Wprowadzenie

Zdaniem Davida Dyzenhausa pytanie o stosowanie zasady proporcjonalności wyraża szczególnie doniosły problem teorii i filozofii prawa, a mianowicie problem legitymizacji prawa oraz uzasadniania decyzji sądowych (Dyzenhaus, 1999a). Z opinią tą intuicyjnie nie sposób się nie zgodzić. Przyjmując zatem coraz powszechniejsze rozumienie doniosłości owego problemu, uznać należy, że powyższa myśl wyrażona przez Dyzenhausa jest dobrym punktem wyjścia do sformułowania podstawowego pytania, jakie sobie stawiamy w niniejszej pracy. Pytanie to brzmi następująco: jak rozumnie uzasadniać decyzje sądowe, w sprawach związanych z rozstrzyganiem kolizji wartości czy dóbr w sytuacji pluralizmu moralnego czy prawnego? Nieco inaczej ów problem można ująć w następujący sposób: pluralizm moralny oraz pluralizm prawny jest stanem trwałym i nieuchronnym (ale również, naszym zdaniem, pozytywnym). Jak zatem przekonać do decyzji audytorium, składające się z równych i wolnych obywateli, co do których należy zasadnie przyjąć, że różnią się między sobą co do deklarowanych przez siebie doktryn religijnych, filozoficznych czy moralnych?

Tak postawione pytanie skłoniło nas do uważniejszego przyjrzenia się idei rozumu publicznego w ujęciu zaproponowanym przez Johna Rawlsa. W swej książce *Liberalizm polityczny* Rawls formułuje następującą myśl:

> Ponieważ władza polityczna jest opartą na przymusie władzą wolnych i równych obywateli jako ciała zbiorowego, to władza ta powinna być sprawowana, gdy chodzi o podstawowe normy konstytucyjne i podstawowe kwestie sprawiedliwości, tylko w taki sposób, by można było rozsądnie oczekiwać, że znajdzie to poparcie wszystkich obywateli oceniających rzeczy w świetle wspólnego im ludzkiego rozumu (Rawls, 1998, 202).

Pojawia się zatem naturalne pytanie: w jaki sposób owa idea dałaby się wprzęgnąć w rozwiązanie, ewentualnie w wyjaśnianie problemu legitymizacji prawa oraz uzasadniania decyzji sądów w sytuacji pluralizmu prawnego oraz moralnego?

Oczywiście koncepcja rozumu publicznego nie jest wynalazkiem współczesnym, ale to właśnie J. Rawls do starej idei tchnął nowego ducha. Stąd, w niniejszej książce będziemy się odwoływali do najbardziej wpływowej interpretacji rozumu

publicznego, tj. do koncepcji wyżej wspomnianego filozofa. Dwa założenia są tu niezmiernie ważne. Otóż, w jego ujęciu, idea rozumu publicznego jest w sposób nieodłączny powiązana z liberalną zasadą legitymacji prawa, w myśl której postuluje się, by tylko to prawo, które jest oparte na argumentach i racjach, co do których żaden z członków społeczeństwa nie ma racjonalnych przesłanek, aby je kwestionować, byłoby prawem legitymowanym. Tylko takie prawo może być stosowane pod przymusem, nawet w stosunku do tych, którzy się z tym prawem nie zgadzają. Teoria ta oparta jest na negatywnym założeniu: prawo nie może być prawem legitymowanym, jeżeli stanowienie i jego stosowanie oparte jest na argumentach i racjach, co do których jednostka nie ma powodu, aby je zaakceptować, np. nie zaakceptuje reguły prawnej, której wiążący charakter oparty jest na racjach religijnych. Odrzucenie takiej legitymacji prawa oparte jest na przekonaniu, że musi być jakiś związek pomiędzy prawem a jednostką, związek, który ustanawia racje identyfikujące korzyści, jakie dla jednostki wynikają ze stanowienia, stosowania i przestrzegania prawa. Oczywistym jest przy tym to, że przypisywanie tak dużej doniosłości korzyściom, jakie dla jednostki wynikają z przestrzegania prawa, jest tylko możliwe w państwach demokracji liberalnej, chroniącej dwie naczelne podstawowe wartości, jakimi są wolność i równość jednostek (Rawls, 1998).

Druga okoliczność jest równie doniosła. Rozum publiczny może stanowić podstawę legitymizacji działań suwerena, a w konsekwencji poddania się sile przymusu tylko wtedy, gdy władza publiczna respektuje zasady państwa prawa. Te dwa, dla niektórych naiwne założenia, w obliczu współczesnej przewagi polityki nad prawem, dla nas jednak fundamentalne, wyznaczają wszelkie ramy dyskusji o argumentacji z rozumu publicznego.

Do jeszcze jednej idei J. Rawlsa nawiążemy w niniejszej pracy. Otóż, chcielibyśmy się zastanowić nad pytaniem, czy w procesie uzasadniania sądowego można zastosować metodę szerokiej refleksyjnej równowagi, metody, którą stosuje się w rozumowaniu moralnym, a nie prawniczym. W rozumowaniu moralnym polega ona na identyfikacji tzw. intuicyjnych rozważnych, jednostkowych sądów moralnych, następnie na sformułowaniu zasad moralnych eksplikujących te sądy, wreszcie na sformułowaniu filozoficznych i niefilozoficznych teorii, które wspierałyby tak rozważne sądy moralne, jak i zasady moralne eksplikujące te sądy. Proces uzyskiwania równowagi polega na usuwaniu sprzeczności pomiędzy tymi sądami, zasadami, ale także istotnymi dla nich filozoficznymi i niefilozoficznymi tzw. teoriami tła. Ostatecznym wynikiem owego zabiegu koherencji, tj. dopasowywania tych trzech elementów, jest uzyskanie równowagi, oznaczającej ich wzajemne wspieranie się i uwiarygodnianie.

Istotnym zastrzeżeniem, jakie pojawia się w ustach krytyków tej metody, jest pytanie o status owych intuicyjnych rozważnych sądów moralnych oraz ich rolę

w rozumowaniu prawniczym. Sędziowie, którzy mieliby formułować owe intuicyjne rozważne sądy, stoją przed poważnym problemem identyfikacji intuicji oraz jej wpływu na procesy mentalne w praktyce sądowego stosowania prawa (Pietrzykowski, 2012). Tym zagadnieniem szerzej zajmiemy się w części trzeciej niniejszej książki.

Co prawda, wprowadzenia rządzą się swoimi prawami, ale już teraz chcielibyśmy zarysować treść tego opracowania. Otóż praca składa się z trzech części zawierających rozdziały, w których podejmiemy następujące wątki.

W pierwszych dwóch rozdziałach części I książki omówiono założenia testu proporcjonalności i jego krytykę. Zadaniem trzeciego, czwartego i piątego rozdziału jest zarysowanie praktyki orzeczniczej stosowania testu proporcjonalności przez Sąd Konstytucyjny Republiki Południowej Afryki oraz Trybunał Konstytucyjny w Polsce i wskazanie szczególnego związku, jaki zachodzi między testem proporcjonalności, rządami prawa a kulturą uzasadniania. Dopiero na tle tych teoretycznych rozstrzygnięć w kolejnych rozdziałach przechodzimy do przedstawienia uzasadniania sądowego, które uwzględnia ideę rozumu publicznego. Na szczegółowe omówienie wspomnianej wyżej idei będzie pora nieco później, ale już teraz niektóre jej elementy nadają się do tego, aby można było je z grubsza zarysować.

Otóż zestawienie praktyki stosowania testu proporcjonalności obu sądów konstytucyjnych doprowadziło nas do hipotezy, że powiązanie analizy proporcjonalności z argumentacją z rozumu publicznego sprzyja rządom prawa, zaś nieprzeprowadzanie argumentacji z rozumu publicznego w sytuacji ograniczenia praw i wolności jednostek prowadzi do osłabienia rządów prawa. W jaki sposób wyjaśnić owe powiązania a w zasadzie współzależność? Punktem wyjścia poczyniliśmy jeden z wymogów Fullerowskiej wewnętrznej moralności prawa. Mamy na myśli zgodność między działaniem publicznym a regułami (wymóg kongruencji) (Fuller, 1978). Przy czym Fuller nie utożsamia zasady kongruencji li tylko z zasadą legalności. Sugeruje bowiem, że w pewnych formach społecznego porządku legitymowaną decyzją jest nie tylko taka, która jest zgodna z regułami, ale taka, która jest rozumnie uzasadniona. Innymi słowy, nie mniej doniosła z perspektywy wewnętrznej moralności prawa jest nie tylko treść decyzji sądowej, która byłaby zgodna z prawem, ale również jej uzasadnienie. Jak dalej sugeruje, decyzja, która jest rezultatem racjonalnej argumentacji, musi być sama przygotowana na to, by zdać test rozumności (*test of reason*). Dlatego, kiedy sędziowie poddają ocenie decyzje władz publicznych, powinni taką samą uwagę koncentrować na samej treści decyzji, jak i na jej uzasadnieniu (Dyzenhaus, 2012).

Zadaniem rozdziału 6 części II jest ogólne zlokalizowanie idei rozumu publicznego w dziedzinie konstytucjonalizmu oraz ukazanie możliwych obszarów

jej zastosowania. Wyjaśniamy, że sednem rozumu publicznego jest nie tyle wyeksponowanie racji, na jakie powinniśmy się powoływać, co pokazanie, jakich racji nie można wskazać w procesie legitymizowania decyzji władzy politycznej. Racja publiczna to „racja wyłączająca", poniekąd metaracja, na mocy której wyłącza się z powoływania racji pierwszego stopnia, nawet gdyby w innych sytuacjach znalazły swoją użyteczność (Sadurski, 2017). Taką metaracją jest np. racja z ochrony życia ludzkiego, która wyłącza rację z przestrzegania przepisów o ruchu drogowym, gdy naruszenie przepisów może uratować komuś życie. Oczywiście w każdej innej sytuacji racja na rzecz przestrzegania przepisów o ograniczeniu prędkości pojazdów mechanicznych w terenie zabudowanym jest szeroko akceptowana.

Szczególną uwagę poświęciliśmy doniosłości idei rozumu publicznego dla procesu kontroli konstytucyjności prawa i wykładni konstytucji. Jak argumentujemy, niedozwolone motywacje, jakimi kieruje się prawodawca, sprawiają, że prawo przezeń stanowione obarczone jest wadą niekonstytucyjności. Oczywiście nieuprawnione motywy są samodzielną podstawą do stwierdzenia niekonstytucyjności ustaw. Podobnie ma się rzecz z każdą regulacją prawną: zidentyfikowanie racji niepublicznych może być samodzielną podstawą, by uznać ją za bezprawną. Niejako w tle przedmiotem zainteresowania uczyniono również powiązania, jakie zachodzą między ideą rozumu publicznego a demokracją.

Dopiero na tym tle, przygotowując pole do zasadniczych rozważań, prezentować będziemy koncepcję uzasadniania sądowego, nazwanego argumentacją z rozumu publicznego, oraz jej swoiste uszczegółowienie, a mianowicie argumentację z rozumu publicznego przeprowadzaną na podstawie przyjętego założenia o sceptycznym, rozumnym i koherentnym audytorium. W kolejnych rozdziałach tej części książki wykazujemy, że uzasadnianie sądowe pojmowane jako argumentacja z rozumu publicznego w sytuacji pluralizmu prawnego oraz pluralizmu moralnego jest możliwe do przeprowadzenia, a niekiedy nawet konieczne (Łętowska, 2005). Zdajemy sobie przy tym sprawę, że odwoływanie się do, z gruntu liberalnego konceptu, jakim jest racja publiczna, w 2020 roku w Polsce jest cokolwiek ryzykowne. Ale cały czas liczyć należy, że rozumni ludzie są w stanie zaakceptować decyzję władz publicznych, jeżeli tylko ta władza wskaże argumenty oparte na racji publicznej, a nie prywatnej czy politycznej.

Szczególną rolę przypisujemy nie tyle treści decyzji sądowych, ale racjom przywoływanym w uzasadnieniach sądowych (Schauer, 1994). Może zdarzyć się tak, że w skrajnych przypadkach jednostki nie akceptują treści decyzji orzeczniczych, a jednocześnie akceptują racje, jakie zostały sformułowane przez sąd w uzasadnieniu sporządzonym do wydanej decyzji. Naszym zdaniem, sytuacja ta jest możliwa wtedy, gdy sądy odwołują się do racji publicznej. Gwarantuje bowiem nie tylko adekwatność uzasadniania do treści orzeczenia, ale w dalszym

planie również legitymizację władzy sądowniczej, perswazyjnie ujmowanej przez Roberta Borka jako najbardziej niebezpiecznej z władz publicznych.

Zatem powstaje pytanie o możliwość zastosowania koncepcji rozumu publicznego do teorii i praktyki uzasadniania orzeczeń sądowych. Sytuacja ta ma szczególną doniosłość wtedy, gdy sądy rozstrzygając konflikt wartości, dóbr czy interesów, stosują analizę proporcjonalności. Uważamy, że analiza proporcjonalności znakomicie się nadaje w tym względzie, bowiem proponuje strukturę uzasadniania, która pozwala z sukcesem wykorzystać ideę rozumu publicznego. Znakomity znawca analizy proporcjonalności M. Kumm tak ujmuje zaletę idei rozumu publicznego: „Kiedy sądy stosują test proporcjonalności, to w istocie rzeczy oceniają to, czy legislacja może być uzasadniona w kategoriach rozumu publicznego, rozumu tego rodzaju, że każdy obywatel mógłby rozsądnie ją zaakceptować, nawet wtedy, gdyby się z nią nie zgadzał" (2010, 150). Rzec można inaczej, iż dzisiejsza doktryna proporcjonalności prezentuje wiele sposobów intuicyjnego w znacznej mierze projektu zawartego w *Teorii sprawiedliwości* J. Rawlsa, skutecznego radzenia sobie z problemami związanymi z filozoficzną z gruntu rzeczy ideą rozumu publicznego.

Nie jest i nie może być celem naszych rozważań dokonanie z perspektywy uzasadniania sądowego, całościowego przeglądu filozofii politycznej J. Rawlsa, jak mógłby ktoś zbyt pochopnie przypuścić. Takie ambitne zadanie wydaje nam się niewykonalne z licznych powodów. Przedstawienie np. tego, jak w grupie zwolenników koncepcji rozumu publicznego J. Rawlsa rozwiązuje się problem istnienia racji publicznej i sądów moralnych, nie jest żadną miarą naszym celem głównym. Ograniczamy się tutaj do przedstawienia niektórych ważniejszych, jak się zdaje, poglądów i argumentacji związanych merytorycznie z tytułem niniejszej książki.

Dotkniętej przed chwilą sprawy nie sposób oczywiście omówić szerzej, w ramach niniejszych uwag wprowadzających, jednak już w tym miejscu wskażemy, jak rozumieć argumentację z rozumu publicznego. Otóż, argumentacja z rozumu publicznego jest rozumowaniem polegającym na wykazywaniu trafności decyzji orzeczniczych, zaś trafność decyzji orzeczniczych odnosi się do jej zaakceptowania przez audytorium, do którego argumentacja jest skierowana. Z kolei, akceptacja decyzji sądowych jest konsekwencją powoływania w uzasadnieniu decyzji szczególnego rodzaju racji, jaką jest racja z rozumu publicznego. Uzasadnianie sądowe ujmowane jako argumentacja z rozumu publicznego polegałoby zatem na wykazywaniu trafności decyzji ze względu na jej, w sensie wskazanym powyżej, publiczny charakter. Jeszcze inaczej rzecz ujmując, akceptuje się decyzję sądu, bowiem w swym uzasadnieniu sąd podał takie argumenty, co do których żaden z rozumnych członków społeczeństwa nie ma racjonalnych przesłanek, aby

je kwestionować zgodnie z jego statusem wolnego i równego obywatela. Postulat ten można ująć negatywnie: decyzja nie jest trafna, zatem nie może być zaakceptowana przez audytorium, jeżeli każda rozumna jednostka działająca w sferze publicznej formułuje rozumne zastrzeżenia co do uzasadnienia decyzji i jej treści, zgodnie z jej statusem wolnego i równego obywatela.

Oczywiście nie interesują nas uzasadnienia wewnętrzne odwołujące się wyłącznie do kryterium formalnej poprawności rozumowania. Zasadniczym, a zarazem znacznie trudniejszym zagadnieniem, jest uzasadnienie zewnętrzne (racjonalność zewnętrzna), odnoszące się do kwestii doboru racji w przeprowadzanym rozumowaniu prawniczym. Trudność powyższa w szczególności znajduje swój wyraz w sytuacji stosowania analizy proporcjonalności przez sądy konstytucyjne. Dlatego adekwatne uzasadnienie decyzji na rzecz przyjmowania zasady konieczności, zasady odpowiedniości, zasady proporcjonalności *sensu stricto* oraz prawa ważenia drugiego stopnia w ramach zasady proporcjonalności powinno zawierać odwołanie do racji publicznej. Przykładowo zatem, by uzyskać akceptację danego audytorium co do tego, że korzyści wynikające z realizacji ochrony danego prawa przeważają nad uciążliwościami i dolegliwościami wynikającymi z ograniczeń innego prawa (zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu) należy sięgnąć do racji publicznej, a szerzej rzecz ujmując, do idei rozumu publicznego.

Jeśli zaś chodzi o założenie o sceptycznym, rozumnym i koherentnym audytorium to przyjmujemy, że skuteczność argumentacji z rozumu publicznego wyznaczona jest właściwościami tych, do których argumentacja jest skierowana. Wobec partykularności każdorazowego audytorium należy przyjąć, skądinąd dobrze znane, założenie kontrfaktyczne i idealizujące, że każdy członek audytorium jest sceptyczny co do tego, czy dana racja jest wystarczająco publiczna; jest rozumny a zatem gotowy, jako równy i wolny obywatel państwa demokratycznego, do zaakceptowania odmiennych argumentacji; jest koherentny, tj. sądów spójnych oraz racji na ich rzecz formułowanych odrzucić nie może. Tylko przyjmując takie założenia, jesteśmy w stanie skutecznie przeprowadzić argumentację z rozumu publicznego.

Niejako w cieniu rozważań nad argumentacją z rozumu publicznego przedstawiono nową myśl, związaną z badaniem konstytucyjności ustaw. Chodzi o stosowanie zasady szczerości rozumu publicznego, opierając się na kontrfaktycznym założeniu o rozumnym i koherentnym prawodawcy. Otóż zdaliśmy sobie sprawę, że w sytuacji podejmowania decyzji dotyczących dóbr, zwłaszcza rozwiązywania konfliktu dóbr, odwoływanie się do wielkich systemów moralności politycznej jest zadaniem daleko zbyt ambitnym, a często mało operatywnym. Sędziowie nie są filozofami, a ich zadaniem nie jest pisanie traktatów filozoficznych. Ich zada-

niem jest podanie takich racji na rzecz akceptacji decyzji, by większość rozumnych ludzi uznała je za uzasadnione, nawet wtedy, gdy się z nimi nie zgadzają. Oczywiście przy wielu zastrzeżeniach, których jesteśmy świadomi, najlepszym rozwiązaniem jest, naszym zdaniem, uzasadnianie decyzji sądowych na podstawie idei rozumu publicznego. Jednocześnie jednak mając na uwadze, po pierwsze to, że argumentacja z racji publicznej oparta jest na idealistycznej Rawlsowskiej idei, że ludzie są zdolni do współdziałania i że są skłonni do użycia publicznego rozumu, po drugie, że trudno nie dostrzegać różnicy między ideą Rawlsa dobrze urządzonego państwa, a tym, co się dzieje w rzeczywistości, po trzecie, że wartości konstytucyjne można interpretować w różny sposób (Czepita, 2014), zaproponować można podejście skromniejsze, które określiliśmy mianem argumentacji opartej na założeniu o sceptycznym, rozumnym i koherentnym prawodawcy.

W dużym uproszczeniu mówiąc, kryterium niekonstytucyjności ustaw to nie tylko jej treściowa i formalna niezgodność z konstytucją, ale naruszenie zasady szczerości rozumu publicznego. Naruszenie zasady szczerości ma miejsce wtedy, gdy zachodzi stan niezgodności między celem deklarowanym przez prawodawcę a celem ustawy będącej przedmiotem kontroli konstytucyjności.

Kolejne rozdziały części II pracy zawierają próbę zastosowania metody refleksyjnej równowagi (*reflective equilibrium*) zaproponowanej przez J. Rawlsa w procesie uzasadniania sądowego (Rawls, 1951; Daniels, 1996; Kędziora, 2016). Oczywiście nie miejsce tutaj na szerokie omówienie metody refleksyjnej równowagi. Wystarczy tylko wskazać na to, że na proces dochodzenia do refleksyjnej równowagi składają się cztery etapy: (a) wybór intuicyjnych rozważnych sądów moralnych; (b) wyjaśnianie tych sądów poprzez zasady moralne i uzyskiwanie wąskiej refleksyjnej równowagi; (c) sformułowanie filozoficznych i niefilozoficznych teorii tła, które wspierają rozważne sądy moralne oraz zasady moralne wyjaśniające sądy moralne; (d) dojście do szerokiej refleksyjnej równowagi.

Kluczowym momentem metody refleksyjnej równowagi jest osiągnięcie wzajemnego wsparcia naszych przekonań moralnych, polegające na ich wzajemnej koherencji i wyjaśnianiu oraz na sformułowaniu filozoficznych i niefilozoficznych teorii. Model rozumowania moralnego zaproponowany przez J. Rawlsa można określić jako model indukcyjny (*bottom-up model*), czy też opierający się na założeniu, że w sytuacji rozstrzygania konfliktów wartości czy zasad w naszym rozumowaniu wychodzimy najpierw od sformułowania intuicyjnych rozważnych, jednostkowych sądów moralnych, które są wyjaśniane i wspierane przez ogólne zasady moralne, te następnie wyjaśniane i wspierane są przez najobszerniejsze teorie filozoficzne i niefilozoficzne, aż do uzyskania szerokiej refleksyjnej równowagi. Nietrudno zauważyć, że ten model rozumowania moralnego w większym stopniu odpowiada rozstrzygnięciom *in concreto*.

Drugim modelem rozumowania moralnego jest model dedukcyjny (*top-down model*), w którym w sytuacji rozstrzygania konfliktów wartości czy zasad w naszym rozumowaniu i dochodzenia do refleksyjnej równowagi zaczyna się od abstrakcyjnych zasad/praw konstytucyjnych, tak by następnie przejść do analizy poszczególnych przykładów sądów jednostkowych, które miałyby zmodyfikować, a niekiedy falsyfikować wcześniej określone zasady czy też prawa konstytucyjne, a nawet najbardziej ogólne teorie i koncepcje filozoficzne i niefilozoficzne (Szutta, 2013a).

Nie przesądzając, który z modeli rozumowania moralnego jest bardziej atrakcyjny i adekwatny dla procesu uzasadniania decyzji sądowych, w szczególności gdy dotyczy rozstrzygnięcia kolizji praw konstytucyjnych, a jednocześnie w pełni akceptując podstawową ideę Rawlsa co do osiągania refleksyjnej równowagi poprzez uzyskiwanie koherencji i wspierania poszczególnych sądów moralnych, zasad moralnych i teorii, przyjęliśmy, że adekwatne i racjonalne uzasadnianie sądowe winno uwzględniać elementy metody szerokiej refleksyjnej równowagi, zaś podstawową tzw. teorią tła (wspierającą wybory i decyzje moralne) byłaby idea państwa prawnego (Waldron, 1989; Raban, 2014).

Idea zastosowania metody szerokiej refleksyjnej równowagi w uzasadnianiu sądowym została zilustrowana trzema przykładowymi sposobami argumentowania, w których próbowano zastosować wyżej wymienioną metodę. Zadaniem tego przedsięwzięcia nie jest pełna rekonstrukcja sposobów, jakimi sądy konstytucyjne argumentują, ale jedynie pokazanie, w jaki sposób owe uzasadnienia mogłyby przebiegać, gdyby w większym stopniu albo w ogóle uwzględniały metodę szerokiej refleksyjnej równowagi oraz jakie pożytki płyną z tej metody dla spójności i transparentności uzasadnień sądowych.

Zdajemy sobie przy tym doskonale sprawę, że metoda szerokiej refleksyjnej równowagi jest przeznaczona dla przekonań i rozumowań moralnych, a zatem odwołujących się do wartości moralnych, a nie wartości prawnych. Ale jak dalej argumentuję, to właśnie w pracy myślowej prawnika a w szczególności sędziego, wyżej wspomniana metoda może znaleźć szerokie i skuteczne zastosowanie.

Powyższa uwaga przypomina o jednej zasadniczej idei, która legła u źródeł powstania tej książki. Problematyka uzasadniania sądowego w sytuacji rozstrzygania kolizji praw konstytucyjnych przy zastosowaniu analizy proporcjonalności w oparciu o rozum publiczny, jak dotąd nie była podejmowana w Polsce. Istnieje niewiele opracowań dotyczących rozumowania prawniczego czy moralnego, a i tak nie odnoszą się one do problematyki rozstrzygania kolizji praw konstytucyjnych z powołaniem się na rozum publiczny. Jedyną jak dotąd próbą przeniesienia idei rozumu publicznego J. Rawlsa na grunt uzasadniania sądowego jest książka R.C. Den Ottera zatytułowana: *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism* (2009).

Zdajemy sobie sprawę, że odwoływanie się do liberalnego konceptu, jakim jest rozum publiczny, w 2020 roku w Polsce jest obecnie *passé*, a nawet zwalczane z dużą mocą i to z wielu stron. Zdajemy sobie także sprawę, że pokładanie tak dużych nadziei w moc racji, które prowadzić mogą ludzkość do lepszego rozumienia moralności i polityki jest centralną kategorią Oświecenia. Ale cały czas mocno wierzymy, a nawet jesteśmy przekonani, bowiem nie jest to kwestia wiary a wiedzy, że modernistyczny i oświeceniowy ideał liberalnej demokracji, a który przejawia się w idei rozumu publicznego, wart jest obrony i stanowi mimo wielu jej słabości, jedną z fundamentalnych idei każdej wspólnoty politycznej. Trudno sobie wyobrazić, że w danej choćby i najdziwniejszej społeczności zanikł wszelki rozum publiczny. Wszak nie jesteśmy klubem samobójców. Swoją drogą trudno nie wyzbyć się niepokoju, jaki wywołuje obraz niepożądanych skutków społecznych czy politycznych, stanowiących konsekwencje eliminowania z życia publicznego kategorii rozumu publicznego. Książka niniejsza pokazuje również, jak można w społeczeństwie, gdzie istnieją mocne podziały społeczne, proponować i realizować takie sposoby argumentowania prawniczego, które wychodzą ponad te podziały. Co prawda, nie ma w 2020 roku w Polsce owego „momentu historycznego", aby sądzić, że strony sporów trafiających przed sądy godziły się na uzasadnianie rozstrzygnięć z powołaniem się na rozum publiczny, ale być może warto pokazać, iż taki sposób uzasadnienia decyzji sądowej jest do ich dyspozycji, że w sytuacji ekstremalnego wyczerpania sporem istnieje możliwość skorzystania z niego.

W tym miejscu konieczne są jeszcze dwie wzmianki terminologiczne i jedna innej natury. Otóż, w tekście opracowania stosować będziemy terminy: „test proporcjonalności" oraz „analiza proporcjonalności", wyjątkowo niekiedy termin: „zasada proporcjonalności". Tym samym nacisk zostanie położony nie tyle na normatywną stronę proporcjonalności, co na zespół czynności, które składają się na analizę, a w której stosuje się test proporcjonalności. Nadto, na co uwagę zwrócił Wojciech Sadurski, pojęcie *public reason* tłumaczyć można jako „rozum publiczny" albo jako „racja publiczna". Oba pojęcia języka polskiego są adekwatne, jednak oddają inny aspekt pojęcia *public reason*. Słowo „rozum" odnosi się do cechy rozumności kogoś bądź czegoś, zaś słowo racja dotyczy racji, jakie przywołuje się w uzasadnieniu. Zdając sobie sprawę, że w języku polskim oba te aspekty definiowane są przez dwa różne słowa, zaś w języku angielskim jednym pojęciem, zdecydowaliśmy się na zwrot: „rozum publiczny", mimo że racja publiczna odgrywa niepoślednią rolę w argumentacji z rozumu publicznego (Sadurski, 2008).

Następna wzmianka jest innej natury. Niewątpliwie jednym z najdonioślejszych osiągnięć współczesnej teorii i filozofii prawa oraz konstytucjonalizmu jest sformułowanie oraz opracowanie zasady proporcjonalności (Alexy, 2002). Sto-

sowana przez sądy konstytucyjne wielu państw stała się pomocnym narzędziem w rozstrzyganiu zawiłych problemów konstytucyjnych, w szczególności powstających w sytuacji występowania kolizji praw konstytucyjnych. Zdajemy sobie sprawę, że stosowana jest do rozstrzygania kolizji wartości konstytucyjnych, szerzej wartości prawnych, a nie wartości moralnych, chyba że mamy do czynienia ze skrajną niegodziwością prawa pozytywnego. Niemniej jednak, jak podkreśla wielu autorów, stosowanie zasady proporcjonalności jest tak atrakcyjne dla prawników czy sędziów, mimo swego technicznego języka, właśnie dlatego, że w sposób konieczny wiąże się z przeprowadzaniem rozumowań moralnych. Nadto, owe rozumowania moralne przeprowadzane przez sędziów, muszą odpowiadać współczesnym wyzwaniom, przed jakimi stoją sądy (Kumm, Walen, 2013). Zaliczamy do nich następujące zjawiska: współobowiązywanie wielu systemów prawnych tworzących europejski i światowy porządek prawny (globalny pluralizm prawny), współistnienie wielu porządków moralnych, powodujące trudności z ustalaniem preferencji aksjologicznych dokonywanych przez sądy (pluralizm moralny), występowanie ponadnarodowych oraz ponadpaństwowych organizacji i instytucji społecznych, biznesowych i politycznych oraz stopniowy wzrost doniosłości prawa horyzontalnego, tj. powstającego w wyniku interakcji poziomych różnorodnych podmiotów, takich jak obywatele, biznes, organizacje społeczne, polityczne, organizacje pozarządowe czy zawodowe (wymownym przykładem prawa interakcyjnego jest prawo bioetyczne) (Klatt, Meister, 2012b).

Zanim przejdziemy do charakterystyki zawartości części III książki, musimy dokonać wstępnych ustaleń metodologicznych. Otóż w części III dochodzi do swoistej konfrontacji założeń, na podstawie których wspierane jest uzasadnianie decyzji sądowej (założenia o rozumnym i koherentnym prawodawcy oraz o rozumnym, koherentnym i spójnym audytorium), z badaniami empirycznymi z dziedziny psychologii moralności oraz psychologii kognitywnej. Co zatem zrozumiałe, język użyty do opisu badań oraz ich omówienie jest zgoła odmienny od języka stosowanego we wcześniejszych dwóch częściach. Nie da się również ukryć, że naszym zamiarem było sprawdzenie, czy w dużej mierze postulatywny i adaptacyjny charakter propozycji ujęcia argumentacji prawniczej jako argumentacji z rozumu publicznego znajduje swoje odzwierciedlenie w kompetencjach moralnych i poznawczych sędziów. W argumentacji z rozumu publicznego sięga się przecież do idei *stricte* filozoficzno-moralnej, stąd pytanie (które zadał wcześniej J. Waldron), czy sędziowie mają jakieś szczególne kompetencje poznawcze i moralne jest jak najbardziej zasadne.

Wreszcie na jeszcze jedną kwestię należałoby zwrócić uwagę. Niewątpliwie argumentacja z rozumu publicznego będzie najczęściej stosowana przez sądy konstytucyjne, natomiast część empiryczna zawarta w części III dotyczy niemal

wyłącznie sądownictwa powszechnego. Powstaje zatem pytanie, co pozostaje – z punktu widzenia zaproponowanych koncepcji i modeli zaprezentowanych w części I i II – dla praktyki sędziowskiej? Jakie mają szanse zaistnienia w owej praktyce? Otóż jesteśmy przekonani, że propozycję argumentowania *ex post* zawartą w części I i II z docelowym audytorium prawniczym oraz dochodzenie do decyzji *ex ante* (część III), pozbawionym tego audytorium, spotyka się w wielu miejscach, a zadaniem analizy psychologicznej jest wskazanie tych miejsc. I jeszcze jedna końcowa uwaga uzupełniająca a dotycząca spójności założeń i tez sformułowanych w niniejszej książce. Otóż część III dotyczy badań nad decyzjami sędziów, a nie sędziów konstytucyjnych, na których, co naturalne, skupione są rozważania zawarte w części I i II. Specyfika pracy myślowej sędziego sądu konstytucyjnego m.in. polega na tym uzasadnianiu swej decyzji w sytuacji rozstrzygania kolizji praw konstytucyjnych w oparciu o racje publiczne (rozumu publicznego). W szczególności ma to miejsce w sytuacji, co trafnie zauważyła S. Wronkowska, interpretacji otoczenia normatywnego konstytucji, do których należy m.in. ustalenie treści pojęć ustrojowych, społecznych czy ekonomicznych. Niemniej jednak, owa swoista relatywizacja uzasadniania (uzasadnianie sporządzane przez sędziów konstytucyjnych oraz uzasadnianie sporządzane przez sędziów powszechnych) nie stoi na przeszkodzie formułowaniu tez o umyśle sędziego, opartych nie tyle na właściwościach sporów, jakie muszą rozstrzygać sędziowie konstytucyjni i sędziowie powszechni, co na indywidualnych właściwościach sędziego i procesu podejmowania decyzji. Niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z uzasadnieniem decyzji sądu konstytucyjnego, czy sądu powszechnego wykazujemy, że racjonalność i refleksyjność podejmowania decyzji sędziowskich jest ograniczona. Oczywiście nie podważamy zaufania do sędziów i ich decyzji, chcemy tylko wskazać na ograniczenia związane z racjonalnością myślenia oraz na błędy, jakie mogą popełniać, tak samo jak reszta z nas. Idąc dalej, przekonujemy, że refleksyjność uzasadniania z rozumu publicznego pozwala wyeliminować, a co najmniej ograniczyć możliwość wpadania w pułapki poznawcze, jakie czyhają na sędziów w procesie podejmowania, jak i uzasadniania swoich decyzji.

Zatem w części III pracy zastanowimy się nad tym, co cechuje dobrego sędziego, w jaki sposób podejmuje decyzje, jak przebiega ten proces i na ile te decyzje są „racjonalne". Jakość decyzji sędziów będziemy w tej części książki analizować przez pryzmat indywidualnych właściwości. Na początek zastanowimy się, co to znaczy być dobrym sędzią i przedstawimy podstawowe informacje dotyczące kryteriów oceny sędziów i kandydatów na ten urząd w wybranych krajach europejskich. Z tej analizy wynika, jak duże znaczenie w tym zawodzie mają kompetencje poznawcze, umiejętność pracy pod presją czasu oraz kompetencje moralne. W rozdziale 11 zastanawiamy się, w jaki sposób sędziowie przetwarzają

informacje i dokonują ocen. Interesowało nas, w jakim stopniu są oni skłonni do aktywności poznawczych, które wymagają dużego wysiłku. Czy cenią sobie debatę, tworzą różne pomysły, rozwiązują problemy, angażując się intelektualnie? Czy cechuje ich kompetencja, naszym zdaniem ważna z punktu widzenia ich funkcjonowania zawodowego, tzn. niska potrzeba domknięcia poznawczego (czyli brak motywacji do przedwczesnego zamykania aktywności umysłowej)? Na zakończenie rozdziału prezentujemy wyniki badań własnych na ten temat.

Wśród kompetencji poznawczych najczęściej wskazuje się na umiejętność podejmowania decyzji, dlatego w dalszej części przybliżamy problem podejmowania decyzji – ich racjonalności i ograniczeń tej racjonalności, a także omawiamy zagadnienie heurystyk wykorzystywanych przez sędziów. W rozdziale 12 zastanawiamy się więc, czy ludzkie sądy, twierdzenia o rzeczywistości są z nią zgodne, a decyzje racjonalne. Współczesna psychologia pokazuje, że człowiek dokonuje wyborów, które obiektywnie nie są najlepsze, a do podjęcia decyzji wykorzystuje znacznie mniejszą liczbę informacji, niż do których ma dostęp. Chcielibyśmy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że przyjęcie zasady prawdy obiektywnej ma niewątpliwy wpływ na zakres podejmowanych przez sądy czynności, a nałożenie obowiązku ustalenia stanu faktycznego może ograniczać stosowanie przez sędziów zniekształceń poznawczych. Dostrzegamy jednak, że sędziowie, tak jak i inni ludzie, podlegają prawom psychologicznym i że ich racjonalność jest ograniczona. Wiele decyzji podejmowanych przez sędziów opiera się na ich przekonaniach dotyczących prawdopodobieństwa zdarzeń niepewnych, takich jak wina oskarżonego i, jak pokażemy w tym rozdziale, sędziowie posługują się przy tym ograniczonym zestawem zasad heurystycznych, dzięki którym często trudne zadania poznawcze są sprowadzane do znacznie prostszych operacji umysłowych. Przedstawimy tu szerzej informacje na temat najczęściej wykorzystywanych przez sędziów heurystyk i wywołanych nimi błędów poznawczych. Będziemy się przy tym opierać na teorii procesów dualnych, popularyzowanej przez D. Kahnemana, która mówi, że osąd i rozumowanie obejmują dwa oddzielne procesy. System 1 wiąże się z tym, czym nasz umysł w większości naprawdę się zajmuje, używając szybkiego, automatycznego i heurystycznego przetwarzania. Ale czasami myślimy nad problemem, rozważamy różne możliwości, formułujemy przypuszczenia, szacujemy prawdopodobieństwa i w świadomy, refleksyjny sposób dochodzimy do rozwiązania. Ten typ myślenia jest wolny, związany z wysiłkiem i jest podatny na zakłócenia, zwłaszcza gdy wykonujemy równocześnie inne zadania. Optymalizacja głęboko angażuje System 2. Większość z nas jest dobra w wykorzystywaniu Systemu 1, problemem jest osiągnięcie biegłości w stosowaniu Systemu 2, co jest uzależnione od edukacji, poziomu inteligencji i motywacji oraz możliwości poświęcenia całej uwagi rozwiązywanemu problemowi. Stosowanie prawa wymaga

opierania się na Systemie 2, co poznawczo jest bardzo trudne, zwłaszcza gdy weźmiemy pod uwagę obciążenie sędziów sprawami.

Oczywiście, nie sugerujemy tu, że sędziowie decydują o wyniku sprawy bez dokładnego zapoznania się z aktami, czy na podstawie takich czynników, jak jakość snu. Sędziowie działają przecież w ramach prawa, a ich decyzje są w dużym stopniu wyznaczane przepisami, do których się odnoszą i nie mogą robić tego, na co mają ochotę. A nawet gdyby chcieli tak zrobić, to sędziowie nie działają w próżni – decyzje muszą być uzasadnione, czasami są podejmowane kolektywnie, istnieją instytucje odwoławcze (instancyjność). W tej części książki przybliżymy perspektywę psychologiczną i to, w jaki sposób sama natura ludzkiego myślenia może skłaniać sędziów do zniekształcania informacji i popełniania systematycznych błędów w określonych sytuacjach.

W zawodzie tym wymaga się, by sędziowie brali pod uwagę wszystkie fakty, muszą zbadać przepisy, które odnoszą się do konkretnego przypadku, dokonać prognozowania na podstawie danych statystycznych, wysłuchać argumentów za różnymi rozwiązaniami i na tej podstawie podjąć odpowiednią decyzję. Komplikuje się to wtedy, gdy rozstrzygają wątpliwe moralnie sprawy, w których uprawnienia stron nie są oczywiste, a czasami występuje nawet konflikt moralny między uprawnieniami, przepisy prawa są ogólne a sytuacja bardzo zawiła. W takich okolicznościach rozstrzygnięcia należą do sądów, których zakres dyskrecjonalności się poszerza. Oznacza to jednak, że jednocześnie rośnie ryzyko wpływu sędziowskiej tożsamości na dokonywane oceny. W rozdziale 13 zastanowimy się nad tymi zagadnieniami i omówimy problem stronniczości ocen wynikającej z pułapek, w które nasz umysł mimowolnie wpada, oraz problem wpływu emocji, wartości i przekonań na podejmowane przez sędziów decyzje. Ważnym zagadnieniem, które się z tym łączy, są intuicje moralne osób, które wykonują ten wyjątkowy zawód. Nasze rozważania zilustrujemy wynikami badań własnych.

W rozdziale 14 pochylamy się również nad charakterystyką rozumowania moralnego dokonywanego przez sędziów w sytuacji, gdy dochodzi do rozstrzygnięć opartych na ocenach moralnych. Gdy sytuacja decyzyjna zawiera elementy moralne, to wybory, jakich dokonują ludzie, zaczynają się jeszcze bardziej wymykać zasadom logiki.

B. Wojciszke zauważał, że w ocenach moralnych „pobrzmiewa absolut" i z tego powodu chcielibyśmy, żeby były one obiektywne, nie budziły wątpliwości i by opierały się na powszechnie akceptowanych kryteriach. Jednak ludzie (i całe grupy społeczne) różnią się wartościami, a oceny moralne są wytworem umysłu. Istotą pracy sędziów jest dokonywanie rozstrzygnięć na podstawie norm i dlatego chcielibyśmy, aby ich rozumowania moralne były jak najbardziej trafne i służyły poszukiwaniu prawdy, a nie racjonalnego uzasadnienia reakcji emocjonalnych

i argumentów, które by uzasadniły podjętą wcześniej decyzję. Moglibyśmy się w związku z tym zastanawiać, czy sędziowie mają jakieś szczególne kompetencje moralne wynikające z praktyki sędziowskiej, tj. ciągłego rozstrzygania problemów moralnych i stąd mają umiejętności empatii czy wczuwania się w realne problemy ludzi? J. Waldron twierdził, że rozumowanie sędziów jest lepsze moralnie aniżeli rozumowanie innych podmiotów działających w sferze publicznej, a z kolei A. Barak dodawał, że sędziowie z racji problemów, jakie rozwiązują, niemalże codziennie dokonują eksperymentów moralnych, przez co rozwijają specjalne kompetencje moralne. Czy ma to jakieś podstawy empiryczne? W. Sadurski nie do końca się z tym zgadzał, pisząc, że chodzi nie tyle o to, że sędziowie są moralnie aseptyczni, lecz że instytucjonalne usytuowanie wymaga od nich *stricte* legalistycznego rozwiązywania dylematów moralnych w bardzo legalistyczny sposób. W przeprowadzonych przez nas badaniach postanowiliśmy przyjrzeć się problemowi kompetencji moralnych sędziów. Rozdział 14 zakończymy prezentacją wyników tych badań.

Książka ta jest efektem projektu badawczego *Stosowanie formuły ważenia i rozumowanie moralne w sytuacji pluralizmu prawnego oraz moralnego* (Opus 8 2014/2015/B/H/S5/00650) przyznanego przez Narodowe Centrum Nauki. Oczywiście książkę tę należy traktować jako dzieło wspólne, choć wkład poszczególnych współautorów nie jest równy. Wojciech Sadurski jest odpowiedzialny za rozdział 6, Marek Smolak za rozdziały od 1 do 5 oraz 7, 8, 9, a także 10, zaś Teresa Chirkowska-Smolak za rozdziały 11, 12, 13 i 14. Chcielibyśmy przy tym podziękować panu Szymonowi Nowakowi za przetłumaczenie opracowania Wojciecha Sadurskiego.

Wypada nam także sformułować wyrazy podziękowania w stosunku do recenzentów tej pracy, Profesora Jerzego Zajadło oraz Profesora Andrzeja Batora, których uwagi pozwoliły nam wyeliminować niektóre mankamenty tej pracy.