



JERZY W. OCHMAŃSKI

 <https://orvid.org/0000-0001-7991-7775>

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

## ***Judykatura na straży zasady sprawiedliwości Zakres władzy sądów w kształtowaniu prawa na przykładzie orzeczenia Najwyższego Sądu Rzeszy z dnia 28 listopada 1923 roku i teorii Ericha Kaufmanna***

Twierdzenie, że Karol Monteskiusz wymyślił trójpodział władzy jest oczywiście skrótem myślowym. Wymieniać w tej materii można też starożytnego Greka Polibiusza, jednak przede wszystkim Johna Locke’a. Wiadomo, że Monteskiusz, sporo podróżując, spędził dłuższy czas w Anglii. Znudzony wykonywaniem zawodu sędziego, skierował swój przenikliwy umysł z zaangażowaniem się w rozstrzyganie spraw indywidualnych ku refleksjom i zagadnieniom o charakterze ogólnym, sprawom publicznym, ustrojowym. Monumentalnym pomnikiem tej zmiany zainteresowań, podróży, studiów i przemyśleń było dzieło *O duchu praw*, dziś bezrefleksyjnie często przedstawiane jako jedyne, pierwotne źródło wspomnianej w pierwszym zdaniu niniejszego tekstu koncepcji. Jednakże to właśnie do Monteskiusza odwołują się chętnie ci wszyscy, którzy dziś poszukują uzasadnienia dla koniecznej w każdym państwie demokratycznym kształtującej wolność jednostki zasady balansu władz: egzekutywy, legislatywy i judykatury. Poziom zrównoważenia ich wpływów determinuje treść i formę

ustroju. Wiedział już o tym Monteskiusz, gdy pisał, że skutek ich łączenia oznaczałby, że „wszystko byłoby stracone”<sup>1</sup>. Stracone zatem będzie wszystko w przypadku łączenia się egzekutywy z legislatywą czy judykatywą, w trzech możliwych wariantach, albo — co już oznacza tyranie — skupienia tych władz w jednym ręku.

Niezawodnie jednak współcześnie oczywisty wydaje się fakt istnienia silnych związków politycznych pomiędzy legislatywą a egzekutywą. Natomiast w sytuacji pojawiania się tyranii większości parlamentarnej rząd często występuje tylko w wymiarze kapitana z Köpenick, który legitymował swą władzę jedynie marsową miną i operetkowym mundurem. Ów rząd zatem pozbawiony jest *de facto* przymiotu względnej choćby niezależności od partyjnej „góry”, ma miejsce dublowanie funkcji partyjnych z tymi związanymi z wykonywaniem egzekutywy. Wola polityczna, której źródłem jest naród, ulega zniekształceniu: parlament i rząd realizują cele własne w oderwaniu od nie tylko jakiegoś abstrakcyjnie wyobraźalnego interesu publicznego, lecz również daleko odbiegającymi od zasad porządku określonego w konstytucji. Funkcję korygującą egzekutywę i legislatywę zatem, z natury rzeczy, musi pełnić w sposób permanentny władza judykatywy; wybory zmieniające konstelacje polityczne mają miejsce jednak zbyt rzadko, aby w sposób zdecydowany i, nie ma co ukrywać, koniecznie szybki reagować na zagrożenia praw podstawowych jednostek, odsuwając określone elity od sprawowania władzy politycznej. Rola wymiaru sprawiedliwości, sądów będzie więc stale rosła i będzie tym większa, im większe będzie zmajoryzowanie woli politycznej w parlamencie. To jest powód, dla którego odrębność i niezależność władzy sądowniczej, w tym określenie statusu sędziów, ma kluczowe znaczenie dla losów każdego współczesnego państwa. Jeśli i ona upadnie, to okaże się, że istotnie Monteskiusz miał rację: wszystko będzie stracone.

Powoływanie się *in extenso* na Monteskiusza w kwestii władzy czy pozycji ustrojowej sądów byłoby jednak dziś niezawodnie chybione. Pamiętać należy o kontekście, w jakim Monteskiusz pisał o sądach; głównym wrogiem była despotyczna władza, istotę koncepcji zaś stanowiło jej ograniczanie. Również sądy mogą stać się narzędziem władzy tyrańskiej, „mieć siłę ciemności”<sup>2</sup>. Stąd też w dziełach mistrza oświecenia władza „sądu jest poniekąd żadna”, „niewidzialna”<sup>3</sup>. Sędziowie są „ustami ustawy”: „wyroki powinny być stałe, tak aby zawsze były jedynie ścisłym brzmieniem prawa”<sup>4</sup>. W ten sposób Monteskiusz stawiał tamę samowoli, wszechwładzy tyrańskiej, której się bał i z którą walczył. Drugą gwarancją była koncepcja powierzania władzy sę-

<sup>1</sup> K. Monteskiusz: *O duchu praw*. Przekład T. Żeleński (Boy). F. Hoesick, Warszawa, 1927, s. 221.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem, s. 223, 227.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 224.

dziowskiej „osobom powoływanym z ludu”, jak „w Atenach”<sup>5</sup>. Powoduje to materializowanie się koncepcji pochodzącej z wyboru władzy sądów ludowych, nie przywiązanej „ani do pewnego stanu, ani do pewnego zawodu”, tym samym gwarantującej niezależność od dwu innych władz, dającej w ten sposób „rękojmię wolności”. To, że dziś ta koncepcja nie ma w czystej postaci większego sensu, jest oczywiste — porządek prawny jest zbyt skomplikowany, aby dbałość o niego pozostawić dobrym chęciom amatorów. Opieranie zaś koniecznego przy wyrokowaniu ważenia dóbr na przypadkowych kwalifikacjach wybieranych czy też losowanych obywateli sprowadziłoby poziom rozumienia idei sprawiedliwości do tego z epoki kamienia łupanego.

Geniusz Monteskiusza umożliwił mu jednak dostrzeżenie także słabości własnych konstrukcji: Co mianowicie w przypadku, gdy „prawo, które jest równocześnie jasnowidzące i ślepe, byłoby w niektórych przypadkach zbyt surowe”<sup>6</sup>? Sędziowie zaś, którzy są jedynie ustami ustawy, „nie mogą złagodzić ani ich siły, ani surowości”. Czyli innymi słowy, co dzieje się w przypadku, gdy mamy do czynienia ze skrajnie pozytywistycznym sposobem rozumienia prawa, jego wykładni, funkcji społecznej etc. i jednocześnie gołym okiem widać, że jego stosowanie w ten literalny sposób prowadzi do skrajnej niesprawiedliwości, idąc dalej — do naruszania, częstego dziś, ale i wówczas, z tym że inaczej rozumianej — zasady równości wobec prawa. Rozwiązanie, które mistrz proponował, wynikało z chęci dochowania wierności czystości konstrukcji: „Ta zatem część ciała prawodawczego, o której rzekliśmy, iż jest koniecznym trybunałem, jest nim również i w tym wypadku; jej najwyższej powadze przystało miarkować prawo na korzyść samego prawa, wyrokując łagodniej niż ono”<sup>7</sup>. Przewidywał zatem — można by uznać, że na wzór właśnie praktyki *equity law* funkcjonującego dla Anglii i Walii Court of Chancery — sposobność łagodzenia surowego, niesprawiedliwego prawa, z tym jednak, że kompetencję tę pozostawiał przedstawicielom władzy legislatywy. Założenie, że sądem ma być stanowiący prawo jest jednak zgubne, bo nie od dziś wiadomo — *nemo iudex in causa sua*. Łagodzenie surowości prawa i w ten sposób sprawowanie pieczy nad sprawiedliwością jest w demokracjach zadaniem sądów; jedynie w ten sposób może zostać zrównoważona przewaga splecionych wspólnymi interesami władz egzekutywy i legislatywy.

Rola sądów ujawnia się w szczególności w sytuacjach skrajnych, kryzysowych, gdy zagrożenia dla ładu społecznego i wspierającej go idei sprawiedliwości są może nie tyle częstsze niż w normalnych czasach, ile wymiar szkód powodowanych brakiem stabilizującej władzy sędziów i sądów potęgowany jest załamywaniem się ładu społecznego jako takiego.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 223.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 231.

<sup>7</sup> Ibidem.

Ład społeczny destabilizują kryzysy ekonomiczne. Tę oczywistą prawdę wypada wzmocnić twierdzeniem, że załamanie porządku społecznego przynosi taki kryzys ekonomiczny, którego skutki w sposób drastycznie niejednolity obciążają warstwy społeczne i — co więcej — gdy jednocześnie jedynym podmiotem, który z kryzysu czerpie korzyści, jest państwo. Przykładem takiego załamania w szczególności były społeczne skutki inflacji, czy raczej próby jej zapobiegania, w Niemczech w pierwszej połowie lat dwudziestych ubiegłego wieku.

Waluta niemiecka — marka — od 1871 r. miała pokrycie w złocie. W 1914 r. „złotą” markę zastąpiono „papierową”, o rzekomo takiej samej sile nabywczej. Obieg banknotów „papierowej marki” pierwotnie rósł znacząco. Koszty wojny sprawiły, że deficyt budżetowy w listopadzie 1918 r. wynosił 144 mld marek, przy dochodzie ostatniego roku przed wojną 40 mld marek. Skutki klęski, choćby w postaci spłat kwot reparacji kupowanymi przez rząd walutami, okazały się gigantyczne. Zamiast podnoszenia podatków ratowano się dodrukowywaniem pieniędzy<sup>8</sup>. Jakkolwiek inflacja w Europie nie była niczym nadzwyczajnym, zasadniczo wystąpiła bowiem w każdym kraju, poziomowi załamania siły waluty Niemiec nie sposób było sobie nawet wyobrazić: 15 listopada 1923 r. funt chleba kosztował 80 mld marek papierowych, 20 listopada tego samego roku zaś dolar równał się 4,2 bln marek papierowych. Znane są fotografie z tamtych czasów, na których widać, jak ludzie przewożą pieniądze w koszach na bieliznę, czy też ujęcia dzieci zabawiających się układaniem piramid z plików nic niewartych papierowych marek. Jednak inflacja, a później już hiperinflacja, nie oznaczała tylko spektakularnych metod przewożenia pieniędzy czy ekstrawaganckich zabaw małych Niemców. Golo Mann twierdził, że doszło do totalnej ruiny niemieckiej waluty: w efekcie biedni stali się jeszcze biedniejsi, a bogaci — jeszcze bogatsi<sup>9</sup>. Jak jednak wskazywał K.A. Winkler, powołując się na analizy Franza Eulenburga z roku 1924, doszło w szczególności do zniszczenia podstaw bytu „przeciętnego posiadacza kapitału”<sup>10</sup>. Inflacja pozbawiła dorobku życiowego tych wszystkich, którzy gromadzili oszczędności w markach lub w papierach wartościowych, albo wykupywali w czasie wojny obligacje wojenne, przede wszystkim dotknęła tych, którzy tradycyjnie finansowali naukę swych dzieci z oszczędności. Zostali oni z niczym — ze stosami bezwartościowego papieru, którego produkcja prawdopodobnie była warta więcej niż jego siła nabywcza. Wygranymi natomiast byli dłużnicy hipoteczni, których długi zaciągane w „złotej” marce stały się niemal symboliczne, brylowali później jako właściciele niezadłużonych nieruchomości.

<sup>8</sup> G. Mann: *History of Germany since 1789*. Pelican Books, Bungay, Suffolk, 1974, s. 588; na początku 1922 r. marka miała jeszcze wartość 1/50 wartości przedwojennej.

<sup>9</sup> Ibidem, s. 589.

<sup>10</sup> K.A. Winkler: *Weimar 1918—1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*. C.H. Beck, München, 2018, s. 244.

Kryzys nie dotknął zatem tych, których bogactwo sprowadzało się do posiadania rzeczy, nieruchomości ziemskich; ich gigantyczne niegdyś, zaciągane przed 1914 r. i przeliczane w złotych, długi stały się papierowe, symboliczne. Wśród tych beneficjentów znaleźli się latyfundiści, udziałowcy wielkiego przemysłu, zwłaszcza branży górniczej. Znakiem tych czasów była konsolidacja kapitału, tworzenie się wielkich koncernów przemysłowych. Jednocześnie wielkim wygranym było państwo, inflacja bowiem „zwolniła” je z długu, obowiązku spłat gigantycznych kredytów wojennych — z 93 mld marek z rozpisanych 9 pożyczek oraz 29 mld z biletów skarbowych<sup>11</sup>.

W tym stanie rzeczy realizacja zasady sprawiedliwości stała się czystą fikcją, państwo mogło być traktowane jako sprawca oszustwa na niewyobrażalną skalę, jako oszust, który w dodatku nie czyni nic, aby szkody minimalizować czy naprawić. Póki co bowiem obowiązywała zasada wyrażona w kodeksie cywilnym — *pacta sunt servanda*, oznaczająca, zgodnie z ideologią liberalizmu, świętość i niewzruszalność umów, w tym przypadku nic innego, jak zasadę nominalizmu: marka równa się marce. Ustawodawca zdawał sobie sprawę ze szczególnie złożonej sytuacji dłużników, a właściwie wierzycieli hipotecznych. Jednak nie potrafił znaleźć satysfakcjonującego rozwiązania także paradoksalnie z uwagi na regułę sprawiedliwości: różnicowanie sytuacji przez uprzywilejowanie sytuacji prawnej tylko jednej grupy poszkodowanych — wierzycieli hipotecznych — było nie do zaakceptowania<sup>12</sup>.

Skoro na ustawodawcę liczyć nie było można, jak wspomniano, państwo profitowało z postępującej inflacji i prezydent Banku Rzeszy von Havenstein wręcz chełpił się tym, że dodrukowuje dziennie dziesiątki miliardów marek, usiłowania egzekutywy nie wnosiły niczego do sprawy. Jedynym ratunkiem dla utrzymania autorytetu państwa i sposobem na powstrzymanie krzywdy rujnowanych każdego dnia, działających przecież w zaufaniu do państwa, ludzi była wiara w sprawiedliwość sądów. Jednocześnie jednak, zgodnie z utrwalonym przez metodologię pozytywizmu poglądem, uzupełnianie prawa (*Rechtsfortbildung*) było uznawane powszechnie za materię przynależną ustawodawcy, nie zaś kompetencję sądów. Jednak obowiązywała już konstytucja weimarska i, zgodnie z jej art. 109, Niemcom gwarantowano równość wobec prawa. Jednakże należy pamiętać, że wówczas nie było organu, który kontrolowałby konstytucyjność ustaw. Cała nadzieja zatem na odzyskanie poczucia sprawiedliwości i *de facto* przywrócenie tej zasady porządku społecznego spoczywała na Sądzie Najwyższym Rzeszy (*Reichsgericht*). Sąd ów był, jak pisał Hans Hattenhauer, chlubą Bismarckowskiej Rzeszy, urastał do statusu symbolu trwałości wiary w wartości, był „światem dla siebie”, cieszył się sławą niezależności od

<sup>11</sup> W. Czaplinski, A. Galos, W. Korta: *Historia Niemiec*. Ossolineum, Wrocław—Warszawa—Kraków, 1990, s. 605.

<sup>12</sup> Por. C.-L. Holtfrerich: *Die deutsche Inflation 1914—1923*. De Gruyter, Berlin—New York, 1980, s. 315 i nast.

politycznych zawirowań Berlina<sup>13</sup>. Skupiał jednocześnie najlepszych sędziów Rzeszy, którzy mieli poczucie misji, a więc gotowi byli też na starcie z ustawodawcą.

Inflacja zatem wywołała problem wielowątkowy: pytania o pozycję judykatury względem legislatury, o metodę w prawoznawstwie, precedensowość orzeczeń, realizację zasady sprawiedliwości w związku z regułą równości wobec prawa. Orzeczenie mogłoby jednocześnie przywrócić wiarę w państwo, a właściwie wiarę w młodą republikę, której to wiary w pierwszych latach funkcjonowania Weimaru zwyczajnie nie było (co nie oznacza oczywiście, że w kolejnych stała się powszechna, przeciwnie), albo też tę wiarę ostatecznie załamać: nic nie powstrzymałoby już w zasadzie drugiej od 1918 r. wojny domowej, a strach przed przyszłością i cynizm uprzywilejowanych i polityków, o przemocy nie wspominając, doprowadziłyby do ostatecznego upadku ustroju z 1919 r. Przełomowe, „sensacyjne” znaczenie dla *de facto* losów Niemiec miało orzeczenie V Senatu Cywilnego Reichsgerichtu z dnia 28 listopada 1923 r.

Sprawa dotyczyła roszczenia o wykreślenie z hipoteki zobowiązania na 13 tys. marek zaciąganych jeszcze w walucie „złotej”. Księgi prowadzone były dla Wydziału Ksiąg Wieczystych sądu w Lüderitzbucht, w Niemieckiej Afryce Zachodniej. Dłużnik i jednocześnie wnioskodawca w roku 1920 spłacił kwotę główną wraz z odsetkami w wysokości 18 980 marek w „papierowej”, już zdewaluowanej walucie. W przekonaniu spełnienia zobowiązania domagał się wykreślenia hipoteki. Wierzyciel hipoteczny domagał się oddalenia wniosku z uzasadnieniem, że dług wymagalny był w Niemieckiej Afryce Zachodniej i powinien być przeliczony zgodnie z obowiązującym tam prawem, w „twardej” walucie, lub przeliczony stosownie do obowiązującego wobec niej kursu<sup>14</sup>.

Reichsgericht, do którego trafiła kasacja wierzyciela, musiał zatem odnieść się do przyjętego jeszcze w 1914 r. nominalnego kursu wymiany marki „złotej” na „papierową”. Skarżący bowiem wskazywał, że na podstawie obowiązującego w Niemieckiej Afryce Południowo-Zachodniej prawa walutowego nie powinien być zobowiązany do przyjmowania waluty papierowej niepokrywanej parytetem złota. Jednak sądy niższych instancji przyjmowały, że na terytorium powierniczym jako właściwe obowiązuje prawo niemieckie. Ustalono jednocześnie, że w chwili wpisu do hipoteki obie strony miały miejsce zamieszkania w Berlinie. Skoro tak, to gdyby brać pod uwagę kwestię właściwości prawa, wierzyciel byłby zobowiązany do przyjęcia marki papierowej, hipoteka została by wykreślona. Kasację zaś należałoby oddalić. Reichsgericht jednak, mając to na uwadze, zostawił tę kwestię otwartą, skupiając się na rozstrzygnięciu zagadnienia waloryzacji zobowiązań hipotecznych, zgodnie też z podstawami skargi

<sup>13</sup> H. Hattenhauer: *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechts*. C.F. Müller, Heidelberg, 1983, s. 286.

<sup>14</sup> N. Brandt: *Der zivilrechtliche Umgang mit Staatspleiten, Wirtschafts- und Finanzkrisen*. „Betrifft Justiz” 2011, Nr. 105, s. 37 i nast.



kasacyjnej, zarzucającej sprzeczność z prawem reguł ustawowych (ustawy walutowe z dnia 4 sierpnia 1914 r.) ustalających kurs przymusowy wymiany „złota” na „papier” jako 1 do 1. Reichsgericht zatem, przyjmując właściwość prawa niemieckiego z uwagi na wspomnianą siedzibę stron postępowania w Berlinie, uznał za możliwe waloryzowanie roszczeń hipotecznych ze względu na znaczącą utratę wartości marki papierowej (klauzula *rebus sic stantibus*). Jako podstawę prawną wskazał § 242 BGB (Dłużnik jest zobowiązany do takiego spełnienia świadczenia, jak tego wymagają zasady dobrej wiary (*Treu und Glauben*), z uwzględnieniem interesów strony (wierzyciela) zobowiązania). Uwzględniona zatem została tu wskazówka, że zgodnie z regułą dobrej wiary (*Treu und Glauben*), wymagane jest właśnie „uwzględnienie słusznego interesu obydwu stron” zobowiązania. Oznaczało to koniec automatyzmu nominalizmu, w to miejsce zaś wprowadzona została reguła konieczności uwzględniania reguły waloryzacyjnej, uwzględniającej wzrost wartości nieruchomości, jednocześnie nakazująca konieczność uwzględnienia możliwości spełnienia świadczenia przez dłużnika, głównie zaś jaki był sposób korzystania przez niego z nieruchomości. Pojawiły się więc nowe interpretacje pojęć „interes” i „słusność”; w szczególności to ostatnie z czysto etycznego nakazu stało się normą (nakazem) prawa. Instytucje ustawowe zyskały nową treść. W ten sposób Reichsgericht zakwestionował autorytet ustawy, pozytywizm zaś, sprowadzający prawo do ustalania norm postępowania z brzmienia treści przepisu ustawy w myśl klasycznie stosowanej metody wykładni logiczno-językowej, został przewyższony na rzecz sędziowskiego kształtowania prawa. Wyznaczony został nowy punkt orientacyjny, skoro, jak wskazywał Reichsgericht, „ustawodawca przy wydawaniu aktu o tym nie pomyślał”, to wszechstronne rozpoznanie sprawy jest zadaniem sędziego. Pojawia się zatem kwestionowana dotąd kompetencja do *Rechtsfortbildung* w ramach sędziowskiej kontroli prawa.

Ta zupełnie w owym czasie szokująca koncepcja pierwotnie nie odwołała się do rządu, w szczególności zaś ministra finansów Hansa Luthera, od zaniechania waloryzacji<sup>15</sup>. Rząd niewątpliwie chciał się pozbyć kłopotliwych długów wojennych. Spekulacje prasowe jakoby rząd przygotowywał środki prawne zmierzające do zakazania waloryzacji świadczeń hipotecznych wywołały ostrą reakcję środowisk sędziowskich, w szczególności związku sędziów przy Reichsgericht (*Richterverein beim Reichsgericht*). Dnia 8 stycznia 1924 r. związek ten wystosował do kanclerza Marxa protest sygnowany przez sędziego, prezesa izby (*Senatspräsident*), dra Adolfa Lobe (1860—1939). Sędziowie pisali o wyroku z dnia 28 listopada co następuje: „Jeśli najwyższy sąd Rzeszy po drobiazgowym ważeniu za i przeciw doszedł do takiego rozstrzygnięcia, to wierzy, iż może oczekiwać, że to orzeczenie nie zostanie obalone przez wład-

<sup>15</sup> H. Mommsen: *Die verspielte Freiheit. Aufstieg und Untergang der Weimarer Republik*. Ullstein, Berlin, 2018, s. 260.

cze rozstrzygnięcie”<sup>16</sup>. Idea dobrej wiary (*Treu und Glauben*) ma wprawdzie sens pozaustawowy i nie mieści się w prawno-pozytywnym porządku, ale stanowi podstawę porządku prawnego. Co więcej, jak dowodził związek w swym skądinąd ostrzegawczym piśmie, żaden porządek prawny nie przetrwa bez respektowania tej zasady. Gdyby bowiem doszło do ustanowienia ustawowego zakazu waloryzacji, spory prawne wywoływane przed sądami mogłyby kończyć się oddalaniem powództw opartych na takich podstawach ustawowych jako naruszające zasadę dobrej wiary (*Treu und Glauben*). Taka konfrontacja autorytetu ustawy z orzeczeniami sądów wspartych na autorytecie precedensu Reichsgerichtu byłaby „szkodliwa dla poczucia prawa istniejącego w narodzie (*Volk*) oraz wiary w prawo”.

Kancelarz Marx i jego minister finansów Hans Luther nie odważyli się wprowadzić zakazu waloryzacji. Zniszczenie autorytetu prawa oznaczałoby jednocześnie upadek autorytetu państwa. W to miejsce podjęto udaną próbę ustabilizowania waluty za pomocą rentenmarki.

Przełom, jaki wywołało orzeczenie Reichsgerichtu z dnia 28 listopada 1928 r., oznaczał jednocześnie kamień milowy dla rozważań doktryny prawa państwowego w kwestii relacji prawa rozumianego jako *ius* do ustawy (*lex*), a co za tym idzie również rozstrzygnięcia istnienia sędziowskiego prawa do kontroli *de facto* konstytucyjności ustaw, sposobu interpretowania pojęć niedookreślonych, granic sędziowskiej władzy.

W Republice Weimarskiej takim forum wymiany myśli było ukonstytuowane w 1922 r., z inicjatywy Heinricha Triepela (1868—1949), Zrzeszenie Niemieckich Akademików Nauki Prawa Państwowego (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*). Począwszy od roku 1922 po dziś dzień na kolejnych corocznych (z przerwą w latach 1932—1949) zjazdach (*Tagung*) deliberowane były kwestie o fundamentalnym znaczeniu dla teorii, filozofii rozumienia, ale i praktyki stosowania prawa państwowego. W interesującej nas sprawie uwagę zwraca zjazd w Münster w marcu 1926 r.<sup>17</sup> Obradowano wówczas nad zagadnieniem równości wobec prawa w sensie art. 109 konstytucji Rzeszy (*Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*).

Referentem głównym, nazwijmy go tak z uwagi na pierwszeństwo w zabieraniu głosu, był Erich Kaufmann (1880—1972). Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na przedstawienie idei całych obrad, stąd też ograniczę się do analizy wystąpienia Kaufmanna. Ma ona jednocześnie w moim rozumieniu — ale również w rozumieniu ówczesnego audytorium — tak duży i ciągle aktu-

<sup>16</sup> Die Kabinette Marx I/II > Band 1 > Dokumente > Nr. 49 Der Richterverein beim Reichsgericht an Reichkanzler, [https://www.bundesarchiv.de/aktenreichskanzlei/1919-1933/0000/ma1/ma11p/kap1\\_2/para2\\_49.html](https://www.bundesarchiv.de/aktenreichskanzlei/1919-1933/0000/ma1/ma11p/kap1_2/para2_49.html).

<sup>17</sup> Veröffentlichungen der Vereinigung des Deutschen Staatsrechtslehrer. H. 3: *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i. W. am 29 und 30 März 1926*. Walter de Gruyter, Berlin—Leipzig, 1927.



alny ładunek teoretyczny, że wybór ten uznać należy za egzemplifikację idei relacji pozytywizmu prawniczego do porządku ponadustawowego.

E. Kaufmann, wówczas przedstawiciel młodszego pokolenia akademików, karierę akademicką rozpoczął przed wojną. Pracą, w której ujawnił swoje poglądy na istotę prawa, była opublikowana w 1911 r. analiza prawa narodów w kontekście zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*<sup>18</sup>. Choć w obiegowej opinii miała być pracą wspierającą ideę wszechwładzy imperialistycznego państwa realizującego swoje interesy za pomocą wojen i przemocy, druzgocących ideę prawa narodów, włączenie do arsenału normatywnego prawa narodów niepisanej idei porządku ponadpozytywnego wzmacniało ideę prawa. Etykiety „militarysty i bellicysty” (tak Carl Schmitt) ciągnęły się jednak za Kaufmannem do śmierci. Tak jak do końca swej aktywności twórczej analizował zagadnienia związane z ideą porządku ponadpozytywnego<sup>19</sup>.

Abstrahując od reszty twórczości i aktywności E. Kaufmanna do 1926 r., gdy pojawiał się w Münster, wiadomo było, że był antypozytywistą, temat zjazdu zaś idealnie odpowiadał jego prawnofilozoficznym zainteresowaniom.

Zabierając głos, jako referent główny podkreślił na wstępie, że temat „jest wielki i zasadniczy”, od razu wskazując, że nie do końca jego istotą jest roztrząsanie kwestii prawnych, lecz również odniesienie się do świata wartości<sup>20</sup>. Przed wojną podejmowanie tak powiązanych z sobą światów aksjologii i prawa nie było możliwe. Dziś „pozytywizm w naukach prawnych na tyle się skończył”, prowokował brutalnie Kaufmann, wbrew faktom, że stało się to możliwe. Zmianę w postrzeganiu istoty prawa i metod jego analizy wywołały „wojna, rewolucja, warunki traktatu wersalskiego”. Wydarzenia te sprawiły, że Niemcy przestały być „narodem sytym”, pozytywizm zaś wyrósł ze stabilnych stosunków społecznych, z poczucia „sytuacji”, innymi słowy, na rozwój tej idei wpłynął spokój społeczny i dobrobyt. Utrata tego spokoju spowodowała, że myśl ludzka, a w ślad za nią analizy nauki zwróciły się ku idei równości. A przy okazji tej konstatacji, w istocie rzeczy, Kaufmann stawiał sobie inne pytanie, a mianowicie, „co kryje się za prawniczym dzianiem się”. I niejako odpowiadał, że chodzi o intelektualny namysł nad ideami, które stoją powyżej porządku ustawowego, którymi związany jest ustawodawca; że podporządkowywanie się mu jest konieczne do utrzymania „moralnego

<sup>18</sup> E. Kaufmann: *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats und Vertragsbegriff*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911.

<sup>19</sup> Por. encyklopedyczne J. Rozek: *E. Kaufmann*. In: *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland — Österreich — Schweiz*. (2.A). Hrsg. P. Häberle, M. Kilian, H. Wolf. De Gruyter, Berlin, 2018, s. 263 i nast., 266.

<sup>20</sup> E. Kaufmann: *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung des Deutschen Staatsrechtslehrer*. H. 3: *Verhandlungen der Tagung...*

pionu”. Że oto idea prawa natury, bo przecież o nią tu chodzi, jest wieczna, ale i konieczna zarazem.

Zasadę równości Kaufmann wywodził z prawnonaturalnych rozważań oświecenia, idei liberalnie nastawionego mieszczaństwa wzmacnianych demokratyczną myślą Rousseau o koniecznym przyjmowaniu aktów generalnych przez ogół. Z oświecenia wywodzi się zatem demokratyczno-liberalne pochodzenie, ale też legitymizowanie bytu samej zasady równości. Idea ta została przejęta przez ustrojodawcę i spozytywizowana w art. 109 konstytucji weimarskiej. Artykuł 109 zatem bezwzględnie wiąże ustawodawcę, akty niezgodne z jego treścią, sprzeczne z nakazem równego traktowania, są według tej koncepcji sprzeczne z konstytucją. Jednak aby to stwierdzić, konieczny jest namysł nad treścią zasady równości, co już nie należy do zadań — jak się wydaje także analizując teksty Kaufmanna — najprostszych. „Cudowna moc” generalistów w takich przypadkach — pisał E. Kaufmann — zawodzi. Ustawa nigdy nie osiągnie takiego poziomu generalności, aby objąć nim każdy stan faktyczny, jest to zwykle niemożliwe. Według E. Kaufmanna, receptą na to było odstępianie od generalizowania, a skupienie się na eksponowaniu treści różnic, które zawierają regulacje prawne. Autorowi chodziło o odmienne traktowanie w sposób nieuprawniony; zasada równości naruszana jest oczywiście wówczas, gdy nierówno traktuje się podmioty niewymienione wyraźnie w ustawie, ale i wtedy, gdy ustawą obejmuje się, oprócz określonych w niej, także inne stany faktyczne<sup>21</sup>. Ideałem normatywnym byłby tu wskazywany przez Kaufmanna art. 4 konstytucji Szwajcarii, który upatrywał w realizacji zasady równości zakazywanie „dokonywania nieusprawiedliwionych rozróżnień, ale i dokonywania nieusprawiedliwionych nie-rozróżnień”<sup>22</sup>. Jak podkreślał wspomniany autor, owe rozróżnienia i nie-rozróżnienia dokonywane przez ustawodawcę muszą być sprawiedliwe. Pojawia się zatem kryterium różnego traktowania jednostek przez ustawodawcę w postaci sprawiedliwości rozstrzygnięć.

W ten sposób ujawnia się istota interesującej nas problematyki: różnicowanie musi spełniać kryterium sprawiedliwości; to w praktyce państwa prawa nie budzi wątpliwości. Jednak musi też pojawić się pytanie o podmiot, który określa treść tej zasady. Wiadomo, że będzie nim ustawodawca, ale czy oprócz niego innym podmiotom także należy przyznać kompetencję do badania poziomu sprawiedliwości ustalonego przez ustawodawcę. Erich Kaufmann nie miał wówczas wątpliwości: zadanie to nie może być przyznane wyłącznie legislatywie, prawo takie należy przypisać jednocześnie sądom. Porządek ustalony przez ustawodawcę poddawany zatem będzie kontroli przez sądy, jednak należy pamiętać, że owej wewnętrznej sprawiedliwości nie da się zdefiniować, albowiem „tylko bezpośrednio poznawalne daje się zdefiniować”. W grę wchodzi

<sup>21</sup> Ibidem, s. 9.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 10.

więc, twierdził Kaufmann, kwestia sumienia, rozumianego jako świadomość istnienia wyższego porządku, w którym poznający obiektywnie uczestniczy; nie tworzy go jednak, jest to bowiem wyraz „etyki autonomicznej”. Ów wyższy porządek obiektywnie istnieje, przejawia się jako nakaz sumienia. Sprawiedliwość, mówił dalej, ma w sobie element twórczy, stąd też porządek ten dostępny jest osobowościom twórczym, jednak o moralnym usposobieniu.

Dotąd podstawą różnicowania dokonywanego przez ustawodawcę była sprawiedliwość rodzaju wyrównawczego (*Verkehrsgerechtigkeit*); trzymanie się jej było błędem: w efekcie jej stosowania zachodziła „denaturacja myśli prawnej” i uchwalenie „czysto mechanicznych ustaw”<sup>23</sup>. Stąd też w poszukiwaniu innych idei Kaufmann zalecał powrót do Arystotelesa czy myśli chrześcijańskiej, gdzie wypracowywane były inne jej rodzaje, dystrybucyjna czy windykacyjna (notabene Arystoteles w *Etyce nikomachejskiej* wyróżniał, oprócz dystrybucyjnej, także rodzaj sprawiedliwości wyrównawczej). E. Kaufmann również nie domagał się określania sposobu, w jaki należy rozumieć każdą z nich, a którą zasadę wskazać, która w miarkowaniu różnicowania ma stanowić podstawę jego racji. Nawiązywał tu do idei instytucji, której autorem jest francuski klasyk Maurice Hauriou. Otóż w ślad za Hauriou można by przyjąć i rozumieć ideę Kaufmanna w ten sposób, że rodzaje sprawiedliwości stanowią określone instytucje, wzorce, które mają charakter względnie trwałe. Jednak muszą być wypełniane „własnym duchem”, właściwym czasem czy — tu Kaufmann używał jednego z kluczowych, w moim rozumieniu, pojęć dla zrozumienia fenomenu przemian społecznych — „pokoleniu”. Pokolenie bowiem, parafrazując ideę Kaufmanna, oznacza generację o ujednoczonych poglądach kulturowych, klarownym systemie aksjologicznym, wartościowaniu właściwym potrzebom tak rozumianej wspólnoty żyjącej w danym czasie. Uświadomienie sobie tego zjawiska pozwala dopiero na właściwą ocenę stanu faktycznego i adekwatne zastosowanie, czy raczej dostosowanie, odpowiedniej instytucji sprawiedliwości w celu zrealizowania zasady sprawiedliwości. Krótko mówiąc, każde pokolenie ma inne wyobrażenia o tym, co jest sprawiedliwe czy też nie; ustawodawca ocenia ten stan i stanowi prawo, sądy zaś korygują zastosowaną miarę w swoich orzeczeniach.

E. Kaufmann, aby ułatwić sędziom ten proces, wprowadza pojęcie „wyobrażenie legitymizujące”. Cóż zatem kryje się za uzasadnieniem wskazania tej, a nie innej idei jako podstawy różnicowania? Zasadzie sprawiedliwości wyrównawczej odpowiadała idea lansowana przez homogeniczne mieszczaństwo, oznaczająca legitymizację o treści liberalnej. Ona też stanowiła podstawę ujmowania sprawiedliwości w konstytucji weimarskiej. Jednocześnie jednak „do naszego prawniczego myślenia wkraczają tu także i idee socjalistyczne”. Były to art. 121 zrównujący w prawach dzieci pozamałżeńskie z tymi po-

<sup>23</sup> Ibidem, s. 13.

chodzącymi z „normalnej” rodziny, ale i artykuły regulujące równość szans w oświacie (art. 146—147 konstytucji). Konstrukcję konstytucji uzasadniało wprawdzie silniejsze społecznie liberalne rozumienie równości szans, jednak jednocześnie konieczne poszukiwanie równowagi społecznej wywołało u ustawodawcy konieczność uzupełnienia idei leseferyzmu koncepcją socjalistyczną. Model ten „nie oznacza sprzeczności, a ukłon w stronę słabszych”.

Sędzia zatem staje przed koniecznością stosowania założeń ustawodawcy w praktyce orzeczniczej. Stosując prawo (ustawy), zobowiązany jest do kontrolowania tego, czy ustawa pozostaje zgodna z zasadą równości wobec prawa, a zatem czy przyjęte kryteria sprawiedliwości są akceptowalne. Ustawodawcą jednak nie jest i jego władza nie oznacza też kompetencji do unieważniania obowiązującego porządku. Przysługuje mu wszakże w tym procesie prawo do kontrolowania naruszeń granic zewnętrznych, nie może więc podejmować „roli wszystkowiedzącego i pomijać kwestie uznania ustawodawcy”. Jak daleko w stawianiu pytań i kontrolowaniu zgodności ustawy z zasadą równości sędzia może się posunąć, zależy od wielu czynników: „od ocen społecznych co do roli sędziego i ustawodawcy, od samej pozycji społecznej, jaką cieszy się stan sędziowski, od liczby i sposobu wyboru sędziów, od swego własnego poczucia (*Selbstgefühl*), czy jest organem państwa, czy sługą prawa, od zaufania, które stan sędziowski chce pozyskać w narodzie i społeczeństwie”<sup>24</sup>. Tę przykładową enumerację należy rozumieć w ten sposób, że im wyższa ocena sędziów, tym cieszą się oni większym zaufaniem niż legislatura, liczba sędziów nie jest skażona inflacją, ich profesjonalizm nie jest kwestionowany, wybór nie zależy od woli zmieniających się konstelacji politycznych itd., tym bardziej wskutek wykonywania przez nich tak rozumianej władzy wzrasta pewność co do prawa i można też powiedzieć bez wahania — wzmacnia się legitymacja do kontrolowania legislatywy.

Ważne jest, aby uświadomić sobie, że taka praktyka sędziowskiego stosowania prawa tworzy określoną tradycję rozumienia prawa i gwarantuje jego trwałość. Sama publikacja ustawy w oficjalnym publikatorze takiej pewności nie stwarza, sam autorytet państwa to zbyt mało, aby „papier” stał się obowiązującym prawem. Dopiero praktyka sądów „ożywia prawo” i znosi niepewność co do jego treści.

Ważne jest też — co podkreślał E. Kaufmann — że wykonywanie władzy sędziowskiej w relacji do aktywności ustawodawcy nie jest rozdzielone tak radykalnie, jak to czyni pozytywistyczna nauka o państwie w przypadku podziału władz. Oczywiście, trzeba założyć, że sędzia nie jest ustawodawcą, jednak ustawodawca nie tworzy podstawowych instytucji prawa. Normy są stosowane przez sędziów i to oni wypełniają je treścią, ustawodawca pozostawił sędziom wykładnię norm. W przypadku luk, braku regulacji okazuje się, że sędzia jed-

<sup>24</sup> Ibidem, s. 19.

nak nie znajduje się daleko od ustawodawcy w procesie odnajdywania prawa. Kaufmann dowodził, że nawet w przypadku kodyfikacji rozstrzygnięcia co do tego, co jest prawem, dalekie są od tego, co można wprost wywodzić z literalnego brzmienia przepisów. Znaczenie ma istota instytucji prawnej, kształtowana przez „wyobrażenia legitymizacyjne” związane z bytem wspólnoty i czasem, w którym ta wspólnota żyje. Obowiązują też pojęcia; nazywał je „technicznymi”, odzwierciedlającymi określone tradycje i doświadczenia w definiowaniu wzorców: „bonus pater familias, zaufany kupiec, porządny lekarz, lekarz specjalista”. Pojęć tych ustawodawca nie tworzy, tylko przyjmuje, zakłada, że jako normatywne wzorce obowiązują. Z tego zaś wynika prosty wniosek: „Państwo nie tworzy prawa, państwo tworzy ustawy, państwo i ustawa stoją poniżej prawa”<sup>25</sup>.

Co zatem pozostaje ustawodawcy skoro sam prawa nie tworzy? Jego zadaniem jest rozstrzygnięcie co do wyboru miarodajnej stosownie do regulowanych zakresów spraw zasady sprawiedliwości. Trzymając się Arystotelesowskiego przykładu, wybór ten dotyczyłby rozstrzygnięcia pomiędzy zasadą komutatywną (wyrównawczą) a dystrybucyjną. Tym wyborem sędzia pozostaje związany. Jednakże w przypadku regulowania waloryzacji marki aktywność ustawodawcy oznaczała właśnie, zdaniem Kaufmanna, radykalne naruszenie zasady komutatywnej działaniem wbrew owym technicznym doświadczeniom przeszłości, których państwo przecież nie tworzy, przeciwko normie wyższego porządku — zasadzie dobrej wiary (*Treu und Glauben*).

E. Kaufmann sądził, że ustawodawca przyjął jednak w tej sprawie model sprawiedliwości dystrybucyjnej. Wszakże według Arystotelesa, wyrównanie udziału w rzeczach jednego obywatela może być różne od udziału lub równe udziałowi innego obywatela<sup>26</sup>. Jakkolwiek zdaniem Kaufmanna ustawodawca musiał w tej sprawie uwzględnić „wszechstronnie historyczne, polityczne, gospodarcze, finansowe i społeczne położenie niemieckiego narodu w wewnętrznej i międzynarodowej konfiguracji”. *Prima facie* zatem ocena Kaufmanna w interesującej materii była następująca: ustawodawca w kwestii waloryzacji podejmuje autonomiczną decyzję co do przyjęcia podstawy reguły miarkowania. Jeśli wybrałby regułę komutatywną, to naruszałby ideę sprawiedliwości. Wybrał jednak zasadę dystrybucyjną i trudno wskazać, czy Kaufmann aprobował ten wybór, traktując go jako słusznie wywiedziony ze wskazanych przesłanek. Każę nam jednak przyjąć, że tym wyborem sędzia był związany. Jednak mimo wszystko w tym przypadku niemiecki profesor sam sobie przeczył; niezawodnie wskazał, że zasada równości z art. 109 konstytucji oparta była na regule wyrównawczej, dlatego też uznać należy, że wszelkie ustawy, które

<sup>25</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>26</sup> Arystoteles: *Etyka nikomachejska*. W: Arystoteles: *Dzieła wszystkie*. T. 5. PWN, Warszawa, 2000, s. 172.

dokonyją różnicowania niezgodnie z tą ideą sprawiedliwości, są z nią sprzeczne. W ewidentny sposób reguła nominalizmu prowadziła do dyskryminowania jednostek. Przyjęcie metody dystrybtywnej z liberalnym duchem konstytucji też nie miało wiele wspólnego, a jeszcze mniej z Arystotelesem, gdyż w jego ujęciu ten rodzaj sprawiedliwości odnosił się do sądów, a nie do ustawodawcy. Gdyby zaś przyjąć za pewne, że — jak chciał Kaufmann — wybór tej metody odbył się po zważeniu społecznych, historycznych itp. okoliczności, to wygląda to nieco jak uleganie presji sytuacji i polityki: ustawodawca decyduje się na dyskryminujące reguły z uwagi na to, że tego wymaga od niego sytuacja zewnętrzna, postanowienia traktatu wersalskiego itp.

Wracając do generalistów, drugim wyłącznym zadaniem — „stopniem najniższym” — ustawodawcy jest, zdaniem Kaufmanna, tworzenie norm o charakterze technicznym: określenie wieku dojrzałości, form testamentów, reguł prowadzenia ksiąg wieczystych itd. Wszystko jednak co znajduje się pomiędzy wspomnianym stopniem najwyższym a najniższym — „interpretowanie roszczeń sprawiedliwości wyrównawczej, rozdzielczej, karzącej, zrównującej, prawa ubogich, wyinterpretowywanie norm z celu (*telos*) instytucji i obiektywnych stosunków życiowych, i w końcu interpretacja wyobrażeń legitymizujących przypisywanych wspólnocie”, to zadania „w rozbudowie prawa, w których ustawodawca i sędzia mają zadania wspólne i mogą być przez nich podejmowane”<sup>27</sup>. Co i tak stanowi codzienność pracy sędziego; sędzia, orzekając w sprawach indywidualnych, jednocześnie generalizuje, wyroki mają znaczenie precedensów. W ten sposób jego działalność ma znaczenie prawotwórcze; sędzia współtworzy w ten sposób prawo: „ustawa nie jest jedyną formą tworzenia się prawa”.

Zatem dla zachowania zasady równości wobec prawa kompetencja sędziego sprowadza się do czuwania wszędzie tam, gdzie pojawia się brany z „wyobrażeń legitymizujących” element różnicujący ze względu na klasy, stany, wyznania itd. Specyficznym zadaniem sędziego będzie więc urzeczywistnianie i w niektórych przypadkach „ukierunkowany rozwój i ukształtowanie (*orientierte Entwicklung und Ausgestaltung*) wybranych przez ustawodawcę zasad sprawiedliwości i właściwych dla wspólnoty wyobrażeń legitymizacyjnych”<sup>28</sup>. Taka aktywność jednak wymaga osobowości: „ludzi o ukształtowanym sumieniu i czystym miłosierdziu”. Tylko człowiek o usposobieniu etycznym, aksjologicznym może być dobrym sędzią.

Dbłość o jakość prawa, o wieczne wartości sprawiedliwości jest zatem zadaniem akademików, zobligowanych do tego chociażby przysięgą doktorską. To ich zadaniem jest, by prócz czystej dogmatyki i techniki prawodawczej, wpa-

<sup>27</sup> E. Kaufmann: *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung...*, s. 21.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 24.



jać studentom, m.in. przyszłym sędziom, że prawnik musi być wybitnie zorientowany aksjologicznie. Inaczej idea sprawiedliwości upadnie, państwo prawa przyoblecze się w dyktaturę ustawodawcy, który bez żadnych ograniczeń będzie dyskryminować jednostki. To jest jedna z wiecznych idei, która narzuca się czytelnikowi analizującemu po latach słowa E. Kaufmanna. Drugą jest, oczywiście, eksponowanie judykatury i jej roli w chronieniu porządku prawnego także przez pozostające poza kwestią prawo do kontrolowania zgodności zachowań ustawodawcy z wiecznym porządkiem, ideą sprawiedliwości. Tym samym grzebiąc ostatecznie ideę Monteskiusza o sędziach „ustach ustawy”.

## **Bibliografia**

- Arystoteles: *Etyka nikomachejska*. W: Arystoteles: *Dzieła wszystkie*. T. 5. PWN, Warszawa, 2000.
- Brandt N.: *Der zivilrechtliche Umgang mit Staatspleiten, Wirtschafts- und Finanzkrisen*. „Betrifft Justiz” 2011, Nr. 105.
- Czapliński W., Galos A., Korta W.: *Historia Niemiec*. Ossolineum, Wrocław—Warszawa—Kraków, 1990.
- Hattenhauer H.: *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechts*. C.F. Müller, Heidelberg, 1983.
- Holtfrerich C.-L.: *Die deutsche Inflation 1914—1923*. De Gruyter, Berlin—New York, 1980.
- Kaufmann E.: *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats und Vertragsbegriff*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911.
- Mann G.: *History of Germany since 1789*. Pelican Books, Bungay, Suffolk, 1974.
- Mommsen H.: *Die verspielte Freiheit. Aufstieg und Untergang der Weimarer Republik*. Ullstein, Berlin, 2018.
- Monteskiusz K.: *O duchu praw*. Przekład T. Żeleński (Boy). F. Hoesick, Warszawa, 1927.
- Rozek J.: *E. Kaufmann*. In: *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland — Österreich — Schweiz*. (2.A). Hrsg. P. Häberle, M. Kilian, H. Wolf. De Gruyter, Berlin, 2018.
- Veröffentlichungen der Vereinigung des Deutschen Staatsrechtslehrer. H. 3: *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i W. am 29 und 30 März 1926*. Walter de Gruyter, Berlin—Leipzig, 1927.
- Winkler K.A.: *Weimar 1918—1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*. C.H. Beck, München, 2018.
- Die Kabinette Marx I/II > Band 1 > Dokumente > Nr. 49 Der Richterverein beim Reichsgericht an Reichkanzler, [https://www.bundesarchiv.de/aktenreichskanzlei/1919-1933/0000/ma1/ma11p/kap1\\_2/para2\\_49.html](https://www.bundesarchiv.de/aktenreichskanzlei/1919-1933/0000/ma1/ma11p/kap1_2/para2_49.html)

**Rolle der Judikative in der Bewachung des Gerechtigkeitsprinzips  
Gerichtszuständigkeiten bei der Rechtsgestaltung am Beispiel  
von der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28.11.1923  
und Theorie von Erich Kaufmann**

**Schlüsselwörter:** Richter, Prüfungsrecht von Gesetzen, Naturgesetz

**Zusammenfassung:** Heutzutage scheint es offensichtlich zu sein, dass zwischen der Legislative und Exekutive starke politische Verbindungen bestehen. Wenn es aber zur Durchsetzung der Tyrannei der parlamentarischen Mehrheit kommt, muss die Regierung *de facto* das Attribut der vielleicht auch relativen Unabhängigkeit von der „Parteispitze“ entbehren. Der politische Wille, der dem Volk entspringt, wird verzerrt: das Parlament und die Regierung verfolgen ihre eigenen Ziele, losgelöst nicht nur von dem abstrakt denkbaren, öffentlichen Interesse, sondern auch von den in der Verfassung festgelegten Ordnungsprinzipien. Die korrigierende Funktion für die Exekutive und Legislative muss daher naturgemäß durch die Judikative übernommen werden. Das richterliche Prüfungsrecht von Gesetzen kam in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28.11.1923 zum Vorschein. Die theoretische Begründung der richterlichen und gerichtlichen Gewalt stammte von Erich Kaufmann.

Jerzy W. Ochmański

**Judiciary as the guardian of the principle of justice  
The extent of courts' power in shaping law  
on the example of a decision of the Reich Supreme Court  
of 28th November 1923 and the theory of Erich Kaufmann**

**Keywords:** judge, right to review statutes, law of nature

**Summary:** Nowadays, it seems obvious that there are strong political ties between the legislature and the executive, whereas in a situation of a tyrannical parliamentary majority the government is *de facto* deprived of the attribute of at least relative independence from the party's "top". The political will, the source of which are the people, is being distorted: the parliament and the government pursue their own goals, in dissociation not only from some abstractly conceivable public interest but also from the principles of order set out in the constitution. It is therefore the role of the judiciary to correct the executive and the legislature. The judicial power to review statutes became apparent in the decision of the Reich Supreme Court of 28th November 1923. The theoretical justification for the power of judges and courts came from Erich Kaufmann.