

Tatiana Chauvin

Czy możliwa jest bezstronność prawodawcy?

Kwartalnik Prawa Publicznego 7/4, 7-46

2007

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Tatiana Chauvin*

CZY MOŻLIWA JEST BEZSTRONNOŚĆ PRAWODAWCY?¹

1. Wprowadzenie

Nawet niezbyt wnikliwa obserwacja życia publicznego i toczących się w jego ramach dyskursów dostarcza nam licznych dowodów na bezpodstawność pytania postawionego w tytule niniejszego studium. Przekonuje o tym choćby pobieżne śledzenie relacji z posiedzeń parlamentu, lektura uzasadnień do planowanych zmian normatywnych, a także głosy doktryny². W efekcie tej obserwacji kwestionować można jakąkolwiek próbę oceny działań prawodawczych w kategoriach bezstronności. Po co więc stawiać to pytanie? Ponieważ wydaje się, iż nawet w systemie prawa stanowionego można wygospodarować miejsce na uzupełniające wobec praworządności kryteria oceny aktywności prawodawcy. Nie w każdym przypadku zasada praworządności jest warunkiem wystarczającym do tworzenia akceptowanego społecznie prawa, a kompetencja prawodawcy wystarczającym i satysfakcjonującym „uzasadnieniem” czysto politycznych decyzji. Chciałabym wykazać, iż przynajmniej część decyzji prawodawczych, a szczególnie ustawodawczych mogłaby stać się

* Dr Tatiana Chauvin – Adiunkt, Instytut Nauk o Państwie i Prawie, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski.

¹ Tekst jest rozwiniętą wersją artykułu, który ukazał się w zbiorze materiałów z konferencji zorganizowanej dla uczczenia jubileuszu czterdziestolecia pracy naukowej prof. Piotra Winczorka na Uniwersytecie Warszawskim: J. Majchrowski (red.), *Państwo, prawo, polityka w przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2007, s. 81–98.

² Por. szczególnie: W. Łączkowski, „Bezstronność” władz publicznych, RPEiS 2006, z. 2.

wypadkową rzeczywistej gry wartości i interesów. Oczywiście w zakresie, w jakim gra owa nie narusza ważnego w każdej demokracji aksjologicznego konsensusu dotyczącego wartości podstawowych dla funkcjonowania życia społecznego.

Czy prawodawca może (powinien, nie może) być bezstronny? Co oznacza to w przypadku podmiotu wyposażonego w kompetencję normodawczą w systemie tworzenia prawa mającym z założenia władczy charakter? Jaką rolę ma do spełnienia jako uczestnik publicznego i, jednocześnie, prawnego dyskursu, jakim jest prawodawczy proces decyzyjny? Bezstronność decydenta jest wartością, którą legitymować się powinny dziedziny ludzkiej *praxis*, zakładające podejmowanie decyzji w sytuacji rozstrzygania sporów czy orzekania o realizacji czyichś interesów. Ocena działania w kategoriach bezstronności może być dokonana przy założeniu kilku warunków. Po pierwsze, istnieje podmiot (arbiter, sędzia, prawodawca), który jest władny podejmować decyzje dotyczące innych podmiotów. Po drugie, tych podmiotów jest więcej niż jeden, a interesy, których ochrony lub realizacji dochodzą są rozbieżne, konfliktowe, konkurencyjne itp. Po trzecie, decyzja arbitra jest swobodna w tym znaczeniu, że nie jest zdeterminowana przez istniejące reguły. W przeniesieniu na system prawa bezstronność sposobu działania wyznaczona przez odpowiednie normy byłaby bowiem po prostu działaniem legalnym³. Dla oceny bezstronności w przyjmowanym przez nas rozumieniu jest to kryterium niewystarczające. Roszczenie do bezstronności aktualizuje się wobec tych podmiotów, które z uwagi na rolę pełnioną w danym sporze czy konflikcie podejmują, w pewnym zakresie swobody, decyzje bezpośrednio wpływające na jego wynik⁴.

Pojęcie bezstronności zostało w ostatnim czasie dość starannie przeanalizowane w polskiej literaturze⁵. Konstatacje poczynione w tych analizach, niezależnie od tego, czy kładą nacisk na zagadnienia o charakterze analitycznym czy normatywnym⁶, dotyczą przede wszystkim bezstronności decyzji podejmowanych w warunkach stosowania prawa.

³ Z. Tabor, T. Pietrzykowski, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, [w:] I. Bogucka, Z. Tabor (red.) *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Zakamycze 2003, s. 274–275.

⁴ Z. Tabor, T. Pietrzykowski, *Postulat neutralności w porządku prawnym*, materiały Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa, Międzyzdroje 2006, s. 5.

⁵ Por. przede wszystkim: Z. Tabor, T. Pietrzykowski, *Bezstronność jako...*, *passim*; Z. Tabor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności*, [w:] J. Stelmach (red.) *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003; Z. Łyda, *Bezstronność arbitra a zakaz zainteresowania w sprawie*, PiP 1996, z. 2.

⁶ Cenne rozróżnienie metodologiczne na ujęcie analityczne, empiryczne i normatywne bezstronności znajdziemy w: Z. Tabor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do...*, s. 58–59.

Myślę jednak, że można potraktować je jako wyjściowe dla próby określenia zarówno sytuacji bezstronności, w jakiej, zakładam, ustawodawca może się znaleźć (proceduralne ujęcie bezstronności), jak również bezstronności jako cechy (zasady) jego postępowania. Za Z. Toborem i T. Pietrzykowskim przyjmuję, że o „sytuacji bezstronności” mówimy, gdy sama procedura podejmowania decyzji zapewnia warunki wystarczające do bezstronnego zachowania decydenta⁷, natomiast bezstronność jako cecha jego postępowania oznacza, że dokonując ocen ma on swobodę wyboru kryteriów różnicujących podmioty, o których interesach orzeka, ale tego nie czyni.

Jeśli porównamy realizację tych dwóch ujęć bezstronności w procesie stosowania prawa i w procesie jego tworzenia, zauważymy ich istotną odmienną. Przyczyn trudności w formułowaniu roszczenia do bezstronności prawodawcy doszukiwać się należy przede wszystkim, moim zdaniem, w politycznym charakterze tych decyzji. O ile jeszcze stosunkowo łatwo jest, pod pewnymi warunkami, zrekonstruować „sytuację bezstronności” podmiotu tworzącego prawo, przykładowo dzięki uwzględnieniu zasad praworządności i demokratyzmu w procesie prawotwórczym, o tyle interpretowanie bezstronności jako cechy jego faktycznego postępowania wydawać się może skazane na niepowodzenie. Pozostaje nam się przyjrzeć jak dalece.

2. Prawo i polityka w prawotwórstwie

W interesującej nas materii decyzji ustawodawczych, zasadę bezstronności proponuje się rozpatrywać w kontekście oceny bezstronności decydenta-prawodawcy, którego zadaniem staje się odpowiednie uwzględnienie interesów podmiotów, na których sytuację mają wpływ stanowiące normy prawne⁸. Twierdzenie o konieczności uwzględnienia przez demokratycznego, racjonalnego prawodawcę takiego właśnie kontekstu przy wyznaczaniu wartości-celów realizowanych za pomocą norm prawnych, jest w zasadzie powszechne. Nie zmienia to jednak faktu, że nawet w warunkach demokratycznego państwa i otwartego pluralistycznego społeczeństwa głoszenie go niewiele wnosi, a dodatkowo nie musi przekładać się na praktykę prawodawczą. Aby tak nie było, konieczne jest

⁷ Przykładem rozwiązań normatywnych z zakresu prawa formalnego jest w tym zakresie np. instytucja wyłączenia sędziego.

⁸ Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do...*, s. 61.

doprecyzowanie warunków, w jakich jest to możliwe. W świetle dominującego modelu racjonalności instrumentalnej sytuacja prawodawcy nie jest sytuacją arbitra, ale raczej zaangażowanego podmiotu wyposażonego w szczególny typ kompetencji i mogącego stosunkowo swobodnie narzucać swoją decyzję pozostałym podmiotom zainteresowanym wynikiem procesu prawodawczego. Możliwość ta wyklucza w zasadzie ocenę jego postępowania w kategoriach bezstronności. Dopuszcza najwyżej mówienie o legalności tego postępowania, przy założeniu, że w państwie prawnym postępowanie to jest w istotnej mierze zdeterminowane formalnie i treściowo przez obowiązujące prawo.

Kultura prawa stanowionego⁹ przyznaje prawodawcy szczególną pozycję w obrębie władzy publicznej. Stanowienie prawa polega na wydawaniu przepisów prawnych przez upoważnione do tego podmioty. Upoważnienie to, przybierające normatywną postać kompetencji prawodawczych, wynika z określonej koncepcji legitymizacji władzy. W państwie prawnym prawo uchwalone zgodnie z procedurą przewidzianą przede wszystkim w przepisach konstytucyjnych, staje się prawem obowiązującym.

Demokratyczna legitymacja gwarantuje prawodawcy dodatkowo wielką niezależność w określaniu kierunków polityki i kształtowaniu postaw społecznych. W dużej mierze drogą stanowienia prawa wyznaczać można kierunki rozwoju większości dziedzin życia społecznego. Poglądy na to, co należy ustanowić w postaci norm prawnych zależą przede wszystkim od postawy oceniającej, jaką prawodawca przyjmuje oraz zasobu wiedzy, jakim dysponuje. Wiele, jeśli nie większość decyzji prawodawczych można zakwalifikować jako tzw. „trudne przypadki” znane z teorii stosowania prawa. J. Wróblewski trafnie definiuje trudny przypadek prawodawstwa, jaki taki, który „dotyczy regulacji skomplikowanych stanów faktycznych w sytuacji wielości konfliktowych celów prawodawczych (...), połączonej ze spornością wiedzy instrumentalnej, konfliktami ocen użycia określonych środków prawnych oraz dyskusyjności form regulacji prawnej na tle zastanego stanu prawnego”¹⁰. Pojawia się pytanie, jak prawodawca z takimi trudnymi przypadkami sobie radzi i jak jest w stanie uzasadnić taki a nie inny wybór celu i wiodących do niego środków.

⁹ Za W. Gromskim kulturę prawną ujmuję tutaj schematycznie jako zbiór powszechnie respektowanych w jakiejś społeczności przekonań normatywnych, wyrażających pozytywne wartości-cele prawa oraz z przekonań dyrektywnych wskazujących działania wystarczające i/lub niezbędne dla realizacji owych celów – W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, s. 75.

¹⁰ J. Wróblewski, *Uzasadnienie aktu prawodawczego*, PiP 1987, z. 1, s. 23.

Stanowienie prawa, poprzez swoją założoną jednostronność, wytwarza u adresatów szczególnego typu przeżycia psychiczne: między prawodawcą i adresatem normy zachodzi stosunek podporządkowania, który skutkuje ujmowaniem prawa jako porządku heteronomicznego. Z kolei stanowiący prawo jest w swej decyzji formalnie uniezależniony od wyrażenia przez adresatów zgody na podporządkowanie swego zachowania treści norm. Generuje to na linii władza-społeczeństwo szczególnie delikatną relację, w której znaczenia nabierają pojęcia racjonalności, argumentacji, słuszności i sprawiedliwości. Władczy charakter tych relacji w warunkach demokracji konstytucyjnej moderowany jest, z jednej strony, przez kontekst polityczny i społeczny w jakim prawo się tworzy, z drugiej przez formalne wartości samego prawa. W ramach tzw. strategii rozwojowej w badaniu prawa i problemów jego tworzenia zaproponowanej przez Ph. Noneta i Ph. Selznicka odpowiada mu model prawodawstwa legalistycznego. Sprowadza się on do kilku podstawowych założeń: a) tworzenie prawa przestaje być wyłącznie instrumentem służącym realizacji celów politycznych, a samo prawo posiada odpowiedni zakres autonomii b) wysłowione w konstytucji prawa i wolności obywatelskie podlegają ochronie i są zabezpieczane w procesach tworzenia prawa; wyznaczają również granice swobody prawodawczej c) procesy prawotwórcze oparte są na wyraźnych regułach kompetencji prawodawczej oraz na regułach jej delegowania i subdelegowania, d) w procesach tworzenia prawa następuje decentralizacja faktycznej inicjatywy prawodawczej, e) zakładana koncepcja źródeł prawa oraz normy proceduralne tworzenia prawa są wyraźnie sformułowane i jawne f) wykształcają się (w obrębie procesów tworzenia prawa) instytucjonalne formy wpływu społeczeństwa na treść prawa, g) procesy tworzenia prawa poddawane są instytucjonalnej kontroli sposobu tworzenia prawa oraz kontroli jego wyników¹¹. Prawo powstające tą drogą to prawo autonomiczne, będące wyrazem racjonalizacji władzy i podmiotowego traktowania społeczeństwa. Jednym z ważkich założeń tworzenia prawa autonomicznego jest dążenie do wykształcenia instytucjonalnych form wpływania społeczeństwa na treść tworzonego prawa.

System czy raczej zespół podstawowych wartości merytorycznych, które prawodawca drogą swoich decyzji ma realizować (aspekt pozytywny) lub nie naruszać (aspekt negatywny, zarówno materialny, jak proceduralny) określony jest w ustawie konstytucyjnej¹². Wartości przyjęte jako wynik porozumienia konstytucyjnego stanowią coś w rodzaju

¹¹ E. Kustra, *Polityczne problemy tworzenia prawa*, Toruń 1994, s. 40–41.

¹² L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 37.

płaszczyzny zgody, chronionej funkcjonowaniem Trybunału Konstytucyjnego. W ten sposób kategorie prawne tworzą granice dyskursu politycznego poprzedzającego stanowienie prawa¹³. Prymat prawa nad polityką wytwarza jedyny możliwy do zaakceptowania w warunkach państwa prawnego charakter relacji między tymi systemami.

Wydaje się jednak, że relacja ta nie jest zdeterminowana na tyle, żeby nie dochodziło w sytuacji podejmowania decyzji prawodawczych do konfliktu wartości *stricte* politycznych (np. skuteczności) z wartościami prawnymi (np. postulatem pewności prawnej i praworządności)¹⁴. Pomimo licznych obiektywnych ograniczeń wynikających z typu kultury politycznej i prawnej oraz rozbudowanych gwarancji praworządności, przyjąć trzeba, że prawo w wielkiej mierze jest swobodnym wyrażeniem woli prawodawcy (stanowisko umiarkowanego woluntaryzmu¹⁵). A nawet jeśli przyjmiemy jako dominującą relację, która zakłada prymat prawa nad polityką, nie możemy kwestionować istotnego zakresu swobody, jaką dysponuje prawodawca w ustalaniu treści norm prawnych. Dobitnie i wielokrotnie dał temu wyraz Trybunał Konstytucyjny¹⁶. Podkreślając swoją rolę „negatywnego ustawodawcy”, Trybunał uznał się za niepowołany do badania słuszności i celowości rozwiązań normatywnych zawartych w ustawach. Wybór określonych wariantów legislacyjnych, odpowiadających założonym przez prawodawcę celom gospodarczym czy politycznym, jeżeli tylko nie narusza reguł, zasad i wartości konstytucyjnych, pozostaje w ramach politycznej swobody jego działań. Trafność podjętych decyzji zweryfikować mogą wyłącznie wyborcy.

Zmiana perspektywy z prawnej na polityczną uświadamia nam, że „współczesny proces ustawodawczy wcale nie polega tylko na wspólnym poszukiwaniu najlepszych, najskuteczniejszych czy też najbardziej sprawiedliwych rozstrzygnięć. Odgrywa w nim rolę niemało – często na pierwszy rzut oka zgoła nieuchwytnych – elementów wynikających np. z długofalowej strategii politycznej uczestników, podejmowania akcji mających w przyszłości politycznie osłabić rywali, uzyskania pewnych (...) politycznych korzyści dla siebie, nawiązania lub umocnienia sojuszy,

¹³ M. Zirk-Sadowski, *Stanowienie prawa sprawiedliwego*, [w:] *Państwo w służbie obywateli. Księga jubileuszowa Jerzego Świątkiewicza*, Warszawa 2005, s. 61.

¹⁴ W. Gromski, op.cit., s. 32.

¹⁵ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 45.

¹⁶ M.in. orzeczenia z 18.10.1994 r., K. 2/94; 21.11.1994 r., K.6/94; 12.1.1995 r., K.12/94; 9.1.1996 r., K. 18/95; 24.9.1996 r., K.13/95 – za J. Oniszczyk, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w latach 1986–1996. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1998, s. 36.

publicznego zademonstrowania własnej siły itd.”¹⁷. Dopiero zmiana paradygmatu racjonalności wytworzyć może sytuację, w której roszczenie do bezstronności nabiera sensu. Jedynie stanowienie prawa w warunkach racjonalnej komunikacji mogłoby się stać sposobem uzgadniania interesów politycznych czy ekonomicznych, próbą pogodzenia przekonań moralnych i światopoglądów i jako takie, wydaje się, mogłoby być w kategoriach bezstronności oceniane tylko ze względu na sposób, w jaki to porozumienie umożliwia lub ogranicza¹⁸. I taką właśnie proceduralną interpretację bezstronności przyjmuję w tych rozważaniach. Analizie zostanie poddana, z jednej strony, sytuacja decyzyjna prawodawcy, a szczególnie etap, na którym dochodzi do sformułowania i wyboru przez niego celu ustanowienia normy prawnej, oraz z drugiej strony, sposoby, w jaki ten wybór można uzasadniać. Nie będę się więc zajmować bezstronnością reguł prawa materialnego, którą sprowadzić można w zasadzie do zagadnienia równości w prawie i równości poszczególnych kategorii podmiotów wobec prawa. Stanowi ona przedmiot innego rodzaju rozważań i dyskusji, zakorzenionych filozoficznie, i przekłada się na ocenę prawa w świetle zasad sprawiedliwości materialnej.

Do zaprezentowania poniższych refleksji zachęciła mnie lektura dwóch tekstów: niewielkiej książeczki J. Sielskiego z dziedziny politologii, poświęconej aksjologicznej analizie decyzyjnej¹⁹ oraz uzasadnienia do projektu ustawy o Narodowym Instytucie Wychowania, jednego z nielicznych tekstów zawierających argumentację *expressis verbis* odwołującą się do kategorii dobra wspólnego²⁰. Szczególnie to ostatnie doświadczenie, wsparte politologiczną wizją mechanizmów podejmowania i uzasadniania decyzji politycznych, odsłoniły przede mną kwestie, które dla intelektualnego typu zakładnika rozwiązań filozoficznych nawiązujących do etyki prowadzenia dyskursu w polityce i prawie, stały się czymś w rodzaju bolesnego odkrycia prawdy. Z tego zderzenia zrodziła się właśnie

¹⁷ J. Łętowski, *Prawodawstwo w czasach konfliktów*, PiP 1990, z. 5, s. 33.

¹⁸ Odmienne na ten temat: W. Łączkowski, *op.cit.*, s. 211 i 217. Autor stara się wykazać bezzasadność oczekiwania na bezstronne podejmowanie decyzji przez władze publiczne, wskazując, słusznie moim zdaniem, na nierozłączność własnych przekonań moralnych decydenta od treści decyzji. Nie podzielam już jednak jego opinii, iż w każdym przypadku w naszej kulturze prawnej aksjologiczną podstawę decyzji tworzenia prawa powinny stanowić zasady moralności chrześcijańskiej – sprzeciw mój budzi radykalność tej tezy. Jej przyjęcie uniemożliwiłoby dyskusję nawet w odniesieniu do kwestii o mniej fundamentalnym charakterze, niż poglądy religijne czy filozoficzne.

¹⁹ J. Sielski, *Pierwotne kategorie aksjologicznej analizy decyzyjnej*, Katowice 1997.

²⁰ Projekt przyjęty został przez Radę Ministrów dnia 5.5.2006 r. (druk sejmowy nr 650) – nie wszedł na ścieżkę legislacyjną ze względu na wybory do parlamentu, które miały miejsce w październiku 2007 r. (zasada dyskontynuacji prac parlamentarnych).

seria postawionych wyżej pytań, na które odpowiedzi szukać zamierzam posługując się metodami badawczymi z zakresu nauk politycznych, ale też i prawoznawstwa.

Wychodzę z założenia, iż ewentualne rozstrzygnięcie o tym, czy prawodawca może być bezstronny w przedstawionym wyżej znaczeniu oraz, w przypadku odpowiedzi pozytywnej, formułowanie warunków jego sytuacji bezstronności należy do zakresu szerszych badań nad racjonalnością tworzenia prawa (racjonalnością ustawodawcy²¹). Punkt wyjścia stanowi więc klasyczny model racjonalności instrumentalnej, którego nie sposób pominąć ze względu na wyjątkową „żywołność”, szczególnie na polu interpretacji prawniczej, ale również ze względu na jego niezaprzeczalne walory porządkujące skomplikowaną problematykę stanowienia prawa.

Biorąc pod uwagę bardzo staranne i powszechnie znane opracowanie tej tematyki w polskiej literaturze przedmiotu, model ten będzie rekonstruowany jedynie w zakresie niezbędnym do uzasadnienia proponowanej tezy. Ważniejsze więc od samego modelu racjonalnego tworzenia prawa – rozumianego najczęściej jako ciąg następujących po sobie, wzajemnie uwarunkowanych etapów postępowania celowościowego – wydaje się przybliżenie czynników charakteryzujących racjonalnego prawodawcę, w szczególności jego postawy poznawczej i oceniającej²². Niesprzeczna i systemowa wiedza z zakresu faktów relewantnych dla tworzenia regulacji prawnych, wiedza prakseologiczna i przyjmowany system wartości-ocen, uporządkowany zgodnie z preferencjami o charakterze asymetrycznym i przechodnim, po prostu uzasadniają decyzje prawodawcze. Pozwalają zrekonstruować przesłanki, którymi się kierował (wiedza i aksjologia wewnętrzna prawodawcy) oraz dokonać oceny ich zasadności w świetle wiedzy i aksjologii krytyka²³.

Nie sposób jednak nie uwzględnić pojawiających się od dłuższego czasu krytycznych opinii dotyczących nie tyle samego modelu-wzoru racjonalności instrumentalnej, co jego ukrytych założeń, opisujących relacje zachodzące między prawodawcą a społeczeństwem oraz określających funkcję prawa w tych relacjach²⁴. Dobrze oddaje podstawy tej krytyki założenie normatywnej analizy polityki: „polityka jest formułowana przez

²¹ O różnych ujęciach tego modelu, sprowadzających się w dużej mierze do różnic semantycznych, pisze S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982, s. 22.

²² J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Łódź 1979, s. 66–67, rozdział 6 i 7.

²³ Te dwa typy uzasadnień J. Wróblewski nazywa odpowiednio racjonalnością wewnętrzną i racjonalnością zewnętrzną tworzenia prawa – J. Wróblewski, *Zasady...*, s. 45–46.

²⁴ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 120.

wszechwładnego, wszechwiedzącego i życzliwego dyktatora²⁵; *mutatis mutandis*, taki właśnie „zarzut” można skierować pod adresem racjonalnego instrumentalnie prawodawcy. Tym bardziej, że prawo pozostaje z polityką w ścisłych związkach, choć w zależności od typu kultury prawnej mają one różne natężenie i rozmaicie rozłożone strefy wzajemnego oddziaływania. Z tego względu analizowane tutaj problemy angażują również, choć nie bezpośrednio, rozważania o autonomii prawa i zagrożeniach tkwiących w instrumentalizacji prawa dla realizacji celów *stricte* politycznych (zarówno tych długofalowych, jak i mających na celu rozwiązanie doraźnych problemów społecznych²⁶). Powrócę do nich w dalszej części opracowania.

Skutecznego remedium na te problemy filozofia i teoria prawa dopatrzyły się w projekcie habermasowskiej uniwersalnej pragmatyki, wykazującej podstawowe znaczenie aktów mowy w procesie wykształcania przez społeczeństwo „rozumnej tożsamości”. W związku z tym, że przekształcenia w sferze społecznej doprowadziły do zaniknięcia pewnego obiektywnego, wspólnego kodu w postaci mitów, symboli czy systemów metafizycznych, owej tożsamości należy dziś poszukiwać w praktyce ludzkiego współżycia uprawianej za pomocą interakcji językowych, budujących akty mowy²⁷. W przestrzeni społecznej jakiegokolwiek działania intersubiektywne nie są możliwe bez mowy. W każdym akcie mowy z kolei zawarte jest określone roszczenie ważnościowe, na którego spełnienie liczymy przystępując do działania komunikacyjnego²⁸. W ten sposób pierwszeństwo przypada nie działaniom strategicznym, poprzez które działający dąży do realizacji swoich celów, nie szukając porozumienia z tymi, których działanie dotyczy, lecz działaniom komunikacyjnym, ukierunkowanym na porozumienie²⁹. W takich warunkach następuje również zmiana paradygmatu racjonalności: typowa dla sfery działań strategicznych racjonalność instrumentalna zostaje zastąpiona racjonalnością komunikacyjną. Jej istota polega na kształtowaniu warunków umożliwiających skuteczne dokonywanie działań komunikacyjnych,

²⁵ G. Majone, *Dowody argumenty i perswazja w procesie politycznym*, Warszawa 2004, s. 66.

²⁶ Por. szczególnie P. Winczorek, *Narzędzie dobre i złe*, „Rzeczpospolita” z 20.3.2000 r.

²⁷ Zob. rozbudowaną analizę związku między dyskursem i bezstronnością w koncepcji J. Habermasa zaproponowaną przez S. O'Neill w: *Impartiality in context. Grounding justice in a pluralist world*, „State University of New York Press” 1997, rozdz. 6.

²⁸ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990

²⁹ A. Anzenbacher, *Wprowadzenie do filozofii*, Kraków 2003, s. 208.

a w konsekwencji skuteczne porozumienie. Działanie komunikacyjne, czyli interakcje, łączą się z osobowym wymiarem społeczeństwa, stanowią podstawę istnienia społeczeństwa jako wspólnoty. Idee te przyczyniły się do rozwinięcia przez R. Alexego modelu dyskursu praktycznego, którego reguły dają się zastosować w dyskursie (a właściwie należałoby powiedzieć dyskursach) prawniczym, rzecz jasna z uwzględnieniem jego specyfiki. Sytuacja komunikacyjna oraz etyczne wymogi dyskursywnego ustalania wartości-celów mogłyby wpłynąć pozytywnie na krytykowany często za swoją niewydolność i brak legitymizacji społecznej „klasyczny”, instrumentalny model decyzyjny tworzenia prawa.

Warto jednak zaznaczyć, że chociaż koncepcja Habermasa wynika z uznania niemożności poznania obiektywnego, zakłada ona pewne tło kulturowo zdeterminowanego przedrozumienia, obejmujące akceptowane społecznie wzorce interpretacji i systemy norm. Jest nim świat życia, konieczny warunek efektywnej komunikacji, w kontekście którego dokonuje się prowadzące do porozumienia działanie komunikacyjne. Jeżeli uzgadnianie subiektywnych planów działania, celów, wartości czy interesów poszczególnych uczestników dyskursu ma prowadzić do rzeczywistego konsensusu, nie może dziać się to bez zaplecza pozwalającego w sytuacjach zakłócenia społecznej interakcji na przywracanie warunków tego porozumienia³⁰. Jeżeli prawodawca, w ramach przestrzeni, w której dokonywać może swobodnego wyboru wariantów aksjologicznych i pragmatycznych, zdecyduje się na podporządkowanie swojego działania regułom dyskursu praktycznego i racjonalności komunikacyjnej, ma wielkie szanse na spełnienie postulatu dotyczącego aksjologicznej optymalizacji tworzenia prawa. Stworzy tym samym dodatkową, istotną płaszczyznę legitymizacji społecznej dla stanowionych przez siebie norm. Problem w tym, że ze względu na trwałość aktualnego modelu prawodawstwa i idealizacyjny charakter dyskursu praktycznego, zastosowanie się do jego wymogów jest w zasadzie suwerenną decyzją prawodawcy. Prawodawca, który swój proces podejmowania decyzji i jej uzasadniania zdecyduje się poddać, choćby częściowo, zasadzie społecznej komunikacji będzie prawodawcą nie tylko racjonalnym *tout court*, ale po prostu roztropnym.³¹

Badając problem możliwej bezstronności prawodawcy w procesie określania wartości-celów, które realizować ma decyzja prawodawcza

³⁰ Ibidem, s. 209.

³¹ Por. pojęcie roztropności politycznej rozwinięte przez B. Sutora w: tenże, *Etyka polityczna*, Warszawa 1994. Autor zwraca szczególną uwagę na zawarty w tym pojęciu postulat poprzedzającego decyzję rozpoznania rzeczywistości oraz przeprowadzenia w tej sprawie poważnej publicznej dyskusji – ibidem, s. 96.

skorzystam też z kryteriów wspomnianej wyżej aksjologicznej analizy decyzyjnej – typu analizy rozwiniętego w naukach politycznych. Jeżeli za punkt wyjścia przyjmiemy ścisły związek prawa i polityki idący nawet tak daleko, by określać decyzję prawodawczą jako decyzję polityczną, aksjologiczna analiza decyzyjna z zakresu teorii polityki znajdzie, z zachowaniem *differentia specifica* zastosowanie do decyzji prawodawczych. Decyzja polityczna jest w tym ujęciu funkcją zaakceptowanych wartości politycznych, jakie decydent stawia na pierwszym miejscu w swojej relacji preferencji.

Preferencje te determinowane są typami racjonalności, które można mu przypisać: racjonalnością aksjologiczną, racjonalnością podmiotową i racjonalnością instrumentalną określającymi odpowiednio trzy typy decyzji politycznych: decyzję aksjologiczną, decyzję podmiotową i decyzję pragmatyczną³². Normatywny charakter analizy nakazuje uwzględnić w decyzji politycznej wszystkie trzy typy racjonalności, ponieważ są one pochodną układów odniesienia, w których funkcjonuje decydent polityczny. Decyzje typu aksjologicznego są uzasadnione przede wszystkim systemem wartości decydenta, a w mniejszym stopniu układem podmiotowym. Relacja preferencji jest w przypadku takich decyzji podporządkowana „zyskowi aksjologicznemu” – zrealizowaniu wyznawanych wartości politycznych. Decyzje typu podmiotowego opierają z kolei się na realnych układach politycznych³³. Są to decyzje jakościowe, przekładające się na realizację interesu grupowego lub osobistego decydenta. Mają one na celu utrzymanie lub rozszerzenie władzy politycznej. Ostatni rodzaj racjonalności, racjonalność instrumentalna, ma charakter normatywny i sprawdza się do opanowania mechanizmu doboru odpowiednich środków do realizacji określonych celów³⁴.

Ze względu na przedmiot rozważań, najbardziej interesujące wydają się dwa układy: aksjologiczny i podmiotowy. Sposób korzystania z możliwości, jakie stwarza sytuacja decyzyjna prawodawcy (a szczególnie ustawodawcy), może być proberzem jego bezstronności. Chodzi przede wszystkim o to, czy w związku z władcym sposobem podejmowania decyzji, prawodawca narzuca wartości typowe dla wyznawanej przez siebie ideologii, czy też stara się poddać swój wybór deontologicznie zorientowanym mechanizmom intersubiektywnego ustalania tych wartości. Nie należy jednak bagatelizować również oceny w kategoriach

³² J. Sielski, op.cit., Katowice 1997, s. 51.

³³ Ibidem, s. 13.

³⁴ Por. model racjonalnej decyzji politycznej w: K. Opalek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1986, s. 239 i n.



bezstronności decyzji nastawionej na realizację interesów własnego ugrupowania prawodawcy. Tu w szczególny sposób ujawnia się konflikt natury etycznej i postawy, jaką przyjmuje decydent w sytuacji konfliktu interesu własnego z dobrem wspólnym lub interesami pozostałych aktorów życia społecznego³⁵.

Niezależnie jednak od użyteczności przedstawionej wyżej analizy, wydaje się, że wymaga ona pewnej korekty. Odnieść można wrażenie, że z perspektywy politologicznej, wybór celów dokonywany przez prawodawcę, tak w układzie aksjologicznym, jak i podmiotowym, może być wyborem całkowicie arbitralnym. Dla polityka prawo jest jedynie instrumentem do osiągnięcia celów ideologicznych i politycznych przez co traci ono zupełnie swoją systemową autonomię³⁶. Prawoznawstwo natomiast nie akceptuje tak szeroko pojętego woluntaryzmu w żadnej z tych sfer. Prawo nie jest co prawda „instancją” determinującą wybory prawodawcy w sposób bezwarunkowy, ale niewątpliwie obowiązujące normy i założenie hierarchii systemu prawnego tworzą ramy ograniczające swobodę decyzji politycznych. Kierowanie się w procesie tworzenia prawa wyłącznie racjami politycznymi, które zyskują przewagę nad argumentami natury prawnej jest przejawem dysfunkcjonalności prawotwórstwa³⁷. W takim kontekście większość decyzji politycznych odwołujących się do sfery aksjologicznej (wartości), czy pragmatycznej (interesy) życia publicznego, będzie raczej za każdym razem efektem zmagania między „legalnością” a „celowością”, a nie dowodem na dominującą pozycję systemową polityki lub prawa³⁸.

3. Kiedy prawodawca wartościuje?³⁹

Podmiotem ocenianym przeze mnie w kategoriach bezstronności jest tzw. prawodawca w ujęciu socjologicznym (prawodawca

³⁵ Pojęciem tym posługuję się za E. Wnuk-Lipińskim. Por. szczególnie, E. Wnuk-Lipiński, *Socjologia życia publicznego*, Warszawa 2005, s. 87 oraz rozdz. 9.

³⁶ J. Sielski, op.cit., s. 13–14.

³⁷ R. Piotrowski, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na tworzenie prawa*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, s. 173.

³⁸ W. Gromski, op.cit., s. 34; K. Opalek, op.cit., s. 253–254 oraz 261 i n.; G. Radbruch, *O celu prawa*, RPEiS 1937, z. 3–4, *passim*.

³⁹ Czasownikiem „wartościować” posługuję się za J. Wróblewskim, dla którego aksjologiczne uwarunkowanie tworzenia prawa jest konsekwencją właśnie wartościowania prawodawcy (J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 228. Aktywność ta oznacza inaczej formułowanie przez prawodawcę ocen. Mogą to być oceny zasadnicze – mówimy wówczas o „wartościowaniu

faktyczny). Ujęcie to uwzględnia wszelkie podmioty biorące udział w procesie przygotowywania i stanowienia aktów prawnych, wywierające rzeczywisty wpływ na ukształtowanie aktów prawnych o określonej treści i nadające im określony kształt formalny. Jest to więc konstrukcja szersza od prawodawcy dogmatycznego⁴⁰. Prawodawca faktyczny działa w tej sferze aktywności państwa, której celem jest ustanowienie lub zmiana obowiązujących norm prawnych z zamiarem oddziaływania na życie społeczne. Działalność ta, inicjowana przez intelektualny zamysł wprowadzenia zmian w życiu społecznym, polega na podejmowaniu kolejno następujących po sobie decyzji prowadzących do ustanowienia aktu normatywnego.

W zależności od modelu polityki prawa możemy przyjąć, że pierwszym etapem prac prawotwórczych jest ustalenie celów, jakie chce się osiągnąć (maksymalistyczna wersja polityki prawa) lub, zakładając, iż w ramach struktur społecznych wyznaczono normatywnie zespół wartości, który państwo ma chronić, że tworzenie prawa ogranicza się do ustalenia prawnych środków realizacji tych celów (minimalistyczna wersja polityki prawa). Cel oznacza tutaj pewien stan rzeczy, który prawodawca chce lub powinien zrealizować za względu na to, że uważa go za cenny (wartościowy)⁴¹. Według R. Dworkina cel tak rozumiany jest szczególnym rodzajem politycznego uzasadnienia. Jeżeli decyzja polityczna pewien stan rzeczy przybliży lub chroni – jest dobrą decyzją. Jeśli utrudnia jego osiągnięcie lub mu zagraża – jest decyzją złą⁴². Zazwyczaj też mamy do czynienia z sytuacją, w której prawodawca stawia sobie więcej niż jeden cel do zrealizowania (politeizm). Ze względu na to, a także ze względu na fakt, iż typologia celów może być nadzwyczaj bogata, nie będę się zajmować referowaniem przyjmowanych w literaturze podziałów⁴³. Niezależnie jednak od dominującego modelu polityki prawa, zgodzić się trzeba ze stanowiskiem, według którego w każdym niemal przypadku tworzenia nowych regulacji prawnych zachodzi konieczność co najmniej doprecyzowania

pierwotnym” albo oceny „zrelatywizowane systemowo do określonego światopoglądu, systemu moralności, prawa czy polityki – gdy mamy na myśli „wartościowanie wtórne” – ibidem, s. 227–228.

⁴⁰ Prawodawca dogmatyczny to podmiot, któremu przypisuje się konwencjonalnie wytwór działalności prawodawczej, czyli np. parlament. Rozróżnienie powyższe, za L. Nowakiem wprowadza S. Wronkowska – S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa...*, s. 118.

⁴¹ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 135.

⁴² R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 172.

⁴³ Zainteresowanych czytelników odsyłam przede wszystkim do prac J. Wróblewskiego: *Teoria racjonalnego...*, s. 136 i n.; tegoż *Zasady tworzenia...*, s. 73 i n. Por. także, Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, PiP 1987, z. 12, s. 17–18.

wytyczonych celów, określenia ich hierarchii. Tak naprawdę system wartości jest więc przez prawodawcę w pewnym stopniu odtwarzany i porządkowany, ale w istotnym zakresie również współtworzony⁴⁴.

Termin „wartość” jest polisemiczny i nieostry. Wystarczy zwrócić uwagę na wielość definicji proponowanych przede wszystkim w literaturze z zakresu nauk społecznych⁴⁵. W celu uniknięcia problemów terminologicznych, teoretycy prawa zastępują ten termin (rozumiany na nasze potrzeby jako stan rzeczy aprobowany lub dezaprobowany przez określony podmiot⁴⁶) inną kategorią analityczną, a mianowicie „oceną”. Ocena oznacza wypowiedź kwalifikującą zachowania się, zdarzenia i rzeczy jako posiadające wartość pozytywną lub negatywną⁴⁷. Wartości są więc trwałymi i wewnętrznymi kryteriami oceny (w odróżnieniu od norm, które w takim samym układzie mają charakter zewnętrzny)⁴⁸. Przyjmuję tę interpretację – jej odrzucenie wymagałoby zajęcia stanowiska wobec toczo-nych i toczących się sporów o status ontologiczny wartości⁴⁹ i powinności, a to przekracza ramy prowadzonych rozważań. Istotne jest natomiast przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym wartościowanie przypisywane prawodawcy polega na formułowaniu przez niego ocen.

Wartości-cele, które prawodawca zamierza realizować drogą tworzenia prawa oraz typ polityki prawa, który przyjmuje są wypadkową co najmniej trzech czynników⁵⁰. Wybór celu wiąże się przede wszystkim ze sferą aksjologii i jest uzależniony od przyjmowanych przez prawodawcę założeń wartościujących⁵¹. Drugim czynnikiem jest układ podmiotowy. Prawodawcy działającemu w tym układzie prawo służy jako instrument realizacji interesów jego grupy politycznej. Trzeci czynnik to fakt przynależności do określonego społeczeństwa (zasada reprezentacji) i obowiązek ochrony wyznawanego przez tę wspólnotę etosu. Konieczność manewrowania między tymi układami czyni decyzje prawodawcze wielostronnie

⁴⁴ S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego...*, s. 151–152.

⁴⁵ E. Wnuk-Lipiński, op.cit., s. 180 i n.; M. Kordela, *Zarys typologii uzasadnień aksjologicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Bydgoszcz-Poznań 2001, s. 23 i n.; M. Łojewska-Krawczyk, *Wiedza o wartościach*, [w:] A. Motycka (red.), *Wiedza a wartości*, Warszawa 2001.

⁴⁶ M. Kordela, op.cit., s. 28.

⁴⁷ K. Opałek, op.cit., s. 260.

⁴⁸ E. Wnuk-Lipiński, op.cit., s. 181.

⁴⁹ Por. szczególnie A. Kość, *Relacja prawa i wartości w społeczeństwie otwartym*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.) *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Zakamycze 2003.

⁵⁰ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 11.

⁵¹ Ibidem, s. 141.

uwarunkowanymi. Każdy wybór, który nie będzie w dostateczny sposób godził tych sfer będzie musiał być przekonująco uzasadniony.

Istotny walor porządkujący złożoną problematykę ustalania wartości-celów, które prawodawca powinien czy chce zrealizować ma koncepcja tzw. ideologia tworzenia prawa. Składa się na nią zbiór wartości, które prawo powinno realizować lub zespół dyrektyw formułujących normatywny model tworzenia prawa⁵². Cele prawodawstwa mogą mieć zarówno charakter autoteliczny jak i instrumentalny. Różnie mogą być również sformułowane: od wskazania ogólnego ideału o charakterze filozoficznym, politycznym czy moralnym, po szczegółowe, parametrycznie określone stany rzeczy. Według J. Wróblewskiego są one rekonstruowane z czterech podstawowych źródeł⁵³: a) z prawa obowiązującego, w takim zakresie, w jakim da się z treści jego przepisów zrekonstruować wskazanie celów prawodawstwa oraz dyrektyw tworzenia prawa.; b) z koncepcji politycznych c) z koncepcji moralnych – relewantne dla tworzenia prawa są te wartości, które dotyczą kwestii regulowanych zarówno przez reguły moralne, jak i przez prawo obowiązujące. W obliczu wielości stanowisk moralnych w społeczeństwie, jak również określonej wizji moralności, którą przypisać można prawodawcy, kwestia ta jest niebagatelna. Jest ona tym bardziej godna zaznaczenia, że prawodawca w systemie prawa stanowionego wciąż działa w ramach stanowiska umiarkowanego woluntaryzmu: chociaż jego wola nie jest przejawem całkowitej swobody, to, przyjmując tylko ograniczenia płynące z zasady konstytucjonalizmu, realizacja celów podbudowanych określoną koncepcją moralności (tak zresztą, jak i polityki) stać się wyłącznie funkcją możliwych do uzyskania większości w głosowaniu parlamentarnym; d) z szeroko rozumianej doktryny – chodzi tutaj o zakres w jakim prawoznawstwo zajmuje się zagadnieniami polityki prawa. W zależności od maksymalistycznej lub minimalistycznej jej wersji, doktryna będzie określać wyłącznie dyrektywy tworzenia prawa lub również wartości-cele, jakie prawo ma realizować.

Realizacja tak zdeterminowanych wartości pełni nie tylko funkcję stabilizującą w odniesieniu do zastanych stosunków społecznych, ale ma również na celu wykształcanie, czy przekształcanie postaw społecznych w pożądanym przez aktualnego prawodawcę kierunku. Jednocześnie procesy tworzenia prawa uwikłane są głęboko, szczególnie w społeczeństwach otwartych, w grę interesów i opinii, oddziaływujących z różną

⁵² Ibidem, s. 111.

⁵³ Podział ten, jak sam zaznacza, ma wartość porządkującą i nie jest rozłączny – ibidem, s. 112 i n.

mocą na poszczególne stadia procedury prawodawczej. Na poszczególnych (faktycznych i formalnych) etapach tworzenia prawa oceny prawodawcy są narzucane lub zderzają się z ocenami formułowanymi przez podejmujących z nim dialog aktorów zbiorowych. Powoduje to dla prawodawcy istotne ograniczenia tak w sferze etycznej, jak i empirycznej. Jednakże warunkiem uwzględnienia tych ograniczeń jest analiza procedury decyzyjnej tworzenia prawa z uwzględnieniem wymogu racjonalnego działania. Warunkiem skuteczności norm oraz jednolitej polityki stanowienia i stosowania prawa, jest wedle modelu racjonalności instrumentalnej precyzyjne określenie celów do realizacji i jasne sformułowanie wartości, których realizacji służyć mają normy prawne. Przy dość powszechnej już i zaakceptowanej zmianie paradygmatu racjonalności prawodawcy uderza w tym modelu kompletne abstrahowanie od intersubiektywności w ustalaniu wartości-celów i bardzo uboga (redukowana w zasadzie do zasady demokratyzmu w rozumieniu J. Wróblewskiego) sfera komunikacji.

Tymczasem wartościowanie prawodawcy, jego postawa oceniająca ma istotne znaczenie dla życia społecznego, ponieważ jego wybory aksjologiczne roszczą sobie prawo do ważności w skali intersubiektywnej. Jego wybory w sferze etycznej, w płaszczyźnie społecznej uzasadniać mają stanowienie norm prawnych konkretnej treści. W akcie ustanowienia normy uzasadnionej wartością-celem do zrealizowania, dochodzi do przemieszania dwóch struktur normatywnych: prawnej i etycznej. Normy etyczne w życiu społecznym tworzą, niezależnie od prawa, akceptowany etos społeczny (wspólną orientację aksjologiczną), normy prawne „żyją” dzięki temu, że mogą być egzekwowane⁵⁴. Zakładam jednak, że postawa oceniająca prawodawcy, czyni faktem sankcjonowanie wskazań moralności (etyki, prawa naturalnego) przez obowiązujące prawo. Na tę pewność nakłada się następnie konieczność ustalenia treści wpływających na prawo norm moralnych i tu już pojawia się, po pierwsze, problem ich doboru oraz, po drugie, problem jego uzasadnienia.

Szczególnie skomplikowana i wymagająca jest sytuacja ustawodawcy w warunkach rządów prawa. Winien on bowiem dążyć do stworzenia takich regulacji, które zachowywałyby neutralność wobec różnych, współistniejących w pluralistycznym społeczeństwie, systemów etycznych. W praktyce jest to niezwykle trudne do osiągnięcia.

⁵⁴ A. Anzenbacher, op.cit., s. 338. Nie zajmuję się w tym miejscu relacją między akceptowaną społecznie normą etyczną składającą się na etos a indywidualnym sumieniem. Ważne jest jednakże podkreślenie za Autorem, że normy etosu kształtują się dialektycznie w zderzeniu z autonomicznym sumieniem – ibidem, s. 338–339.

Między celami stanowiącymi przedmiot dążenia politycznego prawodawcy mogą istnieć stosunki niezależności, łączności lub konflikto-wości. Rozważana tu problematyka dotyczy tej ostatniej relacji. Wielość celów i wielość środków do ich realizacji może powodować powstawanie konfliktów. Cele są konfliktowe między sobą, gdy ich wartości wykluczają się lub, gdy realizacja jednego celu utrudnia realizację drugiego⁵⁵. Rozwiązaniu tego konfliktu w instrumentalnym modelu racjonalności służy postawa oceniająca prawodawcy pozwalająca na hierarchizację celów w oparciu o określone preferencje.

Jak wskazywałam wyżej, wybór celów do realizacji jest uzależniony od założeń aksjologicznych prawodawcy, a pośrednio również od stanu jego wiedzy o rzeczywistości. Ale w ocenie rzeczywistości i wynikających z niej wyborach wartości do zrealizowania postawa prawodawcy uwarunkowana jest nie tylko przez jego warunki wewnętrzne, ale również przez otoczenie. Wybór ten nie jest więc całkowicie arbitralny. System aksjologiczny (ideologia) prawodawcy i sfera jego interesów pozostają w koniecznych interakcjach z aksjologią systemu prawa oraz konkurencyjnymi wobec niego systemami wartości i interesów pozostałych aktorów społecznych (grup nacisku, organizacji pozarządowych, partii opozycyjnych itp.). I te interakcje generować mogą konflikty wartości w momencie wyboru celu do zrealizowania. Ich rozwiązanie należy do prawodawcy. Ale chociaż dokonuje on tego w sposób władczy – teoretycznie niezależny od zgody pozostałych uczestników dyskursu prawodawczego – to stworzenie w obrębie formalnych etapów tworzenia prawa warunków do publicznej dyskusji i argumentacji, będzie dowodem jego racjonalności. A częściowo też sprawdzianem jego bezstronności.

4. Sfery konfliktów

Postawy i zachowania w każdej zbiorowości ludzkiej kształtują się w odniesieniu do co najmniej dwóch systemów: aksjologicznego i utylitarne-go (pragmatycznego). Nie wolne od tych odniesień są również procesy decyzyjne i postawy ich uczestników. W obrębie pierwszego systemu funkcjonują rozmaite hierarchie wartości. Drugi koncentruje się na utylitarne-m podejściu do prezentowanych publicznie postaw i zachowań i jest dyktowany jakoś zdefiniowanym interesem indywidualnym lub grupowym. Te dwie sfery są powiązane rozmaitymi relacjami. Jeżeli mają

⁵⁵ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 140.

one charakter sprzeczny, relacje te przyjmują postać konfliktu⁵⁶. W procesie tworzenia prawa konflikt ten, moim zdaniem, może przejawiać się zarówno w obrębie każdego z tych systemów, jak i pomiędzy nimi.

Zakładam, że konflikty wartości i interesów, które ujawniają się w procesie stanowienia prawa mogą przybierać trzy postaci. W jednej z nich realizacja przez prawodawcę dobra wspólnego zostaje przeciwstawiona pozostałym manifestowanym przy określonej decyzji prawodawczej wartościom czy interesom innych aktorów społecznych, jak również interesom politycznym samego prawodawcy (układ aksjologiczny). Druga postać wiąże się ściśle z układem podmiotowym prawodawcy: jego interes polityczny czy partyjny pozostaje w kolizji z dobrem wspólnym czy dążeniami grup społecznych. Trzeci wariant zakłada, że prawodawca pozostaje „niezainteresowany w sprawie”⁵⁷ i pozwala na swobodny dyskurs konkurujących ze sobą wartości czy interesów tych grup (układ pragmatyczny). Cel normy prawnej czy nawet całego programu normatywnego, który zostanie zrealizowany w tym ostatnim przypadku będzie efektem swobodnego porozumienia, uzyskanego przez równych uczestników, w zgodzie z etyką dyskursu praktycznego⁵⁸. W zależności od tego, którą „parę” konfliktowych celów będziemy analizować, otrzymamy różne odpowiedzi dotyczące wykazania się przez prawodawcę postawą bezstronności przy dokonywaniu ich wyboru. Inaczej będzie również rozumiane samo pojęcie bezstronności.

4.1. Dobro wspólne v. inne wartości i interesy

Dobro wspólne jest kategorią teoretyczną trudną do zdefiniowania. Nie chciałabym, żeby jego znaczenie w tych rozważaniach sprowadzało się jedynie do referowania stanowisk przyjmowanych w toczących się w doktrynie dyskusjach, w dużej mierze zawłaszczonych dziś przez opozycję liberalizm–komunitaryzm. Ze względu jednak na analityczną potrzebę wyostrenia napięcia ujawniającego się w relacji przedstawionej w niniejszym podtytule, spróbuję skoncentrować się na najbardziej przekonujących intuicjach dotyczących tego, czym może być dobro wspólne.

⁵⁶ E. Wnuk-Lipiński, op.cit., s. 178–180.

⁵⁷ Z. Łyda, op.cit., *passim*.

⁵⁸ Por. szczególnie J. Stelmach, *Etyka dyskursu prawniczego*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.), op.cit., s. 261 i n.; także, S. O’Neill, op.cit., s. 154–155.

Istotną pomocą w tych próbach może być określenie dobra wspólnego jako wartości wynikającej z pewnej przestrzeni ponadjednostkowej⁵⁹, czy jako pewnego ponadindywidualnego projektu⁶⁰. Blankietowość takiego ujęcia zwalnia nas z konieczności opowiadania się za jego materialną lub proceduralną wersją. Niezależnie od tego, czy przyjmiemy za komunitarystami istnienie pewnego społecznego celu zbiorowego (wspólnych intencji, zamierzeń), czy, za liberałami, uznamy za cenne istnienie zespołu instytucji powołanych do tego, by umożliwiać i chronić wolny wybór subiektywnych koncepcji dobrego życia⁶¹, zawsze będzie to sfera wymagająca pewnej wspólnej troski i dzięki temu odrębna czy nawet mająca prymat nad dobrem jednostkowym. Nie oznacza to, że jest ono w konieczny sposób przeciwstawne (treściowo) dobru częściowemu, ale raczej wskazuje na kierunek preferencji w sytuacji konfliktu tych dóbr⁶². Warto jednak zaznaczyć, że polski ustrojodawca jest w ochronie dobra wspólnego dość kategoriyczny i konieczność dbania o nie formułuje w kategoriach obowiązków obywatelskich (art. 82 Konstytucji).

Trzeba też z mocą podkreślić aksjologiczne zapośredniczenie dobra wspólnego. Decyzja prawodawcza, której uzasadnieniem jest realizacja i ochrona dobra wspólnego jest decyzją podejmowaną w układzie aksjologicznym. Decydent powołuje się w niej na system wartości ponadindywidualnych. Problem w tym, żeby zdefiniować dobro wspólne jako rzeczywistość odpowiadające społecznej płaszczyźnie zgody. Do tego należy na płaszczyźnie przed czy ponad-prawnej (na płaszczyźnie swoistej umowy społecznej) ustalić sposoby identyfikowania wartości ponadsubiektywnych. Tymczasem każdy decydent, szczególnie ten o wyraźnie zarysowanym profilu ideologicznym, ma swój własny system wartości. Możemy go zdefiniować jako „uporządkowany zespół wartości ogólnych z odpowiadającymi im wartościami szczegółowymi, a także powiązane z nimi wartości, w stosunku do których owe wartości ogólne są instrumentalne”⁶³. Odtworzenie tego systemu w sposób obiektywny nie jest możliwe. Bardzo trudne i delikatne jest również ustalenie na ile, odwołując się do kategorii dobra wspólnego, prawodawca zdaje sobie sprawę z jego odrębności wobec własnej ideologii. Na ile dobro wspólne jest kategorią wypracowaną

⁵⁹ R. Prostak, *Rzecz o sprawiedliwości. Komunitarystyczna krytyka współczesnego liberalizmu amerykańskiego*, Kraków 2004, s. 169.

⁶⁰ G. Radbruch, op.cit. s. 325.

⁶¹ R. Prostak, op.cit., s. 183–184.

⁶² P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 14.

⁶³ J. Sielski, op.cit., s. 36.

intersubiektywnie, w konfrontacji z ocenami i argumentacją manifestowanymi w pluralistycznym społeczeństwie.

Politycy (w tym prawodawca jako polityk) chętnie sięgają w argumentowaniu propagowanych rozwiązań do kategorii *bonnum commune*. Ale dobro wspólne w wypowiedziach tych często traci swój „szlachetny” charakter i utożsamiane jest po prostu z interesem publicznym czy społecznym, a nawet z interesem podmiotowym polityka. W ten sposób zacieiera się w świadomości społecznej granica między dwiema sferami w życiu publicznym: sferą wartości i sferą interesów, a prawo staje się li tylko instrumentem do realizacji niekoniecznie wspólnych celów. Znakomicie zdemaskował tę sofistykę Radbruch analizując budujący ideę prawa postulat jego celowości, bezpośrednio związany z kategorią „dobra powszechnego”: „(...) zwyczajnie partie zawsze przekształcały swe interesy szczególne na ogólne zdania prawne i wywoływały przez to bardzo realne skutki.”⁶⁴ Manewr taki może być dowodem na wspomniane trudności z definiowaniem dobra wspólnego, ale może również stanowić zagrożenie dla projektów indywidualnych. Myślę o sytuacji, w której kategoria ta, świadomie lub nie, zostanie zawłaszczona przez dominującą ideologię i drogą argumentacji paternalistycznej⁶⁵ narzucona jako obowiązujące prawo. Zwłaszcza, że przyjmuję, iż odwołanie się do kategorii dobra wspólnego wyklucza przyjęcie przez ustawodawcę postawy bezstronności w znaczeniu proceduralnym. W rzeczywistości politycznej można mieć trudności z odróżnieniem decyzji podejmowanej w układzie aksjologicznym od decyzji podmiotowej. Aksjologiczne uzasadnienie służyć może prawodawcy do realizacji celów związanych z utrzymaniem władzy. Według politologów podstawowym kryterium odróżnienia tych decyzji jest możliwość ustalenia, czy głównym celem decyzji jest realizacja i ochrona określonych wartości (tu: dobra wspólnego) czy odwołanie się do nich jest tylko środkiem do osiągnięcia celu *stricto* politycznego⁶⁶.

Podejmując decyzję legislacyjną w sferze wyznaczonej przez układ aksjologiczny prawodawca swój wybór w kwestii realizacji takiej a nie innej wartości-celu adresatom prawa narzuca. Dlatego tak istotne jest wskazanie chociaż zrębów tego, co wszyscy uczestnicy życia publicznego uznają za cenne i warte ochrony oraz wypracowanie reguł porozumienia

⁶⁴ G. Radbruch, op.cit., s. 329.

⁶⁵ Chodzi tutaj o szczególną postać paternalizmu, o tzw. moralny paternalizm, polegający na możliwości użycia przez państwo przymusu w celu uczynienia ludzi moralnie lepszymi – por. R.E. Goodin, F. Petit (red.), *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, Warszawa 2002, s. 469.

⁶⁶ J. Sielski, op.cit., s. 17.

w tej kwestii. Założyć tu trzeba możliwą nieprzystawalność wizji dobra określanego tym mianem przyjmowanej przez działającego w warunkach umiarkowanego pluralizmu prawodawcę i różnych grupowych systemów wartości.

Różnie można postrzegać rolę prawodawcy w realizowaniu dobra wspólnego. Najbardziej skrajną jej wersję, wiążącą się jednocześnie z misyjnym wręcz ujęciem odpowiedzialności za społeczność, przedstawił św. Tomasz z Akwinu. Wynikająca z rozumu zdolność do rozpoznawania dobra i zła ujawnia się także w procesie myślowym, którego wynikiem jest ustawa⁶⁷. Ukierunkowanie na dobro wspólne jest definicyjnym elementem prawa. „Wszelki nakaz – powiada św. Tomasz – dotyczący jakiejś partykularnej sprawy o tyle ma znamiona prawa, o ile ma na celu dobro wspólne. I dlatego wszelkie prawo ma na celu dobro wspólne”⁶⁸. Koncepcja ta czytelna jest we współczesnych interpretacjach dobra wspólnego i szczególnego powołania prawodawcy do jego ochrony proponowanych przez naukę społeczną Kościoła⁶⁹. Jednak jej kateryczny wydzźwięk łagodzony jest dziś przez uwzględnienie naturalnego w społeczeństwach otwartych rozszczenia jednostek i grup społecznych do traktowania ich systemów wartości i dążeń, jako autonomicznych wobec tak pojmowanego dobra wspólnego, utożsamiającego wszelki cel wspólnoty z dobrem indywidualnym. Należy więc określić taką wizję wspólnego dobra, która będzie w kwestii imponderabiliów łączyć, a nie dzielić władzę i społeczeństwo.

Może nią być, nie kryjąca się ze swoją chrześcijańską inspiracją, koncepcja proponowana przez E. W. Böckenförde. Dla tego niemieckiego filozofa i prawnika dobro wspólne nie jest sumą pojedynczych dóbr. Odrzuca on utylitarną wizję dobra wspólnego, postrzegając ją jako krzywdzącą dla mniejszości. Dobrem wspólnym jest natomiast „całość warunków, które umożliwiają jednostkom i zbiorowości życie w poczuciu bezpieczeństwa, w wolności i dobrobycie. Dobrem wspólnym są też cele pozwalające na zagwarantowanie tych warunków współżycia”. Z perspektywy obecnej w tych rozważaniach racjonalności komunikacyjnej, szczególnie cenny wydaje się jednak proponowany przez Böckenförde sposób dochodzenia do tego, jakie cele prawotwórstwo powinno realizować. Powinien on być

⁶⁷ R. Sobański, *Dobro wspólne w definicji ustawy Tomasza z Akwinu*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.) *Prawo a...* 2003, s. 252.

⁶⁸ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Prawo*, Londyn 1985, s. 13.

⁶⁹ Por. szczególnie R. Sobański, op.cit., *passim* oraz *Przesłanie Jego Świątobliwości Papieża Jana Pawła II do Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Ojciec Święty Jan Paweł II w Sejmie i Senacie*, Warszawa 1999, s. 37–38.

podporządkowany regułem dyskursu argumentacyjnego. „(...) rzeczowość i celowość, jeśli mają być związane z dobrem wspólnym, nie mogą zostać wywiedzione po prostu z aksjomatów lub też wynikać z abstrakcyjnej decyzji. Muszą być rezultatem procesu argumentacyjnego i w związku z tym muszą podlegać argumentom i prymatowi najlepszemu z nich”⁷⁰. Twierdzenie to zakłada brak dowolności prawodawcy w identyfikowaniu tego dobra i nakaz respektowania przez niego w tym procesie racjonalności argumentacyjnej. Proces argumentacyjny stanowi istotę dyskursu praktycznego, w który powinien przekształcić się proces prawodawczy. Porozumienie równych, wolnych w formułowaniu swoich poglądów i zainteresowanych uczestników pozwoli na podjęcie decyzji legitymowanej społecznie i, co najmniej formalnie, słusznej. Myśl ta potwierdza intuicję postulującą podporządkowanie nawet działającego władczo prawodawcy założeniom etyki dyskursu i intersubiektywnemu doświadczeniu wartości-celów i odrzucającą w tej kwestii jakiegokolwiek stanowisko paternalistyczne.

Chociaż Böckenförde sam wyraźnie tego nie mówi, czytelna staje się nowa rola prawodawcy, występującego jako uczestnika publicznej debaty, na którego jej warunki nakładają nowe zobowiązania. Jednym z nich jest uzasadnienie decyzji realizującej dobro wspólne kosztem innych – indywidualnych czy grupowych – konkurencyjnych wobec niego wartości i interesów. Przepis regulaminu Sejmu nakazujący uzasadniać projekt ustawy z wyraźnym wskazaniem celu i potrzeby wprowadzenia nowych rozwiązań normatywnych jest przykładem na możliwość sprawowania przez społeczeństwo kontroli i dokonywania oceny postawy aksjologicznej i poznawczej prawodawcy (faktycznego)⁷¹.

Najcenniejsze dla budowania szeroko akceptowanej koncepcji dobra wspólnego wydaje się wypracowanie społecznego systemu wartości, będącego owocem społecznie podzielanych wartościowań⁷². Chodzi o pewne, oczywiście zrelatywizowane kulturowo, zgodne doświadczenie wartości będące owocem kompromisu na miarę umowy społecznej. Sfera ta powinna mieć charakter pierwotny i determinujący wobec celów, które stawia sobie „codzienna” praktyka legislacyjna. Chodzi tu przede wszystkim o zespół wartości konstytucyjnych. O trudnościach w określaniu elementów tej sfery mogliśmy się przekonać w trakcie prac nad polską konstytucją. Wypracowanie takiej płaszczyzny zgody wymaga przyjęcia

⁷⁰ Cyt. za R. Tymiński, *Zagadnienie tworzenia prawa w filozofii niemieckich prawnonaturalistów Ernsta-Wolfganga Böckenfördego i Otfrieda Hoffego*, „*Studia Iuridica*”, t. 45, s. 244.

⁷¹ Art. 34 ust. 2 pkt. 1 Regulaminu Sejmu.

⁷² A. Kość, *op.cit.*, s. 142.

postawy wzajemnego zrozumienia i otwarcia. A i tak efektem są zespoły wartości tworzące z reguły złożone struktury, o skomplikowanych relacjach, w przypadku wielu późniejszych decyzji wymagające przeniesienia akcentów i uporządkowania preferencji⁷³. Pewne jest jednak, że taki społeczny porządek wartości⁷⁴ nie może być przypisany do jednego typu ideologii i nie może zostać w żaden sposób narzucony. Ma on charakter dynamiczny i tworzy się nieustannie w toku swobodnego dialogu między subiektywnymi porządkami wartości. Jest więc efektem stale odnawianego i żywego porozumienia społecznego, które ma na celu ułatwienie godnej i wolnej jednostce życie w społeczeństwie. Katalog takich wartości podzielanych w zachodniej kulturze prawnej wydaje się dziś dość oczywisty. Jego przestrzeganie jest szczególnego typu zobowiązaniem dla wszystkich aktorów życia społecznego.

Społeczny porządek wartości stanowi kulturowo-socjologiczne uwarunkowanie prawodawcy. Z jednej strony porządek ten jest przedprawnym systemem wartości, w dużej mierze determinującym prawo teleologicznie i deontologicznie: tak co do treści celów do zrealizowania, jak i co do formalnie ujętych racjonalnych (słusznych) sposobów podejmowania decyzji władczych. Ale nie należy zapominać, że jest to sprzężenie zwrotne: nie tylko społeczny porządek wartości wpływa na prawo, ale i prawodawca w pewnej mierze porządek ten współkształtuje i precyzuje. A w tym zadaniu ma już duży zakres swobody i jak założyliśmy może nie działać bezstronnie (układ aksjologiczny). Ów brak bezstronności jest tutaj poniekąd założony.

Ten społeczny system wartości to coś więcej niż intuicja: poza myślą chrześcijańską formułującą to dobro w sposób klarowny i konsekwentny, udaje się go odnaleźć także w poszukiwaniach teoretyków myśli liberalnej, w zaprzeczeniu istnienia doskonałej neutralności liberalizmu czy w takich próbach sformułowania celów liberalizmu, kiedy to nawet liberałowie porzucają konsekwentnie deontologiczne podejście do tej kategorii na rzecz podejścia teleologicznego⁷⁵.

Bardzo przekonujące jest w tych poszukiwaniach uzasadnienie dla „wspólnie uznawanej etycznej normatywności” proponowane przez A. Anzenbachera. Na pytanie, dlaczego etyka potrzebuje norm i ich mocy wiążącej, Autor odpowiada: normy etyczne są wiążące ze względu na dwa

⁷³ Por. P. Winczorek, *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 68 i n.; Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993.

⁷⁴ A. Kość, *op.cit.*, s. 144.

⁷⁵ R. Prostak, *op.cit.*, s. 184 i n.

aspekty. Każdy z nas w przekonaniu swojego sumienia (upraszczając: w swoim przekonaniu moralnym) wyraża pewne roszczenie do prawdy. Nasze przekonanie, że coś jest dobre i słuszne przekłada się nieuchronnie na przekonanie o uniwersalności tego dobra. Roszczenie jest absolutne, ale przekonanie – subiektywne. To, do czego przekonani są w swoim sumieniu inni ludzie, może albo utwierdzać mnie w moich sądach albo powodować, że będę je weryfikować. Tak właśnie, dyskursywnie, dochodzi do kształtowania się wspólnie uznawanej etycznej normatywności; ona jest celem tego dyskursu. Uzyskanie drogą intersubiektywnej komunikacji takiej etycznej płaszczyzny zgody w życiu społecznym staje się podstawą „instytucji będących wyrazem ludzkiego uspołecznienia”. Bez spełnienia tego warunku żadna struktura społeczna nie może spełniać swego zadania. Społeczeństwo jest całością tylko wówczas, gdy dysponuje pewnym podstawowym normatywnym konsensem wykluczającym pluralizm. Dopuszczalne granice pluralizmu wytyczone są, z jednej strony, przez dialektykę sumienia, z drugiej, przez społeczną naturę człowieka. Pomimo bardzo czytelnego projektu antropologicznego przebijającego z przedstawionego ujęcia, trudno jest zakwestionować dość powszechną na niego zgodę⁷⁶.

Określenie na płaszczyźnie społecznej zgody tego co uznamy za dobro wspólne, a więc warte szczególnej ochrony i dominujące w prezentowanej przez oceny prawodawcy relację preferencji, daje prawodawcy mandat do preferowania jego realizacji przed innymi dobrami. Należy jednakże mieć świadomość, że przedstawiona wyżej koncepcja ma charakter blankietowy. A to oznacza, iż treść dobra wspólnego nie jest dana i określona „raz na zawsze”, ale w zależności od uzasadnienia konkretnej decyzji prawodawczej, będzie podlegać dynamice. Także wartości preferowane w danej sytuacji jako dobro wspólne nie będą tworzyły stałego i wyraźnego szierarchizowanego katalogu, ale będą podlegały za każdym razem odpowiedniemu wyważaniu. Mechanizm ten wyraźny jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który wielokrotnie wskazywał powołanie prawodawcy do silniejszej ochrony pewnych dóbr w imię realizacji różnych, odpowiednio w danej sytuacji wyważonych zasad konstytucyjnych⁷⁷.

Podsumowując, możemy ponownie odwołać się do Gustawa Radbrucha. Napięcie, w naturalny sposób obecne między tymi godnymi realizacji wartościami w tym układzie dobrze oddają rozważania niemieckiego filozofa poświęcone celowi prawa. Radbruch wychodzi z założenia, że

⁷⁶ A. Anzenbacher, op.cit., s. 340–341.

⁷⁷ M. Kordela, op.cit., s. 173–191.

prawo służy realizacji trzech podstawowych wartości-celów: dobru powszechnemu, sprawiedliwości i bezpieczeństwu prawnemu. Służy im wszystkim razem, ale natężenie tej służby wobec każdego z nich uzależnione jest od typu państwa i filozofii władzy. Tym samym, na skalę konfliktu między dobrem wspólnym a innymi wartościami wpływać będzie sposób jego ustalania w danym społeczeństwie, sposób, w jaki prawodawca je rozumie i stopień, w jakim jest ona w stanie poddać ocenę tego dobra zasadom racjonalnej komunikacji społecznej.

4.2. Interes decydenta v. inne dobra i interesy

Sytuacja decyzyjna prawodawcy w układzie podmiotowym ma charakter *stricte* polityczny. Mówiąc w wielkim uproszczeniu wiąże się z dyskontowaniem faktu posiadania władzy. Stanowienie prawa ma charakter władczy. Oznacza to nie tylko ścisłe powiązania semantyczne ujawniające się w możliwości jednostronnego działania prawodawcy i dysponowania przez państwo środkami skutecznego egzekwowania zachowań wskazanych w normach prawnych. Wiąże się to również z oddziaływaniem pozwalającym uzyskać takie zachowania podmiotu podporządkowanego (adresata normy), jakiego nie uzyskałoby się bez posiadania władzy *tout court*⁷⁸. O tym, że wiele decyzji prawodawczych ma charakter polityczny, to znaczy, że ma na celu przede wszystkim rozszerzenie lub chociaż utrzymanie posiadanej władzy, była już mowa⁷⁹. Konsekwencją czy raczej korzyścią z przyjęcia przez decydenta postawy „racjonalności podmiotowej” jest uzyskiwanie przywilejów, choćby w postaci zwiększonych zasobów finansowych oraz wpływu na media czy obsadę urzędów i instytucji państwowych. Jest to typ racjonalności (podobnie zresztą jak w przypadku układu aksjologicznego) relatywizowany od strony celu do osiągnięcia⁸⁰. Tyle, że nie jest w tym wypadku ochrona czy realizacja społecznie podzielanych wartości ani nawet wartości ideologicznych decydenta. Jest nim, przy wykorzystaniu mechanizmu władzy, jakim jest tworzenie prawa, realizacja interesu grupowego lub osobistego decydenta. Rozbudowane studium wymagałoby w tym miejscu odwołania się do definicji władzy uzasadniających takie właśnie działania⁸¹. Niestety wykracza to poza ramy tego opracowania, chociaż do pewnego szczególnego ujęcia władzy wypadnie nam jeszcze powrócić w punkcie następnym.

⁷⁸ P. Winczorek, *Nauka o państwie*, Warszawa 2005, s. 38–39.

⁷⁹ Por. J. Łętowski, op.cit., *passim*.

⁸⁰ J. Sielski, op.cit., s. 55.

⁸¹ Por. tytułem przykładu: P. Winczorek, *Nauka o...;* B. Russel, *Władza*, Warszawa 2001.

Konflikt celów, jakie stawiać sobie może prawodawca w tym układzie sprowadza się do dwóch sytuacji, które należy wyraźnie odróżnić. Pierwszą z nich jest konfrontacja interesu sprawujących władzę z dobrem wspólnym, czy też interesem społecznym. Drugą: możliwość realizacji interesu decydenta kosztem konkurencyjnych wobec niego interesów pozostałych aktorów społecznych. Obie sytuacje decyzyjne determinują w odmienny sposób oczekiwania wobec postawy cechującej prawodawcę. Dobro wspólne, interes społeczny, interes publiczny (pomieszanie kategorii aksjologicznych i pragmatycznych nie ma w tym momencie znaczenia) powinny zawsze mieć pierwszeństwo przed realizacją interesów politycznych prawodawcy. Zawsze to one powinny stanowić cel regulacji prawnych: wykorzystanie stosunków władzy powinno mieć wobec nich charakter instrumentalny. Nie jest to wyłącznie intuicja. Potwierdzenia dostarczają obowiązujące *Zasady etyki poselskiej* oraz zaproponowany swego czasu przez media i bardzo życzliwie skomentowany przez polityków różnych opcji *Kodeks dobrego polityka*⁸². Rozważania dotyczące tak ujętej konfliktowości celów przenoszą nas więc w sferę pragmatyczną, w sferę interesów. Wyraźne zaznaczenie tego faktu wydaje mi się istotne, ponieważ odwołanie się do kryteriów aksjologicznych w takim konflikcie powodowałoby intensyfikację podziałów politycznych i sprowadzało się do poszukiwania i piętnowania wrogich czy obcych wobec rządzących ideologii.

Celem ilustracji etycznych wymagań formułowanych w związku z realizacją przez prawodawcę interesów własnej grupy politycznej możemy odwołać się do definicji bezstronności, która akcentuje przede wszystkim zakaz stronniczości decydenta. Poszukując dopuszczalnych analogii ze sferą stosowania prawa i postępowaniem sędziego, odnajdziemy zakaz kierowania się przez niego jakimkolwiek interesem partykularnym, własną korzyścią czy zyskiem materialnym⁸³. Wymagania te ulegają w stosunku do prawodawcy stosownym modyfikacjom, zgodnie z jego szczególną rolą w życiu społecznym oraz politycznym charakterem jego decyzji. Widać to szczególnie wyraźnie w sposobie, w jaki prawo pozytywne reguluje status posła i senatora.

Z jednej strony motorem ich działania powinien być fakt, że w ramach instytucji wolnego mandatu reprezentują całe społeczeństwo i pozostają w służbie publicznej. Jest to kwestia blisko związana z etycznym powołaniem prawodawcy do ochrony dobra wspólnego tak podkreślanym

⁸² Kodeks taki zaproponował J. Żakowski w programie „Summa zdarzeń” z 12.6.2005 r.: www.summazdarzen.tvp.pl

⁸³ Z. Łyda, op.cit., s. 52.

w nauce społecznej kościoła. Z drugiej strony, zasada bezstronności proponowanej wyżej interpretacji, gwarantowana jest przez szereg przepisów, zarówno konstytucyjnych (art. 107 Konstytucji z 2.4.1997 r.), jak i ustawodawstwa zwykłego⁸⁴, a także regulaminowych⁸⁵. Mają one przede wszystkim na celu zapobieganie korupcji i unikanie konfliktu interesów. Z mocą podkreśla się w nich również nadrzędność interesu publicznego wobec interesów osobistych decydenta, za podstawowe narzędzie społecznej kontroli uznając jawność jego motywacji wobec opinii społecznej (art. 3 i 4 *Zasad etyki poselskiej*). Jeżeli chodzi o jawność, jako wartość dyskursu tworzenia prawa, najznakomitszy komentarz, niewymagający odrębnej analizy znajdziemy u Kanta: „Każde roszczenie prawa winno być publicznie dostępne i ta dostępność może nam dać wygodne w zastosowaniu, przypisane rozumowi *a priori* kryterium, gdyż łatwo daje się osądzić, czy w określonym przypadku zgadza się ona z podstawowymi zasadami postępowania czy też nie”⁸⁶. Pojęcie jawności, jako „transcendentalna zasada publicznego prawa” szczególnie widoczne staje się właśnie tam, gdzie moralność zostaje skonfrontowana z praktyką polityczną, a powinność z faktycznością⁸⁷.

Jednakże ukierunkowanie aktualnego prawodawcy na realizację wartości i interesów bliskich rządzącym ugrupowaniom politycznym, wynikających z wyznawanej czy choćby głoszonej przez nie ideologii, w systemie demokratycznym wydaje się czymś naturalnym i zgodnym w pewnej mierze z logiką wyborczej legitymacji do działania. Już od Platona wiemy, że „każdy rząd ustanawia prawa dla własnego interesu”⁸⁸. I akceptacja takiego postępowania jest możliwa, choć oczywiście zależy od sposobu, w jaki korzysta się z mechanizmu władzy do ich osiągnięcia oraz od uzasadnień towarzyszących konkretnym decyzjom. Nie ma zgody społecznej na koncepcję polityka nieetycznego, nieprzeżywającego etycznych dylematów i niepodlegającego ocenom w tej sferze. Wynika to wyraźnie z badań przeprowadzanych przez ośrodki badania opinii społecznej pod koniec lat 90.⁸⁹.

⁸⁴ Ustawa z 9.5.1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (t.j.: Dz.U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2199 z późn. zm.).

⁸⁵ Regulamin Sejmu oraz uchwała sejmu z 17.7.1998 r. Zasady etyki poselskiej (M.P. Nr 24, poz. 338).

⁸⁶ Cyt. Za J. Gałkowski, *Kant o związku moralności z polityką*, [w:] J. Miklaszewska, P. Spryszak (red.), *Kant wobec problemów współczesnego świata*, Kraków 2006, s. 176.

⁸⁷ J. Kloc-Konkołowicz, *Kantowskie pojęcie jawności jako kryterium moralności i polityki*, [w:] M. Potępa, Z. Zwoliński (red.), *200 lat z filozofią Kanta*, Warszawa 2006, s. 343–344.

⁸⁸ Platon, *Państwo*, (tłum. W. Witwicki), Kęty 2003, s. 28.

⁸⁹ *Oczekiwania wobec polityków*, CEBOS, kwiecień '96, [w:] G. Skąpska (red.), *Etyka w polityce*, Kraków 1997, s. 147.

Warte podkreślenia jest też inne wychwycone przez socjologów zjawisko: Polacy, piętnując konflikty na scenie politycznej, nieprzygotowanie elit politycznych do rządzenia czy korupcję, nie kwestionują samych mechanizmów demokracji i cenią demokratyczne instytucje⁹⁰. Wobec tego, jeśli nie postawa etyczna (która niekoniecznie musi w wydaniu polityków przekładać się na deontologiczne narzędzia w ustalaniu celów), ale zwykła pragmatyka polityczna związana z przyszłymi wyborami, powinna kierować polityków w stronę takiego sposobu prezentowania swojego interesu, by był on tylko jednym z licznych w demokracji, konkurencyjnych pomysłów na życie. Dlatego w tym wypadku manifestowaniem postawy bezstronności będzie podporządkowanie się prawodawcy regułom dyskursu jako równego jego uczestnika. Realizacja jego interesu będzie w konsekwencji postrzegana przez społeczeństwo jako owoc porozumienia i wygrana „lepszych racji”. W oczywisty sposób przełoży się to na legitymizację takiej decyzji i zwiększy jej skuteczność. Chodzi o to, żeby decydent poddał się regułom argumentacyjnej gry, której zasady wyznacza nie tylko prawo, ale i etyka dyskursu. Zyska też na tym wizerunek samego prawa, gdyż prawodawcę trudniej będzie można posądzić o jego instrumentalizowanie⁹¹.

4.3. Konkurujące interesy różnych grup społecznych

W kolejnym układzie, który nazywam pragmatycznym, zakładam, że prawodawca dopuszcza do głosu, w sposób możliwie swobodny, stanowiska reprezentowane przez różne zorganizowane grupy społeczne, przez co akceptuje fakt, że mogą one postulować realizację wartości i interesów konkurujących z postawą aksjologiczną i pragmatyczną prawodawcy.

Analizowanie polskiego prawodawstwa w takim świetle jest o tyle uprawnione, że w ciągu ostatniej dekady polski system prawny wzbogacił się o znaczące instytucje aktywności obywatelskiej w stanowieniu prawa: poza klasyczną już i traktowaną w zasadzie jako wymóg formalny instytucją konsultacji społecznych, mamy obywatelską inicjatywę

⁹⁰ Badania te były przeprowadzane przez CEBOS w kwietniu 1996 r. – *ibidem*, s. 141.

⁹¹ Na temat instrumentalizacji prawa w procesie prawodawczym por. przede wszystkim; P. Winczorek, *Instrumentalne wykorzystywanie prawa w procesie prawotwórczym*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000; tegoż: *Narzędzie...*, *passim*.

ustawodawczą⁹², przepisy dotyczące działalności lobbingowej⁹³ oraz wysłuchanie publiczne⁹⁴. Abstrahuję w tym miejscu od faktycznego wpływu, jaki korzystający z tych rozwiązań obywatele wywierają na konkretną decyzję. Podkreślić należy bowiem sam fakt włączenia takich instytucjonalnych rozwiązań do politycznych procesów decyzyjnych, czym zapewnia się w istotnym stopniu dyskursywny przebieg procesu prawotwórczego⁹⁵.

Pojawienie się w naszych rozważaniach tej relacji jest swoistym testem na bezstronność pracodawcy. Społeczeństwa demokratyczne mają charakter pluralistyczny. Aktorzy społeczni, indywidualni i zbiorowi orientują swoje działania według systemów wartości, z którymi się utożsamiają. Życie społeczne w demokracji staje się przestrzenią ekspresji różnych postaw⁹⁶. Nie są to twierdzenia oryginalne. Tak, jak i to, że możliwość owej ekspresji otwiera pole do formułowania roszczeń wobec innych aktorów społecznych oraz wobec instytucji władzy, w tym przede wszystkim wobec pracodawcy. Możliwość formułowania tych roszczeń wiąże się z kolei z koniecznością ich konfrontowania z innymi, która to konfrontacja przerodzić się może w konflikt, czy wręcz walkę o wpływ wymagającą odpowiedniego rozwiązania.

Pisałam już o znaczeniu aktów mowy w kształtowaniu sfery umożliwiającej komunikację i porozumienie partnerów życia publicznego. Umiejętne i efektywne komunikowanie przekłada się bezpośrednio na jakość polityki i na stopień jej akceptacji przez społeczeństwo. „Elementarny proces polityczny polega na oddziaływaniu umysłu na umysł za pośrednictwem mowy. Komunikacja językowa zależy w pełni od istnienia w pamięci obu stron wspólnego zestawu słów, do których przywiązują one mniej więcej te same znaczenia. W wyniku używania tego samego języka ludzie należą do tej samej kultury; analogicznie, należą oni do tej samej społeczności, gdy rozumieją ten sam moralny język. Jeśli ten wspólny, moralny język się rozszerza, rozszerza się również społeczeństwo; kiedy się załamuje, wraz z nim załamuje się społeczeństwo⁹⁷.” Tak rozumiana

⁹² Ustawa z 24.6.1999 r. o wykonywaniu inicjatywy obywatelskiej przez obywateli (Dz.U. Nr 62, poz. 688).

⁹³ Ustawa z 7.7.2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz.U. Nr 169, poz. 1414).

⁹⁴ Uchwała Sejmu RP z 24.2.2006 r. w sprawie zmiany regulaminu Sejmu (M.P. Nr 15, poz. 194); rozporządzenie RM z 7.2.2006 r. w sprawie wysłuchania publicznego dotyczącego projektów rozporządzeń (Dz.U. Nr 30, poz. 207).

⁹⁵ Por. na ten temat szczególnie: T. Gizbert-Studnicki, *Sprawiedliwość proceduralna w procesie tworzenia prawa*, „Nauka” 2000, nr 4.

⁹⁶ E. Wnuk, *op.cit.*, s. 183.

⁹⁷ B. De Juvenel, *Sovereignty*, Chicago 1957, s. 304 – cyt. za T. Ball, *Władza*, [w:] *Przewodnik po współczesnej...*, *op.cit.*, s. 707.

polityka nie jest jedynie rodzajem technologii rządzenia, ale raczej wypełnieniem arystotelesowski model polityki jako sztuki uzgadniania interesów⁹⁸.

Jak widać komunikacja w znaczeniu „rozumiałości komunikatorów językowych” nie wystarczy. Konieczne jest szczególne, kooperacyjne nastawienie do samego procesu komunikowania i przyjmowanie w nim nieobojętnych etycznie postaw. Sprawowanie polityki i polityczna argumentacja polegają na publicznym omawianiu różnic, co nie stanowi samo w sobie celu dyskusji, ale ma za zadanie zniwelowanie tych różnic przez negocjacje i przekonywanie. Zyskuje na tym również pojęcie władzy, jej społeczna percepcja i przekonanie o jej racjonalności: relacyjne rozumienie władzy, skoncentrowane na stosunku między podmiotem „władczym” i podmiotami władzy podporządkowanymi staje się dzięki społecznej akceptacji pewnym wspólnym projektem. Zamiast siły zasadniczą funkcję pełni wola porozumienia, argumentacji i przekonywania⁹⁹. Taka postawa nie może nie wpłynąć na sposób traktowania różnorodnych społecznych dążeń i konieczne ich uwzględnienie w tych procesach. Traktowanie ich wyłącznie jako jednego ze źródeł dla kształtowania aksjologii i wiedzy „samodzielnego” w swej decyzji prawodawcy już nie satysfakcjonuje: konieczne jest jednoznaczne otwarcie procesów tworzenia prawa na wyrażane w dyskursie publicznym rozmaite potrzeby i interesy. Implikuje również przyjęcie przez decydenta w pewnym zakresie postawy bezstronnej czy neutralnej¹⁰⁰.

Zdaję sobie sprawę, iż w obliczu dominującego wzorca racjonalności ustawianie prawodawcy w sytuacji podmiotu do pewnego stopnia „niezaangażowanego w sprawie”, czyli właśnie bezstronnego, jest dość sztuczne. Nie do końca jednak, czego dowodem może być konstytucyjna regulacja dotycząca umów zawieranych przez Radę Ministrów z kościołami i związkami wyznaniowymi innymi niż kościołów katolicki. Warto przypomnieć, że rola ustawodawcy ograniczona jest w nich wyłącznie do przełożenia postanowień umownych na akt ustawowy, bez możliwości ingerowania w jego treść. Władza prawodawcza, której faktycznym wyrazicielem w tym układzie jest Rada Ministrów, pełni tu nietypową dla siebie rolę strony umowy należącej do szczególnego porządku, jakim

⁹⁸ G. Skąpska, *Etyka w polityce u progu XXI wieku*, [w:] tejże (red.), *Etyka...*, s. 225.

⁹⁹ Takie odejście od weberowskiego modelu władzy proponują m.in. H. Arendt, J. Habermas, M. Foucault i A. Giddens: T. Ball, op.cit., s. 704; por. też M. Orzechowski, *Polityka, władza, panowanie w teorii Maxa Webera*, Warszawa 1984, rozdz. V.

¹⁰⁰ O możliwej tożsamości znaczeniowej tych terminów por. Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Neutralność...*, s. 7–8.

jest prawo publiczne. (Być może dlatego, pomimo dekady obowiązywania Konstytucji, nie zawarto jeszcze ani jednej takiej umowy!).

Widzimy więc, choćby po intencjach ustrojodawcy wyrażonych w art. 25 ust. 5 Konstytucji, że nie każda decyzja prawodawcy musi mieć charakter władczy w znaczeniu możliwości narzucenia adresatom norm swojej woli, niezależnie dziedziny społecznej, którą zamierza regulować i niezależnie od typu wartości czy interesów, które zamierza realizować. Nie wszystkie decyzje mają na celu realizację dobra wspólnego czy inaczej ujętej społecznej, publicznej korzyści. A są też takie, które stanowią w zasadzie bezkrytyczną i rozmaicie motywowaną realizację interesów silnych i wpływowych grup społecznych, co też nie jest z perspektywy społecznej rzeczą obojętną. Konieczność wyważania rozmaitych stanowisk w pewnych sytuacjach wydaje się postępowaniem nieodzownym i roztropnym. Dlatego dla pozytywnej oceny polityki i instrumentalnego wobec niej (w stopniu dopuszczalnym) prawodawstwa, pożądane jest odwoływanie się do zasad dyskursu praktycznego, dyskursu argumentacyjnego. Nawet jeżeli miałby on być jedynie bodźcem do optymalizacji decyzji stanowienia prawa, a nie do ich determinowania. Myślę, że w obliczu potęgującej się krytyki zasady reprezentacji i ogromnego deficytu społecznego zaufania do instytucji publicznych, jest to kwestia godna przemyślenia.

W związku z tym, nawet jeżeli ma to mieć miejsce jedynie w płaszczyźnie teoretycznej, proponuję sformułowanie pewnych warunków, których spełnienie umożliwiłoby prawodawcy znalezienie się w rzeczywistej sytuacji bezstronności prawodawcy¹⁰¹.

1. Dopuszczenie przez ustawodawcę do swobodnego dyskursu zbiorowych aktorów społecznych, mające na celu zrealizowanie drogą decyzji ustawodawczej stanowiska, co do którego samym tym aktorom uda się uzyskać porozumienie, dotyczy głównie, o ile nie wyłącznie, sfery interesów, a wartości tylko w wymiarze dopuszczalnym w warunkach respektowania i nienaruszania zasadniczej aksjologii całego systemu. „Aby sfera publiczna nie była sceną, na której panuje chaos, aktorzy – indywidualni i zbiorowi – muszą w swoich działaniach brać pod uwagę fundament aksjologiczny, na którym wspiera się życie publiczne. Ów fundament jest zbiorem podstawowych wartości (godziwych celów) oraz norm (godziwych środków osiągnięcia tych celów), dzięki którym aktorzy mogą

¹⁰¹ W formułowaniu tych warunków opieram się przede wszystkim na regułach dyskursu praktycznego R. Alexego i założeniach idealnej sytuacji mowy J. Habermasa przybliżonych polskiemu czytelnikowi przez J. Stelmacha – por. przede wszystkim tegoż: *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Zakamycze 2003, oraz *Etyka dyskursu prawniczego*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobar (red.), op.cit., s. 261–272.

zorientować się, czy postępują słusznie, czy niesłusznie¹⁰². Moim zdaniem argument „z orientacji” jest zbyt słaby. Jako że zasadnicza część tego ładu normatywnego przyjmuje postać odpowiednio chronionych zasad i reguł konstytucyjnych, których nie można bez konsekwencji kwestionować, stanowi on warunek legitymizacji wszelkich podejmowanych przez podmioty społeczne działań. Staralam się to wykazać analizując pojęcie dobra wspólnego. Formułując ten warunek czynimy nieuprawnionym stanowisko, według którego decyzje polityczne są wyłącznie wynikiem gry o sumie zerowej interesów prywatnych. Jest to tak zwany pluralistyczny redukcjonizm – ustawodawcze głosowanie w danej sprawie odzwierciedlać ma bezpośrednio równowagę sił¹⁰³. Zakładam, że w pewnych układach prawodawca nie jest bezstronny.

2. Uczestnicy „debaty z prawodawcą” muszą być zdolni do zgromadzenia odpowiednich sił i środków do wyartykułowania swoich interesów, muszą być odpowiednio zorganizowani, reprezentatywni i kompetentni. Podstawy do kształtowania się społecznych partnerów dostarcza Konstytucja z 2.4.1997 r. w art. 12 głoszącym wolność tworzenia i działania w Rzeczypospolitej Polskiej związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich i innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji. Jednocześnie muszą oni być przekonani o słuszności, prawowitości i poważnym uzasadnieniu dla prezentowanych roszczeń. Etyka dyskursu nakłada stosowne wymagania na wszystkich uczestników dyskursu: nie tylko na ustawodawcę, ale również na społecznych aktorów kolektywnych. Jeżeli więc po stronie grup społecznych aktywnych w procesie ustawodawczym pojawia się roszczenie wobec prawodawcy do uczciwego, rzetelnego prezentowania swoich racji, przekonania o ich słuszności, przytaczania dla ich poparcia dowodów (w przypadku racjonalnego prawodawcy dowód taki jest pochodną wiedzy, którą posiada, możliwie najdoskonalszej, systemowej i niesprzeczarnej), to muszą oni przystać na te same wymagania w stosunku do siebie. Przykładem na poważne podejście do tego wymogu jest przyjęty przez Stowarzyszenie Profesjonalnych Lobbyistów w Polsce *Kodeks etyki zawodowej*¹⁰⁴. Wszystkie te warunki tworzą kanwę do działania kierowanego zasadą racjonalności praktycznej w arystotelesowskim rozumieniu¹⁰⁵.

¹⁰² E. Wnuk-Lipiński za T. Parsonsem nazywa to „nadrzędnym wzorem wartości” – E. Wnuk-Lipiński, op.cit., s. 182.

¹⁰³ G. Majone, op.cit., s. 41.

¹⁰⁴ K. Jasiński, M. Mołęda-Zdziech, U. Kurczewska, *Lobbying. Sztuka skutecznego wywierania wpływu*, Kraków 2006, s. 122–123.

¹⁰⁵ J. Zdybel, *Między wolnością a powinnością. Filozofia polityczna Isaiaha Berlina i Alasdaira MacIntyre’a*, Lublin 2005, s. 201.

3. Z powyższym postulatem związany jest inny, głoszący gotowość uczestników dyskursu do zrewidowania swoich poglądów na przykład w wyniku rozważenia argumentów i akceptacji pozostałych uczestników. Dyskursem efektywnym będzie taki dyskurs, w którym dopuszcza się taką akceptację. Choć w sferze polityki do możliwości przyjęcia takiej postawy podchodzi się sceptycznie¹⁰⁶, nie wolno rezygnować z jej formułowania. Stanowi ona bowiem podstawę dialogu społecznego w jego szerokim, obywatelskim rozumieniu.

4. Ze względu na specyfikę tworzenia prawa w systemie prawa stanowionego i jednocześnie konieczność działania prawodawcy zgodnie z zasadą praworządności, wszelkie relacje, których efektem mogą być regulacje prawne uwzględniające interesy dobrze zorganizowanych grup społecznych muszą być podporządkowane prawu i uwzględniać – z czym wszyscy uczestnicy mają większy kłopot – uzupełniającą prawo praktykę działania przyzwoitego, osadzonego w pewnych wykształconych zwyczajach i niepisanych regułach etycznych¹⁰⁷. To z tą ostatnią sferą związana jest postawa ustawodawcy w kwestiach, w których decyzje nie są w jednoznaczny sposób związane z interesem publicznym czy dobrem wspólnym, ale które mogłyby naruszyć społeczne poczucie sprawiedliwości czy zasadę równości w prawie. Z sytuacją taką mamy do czynienia dość często (np. w sprawie przywilejów socjalnych przyznawanych określonym grupom społecznym w sposób odbierany jako nieuprawniony lub nierówny). W tym właśnie miejscu ujawnia się wyraźnie kruchość koncepcji bezstronności prawodawcy i uzależnienie wszystkich partnerów od jego oceny sytuacji. Oczekujemy, że będzie ona jak najbardziej obiektywna, ale jednocześnie, że przyjmowana przez niego relacja preferencji pozwoli np. na ochronę podmiotów słabszych i mniej reprezentatywnych.

Respektowanie przez wszystkich uczestników dyskursu prawodawczego tych czterech grup warunków może być pomocne do wypracowania sytuacji bezstronnej oceny dostępnych alternatyw i wyboru celu do zrealizowania decyzją prawodawczą. Tym samym warunki sprawiedliwej procedury przyczynią się do uzyskania akceptowanego przez wszystkich rezultatu. Stanowiąc on będzie wynik swobodnego porozumienia równych podmiotów, których interesy w konkretnej sytuacji są rozbieżne i konkurencyjne, ale które kierują się wolą osiągnięcia tegoż porozumienia. Równość i ogólność – podstawowe cechy sprawiedliwości – w ogóle nie pojawiają się w polu zainteresowania dobra wspólnego i „czystej”

¹⁰⁶ T. Gizbert-Studnicki, *op.cit.*, s. 171.

¹⁰⁷ G. Skąpska, *Etyka w polityce...*, s. 230–231.

władzy¹⁰⁸. Można natomiast pokusić się o odwołanie się do tych zasadniczych dla prawa wartości w sytuacji decydowania o celach regulacji prawnych, kiedy decyzją prawodawczą powstała w wyniku porozumienia nie naruszony nadrzędny wzór wartości.

5. Obowiązek uzasadnienia decyzji prawodawczej

Jedynym pewnym punktem zarysowanych powyżej konfliktów jest konieczność uzasadnienia decyzji prawodawczej. W zależności od tego, o którym z powyższych układów mówimy, będzie ono miało charakter przede wszystkim kontrolny albo będzie pełnić rolę rzeczywistego czynnika racjonalizującego decyzję przez wskazanie motywów jej podjęcia lub racji za nią przemawiających¹⁰⁹. Rzetelne, racjonalne tłumaczenie i uzasadnianie swego stanowiska oparte na wnikliwej interpretacji zjawisk i procesów społecznych, prezentacji faktów, danych statystycznych jest obowiązkiem prawodawcy w dwóch pierwszych układach. Nawet w przypadku uzasadnienia aksjologicznego należy wymagać, żeby prawodawca dysponował odpowiednio najlepszą wiedzą o normowanej dziedzinie życia społecznego i potrafił przytoczyć stosowne dowody. W trzecim do rzetelnego i szczerego zdefiniowania swego stanowiska i określenia promowanych lub chronionych interesów zobowiązani są wszyscy uczestnicy.

W argumentach przytaczanych przez prawodawcę znaleźć się powinno nie tyle odwołanie do własnej ideologii czy bliskich mu poglądów wyborców, ile przekonanie o obiektywizmie danej koncepcji aksjologicznej. Może ona zawierać zestaw wartości odmiennie interpretowanych czy internalizowanych, ale będących przedmiotem zgody (w wersji zgody co do wartości podstawowych czy zgody na różnice¹¹⁰). Może być też tak, parafrazując konstatację Nietzschego pod adresem filozofów moralności, że prawodawca uzasadnia „poryw własnego serca, który przefiltrował i uczynił abstrakcyjnym”¹¹¹. Zagrożeniem płynącym z takiego podejścia jest tzw. redukcjonizm wartości¹¹². Polega on na tym, że jeden wymiar czy aspekt funkcjonowania wartości zostaje przedstawiony w formie całościowej koncepcji, mającej rzekomo wyrażać naturę chronionego dobra. Taka jednostronność w postrzeganiu albo choćby, co gorsze, w prezentowaniu

¹⁰⁸ G. Radbruch, op.cit., s. 330.

¹⁰⁹ J. Wróblewski, *Weryfikacja i uzasadnienie w naukach prawnych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1980, t. XXIV, s. 8.

¹¹⁰ E. Kustra, *Polityczne problemy tworzenia prawa*, Toruń 1994, s. 63.

¹¹¹ Cyt. za: N. Warburton, *Filozofia od podstaw*, Warszawa 1999, s. 55.

¹¹² M. Łojewska-Krawczyk, op.cit., s. 24.

wartości jest równie godna krytyki, jak niepopularny obecnie aksjologiczny relatywizm.

Uzasadnienie danej wypowiedzi sprowadza się do wskazania podstaw koniecznych/wystarczających do jej zaakceptowania według przyjmowanych w danym środowisku metod uznawania zdań za prawdziwe, wykazywania mocy obowiązującej norm oraz słuszności ocen¹¹³. Uzasadnienie aksjologiczne określonej decyzji oznacza wykazanie, że zostały spełnione warunki konieczne do uznania tej decyzji za trafną ze względu na przyjmowany system ocen¹¹⁴.

W systemach demokratycznych zdarza się, że podstawowym kryterium uzasadniającym przyjmowanie takich a nie innych rozwiązań w treści prawa jest po prostu możliwość uzyskania odpowiedniej większości w głosowaniu¹¹⁵. Zgodnie jednak z założeniami dyskursywnego tworzenia prawa, prawodawca powinien poszukiwać społecznej akceptacji dla planowanych uregulowań prawnych. W ten sposób uzyskują one społeczną legitymację. Niezbędne jest więc, aby nauczył się racjonalnie argumentować, znajdować miejsca wspólne lub chociaż w klarowny i dostępny dla społeczeństwa sposób przedstawiać swoje preferencje.

Wydaje się, że dopóki normy będące elementem wspólnie uznawanej etycznej normatywności są bezsporne, ich urzeczywistnienie i ochrona w formie aktów prawotwórczych nie będzie przedmiotem istotnych społecznych sporów. Problem pojawi się natomiast, gdy ważne etyczne roszczenia do normatywnej ważności wejdą w konflikt. W demokracji liberalnej, w systemie rozległych i równie uprawnionych doktryn¹¹⁶ konflikt taki jest zupełnie naturalny i nieunikniony. Wybór dokonany wówczas przez prawodawcę, o ile nie może w sposób wyraźny zostać wypracowany w sytuacji komunikacyjnej i zdeterminowany przez porozumienie, musi być uzasadniony lub przynajmniej uzasadnialny.

Model polityki społecznej w świetle założeń racjonalności instrumentalnej przewiduje kilka rodzajów uzasadnienia wyboru określonej wartości-celu, którą w przekonaniu prawodawcy można/należy zrealizować drogą ustanowienia konkretnych norm prawnych. Wskazuje się przede wszystkim na: a) traktowanie celu jako wartości zasadniczej (dotyczy to celów długofalowych i homeostatycznych); b) traktowanie celu

¹¹³ M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 7.

¹¹⁴ M. Kordela, op.cit., s. 105.

¹¹⁵ K. Daniel, *Argument większościowy a kryterium światopoglądowe*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, s. 188.

¹¹⁶ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998.

jako wartości instrumentalnej – środka do realizacji celu wyższego rzędu; c) traktowanie celu, jako wartości kondycjonalnej (warunek konieczny lub konieczny i dostateczny) realizacji celu wyższego rzędu. Jest to jednak podział sztuczny, ponieważ ostatecznie wszelkie uzasadnienie prowadzi do podstawowych wyborów aksjologicznych, a więc do przedstawionych jako pierwsze celów zasadniczych. Jako jednak, że cel (monotelizm) czy cele (politelizm) mają charakter zasadniczy uznaje się, że albo w ogóle nie wymagają uzasadnienia w ramach dyskursu prawniczego albo są uzasadnione przez odwołanie się do przyjętego systemu aksjologicznego budowanego na asymetrycznych i przechodnich preferencjach¹¹⁷. Stanowisko takie nie jest satysfakcjonujące. Nawet jeżeli przyjmiemy, że takim zasadniczym celem będą wartości należące do społecznej płaszczyzny zgody czy wspólnego etosu etycznego to i tak nie możemy wykluczyć, a może nawet musimy założyć konflikt tych wartości ujawniający się w prawodawczych *hard cases*. Realny czy potencjalny konflikt wartości, który rozstrzygnąć powinien sam prawodawca (w sytuacji gdy realizuje dobro wspólne) albo prawodawca jako równoprawny uczestnik dyskursu (w sytuacji, w jakiej założyliśmy jego bezstronność) czyni zasadnym oczekiwanie racjonalnej argumentacji na rzecz takiego czy innego wyboru.

A. Anzenbacher twierdzi, że w rozbieżnych dyskursach na temat etyki w miejsce załamującej się płaszczyzny zgody należy wprowadzić rozumną argumentację służącą uzasadnianiu norm. Jest to o tyle istotne, że często dyskursy na temat etyki mają tendencję do „emocjonalnej polaryzacji”¹¹⁸, w której próbę racjonalnego wyjaśnienia naszego przekonania zajmuje „głos uczucia naturalnego” dyktujący nam prostą drogę dotarcia do wyznaczonego celu. O tym, że w takich wypadkach trudno jest zrealizować nałożony przez reguły dyskursu praktycznego obowiązek racjonalnego, szczerego uzasadnienia głoszonych tez mówi również wyraźnie J. Griffin¹¹⁹. Racjonalną argumentację zastępują próby oddziaływania irracjonalnego albo, jak może to mieć miejsce w związku ze specyfiką dyskursu ustawodawczego, proste wykorzystanie mechanizmu większościowego (zasady większości). Przekonania etyczne w kwestii możliwości ich uzasadnienia nie przypominają nauki. Nie jest wykluczone, aby wraz z istotnymi dla nich przekonaniem pozaetycznymi tworzyły coś na kształt systemu. Ale nie oznacza to, że nastąpi typowy dla nauk przyrodniczych „przepływ wiarygodności” między uzasadnionymi przekonaniem¹²⁰.

¹¹⁷ J. Wróblewski, *Polityka tworzenia prawa a hierarchia wartości*, PiP 1983, z. 9, s. 29.

¹¹⁸ A. Anzenbacher, *op.cit.*, s. 341.

¹¹⁹ J. Griffin, *Sąd wartościujący*, Warszawa 2000, s. 158.

¹²⁰ *Ibidem*, s. 163–164.

Uzasadniając sądy etyczne musimy dążyć więc do spójności przekonań, gdyż może to w jakiś sposób zwiększyć ich wiarygodność¹²¹. Można to uczynić, jeżeli nasze przekonania etyczne będą realizowały dwa podstawowe wymogi: zrozumiałości, której warunkiem jest „akceptacja wartości tworzących ramy, bez których język nie byłby możliwy” oraz wykonalności – „tego, co da się zrobić, zważywszy na czym polega dobre życie, jaka jest natura ludzi, jaka jest natura społeczeństwa”¹²². Jeżeli uczestnik dyskursu nie będzie w uzasadnieniu swoich sądów etycznych respektował tych minimalnych warunków, jakiegokolwiek porozumienie lub akceptacja wyboru wartości do zrealizowania wydaje się nie tyle utrudniona, co niemożliwa.

Sytuacja argumentacyjna w procesie stanowienia prawa jest o tyle trudna dla pozostałych uczestników, że prawodawca, jako podmiot dominujący, zawsze ma taką możliwość. Niemniej warto prześledzić niektóre z najbardziej doniosłych form argumentacji, które w takim dyskursie mogą zostać wykorzystane.

Pierwszą z nich jest budowana w ramach etyki empiryistycznej argumentacja utylitarystyczna¹²³. Kładzie ona nacisk na równe dobro wszystkich członków wspólnoty. Indywidualny bilans korzyści zostaje zastąpiony bilansem społecznym, a perspektywa etyczna – perspektywą pragmatyczną. Jest to argument, który może zostać przez prawodawcę wykorzystany w sytuacji orzekania o jednorodnych dobrach (np. równym zakresie wolności). Jednakże grupa czy wspólnota nie są twórcami homogenicznymi i poszukiwane czy cenione przez jej członków dobra, wyznawane wartości i realizowane interesy w większości przypadków pozostają ze sobą w kolizji¹²⁴.

Druga grupa twierdzeń należy do wywodzonej przede wszystkim od św. Tomasza argumentacji na podstawie klasycznego prawa natury¹²⁵. Rozum praktyczny określając znaczenie dobra i zła zwraca się ku celom i determinantom wynikającym z natury człowieka. Tym sposobem normatywne określenie dobra i odwołanie się do niego w procesie uzasadniania, zakłada przywołanie naturalnych skłonności człowieka¹²⁶. Ten rodzaj argumentacji, czerpiący swój uniwersalny wymiar z pojęcia człowieka,

¹²¹ J. Griffin wskazuje kilka możliwych grup przekonań o wysokiej wiarygodności: zakorzenione w języku wartości podstawowe, związane z nimi podstawowe sądy moralne oraz przekonania o faktach – ibidem, s. 165–166.

¹²² Ibidem, s. 169–170.

¹²³ A. Anzenbacher, op.cit., s. 341 i n.

¹²⁴ O. Hoffe, *Sprawiedliwość polityczna*, Kraków 1999, s. 63.

¹²⁵ A. Anzenbacher, op.cit., s. 348.

¹²⁶ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, 1–2, 94. 2, Londyn 1985.

ma ambicje dosyć szerokiego ujmowania tego, co dla człowieka naturalne i oceniania tego w kategoriach sensu i wartości. Nie będzie tu chodziło tylko o wymiar realizowania się człowieczeństwa w najbliższych mu typach więzi, działań i grup (np. w rodzinie), ale również o te dziedziny i grupy społeczne, w jakich jego naturalne skłonności w pewien sposób dają się określić: społeczeństwo, ekonomia, kultura i polityka. Warto jednak zaznaczyć, że dobór argumentów w tym wypadku nie jest uwarunkowany wyłącznie zdobyczami filozoficznych teorii antropologicznych i empirycznych nauk o człowieku. Byłby on tym samym na poszczególnych etapach rozwoju tych nauk w jakiś sposób zamknięty. Elementem wprowadzającym do omawianego typu argumentacji swoistą dynamikę jest fakt, że człowiek nie ma jakiejś natury absolutnej, w każdym wymiarze ostatecznie określonej, lecz stale „sam siebie w kontekście społeczności i dziejów pojmuje, interpretuje i projektuje”¹²⁷ czy otwiera drogę do dyskursu. Znakomitą ilustracją toku rozumowania opartego na tym typie argumentacji jest uzasadnienie do projektu ustawy o Narodowym Instytucie Wychowania: „Przedsięwzięcie to będzie odpowiedzią na istniejące potrzeby i zarazem swoistym znakiem czasu. Instytut powstanie w czasie, gdy podważona jest prawda o człowieku i coraz bardziej zamazane są pojęcia dobra i zła, a na margines zepchnięto takie wartości, jak patriotyzm i poczucie odpowiedzialności za dobro wspólne. Jeżeli chcemy żyć w kraju, który ma przyszłość, musimy podjąć zbiorowy wysiłek, aby odwrócić się od metod wychowania, które powodują stępienie wrażliwości młodego pokolenia na dobro, piękno i prawdę; musimy na nowo odkrywać odpowiedź na pytanie, jak wychować młodzież na przyzwoitych ludzi”¹²⁸.

Ostatni z wymienionych przez Anzenbachera typów argumentacji obejmuje cały szereg stanowisk odwołujących się do sprawiedliwości¹²⁹. Wspólne dla tych koncepcji (Kant, Arystoteles, nowożytne teorie umowy społecznej, teorie dyskursu) jest uznanie równej wolności i nierozporządzalności wszystkich ludzi. W porównaniu z dwiema przytoczonymi wcześniej grupami argumentów, które mają zdecydowanie charakter konsekwencjalistyczny, ten nurt odwołuje się do deontologii: wyznacznikiem słuszności działania nie są jakieś dobre czy pożądane skutki, ale obowiązki lub normy. W ten sposób kryterium sprawiedliwości stają się normy „jako dające się rozumowo uniwersalizować formalne reguły koordynacji subiektywnych wolności”. Wartości i interesy podnoszone

¹²⁷ A. Anzenbacher, op.cit., s. 349.

¹²⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy o Narodowym Instytucie Wychowania.

¹²⁹ A. Anzenbacher, op.cit., s. 345 i n.

w prowadzonych w życiu społecznym dyskursach nie są przyjmowane bez wyboru (ponieważ, na przykład z perspektywy utylitarnej, przynoszą największe korzyści), ale są zgodnie ze społecznie akceptowaną procedurą wsparta formalna zasada sprawiedliwości konfrontowane i sprawdzane co do ich słuszności i co do możliwości porozumienia się co do ich treści. Dla naszych poszukiwań możliwej bezstronności istotne jest, że wypracowana w ten sposób płaszczyzna komunikacyjna redukuje sferę etyczną do przestrzeni dającej się rozumowo urzeczywistnić regulacji¹³⁰. Natomiast od totalnego relatywizmu ocen i w konsekwencji od anomii w systemie aksjo-normatywnym ratuje nas choćby habermasowskie tło świata życia i zgoda na ponadnegocjacyjny system społecznych wartości. Zakaz naruszenia tego ostatniego obejmuje w równej mierze racjonalnych aktorów grupowych, jak i prawodawcę w warunkach demokratycznego państwa prawnego.

6. Zakończenie

Proces ustawodawczy jako instytucja polityczna ma za zadanie umożliwić podjęcie decyzji wiążącej całą społeczność. Ma on dopomóc do wprowadzenia służącej ogólnemu porządkowi równowagi pomiędzy różnorodnymi interesami i systemami wartości a dobrem wspólnym pojmowanym tutaj jako wartość, której realizacja przynosi życiu społecznemu i poszczególnym jednostkom czy grupom większe korzyści. Prawodawca jako podmiot określany w swej racjonalności przez odpowiednią postawę oceniającą i poznawczą w imieniu całej społeczności i w sposób dla niej wiążący dokonuje wyboru wartości-celu, którego realizację uznaje za konieczną/potrzebną. Ale proces tworzenia prawa służy również realizacji i ochronie wartości i interesów o charakterze subiektywnym, manifesto-wanych przez aktorów podmiotowo traktowanego społeczeństwa.

Funkcjonowanie prawodawcy w dwóch z wymienionych układów decyzyjnych, a mianowicie w tym eksponującym dobro wspólne i w tym, który przewiduje konkurencyjne interesy społecznych aktorów zbiorowych, suponuje odmienne podejście do sposobów wartościowania. W układzie aksjologicznym prawodawca wykazuje się typem myślenia teleologicznego. Myślenie to opiera się na założeniu, że decydent potrafi zidentyfikować dobry czy wartościowy wspólny cel działania. Słuszność proceduralna, jedna z podstawowych cech dyskursu praktycznego,

¹³⁰ Ibidem, s. 347.

podporządkowana zostaje realizacji tego celu, jest wobec niego wtórna. Wyklucza to jakąkolwiek bezstronność.

Natomiast w układzie, w którym prawodawca „orzeka” o konkurujących ze sobą wizjach dobra, wobec których może być „niezainteresowany w sprawie”, przyjmuje postawę deontologiczną, dającą pierwszeństwo określonemu typowi postępowania, postrzeganemu jako słuszny czy sprawiedliwy w świetle wymogów dyskursu praktycznego¹³¹ i respektującą rezultat uzyskany w drodze zastosowania takiej procedury. Postawa deontologiczna w identyfikowaniu tego dobra zawsze wymaga zastosowania procesu szacowania ewentualnej sumy dobra czy też siły wchodzących w grę obowiązków¹³². W tym przypadku zrealizowane będą nie tylko dwa podstawowe warunki sprawiedliwości proceduralnej (postępowanie zgodne ze znanymi i akceptowanymi regułami oraz takie, które realizuje założenia uczciwej komunikacji), ale sensu nabierze również postulat bezstronności prawodawcy w ocenie konkurujących ze sobą postaw czy interesów, aspirujących do uwzględniania w normach prawnych. Wydaje się, że postawa deontologiczna, której manifestowania oczekujemy od ustawodawcy w tym przypadku, znajduje uzasadnienie w liberalnych podstawach całego systemu i z proponowaną przez tę doktrynę wizją jednostki tak w jej sferze prywatnej, jak i publicznej. Jedynym ograniczeniem akceptowanej przy tych podstawach konkurencji poglądów byłaby opisana przez A. Szahaja niemożność „doskonałej neutralności” państwa liberalnego¹³³.

Na zakończenie nasuwa się jeden, chyba istotny wniosek. Rozważania o bezstronności ustawodawcy okazały się pretekstem, choć nie był to zabieg zamierzony, do wykazania pożądanej zmiany paradygmatu realizowania polityki. Konkretna polityka publiczna nie może być technicznym planem narzuconym biernym odbiorcom, ale strategicznym kierunkiem działań. Po przyjęciu takiej interpretacji ze sfery planowania technicznego przechodzimy w obszar społecznych interakcji między racjonalnymi graczami, a model racjonalnego prawodawcy w konieczny sposób zostaje udoskonalony o elementy komunikacyjne niezbędne do legitymizacji decyzji politycznych.

¹³¹ R. Proszak, *op.cit.*, s. 64–65.

¹³² J. Griffin, *op.cit.*, s. 158.

¹³³ A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota? Spór liberalistów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Warszawa 2000, s. 117