

RAFAŁ CZACHOR

ORCID: 0000-0002-5929-9719

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING*, RED.  
D. LANDAU, H. LERNER, EDWARD ELGAR PUBLISHING,  
CHELTENHAM-NORTHAMPTON 2019, 613 SS.

Recenzowana praca zbiorowa *Tworzenie konstytucji w ujęciu porównawczym* jest obszernym i aktualnym opracowaniem dotyczącym szerokiego spektrum zagadnień związanych z tworzeniem konstytucji. Choć sam proces ustalania treści norm konstytucyjnych, wzajemnych relacji między naczelnymi organami państwa jest zjawiskiem *par excellence* politycznym, to z oczywistych powodów jest nierozzerwalnie związany z domeną prawa konstytucyjnego. Taką, właściwą nauce anglosaskiej, perspektywę badawczą przyjęli redaktorzy i autorzy poszczególnych rozdziałów recenzowanej książki. Łączą się w niej podejścia teoretyczno-prawne, prawno-ustrojowe, systemowo-polityczne, a nawet socjologiczno-polityczne. Jest to opracowanie rozległe, pod względem zarówno objętościowym, jak i merytorycznym. Podzielone zostało na pięć części i dwadzieścia sześć rozdziałów. Mają one różny charakter — od wręcz metateoretycznych do studiów przypadków. Nie jest to bynajmniej zbiór przypadkowych tekstów. Konstrukcja pracy jest przemyślana i zbudowana wokół konkretnego celu. Jak określono we *Wprowadzeniu*, „praca oferuje rozmaite perspektywy i metodologie w celu zrozumienia kontekstu, w którym osadzony jest proces ustrojotwórczy, jego motywacje, teorie, przebieg i efekty. Celem jest nie tylko wyjaśnienie zjawiska, ale także zaproponowanie nowego podejścia badawczego w tym przedmiocie” (s. 1).

Odnotowanie pojawienia się tej pracy na rynku wydawniczym wydaje się zasadne, albowiem dotyczy ona kwestii dużo mniej popularnych niż badanie już funkcjonujących ustrojów w ujęciu komparatystycznym, nadto stanowi także możliwość zapoznania się z tym, co oraz w jaki sposób jest obecnie badane w anglosaskiej nauce określanej mianem *law and governance*. Książka jest częścią serii „Konstytucyjne prawo porównawcze” prowadzonej przez uznanego prawnika Toma Ginsburga (Uniwersytet Chicagowski), a wydawaną przez Edward Edgar Publishing. Redaktorami recenzowanego tomu są Hanna Lerner (Uniwersytet w Tel-

-Awiwie) i David Landau (Uniwersytet Stanowy Florydy). Wśród autorów można odnaleźć uznane autorytety — konstytucjonalistkę australijską Cheryl Saunders, która uczestniczyła w pracach nad konstytucją między innymi Republiki Południowej Afryki, Zimbabwe, Sri Lanki czy Timoru Wschodniego, kenijskiego prawnika Yasha Ghai, współtwórcę ustaw zasadniczych między innymi Kenii, Fidżi, Vanuatu, irlandzkiego badacza Brendona O’Leary’ego, który współtworzył konstytucje Somalii, Iraku i Nepalu, czy młodych i obiecujących prawników i politologów, jak Australijczyk William Partlett. Z regionu Europy Środkowej i Wschodniej wśród autorów widnieje tylko zajmujący się badaniami prawno-porównawczymi Węgier Gabor Halmai. Ze względu na ograniczone ramy recenzji omówione zostaną najważniejsze treści poszczególnych części tego wartościowego opracowania.

Pierwsza część pracy, *Podstawy*, zawiera pięć rozdziałów o charakterze teoretycznym. Autorzy podejmują rozważania o dwóch podstawowych okolicznościach towarzyszących procesowi tworzenia nowej ustawy zasadniczej — rewolucji bądź istotnych przemianach społecznych uzasadniających zmiany ustrojowe. Andrew Arato wskazuje na możliwy antydemokratyczny kierunek zmian ustrojowych w wyniku rewolucji (choć pojęcie „rewolucji” należy tu rozumieć nie tylko jako całkowite zerwanie ciągłości państwowej i prawnej). Jako rozwiązanie proponuje model „samoograniczającej się rewolucji”, w którym proces ustrojotwórczy powinien być podzielony na dwa etapy — wprowadzenia tymczasowych rozwiązań ustrojowych, które następnie zostałyby potwierdzone normami pełnowartościowej ustawy zasadniczej. Za wzór takiego procesu tworzenia konstytucji podaje on przykład Republiki Południowej Afryki. Tymczasowa konstytucja z 1994 roku zawierała podstawowe zasady ustroju, katalog praw i obowiązków, który miał znaleźć potwierdzenie i rozwinięcie na gruncie kolejnej konstytucji z 1996 roku. Kwestia ta była przedmiotem badania Sądu Konstytucyjnego, który po potwierdzeniu tego faktu uznał nową konstytucję za prawnie skuteczną. Nawiązując do wątku południowoafrykańskiego, swoje rozważania buduje Heinz Klug (*nota bene* pochodzący z RPA prawnik Uniwersytetu Wisconsin-Madison), który wskazuje, że opracowanie ustawy zasadniczej jest rezultatem określonych kompromisów politycznych, „produktem kontekstu społecznego”, powstaje pod wpływem wielu czynników. Nie jest to zatem do końca proces zdeterminowany wyłącznie racjonalnymi wyborami<sup>1</sup>. Kontynuacją tego wywodu jest rozdział wspomnianej Cheryl Saunders, która omawia wpływ podmiotów niepaństwowych (organizacji międzynarodowych, organizacji pozarządowych) na proces tworzenia konstytucji. Na bazie swojego doświadczenia konkluduje, że oczekiwania na skuteczne zaangażowanie podmiotów międzynarodowych w „implementację ustrojów” w poszczególnych państwach muszą być stonowane, czynniki wewnętrzne zaś wciąż odgrywają decydującą rolę.

<sup>1</sup> Szerzej ustalenia te badacz zaprezentował w pracy *Constituting Democracy. Law, Globalism and South Africa’s Political Reconstruction*, Cambridge-New York 2000.

W kolejnej części książki, *Techniki i procesy*, zawarto pięć rozdziałów dotyczących kwestii proceduralnych przyjęcia nowej konstytucji. Zachary Elkins i Alexander Hudson zaprezentowali wyniki badań ilościowych odnośnie do referendów konstytucyjnych w perspektywie ogólnoswiatowej. Udowodnili, że wskaźnik nieskuteczności procedury nowelizacji ustawy zasadniczej w trybie referendów ogólnokrajowych osiąga 40%, podczas gdy nieskuteczność przyjęcia nowej konstytucji w tym trybie — zaledwie 6%. Wśród możliwych przyczyn wskazują oni większe zaangażowanie władz i ich większe dążenie do mobilizacji obywateli w przypadku procedury przyjęcia nowej ustawy zasadniczej. Odwołując się do swojego doświadczenia (między innymi Irak, Irlandia Północna), Brendan O’Leary rozważa, w jaki sposób podziały społeczne i wewnętrzne konflikty utrudniają konsensus związany z wprowadzaniem norm ustrojowych. Konkluduje istnienie określonych barier teoretycznych i praktycznych, które wydają się trudne do przełamania, więc określone problemy pozostają bez skutecznego rozwiązania.

Trzecia część recenzowanej publikacji, *Konteksty i treści*, dotyczy tego, jak przebiega proces tworzenia konstytucji w szczególnych, trudnych okolicznościach. Składa się na niego pięć artykułów. Kolejno Asli Bali i Hanna Lerner rozważają, jak kumulujące się podziały społeczne (etniczne, religijne) wewnątrz państwa ograniczają jego szanse na skuteczne wdrażanie określonych rozwiązań ustrojowych<sup>2</sup>. Joanne Wallis z kolei porusza kwestię związków pomiędzy partycypacyjnym tworzeniem konstytucji a procesem państwowotwórczym (*state-building*) na podstawie przypadków Timoru Wschodniego (niepodległego od 2002 roku) i autonomii Bougainville należącej do Papui Nowej Gwinei. Konkluduje, że zaangażowanie obywateli w proces tworzenia formalnych ram ustrojowych pozytywnie wpływa na budowę wspólnoty i wzmacnia legitymację władz<sup>3</sup>. Jedyнным rozdziałem, w którym poruszono wątek Europy Środkowej, jest *Tworzenie „nieoliberalnego konstytucjonalizmu” z i bez nowej konstytucji: przypadki Węgier i Polski* autorstwa Gabora Halmai. Tezą jest, że podkopywanie ustrojowych zasad demokratycznego państwa prawa może się odbywać zarówno bez formalnych zmian konstytucji (Polska), jak i przez istotne modyfikacje jej treści (Węgry)<sup>4</sup>. Autor stwierdza, że nawet większe zaangażowanie czynnika społecznego w wypracowanie nowego ustroju obu państw po upadku socjalizmu nie byłoby rękojmią jego trwałości. Przyczyn tego „nieoliberalnego zwrotu” upatruje w określonej niedojrzałości kultury prawnej społeczeństw Polski i Węgier. Janet McLean podjęła zagadnienie trwałości konstytucji niepisanych, głównie na podstawie kazu-

<sup>2</sup> Szerzej zagadnienie to omówiono już w pracy H. Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge-New York 2011.

<sup>3</sup> Autorka tym problemom badawczym w całości poświęciła pracę *Constitution making during State Building*, Cambridge-New York 2014.

<sup>4</sup> Najnowsze badanie porównawcze dotyczące Polski i Węgier wykorzystujące konstrukcję „nieoliberalnego konstytucjonalizmu” — T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal constitutionalism: The case of Hungary and Poland*, „German Law Journal” 20, 2019, nr 8, s. 1140–1166.

su brytyjskiego, zastanawiając się, w jaki sposób podstawowe normy ustrojowe są wyodrębniane spośród innych norm oraz jak takie normy są zabezpieczone przed częstymi zmianami. Rozdział kończy opracowanie Justina Frosiniego, który zwraca uwagę na wciąż słabo opracowane naukowo zagadnienie treści i waloru prawnego preambuł do konstytucji<sup>5</sup>. Podkreśla istotne znaczenie aksjologiczne preambuły i poddaje pod rozważenie twórcom konstytucji wnikliwie i dogłębne przemyślenie jej treści.

Czwarty rozdział, *Perspektywy historyczne*, składający się z czterech artykułów, poświęcony jest temu, jak procesy tworzenia ustaw zasadniczych ewoluowały w ujęciu historycznym. Patricia Springborg stwierdza, że początki konstytucjonalizmu sięgają Mezopotamii, mając korzenie w stosunkach handlowych i prawie umów. Uzasadnia, że koncepcja praw i obowiązków była już znana i rozwijana w starożytności, co wymyka się upraszczającym ewolucyjnym perspektywom badawczym. Bill Kissane i Nick Sitter z kolei poszukują związków procesów ustrojotwórczych ze zjawiskami nacjonalizmu. Wskazują, że kwestie narodu, gwarancji ochrony prawnej mniejszości są dziełem okresu po II wojnie światowej, obecnie zaś zyskują nowe znaczenie jako oręż w oponowaniu procesom globalizacji i unifikacji (na przykład przez Brexit). Rozdział kończy studium Chrisa Thorhilla, który falsyfikuje tezę o jednej paneuropejskiej tradycji ustrojowej. Poddaje on krytyce fundamentalne zasady państw europejskich, wskazując, że w ujęciu historycznym często nie znajdowały one odzwierciedlenia w praktyce życia publicznego. Twierdzi, że nie ma jednej europejskiej tradycji konstytucjonalizmu i wyróżnia różne okresy cechujące się odrębnymi charakterystykami — konstytucjonalizm dziewiętnastowieczny, międzywojenny, powojenny.

Ostatni rozdział pracy, *Perspektywy regionalne*, zawiera sześć rozdziałów, w których uwaga skupia się na Bliskim Wschodzie, półwyspie indyjskim, Azji Południowo-Wschodniej, Afryce, obszarze postradzieckim oraz Ameryce Łacińskiej. Rozdział ten potwierdza tezę o istnieniu istotnych różnic w okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych kształtowania się ustrojów poszczególnych państw. Przykładowo Melissa Crouch poddaje analizie różne modele reform ustrojowych w regionie Azji Południowo-Wschodniej, gdzie ustrój był wdrażany pod auspicjami ONZ (Kambodża, Timor Wschodni), przez juntę wojskową (Birma, Tajlandia), partię komunistyczną (Wietnam, Laos), reżim autorytarny (Singapur) czy w toku transformacji demokratycznej (Filipiny, Indonezja)<sup>6</sup>. Z kolei Francois Venter skupia się na pytaniu, w jaki sposób brytyjskie dziedzictwo kolonialne, także w sensie prawnoustrojowym, przetrwało i wpłynęło na dzisiejszy ustrój byłych brytyjskich

<sup>5</sup> Jedyne jak dotąd wyczerpujące studium dotyczące wszystkich preambuł konstytucji świata — W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, Cheltenham-Northampton 2017.

<sup>6</sup> Dokładniej zagadnienie transformacji ustrojowej państw Azji Południowo-Wschodniej omawiają A. Croissant, P. Lorenz, *Comparative Politics of Southeast Asia. An Introduction to Governments and Political Regimes*, Cham 2018.

kolonii w Afryce. Stwierdza on przede wszystkim, że postępuje proces „globalizacji” ustrojowej, czyli upodobnienia się pewnych rozwiązań, upowszechnienia demokratycznej formy rządów, prawnych gwarancji przestrzegania praw i wolności. Potwierdza to przykładami reform konstytucyjnych w Kenii i Republice Południowej Afryki. W odniesieniu do obszaru postradzieckiego William Partlett podnosi istnienie mocno zakorzenionej tradycji centralizacji władzy, wzmacniania organów egzekutywy kosztem legislatywy<sup>7</sup>. W przypadku Ameryki Południowej David Landau również stwierdza istnienie pewnej wspólnej cechy — mianowicie raczej ma tam miejsce jednostronne narzucanie pewnych rozwiązań ustrojowych niż ich wypracowywanie w toku wielostronnych negocjacji. Osłabia to legitymację danego ustroju, co poparto przykładami Peru, Kolumbii oraz Wenezueli.

Podsumowując, prezentowaną publikację należy ocenić wysoko. Zespół autorski zasadniczo wywiązał się z postawionych zadań badawczych. Można mieć ogólną wątpliwość, czy część autorów nie wpadła w pułapkę nieodróżniania analizowanego przez siebie zjawiska od jego społeczno-polityczno-historycznego kontekstu. Trudno odnaleźć też zapowiadane we *Wprowadzeniu* „nowe podejścia badawcze” — widać jedynie obnażenie istniejących problemów teoretycznych i metodologicznych. Ich przełamanie jest możliwe, natomiast wymaga wysiłku interdyscyplinarności<sup>8</sup>. Należy podkreślić wielowątkowość pracy, jej wartość poznawczą oraz — co ważne — że jest to praca zachodniocentryczna, gdyż zdecydowana większość autorów pochodzi z ośrodków akademickich Ameryki Północnej, Australii, Wielkiej Brytanii. Są oni uznanymi badaczami z praktycznym doświadczeniem w obszarze reform ustrojowych w Afryce, Azji czy na Pacyfiku. W recenzowanej pracy wyraźnie pokazano, jak duży problem ma nauka zachodnia w starciu z rzeczywistością innych kultur prawnych. Istniejący aparat badawczy, mocno aksjologicznie uzasadniony wartościami demokracji i społeczeństwa obywatelskiego, okazuje się niewystarczający. Niektórzy autorzy tej pracy wręcz przyznają się do pewnej bezradności w próbach praktycznego stosowania swojej wiedzy. Unaocznia to także potrzebę większego otwarcia nauki anglosaskiej na inne narodowe, regionalne perspektywy badawcze (między innymi afrykańską, azjatycką) i nieokopywanie się w zasięgach naukowego neokolonializmu.

<sup>7</sup> Teza ta znajduje potwierdzenie między innymi w R. Czachor, *Reformy konstytucyjne w państwach Azji Środkowej. Analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe UJW. Studia z Nauk Społecznych” 2019, nr 12, s. 35–50.

<sup>8</sup> W odniesieniu do problemów funkcjonowania prawa i instytucji publicznych w tak zwanym trzecim świecie wielce przydatne spojrzenie przynosi dorobek Joela S. Migdala, na przykład *Strong Societies and Weak States. State-Society Relations and State Capabilities in the Third World*, Princeton 1988.

## BIBLIOGRAFIA

- Croissant A., Lorenz P., *Comparative Politics of Southeast Asia. An Introduction to Governments and Political Regimes*, Cham 2018.
- Czachor R., *Reformy konstytucyjne w państwach Azji Środkowej. Analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe UJW. Studia z Nauk Społecznych” 2019, nr 12, s. 35–50.
- Drinóczi T., Bień-Kacała A., *Illiberal constitutionalism: The case of Hungary and Poland*, „German Law Journal” 20, 2019, nr 8, s. 1140–1166.
- Klug H., *Constituting Democracy. Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge-New York 2000.
- Lerner H., *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge-New York 2011.
- Migdal J.S., *Strong Societies and Weak States. State-Society Relations and State Capabilities in the Third World*, Princeton 1988.
- Voermans W., Stremmer M., Cliteur P., *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, Cheltenham-Northampton 2017.
- Wallis J., *Constitution making during State Building*, Cambridge-New York 2014.