

MAREK SMOLAK

USTAWY IMITACYJNE*

I. W niniejszym opracowaniu chciałbym wykazać, iż niektóre ustawy w państwach demokratycznych o ugruntowanych rządach prawa są nieakceptowalne ze względu na ich imitacyjność¹. Przez termin „ustawy imitacyjne” rozumiem takie akty normatywne stanowione przez parlament, których celem jest pozorne rozwiązanie problemu społecznego; są one swego rodzaju surrogatem, ersatzem ustawy, która ma rzeczywiście, a nie pozornie rozwiązywać określony problem społeczny, polityczny bądź ekonomiczny. Pozorność to brak woli ustawodawcy wywołania skutków swej działalności. Występuje jedynie zamiar wytworzenia przekonania u adresatów norm, że taki skutek powstaje.

Dobrym przykładem ustawy imitacyjnej jest tzw. ustawa naprawcza z 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (TK, Trybunał), która w art. 2 ust. 3 stanowi: „Terminy rozpraw albo posiedzeń niejawnych, na których rozpoznawane są wnioski, wyznaczane są według kolejności wpływu spraw do Trybunału”².

Wykazanie, że ustawy imitacyjne w państwach demokratycznych o ugruntowanych rządach prawa są nieakceptowalne, można przeprowadzić, odwołując się do trzech rodzajów argumentacji, tj. argumentacji zaproponowanej przez Ronalda Dworkina, argumentacji przywołanej przez Lona Fullera oraz argumentacji przedstawionej przez Oferę Rabana. W niniejszym opracowaniu chciałbym zaproponować jeszcze jedno ujęcie odwołujące się do konwencjonalno-instytucjonalnego charakteru wspólnoty politycznej.

II. Charakterystykę argumentacji zaproponowanej przez R. Dworkina chciałbym rozpocząć od charakterystyki ustaw szachownicowych. W książce *Imperium prawa* Dworkin stawia 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 „ściślej” 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?

* Artykuł powstał w ramach badań finansowanych przez Narodowe Centrum Nauki (OPUS 8 2014/15/B/HS5/00650).

¹ Wtrąćmy nawiasem, że moja analiza nie będzie dotyczyć imitacyjności ustaw ujmowanych jako ich dysfunkcyjność ekonomiczna, społeczna, polityczna czy moralna. Tego typu analizy zostawiam socjologom prawa czy też przedstawicielom ekonomicznej analizy prawa.

² Dz. U. 2015, poz. 2217. Oczywiście przykładów stanowienia ustaw imitacyjnych jest znacznie więcej, a ich uchwalenie jest niezależne od tego, kto aktualnie sprawuje władzę publiczną.

Czy Brytyjczycy są podzieleni w sprawie 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?³

To ostatnie pytanie w szczególności oddaje istotę tzw. ustaw szachownicowych. Ustawa szachownicowa określa kryterium różnicowania podmiotów w podobny sposób, jak w przypadku czarno-białego pola szachownicy. Ale co istotniejsze, wskazuje kryteria różnicowania, np. lata parzyste/ lata nieparzyste (odpowiednio kolor biały/czarny pola szachownicy), które z moralnego punktu widzenia, zdaniem R. Dworkina, są nie do zaakceptowania⁴. Dworkin zauważył, że tego rodzaju ustawy stanowiące są wtedy, gdy nie sposób pogodzić dwóch różnych porządków moralnych, w ramach których w jednym akceptuje się aborcję, a w drugim – nie. Przyjęcie kryterium parzystości/nieparzystości daty urodzin kobiety ujmowane w ustawach jako podstawa do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za przestępstwo aborcji bądź też nieuznania tego czynu za przestępstwo jest wynikiem kompromisu ustawodawczego, który nie znajduje oparcia w żadnych standardach moralnych. Innymi słowy, nie sposób znaleźć żadnej wewnętrznej racji moralnej w cesze parzystości/nieparzystości liczb, która uzasadniałaby takie rozwiązanie⁵.

Powyższy przykład ustaw szachownicowych skłania do sformułowania wniosku, że ustawy imitacyjne, podobnie jak ustawy szachownicowe, ze względu na swój pozorny charakter również nie znajdują oparcia w żadnych standardach moralnych.

Jeżeli przyjąć powyższe stanowisko za trafne, to rodzi się pytanie, dlaczego pozornie jest nie do pogodzenia z żadnym standardem moralnym i w konsekwencji – z ideą rządów prawa.

Odpowiadając na to pytanie, można posłużyć się Dworkinowskim wymogiem integralnej zgodności prawa z jednym „modelem sprawiedliwości”. Ów model odnosi się do całego systemu prawnego. Przyjęcie wymogu integralności prawa prowadzi do uznania, że wszystkie decyzje ustawodawcy mają być zgodne z tym samym modelem sprawiedliwości. Ustawy imitacyjne należy odrzucić, ponieważ naruszają zasady moralne wynikające z owego modelu sprawiedliwości. W sytuacji gdy sędziowie dostrzegają: po pierwsze – niezgodność ustaw z standardami moralnymi wspólnoty politycznej oraz po drugie – ich imitacyjny charakter, powinni odnaleźć koherentny system zasad dotyczących

³ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, MA, 1986, s. 178. [Tłum. cytatu za: *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, wstęp M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 180].

⁴ Nawiasem mówiąc, ustawy szachownicowe mają charakter dwupoziomowy: na pierwszym poziomie występują porządki moralne, tj. zgoda na aborcję i niezgoda na aborcję, na drugim – wskazane jest kryterium zróżnicowania: parzystości/nieparzystości daty urodzin kobiety, ujmowane w ustawach jako podstawa do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za przestępstwo aborcji bądź też nieuznania tego czynu za przestępstwo.

⁵ Oczywiście stanowienie ustaw szachownicowych zdarza się niezmiernie rzadko, ale nie oznacza to, że tak się nie dzieje. O. Raban w swym artykule podaje wymowny przykład ustawodawstwa chińskiego, w którym nakazano, by chińskie pielęgniarki uśmiechały się, pokazując dokładnie osiem zębów. Zob. O. Raban, *Racjonalizacja polityki. O związku między a demokracją a rządami prawa*, tłum. A. M. Baziór, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 76, 2014, z. 4, s. 26.

praw i obowiązków, najlepszą konstruktywną interpretację struktury politycznej oraz doktryny prawnej danej wspólnoty politycznej po to, by te ustawy odrzucić⁶.

Podstawą odróżnienia ustaw imitacyjnych od ustaw nieimitacyjnych są standardy moralne danej wspólnoty politycznej. Zatem jesteśmy w stanie podać uzasadnienie moralne normy nakazującej wyznaczenie terminu rozpraw, mając na uwadze doniosłość ustrojową spraw. Ale nie jesteśmy w stanie podać uzasadnienia moralnego normy nakazującej wyznaczenie terminu rozpraw ze względu na parzystość/nieparzystość sygnatury akt sprawy. Nadto, jesteśmy w stanie podać uzasadnienie moralne takich ustaw, które rzeczywiście mają na celu rozwiązywanie problemów społecznych, a nie jesteśmy w stanie podać moralnych argumentów dla takich ustaw, które tylko ów problem pozornie rozwiązują. Oczywiście racją moralną na rzecz ustaw nieimitacyjnych jest uznanie, że autentyczność, uczciwość rozwiązań prawnych jest dobrem moralnym podzielanym przez daną wspólnotę polityczną. I odwrotnie, wszelkie działania ustawodawcze pozorne, podobnie jak czynności prawne polegające na symulacji bezwzględnej, są niemoralne (bezwzględnie nieważne). Nie sposób bowiem wskazać racji moralnej na rzecz pozorności i symulacji rozwiązania rzeczywistych problemów społecznych, politycznych czy ustrojowych. Na przykład uważamy, że kolejność rozstrzyganych spraw wyznaczona ich doniosłością jest podyktowana racją moralną podzielaną przez wspólnotę polityczną. Oczywiście nie musimy aprobować takiego uzasadnienia. Ale uznać trzeba, że w ustawie, która określa kolejność rozpatrywanych spraw ze względu na ich doniosłość dla ustroju państwa tkwi „jądro moralnego zdrowego rozsądku”. W ustawie, która wskazuje, że kolejność rozstrzyganych spraw przez TK będzie wyznaczona datą ich wpływu, nie tkwi „jądro moralnego zdrowego rozsądku”. Innymi słowy, ustawy imitacyjne są nieakceptowalne, nie znajdujemy bowiem żadnego moralnego uzasadnienia ich ustanowienia ze względu na ich niemoralną treść lub ich pozorny charakter.

Oczywiście można zapytać, dlaczego autentyczność działań władzy ustawodawczej jest dobrem moralnym pożądanym w sferze publicznej oraz zgodna z rządami prawa, pozorność działań ustawodawczych zaś jest nieakceptowalna moralnie, ale wobec ogromnej liczby publikacji poświęconej tej problematyce (choćby np. dotyczące idei kontraktarianizmu społecznego) czuję się zwolniony z szerszej argumentacji w tej kwestii⁷.

Idea Dworkinowska, tj. sformułowanie nakazu poszukiwania jakiegoś jednego wspólnotowego standardu moralnego wtedy, gdy dochodzi do rozstrzygnięcia tzw. trudnych przypadków (a rozstrzygnięcie tego, czy mamy do czynienia z ustawą imitacyjną czy też nie, należy – moim zdaniem – do tzw. trudnych przypadków), spotkała się z wielowątkową krytyką. Wskazać można trzy pod-

⁶ Zob. R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. 186-192.

⁷ Bezsporność powyższych podstaw rządów prawa powoduje, że w celu ograniczenia ryzyka popełnienia swoistego błędu *regressus ad infinitum* w argumentacji należałoby przyjąć, iż idea rządów prawa zawiera swój niezmienny rdzeń aksjologiczny (zakaz ograniczania istoty wolności i praw) oraz zmienny półcień aksjologiczny poddawany interpretacji ze względu na zmieniające się czynniki społeczne, polityczne czy moralne.

stawowe zarzuty, jakie stawia się tej idei. Po pierwsze, trudno przyjąć, że istnieje jakakolwiek wspólnota polityczna, która oparta byłaby na jakichś wspólnych i podzielanych ideach sprawiedliwości, uczciwości i rzetelnej procedury. Po drugie, ów mityczny Dworkinowski sędzia-Herkules, który miałby dysponować nadludzkimi zdolnościami i umiejętnościami pozwalającymi mu rozstrzygać trudne przypadki, w orzecznictwie nie istnieje. Wreszcie, R. Dworkin owe standardy moralności politycznej wyprowadza z tradycji i dorobku myśli liberalnej, nie zauważając, że myśl polityczno-prawna jest znacznie bogatsza⁸.

III. Podzielając w pewnym zakresie powyższe wątpliwości, wskazać można odmienną argumentację, która unika znanych kłopotów związanych z przyjmowaniem standardów moralnych, te zaś miałyby być podzielane przez wspólnotę polityczną. Mam na myśli walor celowości prawa postulowany przez L. Fullera. Zdaniem Fullera odwołanie się do moralnego standardu może wprowadzać w błąd, ponieważ w istocie sedno problemu tkwi w nieakceptowalności celu ustawodawcy, a nie w braku wymiaru moralnego samego nakazu. Innymi słowy, to ocena celu ustawodawcy, tj. usprawnienie działalności Trybunału, a nie oceny środka, jakim jest nakaz rozpatrywania spraw zgodnie z kolejnością wpływu, ma tu decydujące znaczenie w ocenie akceptowalności decyzji ustawodawcy⁹.

W istocie ustawa imitacyjna jest nieakceptowalna ze względu na imitacyjny cel ustawodawcy. Oczywiście sam w sobie cel, jakim jest usprawnienie działalności Trybunału, jest akceptowalny, natomiast istotne tutaj jest to, że właściwy cel ustawodawcy nie jest związany z nakazanym zachowaniem. Celem prawodawcy w regulacji „nakazuje się wyznaczać termin rozprawy, mając na uwadze datę ich wpływu” nie jest uznanie, że sprawy, które najpóźniej wpłynęły, są najbardziej doniosłe, ani uznanie, że najbardziej aktualne sprawy mają walor świeżości czy też nowości. Tym celem jest ograniczenie efektywności działalności Trybunału Konstytucyjnego. W istocie tak właśnie po prostu myślimy o prawie: jeśli regulacje prawne prowadzą do osiągnięcia celu, który jest nieakceptowalny ze względu na swoją pozorną, jest mało prawdopodobne, że takie ustawy znajdą akceptację.

Dociekliwy czytelnik mógłby postawić pytanie: na jakiej podstawie uznajemy, że dany cel jest nieakceptowalny ze względu na ideę rządów prawa? Powyższe pytanie jest w istocie rzeczy pytaniem o podstawy walidacyjne naszych sądów etycznych. Dlaczego efektywność i spójność działania organów władzy sądowniczej jest wartością godną ochrony konstytucyjnej? I znów tak jak w przypadku argumentacji Dworkinowskiej, z tych samych powodów czuję się zwolniony z szerszej argumentacji na rzecz uznania efektywności i spójności władzy sądowniczej za wartość pożądaną i wartą ochrony konstytucyjnej¹⁰.

⁸ Krytyka koncepcji R. Dworkina jest wielowątkowa, zwięźle: M. Smolak, *Uzasadnianie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003, rozdz. III.

⁹ Por. L. L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. A. Amsterdamski, wstęp A. Łopatka, wprowadzenie A. Podgórecki, Warszawa 1978, s. 125 i n.

¹⁰ Por. A. Czarnota, M. Krygier, W. Sadurski (eds.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, CEU Press, Budapest-New York 2005. Por. J. Mikołajewicz, M. Smolak, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w aksjologii Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, w: S. Wron-

Wtrąćmy nawiasem, że zdaniem L. Fullera wymogi formalne prawa, takie jak publikacja, ogólność i prospektywność, by wymienić tylko niektóre z nich, mogą znacznie ograniczyć możliwość stanowienia ustaw imitacyjnych. Jak wiadomo, zdaniem Fullera, pod pewnymi warunkami wymogi formalne prawa ograniczają możliwość podjęcia decyzji prawodawczych, nie tylko nieracjonalnych, ale również niezgodnych z normami moralnymi¹¹.

Ciekawe uzupełnienie idei Fullerowskiej zaprezentował O. Raban. Zauważył bowiem, że przy ocenie zgodności regulacji prawnych z ideą rządów prawa niezbędne jest również odwołanie się do zasady racjonalności. Zaczniemy krótką charakterystykę jego poglądów od następującego przykładu. Jeżeli sędzia, oceniając doniosłość ustrojową danej sprawy, ma na uwadze objętość (liczbę kart) akt spraw (tj. doniosłe ustrojowo to te sprawy, których akta mają 200 i więcej kart, niedoniosłe to te, których akta mają objętość mniejszą aniżeli 200 kart), to uznajemy tego rodzaju kryterium doniosłości za nieracjonalne. Wadliwość tego ujęcia polega na braku związku między kryterium różnicowania (liczba kart) a doniosłością ocenianych spraw. Innymi słowy, nie ma racjonalnego związku między uznaniem, że kryterium, jakim jest liczba kart akt sprawy, determinuje doniosłość ustrojową rozpoznawanych spraw¹².

Wiedzę o cechach podmiotów danej kategorii (sprawy doniosłe ustrojowo) możemy czerpać z różnych źródeł: ustaleń nauk politycznych, ekonomii, socjologii bądź religii. Oczywiście w świetle doświadczenia i wiedzy niedorzecznym kryterium uznania spraw za doniosłe ustrojowo jest liczba kart akt sprawy. Ale nie sposób wykluczyć, że w przyszłości nauka wykaże np., że istnieje zależność między datą urodzenia i w konsekwencji znakiem zodiaku sędziego a uznaniem przez niego/nią spraw za doniosłe ustrojowo. Jak wspomniałem, wadliwość powyższego rozwiązania, tj. przyjęcia kryterium różnicowania opartego na znaku zodiaku, polega na braku racjonalnego związku między przyjętym kryterium (znak zodiaku) a cechami charakterystycznymi podmiotów danej kategorii, której kryterium to dotyczy (sprawy uznane za doniosłe ustrojowo). Reasumując, zdaniem O. Rabana musi istnieć racjonalny, a nie tylko moralny związek między nakazem prawnym a cechami objętej tym nakazem kategorii podmiotów/przedmiotów. Odnosząc to do przykładu ustawy naprawczej: musi zachodzić racjonalny związek między kryterium kolejności, jakim jest data wpływu sprawy, a cechą usprawnienia/naprawy działalności Trybunału. W sposób oczywisty ustawy imitacyjne tego warunku, zachodzenia racjonalnego związku, nie spełniają.

Ale nasuwa się następująca wątpliwość: dlaczego należy uznać, że ów racjonalny związek jest niezbędnym elementem idei rządów prawa? Czyż nie wystarczy powiedzieć, że tego typu pozorne regulacje prawne są po prostu niedorzeczne? Otóż należy zauważyć, że wymóg racjonalności jest szczególnie istotny dla regulacji prawnych. Nikt przecież nie uznaje, że kryterium otrzymania ciastka, jakie stosuje się w przypadku dziecięcej zabawy w odliczanie (co drugie

kowska (red.), *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 90-101.

¹¹ Por. L. L. Fuller, op. cit., s. 77-80.

¹² O. Raban, op. cit., s. 33-35.

dziecko otrzymuje cukierka), jest niedorzeczne. Ale wymóg wykazania racjonalnego związku, a nie tylko moralnego, jaki zachodzi między przyjętym kryterium (tj. kolejności rozpatrywania spraw), a cechami charakterystycznymi podmiotów/przedmiotów danej kategorii (usprawnienie działalności Trybunału Konstytucyjnego), jest wymogiem koniecznym ze względu na zakaz arbitralnego działania organów władzy w sferze publicznej.

IV. Trzeci sposób argumentacji, w ramach którego przyjmuje się, że niektóre decyzje prawodawcy zawarte w ustawach w państwach demokratycznych o ugruntowanych rządach prawa są trwale nieakceptowalne ze względu na ich imitacyjność, opiera się na istnieniu wspólnoty konwencjonalno-normatywnej opartej na wzajemnych przekonaniach, iż pomiędzy daną treścią przepisu nakazującego a jego celem zachodzi związek konwencjonalno-normatywny¹³. Przypomnijmy ponownie normę zawartą w ustawie naprawczej: „nakazuje się, by terminy rozpraw albo posiedzeń niejawnych, na których rozpoznawane są wnioski, wyznaczane były według kolejności wpływu spraw do Trybunału”. Jeżeli założyć, że celem powyższej reguły jest usprawnienie działalności orzeczniczej Trybunału, to cała trudność polega na wskazaniu wiedzy i rozumowań, na podstawie których można uzasadnić związek przyczynowy między wyżej wskazanym nakazem a celem wskazanym przez prawodawcę. Otóż aby istniał związek między treścią nakazu: „nakazuje się, by terminy rozpraw albo posiedzeń niejawnych, na których rozpoznawane są wnioski, wyznaczane były według kolejności wpływu spraw do Trybunału” a celem ustawodawcy: „usprawnienie/naprawienie działalności Trybunału” musi zachodzić pewien związek konwencjonalno-normatywny. Związek ten oparty jest na fakcie respektowania w odpowiedniej wspólnotie określonej konwencjonalnej praktyki społecznej, opartej na intencjonalnych wzajemnych oczekiwaniach członków tej wspólnoty, że tak, a nie inaczej w ramach danej wspólnoty będziemy się zachowywali.

Podajmy następujący przykład ilustrujący powyższą konstatację. Jeżeli obowiązywałaby norma: „nakazuje się, by terminy rozpraw albo posiedzeń niejawnych, na których rozpoznawane są wnioski, wyznaczane były według doniosłości ustrojowej spraw”, to na mocy kolektywnej intencjonalności uznajemy, że dla prawodawcy celem powyższej reguły jest ochrona porządku ustrojowego państwa, ustawodawca wie, że osiągnie ów cel przez stanowienie reguły o takiej, a nie innej treści, oraz zarówno interpretator, jak i ustawodawca wiedzą, że każdy z nich wie, że taki, a nie inny jest cel reguły: „ochrona porządku ustrojowego państwa”. Jak zatem widać, powyższa praktyka społeczna jest pewnego rodzaju wiedzą zawierającą informację skierowaną do wszystkich członków danej wspólnoty: informację, jak należy postępować w sytuacjach określonych, aby osiągnąć określone rezultaty.

Zatem realizacja reguły: „nakazuje się przyjąć kryterium doniosłości ustrojowej wniosku za kryterium kolejności rozpatrywania spraw przez TK” uzależniona jest w sposób konieczny od powszechnego respektowania w odnośnej

¹³ Por. M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, s. 83-88.

społeczności na mocy wzajemnych społecznych oczekiwań tego, że „ochrona porządku ustrojowego państwa” liczy się jako cel regulacji. W sposób oczywisty ustawy imitacyjne tego warunku nie spełniają, nie sposób bowiem na gruncie wzajemnych oczekiwań członków wspólnoty politycznej wykazać konwencjonalnego związku między nakazem: „nakazuje się, by terminy rozpraw albo posiedzeń niejawnych, na których rozpoznawane są wnioski, wyznaczone były według kolejności wpływu spraw do Trybunału” a celem nakazu: „usprawienie działalności Trybunału”. Oczywiście przekonania te mogą się indywidualnie różnić. Z reguły jednak odwołanie do wzajemnych przekonań, pojmowanych tutaj jako racja na rzecz podjęcia określonego działania, co do owego związku czynione jest *implicite* wówczas, gdy interpretator należy (a tak zazwyczaj jest) do tej samej wspólnoty praktyki społecznej, do której należy prawodawca. Swoistość tej wspólnoty konwencjonalno-normatywnej polega na tym, że efektywna realizacja celów ustawodawcy zależy w sposób konieczny od respektowania w danej wspólnocie wzajemnych przekonań co do tego, że tak, a nie inaczej te czynności powinny przebiegać. Cel ów może być zrealizowany pod tym tylko warunkiem, że inni należący do danej wspólnoty konwencjonalno-normatywnej zinterpretują owe czynności, opierając się na respektowanych przez siebie i przez ów podmiot stosownych wzajemnych przekonaniach intencjonalnych, jako takie, które służą do realizacji danego celu tekstu prawnego¹⁴. U podstaw konwencjonalistycznego ujęcia stoi zatem przeświadczenie, że generalna zgodność zachowań ludzi z jakąś regułą społeczną jest konieczna nie tylko do istnienia tej reguły, ale także do jej zdolności do stwarzania racji do działania, jakie ta reguła dostarcza każdemu, kogo zachowanie podpada po zakres regulacji tej reguły¹⁵.

Reasumując dotychczasowe ustalenia, należy wskazać, co następuje – ustawy imitacyjne są nieakceptowalne w państwach demokratycznych o ugruntowanych rządach prawa ze względu na: niezgodność regulacji prawnych ustawodawcy z standardami moralnymi wspólnoty politycznej (R. Dworkin); imitacyjny cel ustawodawcy, tj. brak związku między nakazanym/zakazanym zachowaniem a celem ustawodawcy, który jest celem pozornym (L. Fuller); brak racjonalnego związku między nakazem prawnym a cechami objętej tym nakazem kategorii podmiotów/przedmiotów (O. Raban); brak związku konwencjonalno-normatywnego pomiędzy daną treścią przepisu nakazującego a jego celem (M. Smolak).

V. W kontekście powyższych rozważań powstaje oczywiste i „klasyczne” pytanie o to, w jaki sposób argumentować, odwołując się do powyżej wskazanych racji, by przekonać wątpiących. Otóż niezależnie od wielu trudności wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem jest powołanie się na publiczny charakter owych racji. Najlepszą zaś w tej kwestii propozycją jest idea racji publicznej zaproponowana przez Johna Rawlsa. Dwa argumenty mają tutaj charakter istotny. Po pierwsze, Rawls wyraźnie rysuje granicę między racją publiczną

¹⁴ Ibidem, s. 138 i n.

¹⁵ Por. T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 343-344.

i niepubliczną. Po drugie, cechą racji publicznej jest założenie o rozumności społeczeństwa liberalno-demokratycznego¹⁶.

Oczywiście racja publiczna nie jest racją, która w sposób konieczny podzielana jest przez całą wspólnotę, a nawet jej większość. Należy brać pod uwagę jeszcze wiele innych okoliczności, co sprawia, że nie może stanowić wspólnego standardu. Z drugiej jednak strony są takie racje publiczne, które przyjmuje się niemal powszechnie. Oczywiście są wśród nich takie, które ludzie przyjmują niezbyt rozumnie i nieracjonalnie, np. oparte na uprzedzeniach. Nadto jeżeli źródła wiedzy o przekonaniach moralnych członków danej wspólnoty są niewiarygodne (np. oparte na znakach zodiaku), to o konsens co do powołania się na określone racje publiczne jest niezwykle trudno.

W jaki zatem sposób odwoływać się do racji publicznej tak, by przekonać wątpiących co do nieakceptowalnego charakteru ustaw imitacyjnych? Ron den Otter przedstawił ciekawą propozycję rozwiązania tego problemu: publiczne racje to takie, które rozumny sceptyk mógłby uznać w danej argumentacji za wystarczająco przekonujące¹⁷. To nie są racje, które ktoś mógłby uznać w warunkach zajścia idealnej sytuacji deliberacji. To również nie są racje, które każda rozumna osoba w określonych warunkach mogłaby uznać za szczególnie mocne albo które idealnie nadawałyby się na uzasadnienie. Są to racje, których takie rozumne osoby co najmniej nie uznałyby za nierozumne. Inaczej rzecz ujmując, argumentację przez odwołanie się do racji publicznej należy tak przeprowadzać, by przekonała rozumnego sceptyka. Zatem standard powołania się na rację publiczną byłby następujący: racja publiczna może stanowić podstawę do argumentacji wtedy, gdy jest racją, której żaden rozumny sceptyk nie mógłby racjonalnie kwestionować, dając jednocześnie swoje świadectwo odpowiedzialności za wspólnotę obywateli. W ten sposób sceptyk mógłby, niezależnie od swoich obiekcji, zaakceptować ową rację publiczną jako wystarczająco przekonującą, a co najmniej nie uznałyby jej za nierozumną¹⁸.

Tak zarysowana konstrukcja racji publicznej wydaje się zgodna z zasadami demokracji liberalnej, ponieważ postuluje, by podawać racje, których żaden rozumny sceptyk (dodajmy, będący członkiem społeczności demokratyczno-liberalnej, która charakteryzuje się rozumnym pluralizmem) nie mógłby kwestionować. Innymi słowy, żaden rozumny sceptyk nie mógłby kwestionować imitacyjnego i w konsekwencji nieakceptowalnego charakteru ustaw imitacyjnych. Oczywiście rozumny sceptyk mógłby preferować odmienne co do swej treści decyzje. Ale musi być przygotowany na to, by uznać decyzję niezależnie od swej niezgody co do treści tej decyzji. Stąd odwoływanie się do publicznych racji pozwala każdemu obywatelowi, włączając tych, którzy mocno kwestionują przyjętą decyzję, przyjąć ją za własną, w tym znaczeniu, że ujmowana

¹⁶ Nawiasem mówiąc, niepubliczne racje to te, które formułowane są np. przez Kościoły, partie czy uniwersytety. Szerzej na ten temat: J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, tłum. A. Romaniuk, wstęp C. Porębski, Warszawa 1998, s. 303-312.

¹⁷ R. den Otter, *Can a liberal take his own side in an argument? The case for John Rawls's idea of political liberalism*, „Saint Louis Law Journal” 49, 2005, s. 336 i n.

¹⁸ *Ibidem*, s. 356.

jest jako produkt procesu podejmowania decyzji, w ramach którego podaje się racje, co do których nie sposób rozumnie zgłaszać zastrzeżeń czy wątpliwości.

Jak widać, wymóg nałożony na podmioty, w tym w szczególności na sędziów, podawania racji publicznym testowi rozumnego sceptyka wydaje się ciekawą i obiecującą propozycją, a nadto stanowi odpowiedź tym wszystkim, którzy kwestionują legitymację sądów konstytucyjnych do orzekania w zakresie ochrony i granic ochrony praw człowieka.

prof. dr hab. Marek Smolak
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
smolak@amu.edu.pl

IMITATIVE STATUTES

Summary

This paper seeks to demonstrate that certain enactments in democratic countries where the rule of law is well established are inadmissible in view of their imitative nature. Imitative statutes are normative enactments of parliament which aim at an ostensible solution to a social problem. Ostensibility thus comprehended is accompanied by the absence of will on the part of the legislator to achieve any effect of their activity, as their sole intention is to engender a conviction among the addressed of the norms that such an effect actually takes place. The author discusses four types of reasoning in support of rejecting imitative statutes. These are as follows: first, given non-compliance of legislation with the moral standards of the political community (Ronald Dworkin); second, in view of the imitative goal of the legislator, or absence of a link between a prescribed/prohibited behaviour and the ostensible nature of legislator's goal (Lon L. Fuller); third, the lack of a rational relationship between a legal prescription and the features of the class of subject/objects to which the prescription applies (Ofer Raban); fourth, the lack of a conventional-moral relationship between the substance of a prescriptive provision and the goal of the legislator (Marek Smolak). The author argues further that argumentation based on the above four reasons should presume that public reason is involved and, consequently, administer the test of the reasonable sceptic as suggested by Ron den Otter.

