

Aneta Jakubiak-Mirończuk*

Model tworzenia prawa w Polsce po reformie *Better Regulation* a idea demokracji deliberatywnej**

1. Koncepcja i instytucje demokracji deliberatywnej.

W literaturze można zaobserwować dwa główne nurty rozważań nad demokracją deliberatywną – teoria dyskursu wraz z jego warunkami i ograniczeniami oraz analiza tzw. instytucji demokracji deliberatywnej i formułowane na jej podstawie postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda*. Obszarem wspólnych dla obu nurtów są rozważania nad możliwością praktycznego dyskursu w ramach instytucji demokratycznych. Postulatem normatywnej koncepcji demokracji deliberatywnej decyzje polityczne, w tym te realizowane za pomocą tworzenia i zmian prawa, powinny być zdeterminowane racjonalnością ogółu, a nie większości. Gwarancję ich jakości powinien stanowić stopień deliberacji pomiędzy zainteresowanymi stronami¹.

Termin demokracja deliberatywna został użyty już w 1980 roku przez Josepha Bessetta². Koncepcja demokracji związana z jest z teoretycznymi rozważaniami nad Konstytucją Stanów Zjednoczonych Ameryki, przez długi czas pozostawała domeną rozważań filo-

* Dr Aneta Jakubiak-Mirończuk jest adiunktem w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa UKSW w Warszawie.

** Artykuł jest rezultatem projektu badawczego finansowanego w ramach badań własnych przez Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ R. Riedler, *Demokracja deliberalna w warunkach integracji europejskiej*, „Studia i Materiały”, Kwiecień 2 (11) 2009, s. 40

² Zob. J. Bohman, W. Rehg (red.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge 1997, s. XII

zoficznych. Z czasem stała się przedmiotem empirycznych nauk społecznych. W tym kontekście deliberacja jest ujmowana jako zjawisko społeczne, które może przynieść rezultaty zarówno pozytywne, jak i negatywne. Pojawiają się pytania o to, jaka jest droga umożliwiająca faktyczne zaistnienie demokratycznych deliberacji, w jakich warunkach i okolicznościach będą one przynosić korzystne rezultaty, do jakiego stopnia taka obywatelska aktywność może lub powinna być popierana przez rząd.

Koncepcja demokracji deliberatywnej funkcjonuje w wielu odmianach opisanych w artykule autorstwa Jona Elstera zatytułowanej *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*³. W tym kontekście demokracja deliberatywna jest alternatywą pomiędzy wizją polityki jako ścierania się jednostkowych preferencji, które konkurują ze sobą na zasadach wolnorynkowych i zostają zagregowane w decyzję społeczną odzwierciedlającą możliwości do osiągnięcia kompromisu między prywatnymi interesami oraz wizją polityki, pojmowanej na wzór forum, polityki znanej dobrze z tradycji republikańskiej⁴. Próba opracowania najważniejszych sporów i dyskusji wokół normatywnej koncepcji demokracji deliberatywnej jest zbiór esejów wydanych pod redakcją Jamesa S. Fishkina i Petera Lasletta⁵. Źródłem założenia i cele demokracji deliberatywnej jest krytyka podejmowania decyzji w oparciu o głosowanie większo-

³ J. Elster, *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory* [w:] J. Bohman, W. Rehg (red.), *Deliberative...*, s. 3-33.

⁴ J.A. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, przeł. M. Rusiński, Warszawa 1995, szczególnie rozdz. 20-22, s. 293-354.

⁵ J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating Deliberative Democracy*, Philosophy, Politics and Society 7, Blackwell, 2006.

ściowe, czyli w sposób agregatywny⁶. Alternatywą, uwzględniającą dobro wspólne w racjonalny sposób ma być „wspólny namysł”, czyli normatywna koncepcja demokracji deliberatywnej⁷.

Zdefiniowanie demokracji deliberatywnej jako procesu dochodzenia do porozumienia w sposób racjonalny, poprzez wymianę i uzasadnianie argumentów, wzajemnego uczenia się i nabywania kompetencji obywatelskich oraz dążenia do rozwiązań satysfakcjonujących wszystkich zainteresowanych odpowiada warunkom dyskursu zdefiniowanego w warunkach równości, inkluzywności i transparentności⁸. Deliberacja inaczej dochodzenie do porozumienia w drodze dyskursu może odbywać się na różnych poziomach i obszarach, jednym z nich są procedury tworzenia prawa. Tak zdefiniowana demokracja deliberatywna odpowiada warunkom racjonalności uczestników dyskursu, gdzie w oparciu o racjonalność komunikacyjną uczestnicy opierając się na racjach i rezygnując z przymusu w warunkach idealnej sytuacji mowy dążą do konsensusu poprzez uzasadnianie swoich wypowiedzi⁹.

Miarą oddziaływania argumentu jest trafność racji, polegająca na min. na tym, czy w danym kontekście argument może przekonać uczestników dyskursu do akceptacji na pewne roszczenia ważnościowe (ekspresje kognitywne, praktycznomoralne lub praktycznoestetyczne). Racjonalność komunikacyjna przejawia się: „w otwartości

⁶ Np. G. Satori, *Teoria demokracji*, PWN, Warszawa 1998, s. 151.

⁷ J. Reykowski, *Procesy grupowe a rozwiązywanie antagonistycznych konfliktów: Czy idea demokracji deliberatywnej może mieć swój psychologiczny sens?* [w:] „Psychologia Społeczna”, 2007, tom 2 02(04), s. 99.

⁸ A. McGann, *The logic of democracy. Reconciling Equality. Deliberation and Minority Protection*. Michigan 2006, s. 115.

⁹ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. I, wyd. PWN, Warszawa 1999, s. 33, 46.

na argumenty”, czyli uczestnicy albo uznają argumenty albo szukają riposty; zdolności autorefleksji, polegającej na „daniu oświecić się” co do własnej irracjonalności; gotowości dojścia do porozumienia¹⁰. Ponad to w ramach dyskursu następuje połączenie idei uzasadniania z ideą uczenia się. Co oznacza możliwość korygowania błędów, w efekcie racjonalność polega również na umiejętności uczenia się na błędach. Weryfikacja błędów odbywa się w ramach dyskursu teoretycznego, czyli poprzez wymianę argumentów co do roszczeń prawdziwości.

W obszarze praktycznomoralnym racjonalna osoba to taka, która może uprawomocnić swoje działania poprzez odwołanie się do istniejących kontekstów normatywnych¹¹. W przypadku konfliktu normatywnego konfliktu związanego z działaniem ani nie ulega afektom, ani nie kieruje się bezpośrednim interesem, ale stara się bezstronnie ocenić spór z moralnego punktu widzenia oraz zarządzić mu w trybie konsensualnym. Racje w dyskursie praktycznym mają służyć wykazaniu, że normy które zaleca się przyjąć, wyrażają uniwersalizowany interes¹². Możliwość dyskursu praktycznego w sferze moralnej, czy powinnościowej jest możliwa ze względu na ich odniesienie do potrzeb uczestników. W takim przypadku racjonalność komunikacyjna jest możliwa poprzez nastawienie refleksyjne i interpretację potrzeb w świetle kulturowo utartych standardów wartościowania.

¹⁰ S. Toulin, R.Rieke, A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York 1979, s. 13 [za:] J. Habermas, *Teoria...*, s. 47, 53-54.

¹¹ J. Habermas, *Teoria...*, s. 48.

¹² Tamże, s. 51.

Warunki równości, inkluzyjności i transparentności mogą być spełnione z jednej strony poprzez komunikowanie się aktami mowy spełniającymi roszczenia ważnościowe: propozycjonalnej prawdziwość, szczerości (inaczej autentyczności), normatywnej słuszności zgodności z przyjętymi, uznanymi normami moralnymi i społecznymi, zrozumiałości i trafności rozumianej jako adekwatność do sytuacji¹³. Ich wymiana następuje w warunkach równości stron mających swobodę wypowiedzi, wymienności ról dialogowych, wyłączenia przymusu i przy założeniu nastawienia kooperacyjnego¹⁴. Koncepcją zgodną z tym ujęciem jest sytuacja wyboru za zasłona niewiedzy J. Rawlsa, kiedy racjonalne, wolne jednostki, niezainteresowane sobą, wybierając współpracę społeczną, określają zasady podziału praw, obowiązków i korzyści¹⁵.

Termin „deliberacja” może oznaczać nie tylko „naradzanie się”, „debatowanie”, ale także „zastanawianie się nad czymś”, „namysł”, „rozważanie czegoś”. Robert Goodin w analogiczny sposób wyróżnia dwa aspekty deliberacji: interpersonalny (*external-collective*) oraz refleksyjny (*internal-reflective*)¹⁶. Pierwszy z nich odnosi się do metody podejmowania zbiorowych decyzji przez społeczeństwo polityczne, drugi do postawy obywatelskiej wrażliwości w kontekście rozumu publicznego koniecznego do „współbywania” autonomicznych jednostek w ramach społeczeństwa. Wobec tego deliberacja może być rozważana w dwóch perspektywach: interpersonalnej

¹³ Tamże, s. 461-463, 420.

¹⁴ Np. Tamże, s. 36.

¹⁵ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, PWN, Warszawa 1994, s. 24-26, 28-36.

¹⁶ R. E. Goodin, *Democratic Deliberation Within*, (w:) J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 54-79.

– oceniania, ważenia racji, wewnętrznym dialogiem z rzeczywistością społeczną i wyimaginowanym Innym¹⁷ oraz „interpersonalnej” (społecznych interakcji) – demokratyzacji życia społecznego, zwiększaniu efektywności wpływu obywateli na państwo, poszerzeniu zakresu spraw podlegających współrozstrzygnięciu w warunkach państw narodowych, wspólnot międzynarodowych, czy zjawiska globalizacji¹⁸.

W koncepcji demokracji deliberatywnej silny nacisk położony jest na wartość epistemiczną, w szczególności w kwestiach należących do *sfer* życia J. Habermasa. W sferze należącej do *systemów* uzasadnienie decyzji następuje poprzez odwołanie do wiedzy specjalistycznej co do faktów, to w *świecie* życia rozstrzygnięcia wymagają odniesienia do wartości. Upoważnienie ekspertów do wydawania autorytatywnych orzeczeń co do faktów i ich właściwości wygasa w kwestii wartości. Zgodnie z koncepcją demokracji deliberatywnej, jak i teorii dyskursu decyzja powinna być podjęta przez tych, którzy będą bezpośrednio ponosić ciężary związane z nowymi regulacjami prawnymi.

Z tej perspektywy dokonano oceny funkcjonujących instytucji społecznych, politycznych i prawnych, formułując pojęcie tzw. Deliberative Inclusionary Processes (DIPs). Tim Holmes i Ian Scoones z Institute of Development Studies użyli jej na oznaczenie różnorodnych instytucji społecznych konsultacji, takich jak: forum sąsiedzkie, obywatelskie ławy przysięgłych (*citizens' juries*), panele obywatelskie, konferencje konsensualne, głosowanie deliberatywne

¹⁷ Zob. J. Habermas, *Uwzględniając Innego*, PWN, Warszawa 2009, s. 9-10.

¹⁸ Por. R. Dahl, *Demokracja i jej krytycy*, przeł. S. Amsterdamski, Kraków 1995, s. 12.

(*deliberative polling*) czy *multi-criteria mapping*¹⁹. Różnorodność, zakres zastosowania ich w skali państwowej, czy globalnej stały się przedmiotem wielu analiz i dyskusji. Za kwestie kluczowe w tym kontekście uznano problemy: kto projektuje proces konsultacji, kto definiuje problemy, jaka jest relacja przyjętych rozwiązań i metod do tradycyjnych mechanizmów demokratycznych w szerszym kontekście zmiany politycznej. W burzliwej dyskusji podkreślano aspekt praktyczny – tzw. paradoksu większość teorii demokracji deliberatywnej - teoretycy i filozofowie dochodzą do substancjalnych konkluzji, których treść nie przechodzi testu faktycznej dyskusji na forum publicznym.

Ponad to w praktyce społeczeństw masowych podnoszone są kwestie, że otwarcie się na większą ilość opinii, poglądów i stanowisk oznacza obniżenie jakości samej dyskusji publicznej. Według J. Fishkina „polityczna równość” Fishkin jest realizowana poprzez wymóg przyznawania równej wagi wszystkim jednostkowym preferencjom, co przekłada się na równe prawa wyborcze. Deliberacja z kolei oznacza „ważenie” w dyskusji sądów konkurencyjnych, przy założeniu, że dopuszczalne są argumenty merytoryczne, celne i rzeczowe, które są podnoszone w warunkach gwarantujących, że głos każdej znaczącej liczebnie grupy będzie słyszalny, wszyscy uczestnicy będą honorować wymogi obywatelskiej grzeczności (*civility*) i skłonni będą okazywać sobie wzajemnie szacunek, angażować się w dyskusję oraz wykazywać gotowość do zrewidowania swoich poglądów

¹⁹ Tim Holmes, Ian Scoones, *Participatory Environmental Policy Process: Experiences from North and South*, IDS Working Papers, no. 113, 2000.

dów w obliczu przekonywujących kontrargumentów²⁰. Kryteria pozwalające na rozróżnienie deliberacji od codziennej wymiany zdań mają jednak charakter wyłącznie proceduralny²¹.

J. Fishkin ujmuje cechy demokracji deliberatywnej wyłącznie w kategoriach proceduralnych, o tyle A. Gutmann i D. Thompson domagają się, niezbędnego ich zdaniem, uzupełnienia wartości proceduralnych takimi wartościami substancjalnymi, jak wolność indywidualna czy równość szans, czynią to jednak, paradoksalnie, za cenę uznania i jednych, i drugich za tymczasowe, potencjalnie zbędne, korygowalne²². Takie ujęcie jest sprzeczne z koncepcjami prawa natury, w szczególności z tezami o ich uniwersalności i niezmienności. Pogodzenie tych nurtów skutkuje, dla autorów książki *Democracy and Disagreement*, rozumieniem teorii demokracji deliberatywnej jako systemów zasad mających na celu określenie w demokratycznym społeczeństwie bezstronnych, sprawiedliwych zasad politycznej kooperacji.

Ujęcia czysto proceduralne ograniczają demokrację deliberatywną do sposobu, w jaki instytucje państwowe czy społeczeństwo obywatelskie podejmują decyzje polityczne. Wartości substancjalne np. wolność jednostki i równość szans analizowane jako warunki (zasady) proceduralne. Tak jak w koncepcji J. Habermasa dochowanie warunków dyskursu ma gwarantować wynik, a zgoda na warunki

²⁰ Zob. B. Ackerman, J. Fishkin, *Deliberation Day*, (w:) J. S. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 24-26.

²¹ Pogląd przeciwny, który dopuszcza w ramach tej koncepcji ograniczenia co do treści substancjalnych-J. Cohen, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, [w:] J. Bohman, W. Rehg (red.), *Deliberative...*, Cambridge 1997, s. 407-437.

²² A. Gutmann, D. Thompson, *Deliberative Democracy Beyond Process*, [w:] J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 31-53.

jest jednoznaczna z jego akceptacją. Uzasadnieniem takiego podejścia są argumenty wysuwane w ramach teorii społeczeństwa aktywnego. Katalog preferowanych wartości w państwie powinien zależeć od preferencji obywateli uczestniczących w dyskursie, a nie być wynikiem arbitralnej decyzji naukowej. Ponad to wysuwany jest zarzut, że podział teorii na substancjalne i proceduralne nie ma żadnego związku z codzienną, obywatelską praktyką. Podejście „mieszane” stanowi konsekwencję umieszczenia w centrum koncepcji demokracji deliberatywnej zasady wzajemności (reciprocity) wraz z regułą że decyzję można uznać za wiążącą, jeśli jest właściwie uzasadniona. Warunki współpracy zostały przyjęte na wzór sprawiedliwych warunków kooperacji J. Rawlsa, czyli warunków, które każdy uczestniczący może rozsądnie przyjąć przy założeniu, że każdy inny również je przyjmuje²³. Idea wzajemności ma podwójne zastosowanie partykularne jako zasada organizacji dyskursu oraz powszechne jako zasada, co do urzeczywistnienia której wymagane są okoliczności: osobistych wolności, równości szans, jawności i przejrzystości życia publicznego.

Autorzy często koncentrują się na wybranych aspektach demokracji deliberatywnej w odniesieniu do różnych. Przykładowo J. Elster interesuje się przede wszystkim etapem, na którym określany jest porządek konstytucyjny, stąd jego odniesienie do historycznych przykładów zgromadzeń konstytucyjnych, jak Konwencja Konstytucyjna w Filadelfii w 1787 roku, francuskie Zgromadzenia Konstytucyjne w latach 1789-1791 oraz 1848 czy Zgromadzenie Konstytu-

²³ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 48.

cyjne we Frankfurcie w 1848 r.²⁴. Powołując się na ich przebieg wysuwa pewne normatywne wnioski odnośnie projektowania instytucji o charakterze deliberatywnym. James Fishkin i Robert Goodin zastanawiają się, jak zbudować procedury publicznej deliberacji w warunkach społeczeństwa masowego, natomiast dla Jeffrey'a Tullisa pretekstem do rozważań nad deliberatywnym wymiarem polityki jest interpretacja zasady podziału władz i historia republikańskiego ustroju Stanów Zjednoczonych²⁵.

2. Zarys krytyki demokracji deliberatywnej

Związek teorii demokracji deliberatywnej z teorią dyskursu widoczny jest również w analizie stanowisk krytycznych. Jednym z podstawowych zarzutów kierowanym wobec teorii działania komunikacyjnego jest zarzut idealizmu. J. Habermas bezpośrednio odnosi się do niego, mówiąc o napięciu pomiędzy elementem idealnym i realnym dyskursu. Napięcie to tworzy się z konieczności wzajemnego założenia przez uczestników dyskursu spełnienia idealnej sytuacji mowy, przy jednoczesnej świadomości występujących zaburzeń, na przykład „zanieczyszczeniach mowy” czy niewyświetlonych motywach i przymusach²⁶. W szczególności podnosi się, że niemożliwa jest w rzeczywistości realizacja idealnej sytuacji mowy oraz że niemożliwe jest pogodzenie koncepcji racjonalności indywidualnego podmiotu świadomego swoich celów i interesów z racjonalnością

²⁴ J. Elster, *Deliberation and Constitution Making*, [w:] J. Elster (red.), *Deliberative Democracy*, Cambridge 1998, s. 97-122.

²⁵ J. K. Tulis, *Deliberation Between Institutions*, [w:] J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 200-211.

²⁶ J. Habermas, *Filozoficzny...*, s. 364.

kooperacyjną²⁷. W dalszej perspektywie kooperacyjne działania komunikacyjne są korzystne, ponieważ mają prowadzić do społeczeństwa opartego na wartościach i zasadach uznanych przez jego uczestników. O ile ze względu na zmiany otaczającej uczestników rzeczywistości, jak i ich samych, porozumiewanie się będzie stale powtarzającym się procesem.

W praktyce życia społecznego jednostki mogą być bardziej zorientowane na osiąganie bliskich niż odległych celów oraz kierować się własnymi motywacjami, często indywidualistycznymi lub rywalizacyjnymi. Rezygnując z analizy przyczyn, można przyjąć, że sytuacje, w których dyskurs mógłby mieć miejsce, dzielą się na te, kiedy uczestnicy nie chcą podjąć działań na rzecz porozumienia, i na te, kiedy uczestnicy chcą, ale nie potrafią do niego doprowadzić. Nawet kooperatywnie nastawione strony, w procesie zorganizowanym według idealnej sytuacji mowy, posiadające kompetencje osobiste i językowe do prowadzenia dyskursu – muszą liczyć się z faktem, że dojdą do racjonalnie umotywowanej zgody, tylko jeżeli będą zachowywać się racjonalnie w sposób systematyczny i będą w stanie kontynuować ten proces dostatecznie długo. Co odpowiada pojęciu nielimitowanego dochodzenia do porozumienia, czyli nieograniczonego czasem dialogu²⁸. W praktyce sytuacja braku ograniczeń czasowych nie występuje. Presja czasu jest jedną z kluczowych zmienionych determinujących podejmowanie decyzji politycznych.

Odpowiedź J. Habermasa, że „faktycznie i nie zawsze (i nawet nie często) udaje się nam spełnić owe nieprawdopodobnie pragma-

²⁷ Por. G. Skąpska, *Prawo...*, s. 32.

²⁸ J. Habermas, *Teoria...*, s. 244.

tyczne założenia, które przecież zarazem przyjmujemy w naszej codziennej praktyce komunikacyjnej i – w sensie transcendentальной konieczności – przyjmować musimy” (podkreślenie: J. H.), dla wielu autorów nie jest przekonywująca²⁹. Świadomość odmiennej praktyki i trudności w realizowaniu postulatów zawartych w teorii działania komunikacyjnego nie zmienia faktu ich adekwatności do celu. Oba światy – przeżywany i celowych działań – krzyżują się w szczególności przez materialną reprodukcję skutków i konsekwencji celowych działań oddziałujących na świat przeżywany. Każdy z uczestników subiektywnie rozumie tą celowość inaczej, co więcej – dla każdego z nich może być ona obiektywnie inna. Tym bardziej odpowiedzialnością na funkcjonowanie jednostek w społeczności jest płaszczyna wspólnie zdefiniowanych sytuacji i procesów porozumienia, powiązanych z planami innych uczestników interakcji. Warunkiem funkcjonowania relacji opartych na konsensusie jest wysuwanie roszczeń ważnościowych „tu i teraz” oraz ich faktyczne uznawanie, co można sprowadzić do realizacji postulatu skutecznej komunikacji pomiędzy członkami społeczeństwa³⁰. Warunek kooperacyjnego nastawienia uczestników jest racjonalny, jeżeli celem jest utrzymanie stałych relacji w ramach określonych stosunków społecznych. Niemniej, uznając indywidualność jednostek ludzkich i prawo do podejmowania decyzji we własnych sprawach, nie można założyć, że taki cel uznają wszystkie podmioty zaangażowane w konflikty. Z drugiej strony, błędem byłoby założenie, że część z nich takiej postawy nie przyjmuje. Skoro jednostka może przyjąć postawę koope-

²⁹ J. Habermas, *Filozoficzny...*, s. 366. Por. J. Habermas, *Teoria działania...*, s. 251.

³⁰ J. Habermas, *Filozoficzny...*, s. 362-364.

racyjną, to system prawa nie powinien ograniczać możliwości rozwiązania konfliktu zgodnego z przesłankami dyskursu Habermasowskiego.

Według Fishkina, wszelkie zarzuty wysuwane pod adresem teorii demokracji deliberatywnej sprowadzają się do trzech grup: po pierwsze, nie jest możliwe spełnienie koniecznych wymogów deliberacji, ponieważ „głos publiczny”, który stanowi odbicie niedoinformowanego i nieświadomego społeczeństwa, zawsze będzie niespójny, nielogiczny i wprowadzający w błąd; po drugie, deliberacja jest niepotrzebną stratą czasu, gdyż społeczeństwo dysponuje wystarczającą liczbą reguł heurystycznych, by w przybliżeniu określić własne preferencje; wreszcie po trzecie, proces deliberacji jest co prawda możliwy do przeprowadzenia i może przyczynić się do zmiany preferencji, jest on jednak sam w sobie szkodliwy, ponieważ dyskusja publiczna powoduje radykalizację wyjściowych stanowisk. Ostatni zarzut dotyczy tego, co Cass Sunstein, inny współautor *Debating Deliberative Democracy*, określi jako regułę polaryzacji opinii w grupie³¹.

Regułę polaryzacji opinii w grupie mówi, że dyskurs prowadzony w zamkniętej grupie o spolaryzowanych poglądach może prowadzić do utwierdzenia pierwotnych poglądów jej członków, a decyzja podjęta przez grupę będzie bardziej radykalna, aniżeli wyjściowa (przed-deliberatywna postawa). W efekcie dochodzi do sytuacji „zamkniętej deliberacji” (*enclave deliberation*), charakterystycznej dla połączonej silnymi więzami, izolowanej grupy, kiedy

³¹ C.S. Sunstein, *The Law of Group Polarization*, [w:] J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 80-101.

nie występują korzyści przypisane do idei dyskursu³². Jako odpowiedź na ten rodzaj zagrożenia wysuwana jest propozycja „teledemokracji” czy inaczej „demokracji na odległość”, z zastrzeżeniem iż stanowi ona alternatywę w ramach instytucji deliberacyjnych, niż kolejny etap rozwoju samej demokracji deliberatywnej³³. „Republika elektroniczna” nie jest postrzegana jako rozwiązanie idealne. Ponożone są argumenty, że może jest ona podatna na manipulację ze względu na pewną anonimowość uczestników dyskursu³⁴. Zasadniczy wniosek wynikający z powyższych kwestii sprowadza się do twierdzenia podstawowego dla teorii dyskursu, że jakość wyniku konsensusów osiągniętych w ramach realizacji idei demokracji deliberatywnej zależy od jakości procedury i jej uwarunkowań.

Odpowiedzią na ogólną krytykę wizji państwa, którego ustrój opiera się na realizacji idei demokracji deliberatywnej są między innymi dwa typy propozycji rozwiązań mających na celu dostosowanie ideałów demokracji deliberatywnej do realiów współczesnych państw³⁵. W ramach pierwszego typu rozwiązań postulowane jest ograniczenie liczby osób zaangażowanych bezpośrednio w debatę publiczną. Drugi typ dotyczy kwestii uporządkowania przepływu informacji pomiędzy uczestnikami dyskursu, w tym poprzez selekcję danych i właściwe kodowanie komunikatów uczestników³⁶. Wolność

³² Zob. Por. S. Kowalski, M. Tulli, *Zamiast procesu. Raport o mowie nienawiści*, Warszawa 2003.

³³ S. London, *Teledemocracy vs. Deliberative Democracy: A Comparative Look at Two Models of Public Talk*, *Journal of Interpersonal Computing and Technology*, Vol 3, No 2, (April 1995), s. 33-55, Por. S. London, *Electronic Democracy*, Dayton 1993.

³⁴ L.K. Grossman, *Republika elektroniczna*, (w:) J. Szczupaczyński (red.), *Władza i społeczeństwo 2*, Warszawa 1998, s. 285-294.

³⁵ Goodin.

³⁶ Zob. J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. William Rehg, Oxford 1996, s. 363, J. Cohen, Ch.

słowa i wolność stowarzyszania się są konieczne dla obywateli, by mogli oni rzeczywiście przedstawiać swoje stanowiska na forum publicznym. Swobodny dostęp do informacji oraz możliwość zapoznawania się z różnymi opiniami pozwalają na osiągnięcie „oświeconego rozeznania”. Powyższe instytucje pozwalają także obywatelom „kontrolować wokandę”, czyli wywierać rzeczywisty wpływ na to, jakie zadania i w jakiej kolejności zostają zatwierdzone do wykonania³⁷. Podnoszone są argumenty, że ten tryb jest nieskuteczny w rozwiązywaniu problemów dotyczących ubóstwa, zatrudnienia, bezpieczeństwa socjalnego, ochrony środowiska naturalnego czy walki z terroryzmem.

Dodatkowo w systemach prawnych w pełni realizujących idee demokracji deliberatywnej rola organów państwowych musiałaby zostać ograniczona do określania ogólnych celów polityki państwowej i wspierania działalności lokalnych ciał deliberacyjnych poprzez podział odpowiedzialności i regularny nadzór nad dystrybucją dostępnych zasobów. Władza wykonawcza koncentrowałaby się na stwarzaniu warunków i organizowaniu dyskursów oraz ułatwiała benchmarking redukując koszty pozyskiwania informacji. Sądy sprawujące kontrolę konstytucyjną pozostawałoby zapewnianie partycypacyjno-deliberatywnego charakteru procesu poprzez bezpośrednie powoływanie się zarazem na zasady konstytucyjne i racje o charakterze czysto politycznym. W takim idealnym ujęciu (poliarchia partycypacyjno-deliberatywnej) zakłada równowagę, rozumianą jako brak przewagi, pomiędzy instytucjami centralnymi i lokalnymi,

Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy*, *European Law Journal*, 3, no. 4, Dec 1997, s. 313-342.

w której obywatele, a nie Sądy czuwają nad przestrzeganiem zasad konstytucyjnych.

Poza ujęciem idealnym, podkreślany jest aspekt praktyczny założeń demokracji deliberatywnej, w kontekście zbieżności z wizją społeczeństwa obywatelskiego. Z tej perspektywy akcent przesunięty jest na zmianę jakości języka publicznego, poprzez konstrukcję „Innego”, inaczej założenie, że możliwym jest dzięki empatii, wczucia się w sytuację drugiego człowieka, umiejętności wyobrażenia sobie siebie samego w jego położeniu. Im bardziej „ten drugi” będzie obecny w naszym umyśle, tym bardziej legitymizowana będzie ostateczna decyzja, nawet jeśli formalnie zostanie podjęta drogą głosowania większościowego. Jest to sposób na „demokratyzowanie” sposób myślenia³⁸. Od demokracji deliberatywnej wymaga się spełnienia kilku niezbędnych warunków, wśród których znajduje się między innymi: włączenie jak najliczniejszej grupy uczestników objętych prawami obywatelskimi, uzasadnianie argumentów i roszczeń, uwzględnienie interesów i potrzeb ogółu, a nie jednostek, wzajemny szacunek, dążenie do osiągnięcia konsensu. Warunki te nie mogą i nie muszą być jednocześnie spełnione na każdym etapie procesu podejmowania decyzji politycznych. Jedyne na co możemy liczyć to to, że poszczególne elementy ideału deliberującej społeczności znajdują spełnienie w różnych instytucjach demokracji przedstawicielskiej. Ponda to w demokracja potrzebuje jednocześnie

³⁷ R. Dahl, *Demokracja...*, s. 311.

³⁸ R. Goodin, *Sequencing Deliberative Moments*, paper presented to the Conference on “Empirical Approaches to Deliberative Politics”, European University Institute, Florence, 21-22 May 2004 (za:) A. Krzynówek, recenzja pracy zbiorowej-J. Fishkina i P. Lasletta (red.), *Debating Deliberative Democracy. Philosophy, Politics and Society* 7, Oxford 2003, s. 11.

dwoch różnych typów obywatelstwa – „powściągliwego” i „zaangażowanego” realizowanego poprzez bezpośrednie uczestnictwo w dyskursach i poprzez aktywną ich obserwację³⁹.

Kolejną istotną kwestią jest bilans korzyści i kosztów procesów decyzyjnych opartych na procedurze dyskursu. Katalog kosztów I. Shapiro wiąże się z organizacją i przeprowadzeniem procesu podejmowania decyzji, np. legislacyjnej, charakteru dyskursu, za koszt zasadniczy uznał on czas (uczestnicy poświęcają czas, jednocześnie proces w zależności od ilości zaangażowanych podmiotów pozostaje nieokreślony)⁴⁰. Interesujący jest wniosek tego autora, że nawet w przypadku braku konsensusu, wartością procedur deliberatywnych jest ujawnienia interesów, różnic, czy zmiennych decyzyjnych, których wcześniej nie były uświadomione. Rozważając formy dyskursów publicznych Shapiro posługuje się narzędziami analizy ekonomicznej. Od Alberta Hirschmana, amerykańskiego ekonomisty, specjalizującego się w ekonomii rozwoju, zapożycza dwie główne kategorie: mechanizm rozstania (*exit*) oraz mechanizm krytyki (*voice*), postulując iż instytucje deliberatywnej powinny funkcjonować w obszarach w których obywatel nie może skorzystać z możliwości *rozstania* się z władztwem państwowym⁴¹.

W kategoriach kosztu przedstawiana jest również konieczność wyboru pomiędzy kolektywną racjonalnością odzwierciedlającą aspekt deliberatywny i adekwatną reprezentacją preferencji indywi-

³⁹ I.M. Young, *Activist Challenges to Deliberative Democracy*, (w:) J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 102-120.

⁴⁰ I. Shapiro, *Optimal Deliberation?*, [w:] J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 121-137, Zob. I. Shapiro, *Stan teorii demokracji*, s. 58-66.

dualnych odzwierciedlającą aspekt demokratyczny, co w uproszczeniu przekłada się na dylemat pomiędzy preferencją ogólnego pojęcia „dobra wspólnego” a sumy siły indywidualnych wyborów⁴². Na gruncie teorii dyskursu dylemat ten nie istnieje, ponieważ warunki etyki sytuacji mowy i roszczeń ważnościowych z założenia mają spowodować znalezienie obszaru wspólnego dla interesów jednostkowych i dobra wspólnego. Ograniczenia wynikające np. z funkcjonowania instytucji deliberatywnych w demokracjach masowych powodują, że dylemat ten staje się poważnym argumentem.

Pettit proponuje rozważenie republikańskiej interpretacji ideału demokracji deliberatywnej. W jego ujęciu, „wolność republikańska” oznacza brak dominacji, sytuację, w której nikt nie może w sposób nieupoważniony, arbitralny ingerować w życie drugiego człowieka. Co otwiera dyskusję o granicach wolności pomiędzy państwem a obywatelem. Republikańska koncepcja Pettita zakłada ustrój demokracji przedstawicielskiej, wsparty szeroką platformą publicznych dyskursów o roli kontrolnej. Takie ujęcie odpowiada poglądom Fishkina i D. Millera, że główną rolą instytucji deliberatywnych jest uświadomienie ujawnienie indywidualnych punktów widzenia i wykształcenie się wspólnego punktu widzenia⁴³. Demokracja deliberatywna nie zakłada istnienia obiektywnie słusznej racji. Strony sporu mogą osiągnąć zgodę względem normy substancjalnej jaka, ich zdaniem, ma w danym przypadku zastosowanie, albo względem proce-

⁴¹ Więcej na temat mechanizmów *rozstania i krytyki*-A.Hirschman, *Lojalność, krytyka, rozstanie. Reakcje na kryzys państwa, organizacji i przedsiębiorstwa*, Kraków 1995.

⁴² P. Pettit, *Deliberative Democracy, Discursive Dilemma, and Republican Theory*, (w:) J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 138-162.

dury. W każdym przypadku zaakceptowana przez wszystkich decyzja będzie decyzją rozsądną, pod żadnym pozorem nie oznacza to jednak, iż odzwierciedla ona jakąś wyższą normę sprawiedliwości czy słuszności. Rozstrzygnięcie wydaje się jednak posiadać legitymizację na mocy poprzedzającej je procedury porozumiewania w której uczestniczą zainteresowani⁴⁴. Wymiana argumentów zdefiniować problem - konflikt interesów w konkretnym obszarze stosunków społecznych, a to z kolei pozwala na wybór właściwej metody podjęcia ostatecznej decyzji co do wyboru alternatyw.

Z powyższej, ramowej analizy idei i celów demokracji deliberatywnej wynika, że jej związek z teorią dyskursu zależy od ujęcia. W praktyce problemy pojawiające się przy zorganizowaniu debat publicznych zgodnie z warunkami dyskursu, czy sytuacji pierwotnej są rozwiązywane poprzez rezygnację lub uproszczenie niektórych wymogów. Abstrahując od rozważań nad teorią demokracji, interesujący jest nurt rozważań, który akcentuje korzyści z funkcjonowania instytucji deliberacyjnych w sferze publicznej. Wskazując, że bez osiągnięcia ideału demokracji deliberatywnej, w ramach współczesnych systemów możliwa jest poprawa procesów decyzyjnych, w tym w zakresie tworzenia prawa. Takie ujęcie wpisuje się w twierdzenie, że teoria demokracji deliberatywnej i teoria wyboru społecznego nie wykluczają się, a są wobec siebie komplementarne⁴⁵.

⁴³ D. Miller, *Deliberative Democracy and Social Choice*, (w:) J. Fishkin, P. Laslett (red.), *Debating...*, s. 182-199.

⁴⁴ Zob. J.S. Fishkin, *When people speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press 2009, s. 47-53.

⁴⁵ Więcej Ch. Z. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press 2009, s. 207-220, J.S. Dryzek, Ch. List, *Social Choice Theory and Deliberative Democracy: A Reconciliation*, *British Journal of Political Science*, 33 (1), 2003, s. 1-28 (za:) A. Krzynówek, recenzja pracy zbiorowej-

3. Założenia reformy *Better Regulation*.

W związku z realizacją Strategii Lizbońskiej Rada Ministrów przyjęła system Oceny Skutków Regulacji⁴⁶. Wytyczne do Oceny Skutków Regulacji określają zasady oceny kosztów i korzyści projektów rządowych. Ich treść odpowiada wymogom Zasad Techniki Prawodawczej, precyzując je i wprowadzając szereg wskazań praktycznych zobrazowanych przykładami. Podmioty uczestniczące w przygotowywaniu projektów ustaw są zobowiązane, przede wszystkim, do uwzględnienia kryteriów materialnych jak i funkcjonalnych. Główne kryteria funkcjonalne wynikające z wytycznych do Oceny Skutków Regulacji to efektywność i proporcjonalność. Założono, iż „przyjmowane przez Państwo rozwiązania legislacyjne i poza legislacyjne powinny realizować maksimum celów gospodarczych, środowiskowych i społecznych przy minimalnym obciążeniu podmiotów gospodarczych i społeczeństwa”⁴⁷. Jeżeli byłby zachowywane wymogi racjonalnego podejmowania decyzji regulacyjnej to można by domniemywać, że zmiana prawa była by zmianą konieczną. Przyjęcie ograniczeń w sposobie podejmowania decyzji regulacyjnej jest narzędziem mającym na celu ograniczenie zjawiska inflacji prawa, w szczególności inflacji obciążeń nakładanych na obywateli na rzecz organów administracji państwowej. Wprowadzono w ramach regulaminu Sejmu RP obowiązek uzasadniania projek-

J. Fishkina i P. Lasletta (red.), *Debating Deliberative Democracy. Philosophy, Politics and Society* 7, Oxford 2003, s. 26-27.

⁴⁶ W Polsce system Oceny Skutków Regulacji (OSR) został wprowadzony w 2001 roku. Zgodnie z Regulaminem pracy Rady Ministrów z 19 marca 2002 r. (M.P. nr 13, poz. 221) wyniki OSR stanowią część uzasadnienia do aktów normatywnych.

tów ustaw skutkuje włączeniem kryteriów jakości decyzji regulacyjnej do kryteriów oceny projektów ustaw.

Art. 34 Regulaminu Sejmu oraz § 1 Zasad Techniki Prawodawczej nakładają na autorów ustaw obowiązki, które prowadzą do realizacji powyższych cech regulacji. Decyzja o przygotowaniu projektu ustawy powinna zostać poprzedzona⁴⁸:

- 1) wyznaczeniem i opisaniem stanu stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji organów władzy publicznej oraz wskazaniem pożądaných kierunków ich zmiany;
- 2) ustaleniem potencjalnych, prawnych i innych niż prawne środków oddziaływania umożliwiających osiągnięcie zamierzonych celów;
- 3) określeniem przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych każdego z rozważanych rozwiązań;
- 4) zasięgnięciem opinii podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem sprawy;
- 5) dokonaniem wyboru sposobu interwencji organów władzy publicznej.

W przypadku podjęcia decyzji o przygotowaniu projektu ustawy, należy:

- 1) zapoznać się z dotychczasowym stanem prawnym, w tym z obowiązującymi ustawami, umowami międzynarodowymi, któ-

⁴⁷ *Wytyczne do Oceny Skutków Regulacji*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2006, s. 3.

⁴⁸ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz. U. nr 100, poz. 908 z 2002r., por.: wymogi uzasadnienia zawarte w art. 34 ust. 2 i 3 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z

rymi Rzeczpospolita Polska jest związana, prawodawstwem organizacji i organów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem, oraz prawem Unii Europejskiej, obowiązującym w regulowanej dziedzinie;

2) ustalić skutki dotychczasowych uregulowań prawnych obowiązujących w danej dziedzinie;

3) określić cele, jakie zamierza się osiągnąć przez wydanie nowej ustawy;

4) ustalić alternatywne rozwiązania prawne, które mogą skutecznie służyć osiągnięciu założonych celów;

5) sformułować prognozy podstawowych i ubocznych skutków rozważanych alternatywnych rozwiązań prawnych, w tym ich wpływ na system prawa;

6) określić skutki finansowe poszczególnych alternatywnych rozwiązań prawnych oraz ustalić źródła ich pokrycia;

7) dokonać wyboru optymalnego, w danych warunkach, rozwiązania prawnego;

8) przeprowadzić konsultacje społeczne.

Odnosząc się do roli konsultacji społecznych w kontekście realizacji założeń reformy *Belter Regulation* w Polsce widoczne jest przyznanie temu działaniu istotnej roli w procesie podejmowania decyzji legislacyjnej⁴⁹. Konsultacje społeczne są uznanym instrumentem weryfikacji założeń oraz środków planowanych rozwiązań

dnia 30 lipca 1992r. *Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, tekst jednolity, M.P. nr 23, poz. 398 z 2002 r.

⁴⁹ Zob. *Program reformy regulacyjnej 2006-2010*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa, kwiecień 2006 r. – <http://www.mg.gov.pl>, A. Jakubiak-Mirończuk, Z. Springer, *Uwagi dotyczące „Oceny skutków regulacji (OSR)-Zasięganie opinii zaintereso-*

prawnych, będąc częścią *Oceny Skutków Regulacji* mają na celu weryfikację przyjętych w regulacji celów oraz środków ich realizacji przez przyszłych adresatów norm prawnych⁵⁰. Z doświadczeń państw Unii Europejskiej wynika, że nie tylko służą one weryfikacji realizowanych polityk, ale również pozwalają partnerom społecznym na zapoznanie się z treścią planowanej regulacji oraz sprzyjają akceptacji społecznej konsultowanych rozwiązań prawnych⁵¹.

Z przedstawionej w dokumencie analizy stanu prawnego w Polsce wynika, iż system prawny RP zawiera uregulowania umożliwiające zainteresowanym podmiotom na wyrażanie opinii wobec projektów aktów legislacyjnych. W założeniach Ministerstwa Gospodarki odpowiadającego za przygotowanie i wdrożenie założeń reformy *Belter Regulation* konsultacje społeczne są przede wszystkim narzędziem poprawy jakości stanowionego prawa, w kontekście założonego jak najszerszego wykorzystania konsultacji społecznych w procesie tworzenia prawa na wczesnym etapie prac legislacyjnych oraz istnieniu korelacji pomiędzy jakością regulacji prawnej, a jakością konsultacji społecznych. Zarzuty kierowane wobec sposobu wykorzystywania tej instytucji to:

1. zaniechania dokonywania konsultacji;

wanych stron w procesie tworzenia prawa”, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu”, 3 (15) 2007, Warszawa 2007, s. 275-280.

⁵⁰ Np. teoria kooperacji J. Piagata – relacje oparte na uznaniu norm przez partnerów społecznych – zob.: Borucka-Arctowa M., Skąpska G., *Teoretyczne problemy socjalizacji prawnej*, [w:] Borucka-Arctowa M., Kourilsky Ch., *Socjalizacja prawa*, Warszawa 1993, s. 18-25. Tak: Łętowska E., Łętowski J., *Prawo w systemie funkcjonowania państwa*, [w:] Wasilowski A. (przewodniczący komitetu red.), *Jakość prawa*, cop. Dom Wyd. ABC, Warszawa 1996, s. 12-13.

⁵¹Zob.: Raport Komisji Europejskiej: Business Impact Assessment Pilot Project, Final Report, Marzec 2002.

2. dokonywanie konsultacji na etapie gotowego projektu legislacyjnego, a nie w momencie tworzenia polityki;
3. kierowanie zapytań do zbyt wąskiego kręgu adresatów;
4. brak informacji o wynikach konsultacji.

Próba określenia sposobu dokonywania konsultacji społecznych została podjęta w części D. pkt 6, 7, 8 „Wytucznych do oceny skutków regulacji” poprzez wskazanie konieczności dokonywania konsultacji oraz jej możliwych form⁵². Samo odniesienie do potrzeby przeprowadzania konsultacji społecznych, szczególnie w różnych formach, jest właściwe, jednak wydaje się niedostateczne ze względu na brak propozycji procedur przeprowadzania ich i publikowania wyników⁵³. Dysfunkcja konsultacji społecznych jako narzędzia stosowanego w procesie tworzenia prawa może wynikać z:

- braku podstaw prawnych do podejmowania działań;
- braku wiedzy na temat metodologii i procedur przeprowadzania konsultacji;
- braku woli podmiotów uczestniczących w procesach tworzenia prawa do ich podejmowania.

Niemniej przygotowane przez Ministerstwo Gospodarki dokumenty nie zawierają odpowiedzi na pytania:

1. Czy należy stworzyć jeden ośrodek przeprowadzania konsultacji społecznych, czy powinny one pozostać w gestii poszczególnych podmiotów posiadających inicjatywę ustawodawczą?

⁵² *Wytuczne do oceny skutków regulacji (OSR)*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa, październik 2006r., s. 19-22.

⁵³ W Polsce system Oceny Skutków Regulacji (OSR) został wprowadzony w 2001 roku. Zgodnie z Regulaminem pracy Rady Ministrów z 19 marca 2002 r. (M.P. nr 13, poz. 221) wyniki OSR stanowią część uzasadnienia do aktów normatywnych.

2. Czy obowiązek przeprowadzania konsultacji społecznych powinien dotyczyć wszystkich zmian prawa? Jeżeli nie to, w jakich przypadkach przeprowadzanie konsultacji społecznych nie jest konieczne?
3. W jaki sposób mają być identyfikowane podmioty zapraszane do konsultacji społecznych?
4. Jaka powinna być właściwa forma i narzędzia przeprowadzania konsultacji społecznych i prezentowania wniosków ich wyników?

W praktyce parlamentarnej państw europejskich, co do zasady konsultacje są przeprowadzane przez podmioty opracowujące regulację. Odmienne rozwiązania przyjęto np. w Wielkiej Brytanii gdzie konsultacje społeczne są przeprowadzane przez apolitycznych urzędników i przekazywane właściwym ministrom. W Irlandii funkcjonują Centra Informacji dla Obywateli, które monitorują potrzeby społeczne i funkcjonowanie polityki społecznej oraz przetwarzają te informacje na potrzeby nowych regulacji. W Kanadzie decyzja o przeprowadzeniu konsultacji społecznych należy do Komitetu parlamentarnego, jednak zarówno w Kanadzie jak i w USA większa rola w procesie tworzenia prawa przypisywana jest wysłuchaniom publicznym niż konsultacjom społecznym⁵⁴.

Sposób przeprowadzenia konsultacji społecznych powinien być adekwatny do ich celu, który jest zarysowany na dwóch płaszczyznach: weryfikacji proponowanych rozwiązań oraz zwiększenia poziomu akceptacji regulacji przez jej przyszłych adresatów. Reali-

⁵⁴ Za: M. Bąk, P. Bednarz, P. Kulawczuk, A. Kulawczuk, A. Poszewicki, A. Szczeniak, *Praktyki rzetelnej legislacji gospodarczej*, s. 14, 31-33.

zacja obu celów wymaga określenia potencjalnych adresatów przyszłego rozwiązania prawnego oraz skierowania do nich w szczególnej formie zaproszenia do konsultacji przy jednoczesnym otwartym zaproszeniu dla pozostałych podmiotów, które mogą być zainteresowane wyrażeniem swojej opinii. Zgodnie z założeniami *Reformy Regulacji* przyjętej w ramach realizacji *Strategii Lizbońskiej*, nie powinien on wiązać się z nadmiernymi obciążeniami administracyjnymi dla podmiotów społecznych⁵⁵. Przyjęcie takiej perspektywy oznacza, że w ramach procedur przeprowadzania konsultacji społecznych powinny być preferowane rozwiązania oparte o czytelne formy zadawania pytań przy dodatkowej możliwości swobodnego wyrażania opinii. W ramach toczonej na ten temat dyskusji proponowane jest dokonywanie selekcji reprezentantów obywateli, którzy mają brać udział w dyskusji deliberatywnej, poprzez wyłonienie przedstawicieli w drodze losowania oraz następnie przeprowadzenie standaryzowanych testów mierzących umiejętności merytoryczne, poprawnego rozumowania i cechy etyczne kandydatów⁵⁶.

Należy zwrócić uwagę na wykorzystanie rozwiązań informatycznych⁵⁷. Z tego względu wskazanie Internetu jako skutecznego narzędzia przeprowadzania konsultacji jest właściwe, niemniej nie może on być jedyną przyjętą formą komunikacji. Obecnie większość podmiotów administracji państwowej i samorządowej ogranicza swoje działania do ogłoszenia na własnej stronie internetowej zapro-

⁵⁵ COM (2002) 278 final s. 6-7, 13, Action plan "Simplifying and improving the regulatory environment".

⁵⁶ Zob. R. Markowski, *Innowacje demokratyczne i ich zastosowanie w Polsce*, (w:) L. Kolarska-Bobińska, *Co warto, co należy zmienić? Poprawa jakości demokracji w Polsce*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2008, s. 159-160.

szenia do konsultacji społecznych poprzez wyrażanie opinii w kwestiach założeń określonej polityki lub gotowego dokumentu. Taka praktyka ogranicza zakres konsultacji do podmiotów dysponujących odpowiednią wiedzą i środkami. Rodzi to niebezpieczeństwo, że dialog zostanie podjęty tylko z grupami nacisku, a nie ze wszystkimi adresatami lub reprezentantami adresatów regulacji.

Regulacje tego zagadnienia w niektórych państwach przewidują ograniczenia w stosowaniu konsultacji społecznych. Mogą one wynikać z treści regulacji prawnych, np. katalog wyłączeń przedmiotowych przewiduje australijska ustawa o instrumentach legislacyjnych lub z każdorazowej decyzji uprawnionego podmiotu⁵⁷. Ratio legis wyłączeń przedmiotowych wynika z faktu, że nie wszystkie kwestie regulowane przez prawo bezpośrednio wywołują skutki społeczne np. kwestie sił zbrojnych, wobec czego w tych obszarach zakłada się brak związku pomiędzy konsultacjami społecznymi a jakością prawa.

Odnosząc się do formy regulacji prawnej konsultacji społecznych autorzy dokumentów odpowiedzialni za przygotowanie wprowadzenia Reformy Regulacji w Polsce wskazują, że pożądanym rozwiązaniem jest akt prawny „umożliwiający bezpośrednio poddawanie oceny skutków regulacji procesowi konsultacji/opiniowania

⁵⁷ Zob.: M. Zander, *The Law-Making Process*, Cambridge University Press 2004, Sixth Edition, s. 9-10.

⁵⁸ Zob.: *Legislative Instruments Act 2005*, Act No. 139 of 2003 as amended, compilation prepared on January 2005, Office of Legislative Drafting and Publishing, Attorney – General’s Department, Canberra, Part 2 – *Drafting standards*, point 16, s. 21 [za:] P. Kulawczuk, *Wybrane doświadczenia Niemiec, Australii, Kanady i Norwegii w zakresie dobrej legislacji*, [w:] M. Bąk, P. Bednarz, P. Kulawczuk, A. Kulawczuk, A. Poszewicki, A. Szcześniak, *Praktyki rzetelnej legislacji gospodarczej. Doświadczenia światowe i możliwości ich adaptacji do warunków polskich*, Instytut Badań nad Demokracją i Przedsiębiorstwem Prywatnym, Warszawa 2007, s. 42.

przez zainteresowane strony oraz wyznaczającego jasne procedury konsultacyjne, wskazującego wymagane analizy wstępne w ramach OSR i metody dochodzenia do konsensusu społecznego⁵⁹. Rozważane są: potrzeba, zakres i ranga prawnej regulacji konsultacji społecznych. Analizowane opcje to: „Nie regulować”, „Wytyczne”, „Ustawa ws. OSR obejmująca również konsultacje”, „Opcja mieszana – Ustawa o konsultacjach plus Wytyczne”. Największe trudności, jakie związane są wydaniem ustawy i związane z tym koszty eksper-tyz są rekompensowane przez jednoczesne korzyści długoterminowego oddziaływania na jakość prawa oraz zaletami objęcia obowiązkiem konsultacjami wszystkich aktów normatywnych. Forma wytycznych, obciążona ograniczonym zakresem oddziaływania, umożliwi przystępne i praktyczne przedstawienie procedur. Problem właściwej rangi regulacji tworzenia prawa występował w przeszłości w dyskusji na temat rangi *Zasad techniki prawodawczej*. W tym przypadku ustawodawca zrezygnował nadawania im formy ustawy. Niemniej pomimo braku rangi ustawowej *Zasady techniki prawodawczej*, zadaniem przedstawicieli doktryny, stały się uznaniem standardem tworzenia prawa⁶⁰.

Kodeksy praktyk legislacyjnych funkcjonujące w krajach członkowskich UE najczęściej nie mają rangi ustawowej. Ich stosowanie opiera się na woli instytucji i podmiotów zaangażowanych w proces tworzenia prawa⁶¹. Z faktów, iż materie oraz charakter norm przyszłego *Kodeksu dobrych praktyk* i *Zasad techniki prawodawczej* są

⁵⁹ *Ocena skutków regulacji. Zasięganie opinii stron w procesie oceny skutków regulacji*, dokument Ministerstwa Gospodarki, DRE-I-4071-1-31ARH/AP/07.

⁶⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, s. 16-21.

podobne, można wnioskować, że właściwa jest dla nich podobna ranga przepisów prawa. Zakres ich oddziaływania *Kodeksu dobrych praktyk* może zostać zwiększony, podobnie jak w przypadku *Zasad techniki prawodawczej* oraz *Kodeksów praktyk legislacyjnych* czy *Kodeksów praktyki w zakresie konsultacji* w innych porządkach prawnych poprzez osiągnięcie konsensusu, co do treści proponowanych standardów⁶².

Wydanie *Kodeksu dobrych praktyk* w formie wytycznych pozwoliłoby podmiotom, które już prowadzą konsultacje społeczne i tym, które są skłonne takie działania podejmować, korzystać z ustandaryzowanych rozwiązań, co powinno zwiększyć zakres ich stosowania i poprawić jakość. Ponad to byłaby możliwa weryfikacja wypracowanych założeń w praktyce oraz ewentualna korekta regulacji przy jednoczesnej możliwości dalszej dyskusji o właściwym zakresie, przedmiocie i randze regulacji praktyk legislacyjnych.

4. Dialog wartości czy interesów?

Zaproponowane standardy, częściowo zbieżne z *Zasadami Techniki Prawodawczej* wymagają analizy w szerszym kontekście kryteriów (obszarów) argumentacyjnych. Ich treść wyznacza rodzaj argumentów, jakie (zgodnie z założoną reformą) powinny stać przedmiotem dyskusji publicznej w każdym przypadku podejmowania decyzji dotyczącej zmiany prawa. Poza opisanymi powyżej problemami, pojawia się kwestia w jaki sposób te propozycje powinny

⁶¹ <http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/consultation/code/index.asp>.

⁶² Zob.: M. Bąk, P. Bednarz, P. Kulawczuk, A. Kulawczuk, A. Poszewicki, A. Szczeniak, *Praktyki rzetelnej legislacji gospodarczej*, s. 14-15, 25-27, 38-39, 41-42, 47-55.

zostać odniesione do argumentów funkcjonujących do tej pory w kulturze politycznej i prawnej.

Na podstawie literatury można wyodrębnić trzy płaszczyzny argumentacyjne funkcjonujące w odniesieniu do modelu tworzenia i zmiany prawa – aksjologiczna, systemowo-formalna i funkcjonalna. Na płaszczyźnie aksjologicznej podnoszone są argumenty z zakresu stopnia ochrony wartości prawnonaturalnych. W demokratycznych państwach, za główne wartości, które wyznaczają pożądany kierunek rozwoju porządków prawnych uznawane są wolność, godność i równość jednostek wobec prawa⁶³. W teorii jakość prawa związana jest z zagadnieniami „wewnętrznej moralności prawa”⁶⁴, która stawia mu wymogi sprawiedliwości, słuszności, zgodności z nadrzędnymi systemami wartości, np. podstawowymi prawami człowieka, prawem naturalnym lub boskim.

Kryteria aksjologiczne, na poziomie prawa międzynarodowego, zawarte są w dokumentach i doktrynie Praw Człowieka⁶⁵. Na tej płaszczyźnie poszukiwany jest konsensus, który odpowiadałby tej doktrynie, idei demokracji oraz uwzględniał konieczność ochrony nie tylko praw jednostki, ale również wartości dobra wspólnego. Sposób zapewniania aksjologicznej jakości prawu w konkretnym

⁶³Za A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001, s. 505-509.

⁶⁴Zob. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004, s. 32-77, A. Bień, *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, „Studia Prawnicze”, *Zeszyty* 4 (166) 2005, Warszawa 2006, s. 9 i lit. tam powołana.

⁶⁵W teorii prawa związane jest to z odejściem od aksjologicznej neutralności prawa, np. R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1990, s. 95-96. Zob.: S. Wronkowska, *Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej*, [w:] S. Wronkowska, *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995, s. 71 i literatura tam powołana oraz pojęcie aksjologii rządów prawa – zob.: A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001, s. 496-510.

systemie normatywnym, w szczególności sposób ochrony kolidujących ze sobą wartości, pozostaje w gestii ustawodawcy⁶⁶. Wartości wyrażane głównie w formie zasad prawnych są przedmiotem kontroli stanowionego prawa pod względem materialnym.

Na płaszczyźnie systemowo-formalnej opisywane są pożądane cechy procedur tworzenia prawa, cechy systemów prawa oraz standardy komunikatywności tekstu prawnego. Prawo powinno być jasnym i zrozumiałym komunikatem prawodawcy do obywateli. W tym kontekście rozważane są techniczne aspekty formułowania przepisów prawa, takie jak cechy języka prawnego, czy budowa aktów normatywnych⁶⁷. L. L. Fuller określił minimum wymogów dobrego stanowienia prawa. Zwrócił uwagę na konieczność ogólności sformułowań, nie nadużywania stanowienia prawa z mocą wsteczną, formułowania prawa w sposób zrozumiały i spójny, nie nakładanie na adresatów obowiązków, których nie mogą oni spełnić oraz ich publikacji⁶⁸. Obecnie kryteria te formułowane są w ramach pożądanych cech systemów prawa takich jak spójność, zupełność rozumiana jako brak luk rzeczywistych, brak sprzeczności oraz zgodność norm zawartych w akcie niższego rzędu z normami wyrażonymi w akcie wyższego rzędu.

Na płaszczyźnie funkcjonalnej prawu stawiane są przede wszystkim wymogi sprawności, racjonalności i efektywności. W

⁶⁶ Por. S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa*, [w:] E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (lata 1989-1999)*, Studia Iuridica Toruniensia, Toruń 2001, s. 35-36.

⁶⁷ Zob. katalog technicznych uchybień legislacyjnych – S. Eng, *Legislative Inflation and the Quality of Law*, [w:] L. Wintgens (edited), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, proceeding of the Fourth Benelux – Scandinavian Symposium on Legal Theory, Oxford-Portland Oregon 2002, s. 74.

⁶⁸ Zob. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004, s. 38-80.

ramach rozważań podejmowanych wobec zjawisk inflacji prawa oraz nadmiernej jurydyzacji życia społecznego wskazywana jest konieczność racjonalizacji działań legislacyjnych poprzez upraszczanie środowiska regulacyjnego, czyli weryfikację rodzaju i ilości obciążeń nakładanych na adresatów normy prawnej⁶⁹. Idea dobrego prawa obejmuje ujęcie go nie tylko jako sprawiedliwego, ale też sprawnego regulatora stosunków społecznych. Postulat „sprawności” związany jest realizacją postulatów racjonalnego tworzenia prawa⁷⁰.

W Unii Europejskiej ta idea jest realizowana poprzez kodyfikacje, konsolidację, uproszczenie (redukcję) i „przepracowanie” aktów prawnych pod kątem jasności i zrozumiałości. Dodatkowo ma miejsce racjonalizacja procedur tworzenia prawa wspólnotowego oraz racjonalizacja procedur legislacyjnych w państwach członkow-

⁶⁹ Zob. E. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, “Harvard Business Review” March-April 1990, s. 73-93, Sutton (1998) *Technology and Market Structure*, Cambridge, MIT Press; Kaufmann, Kray & Zoido-Lobatani (1999) *Governance Matters*, World Bank Policy Research Working Paper No 2196; Hall and Jones (1999) *Why do Some Countries Produce So Much More Output Per Worker Than Others?*, Quarterly Journal of Economics, pp. 83-116; Nicoletti et al. (1999) *Summary indicators of product market regulation with an extension to Employment Protection*, OECD Economics Department Working Paper No 226; Scarpetta and Tressel (2002) *Productivity and Convergence in OECD countries: Do Regulations and Institutions Matter?*, OECD Economics Department Working Paper 342; Nicoletti and Scarpetta (2003) *Regulation, Productivity and Growth: OECD Evidence*, OECD Economics Working Paper No 347, W. Voermans, *Rationality In Legislation by Employing Informatics*, [w:] L. Wintgens (edited), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation...*, s. 125-131, COM (2002) 278 final s. 6-7, Action plan “Simplifying and improving the regulatory environment”.

⁷⁰ A. Bierć, *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, „Studia Prawnicze”, Zeszyty 4 (166) 2005, Warszawa 2006, s. 5, 7-10, por. S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa*, [w:] E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (lata 1989-1999)*, Studia Iuridica Toruniensia, Toruń 2001, s. 33 oraz A. Zoll, *Kryteria stanowienia dobrego prawa*, Nauka 2000, nr 4, s. 157 i nast. oraz podana tam literatura, M. Kordela, *Zasady państwa prawnego w wystąpieniach Rzecznika Praw Obywatelskich*, [w:] S. Wronkowska, *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 121 i nast.

skich⁷¹. Podobną perspektywę zakłada administracja rządowa w Stanach Zjednoczonych. Jest ona zdeterminowana przez kryteria efektywności i wydajności. Nowe rozwiązania prawne muszą spełniać warunek bilansu kosztów implementacji i społecznej satysfakcji, co oznacza, że oczekiwane korzyści muszą przewyższać koszty wprowadzenia i funkcjonowania regulacji⁷². Kryterium efektywności znajduje odniesienie również do systemu prawa jako całości, w tym kontekście szczególne zagrożenie wynika ze zjawiska inflacji prawa⁷³.

Na płaszczyźnie aksjologicznej „prawo jest oceniane w danej społeczności jako dobre, gdy odpowiada przyjętym standardom sprawiedliwości czy słuszności”⁷⁴. Standardy te w konkretnym porządku normatywnym są definiowane przede wszystkim na gruncie konstytucji. We współczesnych demokracjach przyjęte wartości państwa prawa, takie jak zabezpieczenie określonych obszarów działania prawa i wolności jednostki, połączone są z rezygnacją z bezpośredniego narzucania idei moralnych. Obecnie szczególną rolą na tej

⁷¹ Zob. porozumienia międzyinstytucjonalne z 16 grudnia 2003 r. w sprawie lepszego tworzenia prawa – Dz. U. C 321; z 28 listopada 2001r. w sprawie bardziej użytecznych strukturalnie technik przepracowania aktów prawnych – Dz.U. C 77 z 2004.; z 22 grudnia 1998 r. w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości opracowywania wspólnotowych aktów prawnych – Dz.U. C 73 z 1999r.; z 20 grudnia 1994 r. w sprawie metod przyspieszających pracę nad urzędową kodyfikacją tekstów prawnych – Dz.U. C 102 z 1996r. oraz A. Bierć, *Racjonalna procedura pracodawcza*, s. 6 oraz M. Szwarz, *Biała Księga o europejskim rządzeniu – jak poprawić efektywność prawa UE? Działania i postulaty Komisji Europejskiej*, [w:] C. Mik (red.), *Unia Europejska w dobie reform: Konwent Europejski – Traktat Konstytucyjny – Biała Księga w sprawie rządzenia Europą*, Toruń 2004, s. 401-411.

⁷² C. M. Kerwin, *Rulemaking. How Government Agency Write Law and Make Policy*, CQ Press A Division of Congressional Quarterly Inc., Washington 2003, s. 93-94.

⁷³ S. Eng, *Legislative Inflation and the Quality of Law*, [w:] L. Wintgens (edited), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, proceeding of the Fourth Benelux – Scandinavian Symposium on Legal Theory, Oxford-Portland Oregon 2002, s. 65-66.

płatczyźnie ogrywają wartości sprawiedliwości proceduralnej. Pojęcie państwa prawa nie odnosi się do jego celów, ale sposobu i charakteru, w jaki mają być one realizowane⁷⁵.

Rezultatem zachowania standardów jakości prawa na płaszczyznach systemowo-formalnej i funkcjonalnej jest tworzenie prawa dającego poczucie pewności i stabilności panujących reguł. Takie prawo powinno być pragmatycznie jasne w trzech wymiarach: jasności kwalifikacji, orientacji i systematyzacji. Efektem zachowania każdego z rodzajów jasności jest brak wątpliwości, co do treści prawa w procesie jego stosowania, w sytuacji podporządkowania się mu oraz w jego dogmatycznej analizie⁷⁶. Na płaszczyźnie aksjologicznej funkcjonują kryteria materialne, na płaszczyźnie systemowo-formalnej są to kryteria formalne, a na płaszczyźnie funkcjonalnej – kryteria funkcjonalne⁷⁷.

Kryteria materialne zakładają konieczność zgodności stanowionego prawa z przyjętym systemem wartości, w tym ze standardami sprawiedliwości i słuszności⁷⁸. Wartości te są odczytywane ze standardów praw człowieka oraz zdefiniowane na gruncie prawa europejskiego i krajowego jako podstawowe wartości dla kultury prawnej. Wśród nich są wymieniane prawa człowieka, w tym wolności osobiste, brak okrutnych kar; wolność od nieoczekiwanej, arbitralnej interwencji państwa, w tym prawo do uczciwego i szybkiego procesu;

⁷⁴ S. Wronkowska, *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Wydawnictwo Sejmowe, s. 50.

⁷⁵ Tamże, s. 14.

⁷⁶ J. Wróblewski, *Pragmatyczna jasność prawa*, „Państwo i Prawo” 4/1988, s. 6-7.

⁷⁷ Podstawą przyjętej klasyfikacji są badania i dyskusje prowadzone w Polsce. Przykładowo w literaturze amerykańskiej ocena prawa jest dokonywana poprzez kryteria moralne, polityczne, prawne i praktycznej dysharmonii oraz efektywności i wydajności – zob. S. Eng, *Legislative...*, s. 69.

demokratyczny charakter instytucji, gwarancja praw wyborczych. Ponadto również dobra wspólne, takie jak spokój społeczny i interesy szerokiego ogółu członków społeczności, prawo do pracy (w koncepcji państwa dobrobytu), bezpieczeństwo publiczne, pomyślność gospodarcza; zgodność z powszechnie uznanymi wymogami moralności⁷⁹. Kryteria materialne, co do zasady zakładają ocenę zgodności treści prawa z wartościami zewnętrznymi, przykładowo prawem naturalnym. Jedną z cech współczesnych systemów prawa jest przyjęcie przez nie wartości, które są uznane przez dane społeczeństwo za istotne. W efekcie zawarcia w konstytucjach odniesień do takich wartości jak sprawiedliwość, słuszność i wolność, kryteria materialne stają się podstawą kontroli zgodności norm niższego rzędu z normami wyższego rzędu, której jest przypisywany charakter formalny.

Wśród kryteriów formalnych, odnoszących się do techniki legislacyjnej, wyróżniono: udostępnienie adresatom postanowień prawa, w tym spełnienie warunku ogłoszenia prawa - odpowiednie *vacatio legis*, niestanowienie prawa z mocą wsteczną, formułowanie prawa w sposób zrozumiały, w tym przejrzystość prawa (języka prawnego i konstrukcji tekstów) i komunikatywność; niestanowienie norm sprzecznych ze sobą, w tym spójność i niesprzeczność systemu; niestanowienie norm, których stosowanie jest ponad możliwości

⁷⁸ Zob. A. Łopatka, *Kryteria ...*, s. 35-39 i literatura tam powołana. Por. S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa*, s. 34-44.

⁷⁹ Zob. M. Kordela, *Koncepcja rule of law w prawie angielskim a wartości formalne prawa*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1995, s. 50, 58 oraz J. Nowacki, *Rządy...*, s. 38, A. Łopatka, *Kryteria...*, s. 36-39.

adresatów, trwałość prawa, stanowienie prawa zgodnie z prawem (w tym zapewnienia właściwego poziomu aktów wykonawczych)⁸⁰.

Kryteria funkcjonalne zakładają, że dobre prawo odpowiada warunkowi adekwatności przyjętych środków prawnych do osiągnięcia założonych celów, w szczególności realności przyjętego rozwiązania, czyli testu *feasibility*⁸¹. Te kryteria w ostatnich latach były przedmiotem zainteresowania Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, a następnie Unii Europejskiej⁸². Położenie akcentu na wymogi racjonalizacji sposobu podejmowania decyzji legislacyjnych zaowocowało przyjęciem w ramach Strategii Lizbońskiej w marcu 2004 r. postulatu uproszczenia środowiska regulacyjnego⁸³. Postulat ten opiera się na założeniu, że należy ograniczyć interwencję władzy publicznej w sferze regulacji prawnych do działań niezbędnych i skutecznych. Jego realizacja spowodowała poszerzenie pojęcia jakości prawa o kryteria konieczności, skuteczności, efektywności i pro-

⁸⁰ Zob.: A. Łopatka, *Kryteria jakości prawa*, [w:] *Jakość prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1996, s. 29-35, S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa*, [w:] E. Kustra. (red.), *Przemiany polskiego prawa (1989-1999)*, Studia Iuridica Toruniensia, Toruń 2001, s. 34-44, J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Wyd. UŚI., Katowice 1995, s. 33-37, 55, J. Oniszczyk, *Zasady kardynalne państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Studia i materiały*, Tom I, Wyd. TK, Warszawa 1995, s. 112-113, 144.

⁸¹ E. Łętowska, J. Łętowski, *Prawo w systemie funkcjonowania państwa*, [w:] Wasilowski A. (przewodniczący komitetu red.), *Jakość prawa*, Dom Wyd. ABC, Warszawa 1996, s. 12-13.

⁸² Np. Biała Księga nt. *Sprawowania Rządów w Unii Europejskiej*, (COM(2001)727 z 25 czerwca 2001 r.). Zalecenia Grupy ds. jakości prawodawstwa powołanej w listopadzie 2000 r. przez ministrów odpowiedzialnych za administrację publiczną, obradujących pod przewodnictwem D. Mandelkerna (raport Mandelkerna przyjęty w listopadzie 2001 r.). Roczne sprawozdanie 2003 „Lepsze stanowienie prawa” z dnia 12 grudnia 2003 r. COM(2003)770.

⁸³ Zob. Międzyinstytucjonalne porozumienie (All) „Lepsze stanowienie prawa” zawartego przez Parlament Europejski, Radę i Komisję w grudniu 2003 r. Dz.U. C 321 z 31.12.2003, s. 1.

porcjonalności⁸⁴. Uwzględnienie tych kryteriów wymaga oparcia procesu podejmowania decyzji regulacyjnej na analizach ekonomicznych i społecznych, w szczególności na analizach kosztów poszczególnych wariantów rozwiązań.

Wprowadzenie *Oceny Skutków Regulacji* powinno skutkować zogniskowaniem dyskusji zarówno społecznej jak i parlamentarnej wobec kryteriów przyjętych w tym dokumencie za kluczowe dla oceny proponowanych rozwiązań.

Opracowane przez Ministerstwo Gospodarki *Wytyczne do oceny skutków regulacji* odnoszą się do nich w sposób niepełny, uwzględniając głównie kryterium prawa wspólnotowego. Zgodnie z przyjętymi *Wytycznymi do oceny skutków regulacji* oceny kosztów i korzyści dokonuje się dla wcześniej określonych opcji realizacji celu, czyli alternatyw. Treść wytycznych odpowiada wymogom Zasad Techniki Prawodawczej. Podmioty uczestniczące w przygotowywaniu projektów ustaw są zobowiązane, przede wszystkim, do uwzględnienia kryteriów materialnych oraz funkcjonalnych. Główne kryteria funkcjonalne wynikające z wytycznych do Oceny Skutków Regulacji to efektywność i proporcjonalność. Założono, iż „przyjmowane przez Państwo rozwiązania legislacyjne i poza legislacyjne powinny reali-

⁸⁴ Zostały one przyjęte przez państwa członkowskie w ramach inicjatywy *Better regulation* – zob.: COM(2001) 428 final s. 18, European Governance White Paper oraz por.: Sutton (1998) *Technology and Market Structure*, Cambridge, MIT Press; Kaufmann, Kray & Zoido-Lobalani (1999) *Governance Matters*, World Bank Policy Research Working Paper No 2196; Hall and Jones (1999) *Why do Some Countries Produce So Much More Output Per Worker Than Others?* *Quarterly Journal of Economics*, pp. 83-116; Nicoletti et al. (1999) *Summary indicators of product market regulation with an extension to Employment Protection*, OECD Economics Department Working Paper No 226; Scarpetta and Tressel (2002) *Productivity and Convergence in OECD countries: Do Regulations and Institutions Matter?* OECD Economics Department Working Paper 342; Nicoletti and Scarpetta (2003) *Regulation, Productivity and Growth: OECD Evidence*, OECD Economics Working Paper No 347.

zować maksimum celów gospodarczych, środowiskowych i społecznych przy minimalnym obciążeniu podmiotów gospodarczych i społeczeństwa”⁸⁵.

Oceny skutków regulacji koncentrują się na kwestiach finansowych i społeczno-gospodarczych⁸⁶. W treści art. 34 regulaminu Sejmu oraz § 1 Zasad Techniki Prawodawczej dodatkowym kryterium oceny są skutki prawne. Proponowane rozwiązania regulacyjne, a wobec tego również uprzednio analizowane alternatywy muszą być oceniane przez pryzmat obowiązującego prawa. W przypadku materii ustawowej chodzi o zgodność z Konstytucją, obowiązującymi umowami międzynarodowymi, prawodawstwem organizacji i organów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem, oraz prawem Unii Europejskiej. Nawet najbardziej optymalna pod względem ekonomicznym propozycja regulacji nie może stać się obowiązującym prawem, jeżeli nie będzie spełniała powyższych kryteriów prawnych.

5. Podsumowanie

Rozwiązania przyjęte na gruncie reformy *Belter Regulation* w sposób oczywisty korespondują z ideą demokracji deliberatywnej. Pozostaje pytanie, czy przyjęte rozwiązania, w szczególności brak opracowania procedur przeprowadzania konsultacji społecznych, pozwoli na urzeczywistnienie dyskursu reprezentantów przyszłych adresatów norm prawnych? Polskie prawo przed przyjęciem reformy zawierało instytucje konsultacji społecznych i międzyresortowych.

⁸⁵ *Wytyczne do Oceny Skutków Regulacji*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2006, s. 3.

Niemniej z analizy druków sejmowych wynika, że zakres ich zastosowania oraz jakość prezentowanych w nich wniosków znacznie odbiega od koncepcji wymiany argumentów w ramach dyskursu. Prowadzi to do wniosku, że funkcjonowanie, w tym zakresie zastosowania tych instytucji uzależniony jest od jakości procedur ich przeprowadzania. Z punktu widzenia procedur tworzenia prawa na gruncie idei demokracji deliberatywnej istotne są zasadniczo dwie kwestie: ile i w jakich przypadkach w danym systemie prawa przewidziane są instytucje deliberatywnej oraz w jakim stopniu ich kształt pozwala na osiągnięcie konsensusu reprezentantów przy jednoczesnym zminimalizowaniu zjawisk negatywnych takich jak adekwatność wyników do poświęconego czasu czy występowanie reguły polaryzacji opinii. Kolejną kwestią jest jakość podnoszonych argumentów oraz zdolność i zasadność przyszłych adresatów norm prawnych do prowadzenia dyskursu na wszystkich płaszczyznach jakości prawa. W tym kontekście zasadne wydają się poglądy o uzupełnieniu wartości proceduralnych wartościami substancjalnymi, chociaż oznacza to ograniczenie dopuszczonych argumentów.

⁸⁶ Zob. *Wytyczne do Oceny Skutków Regulacji*, s. 11.

*Model tworzenia prawa w Polsce po reformie Better Regulation
a idea demokracji deliberatywnej*

Streszczenie

Pojęcie demokracji deliberatywnej na gruncie teorii i filozofii społecznej odwołuje się do idei dyskursu, czy koncepcji sytuacji pierwotnej J. Rawlsa. Obecnie toczy się ożywiona dyskusja w kwestii, które instytucje i pod jakimi warunkami mają charakter deliberacyjny. W Stanach Zjednoczonych początek takiego rodzaju debaty naukowej datowany jest na rok 1980, w Unii Europejskiej w wyraźny, jawny sposób pojawił się w ramach dyskusji zakończonej przyjęciem Strategii Lizbońskiej. Porównanie postulatów naukowych z polską Reformą Regulacji prowadzi do wniosków, że na poziomie idei widoczna jest zbieżność teorii z praktyką.

*Law-making model in Poland after Better Regulation reform
and idea of deliberative democracy*

Abstract

A notion of deliberative democracy in theory as well social philosophy refers to a discourse idea or J. Rawl's theory of primary situation. Currently one can observe a lively dispute over an issue which institutions and under which conditions have a deliberative character. In the USA the beginning of a scientific debate of that kind has been dated from 1980, in the EU – it appeared directly in a discussion completed with adopting Lisbon Strategy. Comparison of scientific ideas with Polish Regulation Reform leads to conclusions that on the idea level there is coherence of theory and practice.