

OFER RABAN*

RACJONALIZACJA POLITYKI: O ZWIĄZKU MIĘDZY DEMOKRACJĄ A RZĄDAMI PRAWA**

I. WPROWADZENIE

Za warunek demokracji uznaje się sprawowanie władzy politycznej przez przedstawicieli ludu wybranych w wolnych oraz regularnie odbywających się wyborach¹. Za warunek rządów prawa uznaje się sprawowanie władzy politycznej poprzez reguły ogólne, ogłaszane z wyprzedzeniem i stosowane równo wobec wszystkich i bezstronnie². Te dwa całkowicie odrębne systemy organizacji politycznej stały się nieodłącznym elementem charakterystyk dobrego rządzenia: naukowcy, politycy, komentatorzy polityczni, deklaracje ONZ – wszyscy zwykle łączą pojęcie demokracji z pojęciem rządów prawa³. A jednak

* Associate Professor of Law, Elmer Sahlstrom Senior Fellow, University of Oregon; J.D., Harvard Law School; D.Phil., Oxford University.

** Artykuł jest rozszerzoną wersją wykładu: „The Rationalization of Policy: On the Relation between Democracy and the Rule of Law”, wygłoszonego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu 21 maja 2014 r. Autor dziękuje za uwagi uczestnikom wykładów – studentom wydziałów prawa Uniwersytetu Warszawskiego i Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, a także uczestnikom dorocznego posiedzenia The 2014 NW Political Science Association. [Tłumaczenie Anna M. Baziór; wszystkie cytaty, jeśli nie zaznaczono, w przekładzie tłumacza artykułu].

¹ Zob. ogólnie F. Hendriks, *Vital Democracy: A Theory of Democracy in Action*, Oxford Univ. Press, Oxford 2010, s. 22 (bada różne ujęcia podstawowego pojęcia demokracji i zestawia cztery podstawowe formy rządów demokratycznych). Nie trzeba dodawać, że ta wąska definicja jest rozmaicie interpretowana. Por. L. Diamond, L. Morlino, Introduction to *Assessing the Quality of Democracy*, w: iidem (red.), *Assessing the Quality of Democracy*, The Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, MD, 2005, s. ix; A. Gutmann, D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, Cambridge, MA, 1996.

² Zob. np. J. R. Pennock, *Administration and the Rule of Law*, Farrar & Rinehart, New York 1941, s. 15 („Najogólniej oznacza to, że po prostu zasadą jest, że rządy powinny regulować postępowanie swoich obywateli wyłącznie poprzez prawa o charakterze ogólnym, powszechnie znane, stosowane bezstronnie i niedziałające wstecz”). Ta wąska definicja także jest przedmiotem różnych konkurencyjnych interpretacji. Por. J. Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, „Law and Philosophy” 21, 2002, s. 137; B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2004, rozdz. 7 i 8 (analiza i porównanie sześciu ujęć rządów prawa); A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, „University of Chicago Law Review” 56, 1989, s. 1175, 1175-1181.

³ Zob. np. Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, G.A. Res. 67/1, U.N. Doc. A/RES/67/1 (Nov. 30, 2012),

w ujęciu teoretycznym są to dwa odrębne pojęcia, a związek między nimi nie jest ani konieczny, ani naturalny: demokracja zajmuje się systemem wyboru osób sprawujących władzę polityczną; rządy prawa zaś zajmują się systemem sprawowania władzy politycznej. Tak więc reżim niedemokratyczny może działać w ramach ugruntowanych rządów prawa (np. osiemnastowieczna Anglia)⁴, a ustrój polityczny, w którym rządzi wybrana w wyborach większość, może nie przestrzegać istotnych zasad rządów prawa (np. Rosja bądź Pakistan)⁵. Co więcej, niektórzy twierdzą, że w rzeczywistości istnieje sprzeczność między rządami prawa a demokracją, ponieważ rządy prawa mogą ograniczać władzę polityczną większości, która zwyciężyła w wyborach⁶. Zatem co najmniej nie można wykluczyć, że demokracja i rządy prawa są dwoma niezależnymi syste-

pkt 5 (potwierdza, że: „prawa człowieka, rządy prawa i demokracja są wzajemnie powiązane i nawzajem się wzmacniają oraz że należą one do uniwersalnych i nierozzerwalnych fundamentalnych wartości i zasad Narodów Zjednoczonych”), dostępna na: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/1 (dostęp: 5.12.2014); T. G. Ash, *A Little Democracy is a Dangerous Thing – So Let’s Have More of It*, „The Guardian” Aug. 3, 2006, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2006/aug/03/usa.syria> (dostęp: 5.12.2014); *Democracy and the Rule of Law*, The Carnegie Endowment for International Peace, <http://carnegieendowment.org/programs/democracy/> (dostęp: 5.12.14); *Democracy and the Rule of Law*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, <http://www.giz.de/Themen/en/883.htm> (dostęp: 5.12.14).

⁴ Zob. ogólnie S. Devereaux, *The Promulgation of the Statutes in Late Hanoverian Britain*, w: D. Lemmings (red.), *The British and their Laws in the Eighteenth Century*, The Boydell Press, Woodbridge 2005, s. 80 (bada proces umacniania władzy centralnej w Anglii w wyniku stałego ogłaszania ustaw w całym kraju); J. Ph. Reid, *Law’s Umpire*, w: idem, *Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, N. Ill. Univ. Press, DeKalb 2004, s. 68 (przedstawia rozwój i stan rządów prawa w osiemnastowiecznej Anglii). Znacznie bardziej kontrowersyjny jest przykład Chile za rządów Pinocheta. Porównaj tekst R. Barrosa, *Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet’s Chile*, w: J. M. Maravall, A. Przeworski (red.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2003, s. 188 [wyd. polskie: *Dyktatura i rządy prawa: normy prawne i władza wojskowa w Chile Pinocheta*, w: *Demokracja i rządy prawa*, red. naukowa J. M. Maravall, A. Przeworski, tłum. P. Kaźmierczak, J. Winczorek, Scholar, Warszawa 2010], z artykułem E. C. Snydera, *The Dirty Legal War: Human Rights and the Rule of Law in Chile 1973-1995*, „Tulsa Journal of Comparative & International Law” 2, 1995, s. 253.

⁵ Zob. ogólnie *The State of Human Rights and the Rule of Law in Russia: U.S. Policy Options Before the S. Subcomm. on European Affairs of the Comm. on Foreign Relations*, 112th Cong. (2011), s. 51, dostępne na: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-112shrg73919/pdf/CHRG-112shrg73919.pdf> (dostęp: 5.12.14); Office of the High Commissioner for Human Rights, *Preliminary Observations on the Official Visit to the Russian Federation by the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers* (Apr. 25, 2013) – przykłady „bezpośrednich i pośrednich gróźb wobec sędziów oraz niewłaściwej ingerencji w sądownictwo i wywieranie na nie nacisków [...]”, dostępne na: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13264&LangID=E> (dostęp: 5.12.14). Zob. jednak np. *Uncommon Knowledge with Peter Robinson, Democracy Now? Democracy Versus the Rule of Law* (The Hoover Institution, June 24, 2003) – „Larry Diamond: Dzisiejsza Rosja nie jest krajem demokratycznym. – Peter Robinson: Nawet według najniższych standardów? – Larry Diamond: Nie, absolutnie nie”; zapis wywiadu dostępny na: <http://www.hoover.org/multimedia/uncommon-knowledge/26968> (dostęp: 5.12.14).

⁶ Zob. np. B. Z. Tamanaha, *The Dark Side of the Relationship Between the Rule of Law and Liberalism*, „N.Y.U. Journal of Law & Liberty” 3, 2008, s. 516, 517 („Rządy prawa, liberalizm i demokrację często uznaje się za zgodny triumwirat, ale relacje między nimi, zwłaszcza w odniesieniu do demokracji, cechuje wrogość”). O odrębności demokracji i rządów prawa zob. również: B. Z. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law*, „Singapore Journal of Legal Studies” 2012, s. 232-247.

mami, każdy przyczynia się do dobrego rządzenia, ale nie musi to oznaczać ich współzależności.

Nie sposób jednak zaprzeczyć (właściwie mamy tutaj do czynienia z faktem surowym), że brak demokracji idzie w parze z rozluźnieniem rządów prawa – i odwrotnie: silne demokracje zwykle charakteryzują się ugruntowanymi rządami prawa⁷. W związku z powyższym pojawia się następujące pytanie: Czyż wytłumaczyć te powiązania, a w istocie oczywistą współzależność?⁸

II. UTOŻSAMIANIE WOLNOŚCI OBYWATELSKICH Z WOLNOŚCIAMI POLITYCZNYMI

Najczęściej przytaczane wyjaśnienie wzajemnej zależności między demokracją a rządami prawa utożsamia demokrację z obszernym katalogiem praw obywatelskich, które z kolei mogą zagwarantować tylko ugruntowane rządy prawa. Zgodnie z tą tezą właściwie pojęta demokracja chroni praktycznie wszystkie wolności jednostki zazwyczaj związane z liberalizmem politycznym – w tym wolność słowa, wyznania, prywatną własność, prawo do ochrony przed ingerencją władzy w sferę prywatną⁹. Utożsamianie demokracji z demokracją liberalną jest tak powszechne, że często wydaje się, że jest przyjmowane jako robocze założenie (w tym wypadku w literaturze mówi się często o „szerokiej” – w przeciwieństwie do „wąskiej” – definicji demokracji)¹⁰, ale to utożsamianie oczywiście ma różne uzasadnienia teoretyczne.

Jedno ze stanowisk wyprowadza cały katalog wolności liberalnych z koncepcji wolnych wyborów. Wolne wybory oczywiście zależą od powszechnej wolności myśli i słowa, nieskrępowanego prawa do zrzeszania się, ale potrzebna jest również możliwość poznania różnych poglądów politycznych i odmiennych sposobów życia. Zatem aby można było mówić o prawdziwym wyborze, nie-

⁷ Por. A. Puddington, *Freedom in the World 2013: Democratic Breakthroughs in the Balance*, Freedom House, s. 14-19 – ocena 195 państw i terytoriów, częściowo na podstawie faktu, czy każde z tych państw bądź terytoriów jest demokracją wyborczą, oraz stopnia przestrzegania w nich wartości związanych z rządami prawa, http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/FIW%202013%20Booklet_0.pdf (dostęp: 5.12.14); M. D. Agrast et al., *Rule of Law Index: 2012-2013*, The World Justice Project – ranking 97 państw oparty na ocenie, w jakim zakresie przestrzegane są w nich rządy prawa, http://www.worldjusticeproject.org/sites/default/files/WJP_Index_Report_2012.pdf (dostęp: 5.12.14).

⁸ Jednym z oczywistych źródeł zależności między silnymi demokracjami a silnymi rządami prawa jest wymóg, aby demokracje działały z zgodnie z jasnymi i znanymi prawami – choćby dlatego, że wybory muszą być informowani o działaniach swojego rządu, jeśli mają podejmować świadome decyzje wyborcze. Jawność zaś jest również warunkiem rządów prawa: reguły prawne muszą być opublikowane i ogłaszane z wyprzedzeniem. Jednakże byłoby dziwne, gdyby związek między rządami prawa a demokracją sprowadzał się jedynie do wymogu jasności i jawności. Musi mieć on głębsze wyjaśnienie.

⁹ S. Levitsky, L. Way, *Assessing the Quality of Democracy*, „Journal of Democracy” 13, 2002, nr 2, s. 51 (pokazuje, że demokracja zawiera w sobie zasady liberalizmu).

¹⁰ Zob. np. L. Diamond, L. Morlino, op. cit., s. xi: „[T]rzy główne cele doskonałej demokracji [to] wolność polityczna i obywatelska, rządy ludu (kontrola nad polityką państwa i urzędnikami, którą ją prowadzą), a także równouprawnienie polityczne (w sferze praw i uprawnień politycznych)”.

zbędny jest pewien stopień tolerancji dla odmiennych sposobów życia, które różnią się od dominującego. Jeśli rząd zakazuje, powiedzmy homoseksualizmu lub zakładania związków zawodowych, to ani homoseksualizm, ani działalność związkowa nigdy nie staną się przedmiotem rzeczywistego wyboru politycznego. Demokracja więc pociąga za sobą nie tylko wolność teoretycznego dyskursu, lecz także wolność poznania alternatywnych form życia społecznego i politycznego. Tolerancja dla pluralizmu jest warunkiem koniecznym rzeczywistego wyboru politycznego i w związku z tym warunkiem koniecznym prawdziwej demokracji, a państwa, w których brak takiej tolerancji dla różnorodności, nie są prawdziwymi demokracjami, nawet jeśli odbywają się w nich regularne wybory¹¹.

Alternatywna argumentacja – przytoczona m.in. przez Ronalda Dworkina – wiąże demokrację z rozległymi wolnościami obywatelskimi. Dworcin przekonuje, że demokracja (która postrzega wszystkie jednostki jako równe źródła władzy politycznej) opiera się na założeniu o moralnej równości jednostek; to założenie zaś przekłada się na prawo do równego poszanowania praw tych jednostek przez państwo¹². W społeczeństwach pluralistycznych szacunek i równe traktowanie oznacza poszanowanie odmiennych sposobów życia jednostek, chronionych poprzez wzorowane na liberalnych prawa i wolności obywatelskie. Zatem w prawdziwej demokracji homoseksualizm nie może zostać uznany za przestępstwo, ponieważ równość moralna (sama będąca podstawowym założeniem idei demokracji) oznacza, że wybory sposobu życia dokonywane przez osoby homoseksualne muszą być szanowane w takim samym stopniu, jak wybory chrześcijańskiego fundamentalisty. W społeczeństwach pluralistycznych prawa jednostki wynikają z moralnej równości, którą zakłada demokracja.

Oczywiście z teoretycznego punktu widzenia powyższe twierdzenia wywołują pewne zasadnicze trudności (przede wszystkim chodzi o wyraźne rozróżnienie „zgodnych z prawem” sposobów życia lub wyborów ideologicznych i tych bezprawnych, na których występowanie państwo nie może pozwolić – to generalnie problem liberalizmu). Ale dla naszych skromnych celów wystarczy zauważyć, że – bez względu na to, jak dochodzimy do tego wniosku – jeżeli demokracja oznacza cały katalog swobód obywatelskich, to związek demokracji z rządami prawa jest bezpośredni i konieczny: aby korzystanie z tych wolności było rzeczywiście możliwe, muszą one być chronione jako prawa podmiotowe i wspierane przez ugruntowane rządy prawa. Wiele wspomnianych wcześniej sposobów życia czy praktyk (homoseksualizm czy pogaństwo) może być niemiłe widzianych, a nawet uważanych za obraźliwe przez znaczną część społeczeństwa.

¹¹ Por. The United Nations Centre for Human Rights, *Human Rights and Elections: A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections*, U.N. Doc. HR/P/PT/2 (1994), s. 6-10 (zestawienie praw uznawanych przez Narody Zjednoczone za kluczowe dla zagwarantowania wolnych, sprawiedliwych i wiarygodnych wyborów), dostępny na: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training2en.pdf> (dostęp: 5.12.14); A. Weale, *Democracy, Rights and Constitutionalism*, w: *Democracy*, wyd. 2, Polgrave Macmillan 2007, s. 181, 189-206 (wyjaśnia, jak prawa gwarantowane przez konstytucję wspierają funkcjonowanie demokracji).

¹² Zob. R. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard Univ. Press, Cambridge, MA, 2002, s. 212.

czeństwa, ich ochrona więc musi być zagwarantowana przez system prawny zakotwiczony w ugruntowanych rządach prawa. Jak ujął to jeden z badaczy: „Gdyby zabrakło rządów prawa, współczesna demokracja konstytucyjna [ma on na myśli demokrację wraz z wolnościami obywatelskimi zagwarantowanymi przez konstytucję – dop. O.R.] nie mogłaby istnieć”¹³. Gdy już zaakceptujemy pogląd, że prawdziwa demokracja oznacza zbiór wolności obywatelskich, natychmiast rządy prawa stają się jej podstawą. Poza tym rządy prawa zawsze uważano za niezbędny element liberalizmu¹⁴.

Krótko mówiąc, zgodnie z powyższą tezą możliwe są rządy prawa bez demokracji, ale demokracja bez rządów prawa nie może istnieć: rządy prawa są konstytutywnym elementem demokracji. (Być może to wyjaśnia, dlaczego starożytna Grecja była nie tylko kolebką demokracji, lecz także kolebką liberalizmu i rządów prawa¹⁵).

Ale czy „prawdziwa” demokracja to wyłącznie demokracja liberalna?¹⁶ Takie twierdzenie może jednak za bardzo rozszerzać pojęcie demokracji: zarówno z praktycznego, jak i filozoficznego punktu widzenia zasadne może być odróżnienie demokracji od liberalizmu i przyznanie, że państwo może być de-

¹³ M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, „Southern California Law Review” 74, 2001, s. 1307. Zob. też G. O'Donnell, *Why the Rule of Law Matters*, w: L. Diamond, L. Morlino (red.), op. cit., s. 3 („Rządy prawa należą do podstawowych filarów, na których opiera się doskonała demokracja. [...] Bez silnych rządów prawa [...] prawa człowieka nie są bezpieczne, a równość i godność wszystkich obywateli są zagrożone”).

¹⁴ Zob. np. F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge, London 1944, rozdz. 6. [Wyd. polskie: *Droga do zniewolenia*, tłum. K. Gurba i in., przekład przejrzał M. Kuniński, Arcana, Kraków 2009].

¹⁵ Zob. np. F. A. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, The Univ. of Chicago Press, Chicago 1978, s. 122, 142-143 („Jako pierwsi ideał wolności jednostki wyraźnie sformułowali starożytni Grecy, w szczególności Ateńczycy w okresie klasycznym, w V-IV w. przed Chr. Niektórzy dziewiętnastowieczni pisarze zaprzeczali, że starożytni pojmowali wolność jednostki w nowożytnym znaczeniu, wyraźnie jednak zadają temu kłam takie wydarzenia, jak to podczas wyprawy sycylijskiej, gdy w chwili największego zagrożenia wódz Ateńczyków przypomniał żołnierzom, że walczą za ojczyznę, która zostawiła im »nieskrępowane prawo do życia tak, jak uważają za stosowne«”); Thucydides, *The Peloponnesian War*, tłum. R. Crawley, Barnes & Noble, New York 2006, ks. 2.37: „W sporach prywatnych każdy obywatel jest równy w obliczu prawa. [...] nikomu też, kto jest zdolny służyć ojczyźnie, ubóstwo albo nieznanne pochodzenie nie przeszkadza [...]. W naszym życiu państwowym kierujemy się zasadą wolności. W życiu prywatnym nie wglądamy z podejrzliwą ciekawością w zachowanie się naszych współobywateli, nie odnosimy się z niechęcią do sąsiada, jeśli się zajmuje tym, co mu sprawia przyjemność [...]” [tłum. cytatu za: Tukidydes, *Wojna peloponeska*, tłum. K. Kumaniecki, Czytelnik, Warszawa 1988]; F. D. Miller, Jr., *The Rule of Law in Ancient Greek Thought*, w: M. Sellers, T. Tomaszewski (red.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer 2010, s. 11-18 (ocena rządów prawa w starożytnej Grecji).

¹⁶ Faktycznie niektórzy dostrzegają rzeczywistą sprzeczność między demokracją a liberalizmem. Zob. np. G. M. Ostrander, *The Rights of Man in America, 1606-1861*, wyd. 2, Univ. of Missouri Press, Columbia 1969, s. viii („Demokracja amerykańska jest z natury niespójna [...] Podstawowe [...] zasady wolności jednostki z jednej strony i rządy większości z drugiej są logicznie nie do pogodzenia”); R. A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, Cambridge, MA, 1995, s. 25-26 (dowodzi, że między liberalizmem „a demokracją istnieją napięcia”); D. Elfenbein, *The Myth of Conservatism as a Constitutional Philosophy*, „Iowa Law Review” 71, 1986, s. 401, 458-479 (przedstawia napięcia między liberalizmem a demokracją w amerykańskiej teorii politycznej i nauce prawa konstytucyjnego).

mokratyczne, nawet jeśli nie jest liberalne¹⁷. Oczywiście prawdą jest, że demokracje muszą zobowiązywać się do ochrony pewnych podstawowych wolności gwarantujących ważne wybory – w tym rzeczywistej wolności słowa i wolności zgromadzeń. Ale wolne i jawne wybory mogą odbywać się nawet wtedy, gdy brak pełnego katalogu liberalnych praw, które to dają jednostkom pełnię wolności nie tylko w sferze politycznej, lecz także prywatnej. Co więcej, pojęcie „demokracji nieliberalnej” (przypomnijmy współczesną Rosję, Turcję czy Pakistan) jest w opracowaniach dość często stosowane – a dlaczego nie miałyby być?¹⁸ Jak ujął to Friedrich Hayek: „Liberalizm zajmuje się funkcjami rządu, w szczególności ograniczeniami jego wszystkich uprawnień. Demokracja zajmuje się kwestią tego, kto ma kierować rządem”¹⁹. Innymi słowy, liberalizm i demokracja rozwiązują różne problemy.

Tak czy inaczej, nie musimy tutaj odpowiadać na to pytanie: nie zamierzam się koncentrować na dobrze znanej tezie o symbiozie demokracji z rządami prawa, ale zaproponować inne możliwe wyjaśnienie.

III. RACJONALIZACJA POLITYKI

W 2013 r. „New York Times” w kolumnie, w której zamieszczane są opinie autorów spoza redakcji (*op-ed*), opublikował tekst napisany przez chińskiego pisarza Yu Hua, zatytułowany *In China, Power Is Arrogant* [Władza w Chinach jest arogancka]²⁰. W tej krótkiej wypowiedzi krytykuje się samowolę chińskiego prawodawstwa i wypowiedź tę przytoczono tutaj niemal w całości:

Pod koniec 2010 r. chińskie władze celne nałożyły cło w wysokości 1000 juanów (wówczas ok. 150 dolarów) na każdego iPada wwożonego do kraju. Ignorując fakt, że iPady różnią się wyposażeniem i ceną, władze wprowadziły jedną taryfę celną: 20 procent od ceny tabletu ustalonej na 5000 juanów. Osoby, które zapłaciły 3000 juanów za iPada w Hongkongu – gdzie smartfony i inne wyroby elektroniczne są o wiele tańsze niż w Chinach kontynentalnych – musiały zapłacić takie samo cło. Nawet chińscy turyści wracający do domu z własnymi iPadami, które kupili w Chinach, musieli płacić cło! [...]

Jeśli powyższe zarządzenia rządu centralnego są niezrozumiałe, to te wydawane przez władze lokalne można uznać za wręcz absurdalne. W 2001 r. na południu kraju w mieście Shenzhen władze szpitala postanowiły, że pielęgniarki, uśmiechając się, powinny pokazywać dokładnie osiem zębów. W 2003 r. władze prowincji Hunan (środkowe Chiny) określiły, że kandydatki ubiegające się o stanowiska w służbie cywilnej powinny mieć symetryczne piersi. W następnym roku urzędnicy odpowiedzialni za bezpieczeństwo publiczne w mieście Harbin (na północy kraju) zarządzili, że policjanci, którzy w obwodzie pasa mają więcej niż 91,5 cm zostaną zwolnieni. W 2006 r. władze odpowiedzialne za komunikację w prowincji Zhejiang

¹⁷ W. Merkel, *Embedded and Defective Democracies*, „Democratization” 11, 2004, s. 33 („demokracje wyborcze”, które nie gwarantują innych praw zwykle łączonych z demokracjami, mogą być stabilnymi reżimami).

¹⁸ Zob. ogólnie F. Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, W. W. Norton & Company 2007 (analizuje różne światowe modele demokracji).

¹⁹ F. A. Hayek, *New Studies in Philosophy...*, s. 122, 142-143.

²⁰ Zob. Yu Hua, *In China, Power is Arrogant*, „New York Times”, May 8, 2013, <http://www.nytimes.com/2013/05/09/opinion/you-in-china-power-is-arrogant.html> (dostęp: 5.12.2014).

(leżącej na południe od Szanghaju) zakazały pracownikom noszenia brody. W następnym roku w celu zmniejszenia liczby przypadków porzucania szkoły władze prefektury Pinghe w prowincji Fujian (leżącej na południowym wybrzeżu) zarządziły, że do zawarcia małżeństwa wymagane jest świadectwo ukończenia gimnazjum.

Niektóre z tych przepisów zostały już odwołane, ale ich dziwaczny i arbitralny charakter pokazuje arogancję władzy w Chinach. Nietrudno sobie wyobrazić ich autorów: rozparci w wygodnych fotelach piją wysokogatunkową herbatę i palą znakomite papierosy, roztrząsają omawiane zarządzenia, jak gdyby były kwestiami czysto abstrakcyjnymi, i nigdy nie biorą pod uwagę tego, jak przyjmą je zwyczajni ludzie. Nie obchodzi ich, że ludzie będą niezadowoleni, ponieważ od dawna władza państwowa łamie prawa jednostki. Dopiero gdy przepisy są tak uciążliwe, że rzeczywiście wywołują sprzeciw, zwierzchnia władza zwraca na te przepisy uwagę: „Wszystko partaczycie – upominają podwładnych zwierzchnicy. – Nie sprzyja to stabilności społecznej”. I wówczas zarządzenia są niekiedy po cichu wycofywane²¹.

Ta krytyka chińskich władz oczywiście sugeruje, że w demokracji z ugruntowanymi rządami prawa taka arbitralna polityka byłaby niemożliwa. Wydaje się, że tak rzeczywiście jest, powstaje pytanie, dlaczego tak się dzieje.

1. Demokracja

Główną cechą demokracji, bardzo sprzyjającą racjonalizacji polityki, są po prostu cykliczne wybory. Fakt, że decydenci mogą co pewien czas zostać usunięci z urzędu, jest ważnym bodźcem do racjonalizacji polityki. Po pierwsze, nic nie wzbudza większego oburzenia niż nierozsądne bądź nieuzasadnione wymagania od ludzi wyrzeczeń²². Załóżmy, że ludzie mogą się także oburzać na słuszne wyrzeczenia, i tak też czynią, ale – parafrazując sędziego Holmesa – nawet pies rozróżnia, kiedy dostał kopniaka słusznie i kiedy bez żadnego powodu. Co więcej – i niemal z definicji – efekty arbitralnego nakazu prawnego są często wątpliwe (albo z powodu niedostosowania środków do rozsądnego celu politycznego, albo dlatego że cel jest nierozsądny – przypomnijmy nakaz, aby pielęgniarki pokazywały osiem zębów, gdy się uśmiechają, czy że praca w służbie cywilnej jest dostępna tylko dla kobiet o symetrycznych piersiach). Poza tym wszystkie rządy – demokratyczne bądź nie – pragną uniknąć powszechnego oburzenia obywateli, ale tylko w demokracji to pragnienie jest oceniane podczas cyklicznie i regularnie odbywających się wyborów. Dlatego w ustrojach demokratycznych tolerancja dla arbitralności jest o wiele niższa. Jak to wyjaśnia tekst zamieszczony w kolumnie *op-ed*, w Chinach „[d]opiero gdy przepisy są tak uciążliwe, że rzeczywiście wywołują protesty, zwierzchnia władza zwraca na nie uwagę”²³. Ale równie dobrze prawa, które nie wywołują protestów, mogą spowodować porażkę wyborczą demokratycznego rządu.

Po drugie, demokracja reprezentatywna opiera się na negocjacjach przedstawicieli rywalizujących grup interesu. W zasadzie każdy uczestniczy w podejmowaniu decyzji politycznych. I podczas gdy niektórzy uważają, że nagromadzenie różnych i potencjalnie sprzecznych interesów skutkuje chaotyczną

²¹ Ibidem.

²² Zob. jednak B. Caplan, *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*, Princeton Univ. Press, Princeton, NJ, 2007 (kwestionuje pogląd, że wyborcy są racjonalni).

²³ Yu Hua, *op. cit.*

i niespójną polityką²⁴, prawdopodobnie przynosi to jednak odwrotny skutek: ponieważ celem jest przyjęcie rozwiązanie, które byłoby zadowolające dla możliwie jak największej liczby grup interesu i które jednocześnie wywołałoby jak najmniejsze oburzenie (choćby dlatego, że dzisiejsi przeciwnicy w procesie legislacji są przyszłymi sojusznikami), dąży się więc do ograniczenia arbitralności i wypracowania racjonalnych kompromisów²⁵. Prawodawcy tłumaczą proponowane działania polityczne tym, których będą one dotyczyć, i wprowadzają w nich zmiany, aby zmniejszyć opozycję – to proces, który racjonalizuje uchwalanie postanowień prawnych. W istocie ten racjonalizujący aspekt kształtowania polityki w sposób demokratyczny zajmuje główne miejsce w teoriach „demokracji deliberatywnej” – upatrują one w racjonalności dyskursu prawodawczego konstytucyjnego elementu demokracji²⁶. Słowem, dlatego że arbitralne decyzje polityczne są zwykle bezprawne oraz dlatego że zwykle niewiele można dzięki nim osiągnąć, a także dlatego że dla demokratycznego procesu politycznego naturalne jest dążenie do osiągnięcia jak najszerszego porozumienia – z działań arbitralnych bądź nieracjonalnych rezygnuje się w pierwszej kolejności.

To, co powiedziano wyżej, nie oznacza oczywiście, że cele polityczne większości nie są czasami nierozsądne bądź arbitralne (zwłaszcza te dotyczące mniejszości): oczywiście bywają takie i tego typu strategie polityczne są czasami wprowadzane w życie. Ale takie sytuacje z mniejszym prawdopodobieństwem zdarzają się tam, gdzie przedstawiciele tych mniejszości uczestniczą w podejmowaniu decyzji politycznych i gdzie wybrani urzędnicy wypracowują kierunek działań w niezliczonych sprawach w nieustannie zmieniających się

²⁴ Takie wnioski mają wynikać z dorobku teorii wyboru publicznego (*public choice*), wliczając w to prace takich badaczy, jak D. Mueller, *Public Choice* (Cambridge Univ. Press, Cambridge 1979); K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (wyd. 2, John Wiley & Sons, Inc., New York-London-Sydney 1963) i D. Black, *The Theory of Committees and Elections* (Cambridge Univ. Press, Cambridge 1958). Niemniej niektórzy teoretycy *public choice* koncentrują się na mechanizmach instytucjonalnych, które pomagają wypracować spójną politykę, mimo nieustannych trudności związanych z godzeniem preferencji wyborczych. Zob. ogólnie M. L. Stearns, T. J. Zywicki, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, American Casebook Series, West, St. Paul, MN, 2009. D. A. Farber, *Public Choice Theory and Legal Institutions*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2396056, dostępny na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2396056 (dostęp: 5.12.14). Zob. też. B. Caplan, *The Myth of the Rational Voter*, Princeton Univ. Press, Princeton 2007 (twierdzi, że demokracja rodzi nieracjonalne działania polityczne, ponieważ same wybory głosujących są nieracjonalne). Rdzeniem teorii *public choice* jest idea, że chociaż jednostka jest uważana za spójną i racjonalną, zbiorowość jednostek może okazać się niespójna, ponieważ sumuje swoje preferencje. Zob. też wyżej komentarz w przyp. 22.

²⁵ Zob. np. J. R. Pennock, *Responsiveness, Responsibility, and Majority Rule*, „American Political Science Review” 46, 1952, s. 790, 802 („Zatem wydaje się jasne, że proces legislacyjny, który właśnie opisaliśmy, wymaga znaczących starań, aby zaowocować działaniem, które jest odpowiedzialne w tym sensie, że jest wytłumaczalne, racjonalnie dopuszczalne. Decyzja podejmowana jest dopiero wtedy, gdy możliwe było jej dokładne rozpatrzenie i przedyskutowanie”).

²⁶ Zob. np. J. Habermas, *Popular Sovereignty as Procedure*, w: J. Bohman, W. Rehg (red.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, MA, Lond. 1997, s. 45; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, The Univ. of Chicago Press, Chicago 1997, s. 33. Zob. jednak również popularną teorię „racjonalnego wyboru” (czy „wyboru publicznego”), która postrzega demokrację jako proces ścierania się grup interesu podlegający niewielu racjonalnym ograniczeniom. Zob. ogólnie: D. Mueller, op. cit.

koalicjach ustawodawczych. W każdym systemie mogą zostać podjęte nieracjonalne bądź arbitralne decyzje polityczne, ale demokracja praktycznie ogranicza taką możliwość.

2. Rządy prawa

Zakładając, że demokracja rzeczywiście wspomaga racjonalizację działań politycznych, powstaje pytanie, w jaki sposób czynią to rządy prawa. Dlaczego rządy prawa nie mogą z taką samą efektywnością służyć zarówno racjonalnym, jak i arbitralnym działaniom politycznym?

Prosta odpowiedź, że prawa muszą być formułowane jako reguły ogólne, nie wystarcza. Zapewne niesprawowanie rządów poprzez reguły ogólne (po prostu rozstrzyganie poszczególnych przypadków *ad hoc*) może pociągać za sobą niekonsekwencje i wewnętrzne sprzeczności na najbardziej podstawowym poziomie. Niemniej również arbitralna polityka może być formułowana za pomocą reguł ogólnych. Opisane wyżej zarządzenia chińskich władz zostały sformułowane właśnie w ten sposób (nie można zawrzeć małżeństwa, nie posiadając świadectwa ukończenia szkoły średniej, tylko osiem zębów podczas uśmiechu, tylko symetryczne piersi...). Zatem powtórzmy pytanie: W jaki sposób rządy prawa zapobiegają arbitralności?

Według niektórych ujęć rządy prawa wspomagają racjonalność prawodawstwa, ponieważ nakazują, aby postanowienia prawne były wzajemnie zgodne. Rządy prawa również dlatego wspomagają racjonalność, że po prostu nakazują, aby prawa były ogłaszane, rządzący bowiem nie znoszą ujawniania tego, że arbitralnie korzystają ze swojej władzy²⁷. Ale rządy prawa w bardzo bezpośredni sposób przyczyniają się do racjonalizacji działań politycznych: wykażą, że tego typu działania, jak przedstawione wyżej arbitralne rozporządzenia chińskich władz, bezpośrednio naruszają zasadę równości wobec prawa (która sama jest częścią rządów prawa). Aby zrozumieć, w jaki sposób to czynią, powinniśmy powrócić do na pozór prostego, ale w rzeczywistości głębokiego pytania postawionego przez Dworkina w jego nowatorskiej pracy *Imperium prawa*.

3. Ustawy szachownicowe

W *Imperium prawa* Dworkin postawił następujące pytania:

Czy ludzie w Dakocie Północnej spierają się, czy sprawiedliwość wymaga, by wypłacano odszkodowania za takie wady produktu, jakim wytwórcy nie mogli, działając rozsądnie, zapobiec? Dlaczego więc ich organ prawodawczy nie nałoży „ścislej” odpowiedzialności na zasadzie ryzyka na producentów samochodów, ale już nie na producentów pralek? Czy ludzie w Alabamie spierają się, czy dyskryminacja rasowa jest moralna? Dlaczego więc ich organ prawodawczy nie miałby zakazać dyskryminacji w autobusach, ale pozwolić na nią w restauracjach? Czy Brytyjczycy są podzieleni w sprawie moralności aborcji? Dlaczego więc Parlament nie miałby uznać za przestępstwo aborcji dokonanej przez kobiety urodzone w latach parzystych, ale pozwolić na nią kobietom urodzonym w latach nieparzystych?²⁸

²⁷ Zob. L. L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale Univ. Press, New Haven-London 1964, s. 46-88. [Wyd. polskie: *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, ABC, Warszawa 2004].

²⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, MA, 1986, s. 178. [Tłum. cytatu z drobnym uzupełnieniem za: *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, wstęp M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2006].

Wszyscy oczywiście jesteśmy przekonani, że te propozycje ustawodawcze są nie do przyjęcia. Dlaczego tak się dzieje i czy ma to jakiś związek z rządami prawa?

Dworkin twierdził, że powód, dla którego odrzucamy ustawy szachownicowe, wynika z dotychczas nie zauważanego wymogu naszego prawa: mianowicie, że wszystkie nasze prawa powinny być zgodne z jednym „modelem sprawiedliwości” bądź jednym „zbiorem zasad moralnych”²⁹. Kłopot z ustawami szachownicowymi – zdaniem Dworkina – polega na tym, że stosują one dwa różne porządki moralne do rozwiązywania stojących przed nimi kwestii – np. jeden porządek moralny, który akceptuje aborcję, i drugi, który jej nie akceptuje³⁰. Wobec tego Dworkin przyjął, że wymóg zgodności prawa z jednym „modelem sprawiedliwości” odnosi się do całego zbioru praw, bez względu na to, jak różny jest ich zakres przedmiotowy: wszystkie postanowienia prawne muszą ostatecznie być zgodne z dokładnie tym samym modelem moralności³¹. Nazwał ten wymóg „integralnością” i twierdził, że ustawy szachownicowe były jedynie lokalnym naruszeniem tego ogólnego wymogu³².

Hipoteza Dworkina jest pomysłowa, ale sędzę, że właściwa odpowiedź jest prostsza i jednocześnie ma ogólniejszy wymiar, i dotyczy raczej relacji między prawem a racjonalnością niż jedynie relacji między prawem a moralnością.

4. Wymóg racjonalności

Co zatem odróżnia ustawy szachownicowe, które wszyscy uznajemy za nie do zaakceptowania (np. ustawę uznającą za przestępstwo aborcję przeprowadzoną przez kobiety urodzone w latach parzystych, ale nie przez te urodzone w latach nieparzystych) od ustaw nie-szachownicowych (np. ustawy, która zakazuje aborcji, ale nie tym kobietom, które zaszły w ciążę w wyniku gwałtu)?³³ Wydaje się oczywiste, że zasadnicza różnica polega na tym, że potrafimy zrozumieć uzasadnienie różnego traktowania rozróżnionych kategorii w wypadku wyłączenia z zakazu aborcji ciąży będącej wynikiem gwałtu (tzn. że kobiety, które zaszły w ciążę w wyniku gwałtu, powinny być traktowane inaczej, ponieważ nie ponoszą odpowiedzialności za ciążę, należy także wziąć pod uwagę to, jak dalece nienarodzone dziecko jest niechciane³⁴), ale nie rozumiemy uzasadnienia wyłączenia z zakazu aborcji kobiet urodzonych w latach nieparzystych. Nie musimy a priori próbować uzasadnienia, które zostało nam

²⁹ Ibidem, s. 179. „Najbardziej naturalne wytłumaczenie, dlaczego przeciwstawiamy się ustawom »szachownicowym«, odwołuje się do [integralności – dop. O.R.] [...]: mówimy, że państwo, które odwołuje się do takich wewnętrznych kompromisów, działa wbrew zasadom [...]. [M]usi aprobować zasady uzasadniające część tego, co dokonało, i jednocześnie musi je odrzucać, by uzasadnić resztę” (ibidem, s. 183-184; tłum. J. Winczorek).

³⁰ Ibidem, s. 178-184.

³¹ Zob. ibidem.

³² Zob. ibidem.

³³ Zob. ibidem, s. 179.

³⁴ Zob. ogólnie J. A. Strickland, *Rape Exceptions in Post-Webster Antiabortion Legislation: A Practical Analysis*, „Columbia Journal of Law and Social Problems” 26, 1992, s. 163 (zajmuje się zagadnieniem uzasadnienia wyłączenia z zakazu aborcji przypadków, gdy ciąża jest wynikiem gwałtu).

przedstawione: możemy uważać np., że fakt, iż ciąża jest następstwem gwałtu, nie usprawiedliwia aborcji. Mimo to rozumiemy, że wprowadzane przez tę ustawę rozróżnienia mają pewne racjonalne uzasadnienie. Zatem wydaje się, że oczekujemy uzasadnienia, dlaczego ustawy odmiennie traktują rozróżnione kategorie – w wypadku ustaw szachownicowych wydaje się, że nie ma takiego uzasadnienia. Ustawy szachownicowe ustanawiają jeden nakaz prawny dla jednej kategorii, a inny dla drugiej, podczas gdy takiego odmiennego traktowania nie jest w stanie wyjaśnić to, czym się te kategorie różnią³⁵.

Zatem w wypadku ustaw szachownicowych mamy do czynienia z naruszeniem zasady „równości wobec prawa” – wymogu podobnego traktowania wszystkich, którzy znajdują się w podobnym położeniu. Ale to odwołanie się do moralnego ideału równości może wprowadzać w błąd, ponieważ w istocie sedno problemu tkwi w racjonalności, a nie w moralności. Staje się to w sposób oczywisty jasne, gdy przyjrzymy się pierwszej części przytoczonej przez Dworkina ustawy szachownicowej: „Dlaczego więc Parlament nie miałby uznać za przestępstwo aborcji dokonanej przez kobiety urodzone w latach parzystych [...]?” Nie musimy znać drugiej części tej ustawy, aby uznać ją za całkowicie nie do przyjęcia (metafora „szachownicy” najwyczejniej wprowadza w błąd). Co więcej, problemem sprowadza się do racjonalności, a nie, ściśle mówiąc, równości: wadą w ustawie aborcyjnej Dworkina nie jest po prostu brak uzasadnienia traktowania kobiet urodzonych w latach parzystych inaczej niż tych urodzonych w latach nieparzystych, ale bardziej zasadniczo, brak uzasadnienia zakazu aborcji dla kategorii kobiet urodzonych w latach parzystych (ewentualnie brak uzasadnienia wyłączenia z zakazu aborcji kobiet urodzonych w latach nieparzystych). Możemy podać uzasadnienie zakazu aborcji obejmującego wszystkie kobiety, ale dlaczego zakaz uzależniony jest od tego, czy urodziły się w latach parzystych, czy nieparzystych? Takie rozróżnienie jest nieuzasadnione.

Otóż Dworkin rzeczywiście przedstawił uzasadnienie swoich ustaw szachownicowych: są one wynikiem kompromisu ustawodawczego pomiędzy przeciwstawnymi stanowiskami, mianowicie tymi, którzy chcą karać aborcję, a tymi, którzy nie chcą³⁶. Ustawa szachownicowa była wynikiem zawarcia

³⁵ Uzasadnienie, którego szukamy, nie musi być oczywiste. Reguły rządzące np. transakcjami zabezpieczonymi tworzą złożony i powiązany system regulacji i trzeba by czasu i wysiłku, żeby ustalić, dlaczego ustawa rozróżnia leasing z możliwością wypowiedzenia i leasing bez możliwości wypowiedzenia umowy. Podobnie trudno byłoby znaleźć społeczne uzasadnienie U.S. Commodity Futures Modernization Act z 2000 r. – ustawy zwalniającej handel energią z nadzoru prawnego, któremu podlegają pośrednicy finansowi, maklerzy giełdowi i pośrednicy handlowi. Zob. Pub. L. No. 106-554, 114 Stat. 2763 (2000) (regulacje te są rozproszone w różnych częściach Kodeksu Stanów Zjednoczonych). Oczywiście może to też wynikać z tego, że U.S. Commodity Futures Modernization Act jest w rzeczywistości ustawą szachownicową. Przykłady przytaczane przez Dworkina pokazują nam kategorie, w wypadku których możliwość uzasadnienia ich wyróżnienia jest praktycznie zerowa (np. rozróżnienie między tymi kobietami, które urodziły się w latach nieparzystych, i tymi, które urodziły się w latach parzystych, na potrzeby regulacji kwestii aborcji). Ale przykłady zaprezentowane przez Dworkina także pouczają nas o ustawach pozornie uzasadnionych: jeśli te pozorne uzasadnienia okażą się pustymi słowami, to i te ustawy możemy odrzucić z tych samych powodów, dla których odrzucamy Dworkinowskie ustawy szachownicowe.

³⁶ Zob. R. Dworkin, *Law's Empire*, s. 179.

dwustronnego kompromisu: połowa kobiet na prawo, połowa na lewo. Dlaczego nie wystarczy on jako uzasadnienie prawa?

Powyższe uzasadnienie co prawda wyjaśnia, co doprowadziło do przyjęcia tego postanowienia prawnego, ale nie może ono tłumaczyć samego postanowienia. To znaczy nie uzasadnia postanowienia prawnego jako funkcji cech charakterystycznych kategorii, której postanowienie dotyczy. Jeśli zapytasz hodowcę drobiu, dlaczego białe kurczęta traktuje inaczej niż brązowe, a on odpowie, że dlatego, że kurczęta budzą w nim mieszane uczucia, to może wyjaśnił, co skłoniło go do wprowadzenia wyraźnego rozróżnienia, ale nie wyjaśnił samego rozróżnienia: hodowca nie wyjaśnił, dlaczego kolor kurczęcia jest powiązany ze sposobem, w jaki je traktuje. Jednak warunkiem rządów prawa jest to, że wyróżnianie określonych kategorii musi mieć swe uzasadnienie.

Takie uzasadnienia mogą pochodzić z każdego zakamarka ludzkiego rozumu: nauk przyrodniczych, ekonomii, socjologii, moralności, przekonań religijnych... (Natomiast Dworkin w ustawach szachownicowych widzi jedynie moralną arbitralność). Zatem uzasadnienie wyłączenia z zakazu aborcji kobiet, które zaszły w ciążę w wyniku gwałtu, opiera się na moralności, podczas gdy sam zakaz aborcji ma korzenie religijne, tak jak prawo nakazujące ludziom skromny ubiór, gdy udają się do świątyni³⁷. Jak już wspomniano (i co zauważył również Dworkin) nie musimy a próbować uzasadnienia, aby nasz wymóg został spełniony: dostrzegamy sam powód, nawet jeśli nie uznajemy go za dobry³⁸. Ale oczywiście niektóre pozorne uzasadnienia, nawet rozpowszechnione, ostatecznie i tak nie spełniają naszego warunku racjonalności. Na przykład wielu ludzi wierzy, że układ gwiazd w momencie narodzin człowieka określa jego charakter. To przekonanie może być powszechne, ale kłóci się z pewnymi naszymi ugruntowanymi poglądami naukowymi, a ustawa oparta na takich potocznych wyobrażeniach zapewne nie miałyby racjonalnego uzasadnienia (wyobraź sobie ustawę wprowadzającą dyskryminację w sferze zatrudnienia na podstawie czyjegós miesiąca urodzenia). Postrzegamy niektóre stanowiska

³⁷ Wyjaśnienia ze sfery religijnej wiążą się jednak z drażliwą kwestią relacji między przekonaniami religijnymi a racjonalnością. Weźmy pod uwagę wpływającą z przekonań religijnych ustawę zakazującą badań naukowych nad komórkami macierzystymi pobieranymi z embrionów. Wielu ludzi z pewnością uznałoby, że taka ustawa cechuje się wymaganą racjonalnością (nawet jeśli są – powiedzmy – zagorzałymi ateistami), inni mogą uważać, że nie ma ona najmniejszego racjonalnego uzasadnienia i dlatego jest wykreśleniem przeciwko rządowi prawa. Czy istnieje sposób wybrania między tymi dwoma przeciwstawnymi stanowiskami? Zagadnienie, na czym polega istota granicy między złym wyjaśnieniem i brakiem jakiegokolwiek wyjaśnienia, wiąże się z trudnymi filozoficznymi – w istocie natury psychologicznej – pytaniami. Czy racjonalne sądy są obiektywnie uzasadnione, czy – jak zdaniem wielu – nie mają żadnych obiektywnych podstaw, dlatego nie mogą być uznane ani za prawdziwe, ani za fałszywe? Czy ustawodawcy bądź prawnicy mogą słusznie uznać, że wyjaśnienie jest racjonalne zawsze wtedy, gdy podpiszą się pod nim niektórzy powszechnie szanowani członkowie ich społeczności, niezależnie od jakiegokolwiek sądu poznawczego? Chociaż odpowiedzi na te pytania mają znaczenie dla niektórych implikacji mojej tezy, nie musimy na nie odpowiadać. Teza ta ma ważne konsekwencje praktyczne bez względu to, jakie byłyby odpowiedzi. Już sam fakt, że domagamy się obecności takiej racjonalności i wykorzystujemy ją jako przesłankę interpretacji prawnej, ma ogromne znaczenie dla praktyki prawa (i naszego jej rozumienia) – i znów, bez względu na filozoficzne rozumienie racjonalności.

³⁸ Zob. R. Dworkin, *Law's Empire*, s. 183.

jako jednoznacznie fałszywe bądź sprzeczne z poglądami, które uważamy za zbyt dobrze uzasadnione, dlatego nie uznamy ich za wystarczające wyjaśnienia. W ten sposób ustawa, która w pewnym momencie mogła być całkowicie akceptowalna, w wyniku zmiany naszego rozumowania może przekształcić się w ustawę szachownicową – czyli ustawę naruszającą samą ideę rządów prawa.

Reasumując: oczekujemy, że nasze prawa będą miały uzasadnienie, tj. dlaczego prawo nakazuje coś czynić określonej kategorii prawnej, którą nim objęto – musi istnieć racjonalny związek między nakazem prawnym a cechami objętej nim kategorii. A ten wymóg można również dostrzec w zasadzie równości wobec prawa, która kładzie nacisk na to, że różnice w traktowaniu muszą wynikać z widocznych różnic w cechach odmiennie traktowanych kategorii. Tak więc mimo niektórych słynnych opinii, że jest inaczej, zasada równości wobec prawa nie nakazuje jedynie, aby prawa, czegokolwiek by dotyczyły, były stosowane w podobny sposób wobec wszystkich, których dotyczą³⁹. Właściwie zasada równości wobec prawa jest na wskroś materialna: nakazuje, żeby podobnie traktowano osoby znajdujące się w podobnym położeniu, ponieważ jest to kwestia racjonalności materialnej⁴⁰. Sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych – Jackson objaśnił ten wymóg materialny, który stał się częścią prawa konstytucyjnego w postaci klauzuli równej ochrony zawartej w XIV Poprawce do Konstytucji USA⁴¹:

[To] słuszną zasadą, że miasta, stany i rząd federalny muszą korzystać ze swoich uprawnień tak, aby nie dyskryminować swoich mieszkańców, z wyjątkiem pewnych uzasadnionych rozróżnień słusznie powiązanych z przedmiotem regulacji. [...] [N]ie istnieje w praktyce skuteczniejsze zabezpieczenie przed arbitralną i nierozsądną [...] władzą niż nakaz, aby zasady prawa, które urzędnicy narzucili mniejszości, nałożyli też ogólnie na wszystkich. I przeciwnie, nic tak skutecznie nie toruje drogi arbitralnemu działaniu, jak

³⁹ Zob. np. H. Kelsen, *What is Justice?*, w: idem, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, tłum. P. Heath, wyd. D. Davidson, J. Hintikka, G. Nuchelmans, W. C. Salmon, D. Reidel Publishing, Dordrecht 1973), s. 15: „A co ze szczególną zasadą tzw. równości wobec prawa? Oznacza ona tyle, że machina prawa nie powinna wprowadzać żadnych wyraźnych różnic, jakie nie zostały wcześniej wprowadzone przez prawo, które ma zostać zastosowane. Jeśli prawo przyznaje prawa polityczne wyłącznie mężczyznom, ale nie kobietom, jedynie obywatelom, ale nie cudzoziemcom, przedstawicielom określonej rasy lub wyznawcom określonej religii, ale nie przedstawicielom innych wyznań lub ras, to zasada równości wobec prawa jest w pełni przestrzegana, jeżeli w konkretnych sprawach organy sądowicze orzekają, że kobieta, cudzoziemiec bądź wyznawca jakiejś określonej religii bądź przedstawiciel określonej rasy nie mają praw politycznych. Ta zasada nie ma już prawie nic wspólnego z równością. Wyraża jedynie, że prawo powinno być stosowane tak, jak zaplanowano, aby było stosowane. Jest to zasada zgodności z prawem lub słuszności, która z natury jest właściwa każdemu porządkowi prawnemu, bez względu na to, czy jest on sprawiedliwy, czy niesprawiedliwy”).

⁴⁰ Zob. np. I. Berlin, *Equality*, w: idem, *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, wyd. H. Hardy, Princeton Univ. Press, Princeton 2013, s. 108: „Istnieje zasada [...], że podobne sprawy wymagają (tzn. przysługują im) podobnego traktowania. Zatem zakładając, że istnieje kategoria istot ludzkich, oznacza to, że wszyscy członkowie tej kategorii, mianowicie ludzie, powinni być pod każdym względem traktowani w jednakowy i identyczny sposób, chyba że istnieje wystarczający powód, aby tego nie robić [...]. Wydaje się, że to założenie oznacza, że jeżeli nie ma dostatecznego powodu, aby tak nie czynić, »naturalne« bądź »racjonalne« jest traktowanie każdego członka danej kategorii (w tym wypadku ludzi) tak, jak traktujesz jakiegokolwiek jej członka”.

⁴¹ Zob. np. J. M. Balkin, *Living Originalism*, Belknap Press, Cambridge, MA, 2011, s. 221-222 (wyjaśnia, że klauzula równej ochrony wprowadziła do konstytucji zasadę równości wobec prawa).

przyzwolenie na to, żeby urzędnicy według własnego uznania wybierali kilka osób, którym narzuca prawo [...]. Co do zasady i zgodnie z moim poglądem na klauzulę równej ochrony uważam, że w świetle prawa nie należy akceptować różnego traktowania, które opierałoby się na rozróżnieniu opartym na cechach niezwiązanych z celem ustawy. Klauzula równej ochrony nie gwarantuje już ani równości, ani ochrony, skoro jest omijana przez jakąkolwiek wyobrazalną różnicę, na którą można wskazać, pomiędzy tymi podlegającymi nakazowi a wolnymi od tego nakazu⁴².

Zgodnie z zasadą równości wobec prawa postanowienia prawne muszą mieć racjonalne uzasadnienie wiążące nakazane traktowanie z cechami objętej nim kategorii⁴³. Zasadniczo w prawie nie ma arbitralnych rozróżnień.

5. Zasada racjonalności a rząd prawa

Dlaczego jednak zasada racjonalności jest częścią rządów prawa? Na czym opiera się twierdzenie, iż ta zasada w takim stopniu konstytuuje właściwy system prawny, tak że jej naruszenie oznacza, iż system ten w mniejszym stopniu zasługuje na określenie „prawny”? To, że spodziewamy się, iż postanowienia prawne będą uzasadnione cechami charakterystycznymi grupy, której

⁴² *Ry. Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106, 112 (1949), J. Jackson, zdanie odrębne. (Wyróżnienie – O.R.).

⁴³ Niebezpieczeństwo, że prawo pełne jest arbitralnych kategorii prawnych, zagrażała również Dworkinowskiej teorii „integralności”. Dworkin poradził sobie z tym, przyznając, że arbitralne dystynkcje prawne istnieją, ale starał się ograniczyć je do sfer prawa niezwiązanych z zagadnieniami sprawiedliwości. Zob. R. Dworkin, *Law's Empire*, s. 179: „[W] pewnych sprawach, na przykład podziału na strefy, akceptujemy arbitralne rozróżnienia. [...] Akceptujemy to, że sklepy czy fabryki mogą powstawać w konkretnych strefach, a nie w innych, i że parkowanie może być zabronione po różnych stronach tej samej ulicy co drugi dzień. Niemniej odrzucamy [taką arbitralność – dop. O.R.], gdy chodzi o zasady” (tłum. J. Winczorek, ze zm. A.M.B.) W istocie jednak ani rozporządzenia ustanawiające strefy, ani naprzemienne dni, w których wolno parkować, nie wprowadzają rozróżnień prawdziwie arbitralnych – tj. dystynkcji, których cechy charakterystyczne nie usprawiedliwiałyby ich odmiennego traktowania. W kwestii rozporządzeń ustanawiających strefy odmienne traktowanie różnych stref jest zawsze związane ze zróżnicowaniem wyznaczonych rejonów. Decyzje dotyczące podziału na strefy odzwierciedlają różnice w liczbie ich mieszkańców, różny charakter strefy (handlowy bądź mieszkalny), jej zabytki, warunki geograficzne, dostęp do niej itp. Z pewnością za nie do przyjęcia uznalibyśmy plan stref, które wyznaczone zostałyby przez narysowanie na mapie przypadkowych wzorów geometrycznych. (Zob. np. *Nectow v. City of Cambridge*, 277 U.S. 183, 187 (1928). [Decyzja o podziale na strefy jest niekonstytucyjna, jeżeli „jest bezpodstawa i jest jedynie wynikiem arbitralnego bądź bezrozumnego sprawowania władzy”). Podobnie regulacje wyznaczające naprzemienne dni obowiązywania stref parkingowych ustanawiają dwie kategorie, których charakterystyczne cechy również uzasadniają odpowiednio różne traktowanie: takie rozwiązanie prawne opiera się na tym, że te dwie kategorie są mniej więcej nie do odróżnienia – tzn. dwie strony ulicy są mniej więcej tej samej długości i szerokości i mogą pomieścić mniej więcej taką samą liczbę pojazdów. Rozróżnienie zatem obejmuje dwie zasadniczo podobne kategorie i traktuje je w podobny sposób.

Rzadkie są sytuacje, w których zdajemy się na przykład, tak jak w ustawach regulujących wybór ławy przysięgłych (dajmy na to, gdy przysięgli są wybierani w drodze losowania spośród zarejestrowanych wyborców bądź osób figurujących w ewidencji posiadaczy prawa jazdy). Ale i tym razem te ustawy nigdy nie są arbitralne. Ustawa o wyborze przysięgłych dotyczy pewnych kategorii o pewnych pożądanym cechach – jak reprezentatywny rozkład statusu rasowego lub ekonomicznego, niekaralność. Nie byłoby to możliwe, gdyby zastosowano prawdziwie arbitralną metodę wyboru.

dotyczą, wydaje się oczywiste. Jeśli bowiem nie ma takiego uzasadnienia bądź wyjaśnienia, to dlaczego tym postanowieniem objęto tę właśnie grupę? Byłoby to niezrozumiałe. Zatem odrzucanie przez nas ustaw szachownicowych może nie mieć nic wspólnego z rządami prawa, ale wynika z prostego faktu, że uchwalanie takich ustaw uważamy za nierozsądne. Wzbraniamy się przed ustawami szachownicowymi, ponieważ są głupie, ale brak głupoty nie jest wymogiem rządów prawa.

Przytoczony zarzut jest niewłaściwy z kilku powodów. Po pierwsze, mogą istnieć całkowicie dobre, rozsądne powody uchwalenie ustaw szachownicowych. Jednym z nich jest hipotetyczny kompromis ustawodawczy Dworkina: nie ma nic *per se* głupiego ani nierozsądnego w kompromisach szachownicowych. W codziennym życiu cały czas zawieramy podobne salomonowe kompromisy, ale nie wprowadzamy ich do naszych ustaw⁴⁴. Poza tym tzw. ustawa szachownicowa może być w praktyce wykorzystywana po prostu do nagradzania określonej grupy lub ukarania innej. Rozważmy projekt prawa nagradzającego strażaków lub weteranów w drodze zwolnienia ich z przestrzegania przepisów parkingowych lub karania drobnych przestępców przez pozbawienie ich prawa do parkowania w centrum miasta. Co więcej, nie ma nic *per se* nierozsądnego w takich projektach; są one nierozsądne jedynie jako ustawy. Jakakolwiek ustawa, które nagradza strażaków bądź weteranów bądź też karze przestępców, musi to robić w sposób, który się odnosi do ich statusu jako takich; jeżeli jednak nie ma związku między regulacjami dotyczącymi zasad parkowania a cechami wyróżniającymi strażaków lub weteranów, lub drobnych przestępców, to takie regulacje – jakkolwiek godne pochwały – byłyby nie do zaakceptowania jako regulacje prawne. W istocie tak po prostu myślimy o prawie: jeśli nie można wskazać takiego racjonalnego powiązania, jest mało prawdopodobne, że takie ustawy zostaną w ogóle zaproponowane. (Oczywiście może istnieć racjonalne uzasadnienie wiążące weteranów z zasadami parkowania – być może znaczny procent z nich to niepełnosprawni i stosowanie się do ograniczeń parkingowych jest dla nich wyjątkowo uciążliwe. W takim wypadku nie byłaby to ustawa szachownicowa, ale całkowicie poprawna reguła prawna. Decydujące jest to, że domagamy się od naszych postanowień prawnych, aby posiadały takie racjonalne uzasadnienie, a ustawodawcy nie zapominali o nim podczas zgłaszania projektów ustaw i debat).

Zauważmy, że ten wymóg jest swoistą cechą systemu prawnego. Nie oczekujemy, że wszystkie usankcjonowane systemy reguł będą się odznaczały taką racjonalnością; nie uważamy np., że reguły ustalane dla żołnierzy przez dowództwo armii („ci, których nazwiska zaczynają się na litery od A do F, jadą do Afganistanu”), bądź reguły, które religie nakładają na swoich wyznawców („nie gol brody” lub „nie mieszaj produktów mlecznych z mięsnymi”⁴⁵), muszą

⁴⁴ Zob. R. Dworkin, *Law's Empire*, s. 178, 217-218.

⁴⁵ Zob. np. Biblical Archaeology Society Staff, *Making Sense of Kosher Laws*, „Bible History Daily” (July 9, 2012) („Początki żydowskich przepisów dotyczących odżywiania czy zasad koszerności [hebr. *kaszrut*] od dawna są przedmiotem badań naukowych i dyskusji. Bez względu jednak na początki tych przepisów to starodawne prawo wciąż wywiera ważny wpływ na codzienne życie

spełniać ten warunek⁴⁶. Uznajemy takie reguły za całkowicie uprawnione, nawet jeśli nie ma w nich racjonalnego powiązania między nakazami a cechami kategorii, do której się odnoszą. Ale wymagamy go od naszych reguł prawnych. Zatem mamy tu do czynienia (w warunku, że reguły prawne powinny być uzasadnione przez związek z cechami grupy, której dotyczą) z wyjątkowym aspektem systemu prawnego, tak jak w wypadku ogólności, wcześniejszego ogłaszania czy prospektywności – wszystkie są swoistymi cechami wyjątkowego systemu rządzenia, który nazywamy rządami prawa.

6. Implikacje

To, że taka racjonalność jest warunkiem rządów prawa, oczywiście nie oznacza, że jej zasady są bezwzględne, tzn. że sędziowie mogą słusznie odmówić wprowadzenia lub stosowania ustaw, które ją naruszają (powiedzmy, odmawiając egzekwowania zakazu badań nad komórkami macierzystymi, ponieważ uważają, że nie ma on racjonalnych podstaw⁴⁷). Tak jak w wypadku pozostałych warunków rządów prawa (od prospektywności, przez ogólność, po ogłaszanie) wszystkie systemy prawne czasami również naruszają tę zasadę. Jednakże zawsze, gdy do tego dochodzi, prawnicy mają obowiązek zminimalizowania, ograniczenia i ostatecznie likwidacji i potępienia takich naruszeń. Chociaż to, w jakim stopniu i w jakim zakresie muszą to robić, w znacznej mierze zależy od okoliczności: naruszenie rządów prawa może być w mniejszym lub większym stopniu usprawiedliwione, i to samo odnosi się do reakcji prawników na te naruszenia.

Wymóg racjonalności to nie tylko problem jego jawnych naruszeń (i właściwych reakcji na nie), to także czynnik, który wywiera znaczący wpływ na nasze prawo.

Po pierwsze, jak już pokazano, zasada ta kształtuje działalność ustawodawczą, zamykając drogę legislacyjną pewnym skądinąd rozsądnym projektem politycznym (takim jak pomysł, żeby w celu zwiększenia liczby absolwentów szkoły średniej uczynić jej ukończenie warunkiem małżeństwa). I czyni to *inter alia* dlatego, że zasada ta stała się częścią prawa konstytucyjnego (tak

wielu praktykujących żydów. Jednym z bardziej znanych zakazów jest zakaz mieszania produktów mięsnych z mlecznymi. Większość żydów, którzy przestrzegają *kaszrut*, nie tylko wystrzega się jednoczesnego jedzenia jakichkolwiek produktów mięsnych i mlecznych, wielu również przestrzega odpowiedniej przerwy (od 30 minut do kilku godzin) między spożywaniem mięsa a nabiału. Wszystko, z czym styka się żywność, musi być całkowicie odseparowane. W pełni koszerne gospodarstwo domowe może mieć np. co najmniej dwa zestawy sztućców, zastawy stołowej do podawania i garnków do przyrządzania potraw mięsnych i tych opartych na nabiale. Niektóre rodziny używają nawet dwóch zmywarek do naczyń, aby zachować ten rozdział”), dostępny na: <http://www.biblicalarchaeology.org/daily/ancient-cultures/daily-life-and-practice/making-sense-of-kosher-laws/> (dostęp: 5.12.14).

⁴⁶ Młody Irańczyk w rozmowie z V. S. Naipalem nie deklaruje żadnych ortodoksyjnych poglądów w kwestiach religijnych – co sam przyznaje – gdy mówi: „Dla mnie zasady dotyczące noszenia brody nie mają sensu. Nie tłumaczą, dlaczego. Po prostu mówią »Rób to.«” – V. S. Naipaul, *Beyond Belief: Islamic Excursions among the Converted Peoples*, Vintage, New York 1998, s. 223.

⁴⁷ Zob. wyżej przyp. 37.

jak wiele innych warunków rządów prawa⁴⁸) w postaci „oceny racjonalności” wszystkich działań rządu⁴⁹.

Ta zasada wpływa również na interpretację prawa. W istocie uzasadnienie, o którym mówimy, jest niczym innym jak osławionym celem lub intencją prawodawcy, które odgrywają tak ważną rolę w stosowaniu reguł prawa – to doniosły fakt w kontekście powszechnej krytyki wykorzystywania celu ustawodawcy w interpretacji ustaw. Krytycy często twierdzą, że nie istnieje „rzeczywisty” celu ustawodawcy, o którym można mówić, lub że celu ustawy jest nieskończenie podatną na manipulacje i wyjątkowo spekulacyjną ideą, którą można formułować na nieskończonych poziomach abstrakcji. Weźmy znany przykład prawa „zakazuje się wjazdu do parku pojazdom mechanicznym”. Krytyk powiedziałby, że cel tej ustawy może się rozciągać od konkretnego celu zachowania alejek parkowych dla spacerowiczów aż po niezwykle abstrakcyjny cel kształtowania przyjaznego otoczenia. I te różne cele prawodawcy mogą wymagać różnych rozwiązań – w istocie jednak wymagają one stawiania zdecydowanie różnych pytań.

Ale powyższy zarzut można znacząco osłabić, gdy uświadomimy sobie, że właściwy cel ustawodawcy wiąże cechy charakterystyczne grupy adresatów ustawy („pojazdy”) z zakazanym zachowaniem (wjeżdżanie do parku). Teraz możliwości interpretacji są znacznie bardziej ograniczone: celem prawodawcy w regulacji „zakazuje się wjazdu do parku pojazdom mechanicznym” nie jest ani zachowanie ścieżek wyłącznie dla spacerowiczów, ani stworzenie przyjaznego otoczenia, tym celem jest raczej ochrona parku przed pewnymi cechami pojazdów – zagrożeniem, jakie stwarzają dla pieszych, oraz hałasem i zanieczyszczeniami, jakie powodują. I czy dana sprawa mieści się, czy nie w celu ustawodawcy, zależy, przynajmniej częściowo, od stopnia, w jakim ma ona takie cechy. Nie oznacza to oczywiście, że wynik badania jest jednoznacznie przesądzony: z pewnością nie jest i ludzie mogą się nie zgadzać co do tego, które z cech mają znaczenie i w jakim stopniu występują w rozpatrywanej sprawie. Ale temu niedookreśleniu daleko jeszcze do twierdzenia, że odwoływanie się do celu ustawy jest fikcją wykładni sądowej, która jest zasadniczo nieograniczona.

W istocie zagadnienie interpretacji ustawy jest inną perspektywą, z której można zaobserwować rozbieżność między rządami prawa a ustawami szachownicowymi: w wypadku tych ustaw nie można wskazać żadnego uzasadnienia łączącego postanowienie prawne z grupą, której dotyczy – ustawy te nie poddają się właściwemu rozumowaniu prawnemu. Wprowadzanie w życie ustaw szachownicowych jest możliwe tylko w drodze ślepego wykonywania poleceń: w ich obliczu rozumowanie prawne jest bezradne; nie ma go na czym oprzeć, ponieważ to właśnie związek między cechami grupy adresatów ustawy a tym, jak jest ona traktowana, otwiera drogę rozważaniom prawnym.

⁴⁸ Jak zakaz karania przestępstw wstecz, zakaz pozbawiania praw publicznych i konfiskaty mienia czy uchwalania przesadnie niejasnych postanowień prawnych itd.

⁴⁹ Zob. np. *Ry. Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949). Na temat podobnej oceny racjonalności poza USA zob. A. Seibert-Fohr, *The Rise of Equality in International Law and Its Pitfalls: Learning from Comparative Constitutional Law*, „Brooklyn Journal of International Law” 35, 2010, s. 1.

IV. WNIOSKI

Możemy obecnie wrócić do wspomnianych wyżej arbitralnych regulacji w Chinach (określających, ile zębów może pokazać pracownik, uśmiechając się; uzależniających zatrudnienie kandydata od tego, czy ma symetryczne piersi, bądź uzależniających zawarcie małżeństwa od ukończenia szkoły) i zrozumieć, dlaczego wydanie takich praw jest zdecydowanie mniej prawdopodobne w demokracji o ugruntowanych rządach prawa. W demokracji, w której regularnie odbywają się wybory, władza jest zdecydowanie bardziej przeciwna nieuzasadnionym i stosunkowo niepraktycznym wyrzeczeniom, podczas gdy charakter demokratycznego procesu legislacyjnego – z jego naciskiem na osiągnięcie możliwie najszerszego konsensusu – oznacza, że racjonalne uzasadnienia i porozumienia odgrywają ważną rolę w uprawianiu polityki. Po prostu w wyniku arbitralnych regulacji zbyt mało można osiągnąć i zbyt wiele stracić, zarówno w wymiarze legislacyjnym, jak i powszechnej opozycji.

Po drugie, takie regulacje nie spełniają wymogu racjonalności wynikającego z zasady równości wobec prawa. Wydaje się, że nie ma żadnego racjonalnego związku, powiedzmy, między symetrycznym biustem a zatrudnieniem w służbie cywilnej lub między świadectwem ukończenia szkoły średniej a zdolnością do zawarcia małżeństwa. Ponadto zawsze można znaleźć jakieś wyjaśnienie: np. że zezwalanie na małżeństwo tylko absolwentom szkoły średniej przyniesie korzyści w następnym pokoleniu. Ale samo wyjaśnienie musi być tego typu, że ustawodawcy będą skłonni uznać je zarówno za racjonalne, jak i za uzasadnienie prawa. Sama chęć zwiększenia liczby absolwentów szkoły średniej – co istotnie wydaje się, że było motywacją w omawianym przykładzie – nie wystarczy, ponieważ to uzasadnienie nie ma nic wspólnego z grupą, której to prawo dotyczy⁵⁰.

Jako argument przeciwko tym racjonalizującym opisom demokracji i rządów prawa można przytoczyć całkowicie przeciwną wizję: koncepcję, która uważa, że demokracja przynosi irracjonalne i arbitralne działania polityczne, a rządy prawa są zobowiązane do posłuszeństwa tej rzekomej arbitralności. Teoretycy od dawna przekonują, że demokratyczny proces ustawodawczy – w którym różne i często sprzeczne grupy interesu są zmuszone do wypracowywania kompromisu legislacyjnego – przynosi niespójne, a nawet absurdalne decyzje polityczne⁵¹, a obowiązkiem sędziów jest stosowanie się do tych nonsensów, włącznie z ich nielogicznymi konsekwencjami⁵². Demokracja – ich

⁵⁰ Lon Fuller zauważył, że reżimy autorytarne zazwyczaj irytują się w obliczu ograniczeń nakładanych na nie przez rządy prawa, które krępują ich władzę, domagając się reguł ogólnych, wcześniejszego ogłoszenia itd. (idem, op. cit., s. 33-49). Wymóg racjonalności jest kolejnym znaczącym ograniczeniem nałożonym na władzę polityczną – jest to wymóg, który znacznie łatwiej akceptują reżimy demokratyczne niż autorytarne.

⁵¹ Zob. np. A. Scalia, J. F. Manning, *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, „George Washington Law Review” 80, 2012, s. 1610, 1614 („Jest wiele absurdalnych ustaw. Takie są skutki kompromisów legislacyjnych”).

⁵² J. F. Manning, *What Divides Textualists from Positivists*, „Columbia Law Review” 106, 2006, s. 70, 102 („Proces wykładni celowościowej opiera się na założeniu, że wykładnia powinna przebiegać tak, jakby za spójną politykę legislacyjną była odpowiedzialna rozsądna osoba. Ale są

zdaniem – to wytwórnia kiełbasy, a sędziowie muszą ją jeść, mimo ich wyrafinowanego podniebienia⁵³.

Takie rozumowanie wypacza istotę demokracji i jest to dobrze znany argument⁵⁴. W niniejszej pracy próbowałem wykazać, że takie rozumowanie wypacza również istotę rządów prawa. Rządy prawa są tak znakomitą instytucją polityczną dlatego, że zmuszają rząd do sprawowania władzy w sposób rozumny i racjonalny. To również główny czynnik wywołujący zjawisko synergii rządów prawa z demokracją. I ten stan rzeczy nie powinien być zaskoczeniem, ponieważ zarówno współczesna demokracja, jak i rządy prawa są wytworem epoki oświecenia – epoki, w której ludzkość zwróciła się w stronę rozumu i racjonalności i zaczęła się nimi kierować w swoich poczynaniach.

prof. dr Ofer Raban
Uniwersytet Oregoński w Eugene
ofer@uoregon.edu

THE RATIONALISATION OF POLICY:
ON THE RELATIONSHIP BETWEEN DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW

Summary

What is the relation between democracy and the rule of law? Why did they develop more or less simultaneously, and why do we tend to conjoin them when describing good government? After all, theoretically, these two are: a non-democratic regime may operate with a robust rule of law (think of eighteenth-century England) while a government elected by popular vote may flout the rule of law principles (think of Russia or Turkey or Pakistan). And yet, to repeat, there seems to be some mutual reinforcement – perhaps even some interdependence – between these two systems of political organisation. This article will survey the most common explanation for the confluence of democracy and the rule of law, and will then propose a new one – namely, that democracy and the rule of law complement each other in the rationalisation of government power.

dząc po rzeczywistym przebiegu procesu ustawodawczego, ta optymistyczna wizja jest nieuzasadniona”). Zob. też J. F. Manning, *Competing Presumptions about Statutory Coherence*, „Fordham Law Review” 74, 2006, s. 2009, 2050; idem, *The Absurdity Doctrine*, „Harvard Law Review” 116, 2003, s. 2387, 2412.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Studia prawnicze popierające to twierdzenie – zob. np. M. Kelman, *On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and „Empirical” Practice of the Public Choice Movement*, *Symposium on the Theory of Public Choice*, „Virginia Law Review” 74, 1988, s. 199.

Copyright of Journal of Law, Economics and Sociology is the property of Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznan and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

Właścicielem praw autorskich do „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” jest Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Zawartość czasopisma nie może być kopiowana, przesyłana do innych stron internetowych bądź zamieszczana na blogach bez pisemnej zgody wydawcy. Niemniej artykuły można drukować, kopiować lub przysyłać w formie elektronicznej na własny użytek.