

Recenzii

Andreea Ana-Maria ALEXE*

Polemica: Hans Kelsen și Carl Schmitt despre garantul Constituției

*Lars Vinx*¹ (ed.), **THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION: HANS KELSEN AND CARL SCHMITT ON THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW**, publicată de Cambridge University Press (2015), 292 pagini.

Cine ar trebui să fie garantul Constituției? Aceasta este întrebarea care a generat o cunoscută polemică între Carl Schmitt și Hans Kelsen în doctrina constituțională a secolului al XX-lea. Pentru ambii autori modalitatea prin care ei înțeleg democrația reprezintă cheia pentru a determina cine ar trebui să fie garantul Constituției. Argumentele polemice ale lui Schmitt și Kelsen reprezintă două fațete ale aceleiași monede, deoarece ambele ilustrează, în mod coerent, situația constituționalismului în Europa.

Lucrarea publicată de Cambridge University Press, sub coordonarea lui Lars Vinx reprezintă prima traducere în limba engleză a dezbaterii dintre Hans Kelsen și Carl Schmitt despre gardianul Constituției și legitimitatea revizuirilor constituționale. Volumul adună șase studii, în cronologia lor ilustrând dezbaterea doctrinară a celor doi titani ai doctrinei constituționale europene. Primul îi aparține lui Kelsen ‘*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*’ (‘Natura și dezvoltarea jurisprudenței constituționale’)², și are ca subiect natura curților constituționale și argumentele autorului în favoarea înființării acestora, al doilea și al treilea studiu sunt extrase din lucrarea lui Carl Schmitt despre gardianul constituției³, opinia lui în ceea ce privește revizuirea constituțională și argumentele acestuia în favoarea președintelui ca garant al Constituției. Al patrulea studiu este răspunsul lui Kelsen la întrebarea *cine ar trebui să fie garantul Constituției?* – publicat sub forma unei recenzii critice asupra lucrării lui Schmitt (*Der Hüter der Verfassung – Gardianul Constituției*), și analizează conflictul de natură constituțională rezultat din interpretarea extinsă a art. 48 din Constituția de la Weimar⁴.

* *Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova*
andreea_alexe@yahoo.com

¹ *Lars Vinx* este profesor în Departamentul de Filozofie la Universitatea Bilkent, Ankara, Turcia. Principalele domenii de studii sunt politică, teorie dreptului constituțional și istoria gândirii politice.

² *Hans Kelsen*, ‘*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*’ (Natura și dezvoltarea jurisprudenței constituționale), în *Hans R. Klecatsky, Rene Marcic, and Herbert Schambeck* (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* (Școala Vieneză a dreptului. Scrieri din Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross) 1929.

³ *C. Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung (Garantul Constituției)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1931.

⁴ *H. Kelsen*, ‘*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*’ în *Hans R. Klecatsky, Rene Marcic, and Herbert Schambeck* (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 1931.

Ultimele două studii constau în comentariile critice ale celor doi autori privitoare la decizia Staatsgerichtshof din 25 octombrie 1932⁵.

Lectura acestor fragmente permite cititorilor o incursiune în teoriile celor doi creatori de doctrină în plină dezbateră, în contextul unei crize constituționale concrete: situația declanșată de *Preussenschlag*, decretul care s-a dat pe baza prerogativelor art. 48 din Constituția de la Weimar⁶, și care a dus la abolirea autonomiei Prusiei. Evenimentele social-politice ulterioare *Preussenschlag* au marcat nu doar eșecul republicii de la Weimar și creșterea puterii partidului nazist, ci au generat și una dintre cele mai importante dezbateri care au avut loc în epocă: legitimitatea și oportunitatea jurisprudenței constituționale. Legalitatea decretului *Preussenschlag* a fost contestată de guvernul prusac la *Staatsgerichtshof* (instanța superioară abilitată cu probleme de stat, dar care nu îndeplinea atribuțiile unei instanțe constituționale în înțelesul pe care termenul îl are astăzi), susținând că decretul de urgență era neconstituțional. Curtea a respins cererea Reich-ului, potrivit căreia, guvernul prusac își neglija responsabilitățile, dar a susținut subjugarea Prusiei de către Reich. Prusia a protestat la curte că președintele Reich-ului și-a încălcat imparțialitatea. Carl Schmitt⁷ a fost unul dintre cei care s-au pronunțat în favoarea unei interpretări mai largi a prevederilor art. 48 din Constituție, susținând că puterea unui garant al acesteia, trebuie să aparțină executivului (Președintelui, în cazul de față), singurul capabil să ia o decizie într-o situație de excepție, și nu unei curți constituționale.

⁵ În iulie 1932, cancelarul von Papen a organizat o lovitură de stat împotriva Prusiei (*Preussenschlag*), în baza prerogativelor de urgență conferite Președintelui Reich-ului prin art. 48 din constituția Weimar. Această decizie a fost contestată de Prusia la Staatsgerichtshof.

⁶ Art. 48 din Constituția de la Weimar prevedea: (1) *Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.* (2) *Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.* (3) *Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.* (4) *Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.* (5) *Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.* (1. Dacă un land nu își îndeplinește datoriile astfel cum sunt ele stabilite de Constituția legile Reichului, Președintele poate utiliza forța armată să determine îndeplinirea obligațiilor sale. 2. Dacă securitatea și ordinea publică în Reich sunt amenințate sau sunt în stare de pericol Președintele poate face uz de toate măsurile necesare pentru a le restabili, inclusiv prin utilizarea forței armate. Pentru realizarea acestui scop, Președintele poate suspenda, parțial sau total, drepturile fundamentale stabilite de art. 114, 115, 117, 118, 124, 153. 3. Președintele trebuie să informeze fără întârziere Parlamentul (Reichstag) cu privire la toate măsurile instituite prin 48 alin. 1 și 2. La cererea expresă a Parlamentului se va renunța la măsurile luate. 4. Măsurile instituite prin alin. 2 al prezentului articol pot fi luate, provizoriu, și de guvernul landului pe teritoriul său în caz de pericol iminent. La cererea expresă a Președintelui sau a Parlamentului se va renunța la măsurile luate. 5. Prin lege specială sunt stabilite detaliile acestor dispoziții) – trad. ns. A.A.

⁷ La momentul procesului de la Leipzig Schmitt deținea funcția de consilier al guvernului federal.

Pe de altă parte, Hans Kelsen susține că puterea de garant al Constituției ar trebui să aparțină unei curți constituționale⁸, și condamnă decizia și argumentele ambigue ale instanței Staatsgerichtshof. Polemica celor doi autori pornește de la faptul că în Constituția de la Weimar nu s-a prevăzut o instanță constituțională care să aibă rolul de garant al Constituției, iar Staatsgerichtshof nu era competentă să se pronunțe asupra unui conflict de natură constituțională conform celui invocat. În aceste circumstanțe, Hans Kelsen face o apologie în favoarea unei revizuirii constituționale în vederea introducerii curților constituționale, organizate după modelul austriac⁹. Modelul propus de acesta are în vedere atât un raport de conformitate, cât și unul de validitate. Astfel, Kelsen susține că sistemul unei curți constituționale presupune o construcție în trepte din mai multe straturi¹⁰. De asemenea, conform concepției sale, orice act legislativ este discreționar, la fel ca și activitatea unui judecător, iar pe măsură ce coborâm pe scara ierarhică a activității judiciare crește subiectivismul. De aceea, este necesară oferirea unei garanții suplimentare procesului legislativ. Dacă nu există garanția legalității constituționale, atunci Constituția, spune Kelsen, ar fi o „lege de natură inferioară, lipsită de forță juridică”. Doar o curte constituțională poate sancționa neconstituționalitatea unor acte legislative și poate rezolva situații conflictuale cum a fost cea declanșată de *Preussenschlag*. Altfel spus, suveranitatea legiuitorului are ca alternativă suveranitatea poporului, iar principiul legalității, care se află la baza sistemului juridic național, este înlocuit cu jurisdicția unei curți constituționale.

Karl Schmitt neagă faptul că Staatsgerichtshof-ul ar fi avut jurisdicție asupra problemelor constituționale implicate în disputa *Prusia vs. Reich*. În viziunea lui, Curtea apără Constituția numai în chestiunile legale, iar demiterea guvernului prusac fusese o chestiune politică și, în această situație, gardianul Constituției este Președintele. Schmitt favorizează astfel primatul politicului asupra legii ca voință colectivă a națiunii: puterea politică autentică nu ar trebui să fie constrânsă de vreun statut legal. „Suveran este cel care decide în ceea ce privește starea excepțională”¹¹. În plus, Schmitt susține ideea că o curte constituțională chemată să decidă asupra unor chestiuni de natură politică va fi forțată să ia decizii politice, separându-se de norma constituțională, încălcând astfel principiul separației puterilor. Introducerea curții constituționale, în viziunea acestuia, nu va de-politiza conflictul constituțional, ci, din contră, va politiza curtea în defavoarea activității judiciare, deci o curte constituțională nu ar reprezenta un garant al Constituției. Schmitt respinge și ideea parlamentului ca și garant al Constituției, susținând ideea că parlamentele moderne, ca rezultat al pluripartidismului, nu iau

⁸ În accepțiunea lui Kelsen, o instanță care are atribuții de verificare a tuturor actelor legislative și de acțiune executive de nivel înalt pentru conformitatea acestora cu constituția, și în mod explicit înzestrată cu autoritatea de a invalida actele considerate neconstituționale.

⁹ Hans Kelsen a fost judecător la Curtea Constituțională a Austriei, din 1920 până în 1929, și a avut un rol considerabil în structurarea și organizarea acesteia.

¹⁰ *H. Kelsen*: „ordinea de drept nu este un sistem de norme de drept aflate pe același plan, egale, ci o construcție în trepte din mai multe straturi. Unitatea sa este asigurată de interdependența care reiese din aceea că valabilitatea unei norme, produsă conform unei alte norme, se bazează pe această din urmă normă, a cărei producere este determinată la rândul ei de altă normă; un regres care se sfârșește în cele din urmă în norma de bază presupusă. Norma de bază ipotetică - în acest sens - este prin urmare motivul de valabilitate suprem, pe care se bazează unitatea acestei interdependențe de producere”, *Doctrina pură a dreptului*, Ed. Humanitas, București, 2000, p. 272

¹¹ *C. Schmitt*, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1922, p. 45.

decizii politice ca reprezentanți ai poporului, ci în funcție de interesele propriilor partide, fiind avantajate majoritățile parlamentare, în dauna opoziției. În ceea ce privește oportunitatea revizuirii Constituției în vederea introducerii curții constituționale, în concepția lui Schmitt acest lucru este imposibil, deoarece autorul nu recunoaște puterea constituantă derivată și susține, în acest sens, că puterile constituite nu pot modifica textul constituțional. Trebuie să menționăm că Constituția de la Weimar prevedea posibilitatea revizuirii textului constituțional (prin art. 76), totuși, Schmitt nu recunoaște acest lucru. Schmitt consideră că Legea fundamentală, ca expresie a voinței constituante a poporului german nu se identifică în totalitate cu textul scris, ci are în vedere înțelesul material al acesteia, adică ansamblul normelor legale care reglementează exercitarea puterii de stat. Astfel se justifică și refuzul lui Schmitt de a accepta posibilitatea unei revizuirii constituționale ca efect al puterilor constituite.

Ambii autori critică în mod elaborat decizia Staatsgerichtshof, Schmitt pentru că aceasta nu era în măsură să se pronunțe și Kelsen pentru că ea nu avea competențe depline în probleme constituționale.

Cu toate că opiniile exprimate de cei doi sunt total diferite, atât în ceea ce privește garantul Constituției cât și în ceea ce privește limitele revizuirii constituționale, ambele teorii și-au găsit discipoli de-a lungul timpului, iar Kelsen și Schmitt au fost considerați fondatori și membri marcanți ai normativismului și decizionismului. Pentru a găsi un punct comun în ambele teorii și pentru a înțelege esența acestei polemici în cazul de față, plecăm de la întrebarea *Care este rolul garantului Constituției?* Pentru ambii autori, modalitatea prin care ei înțeleg *democrația* reprezintă răspunsul pentru a determina cine este și ce scop ar trebui să aibă garantul Constituției.

Democrația, conform lui Kelsen, este un proces de căutare pașnică a unui compromis politic între diferitele grupuri sociale, care au dreptul să participe la jocul politicii democratice în condiții de egalitate. Acest compromis democratic, în opinia lui Kelsen, maximizează libertatea și o îndepărtează ideologic și funcțional de sistemul de constrângere coercitivă al legii și este, totodată, contrar autocrației. Democrația este, în esență, constituțională, deoarece căutarea pașnică pentru compromis necesită acceptarea supremației unui sistem de norme de procedură permanente care să reprezinte voința tuturor grupurilor în societate. O curte constituțională acționează în calitate de gardian imparțial al acestor proceduri și drepturi, prin urmare, este deosebit de importantă într-un stat democratic. Pe de altă parte, Schmitt susține că tutela judiciară a legalității constituționale va inhiba întotdeauna democrația, și va încerca să împiedice exprimarea voinței constituante a oamenilor. Schmitt susține și ideea că voința democratică autentică reprezintă singura putere constituantă.