracza progu, który uzasadniałby sięgnięcie po instytucję unormowaną w art. 21 ust. 2 UZ. Prócz tego jednak zasugerował, że do decyzji ustrojodawcy należy ewentualna zmiana UZ przewidująca możliwość stosowania względem wrogich konstytucji partii mniej drastycznych rozwiązań niż zakaz ich działalności.

Można stwierdzić, że – inaczej niż w wyroku w sprawie KPD z 1956 r. – tym razem Federalny Trybunał Konstytucyjny przyjął obiektywne, a nie subiektywne rozumienie przesłanki zmierzania przez partię do obalenia (lub naruszenia) wolnościowego, demokratycznego porządku ustrojowego. Obecnie nie wystarczy więc, że partia w bliżej nieokreślonej przyszłości planuje wykorzystać instytucje demokratyczne do likwidacji liberalno-demokratycznego ładu. Dla orzeczenia o jej sprzeczności z konstytucją niezbędne jest również wykazanie istnienia poszlak wskazujących na możliwość osiągnięcia sukcesu w realizacji wspomnianego celu. Jakkolwiek omawiane orzeczenie nie wywołało zaskoczenia, to jednak na łamach niemieckiej prasy wyrażono na jego temat rozbieżne opinie⁷⁰. Niewątpliwie sędziom z Karlsruhe udało się trafnie ocenić aktualny zasięg społecznych wpływów idei głoszonych przez NPD, jednak nasuwa się pytanie o możliwości skutecznej trybunalskiej reakcji w formie orzeczenia o sprzeczności partii z konstytucją wówczas, gdy wpływy te wzrosną i znajdą odzwierciedlenie w wysokich wynikach wyborczych innej partii⁷¹. Trzeba jednak odnotować, że już wiele lat temu wskazywano na jeden z paradoksów zakazu działania partii politycznych polegający właśnie na tym, że gdy zakaz miałby dotyczyć ugrupowania o nikłych

70 Zob. M. Steinbeis, *Die eventuell, aber nicht potenziell verfassungswidrige NPD*, < <http://verfassungsblog.de/die-eventuell-aber-nicht-potenziell-verfassungswidrige-npd> >; H. Bubrowski, *Erlaubt ist, was schwach ist*, < <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/npd-urteil-ist-kein-eindeutiger-sieg-14680490.html> >; H. Prantl, *Das NPD-Urteil ist bedauerlich falsch*, < <http://www.sueddeutsche.de/politik/bundesverfassungsgericht-das-npd-urteil-ist-bedauerlich-falsch-1.3336328> >.

71 Zob. M. Pach, *Dwie koncepcje obrony demokracji*, < <http://konstytucyjny.pl/?p=32> >.

społecznych wpływach, to staje się niepotrzebny, a z kolei stosowanie go względem znaczących stronnictw może się okazać nieefektywne⁷².

Z drugiej strony tegoroczny wyrok w sprawie NPD stał się impulsem dla działań legislacyjnych, które zakończyły się uchwaleniem wspomnianej już ustawy zmieniającej UZ. Przydała ona Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu kompetencję do wykluczania z państwowego finansowania partii, które poprzez swoje cele lub zachowanie swoich zwolenników są ukierunkowane na (*darauf ausgerichtet*) naruszenie lub obalenie wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego albo zagrożenie istnienia RFN (art. 21 ust. 4 w zw. z art. 21 ust. 3 zdanie pierwsze UZ)⁷³. W konsekwencji niekorzystnego dla partii orzeczenia w tej sprawie odpada uprzywilejowanie podatkowe partii i uprzywilejowanie podatkowe darowizn na jej rzecz (art. 21 ust. 3 zdanie drugie UZ). Uchwalono również normującą szczegóły ustawę o wykluczeniu partii wrogich konstytucji z finansowania partii⁷⁴. Znowelizowała ona m.in. ustawę o FTK i pozwoliła Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu na orzekanie – na wniosek tych samych podmiotów, co w przypadku stwierdzenia sprzeczności z konstytucją – o wykluczeniu finansowania danej partii ze środków państwowych na okres sześciu lat, przy czym okres ten może zostać przedłużony⁷⁵. Tym samym znaleziono alternatywne, mniej radykalne niż zakaz działalności partii rozwiązanie prawne, które może okazać się skutecznym narzędziem walki z ekstremizmem.

Przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym jeszcze dwukrotnie (w latach 1993–1994) były prowadzone postępowania na podstawie art. 21 ust. 2 UZ, skierowane odpowiednio – na wniosek Senatu

72 Zob. M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2932 i cytowaną tam literaturę.

73 Przesłanki wykluczenia przez Federalny Trybunał Konstytucyjny danej partii z państwowego finansowania (art. 21 ust. 3 zdanie pierwsze) są zasadniczo takie same jak przesłanki orzeczenia przezeń o sprzeczności partii z konstytucją (art. 21 ust. 2). Różnica polega na tym, że dla wydania pierwszego z wymienionych tu orzeczeń wystarcza stwierdzenie „ukierunkowania” partii na cele wskazane w art. 21 ust. 3, a warunkiem orzeczenia o sprzeczności partii z konstytucją jest udowodnienie, że partia „zmierza” do celów, o których mowa w art. 21 ust. 2. W ten sposób niemiecki ustrojodawca starał się uchwycić różnicę pomiędzy subiektywnym nastawieniem partii a możliwościami osiągnięcia przez nią założonych celów, tak jak uczynił to Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 17 I 2017 r.

74 *Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung* z dn. 18 VII 2017 r., BGBl. I, s. 2730.

75 Zob. § 43 ust. 1 i 2 oraz nowy § 46a ustawy o FTK.

Hamburga – przeciwko Liście Narodowej (*Nationale Liste*; dalej: „NL”) i – na wniosek Bundesratu i Rządu Federalnego – przeciwko Wolnościowej Niemieckiej Partii Robotników (*Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei*; dalej: „FAP”). W ocenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego organizacje te nie posiadały statusu partii politycznych w rozumieniu konstytucji i ustawy o partiach politycznych⁷⁶, skoro nie wyrażały „poważnej woli wywierania trwałego wpływu na procesy politycznego decydowania na poziomie federalnym lub krajowym oraz współuczestnictwa w parlamentarnej reprezentacji narodu”⁷⁷; dlatego Federalny Trybunał Konstytucyjny odrzucił jako niedopuszczalne wnioski o stwierdzenie ich sprzeczności z konstytucją⁷⁸. Oba ugrupowania miały charakter neonazistowski i zostały zakazane 24 lutego 1995 r. odpowiednio przez federalnego ministra spraw wewnętrznych (FAP) i przez Urząd Spraw Wewnętrznych Wolnego i Hanzeatyckiego Miasta Hamburga (NL)⁷⁹.

Dotychczasowa praktyka stosowania art. 21 ust. 2 UZ pozwala wyodrębnić dwa okresy: 1) fazę aktywności (lata pięćdziesiąte dwudziestego wieku), w której Federalny Trybunał Konstytucyjny, zmierzając do zabezpieczenia młodej zachodnioniemieckiej demokracji przed wzrostem wpływów ugrupowań ekstremistycznych, w szczególności w warunkach zimnowojennych, orzekał o sprzeczności partii politycznych z konstytucją⁸⁰; 2) fazę pasywności (początek dwudziestego pierwszego wieku), kiedy to Federalny Trybunał Konstytucyjny przyjmował powściągliwą interpretację art. 21 ust. 2 UZ, zmierzając do nieczynienia użytku z przewidzianej tym przepisem kompetencji, co odbywało się już w warunkach funkcjonowania stabilnej demokracji RFN oraz w obliczu rozwiniętego, konsekwentnie wspierającego szeroki pluralizm partyjny orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Powyższe rozróżnienie

76 *Gesetz über die politischen Parteien* w wersji ogłoszenia z dn. 31 I 1994 r., BGBl. I, s. 149 ze zm.

77 H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 352.

78 Zob. postanowienia II Senatu FTK z 17 XI 1994 r.: 2 BvB 1/93, opubl. w: BVerfGE 91, 262 (dot. NL) oraz 2 BvB 2/93, 2 BvB 3/93, opubl. w: BVerfGE 91, 276 (dot. FAP).

79 Bundesamt für Verfassungsschutz, *Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen*, < <https://www.verfassungsschutz.de/download/broschuere-2015-04-rechts-extremismus-symbole-zeichen-und-verbotene-organisationen.pdf> >, s. 25–26.

80 Podobnie np. M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2942; A. Moroska, *Delegalizacja...*, s. 164–165.

jest oparte wyłącznie na charakterystyce orzecznictwa we wskazanych dwóch okresach⁸¹. Zdaniem niektórych przedstawicieli niemieckiej doktryny wpływ czasu i okrzepnięcie demokracji w RFN powinny skłaniać do przemyślenia konstrukcji zakazu działalności partii politycznych i zastanowienia się nad wprowadzeniem w jego miejsce, w razie stwierdzenia sprzeczności partii z konstytucją, łagodniejszych sankcji, np. okresowego zakazu udziału w wyborach, zakazu organizowania publicznych demonstracji albo sankcji finansowych⁸². Ostatni z tych postulatów, jak zostało już powiedziane, niedawno został uwzględniony przez ustrojodawcę i ustawodawcę niemieckiego.

Drugą – dotyczącą innych niż partie polityczne zrzeszeń – instytucję prawną służącą obronie demokracji przed ekstremizmem wyraża art. 9 ust. 2 UZ. Stanowi on: „[z]akazane są organizacje, których cele lub działalność są sprzeczne z ustawami karnymi, skierowane są przeciwko porządkowi konstytucyjnemu albo idei porozumienia między narodami”. Zwykle przy tym przyjmuje się, że choć mowa o „porządku konstytucyjnym”, to nakazana jest wąska wykładnia tego pojęcia, utożsamiająca go z wolnościowym demokratycznym porządkiem ustrojowym, ponieważ ustrojodawca zamierzał w drodze tej regulacji objąć ochroną to samo dobro prawne⁸³. Jak zauważają H.-J. Papier i W. Durner, inaczej niż zakazy orzekane w odniesieniu do partii – zakazy działalności pozostałych organizacji znalazły w praktyce ustrojowej RFN bardzo częste zastosowanie, a różnicy wspomniani autorzy upatrują w obowiązującym w przypadku partii monopolu sądu konstytucyjnego⁸⁴, podczas gdy zdelegalizować inne organizacje, zgodnie z § 3 ust. 2 ustawy o regulacji publicznego prawa stowarzyszeń⁸⁵, mają prawo organy administracji (federalny minister spraw wewnętrznych lub naczelny organ kraju związkowego albo

81 Inną periodyzację, obejmującą trzy okresy, proponuje A. Moroska, co wynika z przyjęcia przez nią odmiennej perspektywy badawczej, ukierunkowanej na obserwację aktywności organów władzy państwowej w składaniu wniosków do FTK wymierzonych przeciwko partiom politycznym. Zob. A. Moroska, *Delegalizacja...*, s. 161 i n.

82 Zob. M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2942.

83 Zob. np. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 350; J. Becker, *Die wehrhafte...*, s. 318; M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2936.

84 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 353.

85 *Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz)* z dn. 5 VIII 1964 r., BGBl. I, s. 593 ze zm.; dalej: „ustawa o stowarzyszeniach”.

organ właściwy w świetle prawa kraju związkowego)⁸⁶. Szczególnie częsty użytek z art. 9 ust. 2 UZ czyniono w początkowym okresie istnienia RFN – już przed wejściem w życie ustawy o stowarzyszeniach z 1964 r. wydano trzysta dwadzieścia osiem zakazów w stosunku do rozmaitych ekstremistycznych organizacji, a później Federacja i kraje jeszcze ponad osiemdziesiąt razy sięgnęły po ten środek⁸⁷.

Trzecią wartą omówienia instytucją demokracji zdolnej do obrony jest art. 18 UZ:

Kto nadużywa wolności wyrażania poglądów, w szczególności wolności prasy (art. 5 ust. 1), wolności nauczania (art. 5 ust. 3), wolności zgromadzeń (art. 8), wolności zrzeszania się (art. 9), tajemnicy korespondencji, pocztowej i telekomunikacyjnej (art. 10), prawa własności (art. 14) albo prawa azylu (art. 16a) do walki przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi, traci wymienione prawa podstawowe. O utracie praw i zakresie tej utraty orzeka Federalny Trybunał Konstytucyjny.

U źródeł powyższej regulacji leżało przekonanie twórców UZ RFN, że zagrożenie dla wolnościowego demokratycznego porządku może pojawić się nie tylko ze strony władzy (rządu, organów administracji) czy zorganizowanych grup, takich jak partie polityczne oraz inne zrzeszenia, ale również pojedynczych osób⁸⁸. Jak wynika z zawartego w art. 18 wyliczenia, utracie podlegają „te prawa konstytucyjne, które ze względów komunikacyjnych lub ekonomicznych w sposób szczególny umożliwiają aktywność polityczną i mogą zostać nadużyte do antydemokratycznej agitacji”⁸⁹. Niektórzy dopuszczają także ograniczenie w następstwie orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego możliwości korzystania z innych praw niż wymienione w art. 18 UZ, tak aby osiągnięcie celów, których zapobieżeniu ma służyć utrata danego prawa, nie okazało się możliwe w drodze dalszego korzystania z prawa z nim powiązanego, ale niewspomnianego

86 Wskazuje się, że okoliczność ta stanowi jeden z dowodów na wzmocniony status partii politycznych w porównaniu z pozostałymi organizacjami. Zob. M. Morlok, *Parteiverbot...*, s. 2937.

87 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 353. Liczba ta dotyczy lat 1964–2003.

88 Zob. M. Thiel, *Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG*, w: *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, red. M. Thiel, Tybinga 2003, s. 129.

89 H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 349.

w art. 18. Zwykle przy tym nie przypisuje się Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu możliwości orzekania wprost o utracie niewuwzględnionego w przedstawionym wyżej katalogu prawa, a ograniczenie korzystania z niego akceptuje się na zasadzie konsekwencji utraty któregoś z praw w tym katalogu ujętych⁹⁰. Część badaczy akcentuje ograniczający wolność charakter omawianej regulacji, co ich zdaniem wyklucza możliwość odwoływania się do wykładni rozszerzającej⁹¹. Trudności nastęrcza również kwestia wykonania wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁹². Z uwagi na brak praktyki wydawania orzeczeń o utracie praw oraz wątpliwości interpretacyjne obejmujące także niejasne skutki prawne zastosowania art. 18 – przepis ten pełni głównie symboliczną i ostrzegawczą funkcję⁹³. Istotnie, można go uznać za „straszak konstytucyjny”, bo do dziś ani razu nie zdarzyło się, aby Federalny Trybunał Konstytucyjny orzekł o utracie czyichkolwiek praw podstawowych. Czterokrotnie natomiast na wniosek Rządu Federalnego toczyły się postępowania w tej sprawie: od 1952 r. – przeciwko zastępcy przewodniczącego SRP Ottonowi Ernstowi Remerowi, od 1969 r. – przeciwko wydawcy i redaktorowi naczelnemu „Niemieckiej Gazety Narodowej” (*Deutsche Nationalzeitung*) Gerhardowi Freyowi (a zarazem przeciwko spółce, której był jedynym udziałowcem), a od 1992 r. – przeciwko przywódcy prawicowej Partii Niemiecko-Narodowej (*Deutsch-Nationale Partei*) Thomasowi Dienelowi i przeciwko przedstawicielowi NL Heinzowi Reiszowi⁹⁴. Choć postępowania te nie zakończyły się zgodnie

90 Na temat różnych stanowisk w tej sprawie zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 154–158. Przykładem prawa niewymienionego w art. 18 UZ, które może zostać nadużyte do walki z wolnościowym demokratycznym porządkiem ustrojowym, jest bierne prawo wyborcze (zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 156). Zgodnie z § 39 ust. 2 ustawy o FTK istnieje możliwość pozbawienia przez FTK jednostki, która na mocy jego orzeczenia utraciła określone prawa podstawowe, prawa wyborczego (*das Wahlrecht*), prawa wybieralności (*die Wählbarkeit*) i zdolności do sprawowania urzędów publicznych (*die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter*) w wymiarze czasowym takim, na jaki orzeczono utratę praw podstawowych. W przypadku zaś osoby prawnej FTK może zarządzić jej likwidację. Przepis ten wzbudził wątpliwości co do jego zgodności z art. 18 UZ, ale wskazuje się też kontrargumenty, m.in. ten, że bez tego przepisu cel utraty praw mógłby nie zostać osiągnięty (zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 159).

91 Tak np. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 354, którego spostrzeżenie odnosi się także do wykładni art. 9 ust. 2 i art. 21 ust. 2 UZ, bo wszystkie te przepisy mają zbliżony do siebie charakter.

92 Zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 162–163.

93 Tak H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 349–350.

94 Zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 133–134.

z intencją wnioskodawcy, to i tak odniosły pewien skutek. W przypadku pierwszych dwóch z nich, mimo upływu odpowiednio ośmiu i pięciu lat od ich wszczęcia, Federalny Trybunał Konstytucyjny nie stwierdził bowiem, aby ujawniły się fakty wskazujące na kontynuowanie przez osoby, których dotyczyły wnioski, walki z wolnościowym demokratycznym porządkiem ustrojowym⁹⁵. Generalnie jednak w literaturze wskazuje się, że wystarczającym środkiem do osiągnięcia celów analogicznych do tych, które przyświecały uchwaleniu art. 18 UZ, jest stosowanie przepisów ustawowych, zwłaszcza karnych, służących ukróceniu działalności wymierzonej w porządek konstytucyjny, orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego o utracie praw podstawowych zwykle byłoby zaś reakcją nieproporcjonalną⁹⁶.

Spośród innych przepisów UZ wyrażających koncepcję demokracji zdolnej do obrony warto też wymienić art. 20 ust. 4, który stanowi, że „[w]obec każdego, kto usiłuje obalić ten porządek⁹⁷, wszystkim Niemcom przysługuje prawo do oporu, jeżeli inny sposób przeciwdziałania nie jest możliwy”. Koncepcję uwzględnienia tego rodzaju przepisu rozważano już w toku prac nad UZ, jednak głównie pod wpływem wątpliwości, które wyraził Carlo Schmid, obawiający się niejasnych przesłanek aktualizujących możliwość powołania się na prawo do oporu i ewentualnych nadużyć na tym tle, zrezygnowano wówczas z takiego rozwiązania⁹⁸. Do zamiaru pozytywizacji prawa do oporu powrócono w 1968 r. przy okazji prac nad szeroką nowelizacją konstytucji, polegającą na uregulowaniu możliwości reagowania przez państwo na różnego rodzaju zagrożenia wewnętrzne i zewnętrzne, co wiązało się z ograniczeniami statusu jednostki⁹⁹. Sens art. 20 ust. 4 UZ sprowadza się do „przełamania monopolu

95 Zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 133.

96 Zob. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 130–131.

97 Zob. art. 20 ust. 1–3 UZ. Zwykle „ten porządek” utożsamia się z wolnościowym demokratycznym porządkiem ustrojowym (tak np. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 350 i powoływani przezeń autorzy).

98 Zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG*, w: *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, red. M. Thiel, Tybinga 2003, s. 102.

99 Na temat tej nowelizacji, uchwalonej dn. 24 VI 1968 r., zob. np. D. Janicka, *Ustawa zasadnicza w praktyce Republiki Federalnej Niemiec (1949–1989)*, Toruń 2009, s. 116–119. Szerzej o pracach nad art. 20 ust. 4 UZ pisze J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 104–106.

władzy państwowej na stosowanie przemocy” w przypadku, gdy podjęto zamach na wolnościowy demokratyczny porządek ustrojowy, a wyczerpały się przewidziane prawem możliwości reakcji państwa na tę sytuację; jest to przepis o charakterze „propaństwowym”, służący ochronie określonego konstytucją porządku ustrojowego, choć „zarazem może on być skierowany przeciwko organom państwa”¹⁰⁰. Chodzi tutaj o zabezpieczenie demokracji zarówno przed zagrożeniami „z góry” (*von oben*), których źródłem mogłyby być zachowania piastunów władzy, jak i „z dołu” (*von unten*), gdy to jednostka usiłowałaby przeprowadzić zamach stanu¹⁰¹. Tymczasem art. 9 ust. 2, art. 18 i art. 21 ust. 2 realizują jedynie funkcję ochrony oddolnej¹⁰². Podkreśla się też, że o ile niepisane, przedpaństwowe prawo do oporu ukierunkowane jest w pierwszym rzędzie na ochronę praw człowieka, o tyle jego spożytywizowana postać eksponuje właśnie dążenie do obrony podstawowych zasad konkretnego porządku ustrojowego¹⁰³. Sięgnąć po prawo do oporu wolno w obliczu systematycznego ataku na choćby jedną z zasad, o których stanowią art. 20 ust. 1, 2 i 3 UZ, ale pod warunkiem że jej obrona wciąż jest możliwa¹⁰⁴. Środki, które stosuje osoba powołująca się na prawo do oporu, powinny mieć charakter proporcjonalny, ale niekiedy mogą obejmować nawet prawo zabicia tego, kto usiłuje obalić zagwarantowany UZ porządek konstytucyjny¹⁰⁵.

Często krytykuje się brak precyzji omawianego przepisu i traktuje go jako przejaw „symbolicznego prawotwórstwa konstytucyjnego”¹⁰⁶, jednak wskazuje się też na jego istotną rolę psychologiczną, polegającą na wsparciu przez ustrojodawcę tych, którzy gotowi są aktywnie bronić fundamentów ładu konstytucyjnego¹⁰⁷. Ma to tym większe znaczenie, że obywatel ponosi ryzyko prawne związane z błędną oceną sytuacji

100 J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 106–107.

101 Zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 107, 108 i 123; E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 350–351.

102 Zob. np. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 350.

103 Tak J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 107, 108 i 121.

104 Zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 122–123.

105 Zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 125.

106 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 353–354 i cytowaną tam literaturę.

107 Zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 110. Autor ten uważa, że funkcja motywująca art. 20 ust. 4 UZ uzasadnia poniesienie ceny w postaci wątpliwości interpretacyjnych, których ów przepis przysparza (zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 128).

i przedwczesnym – lub z innych powodów nieuprawnionym – powołaniem się na prawo do oporu¹⁰⁸.

4. Kontrowersje

Niezależnie od oceny celowości uwzględnienia w UZ przepisów takich jak omówione nie budzi wątpliwości teza, że świadczą one o ukształtowaniu niemieckiej demokracji jako demokracji zdolnej do obrony. Kontrowersje natomiast pojawiły się w związku z tym, że Federalny Trybunał Konstytucyjny stopniowo zaczął szerzej odwoływać się do owej „podstawowej decyzji” (*Grundentscheidung*) ustrojodawcy, uznając, że z UZ da się wyprowadzić w drodze wykładni „zasadę *streitbare Demokratie*” (*Prinzip/Grundsatz der streitbaren Demokratie*), posiadającą znaczenie wykraczające poza treść normatywną szczegółowych przepisów UZ chroniących wolnościowy demokratyczny porządek ustrojowy¹⁰⁹. Zasadą tą Federalny Trybunał Konstytucyjny posługiwał się także w celu akceptacji ograniczeń praw podstawowych¹¹⁰. Zdaniem niektórych pojęcie *streitbare Demokratie* może być instrumentem wykładni systemowej i świadczyć o respektowaniu zasady traktowania całego tekstu konstytucji jako jedności (*Einheit der Verfassung*), ale nie wolno używać go jako zasady umożliwiającej ograniczanie praw wtedy, gdy nie pozwalają na to przepisy konstytucji¹¹¹.

Liczne kontrowersje wokół stosowania zasady *streitbare Demokratie* wzbudziły niektóre orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z lat siedemdziesiątych dwudziestego wieku. Warto przytoczyć trzy przykłady¹¹².

W postanowieniu z 18 lutego 1970 r. (tzw. *Soldatenbeschluss*), oddalającym skargę konstytucyjną¹¹³, Federalny Trybunał Konstytucyjny

108 Zob. J. Heinemann, *Das Widerstandsrecht...*, s. 127.

109 Jednak zdaniem niektórych na *wehrhafte Demokratie* należy patrzeć raczej jako na zasadę „przedkonstytucyjną”, pierwotną. W pracach nad UZ najpierw pojawiła się ona, a szczególnie przepisy jedynie dają jej wyraz. O normatywnym charakterze tej zasady miałyby świadczyć dająca się bez trudu ustalić intencja twórców UZ, aby chronić demokrację przed jej wrogami. Zob. M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 12–13.

110 Zob. M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 7–8.

111 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 364–365 i 367–368.

112 Zob. też J. Becker, *Die wehrhafte...*, s. 324–327.

113 Zob. postanowienie II Senatu FTK z 18 II 1970 r., 2 BvR 531/68, opubl. w: BVerfGE 28, 36.

uznał, że RFN jest demokracją, której konstytucja „oczekuje (*erwartet*) od swoich obywateli obrony wolnościowego demokratycznego porządku i nie toleruje nadużywania praw podstawowych do walki z tym porządkiem (art. 9 ust. 2, 20 ust. 4, 18, 21 ust. 2, 98 ust. 2 i 5 UZ)”, a zasada *streitbare Demokratie* „dotyczy także wewnętrznego porządku Bundeswehry. Dlatego stanowi podstawowy obowiązek żołnierzy występowanie poprzez całość zachowania na rzecz utrzymania wolnościowego porządku”. Kanwą sprawy stanowił przypadek ukaranego przez sąd wojskowy podoficera, który na służbie manifestował, w rozmowie z innymi żołnierzami, swoje poglądy polityczne bliższe opozycji pozaparlamentarnej (*Außerparlamentarische Opposition*), a bardzo krytyczne względem ustroju RFN. Zdaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego żołnierz powinien świecić przykładem, a nie występować przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi. W ocenie niektórych stan faktyczny tej sprawy nie wskazywał jednak na tego typu aktywność¹¹⁴. Uderzająca była, nieuzasadniona w świetle UZ, teza o obowiązku aktywnej obrony tego porządku, i to odniesiona do ogółu obywateli¹¹⁵. Później Federalny Trybunał Konstytucyjny od niej odszedł, np. w 2001 r. stwierdził, że „obywatele nie są prawnie zobowiązani do dzielenia wartości konstytucyjnych”¹¹⁶.

W wyroku z 15 grudnia 1970 r. (tzw. *Abhörurteil*)¹¹⁷ oceniono jako zgodny z art. 79 ust. 3 UZ przepis siedemnastej nowelizacji konstytucji, który zmienił art. 10 UZ. Do tej pory art. 10 ustanawiał nienaruszalność tajemnicy korespondencji, pocztowej i telekomunikacyjnej oraz zastrzegł możliwość wprowadzania ograniczeń wyłącznie na podstawie ustawy. W drodze nowelizacji dodano ust. 2, którego drugie zdanie brzmi:

Jeżeli ograniczenie służy ochronie wolnościowego, demokratycznego ustroju albo ochronie istnienia lub zabezpieczeniu Federacji lub

114 Zob. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 357.

115 Trafnie bowiem zauważono, że poszczególne przepisy UZ pomyślano jedynie jako środki reakcji na ekscesy totalitarne, a nie źródło obowiązku aktywnej obrony wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego przez jednostkę (tak E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 356).

116 Cyt. za: H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 366 (przyp. nr 138). Autorzy ci zmianę stanowiska FTK przyjmują z aprobatą.

117 Zob. wyrok II Senatu FTK z 15 XII 1970 r., 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69, opubl. w: BVerfGE 30, 1.

któregoś z krajów związkowych, ustawa może stanowić, że ograniczenie to nie będzie podane do wiadomości zainteresowanemu i że w miejsce drogi sądowej nastąpi kontrola przez organy powołane przez przedstawicielstwo narodu i organy pomocnicze.

W ocenie Petera Häberle zmiana ta naruszała zasady: godności człowieka, państwa prawa i podziału władzy¹¹⁸. Oznaczało to jednocześnie naruszenie art. 79 ust. 3, który to przepis uznaje powyższe zasady za niepodlegające procedurze zmiany konstytucji. Autor ten pisał o „relatywizacji art. 79 ust. 3” przez większość składu orzekającego, w związku z pośrednim dopuszczeniem wyżej opisanej „modyfikacji” sensu tych zasad¹¹⁹.

W zdaniu odrębnym trzech sędziów stwierdziło z przekąsem: „To sprzeczność sama w sobie, gdy dla ochrony konstytucji rezygnuje się z niezbywalnych zasad konstytucji”. Jednak pięciu pozostałych sędziów uznało, że art. 10 ust. 2 zd. 2 UZ należy interpretować w zgodzie z „podstawowymi zasadami UZ i jej hierarchią wartości (*Wertordnung*)”, w tym i w kontekście ukształtowania niemieckiej demokracji jako zdolnej do obrony, co oznacza, że wrogowie konstytucji nie mogą wykorzystywać dla swoich wymierzonych w liberalny porządek działań ochrony, jaką dają im wolności przysługujące jednostce. Ponadto skoro konstytucja powierza organom władzy państwowej zadanie w postaci ochrony konstytucji, a nawet przewiduje możliwość utworzenia urzędu realizującego to zadanie, to jednocześnie nie może odmawiać środków, które służą realizacji owego zadania. W przekonaniu P. Häberle po prostu i w sposób niebezpieczny wykorzystano tutaj „ideologiczne” pojęcie *streitbare Demokratie*, przypisując mu szczególne znaczenie w celu uzasadnienia działań wzmacniających państwo kosztem wolnościowego statusu jednostki¹²⁰. Tymczasem – jak zauważył Eckart Bulla – u źródeł konstytucyjnej koncepcji demokracji zdolnej do obrony leżało przekonanie o zagrożeniach nie tylko „oddolnych”, ale też „odgórnych”, art. 79 ust. 3 stanowi zaś element tej koncepcji¹²¹.

118 Zob. P. Häberle, *Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970. Analyse und Kritik des Urteils sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971*, „Juristen Zeitung” 1971, nr 5/6, s. 151–154.

119 Zob. P. Häberle, *Die Abhörentscheidung...*, s. 149.

120 Zob. P. Häberle, *Die Abhörentscheidung...*, s. 147.

121 Zob. E. Bulla, *Die Lehre...*, s. 351 i 353.

W uchwale z 22 maja 1975 r. (tzw. *Radikalenbeschluss*)¹²² Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał za zgodne z UZ i pozostałym prawem federalnym przepisy prawa urzędniczego Szlezwika-Holsztynu, pozwalające oczekiwać od kandydatów na urzędników posiadania nie tylko kwalifikacji merytorycznych i spełniania innych kryteriów obiektywnych, ale również dawania rękojmi tego, że w każdym czasie będą wstawiać się za wolnościowym demokratycznym porządkiem ustrojowym RFN. Z art. 33 ust. 5 UZ wyprowadzono tezę o obowiązku wierności państwu i jego konstytucji jako przyjętej zasadzie wykonywania zawodu urzędnika. Zdaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego od urzędników należy oczekiwać więcej niż tylko „postawy formalnie poprawnej, a poza tym niezainteresowanej, zimnej, wewnątrznie zdystansowanej”, gdy chodzi o stosunek do państwa i konstytucji. Z obowiązku wierności konstytucji wynika, że urzędnik „w szczególności powinien wyraźnie odcinać się od grup i nurtów, które atakują to państwo, jego konstytucyjne organy i obowiązujący porządek konstytucyjny”. Powtórzono tezę o konieczności kontekstowej wykładni konstytucji i przyjęto, że skoro UZ opowiedziała się za demokracją zdolną do obrony, to nie mogła zarazem pozwolić wrogom państwa na skuteczne powoływanie się na zakaz dyskryminacji ze względów politycznych, o którym mowa w art. 3 ust. 3 UZ. Uznano, że zakaz ten nie ma charakteru absolutnego.

W przekonaniu H.-J. Papiera i W. Durnera oparta na określonych wartościach *wehrhafte Demokratie* istotnie wyklucza dopuszczanie do służby publicznej osób, które odrzucają wolnościowy demokratyczny porządek, a zatem akurat ta konkluzja Federalnego Trybunału Konstytucyjnego była uzasadniona. Jednak według tych samych autorów sama przynależność danej osoby do partii politycznej niezdelegalizowanej przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, ale uznawanej za wrogą konstytucji, nie powinna być wyłączną podstawą odmowy zatrudnienia takiej osoby jako urzędnika¹²³.

Krytycznie odniósł się do omawianego orzeczenia Ralf Dreier, zarzucając Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu, że nie docenił znaczenia konstytucyjnego prawa dostępu do służby publicznej i bardziej

122 Zob. uchwałę II Senatu FTK z 22 V 1975 r., 2 BvL 13/73, opubl. w: BVerfGE 39, 334.

123 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 364–365.

zaakcentował możliwość jego ograniczania niż samo to prawo¹²⁴, co na dodatek nastąpiło z powołaniem się na niejasną z perspektywy normatywnej zasadę *streitbare Demokratie*, która chroni nieprecyzyjnie scharakteryzowane dobro prawne¹²⁵, stanowiąc „bramę dla ideologii przy interpretacji konstytucji”¹²⁶. Jeśli jednak chodzi o zarzut „zideologizowania”, to niektórzy wskazują na symetryczny dystans, który UZ zachowuje w odniesieniu do każdego z totalitaryzmów, w takim samym stopniu chroniąc demokrację przed skrajnościami lewicowymi, jak i prawicowymi¹²⁷.

W nowszym orzecznictwie Federalny Trybunał Konstytucyjny ograniczył odwoływanie się do „zasady *streitbare Demokratie*”, a nawet przeciwstawiał się stosowaniu zbliżonych do niej instrumentów, co niekiedy zdarzało się w orzecznictwie sądów, jak np. w przypadku Najwyższego Sądu Administracyjnego Nadrenii Północnej-Westfalii, który uzasadnił zakaz demonstracji NPD niemożnością pogodzenia wyrażanych przez te środowiska postulatów z uwarunkowanym historycznie porządkiem wartości spetryfikowanym przez UZ¹²⁸.

5. Podsumowanie

W literaturze po latach odrzucono tezę o bezbronności konstytucji weimarskiej. Warto jednak podkreślić, że UZ posiada nad nią tę przewagę, że *expressis verbis* określa fundamenty aksjologiczne państwa niemieckiego, czego konstytucja z 1919 r. nie uczyniła. W ten sposób wyznacza – zachowując podstawową zaletę demokracji, jaką stanowi pluralizm idei – pewne minimalne warunki brzegowe, bez spełnienia których niemożliwe jest prowadzenie racjonalnej, uwzględniającej różne punkty widzenia debaty publicznej.

Koncepcja demokracji zdolnej do obrony niesie ze sobą określone zagrożenia. Nie można na jej gruncie wykluczyć dokonywanych przez organy władzy publicznej nadużyć, których rezultatem byłaby

124 Zob. R. Dreier, *Verfassung und Ideologie. Bemerkungen zum Radikalenproblem*, w: *Gedächtnisschrift für Friedrich Klein*, red. D. Wielke, H. Weber, Monachium 1977, s. 89.

125 Zob. R. Dreier, *Verfassung...*, s. 95–97.

126 R. Dreier, *Verfassung...*, s. 100.

127 Zob. np. W. Löwer, *Wehrhafte...*, s. 77; M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 18.

128 Zob. H.-J. Papier, W. Durner, *Streitbare...*, s. 366–368.

nadmierna ingerencja w status jednostki, objętej przecież szczególną ochroną w ramach wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego. Wydaje się jednak, że problem ten należy rozwiązywać za pomocą odpowiedniej interpretacji przepisów, a nie rezygnacji z wyrażenia w konstytucji omawianej koncepcji. Zresztą konstytucje, które nie zawierają analogicznych do omówionych powyżej regulacji, znają klauzule dopuszczające ograniczenia praw jednostki w imię określonych wartości konstytucyjnych, co również rodzi ryzyko nadużyć. Jeśli chodzi o praktykę konstytucyjną RFN, to mimo kilku wyjątków związanych z nieuprawnionym posługiwaniem się „zasadą *streitbare Demokratie*” nie budzi ona zastrzeżeń. Instytucji demokracji zdolnej do obrony nie stosowano tam nadmiernie często. Wręcz przeciwnie – czyniono to powściągliwie, co dotyczy zwłaszcza art. 18 UZ, przepisu unikatowego w zachodnim konstytucjonalizmie¹²⁹. Szerokie zastosowanie praktyczne znalazł jedynie art. 9 ust. 2 UZ, ale jest rzeczą charakterystyczną, że działa się tak przede wszystkim w początkowym okresie istnienia RFN, gdy młoda demokracja wymagała szczególnej ochrony przed organizacjami skrajnymi. Pozostałe instytucje posiadały funkcję głównie odstrasżającą, co jednak również po części przyczyniło się do budowy stabilnej demokracji w tym państwie¹³⁰. Trzeba też odnotować elastyczność koncepcji *wehrhafte Demokratie*, której wyrazem była niedawna nowelizacja art. 21 UZ, pozwalająca Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu pozbawiać państwowego finansowania partie wrogo nastawione do demokracji liberalnej. Stanowi to łagodniejszy niż rozwiązanie ugrupowania, a potencjalnie skuteczny instrument ochrony demokracji.

Przedstawiona charakterystyka koncepcji *wehrhafte Demokratie* uprawnia do wskazania podwójnej roli sądu konstytucyjnego. Z jednej strony niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny jest organem, który na mocy samej UZ posiada kompetencje związane ze stosowaniem niektórych instytucji prawnych rozwijających tę koncepcję (art. 18, art. 21 ust. 4 w zw. z art. 21 ust. 2 i 3). Z drugiej strony można też przyjąć, w ślad za częścią niemieckiej doktryny, że instytucja sądownictwa konstytucyjnego jako takiego stanowi nie tylko narzędzie szeroko rozumianej

129 Taki charakter art. 18 UZ podkreśla się w literaturze. Zob. np. M. Thiel, *Die Verwirkung...*, s. 131.

130 Tak M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 19.

ochrony konstytucji, ale też właśnie element strzegącej liberalno-demokratycznego ładu *wehrhafte Demokratie*. Poszczególne składowe wolnościowego demokratycznego porządku – np. prawa i wolności jednostki, zasada podziału władzy, zasada państwa prawa – mogą być na drodze ustawodawczej pozbawiane realnej treści. Kontrola prawa sprawowana przez rzeczywiście niezależny sąd konstytucyjny ma służyć odparciu tych zagrożeń. Z tego względu wszelkie działania ustawodawcy zmierzające do sparaliżowania lub wyraźnego obniżenia efektywności pracy sądu konstytucyjnego, np. poprzez uchwalenie dysfunkcyjnej ustawy regulującej jego ustrój, powinny spotkać się ze stanowczą – choć mieszczącą się w granicach wykładni konstytucji – reakcją z jego strony¹³¹. Tego rodzaju postulat nie jest narażony na zarzuty, które formułowano w stosunku do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, gdy nadużywał „zasady *streitbare Demokratie*”. Wówczas bowiem zasada ta służyła, budząc uzasadnione wątpliwości, usprawiedliwianiu ograniczeń statusu jednostki, w tym przypadku chodzi zaś o obronę własną organu władzy publicznej powołanego do czuwania nad hierarchiczną zgodnością norm, co w dalszej konsekwencji służy ochronie jednostki. Osłabianie gwarancji praworządności prowadzi bowiem do ustanowienia przewagi polityki nad prawem i może być wstępem do zupełnego demontażu demokracji liberalnej. Podsumowując, efektywne sądownictwo konstytucyjne również wolno uznać za element demokracji zdolnej do obrony, zwłaszcza w Europie Środkowo-Wschodniej, w warunkach słabości jej kultury politycznej i prawnej.

Na koniec warto przytoczyć następującą myśl M. Brennera:

Tak jak najlepsza konstytucja nie jest nic warta, jeżeli nie jest dzień w dzień, poniekąd w „codziennym plebiscycie”, potwierdzana i przeżywana przez obywateli, tak i demokracja nie może być zdolna do obrony, gdy nie istnieje zgoda co do gotowości do obrony demokracji¹³².

Trafność tego spostrzeżenia nie powinna zniechęcać do uwzględniania w konstytucji także rozwiązań instytucjonalnych służących zabezpieczeniu

131 Tego rodzaju problem nie występuje w RFN, gdzie FTK cieszy się powszechnym autorytetem. Zob. np. U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, Monachium 2015, s. 515.

132 M. Brenner, *Die wehrhafte...*, s. 96–97. Podobnie np. M. Thiel, *Zur Einführung...*, s. 22–23.

demokracji. W sytuacjach ekstremalnych pewnie nawet one nie ocalą systemu demokratycznego, ale sięgnięcie po nie przynajmniej pozbawi wrogów demokracji pozorów działania zgodnego z prawem.

**The German concept of militant democracy.
An outline of the issue**

The aim of the article is to present the origins, basic assumptions, key legal institutions, and controversies around the concept of militant democracy developed in the Federal Republic of Germany, and to characterize the role of the constitutional court within it. Although the above mentioned concept has been strongly criticised by some scholars, the legal institutions which express it have already become firmly rooted in the Basic Law for the Federal Republic of Germany. Some of them have even found their counterparts in other countries. Moreover, the considerations on the possibilities of protecting democracy against its pathological transformations towards a more or less undemocratic direction are particularly current in the age of significant growth of the popularity of the Western political movements and leaders who contest the hitherto widespread perception of democracy. According to the author, the legal measures that express the concept of militant democracy can effectively protect the liberal democratic order. However, they should be practised – as it takes place in Germany – moderately.

Keywords: militant democracy, the free democratic basic order, Basic Law for the Federal Republic of Germany, the Federal Constitutional Court

Maciej Pach – doktorant w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego