

Rozdział 2. Konstytucja społeczna a konstytucjonalizm

Rozdział poświęcony jest podstawom teoretycznym dalszych rozważań. W pierwszej kolejności omówione zostaną główne tezy konstytucjonalizmu społecznego wykorzystane następnie w pracy. Zaproponowane zostanie również społeczne odczytanie Konstytucji RP polegające na wyodrębnieniu w niej części dotyczącej podmiotów pozapaństwowych jako instytucji o pozycji ustrojowej uzasadniającej ich wpływ na tworzone prawo i prowadzone polityki publiczne, a także umożliwiających oddolne tworzenie norm i szeroko rozumianej samoregulacji. Dzięki temu wskazany zostanie typ legitymizacji inny niż przez odwołanie do aktów suwerennego narodu charakterystyczny dla odczytania liberalnego. Omówiona zostanie także relacja między funkcjonowaniem tych instytucji a kryzysem konstytucyjnym. W szczególności postawiona zostanie teza, że długotrwałe pozbawienie podmiotów społecznych o wysokiej refleksyjności ich ustrojowej roli oznaczało uruchomienie i napędzanie procesów konsolidacji władzy na długo przed jego wybuchem i tworzyło dla niego warunki możliwości.

2.1. Konstytucjonalizm społeczny

Samorządy zawodowe traktujemy jako część konstytucji społecznej zarówno w znaczeniu szerokim (efekt samokonstytucjonalizacji podmiotów społecznych), jak i wąskim (część konstytucji formalnej dotycząca podmiotów społecznych). Dzięki temu możliwe jest potraktowanie wyników badań dotyczących tego rodzaju samorządności w Polsce jako podstawy do uogólnień. Dlatego też należy bliżej określić pojęcie konstytucji społecznej. W tym celu najlepszym rozwiązaniem jest sięgnięcie do nurtu określanego jako konstytucjonalizm społeczny (*societal constitutionalism*), którego cechą charakterystyczną jest łączenie podejścia socjologicznego i teoretycznoprawnego w badaniach nad funkcjonowaniem współczesnych konstytucji. Oczywiście wiąże się

on również z wykorzystaniem komparatystyki. Zanim zostanie przedstawionych kilka podstawowych twierdzeń konstytucjonalistów społecznych, warto krótko wskazać miejsce tego nurtu w ramach konstytucjonalizmu w ogóle. Jest przy tym kwestią trywialną, że to ostatnie pojęcie jest wieloznaczne na bardzo wielu poziomach. W celu jedynie zarysowania głównych rozróżnień wskażmy na trzy jego znaczenia.

Po pierwsze, konstytucjonalizm może być rozumiany jako zasada prawna wyrażająca nadrzędność w systemie prawnym norm konstytucyjnych względnie aktu normatywnego je zawierającego. Oczywiście rozumienie to zakłada istnienie samej konstytucji w sensie prawnym, choć niekoniecznie musi mieć ona formalny (pisany) charakter. Oznacza to, że nie może być ona traktowana jako akt wyłącznie polityczny czy ideologiczny, lecz jako normy prawne będące źródłem praw i obowiązków. W Konstytucji RP tak rozumiana zasada konstytucjonalizmu wyrażona jest w art. 8 ust. 1 i powinna być rozpatrywana w powiązaniu z zasadami demokratycznego państwa prawnego (art. 2), legalizmu działania władzy publicznej (art. 7) czy przestrzegania prawa międzynarodowego (art. 9). Wyróżnić można dwa aspekty nadrzędności konstytucji: wewnątrzsystemowy i zewnątrzsystemowy¹. Z każdym z tych aspektów wiążą się szczegółowe problemy rozpatrywane przez doktrynę prawa konstytucyjnego, wynikające np. z niedookreślenia wielu zasad konstytucyjnych czy europeizacji porządków prawnych.

Po drugie, konstytucjonalizm bywa rozumiany jako doktryna polityczno-prawna bądź ideologia. Zgodnie z nią samo istnienie konstytucji, a nawet jej nadrzędność w systemie prawa to zbyt mało, aby wypełnić przypisywane jej funkcje, tj. przede wszystkim zabezpieczenie przed tyranią i wykluczenie sprawowania władzy w sposób arbitralny. Konstytucja wypełnia to zadanie przez zorganizowanie władzy politycznej w formach prawnych oraz wprowadzenie ograniczeń jej sprawowania. Istnieje przy tym kanon rozwiązań ustrojowych, które są warunkami koniecznymi zakwalifikowania danego państwa jako konstytucyjnego. Należy do niego choćby trójpodział władzy czy zagwarantowanie praw jednostki. Konstytucjonalizm w tym ujęciu wymaga zatem nadania normom konstytucji określonej treści. Oczywiście między jego zwolennikami istnieje wiele rozbieżności co do szczegółowych kwe-

¹ A. Kustra, Współczesny paradygmat nadrzędności konstytucji, *Studia Iuridica Toruniensia* 2008, Nr 4, s. 105 i n.

stii, jak choćby sposobu sprawowania kontroli zgodności prawa z konstytucją² czy roli obywateli w kształtowaniu instytucji ustrojowych³. W konsekwencji wyróżnić można typy konstytucjonalizmu, takie jak liberalny (silna sądowa ochrona praw jednostki), republikański (istnienie wspólnoty obywateli kultywującej cnoty i obowiązki obywatelskie) czy popularny (maksymalny i powszechny wpływ obywateli na podejmowanie decyzji publicznych i zredukowanie eksperckiego charakteru instytucji). W każdym przypadku chodzi jednak o ten sam cel, tj. zorganizowanie władzy politycznej oraz jej ograniczenie.

Po trzecie, konstytucjonalizm jest także teorią, a więc efektem systematycznych dociekań. Wyróżnić można przy tym ujęcie ogólne i szczegółowe⁴. Pierwsze polega na badaniu funkcji konstytucji jako takich i rozwiązań, które mają zapewnić ich realizację. Dotyczy to przede wszystkim roli gwarancyjnej i ograniczenia władzy. Drugie natomiast nakierowane jest na konkretne konstytucje oraz związane z nimi kontekst kulturowy i polityczny. W tym znaczeniu można mówić np. o konstytucjonalizmie angielskim czy polskim, a tak uprawiana teoria może być pojmowana jako refleksja nad daną tożsamością konstytucyjną⁵. To co łączy te podejścia to przyjmowanie perspektywy procesualnej, w której konstytucja jako zespół norm czy akt normatywny jest ważnym momentem, a jej treść istotnym elementem badań, ale równie ważne jest także jej powstawanie, następnie jej wykładnia i stosowanie, a niekiedy i upadek. Jest to charakterystyczne zarówno dla teorii momentu konstytucyjnego⁶, *living constitution*⁷ czy wspomnianych powyżej ujęć tożsamości konstytucyjnej.

Na tym tle konstytucjonalizm społeczny jest przede wszystkim nurtem teoretycznym o ogólnym charakterze. Rozwijany jest od początku lat dzie-

² J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, *The Yale Law Journal* 2006, Nr 115, s. 1346 i n.

³ K.J. Kaleta, *Bezpośrednia partycypacja obywateli w polityce konstytucyjnej (wyzwania i ograniczenia)*, PiP 2020, Nr 5, s. 3–24.

⁴ J. Waldron, *Constitutionalism: A Skeptical View*, [w:] T. Christiano, J. Christman (red.), *Contemporary debates in political philosophy*, Wiley–Blackwell 2009, s. 268.

⁵ M. Pichlak, *Konstytucjonalizm jako refleksja*, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2018, Nr 1, s. 8 i n.

⁶ B. Ackerman, *We the People*. Foundations, Cambridge 1991; zob. A. Młynarska-Sobaczewska, *Wokół pojęcia momentu konstytucyjnego*, [w:] R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Dookoła Wojtek...* Księga pamiątkowa poświęcona doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi, Wrocław 2018, s. 133 i n.; M. Ziolkowski, *Constitutional Moment and the Polish Constitutional Crisis 2015–2018 (a few Critical Remarks)*, *Przegląd Konstytucyjny* 2018, Nr 4, s. 76 i n.

⁷ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm i living constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne*. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla, t. 1, Warszawa 2012, s. 147–165.

więćdziesiątych ostatniego stulecia przez różnych autorów, wśród których najbardziej znany jest dorobek *D. Sciulliego*, *G. Teubnera* oraz *Ch. Thornhilla*. Oczywiście wyrósł on z wcześniejszego zainteresowania socjologów porządkami konstytucyjnymi, ale odróżnia go od nich systematyczny charakter badań. Niektórzy twierdzą, że ostatnia dekada może być określona jako zwrot socjologiczny w konstytucjonalizmie lub konstytucyjny w socjologii⁸. Narastająca popularność łączenia podejścia socjologicznego i teoretycznoprawnego do konstytucji może być wyjaśniona przez odwołanie do zachodzących w rzeczywistości społecznej procesów, takich jak: 1) podważenie funkcji konstytucji jako instytucjonalizacji uniwersalnej racjonalności; 2) dostrzeżenie jej funkcji tożsamościowej czy symbolicznej, instytucjonalizującej wartości i wyobrażenie o sobie danej wspólnoty politycznej; 3) wzrastający pluralizm konstytucyjny, związany z coraz większym zróżnicowaniem funkcjonalnym społeczeństwa oraz umiędzynarodowieniem porządków prawnych⁹.

O konstytucjonalizmie społecznym należy mówić raczej jako o nurcie niż o jednej spójnej teorii. Niewątpliwie jednak jest wiele twierdzeń wspólnych wszystkim ujęciom do niego zaliczanym. Poniżej omawiamy te, które wydają nam się najbardziej łączyć myśli poszczególnych autorów, a zarazem są istotne z punktu widzenia dalszych rozważań.

Przed wszystkim, ujmując rzecz od strony metodologii, łączenie podejścia socjologicznego i teoretycznoprawnego w ramach konstytucjonalizmu społecznego nie jest prostym zastosowaniem metod empirycznych do zagadnień stanowiących tradycyjnie domenę analizy. Bez wątplenia takie zastosowanie ma miejsce, jednak byłoby uproszczeniem sprowadzanie tego nurtu do socjologii konstytucji. Formułuje on bowiem choćby podstawy do oceny tożsamości konstytucyjnej poszczególnych państw, a także postulaty dotyczące polityk publicznych. Nie jest on jednak teorią normatywną, która narzucałaby określony wzorzec konstytucjonalizacji i tym różni się choćby od uniwersalizujących ujęć nakierowanych na poziom doktrynalny, jak ma to przykładowo miejsce w przypadku konstytucjonalizmu liberalnego. W konsekwencji najbardziej adekwatne wydaje się określenie konstytucjonalizmu społecznego jako konstytucyjnej teorii krytycznej nakierowanej na analizę roli, jaką konstytucje odgrywają w dawnych i współczesnych społeczeństwach¹⁰. Jest to zgodne z pier-

⁸ *P. Blokker*, *Ch. Thornhill*, *Sociological Constitutionalism. An Introduction*, [w:] *P. Blokker*, *Ch. Thornhill* (red.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge 2017, s. 6.

⁹ *Ibidem*, s. 7–20.

¹⁰ *Ch. Thornhill*, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press 2011.

wotną ideą *D. Sciulliego*, któremu zresztą omawiany nurt zapewnia swoją nazwę¹¹.

Jedną z podstaw ugruntowania podejścia krytycznego są założenia dotyczące ontologii społecznej. Konstytucjonalizm społeczny odrzuca w tym zakresie indywidualizm prowadzący do zredukowania podmiotowości konstytucyjnej do zbioru jednostek – zarówno w rozumieniu władzy konstytuującej, jak i konstytuowanej¹². Tym różni się przede wszystkim od konstytucjonalizmu liberalnego. Nie wykorzystuje więc argumentacji charakterystycznej dla filozofii politycznej i teorii, takich jak kontraktualizm, które mają uzasadniać procesy konstytucjonalizacji. Odrzuca jednak także istnienie w tej roli homogenicznych wspólnot opartych na tradycji i podzielanych wartościach. Taka komunitarystyczna wizja traktowana jest również jako nieodpowiadająca rzeczywistości na obecnym etapie rozwoju społecznego. Tym różni się w znacznej mierze od konstytucjonalizmu republikańskiego. W zamian konstytucjonalizm społeczny proponuje, aby punktem odniesienia w badaniach konstytucyjnych uczynić – jak sama jego nazwa wskazuje – społeczeństwo. Co istotne, nie ma to być oczywiście jakikolwiek jego obraz, lecz adekwatny właśnie do obecnego etapu jego rozwoju, a więc późnej nowoczesności.

Charakterystyka współczesnych społeczeństw to w pierwszej kolejności postępujące zróżnicowanie funkcjonalne i towarzyszące mu zjawiska, takie jak specjalizacja wiedzy i fragmentacja komunikacji oraz znaczeń. Są one dobrze znane w socjologii i opisane z różnych perspektyw. Niezależnie jednak od tego, czy przyjmie się, że zjawiska te oznaczają kształtowanie się coraz bardziej skomplikowanego układu ról społecznych czy też podsystemów społecznych, takich jak polityka, ekonomia, prawo, nauka, media, medycyna, sztuka itp. prowadzą one nie tylko do zwiększania się potrzeby koordynacji, ale także do powstawania różnorodnych obrazów świata umożliwiających tym układom ról czy podsystemom realizowanie ich funkcji w ramach społeczeństwa. Tam, gdzie prawo widzi stosunki prawne wraz z ich podmiotami i przedmiotami, tam ekonomia dostrzega procesy gospodarcze, a polityka relacje władzy. Te obrazy świata i związane z nimi wewnętrzne kody komunikacyjne poszczególnych podsystemów społecznych są wzajemnie nieprzekładalne¹³.

¹¹ *D. Sciulli*, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge 1992, s. 15.

¹² Zob. *K.J. Kaleta*, Władza konstytuująca jako przedmiot badań nauk prawnych, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2018, Nr 1, s. 40–64.

¹³ *G. Teubner*, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford 2012, s. 3.

Oznacza to, że nowoczesne społeczeństwo może być traktowane jako coraz bardziej skomplikowany system, w którym odgrywane role i sposoby komunikowania się stają się coraz bardziej różnorodne. Dla konstytucjonalistów społecznych jest to bardzo ważne stwierdzenie, ponieważ oznacza m.in., że tradycyjne problemy i podejścia do konstytucji, reprezentowane choćby przez perspektywę liberalną, stają się dziś nieadekwatne. Miały one niewątpliwie swój historyczny sens na przełomie XVIII i XIX w., gdy głównym wyzwaniem było ukonstytuowanie i ograniczenie władzy politycznej w państwach narodowych. Wypracowane wówczas rozwiązania, opierające się na równowadze i funkcjonalnym związku prawa i polityki, mogły być uznawane za wystarczające. Dzięki takim rozwiązaniom ówczesny konstytucjonalizm mógł na trwałe wnieść do dorobku cywilizacyjnego Zachodu zasady, takie jak uzasadnienie władzy politycznej przez odwołanie do woli obywateli (suwerenność ludu), zorganizowanie jej według pełnionych zadań (trójpodział władzy) oraz ujęcie w formy prawne (legalizm). Tak rozumiany konstytucjonalizm, łącząc prawo i politykę, kwestie funkcjonowania innych podsystemów społecznych pozostawił sferze prywatnej. Społeczeństwo jako oddzielone od państwa pozostało poza jego zainteresowaniem¹⁴.

Konstytucjonalizm społeczny zwraca uwagę, że współczesne zróżnicowanie obrazów świata powoduje, że jednostka staje się mieszkańcem wielu z nich¹⁵. Jest więc już nie tylko obywatelem państwa, ale także pracownikiem, konsumentem, studentem, pacjentem itp. W każdym z podsystemów społecznych staje się ona stroną stosunków społecznych, które mogą stać się tak samo autorytarne, jak w przypadku relacji z nieograniczoną konstytucją władzą polityczną. Mało tego, wraz ze wzrostem zróżnicowania funkcjonalnego prawdopodobieństwo takiego biegu wypadków staje się większe. Konstytucjonalisci społeczni wskazują zatem na to, że historycznie ukształtowany konstytucjonalizm operuje zbyt wąskim pojęciem władzy, ograniczając do sfery politycznej czy działania państwa, nie dostrzegając coraz silniej oddziałujących na jednostkę środków kontroli społecznej sprawowanych w ramach społeczeństwa. W konsekwencji przeocza on także, w jaki sposób autorytaryzm polityczny powstaje na poziomie społecznym i podnosi alarm dopiero, gdy przestają działać konstytucyjne hamulce. Z reguły jest to spóźnione.

¹⁴ *Ibidem*, s. 17.

¹⁵ Ch. Thornhill, *The Citizen of Many Worlds: Societal Constitutionalism and the Antinomies of Democracy*, *Journal of Law and Society* 2018, Nr 45, s. S73 i n.

Mechanizm, o którym tu mowa, został szczegółowo opisany na początku lat 90. XX w. przez *D. Sciulliego*. Sięgając do tradycji Weberowskiej, uczynił to za pomocą pojęcia dryfu. Upraszczając nieco, można powiedzieć, że wraz ze wzrostem zróżnicowania społeczeństw, w ramach liberalnych rozwiązań charakterystycznych dla instytucji prawnych państw zachodnich, wzrasta konkurencja w sferze gospodarczej i politycznej. Powstają kolejne rynki, a rywalizacja na nich nie ma jedynie wymiaru ekonomicznego, lecz kształtuje w nich stan stosunków społecznych. Innymi słowy, coraz większa różnorodność wraz z szeroką autonomią społeczną zwiększa rolę niewidzialnej ręki w znajdowaniu równowagi i stabilizowaniu stosunków społecznych. Taki opis rzeczywistości nie bierze jednak pod uwagę, że zwiększająca się konkurencja powoduje po stronie jej uczestników wzrost działań strategicznych oraz form organizacji typu biurokratycznego. Łącznikiem między nimi jest racjonalna kalkulacja. Uczestnicy rywalizacji, pragnąc poprawić swój status, w jej ramach biurokratyzują swe działania, aby czynić je efektywnymi w odniesieniu do zasobów, którymi dysponują¹⁶. Można to zauważyć zarówno w ekonomii i podejściu przedsiębiorstw zorganizowanych na zasadzie korporacji do swoich pracowników i klientów, jak i np. w przypadku partii politycznych, które stały się wehikułami wyborczymi nakierowanymi na agregowanie głosów wyborców.

W konsekwencji następuje wzrost kontroli społecznej i podporządkowania jednostek. Racjonalizacja życia społecznego przez zróżnicowanie i konkurencję okazuje się nie być ukierunkowana na poprawę jakości życia, ale dryfuje w stronę coraz bardziej autorytarnych stosunków społecznych. Niestety większość rozwiązań mających na celu zastąpienie bezwładnego osuwania się w tę stronę ukierunkowaniem zmiany społecznej na emancypację jednostek odnosi skutek odwrotny do zamierzonego. Pierwszym, najszerzej stosowanym w państwach zachodnich jest zastępowanie mechanizmów rynkowych administrowaniem. Przez decyzje polityczne ustanawia się środki administracyjnoprawne mające na celu równoważenie negatywnych skutków działania rynków, takie jak choćby ochrona pracowników, konsumentów itp. Oczywiście skutkuje to dalszym zróżnicowaniem funkcjonalnym, biurokratyzacją działania państwa i uruchomieniem dalszych obszarów konkurencji, np. o zasoby budżetowe. Na końcu konsekwentnego wdrażania tej ścieżki jest centralne planowanie i totalne panowanie ze strony państwa.

Drugim rozwiązaniem obecnym w dyskursie publicznym jest postulat powrotu do tradycji jako nośnika wspólnego dla całego społeczeństwa obrazu

¹⁶ *D. Sciulli*, *Theory*, s. 41.

świata i wiążącego się z nim – z reguły homogenicznego – systemu wartości. Opiera się ono na założeniu, że nowoczesność powoduje wykorzenienie jednostek z tradycji, a fragmentacja w sferze znaczeń dopełnia utratę przez nią mocy spajającej w skali społeczeństwa. Staje się ona zazwyczaj czymś lokalnym i poddawanym działaniom strategicznym. Stąd typowo nowoczesne zjawisko „wynalezionych tradycji”, które stają się narzędziami oddziaływania w sferze kultury. Odbudowa społeczeństwa jako wspólnoty opartej na tradycji nie może być jednak prostym powrotem do czasów przednowoczesnych. Działania na to ukierunkowane prędzej czy później – w imię skuteczności – przyjmują strategiczny charakter, a w konsekwencji wpadają w schemat konkurencji, biurokratyzacji, agregowania poparcia i ostatecznie opierają się na rezygnacji jednostek z ich autonomii oraz zwiększeniu kontroli społecznej. Z tego punktu widzenia wszelka polityka tożsamościowa odwołująca się do cech substancjalnych, np. budowana na etniczności lub przekonaniach religijnych, musi budzić podejrzenia.

Trzecim rozwiązaniem, które *D. Sciulli* poddaje analizie, są ruchy społeczne nastawione na emancypację. Ich spontaniczny charakter oraz ukierunkowanie raczej na partykularne dobra ważne dla jego uczestników, a nie tradycję, mającą być podstawą całej wspólnoty, zdają się pozbawiać je wad poprzednich sposobów przełamywania dryfu w stronę zwiększania kontroli społecznej. Jednak cechy te stanowią zarazem o słabości takich ruchów. Spontaniczność powoduje, że mają one zazwyczaj krótkotrwały charakter, a wszelkie próby nadania im trwałej instytucjonalnej formy wymuszają myślenie o ich celach w sposób strategiczny. Również partykularny charakter oznacza, że będą one z reguły poddane rywalizacji pod względem skuteczności ze strony innych ruchów, a zatem – jak już była mowa – będą one poddane systemowej presji organizowania się w sposób biurokratyczny. W konsekwencji zwiększać się będzie ich kontrola społeczna nad własnymi uczestnikami. Tym samym będziemy mieć do czynienia z paradoksem, polegającym na tym, że dany ruch społeczny może być tym bardziej skuteczny w osiągnięciu swoich wolnościowych celów, im bardziej jednolita i zaangażowana będzie postawa jego uczestników. To jednak wymaga rezygnacji z części wolności. W swojej istocie mechanizm ten przypomina w zakresie skutków wspomniane powyżej równoważenie kontroli społecznej korporacji przez administrację państwową. Nawet przy dobrych intencjach podmiotów tworzących takie rozwiązania przyczyniają się one do dryfu.

W ostatniej dekadzie konstytucjonalisci społeczni zwracają uwagę na nasilenie pewnych zjawisk, które na początku lat 90. mogły być mniej dostrze-

galne. Należy do nich przede wszystkim globalizacja, którą rozumieją jako zintensyfikowane wychodzenie różnicowania funkcjonalnego poza ramy państw narodowych. Według G. Teubnera podsystemy społeczne funkcjonują w skali światowej, choć w nierównej mierze. Za globalizacją zwykle nie nadążają formy organizacyjne, zarówno przynależące do państw narodowych, jak i samoorganizacji danego obszaru. Pewną funkcję pełnią tu wyspecjalizowane organizacje międzynarodowe, często działające jako organizacje sieciowe lub parasolowe, ale one również nie są w stanie zapanować nad presją systemową wywieraną przez siły społeczne działające na niespotykaną wcześniej skalę¹⁷. Jednym ze skutków tego przyspieszenia jest postępująca utrata mocy sprawczej oraz zdolności koordynacyjnych przez państwo. Reakcją na to bywa integrowanie się państw w celu uzyskania efektu skali lub nacisk na centralizację i prowadzenie zdecydowanych polityk publicznych. W obydwu przypadkach znow jednak mamy do czynienia z rozwiązaniami zwiększającymi poziom kontroli społecznej i przyczynianiem się do dryfu.

Postępujące różnicowanie funkcjonalne, nawet w warunkach globalizacji, nie może być utożsamiane z innym zjawiskiem, tj. powstawaniem w społeczeństwie systemów eksperckich. Na pewno są to procesy do siebie zbliżone ze względu na wewnętrzne procesy różnicowania zachodzące w ich ramach. O ile jednak różnicowanie funkcjonalne dotyczy struktury społecznej i wiąże się z fragmentaryzacją kultury, o tyle powstanie systemów eksperckich napędzane jest przez specjalizację wiedzy i jej praktycznych zastosowań. W konsekwencji kształtują się grupy ekspertów, a więc osób mogących rościć sobie „prawo do określonych umiejętności lub znajomości pewnych obszarów wiedzy niedostępnych dla laika”¹⁸. Ich sposoby działania i komunikowania przybierają i realizują spójne wzorce proceduralne wytwarzania oraz stosowania wiedzy specjalistycznej, co określa się jako systemy eksperckie¹⁹. Mają one kilka charakterystycznych cech: 1) funkcjonują w sposób ciągły, mimo że korzystanie z wiedzy ekspertów przez laików bywa incydentalne; 2) istnieją w nich spory i brak jest ostatecznych autorytetów, które by je rozstrzygały²⁰; 3) doskonała się one przez stałą wewnętrzną krytykę oraz postępującą specjalizację, a procesy te są nieskoordynowane; 4) opierają się na zaufaniu laików, przy czym zaufanie to dotyczy całego systemu, a niekoniecznie konkretnego eks-

¹⁷ G. Teubner, *Constitutional*, s. 42 i n.

¹⁸ U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, Warszawa 2009, s. 114.

¹⁹ A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość*, Warszawa 2012, s. 310.

²⁰ *Ibidem*, s. 191.

perta²¹. Systemy eksperckie mogą być zorganizowane np. na zasadzie zrzeszeń branżowych, towarzystw naukowych czy samorządów zawodowych, ale nie jest to warunek konieczny ich istnienia. Rolą takich organizacji, jeśli istnieją, nie jest bezpośrednio sprawowanie kontroli nad ekspertami czy koordynacja ich działań, lecz tworzenie warunków do rozwoju wiedzy oraz ochrona zaufania laików przez stanie na straży „bezzstronności” całego systemu²².

Niemożność utożsamienia podsystemów społecznych ukształtowanych wskutek zróżnicowania funkcjonalnego z systemami eksperckimi wynika choćby z tego, że na różnych etapach swego rozwoju podsystemy wcale nie muszą być oparte na wyspecjalizowanej wiedzy eksperckiej. Wyróżnia je właśnie funkcja w systemie społecznym i specyficzna wewnętrzna komunikacja odrębna od komunikacji w innych podsystemach. Podsystemy te nie są także systemami eksperckimi jako całości. Bardziej właściwe wydaje się przyjęcie funkcjonowania w ramach danego podsystemu wielu systemów eksperckich ukształtowanych wzdłuż linii specjalizacji wiedzy. W takim ujęciu do pierwszej kategorii należy prawo, a na jego gruncie działają przynależące do drugiej dziedziny, takie jak prawo karne, kontrakty i spory handlowe, legislacja itp. Dlatego zdecydowanie możemy mówić o ekspertach prawnych i ich istotnej roli w działaniu prawa jako podsystemu²³. Podobnie jest np. z medycyną. Z punktu widzenia naszych rozważań jest to istotne, ponieważ oznacza, że komunikacja między poszczególnymi podsystemami społecznymi może odbywać się przez wymianę wiedzy i uczestnictwo ekspertów, mimo nietożsamości obydwu rodzajów dyferencjacji społecznej.

Taka interpretacja procesów wewnętrznych różnicowania się podsystemów społecznych ma dla konstytucjonalizmu istotne znaczenie. Związek prawa i polityki zasada się na tworzeniu systemu ograniczeń dla działań strategicznych państwa. Polityka tego ostatniego to – co najmniej od czasów *T. Hobbesa* i *N. Machiavellego* – właśnie realizowanie celów strategicznych i oparte na zwiększaniu kontroli społecznej alokowanie zasobów w celu zwiększenia jej skuteczności i efektywności. Tworząc normatywny system ograniczeń, nowoczesne konstytucje niewątpliwie odniosły sukces i przyczyniły się do względnie spowolnienia dryfu. Jednak konsekwencją zawężenia myślenia konstytucyjnego jedynie do relacji polityki i prawa, a więc pozostawienia poza sys-

²¹ *U. Beck, A. Giddens, S. Lash, Modernizacja*, s. 120–122.

²² *Ibidem*, s. 115.

²³ Por. *P. Kaczmarek, Zaufanie do zawodów prawniczych w społeczeństwie ryzyka*, [w:] *H. Izdebski, P. Skuczyński* (red.), *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*, Warszawa 2011, s. 11 i n.

temem ograniczeń innych niż władza państwowa typów kontroli społecznej, było ograniczenie możliwości zastąpienia dryfu emancypacyjnym kierunkiem zmian. Historycznie widać to dobrze na przykładzie konfliktu klasowego drugiej poł. XIX i pierwszej poł. XX w. Jedynie nieliczne państwa były w stanie przetrwać go bez popadnięcia w autorytaryzm lub ustanowienia rządów totalitarnych. Działania strategiczne poszczególnych ugrupowań podporządkowujące nie tylko swoich członków, ale w sposób nieformalny także całe klasy społeczne, tworzyły coraz bardziej autorytarne stosunki społeczne. W pewnym momencie system klasowy wskutek braku integracji i narastającego antagonizmu załamał się, a społeczeństwa stały się masowe. Stworzyło to warunki do powstania totalitaryzmu²⁴.

Według konstytucjonalistów społecznych tworzy to warunki do ustanowienia autorytaryzmu państwowego. Ograniczenia takie jak trójpodział władzy czy ochrona praw jednostki mają bowiem wewnętrzny charakter i obowiązują jedynie organy państwa. Z jednej strony w świetle zróżnicowania funkcjonalnego oraz fragmentacji w sferze kultury ich znaczenie jest w pełni rozpoznane jedynie przez profesjonalistów danego podsystemu społecznego. Wewnętrzny charakter tych ograniczeń oznacza więc trudności z ich rozpoznaniem dla innych aktorów społecznych. Z drugiej strony istnieje problem motywacyjny. Presja systemowa wywierana na różnych aktorów społecznych przez mechanizmy konkurencji/rywalizacji jest tak duża, że podstawową motywacją ich działania jest własny interes. Ograniczenia normatywne odnoszące się do takich działań są zatem najbardziej skuteczne, jeśli tym interesom sprzyjają. Mogą być one oczywiście otwarcie w taki sposób uzasadniane – jak czynią to często liberalne wersje konstytucjonalizmu, odwołujące się do negatywnych konsekwencji arbitralności władzy. Nie jest to jednak konieczne i ten sam mechanizm działa, jeśli ograniczenia te uzasadniane są np. przy użyciu argumentów metafizycznych, odwołujących się do porządku świata, praw naturalnych itp.

W konsekwencji stosowanie konstytucyjnych hamulców trapią problemy dotyczące innych norm społecznych, tj. kierunki ich interpretacji i stosowania stają się przedmiotem rywalizacji i podejścia strategicznego. Aktorzy społeczni, np. stronnictwa polityczne czy grupy interesu, optują za takim ich rozumieniem, dzięki któremu realizacja ich interesów nie będzie skrzepowana. Relatywnie rzadko dochodzi przy tym do ich całkowitego odrzucenia. To bowiem wymagałoby wyraźnej dominacji jednej ze stron nad pozostałymi i możliwości

²⁴ H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2014, s. 395–397.

zmobilizowania przez nią takich zasobów, aby było to opłacalne. Dzieje się tak, gdy dynamika konkurencji czy rywalizacji przekształca ją w trwały konflikt i jest on tak intensywny, że umożliwia działania o charakterze przewrotu. Natomiast w sytuacji względnej równowagi interesów dochodzi raczej do stopniowej konwersji znaczenia ograniczeń normatywnych. Mają wówczas miejsce zabiegi, które mogą być określone jako twórcza interpretacja czy obchodzenie prawa. Nie zawsze zresztą muszą być one intencjonalne. Istotne jest tutaj, że ten często długotrwały proces zmian jest częścią dryfu w ten sposób, iż przekształca funkcjonowanie instytucji opartych o normy, których zmiana znaczenia dotyczy. Gdy do takiego przekształcenia już dojdzie, obniżeniu ulegają nie tylko funkcje ograniczania władzy w sferze normatywnej, ale także funkcje integracyjne w sferze symbolicznej. Wskutek fragmentacji znaczenia konstytucja staje się podatna na strategiczne wykorzystywanie jako zasobu symbolicznego.

Przebieg tych procesów może być scharakteryzowany jedynie bardzo ogólnie. Wydaje się zresztą, że nie istnieje jeden szczegółowy model, który taką prezentację by umożliwił. Istnieją natomiast badania ewolucji konkretnych instytucji. Klasycznym przykładem jest zmiana roli parlamentów w ramach trójpodziału władzy, które ewoluują od pełnienia funkcji reprezentacji społeczeństwa, miejsca debaty i kontroli działań rządu do coraz bardziej biernej roli organu akceptującego w imieniu wyborców polityk publicznych realizowanych przez ten ostatni²⁵. Innym może być przekształcenie funkcji umów cywilnoprawnych, takich jak zlecenie lub umowa o dzieło, a także pracy tymczasowej i wypieranie przez nie standardowych umów o pracę²⁶. Niektóre z tych i inne przykłady zostaną omówione w kolejnych rozdziałach. W tym miejscu ważniejsza niż anatomia dryfu konkretnych instytucji jest teza konstytucjonalistów społecznych dotycząca tego, że może on skutkować ich fasadowością względem funkcji, które miały pełnić pierwotnie. Równie istotna jest przedstawiona powyżej charakterystyka czynników strukturalnych wyzwalających energię napędzającą cały proces, tj. zróżnicowanie funkcjonalne, fragmentacja znaczenia, narastająca konkurencja/rywalizacja i dominacja działania strategicznego oraz jedynie wewnętrzny charakter ograniczeń normatywnych.

Oczywiście uproszczeniem byłoby powiedzieć, że konstytucjonalizm liberalny czy republikański nie dostrzegają pozaprawnych warunków efektywno-

²⁵ A. Dudzińska, „Maszynka do głosowania”. Legitymizowanie decyzji rządu jako główna funkcja parlamentu, *Białostockie Studia Prawnicze* 2016, Nr 20/B, s. 129–137. Zob. rozdział 3.1.

²⁶ K. Muszyński, *Polityka regulacji zatrudnienia w Polsce. Kryzys ekonomiczny a destandaryzacja stosunków pracy*, Warszawa 2019.

ści ograniczeń władzy publicznej. Pierwszy wskazuje tu zazwyczaj na wysoką kulturę polityczną i silne społeczeństwo obywatelskie, a drugi na istnienie wspólnoty wartości w substancjalnym sensie i cnoty obywatelskie. Dla konstytucjonalistów społecznych są to twierdzenia o tyle nieodpowiadające rzeczywistości, że ze względów scharakteryzowanych powyżej nic z tego nie jest w stanie w dłuższej perspektywie uniemożliwić dryf. Warto jednak zauważyć, że jak dotąd na gruncie omawianej teorii zależność między konstytucyjnymi ograniczeniami władzy a pozaprawnymi czynnikami została omówiona jedynie od strony negatywnej. Pokazano bowiem tylko jak zwiększająca się w poszczególnych podsystemach kontrola społeczna tworzy autorytaryzm społeczny, a ten z kolei staje się podłożem przekształcenia w duchu autorytarnym instytucji politycznych. Powstaje zatem pytanie, czy we współczesnych społeczeństwach istnieją takie czynniki strukturalne, które nie będą napędzać dryfu, lecz pozwolą nadać zmianie społecznej bardziej emancypacyjny kierunek lub chociaż pozwolą zabezpieczyć przed narastaniem autorytaryzmu. Konstytucjonaści społeczni udzielają różnych odpowiedzi na to pytanie. Zwróćmy uwagę na dwie z nich, których udzielili *D. Sciulli* i *G. Teubner*.

Dla pierwszego z nich rolę taką mogą odgrywać jedynie te instytucje, które: 1) nie opierają się na motywowaniu działania społecznego interesem własnym uczestników; 2) nie sprowadzają ograniczeń normatywnych takich działań do reguł realizujących jakąś substancjalną koncepcję wartości; 3) nie sprowadzają takich ograniczeń również tylko do reguł proceduralnych ustanowionych wewnątrz danego podsystemu. Instytucje takie muszą więc opierać się na proceduralnej orientacji normatywnej zewnętrznej do danego podsystemu. Orientacja taka oznacza realizację zasad, których opisu autor poszukuje m.in. w wewnętrznej moralności prawa *L. Fullera* oraz idealnej sytuacji mowy *J. Habermasa*. Pierwsza ma tę wadę, że została ograniczona do prawa i nigdy nie nadano jej powszechnego charakteru. Jej zaletą jest natomiast to, że pokazuje, w jaki sposób te ogólne zasady mogą być instytucjonalizowane. Druga natomiast ma zdecydowanie uniwersalny charakter i może być stosowana w wielu częściach systemu społecznego, co jest jej wielką zaletą. Wadą z kolei jest jej idealizm, polegający na tym, że oferuje ona kontrfaktyczne kryteria oceny działań społecznych zawierające się w abstrakcyjnych zasadach etyki dyskursu, ale w konsekwencji nie jest jasne, w jaki sposób zasady te instytucjonalizować²⁷.

²⁷ Tak przede wszystkim w: *J. Habermas*, Teoria działania komunikacyjnego, t. 1, Warszawa 1999. Należy podkreślić, że w późniejszych pracach zajmował się on także instytucjonalizacją zasady dyskursu, zob. *J. Habermas*, Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień

Ostatecznie autor przychyła się bardziej do możliwości uogólnienia zasad moralności prawa, a więc twierdzi, że orientacja proceduralna polega na podejmowaniu działań społecznych wskutek decyzji opartych o reguły generalne i abstrakcyjne, jawne, niedziałające wstecz, jasne, niesprzeczne, możliwe do wykonania, stabilne w czasie i rzeczywiście determinujące praktykę²⁸.

Orientację proceduralną instytucjonalizują wszelkiego rodzaju ciała kolegialne, w których odbywa się uczciwa deliberacja. Przykładami mogą być tu różne rady w organizacjach, panele decyzyjne, seminaria uniwersyteckie, a także – co autor mocno podkreśla – ukształtowane przez tradycję wieloosobowe organy w zrzeszeniach profesjonalistów. Te ostatnie można traktować jako odpowiedniki naszych samorządów zawodów zaufania publicznego, choć zapewne obejmują one także dobrowolne formy stowarzyszania się. Samo istnienie takich ciał tworzy w jego ocenie instytucjonalną przeciwwagę dla czynników strukturalnych napędzających dryf. Jedynym warunkiem, jaki zdaje się on w tym zakresie stawiać, jest to, aby deliberacja odbywająca się w ich ramach była uczciwa. Nie doprecyzowuje on tej myśli, jednakże zaznacza, iż uczestnicy takich ciał nie muszą rezygnować z reprezentowania w nich swoich interesów i z reguły tego nie czynią. Zakłada więc, że sam fakt wspólnego dyskusowania wymusza nie tyle rezygnację z interesów, lecz instytucjonalne powściągnięcie kontroli społecznej.

Przystępując do dyskusji w jakimkolwiek ciele kolegialnym, orientujemy się więc proceduralnie, nawet jeśli nasz interes motywuje nas do działań strategicznych. Z tego względu w takich ciałach nie sprawuje się kontroli społecznej nad jej uczestnikami. Jeśli którykolwiek z nich kontrolę taką nad pozostałymi by sprawował, to nie można by prowadzonej deliberacji określić jako uczciwej. Miałyby ona wyłącznie charakter fasadowy. Co ważne, ciała kolegialne są w stanie wytwarzać autentyczną integrację podmiotów o różnorodnych interesach. Nie powodują zaniku tych ostatnich, ale tworzą przeciwwagę dla czynników strukturalnych napędzających dryf. Przeciwwaga ta polega na tym, że instytucjonalizacja orientacji proceduralnej tworzy zewnętrzne normatywne ograniczenia dla działań strategicznych i w ten sposób pomaga chronić także ograniczenia wewnątrz przed zmanipulowaniem. Im więcej integracji, tym mniej kontroli, a strategiczne działanie w celu osłabienia ograni-

prawa i demokratycznego państwa prawnego, Warszawa 2005. Zob. o jego ujęciu instytucjonalnej samokonstytucjonalizacji K.M. Cern, *Refleksyjność w koncepcji sfer publicznych* Jürgena Habermasa, [w:] K.J. Kaleta, P. Skuczyński (red.), *Refleksyjność w prawie: konteksty i zastosowania*, Warszawa 2015, s. 53–85.

²⁸ L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 38–77.

czeń normatywnych jest przecież w gruncie rzeczy zwiększaniem tej ostatniej. Innymi słowy, w pierwszej kolejności należy dbać o ciała kolegialne, które deliberują, bo to one są w stanie wytworzyć warunki dla przestrzegania konstytucyjnych ograniczeń arbitralności władzy. Należy podkreślić, że autor zdawał sobie sprawę, iż w momencie formułowania przez niego tej myśli nigdzie nie realizowano polityki publicznej mającej na celu wzmacnianie ciał kolegialnych i deliberacji²⁹.

Nieco inaczej postrzega to zagadnienie G. Teubner. Zabezpieczenie przed dryfem w stronę społecznego, a następnie państwowego autorytaryzmu dostrzega w procesach samokonstytucjonalizacji. Jest to jedyna alternatywa wobec pozostałych dwóch możliwości: 1) nieskrępowanego wzrostu kontroli społecznej w ramach poszczególnych podsystemów oraz 2) nieograniczonej rozbudowy państwa i jego ingerencji w każdą sferę życia. Najogólniej rzecz biorąc, samokonstytucjonalizacja polega na wytworzeniu w ramach danego podsystemu – poniekąd oddolnie – norm konstytucyjnych dotyczących funkcjonowania jedynie tego podsystemu. Pojęcie konstytucji jest tu jednak specyficznie rozumiane jako swego rodzaju analogia do konstytucji państwowych. Te ostatnie są dla autora takim związkiem prawa i polityki, który pełni dwie podstawowe funkcje, tj. konstytuuje podmioty władzy oraz dokonuje jej ograniczenia. Na tle poprzednich rozważań szczególnie istotna jest pierwsza z tych funkcji. Autor upatruje społecznych warunków skuteczności konstytucyjnych ograniczeń władzy politycznej nie tylko w instytucjonalizacji orientacji proceduralnej zwiększającej integrację kosztem kontroli, ale także w przebiegu procesów, w wyniku których instytucje te powstają.

Twierdzi on, że dokonująca się wraz z narastaniem zróżnicowania funkcjonalnego fragmentacja znaczenia nie omija konstytucji państw narodowych. Jak wspomniano, proces ten nakłada się na globalizację, która powoduje, że poszczególne podsystemy społeczne funkcjonują na skalę zdecydowanie wykraczającą poza perspektywę pojedynczego państwa. W konsekwencji zasięg konstytucji kurczy się radykalnie do regulowania funkcjonowania władzy politycznej na relatywnie skromnym terytorium. Na ogromnym obszarze społecznym powstaje próżnia, którą państwo może próbować skolonizować jedynie ogromnym kosztem i za cenę wkroczenia na ścieżkę autorytarną. Jeśli jednak pozostawi ono znaczny zakres swobody poszczególnym podsystemom lub będzie prowadzić polityki publiczne zmierzające do wsparcia prawnego zachodzących w nich spontanicznych procesów, próżnia ta zostanie wypełniona nie

²⁹ D. Sciulli, *Theory*, s. 263 i n.