

I. ARTYKUŁY

Wypróbowany przyjaciel polskich teoretyków prawa, profesor Ota Weinberger, przewodniczący Sekcji Austriackiej IVR, w najbliższym czasie kończy 75 lat. Redakcja Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego, ciesząc się ze współpracy z dostojnym Jubilatem, ma zaszczyt przedstawić polskiemu czytelnikowi poniższy artykuł poświęcony ujęciu problematyki konstytucyjnej na gruncie oryginalnej filozofii prawa Autora.

OTA WEINBERGER

TEORIA KONSTYTUCJI W ŚWIETLE POZYTYWIZMU INSTYTUCJONALNEGO *

I. TERMINOLOGICZNE UWAGI WSTĘPNE

Pozytywizm instytucjonalny, o którym tutaj mowa, nie jest koncepcją prawną pochodną klasycznej prawniczej nauki o instytucjach; nie jest też przekształconą koncepcją Maurice Hauriou czy też Carla Schmitta. Powstał on niezależnie od tych kierunków i jest wyrazem całkowicie odmiennego ujęcia norm społecznych, prawa oraz instytucji.

Koncepcja ta nazwana została "pozytywizmem instytucjonalnym" (w skrócie PI)¹. Składa się z normatywistycznej koncepcji instytucji oraz ze szczególnie pojmowanego pozytywizmu prawniczego. Jest w tym sensie pozytywistyczna, że przeczy możliwości czysto poznawczego ustalenia rzeczywistych powinności i prawdziwych wartości. Dopuszcza ona jednak możliwość racjonalnego argumentowania w kwestiach polityki prawa, a zatem chodzi tu o "słabą" formę pozytywizmu prawniczego.

*Autor używa w tekście niemieckim terminów: "nowy instytucjonalizm" oraz "prawniczy pozytywizm instytucjonalny" (odpowiednio: "neuer Institutionalismus" oraz "Institutionalistischer Rechtspositivismus"). W przekładzie, na określenie tej koncepcji prawnej, przyjęty został istniejący w polskiej terminologii prawniczej zwrot "pozytywizm instytucjonalny" - przyp. tłum.

¹ O. Weinberger, D. N. MacCormick, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985; wersja angielska: ci sami, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht et al. 1986; O. Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie*, Stuttgart 1987; tenże, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien 1988.

II. CEL NINIEJSZEJ ROZPRAWY

W niniejszym opracowaniu podstawowe problemy teorii konstytucji zostaną omówione z punktu widzenia założeń teoretycznych PI. Podjęcie tej próby motywowane jest dwoma czynnikami:

- a) przekonaniem, że stanowisko PI może być pożyteczne dla wyjaśnienia niektórych podstawowych problemów teorii konstytucji;
- b) pragnieniem, by pozytywizm instytucjonalny poddać "próbie wytrzymałości".

O doniosłości jakiegóż filozoficzno-prawnej koncepcji świadczy bowiem to, co może ona zdziałać dla różnorodnych szczegółowych nauk prawnych. Idzie więc o to, by zbadać metodologiczne i prawno-dogmatyczne implikacje w jakimś obszarze prawoznawstwa. Pozostawiam przy tym otwartym pytanie — czy tego typu problemy mają być domeną przedstawicieli specjalistycznych dyscyplin dogmatycznych — w tym przypadku konstytucjonalistów — czy też co do pewnych kwestii, podstawowych dla danych dyscyplin dogmatycznych, powinien wypowiedzieć się filozof prawa. W tym artykule podejmuję tę próbę, by jako filozof prawa przyrzeć się podstawowym zagadnieniom teorii konstytucji.

III. PODSTAWOWE PROBLEMY TEORII KONSTYTUCJI

Dla celów niniejszych badań chciałbym wskazać na listę tych problemów teorii konstytucji, które stanowią będą przedmiot moich dalszych rozważań (nie wdając się w przedstawianie tych zagadnień w sposób wyczerpujący).

1. Jaki stosunek zachodzi między państwem a konstytucją?
2. Czy możliwe jest państwo bez konstytucji? W jakim sensie konstytucja jest warunkiem racjonalnego ujęcia państwa i jego struktury? Jak uzależniona jest konstytucja od zwyczajów oraz *explicite* ustanowionych norm konstytucyjnych?
3. Konstytucja i norma konstytucyjna w aspekcie technicznym.
4. Jaka jest istotna treść konstytucji i jakie są jej zasadnicze funkcje?
5. Jakie relacje zachodzą między społeczną władzą (Macht) oraz instytucjonalizacją kompetencji i ról?
6. Praworządność jako idea zgodnego z konstytucją unormowania struktury społecznych oraz politycznych w państwie: idea państwa prawnego i wyznaczenie dynamiki prawa przez konstytucję — nadanie form prawnych instytucjonalnym procesom w państwie i w życiu publicznym.
7. Problem władzy społecznej i stosunek tego zagadnienia do systemu prawnego: podział władz (analiza idei i sprawdzian efektywności podziału władz w państwie); utworzenie sieci władzy jako element konstrukcji systemu sterowania i jako środek ograniczenia a także kontroli władzy, idee przewodnie instytucji i pojęcie władzy jako zespołu funkcji.
8. Problem legalności porządku państwowego oraz sprawowania władzy w państwie.
9. Związek między konstytucją, państwem prawnym a demokracją; demokracja jako żądanie legalności kompetencji i kontroli, jak również żąda-

nie, by władzę społeczną ujmować jako zespół funkcji; państwo demokratyczne i demokratyczna forma życia jako system kompetencji i idei przewodnich.

IV. TEZY PIRELEWANTNE DLA TEORII KONSTYTUCJI

Teza pierwsza:

Każda instytucja posiada jakieś normatywne jądro, które jest niezbędne, by instytucja ta mogła istnieć i funkcjonować jako społeczne ramy działań. Istnienie instytucji jest związane nie tylko z egzystowaniem zwyczajów i wzorców zachowań się, lecz zawsze obejmuje również zinstytucjonalizowane elementy powinnościowe i wartościujące. W przypadku instytucji o charakterze stowarzyszeniowym powinność składa się zarówno z norm dotyczących zachowań się, jak i z norm kompetencyjnych.

Teza druga:

Instytucja nie może funkcjonować bez normatywnego środka regulującego. Normy społeczne obowiązują — tj. egzystują jako fakty społeczne dokładnie wtedy, gdy ustalają środki regulujące funkcjonowanie odpowiednich instytucji. Pod pojęciem obowiązywania normy społecznej rozumie się istnienie skutecznego związku normy z odpowiednią instytucją.

Teza trzecia:

Teoria prawna musi być skonstruowana jako koncepcja racjonalno-analityczna. PI stoi całkowicie na gruncie tradycji analitycznej filozofii prawa, zgodnie z którą strukturalna teoria prawa i teoria prawniczych struktur argumentacyjnych, tworzą bazę ogólnej teorii prawa. W odróżnieniu od innych analitycznych koncepcji — przede wszystkim w opozycji do czystej teorii prawa — zadanie prawoznawstwa w ujęciu PI nie jest ograniczone do analiz strukturalnych. PI podkreśla z naciskiem, że prawoznawstwo musi badać także polityczno-prawny charakter i funkcjonalność instytucji.

Teza czwarta:

W rozwoju analitycznej teorii prawa dadzą się wyróżnić dwie fazy: w pierwszej fazie pierwszeństwo miało zadanie odkrycia wspólnej podstawowej struktury normy prawnej, aby uzyskać formalny środek dla przedstawienia wszystkich możliwych treści prawnych; w drugiej zaś fazie zajmowano się ważnymi różnicami między strukturami prawnymi - przede wszystkim zasady prawne zostały przeciwstawione normom zachowań się i wskazano na odmienne sposoby argumentowania w odniesieniu do obu tych elementów², a także została wyjaśniona specyficzna struktura norm upoważniających w przeciwstawieniu do norm dotyczących zwykłych zachowań się³. PI jest teorią drugiej fazy i z tego powodu zajmuje się zarówno *explicite*, jak i *implicite* powiązaniem między normami systemu prawnego, tzn. zasadami prawnymi, teleologicznym tłem prawa oraz politycznymi roszczeniami (*policies* u Dworkina), jak również odróżnia on (tj. PI) automa-

²R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard 1978.

³Por. O. Weinberger, *Norm und Institution ...*, s. 91 i n.; tenże, *Rechtslogik*, Berlin 1989.

tyczne powstawanie norm przez wystąpienie obserwowalnych faktów, od tworzenia prawa uzależnionego od specjalnych aktów, przez które mogą zostać przyjęte do porządku prawnego pewne nowe treści⁴.

Teza piąta:

Prawo jest dynamicznym systemem norm. PI przejmuje w zasadniczym stopniu rozwiniętą przez A. Merkla i H. Kelsena dynamiczną koncepcję prawa, ale w istotnie zmodyfikowanej formie, tak, by to odpowiadało podstawowej idei instytucjonalistycznej. Dynamika prawa nie jest ujmowana jako czysty zespół zdarzeń w dziedzinie systemu norm prawnych⁵, lecz jako instytucjonalny proces, który ze względu na swoją istotę musi być ujęty jako współdziałanie rzeczywistych społecznych procesów i aktów prawnych ze zinstytucjonalizowanym systemem norm. Dlatego teoria dynamiki prawnej jest uzależniona zarówno od normatywnego rozumienia i logiczno-normatywnej dedukcji, jak i od skonstatowania (wynikającego z obserwacji) rzeczywistości społecznej.

Teza szósta:

Dla nowoczesnego społeczeństwa jest charakterystyczne, że w jego obrębie współistnieje większa ilość społecznych systemów normatywnych. Są to po części ogólne systemy norm, które odnoszą się do wszystkich członków społeczności, a po części partykularne regulacje w obrębie określonych grup.

Teza siódma:

Bywają instytucje prawne i pozaprawne (w stosunku do obu obowiązują oczywiście pierwsza teza o normatywnym jądrze instytucji). Instytucje mogą powstawać na gruncie prawnego unormowania. Pozostają one także — rzec by można — spontanicznie z pewnych sytuacji społecznych. Pozaprawnie powstałe instytucje mogą być "uprawnione" (*verrechtlicht*) przez to, że odpowiednie unormowanie jest wtórnie przyjęte w hierarchiczny system prawny.

Teza ósma:

Istotną konsekwencją każdej zinstytucjonalizowanej koncepcji prawnej jest żądanie, by reguł prawnych nie pojmować tylko jako oddzielnych izolowanych zadań powinnościowych, lecz jako funkcjonalnie wzajemnie powiązane zespoły. Gdy wie się, które sposoby zachowania się są nakazane, zakazane czy też dozwolone, oraz jakie istnieją kompetencje do tworzenia prawa, nie oznacza to jeszcze, że wie się o prawie wszystko. W odniesieniu do normatywnych instytucji MacCormick rozróżnił trzy typy reguł: instytucyjne, konsekwencyjne i terminatywne, które łącznie charakteryzują⁶ instytucję prawną. Jeszcze większą rolę odgrywa pojęcie idei przewodniej, jako pojęciowego określenia zadania instytucji. Z metafizycznych spekulacji

⁴Por. Procházka, *Normative Theorie und Rechtserzeugung*, w: V. Kubes, O. Weinberger (Hrsg.), *Die Brunner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)*, Wien 1980, s. 304 - 323.

⁵Czysto normatywistyczne ujęcie dogmatyki prawa jest wyrażone najbardziej znamienne w drugim wydaniu *Czystej teorii prawa* Kelsena. Kelsen określa zdanie, które wyraża regułę powinnościową jako *conditio per quam* - można powiedzieć - jako rzeczywistą podstawę obowiązywania - normatywnej konkluzji, podczas gdy zdanie stwierdzające fakty, widzi jedynie jako *conditio sine qua non* wniosku (s. 196). Ponieważ obie przesłanki są niezbędne dla osiągnięcia konkluzji, więc to rozróżnienie nie da się logicznie utrzymać. Por. także: O. Weinberger, *Recht...*, s. 91 i 102 oraz 103.

⁶D. N. MacCormick, *Law as Institutional Fact*, w: D. N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory ...*, s. 49 - 76; (po niemiecku: ci sami, *Grundlagen ...*, s. 76 - 107).

Hauriou o obiektywnym bycie idei przewodnich, które wg niego muszą tylko zostać wykryte, w PI naturalnie nie pozostało nic⁷. Są one tworam i inspirowanymi przez sytuację i potrzeby, a częściowo wymysłem ludzkiego ducha.

Teza dziewiąta:

Człowiek cywilizowany (Kulturmensch) nie może żyć bez instytucji. Jego zainteresowanie dla instytucji i jej norm jest jednak często ambiwalentne; jest zainteresowany powstaniem instytucji i interesuje się nią w jakimś stopniu. Dlatego też czuje pewien rodzaj zobowiązania wobec niej: uznaje swoje zadania i obowiązki, i przez tę świadomość swych obowiązków realizuje swoje poczucie przynależności do zinstytucjonalizowanego społeczeństwa. Jednak niekiedy ma interes w przekraczaniu regulacji i czerpaniu korzyści z niedotrzymania akceptowanej regulacji. Stąd też konieczna jest normatywna i to faktycznie realizowana ochrona reguł instytucji - m.in. także przez sankcje. Z socjologicznego punktu widzenia jest jednak z gruntu fałszywe przekonanie, że zachowanie się zgodne z regułami może być osiągnięte tylko przez same czynniki motywacyjne — nagrodę, karę, środki przymusu⁸.

Teza dziesiąta:

PI jest koncepcją pozytywistyczną, aczkolwiek odrzuca niektóre, często reprezentowane przez pozytywistów twierdzenia. Obowiązujące prawo powstaje nie jedynie przez wyraźne legislacyjne akty decyzyjne, lecz także przez przyjęcie się praktyki zwyczajowo zaakceptowanych zachowań się, które mogą zostać zinstytucjonalizowane jako zachowania się powinny. W każdym razie należy odrzucić ekstremalne stanowisko pozytywizmu, wedle którego istnienie jakiejś normy tylko wtedy jest uznane, gdy odpowiednia treść poprzedzona jest *explicite* normotwórczym aktem woli⁹.

PI nie przyjmuje żadnych prawno-naturalistycznych założeń i nie uznaje żadnego, apriorycznego co do treści, praktycznego rozumu, aby pole możliwego ukształtowania instytucji utrzymać możliwie otwartym i aby nie speyfikować ograniczeń płynących z historycznie ukształtowanych uprzedzeń.

Obowiązywanie prawa nie może być uzależnione od kryteriów ocennych. Jeśli nauka o konstytucji ma realistycznie ujmować faktycznie istniejącą całościową instytucję państwa, to musi określić rzeczywiście istniejącą siatkę upoważnień i przyjąć do wiadomości działający układ normatywny.

Prawo dąży wprawdzie w pewien sposób do uzgodnienia ze społeczną moralnością a pozytywne prawo może być przez każdego obserwatora wartościowane moralnie, lecz nie ma żadnych prepozytywistycznych (niezależnych od społecznej woli) postulatów ocennych, przez które byłoby określane co może być uznane za prawo.

⁷Por. O. Weinberger, *Institutionentheorie und Institutionalistischer Rechtspositivismus*, w: O. Weinberger, W. Krawietz (Hrsg.), *Helmut Schelsky als Soziologe und politischer Denker*, Stuttgart 1985, s. 150 i li.

⁸H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911, s. 202 (przekład polski tej pracy dokonany przez T. Przeorskiego, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego*, Wilno 1935 - 1936 - przyp. tłum.) - tego ujęcia Kelsen nigdy nie poniechał.

⁹Jest to stanowisko Kelsena w późniejszej koncepcji. Por. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, hg. von R. Ringhofer und R. Walter, Wien 1979; O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin 1981.

PI nie akceptuje również subsydiarnego obowiązywania moralności jako czynnika określającego prawo, m. in. dlatego, iż nie ma jakiegś jednej społecznej moralności i wszystkie akceptowane zasady moralności mogą być kwestionowane. PI domaga się dlatego twórczej refleksji moralnej osób tworzących prawo.

V. UWAGI DO PODSTAWOWYCH PROBLEMÓW TEORII KONSTYTUCJI

Konsekwencje przytoczonych wyżej tez PI mogą być przydatne przy odpowiedzi na niektóre podstawowe pytania teorii konstytucji.

1. Państwo a konstytucja

Państwo może być postrzegane jako instytucja globalna, jako instytucjonalna całość, wewnątrz której przebiega życie nowoczesnego społeczeństwa. Państwo jako instytucja posiada w sposób konieczny pewne normatywne jądro: porządek prawny. Jest pojmowane jako całość, która jest ustrukturalizowana i obejmuje różnorakie, relatywnie samodzielne systemy instytucjonalne. Istotą konstytucji państwa jest utworzenie podstawowej organizacji państwa. Stąd też konstytucja jest przede wszystkim aktem normatywnym, który determinuje strukturę państwa przez to, że autoryzuje podległe instytucje i organy a relacje między nimi tak określa, że powstaje jednolita globalna struktura systemu państwa: konstytucja tworzy jednolity system porządku państwowego.

2. Niezbędność konstytucji dla egzystencji państwa

Bywają państwa, które posiadają skodyfikowaną konstytucję, ale bywają też państwa, które nie posiadają takiej sformalizowanej konstytucji w postaci prawa pisanego (*ius scriptum*). Jednak z punktu widzenia PI każde państwo posiada jakąś konstytucję wyrażoną *explicite*, bądź istniejącą jedynie *implicite*. W tym drugim przypadku może być ona wypracowana doktrynalnie, tj. przez prawoznawstwo, które przedstawia podstawową normatywną strukturę państwa. Podstawą obowiązywania doktrynalnie ustalonej konstytucji nie są jednak opisy prawoznawców, lecz *de facto* obowiązujące reguły, wedle których państwo jako instytucja globalna funkcjonuje. Ta "konstytucja doktrynalna" (jeśli wolno mi ją tak nazwać) nie jest sama w sobie konstytutywna dla państwa, lecz deklaruje - bardziej czy mniej adekwatnie — zinstytucjonalizowany stan ustroju państwa.

Nie ma państwa jako społecznej instytucji globalnej bez konstytucji i skonstruowanego przez nią porządku prawnego. Porządek prawny obowiązuje zaś dokładnie wtedy, kiedy jest w taki sposób zinstytucjonalizowany, że system państwowych organizacji w swoich najważniejszych założeniach funkcjonuje w sposób odpowiadający systemowi konstytucyjnemu.

3. Realność konstytucji

Konstytucja jest systemem norm, a dokładniej podstawowym systemem norm systemu prawnego państwa. Jeśli postrzegamy konstytucję w sposób instytucjonalistyczny, to musimy z jednej strony interesować się związkami między tymi normami, z drugiej zaś strony, organizacją i funkcjonowaniem państwa. Normy konstytucyjno-prawne, zarówno ujęte *explicite*, jak i *implicit* (a więc jedynie doktrynalnie) są jedynie wtedy realne, o ile funkcjonują jako normy działań praktyk społecznych¹⁰. Nie musi to oznaczać, iż będą one zawsze przestrzegane, lecz jedynie to, że wyznaczają one organizację i funkcjonowanie instytucji. Prawo konstytucyjne, w związku z tym, nie przedstawia politycznej realności państwa jako systemu obserwowalnych faktów i procesów, ponieważ ze względu na swój normatywny sens tego właśnie nie opisywać nie może (aczkolwiek musi odpowiadać realizmowi społecznej praktyki). Właśnie obserwacja tej "odpowiedniości" uzasadnia niekiedy sąd, że ustanowiona konstytucja jest niekompletna, lub sprzeciwia się rzeczywistości; doktrynalnie przedstawione reguły konstytucyjne mogą być "fałszywe", w tym sensie, że mogą być sprzeczne z praktyką konstytucyjną.

4. Instytucjonalna jedność systemu źródeł prawa

Twierdzenia o jednoczącej roli konstytucji, dzięki której zostaje ukonstytuowane państwo i prawo jako instytucja globalna, popadają w konflikt z pewnymi twierdzeniami teorii systemów - i nauką o instytucjach. To, co jest treścią systemu prawnego, nie jest w rzeczywistości powoływane do życia przez jakieś jedyne normodawcze centrum, jednego prawodawcę i wyznaczane tylko na gruncie dodatkowych upoważnień (np. sędzia jest *de facto* również współtwórcą generalnych unormowań).

PI podkreśla możliwość pozaprawnej genezy społecznych instytucji i należących do nich norm. W socjologicznym sensie nie znaczy to więc, że egzystuje jakiś jednolity, wpływający z jakiegoś jednego jedyne podstawowego źródła, system źródeł społecznych norm. Należy wziąć pod uwagę tzw. spontaniczną genezę instytucji i norm społecznych. Pozaprawnie powstałe instytucje doznają potem nierzadko transformacji prawno-legalizującej.

Postulowana racjonalna jedność systemu prawnego i wolna od sprzeczności budowa systemu prawnego w formie hierarchicznego, przez normatywne upoważnienie wyznaczonego systemu, są wynikiem racjonalnego konstruowania (podkr. tłum.) systemu prawnego, które logicznie ujmuje kompleks społecznych zdarzeń.

5. Ustanowienie Konstytucji: Ustawa Konstytucyjna

Brzemienne w symbolikę powstanie konstytucji często jest sprzęgnięte z konstytucyjnym aktem, przy czym akt ten nie zawsze jest źródłem insty-

¹⁰Por. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1972, rozdz. V i s. 245.

tucjonalizacji. Formalne ustanowienie konstytucji jest jednak zawsze podstawą dla dalszego kształtowania państwa i społeczeństwa.

Formalne ustanowienie konstytucji jako systemu norm o zasadniczej doniosłości bywa często wspierane przez wprowadzenie specyficznej formy prawnej, mianowicie — ustawy konstytucyjnej. Z semantycznego i logicznego punktu widzenia normy konstytucyjno-prawne nie są niczym innym niż pozostałe normy prawne, ale wobec doniosłości konstytucji dla funkcjonowania państwa powszechnie uznaje się, że absolutna petryfikacja konstytucji nie jest możliwa i nie jest nawet pożądana. Dlatego też próbuje się osiągnąć względną stabilność konstytucji i jej idei przewodnich przez obostrzenie warunków jej kreacji i zmiany.

Pozostaje jednak problem, czy formalna ochrona będzie efektywna także przeciw "zwyrodnieniom prawa", przeciw zinstytucjonalizowaniu się dyktatury albo innych rażących przejawów przemocy. Niestety, obłudne systemy, brutalna przemoc uporają się najczęściej bez trudu z tymi barierami przy pomocy gwałtu lub łamania konstytucji. Dlatego też nie można od takiego rozwiązania zbyt wiele oczekiwać.

Stawia się jeszcze i inny problem. Jakie materialne zasady prawa powinny posiadać formalną rangę konstytucyjną? Naturalnie - idee przewodnie systemu. Postulat ten jest jednak dość niejasny. Często chodzi przecież w rzeczywistości o pytanie, co ma zostać podniesione do rangi idei przewodnich, a nie czy w ogóle idee przewodnie mają uzyskać rangę konstytucyjną.

W tym kontekście, powinno się, moim zdaniem, ostrzegać przed tym, by materialnych zasad prawa pochopnie nie podnosić do rangi ustawy konstytucyjnej, ponieważ takie formalne usztywnienie mogłoby stanowić przeszkodę zarówno dla społecznego, jak i polityczno-prawnego rozwoju państwa.

6. Istotna treść konstytucji

Uważam za ważne kategoryzowanie treści norm konstytucyjnych. Albowiem normy konstytucyjne to nie tylko te normy, które zezwalają na konstrukcję globalnej instytucji — państwa, lecz także normy, które z jakichkolwiek politycznych powodów powinny uzależniać zmianę konstytucji od spełnienia niezbędnych, koniecznych warunków.

(1) Pierwszą warstwą norm konstytucyjnych są te reguły, poprzez które zostają określone podstawowe organy władzy państwowej i ich wzajemne relacje. Przez tę warstwę norm zostają unormowane struktury, kompetencje i role. Formy i warunki tworzenia prawa oraz wszystkie obszary realizacji polityczno-państwowych zachowań organów władzy państwowej muszą być unormowane przez normy upoważniające.

Ta warstwa norm konstytucyjnych jest fundamentalna nie tylko dla konstytucji — by tak rzec *ratio essendi* konstytucji — lecz jest ona także ową częścią konstytucji, przez którą budowana jest logiczna struktura systemu w racjonalnie uchwytną całość. Całość ta jest osiągana (a co najmniej dąży się do jej osiągnięcia) przez pewien sposób zhierarchizowania delegacji oraz przez unikanie konfliktów kompetencji.

(2) Konstytucja wyraża podstawowe idee systemu społecznego. Nawiązując do terminologii Maurice Hauriou, która w dużym stopniu jest akceptowana w teorii instytucji, można powiedzieć, że konstytucja wyraża przewodnie idee globalnej instytucji — państwa.

Idee przewodnie ugruntowują się w społeczeństwie wspólnie z odpowiednimi instytucjami i jedne, i drugie osiągają własny społeczny byt. Niekiedy uważa się, że konstytutywną ideą przewodnią jest to, co w trakcie rozwoju instytucji pozostaje niezmiennie. Jest to jednak tylko po części prawdziwe. Należy wręcz do istoty idei przewodniej, że rozwija się wraz z rozwojem instytucji. Tylko pewna podstawowa tendencja, która jest ucieleśniona w idei przewodniej, pozostaje niezmienna (pozostaje ukierunkującym nastawieniem).

Idee przewodnie państwa i jego instytucji są w istocie tym samym, co tak zwane założenia systemu politycznego czy też zasady konstrukcji poszczególnych instytucji.

Dla teorii konstytucji ma to takie konsekwencje, iż do owych norm konstytucyjnych, które przede wszystkim wyrażają idee przewodnie, należy podchodzić inaczej, aniżeli do norm dotyczących zachowań się, czy upoważnień. Wyrażają one raczej abstrakcyjne i jednocześnie podstawowe założenia systemu politycznego, które nie zawsze dają się bezpośrednio przełożyć na język praktyki społecznej. Nie są one jednak jakąś prawną "nicością", lecz elementem, który jest bardzo ważny dla adekwatnego rozumienia prawa oraz działań podejmowanych w obrębie instytucji.

(3) Forma ustawy konstytucyjnej jest czasami wykorzystywana do tego, by poprzez stanowienie nowej konstytucji wzmocnić istniejący już porządek prawny. Są to wtedy normy, które właściwie nie posiadają charakteru konstytutywnego, nie wnoszą nowych elementów konstrukcji państwa i systemu społecznego (tj. nie pełnią roli idei przewodnich). Formę konstytucyjną tych postanowień wprowadza się w głównej mierze w zamiarach politycznych.

7. Instytucjonalne ujęcie poznania konstytucji

Jedną z najważniejszych konsekwencji koncepcji PI dla prawoznawstwa jest zmiana rozgraniczenia pojęcia i zadań poznania prawa. Rozszerzenie prawniczych rozważań, których żąda PI, idzie w trzech kierunkach: po pierwsze żąda się szerszego ujęcia znaczeniowych komponentów prawa: rozumienia idei przewodnich i instytucjonalnych powiązań; po drugie wynikające z rozumiejących obserwacji socjologiczne poznanie faktów jest postrzegane jako integrujący składnik poznania prawa, a więc jako zadanie prawoznawstwa. Po trzecie poznanie prawa jest poznaniem kompleksowej instytucjonalnej rzeczywistości, także poznaniem faktycznej egzystencji instytucji a nie tylko rozumieniem (relacji) bytu i powinności. Musimy się interesować tym, jak prawo wpływa na motywacje ludzi, jakie sposoby zachowania się są powoływane przez prawo i wprowadzane przez prawo formy organizacyjne. Te następstwa prawa nie obracają się w żadnym wypadku jedynie między biegunami "przestrzegania lub naruszania normy". Przez unormowanie

skonstruowane zostały układy władzy oraz stany interesów pojedynczych podmiotów, a także ich (czyli podmiotów) sposoby zachowania się w obrębie instytucji. Jako prawnicy musimy to rozumieć¹¹. Jakiegokolwiek ocenianie lub zajęcie jakiegoś stanowiska w kwestii środków prawnych musi - jeśli ma być poprawnie uzasadnione — mieć na uwadze rzeczywiste fakty. Nawet interpretacja tekstów prawnych jest uzależniona od faktów i ich struktury.

VI. WŁADZA POLITYCZNA A STRUKTURA KONSTYTUCJI

Pojęciowa triada: "panowanie", "władza", "przemoc" wskazuje problemy, które dla teorii konstytucji są szczególnie ważne. W pewnym sensie każdy porządek prawny może być widziany jako system panowania, który jest ustanowiony przez konstytucję. Konstytucja określa nie tylko strukturę państwa, funkcje jego organów oraz idee przewodnie systemu społecznego, lecz także panowanie w państwie. Panowanie jest ukształtowaniem się woli globalnego społeczeństwa oraz wyznaczaniem zachowań wobec innych państw, jak również wykonywaniem władzy w społeczności państwowej wobec grup jak i wobec każdego z członków grupy z osobna.

Pierwotnie wykonywanie panowania było pojmowane w analogii do władzy właściciela w stosunku do jego posiadłości: panowanie było to pierwotnie dominium. Pod wpływem idei demokratycznych pojęcie panowania częściowo zmieniło swój charakter: państwo nie jest już pojmowane jako dominium jakiegokolwiek osoby czy instytucji, lecz jako *res publica*, jako globalna instytucja panowania ludu. W zasadzie jest to dość niejasna charakterystyka jednej z idei przewodnich systemu społecznego. Realistyczny i faktycznie wyjaśniający opis otrzyma się dopiero wtedy, gdy przedyskutuje się zagadnienia dotyczące panowania konkretnej władzy. Problematyka panowania skupia się wokół zagadnień:

(a) panowania prawa (*rule of law*) i związku między osobami posiadającymi władzę a demokratyczną ideą panowania prawa;

(b) ukonstytuowania i struktury władzy, przy czym musi tu być wzięty pod uwagę związek między przemocą a środkami przemocy w odniesieniu do władzy, gdyż dla teorii polityki przemoc jest czynnikiem kształtującym władzę.

Panowanie realizują ludzie, także wtedy, gdy na państwo i inne zbiorowości nie spogląda się już jak na czyjąś posiadłość. Panowanie jest wtedy wyznaczeniem działań instytucji zbiorowej, określaniem jej zadań i kompetencji dla stosownej działalności poszczególnych podmiotów (włącznie z ewentualną przemocą); rozwojem środków dla realizacji idei przewodnich, a nadto kierowaniem zachowaniami się instytucji na zewnątrz. Co to wtedy znaczy, gdy mówi się o panowaniu prawa? Jak można żądać, aby ustanowiło się panowanie prawa, lub by przedkładać panowanie prawa nad panowanie ludzi?

¹¹Co najmniej jeden przykład: Gdy kariera asystenta uniwersyteckiego w decydujący sposób zależy od zyczliwości i ocen profesora, każdy z nich realizuje stosownie swoje zachowania się. Skoro jednak w dzisiejszych grupach uniwersyteckich kariera zależy od głosów kolegów i studentów, szuka się tych głosów (np. przez wspieranie także niedorzecznych propozycji kolegów).

"Panowanie prawa" nie jest określeniem pozycji władcy w społeczeństwie, lecz idealizującą konstrukcją, która, według mego przekonania, jest warunkiem wstępnym budowy demokratycznego społeczeństwa. W tym kontekście warto przyjrzeć się tej konstrukcji nieco dokładniej.

Panujący — każdy panujący, czy to dyktator, czy demokrat — jest według koncepcji *rule of law* upoważnionym uczestnikiem działań politycznych w obrębie obszaru swego panowania. Panowanie nie jest już zwykłym następstwem pierwotnej władzy, lecz kompetencją (w danym przypadku — w odniesieniu do dyktatora czy też absolutnie panującego — nieograniczonej kompetencji), a przez to społeczną funkcją. Także absolutny samowładca jest upoważnionym organem państwa, bowiem pełni on społeczną rolę w instytucji. W przypadku, gdy obowiązuje *princeps legibus solutus*, zasada ta obowiązuje jako element systemu prawnego, z tym że nie odnosi się jednak do jakiejś upoważniającej normy, przez którą (nieograniczone) panowanie jest ukonstytuowane. Zachodzi tu symboliczno-sugestywna różnica między panowaniem ustanowionym przez kompetencje a panowaniem jako pierwotną pozycją — daną przez Boga czy Opatrzność. Z koncepcją *rule of law* może być — ale nie musi — związany społecznie oceniający sprawdzian legalności, podczas gdy koncepcja dominium takie rozwiązanie *a limine* odrzuca.

Fakt, że panowanie prawa jest zgodne także z systemem dyktatorskim, wykazuje, że koncepcja *rule of law* stanowi niezbędną, ale żadną miarą nie wystarczającą, podstawę dla systemu demokratycznego.

Która z konstrukcji daje realistyczny obraz władzy panującej: model dominium, czy też model *rule of law*? *De facto* każda władza — nawet nieograniczona władza dyktatorska — zasadza się na wielości związków i zinstytucjonalizowanych elementów, tzn. jest ona ugruntowana instytucjonalno-normatywnie, naturalnie również i wtedy, gdy jest ona uzasadniona teokratycznie. O tyle też jest więc konstrukcja kompetencyjna bardziej realistyczna. Jedynie wtedy, gdy nie zwróci się dostatecznej uwagi na to, że "panowanie prawa" jest pewną idealizującą konstrukcją a nie opisem aktualnego panowania władzy, dochodzi się do fikcyjnego przekonania, że rzeczywisty władca jest uosobieniem prawa. W rzeczywistości koncepcja *rule of law* jest ujmowana nie jako opis, lecz jako żądanie (postulat) w odniesieniu do stosunków panowania i władzy.

Jeśli pragnie się analizować problematykę władzy pod względem politycznym i teoretyczno-konstytucyjnym, musi się ją rozpatrywać z perspektywy teorii zachowań i teorii instytucji. Znana definicja wprowadzona przez Maxa Webera: "Władza oznacza szansę przeprowadzenia, także wbrew oporowi, własnej woli w obrębie stosunków społecznych, przy czym mniejsza o to, na czym ta szansa polega"¹², jest niewystarczająca. Wydaje się wręcz, że ta definicja przenosi problem władzy politycznej w nieodpowiednią perspektywę, ponieważ pojmuje ją jedynie w kategoriach napięć między danym podmiotem a innym uczestnikiem życia społecznego - podczas gdy instytucjonalnie postrzegana władza jest przede wszystkim kompetencją, jak również realną możliwością wyznaczania i urzeczywistniania zachowań się instytucji. Można by —

¹²M. Weber, *Wissenschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1972, s. 28.

aczkolwiek to przypuszczalnie nie odpowiada intencji Webera — postrzegać władzę jako coś, co sprzeciwia się demokracji i ideałom wolności, jeśli w kwestii władzy główny nacisk położy się na zrealizowanie woli wbrew woli innych. Czy nie popełnia się błędu przesunięcia kategorialnego jeśli władzę definiuje się jako szansę, tj. jako prawdopodobieństwo osiągnięcia zamierzeń? Władza nie jest szansą przeprowadzenia własnej woli, lecz taką pozycją danego podmiotu — czy to będzie pojedyncza osoba, czy zespół — w strukturze społecznej, która tę szansę uzasadnia.

Z punktu widzenia teorii zachowań problem władzy ukazuje się w nieco innej perspektywie.

(a) Władza zasadza się w pierwszym rzędzie na możliwości działań. Władcą jest ten, kto ma szeroki zakres możliwości działań, oraz może wywierać decydujący wpływ na zachowania się poszczególnych osób lub ich zespołów. Nosicielem władzy jest nie tylko jednostka. Teoria polityki musi brać pod uwagę również władzę różnego rodzaju grup, organizacji. Szczególne zainteresowanie budzą relacje między władzą jednostki a władzą instytucji, jak też władza jednostki w obrębie instytucji, oraz ewentualne, płynące z władzy korzyści w innych dziedzinach a związane z pełnieniem funkcji w instytucji.

(b) Warunkiem wstępnym wykonywania władzy jest zakres swobody działania¹³, bowiem rozszerzenie zakresu swobody działania stwarza możliwości poszerzenia zakresu władzy. Powołanie do życia instytucji stwarza możliwości swobody działań, tzn. poszerza się zakres swobody działania przynajmniej niektórych podmiotów.

(c) Instytucjonalistyczne podejście ujmuje władzę przede wszystkim jako warunek i bazę dla zbudowania instytucji; służąca instytucji organizacja kreuje struktury władzy, które powinny funkcjonalnie służyć ideom przewodnim instytucji. Instytucjonalizm jest jednak świadom także tego, że ta funkcyjna władza tworzy dalej władzę o charakterze społecznym, którą uzyskuje funkcjonariusz. Funkcjonariusz pozyskuje możliwość działania przez uzyskanie środków ekonomicznych, przez pozyskanie informacji (które nie zawsze są dostępne dla ogółu), przez znajomości z wpływowymi ludźmi, przez społeczny status, który jest związany z funkcją itd.

(d) Władza jest nie tylko wpływaniem na zachowania się innych, czy też rozszerzeniem możliwości działania posiadacza władzy, które wyrażałoby się w ograniczeniu możliwości działania innych podmiotów. Dzięki władzy mogą być również zwiększone możliwości działania także i innych członków instytucji a nie jedynie te, które przynależą władcy. Konstrukttywne funkcje, jakie władza może sprawować, zostają usunięte z pola widzenia wtedy, gdy władzę definiuje się jedynie jako relację władcy do innych uczestników działalności politycznej, którzy są sterowani i na których wywiera ona wpływ.

(e) Sprawowanie władzy ujmowanej jako zespół funkcji stwarza nierówność pozycji ludzi w społeczeństwie. Równość jako stan aktualny w funkcjonalnie ustrukturalizowanym społeczeństwie jest nie do osiągnięcia. Można jedynie dążyć do osiągnięcia następujących dwóch form równości demokratycznej: a) formalnej równości dostępu do funkcji (związanej z dużą faktycz-

¹³Na temat pojęcia zakresu swobody działania patrz: O. Weinberger, Freedom, Range for Action, and the Ontology of Norms, w: *Synthese*, Vol. 65/1985, s. 307 - 324.

na realizowalnością owego dostępu) i b) równoważności pozycji przy zróżnicowaniu pod względem rzeczowym.

(f) Demokratyczne podejście do władzy nie może podważać panowania i władzy, ponieważ instytucje muszą funkcjonować a organizacja instytucji musi służyć ideom przewodnim. Idzie jedynie o to, by instytucje służyły demokratycznym ideom przewodnim lub przynajmniej tym ideom przewodnim, które nie pozostają w konflikcie z demokratycznymi formami życia, a także o to, by nastąpiło takie rozdzielenie władzy — m.in. przez oddzielenie przemocy — które gwarantowałyby demokratyczną kontrolę i wzajemne funkcjonalne ograniczenia władzy jednostek, władzy grup i instytucji.

(g) Problemy władzy nie mogą być ujmowane czysto statycznie; układy władzy można ujmować jedynie w dynamicznej perspektywie. Stosunki władzy składają się z procesów, które obejmują rozwój instytucji jak i ich organizację oraz rozdział kompetencji. Dla konstrukcji stosunków władzy decydujące są jednak nie tylko fakty, ale także wiedza względnie wyobrażenia ludzi o kompetencjach i rozdziale władzy, a także w dalszej kolejności — związane z tymi przeświadczeniami oczekiwania¹⁴.

(h) Władza kreowana jest zarówno przez normatywne (prawne albo pozaprawne) - jak i faktyczne relacje: Podlega przekształceniom zarówno przez zmiany w obszarze normatywnych kompetencji czy towarzyszących okoliczności (np. przez rozrost lub ograniczenie instytucji) jak również przez zmianę przekonań ludzi o stosunkach władzy. Z reguły funkcjonują przekonania o istnieniu władzy jako *self-fulfilling prophecies*.

(i) Władza musi być pojmowana w relacji do systemu społecznego, gdyż nigdy nie jest ona jedynie upoważnieniem, możliwością działania czy szansą osiągnięcia celów odpowiadających własnej woli, lecz zawsze także "odwzajemnieniem się", związaniem władcy z pełnioną rolą, a co najmniej z oczekiwaniem członków społeczeństwa, że władca poczyni na rzecz społeczeństwa jakieś świadczenia.

(j) Niekiedy reprezentowana jest teza, że władza rozstrzyga co jest prawem, inni zaś czynią starania, by wykazać, iż władza, oprócz innych czynników, jest także stwarzana przez prawo. Co właściwie jest w rzeczywistości pierwotne: prawo czy władza? Pytanie to nie jest precyzyjnie postawione. Jeśli na problem relacji pomiędzy prawem i władzą spojrzymy z dynamicznego punktu widzenia, stanie się on mniej poplątany. Warunki sprawowania władzy, a wśród nich możliwość użycia przemocy, wiążą się ze sprawnością samej instytucji. Konstrukcja społecznej (państwowej) organizacji globalnej jest zawsze pojmowana normatywnie — w sensie udzielenia kompetencji — i zawsze w pewien sposób hierarchicznie ustrukturyzowana, bowiem także w systemie demokratycznym musi istnieć jakiś ośrodek, który musi doprowadzić do wykształcenia woli, decyzji i efektywnego sterowania.

VII. PROBLEM LEGALNOŚCI

Panowanie prawa na podstawie konstytucji wyznacza legalność społecznego życia przez ujęcie panowania i władzy w uporządkowany system kom-

¹⁴Por. B. Bames, *The Nature of Power*, Oxford 1988.

petencji. Krytyczna teoria społeczeństwa stawia — przeważnie w duchu idei demokratycznych — pytanie o legalność panowania¹⁵. Rozstrzygającym problemem jest zatem określenie kryteriów legalności. Faktyczne panowanie nie jest wystarczające; żąda się, by panujący (albo system panowania) został jakoś moralnie względnie społeczno-politycznie wylegitymowany. Z tego punktu widzenia rzeczywista skuteczność systemu prawnego, tzn. że panujący narzucają swoją wolę (przez władzę, przemoc, lub/i na gruncie akceptacji), nie wystarcza jako gwarancja legalności. Jeśli wychodzi się od jakiegoś istniejącego systemu prawnego, to ściśle prawowite jest to sprawowanie panowania, które opiera się na upoważnieniu przez ten właśnie system, a każdy dążący do władzy czy panowania ruch społeczny, osoba czy grupa bez tego upoważnienia zostaną uznane za działania nielegalne.

Charakterystyczną cechą każdego demokratycznego systemu jest to, że mieści w sobie dającą się zrealizować metodę oraz podaje legalny (tj. określony przez wewnętrzne reguły systemu) sposób przejścia od upoważnienia panowania do jego sprawowania.

Jest niewątpliwym faktem historycznym, że w państwie nie zawsze taki skuteczny mechanizm potencjalnej wymiany władzy ma miejsce, bowiem ciągle istnieją zwyrodniałe systemy prawa i panowania. Zwyrodnienie to stoi często tak ostro w sprzeczności z wszelkimi cywilizowanymi wyobrażeniami moralnymi o władzy, że prawie nikt, kto dany system postrzega z odległej czasowej i przestrzennej perspektywy, a więc bez osobistego ulegania masowemu szaleństwu, w owo zepsucie systemu władzy nie wątpi¹⁶. Krytycznie nastawieni myśliciele postawili pytanie, kiedy ma się do czynienia z systemem legalnie ważnym? Nie jest łatwo znaleźć zadowalającą odpowiedź na to pytanie. Można jedynie przytoczyć próby rozwiązania tej kwestii, które podają częściowe kryteria dla oceny legalności systemu.

(1) Teoretyczno-kontraktowe podejście do problemu związków między panującym a podwładnymi, które w historii teorii politycznych odegrało doniosłą rolę, transformuje panowanie z pozycji subiektywnej samowoli w system obowiązkowego powiązania pomiędzy panującym a funkcjami służebnymi władzy. Także i wtedy, gdy oderwiemy się od równości, która jest podkreślana przez ideę umowy, postulat społecznego związania i zobowiązania do pełnienia zadań służebnych, pozostaje jako jedno z koniecznych, choć także niewystarczających kryteriów legalności panowania.

(2) Legalność nie daje się uzasadnić przez wskazanie na faktycznie realizowane panowanie, bowiem ocena legalności powinna być wartościującym kryterium, przeciwstawianym temu, co czysto faktyczne. Rzeczywiste realizacje — lub realne szanse realizowania — należy traktować mimo to jako niezbędny warunek wstępny legalności systemu panowania, ponieważ legalny system musi posiadać zinstytucjonalizowaną egzystencję (albo możliwość jej uzyskania).

(3) Jądem kryterium legalności wydaje się być akceptacja panowania oraz systemu prawa przez członków społeczeństwa. Zgodnie z demokratycz-

¹⁵Por. B. R. Graf Kielmannsegg (Hrsg.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Opladen 1976.

¹⁶Por. O. Weinberger, *Angst vor dem menschlichen Wahn*, w: A. Grabner-Heider O. Weinberger, K. Weinber (Hrsg.), *Fanatismus und Massenwahn*, Graz, Wien 1987, s. 4 - 34.

nym sposobem myślenia uniwersalna akceptacja jest istotnym kryterium legalności. Czy możemy więc mówić, o istnieniu takiej uniwersalnej akceptacji, zwłaszcza w złożonych i zróżnicowanych społeczeństwach, która byłaby kryterium legalności? Jest to szczególnie problematyczne, gdy akceptację pojmujemy jako dobrze rozważone przyzwolenie, a nie jedynie jako zwykły socjologiczny fakt nie wyrażenia sprzeciwu. Można rozróżnić dwa pojęcia akceptacji: całkowicie przeważającej (prawie że uniwersalnej) i częściowej. Częściowej akceptacji brakuje stanowczej siły przekonywania uniwersalnej akceptacji, gdyż jedynie przy tej ostatniej system już przez to jest legalny, że jest oparty na woli wszystkich członków społeczeństwa.

(4) Jeśli się uzna za konieczne, by przejść od uniwersalnej akceptacji do częściowej (a jest to przypuszczalnie praktycznie nie do uniknięcia) wówczas pojawia się pytanie: czy obok — jeśli nie w miejsce — akceptacji nie powinno wejść pojęcie akceptowalności jako kryterium legalności. O ile tu także idzie o aprobatę, a więc o wartościującą postawę członków społeczności, to jednak uwaga zostaje przeniesiona z prostego stanowiska wartościującego na uzasadnienie akceptacji. Przytoczenie powodów aprobaty albo powodów odrzucenia prowadzi do tego, że sama większość członków społeczności — przemożna albo jedynie niewielka — przestaje być jedynym kryterium legalności. Prawdopodobnie nie jest możliwe, aby powiedzieć ogólnie, co stanowi te rozstrzygające "dobre powody (argumenty)" dla zawyrokowania o akceptowalności. Jest jednak do osiągnięcia zgoda co do tego, które czynniki wpływają na uznanie panowania za legalne.

VIII. KONSTYTUCJA A IDEE PRZEWODNIE DEMOKRACJI

Demokracja ma istotny związek z konstytucją, gdyż demokracja jako postulat i program panowania ludu zależy od społecznych procesów wolicjonalnych, te zaś muszą być określone przez normatywne regulacje, a te z kolei konstruowane są przez konstytucję. Formalna legitymacja aktu społecznej woli może być wydana jedynie przez autoryzowane upoważnienie, więc normatywnie¹⁷. Nawet jeśli próbuje się wyjednać systemowi upoważnień demokratyczną legitymację przez tak zwane głosowanie prawyborcze, to jest to możliwe jedynie relatywnie w odniesieniu do jakiejś założonej dla tego pragłosowania, normatywnej regulacji. "Panowanie ludu" jest niejasną — lecz w żadnym wypadku nie pozbawioną znaczenia — ideą przewodnią, która swoją drogę do realizacji znajduje przy pomocy konstytucji. Zasady konstrukcji kształtowania woli, realizacji panowania jak i kierowania społeczną instytucją, kształtują system mając na względzie dwa stanowiska: ideę przewodnią panowania ludu i postulat efektywnego funkcjonowania instytucji, oceniany wg idei przewodnich branż pod uwagę instytucji.

¹⁷Por. mój artykuł: O. Weinberger, *Abstimmungslogik und Demokratie* (w: B. Stutter et al. /Hrsg./, *Reformen der Rechts*, Graz 1979, s. 605 - 623), w którym staram się pokazać, że kolektywne kształtowanie woli możliwe jest jedynie na gruncie poprzedzających normatywnych reguł. W systemie nowoczesnego państwa konstytucja ma za zadanie normatywne ugruntowanie organizacji w państwie oraz kompetencji i procesów kształtowania woli.

W kwestii panowania i władzy obowiązują trzy zasadnicze wymagania, które w terminologii instytucjonalistycznej dadzą się relatywnie jasno sformułować:

(1) Władza musi być możliwie ograniczona do władzy funkcyjnej pojmowanej jako zespołu funkcji.

(2) Sprawność instytucji musi być zabezpieczona.

(3) Wszystkie publiczne funkcje muszą podlegać demokratycznej kontroli i jednocześnie muszą być dopasowane do demokratycznych idei przewodnich, jak również do aktualnej woli społeczeństwa.

Ad (1) Władza jest niezbędna dla realizacji celów społecznych, ponieważ niezbędne są: zdolność do działań, rozstrzyganie w imieniu instytucji, koordynacja zachowań się jednostek, jak również kontrola efektywności instytucji tak, by służyły one ideom przewodnim. Jednostka ma znaczny udział w kreowaniu instytucji, jeśli identyfikuje się z instytucją i jej cele pragnie współrealizować. Oprócz tego jednak niezbędna jest kierująca i koordynująca władza. W demokracji jest ona zawsze łączona z polityczną odpowiedzialnością wobec społeczeństwa.

Ad (2) Niektórzy uważają, że demokracja i demokratyczne formy same w sobie są wartościowe, nawet gdy z jakichś powodów są nieefektywne. Uważają, że dla osiągnięcia wartości demokratycznych, należy się pogodzić z określoną dozą ograniczeń efektywnego kierowania. To zapatrywanie wydaje się nie do zaakceptowania.

Jest niewątpliwe, że każdy system posiada "straty wynikające z tarć" w strukturze organizacyjnej: np. administracja obejmuje zawsze również sprawy zbędne; gospodarka poświęca znaczne środki na reklamę (choć ona często niczego nie przynosi dla zaspokojenia potrzeb). Występujące w systemie demokratycznym "straty wynikające z tarć" są bezsprzecznie nie do uniknięcia. Ważne jest jednak, by je minimalizować i by przy budowie form organizacyjnych uważać na efektywność instytucji. Demokracja pozostaje w konkurencji do innych form społecznych i będzie ona tylko wtedy formalnie zdolna do życia, jeśli okaże się także funkcjonalna.

Struktura instytucji musi być tak funkcjonalnie wyznaczona, by spełniała idee przewodnie instytucji (role instytucji), jak również i ogólne demokratyczne idee przewodnie. Przy określaniu struktury instytucji trzeba mieć na uwadze przede wszystkim następujące kryteria: a) adekwatny rozdział kompetencji, który musi zapewnić sprawne kierownictwo i demokratyczne ograniczenie władzy, b) efektywność wewnętrznej i zewnętrznej kontroli jako jeden z nieodzownych elementów towarzyszący kierowniczym działaniom, c) motywujący wpływ struktury konstytucji na zachowania się uczestniczących osób.

Ad (3) Kontrola jest integrującą częścią składową wszelkich działań. Społecznie doniosłe działania — przede wszystkim działalność polityczna i gospodarcza — muszą być kontrolowane społecznie. Ważny jest poprawny *timing* decyzji i kontroli. Nieefektywne i pozorne demokratyczne konstrukcje skłaniają do lekkomyślnych decyzji i do nieefektywnych kontroli *post factum*.

W prawoznawstwie często kolektywne ukształtowanie woli jest postrzegane jako demokratyczne i przeciwstawiane monokratycznemu. Formalne

reguły społecznych procesów decyzyjnych powinny zapewniać demokratyczne życie społeczności i gwarantować maksymalną wolność za pomocą zasady większości. Same reguły formalne jednak nie wystarczają dla zapewnienia demokratyczności społeczeństwa.

Wybór pomiędzy demokratycznym albo monokratycznym kierowaniem nie jest użyteczną alternatywą, gdyż z jednej strony są również monokratyczne formy kierowania całkowicie akceptowalne z demokratycznego punktu widzenia, a z drugiej strony jest także cały szereg różnorodnych form, które do tego alternatywnego schematu nie pasują.

System demokratyczny może funkcjonować jako taki tylko wtedy, gdy obok reguł wprowadzonych przez demokratyczne procesy kształtowania woli w społeczeństwie istnieją przyzwyczajenia demokratyczne i poczucie wartości dla ideałów demokratycznych. Ideały demokracji są otwartymi kategoriami wartościujących nastawień i postulatów, które podlegają przemianom w procesie historycznym i w powiązaniu z technicznym, ekonomicznym i duchowym rozwojem społeczeństw.

Jeśli wychodzi się od założenia, że demokratyczny system bazuje na jakiejś formalno-demokratycznej konstytuancie, wtedy stawia się dwa pytania:

(a) Jeśli na gruncie treściowego postulatu demokratycznego światopoglądu może zostać uzasadnione, co jest społecznie poprawne, wtedy proces demokratycznego głosowania właściwie nie pełni żadnej pozytywnej funkcji: jeśli prowadzi do racjonalnie uzasadnionej decyzji - jest zbyteczny, jeśli się temu sprzeciwia — wtedy dochodzi przez ten autorytatywny akt do złej decyzji.

Takie postawienie problemu jest zwodnicze. Po pierwsze — treściowe postulaty demokratycznego światopoglądu nie są wystarczające dla wyznaczenia treści politycznych decyzji, a nadto same postulaty nie są dokładnie określone, tak iż w szczególności tam, gdzie różnorakie postulaty stykają się ze sobą, zajęcie stanowiska staje się niezbędne. Po drugie — nie jest bezsporne to, jakie treściowe zasady mogą wymagać obowiązywania. Ochrona mniejszości, okresowość wyborów, wolność wyznania są zasadami ogólnie uznawanymi w systemie demokratycznym. Natomiast zastosowanie zasad wymaga rozważenia i jest niełatwe do określenia w drodze subsumcji, zwłaszcza gdyby miały być pojmowane jako reguły absolutnie obowiązujące.

(b) Na gruncie demokratycznych procesów kształtowania woli może dojść do takich decyzji, które będą sprzeczne z pewnymi materialnymi zasadami demokracji. Procesy demokratyczne mogą zostać zniszczone przez propagandę, ideologiczną indoktrynację czy sztywność zasad. Dyktatury będą niekiedy wprowadzane demokratycznie lub, za pomocą manipulacji, przy zachowaniu jedynie pozorów demokratycznych procesów. Z kolei treściowe zasady demokracji mogą być zniszczone na drodze demokratycznej.

Jak można zapobiec zniszczeniu lub zwyrodnieniu demokratycznych procesów? Ochrona przez petryfikację lub ustanowienie ograniczających warunków zmiany, jest akurat w rozstrzygających momentach nieomal nieskuteczna. Wprowadzenie absolutnej niezmienności nie jest ani skuteczne, ani zgodne z demokratycznym światopoglądem, który nie dopuszcza do odsunięcia aktualnej woli ludu od kształtowania społecznego życia.

Na gruncie instytucjonalistycznego ujęcia można znaleźć pewną odpowiedź w kwestii problemu związku między formami demokratycznego kształtowania woli a materialnymi demokratycznymi ideałami. Materialne zasady demokracji mogą być widziane jako podstawa dla idei przewodnich demokratycznych instytucji. Nie są one ściśle regułami zachowań się, lecz przedstawieniem celów i regulacyjnymi ideałami, które dopiero w konkretnej analizie zostają rozwinięte. Ukazują one kierunki dla wartościowania organizacji i dla oceniania funkcjonalności instytucji. Stosowne uwzględnienie materialnych zasad jest jedynie wtedy zabezpieczone, gdy demokrację pojmujemy się jako konsultację, dyskusję i krytykę, a nie jedynie jako walkę o uzyskanie większości.

Stąd też bierze się postulat ważny dla cywilizacyjnie wysoko rozwiniętych demokracji, by demokratyczny dyskurs przeprowadzać wielowarstwowo. Należy się troszczyć o wystarczające zinstytucjonalizowanie tej dyskusji.

Tłumaczył i opracował Marek Smolak

THE THEORY OF CONSTITUTION IN LIGHT OF INSTITUTIONAL POSITIVISM

S u m m a r y

The author, founder (along with McCormick) of the conception of legal institutional positivism, considers the application of this approach to the explanation of some basic problems of the theory of constitution. In his considerations the author undertakes an "endurance test" of the application of institutional positivism to the analysis of selected problems of specialized legal disciplines.