

MAREK SMOLAK

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

OD KULTURY WŁADZY DO KULTURY UZASADNIANIA.
DOŚWIADCZENIA POŁUDNIOWOAFRYKAŃSKIE

1. Etienne Mureinik, południowoafrykański konstytucjonalista oraz teoretyk prawa i administracji, na początku lat 90. ubiegłego wieku sformułował słynne zdanie, iż Konstytucja Republiki Południowej Afryki (dalej: RPA) jest pomostem między apartheidowską przeszłością utożsamianą z kulturą władzy a przyszłością związaną z kulturą uzasadniania¹. W sposób poniekąd naturalny największa rola w procesie przechodzenia do kultury uzasadniania przypadła Sądowi Konstytucyjnemu Republiki Południowej Afryki. Głównym osiągnięciem Sądu Konstytucyjnego było rozumne łączenie szacunku dla dokonanej legislatywy z jednoczesnym wzmacnianiem ochrony praw i wolności jednostek².

Wszystko to sprawia, że z perspektywy ponad dwudziestoletniego stosowania Konstytucji RPA warto nieco bliżej przyjrzeć się owemu procesowi wychodzenia z kultury władzy do kultury uzasadniania. Owa refleksja może stanowić nie tylko podstawę do sformułowania uwag ogólnych dotyczących prawniczej kultury uzasadniania, lecz może być także ilustracją problemów państw, które borykają się z problemem naruszania przez władze publiczne zasad państwa prawa.

¹ Por. E. Mureinik, *Bridge to where? Introducing to interim Bill of Rights*, „South African Journal on Human Rights” 1994, nr 10. Zdaniem Mureinika Konstytucja RPA przede wszystkim musi być postrzegana jako akt, który w swym podstawowym ujęciu, po pierwsze, ma przezwyciężyć dramatyczną historię państwa ery apartheidu, po drugie, ma dać podstawy do stworzenia państwa opartego na demokratycznych podstawach i wartościach. Te podstawowe wartości to godność, równość i wolność. Tak np. w sprawie *Soobramoney* (CCT32/97) [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997). Podobnie w: *City Council of Pretoria v Walker* (CCT8/97) [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363; 1998 (3) BCLR 257 (17 February 1998). Szerzej na ten temat zob. także: T. Roux, *Constitutional courts as democratic consolidators: Insights from South Africa after 20 years*, „Journal of Southern African Studies” 42, 2016, nr 1.

² Wielu autorów jest bardzo sceptycznych, jeśli chodzi o rolę Sądu Konstytucyjnego w sprawowaniu kontroli nad władzą ustawodawczą i wykonawczą, gdy władzę tę sprawuje jedna dominująca partia, tj. Afrykański Kongres Narodowy. Zob. S. Issacharoff, *The democratic risk to democratic transitions*, „Constitutional Court Review” 2013, nr 5, s. 30.

Zdaniem wielu autorów najpełniej wymogi kultury uzasadniania znajdują swoje zastosowanie w zasadzie proporcjonalności *sensu stricto*³. W tym obszarze zagadnień południowoafrykański Sąd Konstytucyjny wypracował ciekawe i oryginalne podejście w stosowaniu owej zasady w postaci tzw. testu zasadności (*reasonableness test*)⁴. Dlatego swoje rozważania zilustruję najważniejszymi orzeczeniami Sądu Konstytucyjnego RPA, w których ów test został najpełniej zastosowany.

Na wstępie chciałbym dokonać niezbędnych ustaleń dotyczących pojęć „kultura władzy”, „kultura uzasadniania” oraz „zasady proporcjonalności *sensu stricto*”. Pojęcia „kultura władzy”, „kultura uzasadniania” łączone są z osobą Etienne Mureinika. Następnie zostały uzupełnione i opracowane przez Moshe Cohen-Eliyiego, Iddo Porata oraz Davida Dyzenhausa⁵. W kulturze władzy uzasadnianie dla działania władzy jest konieczne na etapie jej ustanawiania, w momencie jej ustanowienia zaś władza nie widzi potrzeby uzasadniania swoich decyzji. W kulturze uzasadniania, gdy władza już została ustanowiona, musi uzasadniać swoje wszystkie decyzje. Na kulturę uzasadniania składają się dyrektywy zawierające w swej treści wymóg, po pierwsze, by wszelkie decyzje władzy publicznej były uzasadniane przez wskazanie racji, gdy decyzje te wpływają na prawnie chronione indywidualne interesy jednostek, po drugie zaś, by były ostatecznie wyprowadzane z normatywnego porządku politycznego danego społeczeństwa. W kulturze uzasadniania od władzy wymaga się tego, by formułowała materialne uzasadnienie dla wszystkich swoich działań po to, by wykazać ich zasadność. Inaczej mówiąc, można stwierdzić, że źródłem legitymizacji decyzji władzy publicznej są racje, jakie wskazuje władza w procesie uzasadniania swych decyzji. Jak podkreślają M. Cohen-Eliya i I. Porat, kultura uzasadniania przejawia się m.in. w przyjmowaniu szerokiego pojęcia praw fundamentalnych, podkreślanie roli zasad moralnych i politycznych pozaprawnych w procesie stosowania i interpretacji konstytucji, braku barier dla orzecznictwa materialnego oraz wprowadzeniu dwustopniowego procesu uzasadniania, tj. identyfikacji naruszenia prawa, a następnie oceny sposobu uzasadniania owego naruszenia przez władze publiczne⁶. Jak wskazywał E. Mureinik, orzecznictwo sądowe powinno wspierać racjonalne i przewidywalne działania państwa. W sytuacjach budzących wątpliwość sądy powinny podchodzić do decyzji ustawodawczych z szacunkiem, a nie sporządzać

³ Szerzej zob. M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and the culture of justification*, „The American Journal of Comparative Law” 59, 2011, nr 2.

⁴ Zob. I.M. Rautenbach, *Proportionality and the limitation clauses of the South African Bill of Rights*, „Potchefstroom Electronic Law Journal” 17, 2014, nr 6, s. 13. Na temat kłopotów terminologicznych związanych z tłumaczeniem angielskiego terminu „reasonableness” zob. W. Sadurski, „Rozumność” między teorią prawa a filozofią polityczną, [w:] *Rozumność rozumowań prawniczych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2008.

⁵ Szerzej zob. M. Cohen-Eliya, I. Porat, *op. cit.*; D. Dyzenhaus, *Law as justification: Etienne Mureinik's conception of legal culture*, „South African Journal on Human Rights” 1998, nr 11.

⁶ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *op. cit.*, s. 463–465.

uzasadnienia do swych decyzji, które byłyby wątpliwe czy też naciągane. Tylko rażąco nieuczciwe i rażąco niezasadne środki, jakie kreuje państwo, mogą być uznane za nieuzasadnione⁷.

W tym miejscu warto zauważyć, że już Lon Fuller podkreślał, iż zasada proporcjonalności jest jednym z tych narzędzi, które sprzyjają zachowaniu niesprzeczności systemu prawnego, ujmowanej jako jeden z ośmiu warunków wewnętrznej moralności prawa⁸. Jak sugeruje Fuller, decyzja w pewnych formach społecznego porządku (porządek prawny jest przykładem takiego porządku) jest legitymowana nie tylko wtedy, gdy może przejść test rozumnego argumentu, lecz także gdy jest rezultatem przeprowadzonej rozumnej argumentacji⁹. Innymi słowy, sędziowie mają nie tylko oceniać treść decyzji prawa, lecz także zająć się sposobami jej uzasadniania. Dla D. Dyzenhausa ten pogląd Fullera jest punktem centralnym kultury uzasadniania, w której doktryna proporcjonalności jest związana z doktryną szacunku dla właściwie uargumentowanych decyzji władzy publicznej. W tym ujęciu zasada proporcjonalności staje się integralnym elementem kultury uzasadniania¹⁰.

Z kolei rozumowanie (przedstawione w uproszczonej formie) oparte na zasadzie proporcjonalności przebiega następująco. Pierwszym krokiem w tym rozumowaniu jest ocena celu danej regulacji: czy prawo może realizować dany cel (tzw. zasada odpowiedności). Drugim krokiem jest ustalenie, czy ów cel jest na tyle społecznie istotny, by uzasadniać ewentualne ograniczenie uprawnień konstytucyjnych — ograniczenie, które jest w tym rozumowaniu przyjęte *ex hypothesi* (tzw. test konieczności). Gdy odpowiedź na te dwa pytania związane z celem jest pozytywna, uruchomiony zostaje trzystopniowy test proporcjonalności w szerokim tego słowa znaczeniu (trzeci krok). Ustala się w nim, po pierwsze, czy środki dobrane do realizacji owego celu są odpowiednie, po drugie, czy środki przyjęte w danej regulacji ograniczają określone uprawnienia konstytucyjne w sposób najmniej uciążliwy lub dolegliwy; po trzecie, czy korzyści wynikające z realizacji owego celu przeważają nad uciążliwościami i dolegliwościami wynikającymi z ograniczeń określonych uprawnień konstytucyjnych. Zauważmy, że trzeci etap polega na porównywaniu kosztów i zysków danej regulacji, a zatem może być określany jak test proporcjonalności *sensu stricto* (pojęcie proporcjonalności *sensu largo* dotyczy całego trzystopniowego rozumowania)¹¹.

W tym miejscu bardzo ważne jest podkreślenie związku między racjonalnością, która jest uzasadnieniem całej analizy proporcjonalności, a testem konieczności zawartym w drugim etapie analizy proporcjonalności *sensu largo*. Chodzi

⁷ D. Dyzenhaus, *Proportionality and deference in a culture of justification*, [w:] *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, red. G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber, Cambridge 2015, s. 233.

⁸ *Ibidem*, s. 234.

⁹ *Ibidem*, s. 235.

¹⁰ *Ibidem*, s. 254.

¹¹ Szerzej zob. M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012.

o odpowiedź na pytanie, czy środki użyte przez prawodawcę są najmniej uciążliwe ze wszystkich dostępnych do osiągnięcia przyjętego przez ustawodawcę celu. Można więc przyjąć, że w wypadku każdego określonego celu mogą istnieć rozmaite metody racjonalne, ale tylko jedna, którą można uznać za konieczną. Taki argument, choć logicznie wydaje się trafny, jest jednak przesadnie abstrakcyjny i nie uwzględnia tego, że analiza konstytucyjności jest domeną sądów praktycznych, a nie abstrakcyjnej logiki. W określonej praktyce społecznej i politycznej oceny „proporcjonalności” są równoznaczne z ocenami konieczności i nie jest przypadkiem, że w orzecznictwie niektórych sądów przyjmujących analizę proporcjonalności „konieczność” traktowana jest jako ekwiwalentna z proporcjonalnością¹². Fundamentalnym zagadnieniem jest problem uzasadnienia zewnętrznego (racjonalności zewnętrznej), odnoszącego się do kwestii doboru oraz prawdziwości przesłanek w przeprowadzanym rozumowaniu w związku z zastosowaniem zasady proporcjonalności w sytuacji rozstrzygania kolizji praw konstytucyjnych.

2. Rosnąca świadomość praktycznej doniosłości zasady proporcjonalności znalazła swoje odzwierciedlenie w pracach wielu badaczy. Można wskazać trzy kierunki badań nad zasadą proporcjonalności. W ramach pierwszego próbuje się tworzyć ogólną teorię zasady proporcjonalności. Drugi nurt badań jest nurtem krytycznym wobec zasady proporcjonalności. W jego obszarze identyfikuje się kilka słabych punktów i na tej podstawie proponuje się odrzucić tę teorię — np. zwolennicy Ronalda Dworkina uważają, że prawa człowieka są jak triumfy w talii kart i w związku z tym Dworkinowska teoria praw podmiotowych wydaje się niekompatybilna z zasadą proporcjonalności i jej centralną zasadą, tj. zasadą ważenia. Inni z kolei zauważają, że zasada proporcjonalności jest niedostatecznie opracowana, albowiem nie proponuje żadnej teorii praw podmiotowych, a nadto nie rozwiązuje problemu niewspółmierności wartości¹³.

Można wskazać jeszcze trzecie podejście, które jest stanowiskiem przychylnym wobec zasady proporcjonalności¹⁴. W jego ramach przyjmuje się podstawowe założenie, iż stosowanie zasady proporcjonalności przynosi wartościowe rezultaty. Jednak w przeciwieństwie do tego, co przyjmuje się w ramach pierwszego kierunku, badacze nie są zainteresowani budowaniem jakiegś ogólnej teorii proporcjonalności, ale koncentrują się na działaniu tej zasady w praktyce i na tym, w jaki sposób pomaga rozwiązywać spory o podłożu społecznym czy politycznym — np. zadają pytania, dlaczego różne sądy adaptują różne wersje tzw. testu

¹² Szerzej zob. M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 2.

¹³ Por. K. Moller, *Reasoning rights. Comparative judicial engagement*, [w:] *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, red. L. Lazarus, Ch. McCrudden, N. Bowles, Oxford, Portland 2014, s. 5.

¹⁴ *Ibidem*, s. 33.

proporcjonalności. Innymi słowy, przyjmują podejście komparatystyczne i starają się na tej podstawie formułować określone wnioski¹⁵.

Sąd Konstytucyjny RPA, korzystając z ustaleń nauki oraz dorobku orzeczniczego innych sądów, w swym orzecznictwie rozwinął własny standard co do tego, w jaki sposób kontrolować konstytucyjne zobowiązania państwa, dotyczące realizacji czy też ochrony praw społecznych oraz ekonomicznych. Ten standard bywa nazywany testem zasadności (*reasonableness test*). Pozwala on ocenić zasadność środków podejmowanych przez władzę publiczną, które mają na celu zrealizowanie praw społecznych i ekonomicznych, mając przy tym na uwadze dostępność możliwości do wykorzystania przez państwo zasobów¹⁶.

Test zasadności został zastosowany przez Sąd Konstytucyjny w wielu sprawach, ale wydaje się, że cztery z nich są w tej mierze najbardziej reprezentatywne. Pierwsza z nich to sprawa *Soobramoney v Minister of Health*¹⁷, w której Sąd Konstytucyjny rozstrzygał konstytucyjność przepisu aktu normatywnego, na podstawie którego choremu odmówiono dializy ze względów ekonomicznych, tj. ze względu na brak środków finansowych szpitala w Durbanie. W tej sprawie Sąd Konstytucyjny musiał wskazać, czy państwo wykonuje swoje obowiązki konstytucyjne i podejmuje odpowiednie ustawodawcze kroki w ramach określonych zasobów, jakimi dysponuje. Druga sprawa, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, która dotyczyła grupy skłótersów wysiedlonych z miejsca, w którym przebywali nielegalnie. Na podstawie przepisu 26 i 28 Konstytucji RPA skarżący wskazywali na obowiązek państwa zapewnienia obywatelom schronienia. To, że państwo nie jest w stanie zapewnić swoim obywatelom życia w godziwych warunkach, nie usprawiedliwia tego, że władze nic nie czynią w tej sprawie, nawet nie dostarczając jakiegos tymczasowego schronienia. W trzeciej sprawie, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign*, kwestionowano politykę władz, które dopuściły lek Nevirapine zwalczający HIV/AIDS tylko w ograniczonym zakresie i tylko w wypadku badań klinicznych, i jedynie wobec niektórych matek zarażonych wirusem HIV. Skarżący uważał, że taka polityka państwa narusza Konstytucję RPA, a w szczególności przepis 7, 27 i 28, albowiem państwo ma obowiązek zapewnienia określonego poziomu ochrony zdrowia, a w konsekwencji wprowadzenia stosowania owego leku dla wszystkich potrzebujących. Czwarta sprawa, *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others*¹⁸, dotyczyła decyzji władz, na mocy której obywatele Mozam-

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ F. Coomans, *Reviewing implementation of social and economic rights: An assessment of the „reasonableness” test as developed by the South African Constitutional Court*, „Potchefstroom Electronic Law Journal” 17, 2014, nr 6, s. 174.

¹⁷ (CCT32/97) [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997).

¹⁸ (CCT 13/03, CCT 12/03) [2004] ZACC 11; 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC) (4 March 2004).

biku, mających prawo do przebywania na terenie RPA, nie zakwalifikowano do udzielania pomocy społecznej, ponieważ zgodnie z ustawą o pomocy społecznej prawo do otrzymania pomocy mieli tylko obywatele RPA. Skarżący zarzucali, że jest to niezgodne z przepisem 27(1) Konstytucji, który nakazuje udzielanie pomocy społecznej wszystkim, którzy kwalifikują się do jej otrzymania.

Podstawowym zadaniem, przed jakim stanął Sąd Konstytucyjny RPA we wszystkich wymienionych sprawach, była odpowiedź na pytanie, jak realizować pozytywne zobowiązania państwa nałożone w Konstytucji RPA, jednocześnie respektując konstytucyjną zasadę podziału władzy. Inaczej rzecz ujmując, można stwierdzić, że chodzi o to, by kontrolować prawodawcę w zakresie alokacji środków budżetowych i jednocześnie nie narażać się na zarzut pogwałcenia zasady podziału władzy, pozostając przy tym strażnikiem praw zawartych w Konstytucji.

Zasada, jaką w tej kategorii spraw przyjął Sąd Konstytucyjny RPA, brzmiała następująco: Jeżeli istnieje racjonalna podstawa do wydania decyzji przez państwo, mając na uwadze cel jaki ma zrealizować, to w takiej sytuacji sąd konstytucyjny akceptuje regulację ustanowioną przez prawodawcę¹⁹.

W sprawie *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* Sąd Konstytucyjny rozwinął tę myśl, wskazując, iż:

Sąd, rozważając zasadność decyzji, nie rozstrzygał tego, czy środki, np. publiczne pieniądze, mogłyby być lepiej wydawane. Chodzi jedynie o ustalenie, czy środki w danej sytuacji wykorzystane są zasadnie. Niewątpliwie niezbędne jest rozpoznanie co do tego, które z szerokiego zestawu środków mogą być zastosowane przez państwo tak, by zadośćuczynić zobowiązaniom państwa. Oczywiście wiele z tych środków może zadośćuczynić wymogowi zasadności. Ale przyjmując takie stanowisko sąd nie angażuje się w wybory, które należą do kompetencji władzy ustawodawczej czy wykonawczej. Ponadto należy zauważyć, że po pierwsze, racjonalny program socjalny państwa musi alokować zadania i odpowiedzialność na rzecz różnych sfer wykonywania władzy (centralnej, samorządowej), dając im odpowiednie narzędzia oraz środki finansowe tak, aby wypełniały należycie obowiązki nałożone przez ustawodawcę. Po drugie, ustawodawca musi być wspierany przez odpowiednią politykę społeczną prowadzoną przez władzę wykonawczą. Po trzecie, środki, jakie chce przedsięwziąć, muszą brać pod uwagę kontekst społeczny, ekonomiczny i historyczny.

To podejście Sądu Konstytucyjnego RPA można określić zachowaniem minimalnej niekwestionowanej ochrony praw socjalnych i ekonomicznych (*minimum core approach*)²⁰. Zdaniem Sądu Konstytucyjnego podstawową zaletą tego testu

¹⁹ Orzeczenie SK RPa *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000].

²⁰ W tej kwestii dwie sprawy, które rozstrzygał Sąd Konstytucyjny, są niezmiernie doniosłe dla ochrony praw społeczno-ekonomicznych. Są to sprawy *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000); oraz *Minister of Health v Treatment Action Campaign No 1* (CCT9/02) [2002] ZACC 16; 2002 (5) SA 703; 2002 (10) BCLR 1075 (5 July 2002). W tych dwóch sprawach Sąd Konstytucyjny przyjął stanowisko, które można określić podejściem zachowania istoty prawa (*a minimum core approach*). W sprawach społeczno-ekonomicznych rola sądu jest minimalna, w tym sensie, że rozumie ją jako promowanie demokracji przez klarowne uzasadnianie swych decyzji, a nie rozwiązywanie problemu społeczno-ekonomicznego.

jest to, że zawiera elastyczne narzędzie do oceny realizacji społecznych i ekonomicznych praw, a które jednocześnie bierze pod uwagę charakterystykę aktualnej sytuacji społecznej i ekonomicznej państwa. Test zasadności przyjmuje, że nie można żądać od władz ochrony praw socjalnych i ekonomicznych, których ochrona, ze względu na zasoby budżetowe państwa, jest niemożliwa do spełnienia. Ale jednocześnie wskazuje, że na władzach ciąży obowiązek, by prawa te realizować. Podstawowym wymogiem jest zastosowanie i implementacja takich środków, które zaspokoją najbardziej pilne potrzeby społeczne czy ekonomiczne. Nadto, zastosowanie testu zasadności dostarcza silnego impulsu dla władz publicznych, aby realizowały a jednocześnie uzasadniały swoją politykę socjalną. Standard zasadności ma również tę wartość, że jest standardem dokładnym — władza publiczna jest zobowiązana do wskazania, jakie kroki chce podjąć, by zadośćuczynić zobowiązaniom konstytucyjnym w sferze praw socjalnych czy ekonomicznych. Ta metoda również w sposób jasny pomaga monitorować implementację przepisów pod kątem ich zgodności z ochroną praw społecznych czy ekonomicznych, a regulowanych w Konstytucji RPA²¹.

Z kolei krytycy wskazują, że test zasadności jest wewnętrznie niejasny, albowiem wymóg zasadności jest w dużym stopniu zależny od kontekstu. A kontekst ten może być różny, np. zmienia się polityka socjalna państwa, sądy zaś niekoniecznie muszą ją uwzględnić. Kolejnym zastrzeżeniem jest to, że test zasadności w ogóle nie podejmuje naruszeń praw ekonomicznych czy socjalnych konkretnych w wymiarze jednostkowym, co wywołuje frustrację i niezadowolenie wynikające z braku bezpośredniego przełożenia treści orzeczenia na codzienne życie ludzi.

Niektórzy krytycy wskazują, że słabość testu zasadności nie bierze się z jego istoty, ale raczej z jego nieprawidłowego stosowania. To nieprawidłowe stosowanie ma swoje trzy źródła. Po pierwsze, test, który stosuje Sąd Konstytucyjny, nie zawiera wszystkich etapów testu proporcjonalności, tj. wskazania celu, racjonalnego związku, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*. Po drugie, Sąd Konstytucyjny odwołuje się do owych etapów w nieodpowiedni sposób. Po trzecie, nie wie dokładnie, jak przeprowadzać ostatni z etapów, jakim jest zasada proporcjonalności *sensu stricto*²². Wskazuje się, iż tzw. ważenie *ad hoc* przysparza wiele trudności w orzecznictwie sądowym. Podkreśla się nieefektywność tej metodologii w ochronie obywateli przed intensywnym naruszeniem ich indywidual-

²¹ F. Coomans, *op. cit.*, s. 187.

²² J. Brown, *The Doctrine of Proportionality. A Comparative Analysis of the Proportionality Principle Applied to Free Speech Case in Canada, South Africa and the European Convention on Human Right and Freedoms*, CEU Collection 2012, s. 67.

nych wolności²³. Nadto, ważenie *ad hoc* ma tendencję do interweniowania w akty społecznej samodeterminacji w sposób metodologicznie nieprzekonujący²⁴.

Wiele uwag i zastrzeżeń, o których była mowa, jest konsekwencją debaty, która toczyła się w czasie tworzenia i uchwalania Konstytucji RPA. W szczególności sławne słowa E. Mureinika, który pisał, że jeżeli nowa konstytucja ma zrywać z kulturą autorytarności, to musi przyjąć kulturę uzasadniania, stanowiący zacytowany do dyskusji nad rolą sądów konstytucyjnych w ochronie praw i wolności jednostki²⁵. To dążenie do kultury uzasadniania ma być również zadaniem sądów, które mają promować demokratyczną ideę odpowiedzialności (*accountability*) i uzasadniania. Co więcej, to sądy muszą domagać się od innych władz uzasadniania swojego stanowiska.

3. Tak pojmowanemu zadaniu sądów postawiono zarzut, iż struktura rozumowania opartego na zasadzie proporcjonalności i mającego promować transparentność oraz obiektywność służy również ukryciu nieartykułowanych założeń filozofii politycznej, łączonych z politycznym liberalizmem²⁶. Chodzi tu zwłaszcza o tezę, że polityczna wspólnota musi pozostać neutralna odnośnie do tego, co konstytuuje tzw. dobre życie (*good life*). To założenie jest nie do zaakceptowania nie tylko dla tych, którzy nie zgadzają z zasadami politycznej filozofii, lecz także dla każdego, kto uważa, że legitymizacja działalności sądów wymaga, by kontrowersyjne zasady politycznej filozofii nie były przez nie powoływane zarówno w sposób świadomy, jak i nieświadomy²⁷. Jednak zdaniem A. Baraka

²³ Jedną ze spraw w tej kwestii paradygmatycznych jest sprawa *The State v Henry Williams and others* case no. CCT/20/94 1995 (30) SA 632, para 60. South Africa. Na tym przykładzie można pokazać przewagę w odrzuceniu analizy trzystopniowej proporcjonalności na rzecz klasycznej dwuetapowej procedury opartej na teście *suitability* i *necessity* (odpowiedności i konieczności), gdy dochodzi do intensywnego naruszenia wolności jednostki. W tym wypadku Sąd Konstytucyjny uznał, że południowoafrykański kodeks postępowania karnego narusza konstytucję w zakresie dopuszczalności kar cielesnych stosowanych wobec młodocianych (*juvenile whipping*), wskazując, iż naruszają przepisy konstytucyjne chroniące godność człowieka. Wszelkie ograniczenia praw i wolności jednostki, zgodnie z art. 33 Konstytucji RPA z 1993 roku, są dozwolone pod warunkiem, że są rozumne, konieczne oraz usprawiedliwione w otwartym i demokratycznym społeczeństwie opartym na wolności i równości.

²⁴ J. von Bernstorff, *Reasoning rights. Comparative judicial engagement*, [w:] *Reasoning Rights...*, s. 79.

²⁵ Por. M. Wesson, *The emergence and enforcement of socio-economic rights*, [w:] *Reasoning Rights...*, s. 286.

²⁶ E. Cameron, *A South African perspective on the judicial development of socio-economic rights*, [w:] *Reasoning Rights...*, s. 370.

²⁷ W wielu krajach, takich jak Izrael, Niemcy, Kanada, wprowadzenie zasady proporcjonalności do prawa konstytucyjnego dokonało się dzięki działalności sądów, zwłaszcza konstytucyjnych, np. w kanadyjskiej Karcie Praw i Wolności wskazuje się, że prawa są gwarantowane i mogą być rozsądnie ograniczane przez prawo, gdy jest to uzasadnione w wolnym i demokratycznym

analiza proporcjonalności jest analizą ekumeniczną w tym sensie, że w jej ramach można odwoływać się do wielu konkurujących z sobą teorii, ocena przydatności tych teorii zaś jest efektem rozumowania opartego na teście proporcjonalności²⁸. Co więcej, można przyjąć, że różne historyczne podłoże państw czy społeczeństw mogą konstituować różne założenia i w konsekwencji prowadzić do odmiennych rozstrzygnięć.

Jednak argument A. Baraka, iż różne założenia filozoficzne czy polityczne społeczeństw mogą być przyjmowane w sposób mniej bądź bardziej świadomy w stosowaniu zasady proporcjonalności, rodzi ważne pytanie o obiektywność procesu stosowania zasady proporcjonalności, którą miała zapewniać quasi-algorytmiczna formuła ważenia²⁹.

Zdaniem wielu autorów zasada proporcjonalności jest wprost powiązana z antyperfekcjonistycznym nurtem w liberalizmie, gdy utrzymuje, iż państwo musi być neutralne odnośnie do tego, co konstytuuje tzw. dobre życie³⁰. Antyperfekcjonizm w postaci, którą proponuje Joseph Raz, wyraża się w postulatcie, by implementacja czy promocja jakiegokolwiek *dei* dobrego życia nie była kwestią legitymizacji jakiegokolwiek działania władzy³¹. Władza powinna być neutralna odnośnie do tego, jak prowadzić dobre życie i co ono oznacza. Władza może ocenić, co jest dobre, a co nie, lecz nie na podstawie tego, że niektóre działania są korzystne dla osiągnięcia dobra, a inne takie nie są³².

Dlatego takie pojęcia, jak „wolne demokratyczne społeczeństwa”, „publiczna moralność” czy „fundamentalna sprawiedliwość”, mogą być interpretowane w zgodzie z licznymi politycznymi filozofiami, włączając w to paternalizm miękki czy twardy oraz antyperfekcjonizm. Oczywiście ocena zasady proporcjonalności pod tym względem powinna być brana pod uwagę tylko gdy relewantny tekst konstytucji da się odczytać jako ten, który daje priorytet np. antyperfekcjonizmowi. Stosowanie zasady proporcjonalności nie może obejść się bez debaty nad moralnością, wolnością czy równością. Jedynym pytaniem jest pytanie o to, jak to zrobić. Oczywiście, w sytuacji stosowania testu proporcjonalności zakłada się świadomie bądź też nie stanowisko antyperfekcjonistyczne dopóki, dopóty inne stanowisko filozoficzne konstytucyjnie nie byłoby możliwe do przyjęcia.

społeczeństwie. Ale ten postulat wzbudził wielorakie kontrowersje, np. czy tekst Karty odwołuje się bezpośrednio do całej politycznej moralności wolnego i demokratycznego społeczeństwa? Co konstytuuje rozsądne ograniczenia tych praw i wolności? Jaka jest natura społeczeństwa? Co konstytuuje to społeczeństwo i jego wspólne dobro? Oczywiście historycznie rzecz ujmując, nie są to pytania, jakie zadają sędziowie, lecz raczej filozofowie. Por. B.W. Miller, *Proportionality's blind spot: „Neutrality” and political philosophy*, [w:] *Proportionality...*, s. 370.

²⁸ *Ibidem*, s. 385.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, s. 388.

³¹ *Ibidem*, s. 389.

³² *Ibidem*, s. 393.

W kontekście dotychczasowych rozważań powstaje oczywiste i „klasyczne” pytanie o to, w jaki sposób przeprowadzać argumentację prawniczą, odwołując się do wskazanych już założeń, poglądów czy idei dobrego życia? Will Walluchow wskazuje, że w takiej sytuacji nie chodzi o poglądy indywidualnego sędziego, ale o zasady całego porządku prawnego. Na ich podstawie należy uzyskać swoisty *overlapping consensus*. Można wskazać zatem wiele zasad, które pozostają w konflikcie i to sędzia musi zdecydować, której z nich przydać większą wagę w danych okolicznościach³³. W. Walluchow sugeruje, by w takich sytuacjach odwoływać się do racji publicznej zaproponowanej przez John Rawls³⁴.

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 mogą stanowić wspólnego standardu. Jednocześnie jednak są racje publiczne przyjmowane niemal powszechnie. Oczywiście są wśród nich takie, które ludzie przyjmują niezbyt rozumnie i nieracjonalnie, np. oparte na uprzedzeniach.

W jaki zatem sposób odwoływać się do racji publicznej? Ron den Otter przedstawił ciekawą propozycję rozwiązania tego problemu: publiczne racje to takie, które rozumny sceptyk mógłby uznać w danej argumentacji za wystarczająco przekonujące³⁵. Inaczej rzecz ujmując, argumentując przez odwołanie się do racji publicznej, należy tak przeprowadzać argumentację, by przekonała rozumnego sceptyka. Standard powołania się na rację publiczną zatem byłby następujący: racja publiczna może stanowić podstawę dla argumentacji wtedy, gdy jest racją, której żaden rozumny sceptyk nie mógłby racjonalnie kwestionować, dając jednocześnie swoje świadectwo odpowiedzialności za wspólnotę obywateli³⁶.

Tak zarysowana konstrukcja racji publicznej wydaje się zgodna z zasadami liberalnej demokracji, ponieważ postuluje, by podawać racje, których rozumny sceptyk, dodajmy będący członkiem społeczności demokratyczno-liberalnej, nie mógłby kwestionować. Oczywiście rozumny sceptyk mógłby preferować odmienne co do swej treści decyzje. Ale musi być przygotowany na to, by uznać decyzje niezależnie od swej niezgody co do treści tej decyzji. Dlatego odwoływanie się do publicznych racji pozwala każdemu obywatelowi, włączając tych, którzy mocno kwestionują przyjętą decyzję, przyjąć ją jako własną w tym znaczeniu, że ujmowana jest ona jako produkt procesu podejmowania decyzji, w ramach którego podaje się racje, co do których nie sposób rozumnie zgłaszać zastrzeżeń czy wątpliwości.

³³ Zob. W. Walluchow, *On the neutrality of charter reasoning*, [w:] *Neutrality and Theory of Law*, red. J.F. Beltran, J.J. Moreso, D. M. Papayannis, Dordrecht 2013, s. 206 n.

³⁴ Nawiasem mówiąc, niepubliczne racje to te, które formułowane są np. przez kościoły, partie czy uniwersytety. Szerzej na ten temat zob. J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 1998, s. 303–312.

³⁵ 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” 2005, nr 49, s. 336 n.

³⁶ *Ibidem*, s. 356.

4. Doświadczenia Sądu Konstytucyjnego RPA w stosowaniu tzw. testu zasadności, a tym samym w implementacji kultury uzasadniania skłaniają do sformułowania kilka wniosków. Kultura uzasadniania oferuje korzyści paralelne do tych, jakie przynosi stosowanie zasady proporcjonalności. Po pierwsze, wymóg uzasadniania ma dyscyplinujący wpływ na władze publiczne. Muszą bowiem antycypować ewentualne rozstrzygnięcia sądów oparte na zasadzie proporcjonalności. Po drugie, uzasadnianie skłania do większej przejrzystości, odpowiedniości i zaufania do różnych rodzajów władz. Po trzecie, kultura uzasadniania skłania sędziów do tego, by sporządzać otwarte i rozumne uzasadnienie, gdy rozstrzygnięcie sądu prowadzi do ingerencji w treść ustawy, a tym samym w wolę ustawodawcy. Po czwarte, uzasadnianie ma pozytywny wpływ na zasadę podziału władzy. W kulturze uzasadniania władza wykonawcza oraz ustawodawcza są zobowiązane do adekwatnego uzasadniania swoich decyzji, władza sądownicza natomiast ma obowiązek podchodzić z szacunkiem do tych uzasadnień, które są racjonalne. Po piąte, nałożenie na władze obowiązku uzasadniania swych działań wzmacnia szacunek do tych władz wśród obywateli³⁷. Jak widać, korzyści z przyjęcia wymogów kultury uzasadniania są nie do przecenienia dla każdej władzy publicznej. Wzmacnia zaufanie do władz, stabilność prawa, przewidywalność działań władzy publicznej i jednolitość orzecznictwa.

Powstaje jednak pytanie, jak długo będzie trwała wiara w potrzebę wspierania kultury uzasadniania. Ostatnie doświadczenia z lekceważącym podejściem władz publicznych do Sądu Konstytucyjnego RPA nie napawają entuzjazmem. Jak wskazuje D. Dyzenhaus, ten entuzjazm z początku transformacji cały czas pozostaje niezmienny, jednocześnie jednak istnieje silna tendencja, by zgłajszachtować (*Gleichschaltung*) wymogi kultury uzasadniania w taki sam sposób, jak miało to miejsce po 1933 roku w Niemczech, co sprawia, iż przyszłość RPA jako państwa prawa nie jest różowa.

Co więcej, można zauważyć, iż po 11 września społeczeństwa zachodnie dokonują wolnej, acz zauważalnej tranzycji od państwa prawa do państwa, które wzmacnia bezpieczeństwo wewnętrzne, zwalcza terroryzm i łączy np. walkę z terroryzmem z ograniczeniem praw jednostki. Zaskakująco prowadzi to do konkluzji, że idea kultury uzasadniania może być podstawą do krytycznego spojrzenia nie tylko na Republikę Południowej Afryki, lecz także na kraje Unii Europejskiej ujmowane metaforycznie przez D. Dyzenhaua jako strażnicy płomienia Oświecenia³⁸.

³⁷ I.M. Rautenbach, *op. cit.*, s. 15.

³⁸ D. Dyzenhaus, *The pasts and future of the rule of law in South Africa*, „South African Law Journal” 2007, nr 4, s. 761.

FROM THE CULTURE OF AUTHORITY TO THE CULTURE OF JUSTIFICATION. SOUTH AFRICAN EXPERIENCES

Summary

The article focuses on gradual shift from the culture of authority to the culture of justification in South Africa. In culture of authority, justification for action is provided mainly at the stage of assigning authority and once authority has been assigned, the authorized body needs to offer little justification for its specific decisions. In a culture of justification even after authority has been assigned, the authorized body must still provide justification for all of its decisions. The culture of justification is associated with the expansive jurisdiction for the South African Constitutional Court. If proportionality is essentially a requirement of justification it is worthy to focus on The South African Constitutional Court, which has developed original proportionality test. This article examines the application of the test in order to evaluate the progress toward a society based on human dignity, equality, and freedom. This evaluation is needed not only for South Africa but also for those states which struggle with infringement of the rule of law.