

MARZENA KORDELA

## MOŻLIWOŚĆ KONSTRUOWANIA OGÓLNEJ TEORII ZASAD PRAWA

UWAGI DO KONCEPCJI ROBERTA ALEXY'EGO

I. Wciąż powracająca debata na temat zasad prawa – powracająca poprzez nowe pytania i kolejne próby rozstrzygnięć problemów na trwałe z zasadami związanych – pozwala na postawienie pytania, czy obecny poziom wiedzy w tej dziedzinie nie jest już wystarczający do tego, aby rozpocząć konstruowanie teorii zasad prawa, teorii już wyraźnie metodologicznie autonomicznej, odnoszącej się nie tylko do wybranych zagadnień, czy też określonych dogmatyk, ale obejmującej całość istotnych dla zasad zagadnień. Wprawdzie najbardziej znane współcześnie koncepcje zasad prawa autorstwa Ronalda Dworkina i Roberta Alexy'ego bardzo często obdarzane są tym mianem<sup>1</sup>, ale wydaje się, że co najmniej w odniesieniu do myśli amerykańskiego filozofa prawa taka kwalifikacja nie ma należytego uzasadnienia. Także idee Alexy'ego, skutkujące fundamentalnymi zmianami w myśleniu o zasadach oraz stanowiące w wielu punktach rozwinięcie i uszczegółowienie pionierskich tez Dworkina, mimo że niewątpliwie bardziej precyzyjne i obejmujące o wiele szerszy zakres rozważań, nie tworzą – przy powierzchownej analizie – postulowanej całości. Źródło braku kompletnej postaci ogólnej teorii zasad prawa w pracach obu filozofów wydaje się bardzo podobne. Obie bowiem koncepcje zasad u swych początków naznaczone są niesamodzielnnością, a nawet wyraźnie akcentowaną instrumentalnością. U Dworkina *principles* tworzą jedną z kategorii standardów prawnych, którymi związany jest sędzia orzekający w okolicznościach trudnego przypadku i które dla autora *The Model of Rules*<sup>2</sup> pełnią funkcję uzasadniającą dla twierdzenia o fundamentalnej nietrafności podstawowej tezy pozytywizmu prawniczego o niczym nieskrępowanej kompetencji podmiotu stosującego prawo w sferze rozstrzygania *hard cases*. Z kolei kategoria *Prinzipien* w dziele Alexy'ego ma charakter służebny w odniesieniu do sformułowanej przezeń teorii praw podstawowych. Oto status i sposób działania w porządku prawnym *Grundrechte* zostaje zdeterminowany charakterem norm, w jakich są wyrażane i chronione. Te normy przyjmują

---

<sup>1</sup> Zob. np. L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, w: *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 71; J. Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, w: R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, przekł. J. Rivers, Oxford 2002, s. XXVIII, XXIX, XXXI i n.

<sup>2</sup> „University of Chicago Law Review” 14, 1967, nr 35.

postać właśnie zasad. Jakkolwiek twórca *A Theory of Constitutional Rights*<sup>3</sup> sam konsekwentnie używa określenia „teoria zasad” w odniesieniu do sformułowanej przez siebie charakterystyki<sup>4</sup>, ale już wyrażenie typu „a principle-theory of constitutional rights”<sup>5</sup> oraz kontekst prowadzonych rozważań przesądza o ich zrelatywizowaniu jedynie do wybranego obszaru prawa konstytucyjnego – praw podstawowych sformułowanych w niemieckiej ustawie zasadniczej. Powstaje więc pytanie, czy niezwykle ważka dla badanej jako pierwotna dziedziny koncepcja nie może być rozszerzona na pozostałe sfery nauki prawa, dając podstawę dla – równie znaczącej – ogólnej teorii zasad. Argumenty przemawiające za pozytywną odpowiedzią wydają się zdecydowanie przeważać.

1. R. Alexy definiuje zasady prawa jako normy, charakteryzujące się tym, iż w swojej strukturze zawierają nakaz realizacji czegoś w maksymalnym stopniu – maksymalnym ze względu na faktyczne i prawne możliwości<sup>6</sup>.

2. Cała konstrukcja stosowania zasad prawa porządkowana jest wokół trzech tez: 1) tezy optymalizacyjnej; 2) prawa kolizji oraz 3) prawa wyważania.

2.1. Teza optymalizacyjna (*the Optimization Thesis*), będąca samą istotą teorii Alexy’ego i przesądzająca o jej oryginalności, głosi, że ze względu na przyjętą definicję cechą konstytutywną zasad i zarazem odróżniającą je od reguł jest to, że zasady mają charakter nakazów optymalizacyjnych. Linia graniczna między zasadami a regułami jako dwoma rodzajami norm postępowania biegnie więc na poziomie struktury normatywnej. Wypowiedź, która będzie formułowała obowiązek zachowania się w ściśle wyznaczonych warunkach w sposób definitywnie przesądzony przez prawodawcę, nie pozostawiającą adresatowi żadnego wyboru, zostanie zaliczona do reguł. Jeżeli więc zajdą okoliczności wskazane przez zakres zastosowania reguły (fakty operatywne w terminologii Alexy’ego), podmiot o cechach adresata może zachować się jedynie w dwojaki sposób: albo regułę w całości zrealizuje, albo ją w całości przekroczy. Tego typu dwuelementowy, zamknięty zbiór reakcji na aktualizację obowiązku zostaje przesądzony już na etapie przyjmowania samego kształtu językowego wypowiedzi – reguły.

Wypowiedzi o charakterze zasad przybierają zupełnie inną postać. Normy tego rodzaju formułują nakazy realizacji pewnego stanu rzeczy w stopniu najwyższym – najwyższym możliwym w danym momencie zarówno z punktu widzenia faktycznego, jak i prawnego. Ze względu na ten specyficzny rodzaj wyznaczania obowiązku zasady kwalifikowane są jako nakazy optymalizacyjne.

<sup>3</sup> Angielskie tłumaczenie *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985. Do oryginalnego tekstu Alexy dołączył *Postscript*, który stanowi doprecyzowanie wielu tez oraz zawiera podsumowanie blisko dwudziestoletniej dyskusji, niewolnej od szeregu zarzutów pod adresem teorii zasad, konsekwentnie jednakże odpieranych przez autora (zob. w szczególności odpowiedź Alexy’ego na uwagi, jakie sformułowali J. Habermas oraz E.-W. Böckenförde, s. 401-422).

<sup>4</sup> R. Alexy, op. cit., s. 52, 54, 66, 78, 390, 394.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 109.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 47; idem, *On the Structure of Legal Principles*, w: *A Theory...*, „Ratio Juris” 2000, nr 3, s. 295; idem, *The Argument from Injustice*, trans. by B. L. Paulson i S. L. Paulson, Oxford 2002, s. 70; w polskiej literaturze, obok cytowanej już pracy L. Morawskiego, teorię Alexy’ego analizują także m.in. T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 3, s. 16-26; P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 60-87.

Na adresacie takiej normy ciąży powinność osiągnięcia pewnego stanu rzeczy w określonym stopniu. Zakres owej powinności nie jest więc ostatecznie przesądzony w akcie stanowienia. Co więcej, nie jest i nawet nie może być przesądzony aż do momentu zaktualizowania się obowiązku spełnienia danej zasady. Dopiero gdy obowiązek ukształtowania danego stanu rzeczy przestanie być jedynie potencjalny, adresat przystępując do jego realizacji, musi wziąć pod uwagę tak okoliczności faktyczne, jak i prawne, tworzące całość sytuacji, w której następuje realizacja normy. To właśnie istniejące w tym, a nie innym momencie możliwości faktyczne i prawne przesądzą o należnym poziomie urzeczywistnienia wskazanego przez prawodawcę stanu rzeczy, a tym samym utworzą wzorzec oceny zachowania adresata. Z uwagi na to, że w przypadku zasad wyprzedzająco nie zostaje rozstrzygnięty precyzyjny sposób zachowania się podmiotu prawa lub nie budzący wątpliwości co do swjej ścisłości cel, który ma osiągnąć, kwalifikacja, czy adresat zrealizował, czy też nie daną zasadę w stopniu najwyższym stosownie do istniejących możliwości faktycznych i prawnych, zawsze będzie się mieścić w sferze wyznaczającej w sposób jak najbardziej usprawiedliwiony pewien obszar podległy ocenom. Wydaje się, że ten moment w charakterystyce zasad stanowi jeden z powodów, dla których bardzo często zasadom nie towarzyszą w systemie prawa normy bezpośrednio je sankcjonujące.

Przedstawiona charakterystyka zasad wyraźnie stawia je na pozycji odrębnej niż reguły. Gdy w przypadku zasad prawodawca żąda odpowiedniego stopnia spełnienia obowiązku, jednocześnie relatywizując ten stopień do istniejących możliwości faktycznych oraz obowiązujących opozycyjnych zasad i reguł, w odniesieniu do reguł ten moment jest już w samym ich sformułowaniu przesądzony. Relatywizacja została dokonana wyprzedzająco, a jej wiążący efekt zdeterminował postać normy jako reguły<sup>7</sup>.

Przynależąc do tej samej kategorii norm zasady i reguły, posiadają tak odmienne cechy, że w ramach tej kategorii tworzą dwa wykluczające się zbiory – różnice między nimi to nie różnice stopnia, ale jakości<sup>8</sup>.

Wprawdzie istnieją takie sytuacje, że postać językowa danej wypowiedzi mieszczącej się w tekście prawnym nie pozwala na definitywne rozstrzygnięcie co do charakteru zawartej w niej normy, jednakże może się tak zdarzyć jedynie na etapie zabiegów interpretacyjnych. Zdaniem R. Alexy'ego, proces wykładni ostatecznie przesądza o tym, czy nakaz sformułowany w przepisie ma postać „otwartą”, charakterystyczną dla zasad, czy też „zamkniętą”, wyróżniającą reguły. Co bardzo znamienne, do rzadkości nie należą przypadki, gdy dany przepis czy ich zespół posiada wyraźnie podwójną kwalifikację – może być zeń wyinterpretowana zarówno zasada, jak i reguła<sup>9</sup>. Obie mają dokładnie taki sam kształt językowy, ale ich role są zupełnie odmienne. Do tej kategorii przynależą na przykład powszechnie zaliczane do zasad *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*.

**2.2.** W procesie stosowania prawa różnice między zasadami i regułami mają jeszcze bardziej wyraźną postać aniżeli na poziomie definicyjnym. Uwidacznia

<sup>7</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 48.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> R. Alexy, *On the Structure...*, s. 299-300.

się to przede wszystkim w przypadku niezgodności norm, a więc w sytuacji gdy zastosowanie dwóch norm odtworzonych jako wiążące normy systemu prowadzi do nie dających się pogodzić rezultatów. Uchylenie tych niezgodności przybiera odmienną postać w odniesieniu do reguł i zasad.

Konflikt reguł rozstrzygany jest dwojako. W pierwszym przypadku jedną z dwóch niezgodnych reguł traktuje się jak wyjątek w stosunku do drugiej, powodujący zawężenie jej zakresu zastosowania lub normowania. Jeżeli relacja „rozstrzygnięcie standardowe – wyjątek odeń” zostaje wykluczona, powstaje konieczność sięgnięcia po dyrektywy kolizyjne. Po odwołaniu się na przykład do *lex posterior derogat legi priori* lub do *lex superior derogat legi inferiori* tylko ta reguła zostanie uznana za obowiązującą, której status będzie odpowiadał *lex posterior* lub *lex superior*. *Lex prior* oraz *lex inferior* jako pozostające w konflikcie z wiążącymi normami systemu muszą być wykluczone ze zbioru jego elementów<sup>10</sup>. Ostatecznie rozstrzygnięcie konfliktu reguł pozostawia podmiotowi podejmującemu decyzję tylko jeden wzorzec należnego postępowania, wzorzec wprost przez prawodawcę zawarty w systemie prawa.

W przypadku kolizji zasad schematy uchylania niezgodności mają zupełnie inną budowę. Wynika to z cechy konstytutywnej tego typu norm postępowania. Zasady jako formułujące nakazy optymalizacyjne, a więc zakładające już w samej swej strukturze dopuszczalność stopniowości realizowania powinnego stanu rzeczy, nie mogą być poddawane takiej samej procedurze uzgadniania jak reguły, które albo w całości są realizowane, albo w całości przekraczane. To, co stanowi istotę i podstawę dla kształtowania wzorców rozwiązywania problemu kolizji zasad, opiera się na przypisywalnej jedynie zasadom charakterystyce, jaką jest ich „waga” (doniosłość, znaczenie).

Najbardziej klarowna sytuacja niezgodności ma miejsce wówczas, gdy powstaje konieczność wyboru między dwiema wykluczającymi się zasadami. Jeżeli w danym przypadku powinny być wzięte pod uwagę zasada prawa do życia i do nienaruszalności ciała oraz zasada zapewnienia należytego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, to zastosowana może być tylko jedna. Oskarżony, któremu udział w czynnościach procesowych grozi realnym niebezpieczeństwem utraty życia albo poważnego uszczerbku na zdrowiu, a tym samym stanowi zagrożenie dla realizacji pierwszej zasady, gdy zostanie uwolniony – nawet jedynie czasowo – z obowiązków wynikających z toczącego się postępowania, to sytuacja ta spowoduje naruszenie drugiej zasady. Wybór między tymi zasadami wymaga więc stosownego uzasadnienia. Tworzą je okoliczności przypadku, w ramach którego powinny zostać rozważone jednocześnie obie normy. Ze względu na to, że zasada prawa do życia i nienaruszalności ciała dotyczy podstawowych praw człowieka i sama w sobie ma większą wagę, to właśnie jej należy dać pierwszeństwo w stosunku do zasady zapewnienia należytego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych jako części składowej zasady państwa prawnego. Przesądzenie o pierwszeństwie praw podstawowych pociąga zasobą obowiązek ich realizacji<sup>11</sup>.

Spełnienie więc warunków przyznania pierwszeństwa określonej zasadzie powoduje powstanie określonego efektu prawnego, który może być ujęty

<sup>10</sup> Ibidem, s. 295-296.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 296.

w postaci ogólnego prawa kolizji (*the Law of Collision* albo *the Law of Competing Principles*):

Jeżeli zasada  $Z_1$  ma pierwszeństwo przed zasadą  $Z_2$  w warunkach  $W$ : ( $Z_1$   $P$   $Z_2$ ) $W$ , i jeżeli  $Z_1$  w warunkach  $W$  zakłada skutek prawny  $R$ , to wówczas obowiązuje reguła, która zawiera  $W$  jako fakty operatywne (zakres zastosowania reguły) oraz  $R$  jako skutek prawny (zakres normowania reguły):  $W \rightarrow R$ <sup>12</sup>.

Ogólne prawo kolizji wyraźnie określa, że relacja pierwszeństwa między zasadami ma jedynie warunkowy, relatywny charakter i nigdy nie może być uznana za absolutną. Co więcej, nie można wykluczyć sytuacji, że odmienne okoliczności spowodują, że preferencje prawodawcy okażą się dokładnie przeciwne, i to  $Z_2$  przeważa nad  $Z_1$ .

W wyniku zastosowania prawa kolizji zostaje sformułowana reguła, która – ze względu na bycie rezultatem procesu koniecznego w sytuacji konkurencji zasad, i to procesu koniecznego nie tylko argumentacyjnie, ale i pojęciowo – ma charakter normy obowiązującej prawnie. Ze względu na swą genezę jest normą pochodną (*a derivative norm*)<sup>13</sup>. Wprawdzie reguła ta przyjmuje taką, a nie inną postać w akcie stosowania prawa (co więcej, warunki  $W$  ustala się właśnie w odniesieniu do danego, jednostkowego przypadku), jednak nie można przypisać jej cech normy indywidualnej i konkretnej. Dzieje się tak dlatego, że w klasycznej opozycji: norma generalna i abstrakcyjna oraz norma indywidualna i konkretna reguła – efekt odwołania się do prawa kolizji zajmuje pozycję „między”. Reguła ta, będąc wiążącą prawnie, w tym sensie nie odpowiada standardowemu modelowi obowiązującej normy prawnej, iż dotyczy kolizji zasad w rozważanej sprawie. Z drugiej jednak strony zaistnienie w przyszłości podobnych jak wskazane w  $W$  okoliczności zobowiązuje podmiot stosujący prawo do sięgnięcia po regułę  $R$ . W takim ujęciu  $R$  pełni wyraźnie funkcję normy prawnej. Wedle stanowiska Alexy’ego jej prawny charakter nie budzi żadnych wątpliwości<sup>14</sup>.

Funkcjonowanie prawa kolizji wskazuje wyraźnie na odmienne wykorzystanie reguł i zasad jako racji (*reasons*). Reguły są zawsze racjami definitywnymi, zasady zaś bez wyjątku racjami *prima facie*. Zasady bowiem wskazują wprawdzie kierunek rozstrzygnięcia, ale tego rozstrzygnięcia nie przesądzają, gdyż sama ich struktura jako nakazów optymalizacyjnych dopuszcza możliwość zastąpienia racji wyraźnie przez nie wskazywanych racjami odmiennymi, a nawet przeciwnymi. Sama przez się zasada nie posiada siły przesądzającej jej – a nie zasady opozycyjnej – działanie. Dopiero uruchomienie procedury ważenia, a więc badania znaczenia danej zasady w odniesieniu do konkurującej z nią innej zasady, pozwoli na sformułowanie ostatecznej konkluzji, która z nich znajdzie zastosowanie. Przy czym w ciągu argumentacyjnym na rzecz określonej decyzji zostanie powołana wprost nie zasada zwycięska, ale reguła jako *a definitive reason*, w swoim zakresie zastosowania zawierająca okoliczności analizowanego przypadku, a w zakresie normowania – rezultat wyznaczony przez preferowaną zasadę<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ibidem, s. 297.

<sup>13</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 56.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 57-60.

**2.3.** Teoria zasad jako teoria nakazów optymalizacyjnych podporządkowanych konieczności uzgadniania, wazenia swojej siły w kontekście konkretnych i indywidualnych przypadków musi zakładać wzorzec ustalania udziału konkurujących zasad w rozstrzyganej sprawie. Podstawę takiego wzorca tworzy zasada proporcjonalności. Wedle R. Alexy'ego związek między teorią zasad a zasadą proporcjonalności „[...] is as close as it could possibly be. The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality [...] logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them”<sup>16</sup>. Nie ma też wątpliwości, że „the same is true if we proceed from the other side of the equivalence relation, namely, that the principle of proportionality implies principle theory”<sup>17</sup>.

Zasadę proporcjonalności budują trzy zasady składowe: zasada odpowiedniości (*the principle of suitability*), zasada konieczności (*the principle of necessity*) i zasada proporcjonalności w wąskim znaczeniu (*the principle of proportionality in the narrow sense*). Zasady jako nakazy optymalizacyjne formułują – jak zaznaczono – obowiązek zrealizowania danego stanu rzeczy w najwyższym stopniu, jaki jest faktycznie i prawnie możliwy. Elementy faktyczne poddawane są ocenie w perspektywie zasady odpowiedniości i konieczności, elementy prawne – zasady proporcjonalności w wąskim znaczeniu.

Użycie w celu realizacji zasady  $Z_1$  pewnego środka  $S$ , który jednocześnie ingeruje w zasadę  $Z_2$  będzie tylko wtedy usprawiedliwione w myśl zasady odpowiedniości, jeżeli istnieje rzeczywisty związek (w szczególności związek przyczynowy) między zastosowaniem  $S$  a realizacją  $Z_1$ . Jeżeli takiego związku nie ma, to obie zasady –  $Z_1$  oraz  $Z_2$  – rozważane razem mogą być spełniane w wyższym stopniu, zważywszy na okoliczności faktyczne, gdy  $S$  zostanie zaniechane. Stąd płynie wniosek, że  $Z_1$  i  $Z_2$  wzięte razem stanowią podstawę dla prawnego zakazu skorzystania z  $S$ . Ten ciąg argumentacyjny tworzy jeden z najbardziej klarownych modeli zastosowania idei optymalizacji we wnioskowaniach prawniczych<sup>18</sup>.

Zasada odpowiedniości pełni przede wszystkim funkcję kryterium negatywnego. Z dalszych rozważań wyłącza bowiem te wszystkie zachowania czy stany rzeczy, które w ogóle nie przyczyniają się do spełnienia danej zasady. Sfera, jaka pozostaje – środków skutecznie oddziałujących – zostaje już poddana władzy kolejnej zasady, zasady konieczności.

W myśl wymogu konieczności, jeżeli zasada  $Z_1$  może być w porównywalnie skuteczny sposób spełniona przez dwa środki  $S_1$  oraz  $S_2$  (ze względu na zasadę  $Z_1$  nie ma znaczenia, który z nich zostanie wybrany, gdyż oba osiągają wyznaczony cel), ale z uwagi na te możliwości faktyczne –  $S_1$  albo  $S_2$  – zasada  $Z_2$  będzie spełniona w większym stopniu poprzez wybór  $S_1$ , wówczas optymalizacja  $Z_1$  oraz  $Z_2$  uzasadnia zakaz zastosowania  $S_2$ <sup>19</sup>.

<sup>16</sup> „[...] jest tak bliski, jak to tylko możliwe. Natura zasad implikuje zasadę proporcjonalności, i *vice versa*. To, że natura zasad implikuje zasadę proporcjonalności, oznacza, że zasada proporcjonalności [...] logicznie wypływa z natury zasad; może być wydedukowana z nich”, *ibidem*, s. 66.

<sup>17</sup> „[...] to samo wiąże, jeżeli dokonujemy analizy od drugiej strony tej relacji równoważności, to znaczy, że zasada proporcjonalności implikuje teorię zasad”, w: R. Alexy, *On the Structure...*, s. 297.

<sup>18</sup> R. Alexy, *Postscript*, w: *idem*, *A Theory...*, s. 398.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 399.

W odniesieniu do prawnych możliwości wyznaczających przestrzeń realizacji dla nakazów optymalizacyjnych bierze się przede wszystkim pod uwagę inne zasady, które mogą pozostawać w konflikcie z realizacją kolejnych stopni zasady rozważanej. Wzorcem dla rozstrzygnięcia tego typu kwestii jest właśnie prawo wyważania (równoważenia) (*the Law of Balancing*), czyli zasada proporcjonalności w wąskim sensie:

„Im bardziej intensywna ingerencja w zasadę  $Z_2$ , tym większe znaczenie powinna mieć realizacja zasady  $Z_1$ , ze względu na którą została dopuszczona ingerencja w zasadę  $Z_2$ ”<sup>20</sup>.

R. Alexy bardzo mocno podkreśla, że prawo wyważania wyraźnie determinuje trzy stadia. Pierwsze dotyczy określania stopnia niespełnienia albo naruszenia zasady  $Z_2$ . Drugie wyznacza wagę spełnienia konkurencyjnej zasady  $Z_1$ . Z kolei w trzecim stadium zostaje dokonane rozstrzygnięcie, czy znaczenie realizacji  $Z_1$  usprawiedliwia naruszenie  $Z_2$ .

Przejrzystość konstrukcji procesu wyważania zasad uwidacznia jedną z najbardziej cennych właściwości teorii Alexy’ego. Poddając rozstrzygnięcie „trudnego przypadku” racjonalnej procedurze poprzez wyodrębnienie stadiów koniecznych dla osiągnięcia rezultatu w sytuacji konkurencyjnych racji w taki sposób, aby etapy te stały się odpowiednim przedmiotem intersubiektywnej kontroli, jednocześnie autor wyraźnie pokazuje obszary strukturalnej niepewności, nieuchronnie przypisane do działania zasad jako argumentów ze swej natury niekonkluzywnych.

Aby także i te obszary uczynić obiektem racjonalnych rozważań, autor *Teorii praw podstawowych* proponuje przyjęcie trójpoziomowej skali w odniesieniu do stopnia znaczenia  $Z_1$  oraz intensywności ingerencji w  $Z_2$ . Skala ta obejmuje kwalifikacje o postaci: „słabe” (lekkie) (*light*), „umiarkowane” (średnie) (*moderate*) oraz „poważne” (duże) (*serious*). Jeżeli przyjmie się uogólnioną postać konfliktu zasad  $Z_i$  oraz  $Z_j$ , konfliktu mającego zawsze miejsce w konkretnych warunkach  $W$ , to zarówno dla stopnia ingerencji w zasadę  $Z_i$  ( $IZ_i$ ), jak i dla znaczenia spełnienia  $Z_j$  ( $SZ_j$ ) – zgodnie z prawem wyważania – można znaleźć (w warunkach  $W$ ) odpowiednie określenia jako ingerencji słabej –  $IZ_iW : s$ ; umiarkowanej –  $IZ_iW : u$ ; poważnej –  $IZ_iW : p$  oraz jako znaczenia spełnienia słabego –  $SZ_jW : s$ ; umiarkowanego –  $SZ_jW : u$ ; poważnego –  $SZ_jW : p$ .

Biorąc pod uwagę powyższą skalę oraz trzy stadia procesu wyważania, według Alexy’ego ostateczny efekt zastosowania *the Law of Balancing* może przybierać następujące postaci:

Zasada  $Z_i$  ma pierwszeństwo przed zasadą  $Z_j$ :

$$(1) IZ_iW : p / SZ_jW : s^{21}$$

$$(2) IZ_iW : p / SZ_jW : u^{22}$$

$$(3) IZ_iW : u / SZ_jW : s^{23}$$

<sup>20</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 102; idem, *On the Structure...*, s. 298.

<sup>21</sup> Zasada  $Z_i$  w warunkach  $W$  ma pierwszeństwo przed zasadą  $Z_j$ , jeżeli ingerencja w zasadę  $Z_i$  w warunkach  $W$  jest poważna, spełnienie zaś zasady  $Z_j$  w warunkach  $W$  jest słabe.

<sup>22</sup> Zasada  $Z_i$  w warunkach  $W$  ma pierwszeństwo przed zasadą  $Z_j$ , jeżeli ingerencja w zasadę  $Z_i$  w warunkach  $W$  jest poważna, spełnienie zaś zasady  $Z_j$  w warunkach  $W$  jest umiarkowane.

<sup>23</sup> Zasada  $Z_i$  w warunkach  $W$  ma pierwszeństwo przed zasadą  $Z_j$ , jeżeli ingerencja w zasadę  $Z_i$  w warunkach  $W$  jest umiarkowana, spełnienie zaś zasady  $Z_j$  w warunkach  $W$  jest słabe.

Analogicznie do powyższego schemat  $Z_j$  ma pierwszeństwo przed  $Z_i$ :

$$(4) IZ_iW : s / SZ_jW : p$$

$$(5) IZ_iW : u / SZ_jW : p$$

$$(6) IZ_iW : s / SZ_jW : u$$

Trzecią klasę tworzą sytuacje równowagi (równocенności)  $Z_i$  oraz  $Z_j$ :

$$(7) IZ_iW : s / SZ_jW : s$$

$$(8) IZ_iW : u / SZ_jW : u$$

$$(9) IZ_iW : p / SZ_jW : p$$

Ostatnie trzy przypadki nie przynoszą konkluzywnego rozstrzygnięcia, tym samym wskazują wprost na istnienie strukturalnej dyskrecjonalności w procesie wyważania zasad.

Jeżeli więc waga konkurujących zasad jest porównywalna i należy je wszystkie rozpatrzyć, podejmując decyzję finalną, to każda z nich będzie miała swój udział w rozstrzygnięciu w takim stopniu, na jaki wskazuje teza optymalizacyjna – stany rzeczy, realizacja których jest nakazana przez te zasady, zostaną objęte ochroną na najwyższym możliwym (faktycznie i prawnie) poziomie. W przypadku możliwości prawnych to właśnie przede wszystkim konkurujące ze sobą zasady będą tworzyły dla siebie wzajemnie swoistą granicę realizacyjną. Ustalenie relacji między nimi poprzez przesądzenie o wielkości ich zakresów zastosowania i normowania w danym rozpatrywanym przypadku spowoduje powstanie swoistej spójnej „struktury zasad”<sup>24</sup>, mającej charakter struktury obowiązującej. Jej obowiązywanie jest jednakże ograniczone jedynie do warunków tej właśnie, konkretnie rozstrzyganej sprawy, i co najwyżej może na przyszłość pełnić rolę swoistej wskazówki dla rozpatrywania sytuacji podobnych.

Triadyczny model wyważania zasad Alexy wyraźnie przeciwstawia miarzeniu intensywności ingerencji czy też stopnia spełnienia przy użyciu na przykład skali od 0 do 1, traktując takie zamierzenia jako chybione. Natomiast sam podejmuje próbę „arytmetyzacji” trzeciego stadium wyważania poprzez rozszerzenie prawa konkurujących zasad oraz prawa wyważania. Rozszerzenie to przyjmuje postać Formuły Ważności (Wagi) (*the Weight Formula*). Przy jej użyciu możliwe staje się oznaczenie konkretnej wagi (znaczenia) danej zasady w porównaniu z inną, opozycyjną zasadą, przy założeniu, iż abstrakcyjna waga tych zasad jest taka sama<sup>25</sup>. Symboliczny zapis wyznaczania wagi ma następujący kształt:

$$WaZ_{i,j}W = IZ_iW / SZ_jW$$

<sup>24</sup> R. Alexy, A. Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, „Ratio Juris” 1990, nr 1, s. 137.

<sup>25</sup> Jednakowa abstrakcyjna waga zasad ma miejsce na przykład wówczas, gdy obie wyrażają prawa konstytucyjne.



Przy przypisaniu trzem stopniom intensywności naruszenia albo niespełnienia zasady – słabemu, umiarkowanemu oraz poważnemu – określonych wartości: odpowiednio dla  $s$   $2^0$ , dla  $u$   $2^1$  oraz dla  $p$   $2^2$ , a więc  $s=1$ ,  $u=2$ ,  $p=4$ , przypadki tworzące klasę, w której  $Z_i$  ma pierwszeństwo przed  $Z_j$ , będą przybierać wartość  $W_{ij}$  większą od 1: (1)  $p$ ,  $s=4/1=4$ ; (2)  $p,u=4/2=2$ ; (3)  $u,s=2/1=2$ .

Druga klasa – z przeciwną relacją preferencji – obejmie  $W_{ij}$  mniejsze od 1: (4)  $s,p=1/4=\frac{1}{4}$ ; (5)  $u,p=2/4=\frac{1}{2}$ ; (6)  $s,u=1/2=\frac{1}{2}$ .

Z kolei trzecia klasa gromadząca przypadki równoważne  $W_{ij}$  zawsze ma taką samą, równą 1: (7)  $s,s=1/1=1$ ; (8)  $u,u=2/2=1$ ; (9)  $p,p=4/4=1$ .

Powyższy model można rozszerzyć do wersji podwójnie triadycznej, gdzie każda wartość – słaba, umiarkowana i poważna – podlega dalszemu, analogicznie trójelementowemu uszczegółowieniu. W ten sposób powstanie dziewięć kwalifikacji: (1)  $ss$ ; (2)  $su$ ; (3)  $sp$ ; (4)  $us$ ; (5)  $uu$ ; (6)  $up$ ; (7)  $PS$ ; (8)  $pu$ ; (9)  $pp$ . Skala ta obejmuje więc przypadki od najmniej ingerujących, poprzez ingerujące w coraz to większym stopniu, aż do maksymalnego poziomu bardzo poważnych naruszeń.

Wprawdzie ten schemat teoretycznie podatny jest na dalsze rozszerzenia, i to wielostopniowe, ale Alexy je odrzuca jako niezrozumiałe. Model podwójnie triadyczny zostaje uznany za najbardziej odpowiedni dla praktyki wnioskowań prawnych i moralnych<sup>26</sup>.

Formuła Ważności spełniła także funkcję narzędzia dla sformułowania tzw. drugiego prawa wyważania (*the second Law of Balancing*)<sup>27</sup>. Gdy pierwotnie skonstruowane prawo wyważania (*the first Law of Balancing*) dotyczy znaczenia ingerencji w daną zasadę – i stąd również nazywane jest materialnym prawem wyważania – to drugie prawo odnosi się do stopnia pewności przesłanek uzasadniających ingerencję, przede wszystkim przesłanek empirycznych i normatywnych<sup>28</sup> (epistemiczne prawo wyważania). Prawo to głosi, że: „Im większa waga ingerencji w daną zasadę, tym większa musi być pewność co do uzasadniających tę ingerencję przesłanek”<sup>29</sup>.

**II. Koncepcja zasad prawa R. Alexy’ego** powstała na podstawie jego ogólnej teorii prawa praw podstawowych skonstruowanej w oparciu o niemiecką ustawę zasadniczą.

Wyraźnie ograniczona zakresowo u swoich źródeł, koncepcja ta wyewoluowała – i proces ten nadal trwa – do postaci, która może przybrać charakter teorii autonomicznej przedmiotowo, metodologicznie niezależnej w odniesieniu do praw podstawowych. Możliwość skonstruowania ogólnej teorii zasad prawa – a nie jedynie teorii zasad prawa praw podstawowych – zdeterminowana jest tym, iż istnieje, po pierwsze, wyraźnie określony przedmiot tej teorii: zasada prawa, po drugie, cel przedmiotowy: zespół kwestii, które winny zostać rozstrzygnięte w związku z badaniem zasad, ukształtowany w poważnej części

<sup>26</sup> R. Alexy, *Postscript*, s. 401-413; idem, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, nr 4, s. 443-448.

<sup>27</sup> R. Alexy, *Postscript*, s. 418.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 420-421.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 418.

przez tradycyjną jurysprudence<sup>30</sup>, oraz, po trzecie, metoda badawcza, a ściślej mówiąc: zespół metod, bazujących przede wszystkim na semiotyce.

Z całego katalogu pytań koniecznych do rozstrzygnięcia teoria Alexy'ego odpowiada wprawdzie nie na wszystkie, ale z całą pewnością nie omija pytań podstawowych. Przesądza o definicji zasad, kryteriach ich wyróżniania spośród innych wypowiedzi dyrektywalnych oraz o relacjach między zasadami a drugą grupą norm postępowania – regułami; kreuje model znoszenia niezgodności między zasadami pod postacią ich wyważania, wskazuje na tendencje do powstawania struktur zasad, czyli pewnych, stosunkowo trwałych, wzorów współwystępowania zasad w określonych okolicznościach faktycznych. Wiele z tych kwestii już w tej chwili pozwala na uzasadnione przewidywanie, iż teoria Alexy'ego zostanie zaliczona do zbioru teorii naukowych wyjątkowo twórczych. Jednakże aby stać się teorią adekwatną, koncepcja autora *Theorie der Grundrechte* powinna przede wszystkim objąć zagadnienie obowiązywania zasad, źródeł ich koniecznej obecności w systemach prawnych, kwalifikowania pewnych zasad jako naczelne oraz charakterystycznych dla nich funkcji w prawie. Z całą pewnością nie jest to wyliczenie ani kompletne, ani precyzyjne. Ale wydaje się, że pójście w tym kierunku pozwoli na wprowadzenie do nauki prawa teorii nie tylko metodologicznie poprawnej, ale nadto niezwykle użytecznej dla wszystkich tych dziedzin prawoznawstwa, gdzie zasady prawa odgrywają rolę podstawową.

R. Alexy już na tle rozważań bezpośrednio związanych z prawami podstawowymi zaczyna odwoływać się do elementów, które mogą stanowić przejście do formułowania tez mających o wiele szerszy zasięg.

Sama ogólna teoria prawa praw konstytucyjnych została co do swojego charakteru określona przez tego autora jako wyraźnie odmienna od dotychczasowych typów: teorii historycznych, wskazujących na genezę praw konstytucyjnych, teorii filozoficznych skupiających się wokół ich uzasadnień oraz teorii socjologicznych, opisujących działanie tych praw w systemie społecznym<sup>31</sup>.

Cechy charakterystyczne ogólnej teorii prawa dotyczącej praw konstytucyjnych ustawy zasadniczej zostały ujęte już w samej nazwie i bardzo wyraźnie zaakcentowane przez jej twórcę. Jest to więc 1) teoria *praw konstytucyjnych ustawy zasadniczej*; 2) teoria *prawa (prawna)*; 3) teoria *ogólna*.

Jako teoria praw konstytucyjnych niemieckiej ustawy zasadniczej dotyczy wyłącznie określonej grupy praw – tej, która jest regulowana w części obowiązującej federalnej Ustawy Zasadniczej, a nie praw ujmowanych przez konstytucje landów, a tym bardziej nie odnosi się w sposób bezpośredni do praw wiążących na obszarach innych państw. Obejmując jedynie prawa aktualnie obowiązujące, nie mieści się więc swoim zakresem ani w zbiorze teorii historycznych, ani też w zbiorze teorii filozoficznych, rozważających pojęcie praw konstytucyjnych w ogóle, bez odniesień dogmatycznych.

<sup>30</sup> Zob. syntetyczne zestawienie typów problemów związanych z zasadami: S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.

<sup>31</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 5.

Jako teoria prawa dotycząca fragmentu obowiązującego aktu normatywnego ma charakter doktrynalny<sup>32</sup>, odnoszący się przede wszystkim do praktyki prawniczej oraz do nauki prawa w wąskim, ale też najbardziej podstawowym znaczeniu tego słowa. „Doktrynalność” teorii praw konstytucyjnych pozwala na analizowanie rozważanych zagadnień w trzech wymiarach charakterystycznych dla każdej doktryny prawa: analitycznym, empirycznym i normatywnym.

W perspektywie analitycznej prowadzi się przede wszystkim rozważania związane z siatką pojęciową, w ramach i za pomocą której mówi się o prawie. Drugim – obok pojęciowego – elementem tej płaszczyzny jest systemowość prawa. Stąd też to na płaszczyźnie analitycznej formułuje się definicje tak podstawowych określeń, jak: pojęcie normy, uprawnienia, wolności, konstruuje się instytucje, np. uzasadnionych ograniczeń praw konstytucyjnych, czy też bada się prawo jako system pewnych elementów i ich wzajemnych powiązań, np. wynikających z konieczności wagi interesów, w szczególności w obszarze stosowania prawa konstytucyjnego.

Wymiar empiryczny doktryny praw konstytucyjnych obejmuje należyta wiedzę o ważnie ustanowionym prawie, a także o przesłankach empirycznych niezbędnych w toku prowadzenia prawniczej argumentacji. Opisanie obowiązującego prawa jako efektu określonych faktów społecznych, zaistniałych w pewnym miejscu i czasie, zostaje uzupełnione zdaniem relacji z procesu jego stosowania, a więc ujęcie sprawozdawcze obejmuje nie tylko prawo stanowione, ale również prawo sędziowskie. Waga tego szerokiego pojęcia prawa, wyraźnie będącego w opozycji do koncepcji pozytywistycznych, wydaje się jednak nie do przecenienia, w szczególności gdy rzecz dotyczy norm konstytucyjnych, gdzie daleko idąca niedefinitywność ich zakresów zastosowania i normowania nie pozwala na jednoznaczność przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie o konsekwencje uczynienia z nich podstaw rozstrzygnięcia. Przewidywalność takiej decyzji opiera się bowiem nie tylko na samej znajomości tekstu obowiązującego aktu normatywnego, ale także na wiedzy dotyczącej orzecznictwa sądowego, przede wszystkim orzecznictwa sądów konstytucyjnych.

Normatywny aspekt sięga poza opis obowiązującego prawa i skupia się na wyjaśnianiu oraz krytyce praktyki prawniczej, przede wszystkim sądowniczej. Odpowiedź na podstawowe pytanie, które jest stawiane w tym porządku – „Jaka powinna być poprawna decyzja w świetle obowiązującego prawa oraz danych faktów?” – nieuchronnie pozostaje uwikłana w rozważania ocenne. Zadaniem normatywnego wymiaru doktryny staje się wykazanie, że decyzje oparte na przesłankach aksjologicznych są nie tylko uzasadnialne, ale nadto uzasadnienie to ma charakter racjonalny. Waga wykazania tego staje się tym większa, że nauka prawa ma coraz częściej do czynienia nie tylko z klasycznymi przypadkami odwoływania się do wartości, jakie mają miejsce w procesie interpretacji prawa, ale także musi czynić obiektem swoich zainteresowań wyrażenia ocenne pojawiające się w trakcie ustalania samego faktu obowiązywania<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>33</sup> R. Alexy, R. Dreier, *The Concept of Jurisprudence*, „Ratio Juris” 1990, nr 1, s. 9-13; R. Alexy, *A Theory...*, s. 6-9.

Te trzy wymiary doktrynalne – analityczny, empiryczny i normatywny – jakkolwiek konieczne dla kompletnej charakterystyki każdej dogmatyki, w toku historycznego kształtowania się myśli prawnej odgrywały różną rolę, raz bardziej akcentowane, raz mniej. Nie zmieniało się tylko jedno: bezwzględne podporządkowanie każdego ujęcia faktowi, że jurysprudencja jest przede wszystkim dyscypliną praktyczną, w ostatecznej instancji mającą wspomóc uzasadnienie nie abstrakcyjnego twierdzenia, ale konkretnego rozstrzygnięcia tej, a nie innej sprawy<sup>34</sup>.

Ostatnia, trzecia cecha teorii praw konstytucyjnych Alexy'ego, to jej ogólność. Polega na tym, że rozważania tej teorii można odnieść do wszystkich praw zawartych w niemieckiej ustawie zasadniczej, co najmniej w odniesieniu do podstawowych kwestii.

Finałny kształt tej koncepcji ma postać teorii integracyjnej, teorii tworzącej jedną adekwatną całość poprzez odpowiednie wyważenie wszystkich trzech aspektów, z najsilniejszym akcentem na wymiarze analitycznym. Unikając w ten sposób jednostronności, jednocześnie teoria Alexy'ego omija drugą skrajność: próbę ujęcia uniwersum zagadnień jako ich prostej sumy, bez umieszczenia ich w stosownej siatce porządkującej. Temu celowi służy przede wszystkim takie budowanie teorii, aby miała ona kształt teorii strukturalnej, w sposób nie budzący wątpliwości przesądzającej o semiotycznym kształcie praw konstytucyjnych oraz o pozycji i możliwościach użycia wszystkich argumentów, które będą ostatecznie stanowiły należyte uzasadnienie dla indywidualnej i konkretnej decyzji podjętej w jednostkowym akcie stosowania prawa. Jasność i precyzja tej konstrukcji zapewnia nie tylko przewidywalność praktyki prawniczej, ale także gwarantuje intersubiektywną kontrolowalność jej spójności już na poziomie koncepcyjnym<sup>35</sup>.

Podstawowe pojęcia teorii Alexy'ego są wyznaczone już w samej jej nazwie: prawa konstytucyjne oraz norma regulująca prawa konstytucyjne. Posiadanie przez kogoś określonych praw zakłada obowiązywanie stosownej normy prawnej, która mu te prawa gwarantuje. Odwołanie się do normy prawnej nieuchronnie prowadzi do zagadnienia definicji normy oraz odróżnienia normy od zdań normatywnych. Alexy odwołuje się do sformułowanej przez G. H. von Wrighta w *Norm and Action*<sup>36</sup> koncepcji, w myśl której normą nie jest samo zdanie normatywne, ale jego znaczenie. Z kolei kryteria identyfikacji normy, niezależne już od jej językowego kształtu, można znaleźć na poziomie modalności deontycznych, w szczególności modalności podstawowych: zakazu, nakazu oraz dozwolenia. Zdania zawierające charakterystyczne wyrażenia modalne, np. „zakazuje się”, „jest nakazane”, „może” tworzą zbiór zdań deontycznych, jakkolwiek nie każde zdanie wyrażające normę posiada w swym językowym kształcie taki element, chociaż wszystkie one dadzą się formalnie na takie zdania przełożyć. Także zdania normatywne odnoszące się do praw konstytucyjnych są podstawą do konstruowania stosownych norm, przy czym wyrażenie „prawo do” należy już do modalności złożonych. O tym, że z danego

<sup>34</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 9.

<sup>35</sup> Ibidem, s. 14.

<sup>36</sup> London 1963.

zdania można wyprowadzić normę, przesądza kontekst jego sformułowania, zawierający oprócz samego zdania także warunki jego użycia, a więc okoliczności i reguły rządzące jego zastosowaniem. Okazuje się ostatecznie, że to elementy pragmatyczne stanowią konieczne uzupełnienie funkcji identyfikowania zdań normatywnych, a poprzez nie również i norm<sup>37</sup>.

Rozważając relację między definicją normy a jej obowiązywaniem, Alexy zdecydowanie opowiada się za takim ujęciem normy, jakie z definicyjnego określenia wyklucza obowiązywanie – wypowiedź może być adekwatnie nazwana normą, jeżeli spełnia stosowne kryteria językowe, jakkolwiek nie ma podstaw do zakwalifikowania jej jako np. ważnie ustanowionej. Oddzielenie konstytutywnych elementów normy od jej obowiązywania pozwoliło na formułowanie wielu teorii obowiązywania w zależności od rodzaju charakterystyki cech, jakie zostały przyjęte w formalnej strukturze analizowanego pojęcia: „Jeżeli norma  $N$  spełnia kryteria  $C_1, \dots, C_n$ , to norma  $N$  obowiązuje”<sup>38</sup>. Gdy kryteria opierają się na takich faktach, jak np. przestrzeganie prawa czy wymierzanie kary za jego brak, wówczas powstają socjologiczne teorie obowiązywania, gdy odwołują się do stosownego autorytetu upoważnionego przez normę wyższego rzędu, powołują do życia teorie prawnicze, a z kolei sięganie po argumentację moralną, np. pod postacią prawa naturalnego, jest źródłem etycznych teorii obowiązywania.

Do katalogu cech identyfikujących daną wypowiedź jako normę postępowania dołącza się taką dalszą charakterystykę normy, aby można ją było zakwalifikować jako normę praw konstytucyjnych (zawierającą, gwarantującą czy też odnoszącą się do praw konstytucyjnych). Jako że teoria Alexy’ego budowana jest w oparciu o niemiecką ustawę zasadniczą, przedmiotem rozważań stają się jedynie tylko te normy, które są wyrażone przez przepisy odnoszące się do praw, przepisy zaś ujmowane są jako zdania mieszczące się wyłącznie w ustawie zasadniczej<sup>39</sup>.

Wyróżnia się trzy najbardziej charakterystyczne typy kryteriów wyodrębniania zdań jako przepisów odnoszących się do praw konstytucyjnych: materialne, strukturalne oraz formalne<sup>40</sup>.

Połączenie elementów materialnych i strukturalnych występuje w definicji praw konstytucyjnych sformułowanej przez Carla Schmitta, według którego prawa są konstytucyjne jedynie wtedy, gdy – po pierwsze – tworzą same podstawy państwa i – po drugie – za takie uznane są przez konstytucję<sup>41</sup>. Wymóg materialny (tworzenie samych podstaw państwa) spełnia tylko pewna część praw, a mianowicie te, które tradycyjnie określane są jako wolności indywidualne, a więc stanowią fundament liberalnego państwa prawa. Z kolei charakterystyka strukturalna odnosi się do takiego kształtu tych praw, że jedynie wolności indywidualne mogą być doń zaliczone. Definicja Schmitta

<sup>37</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 23; zob. też idem, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, w: *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, red. L. H. Meyer, S. L. Paulson, T. W. Pogge, Oxford 2003, s. 5.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 27.

<sup>39</sup> Ibidem, s. 30.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 31.

<sup>41</sup> Ibidem.

ostatecznie okazuje się za wąska, gdyż poza swoim zakresem pozostawia prawa, co do konstytucyjności których nie ma żadnych wątpliwości. Bardziej operatywną jest definicja oparta na cechach formalnych, odwołująca się do form i sposobu stanowienia. Według niej przepisami dotyczącymi praw konstytucyjnych są zdania sformułowane w artykułach od 1 do 19 oraz te, które gwarantują prawa indywidualne, a zawarte w art. 20 ust. 4, art. 33, art. 38, art. 101, art. 103 i art. 104 ustawy zasadniczej<sup>42</sup>.

Normy dotyczące praw konstytucyjnych rozpatrywane przez pryzmat ich struktury przybierają postać zarówno reguł, jak i zasad. Normy te mogą być porządkowane w trzy modele: model zasad, model reguł oraz model zasad i reguł.

Model zbudowany wyłącznie z zasad znajduje swoje uzasadnienie w tym, że w wyniku istnienia niezgodnych zasad dopiero zastosowanie prawa konkurujących zasad pozwala na wyjście z konfliktu poprzez sformułowanie już reguły, która w sposób definitywny nakazuje realizowanie tego stanu rzeczy, który jest przedmiotem obowiązku zasady, jakiej przyznano pierwszeństwo. Reguły w takim ujęciu pozostają całkowicie zależne od zasad<sup>43</sup>. Tego rodzaju perspektywa patrzenia na prawa konstytucyjne wprowadzie uwypukla pewien typowy proces, ale jednocześnie pozostaje w sprzeczności z charakterem samych przepisów ustawy zasadniczej – obok zasad niewątpliwie znajdują się tam i reguły, jako efekt wyraźnej decyzji prawodawczej.

Drugi przytaczany model (obejmujący wyłącznie reguły) ze względu na szacunek dla tekstu konstytucji, pewność prawną i przewidywalność ma wyraźną przewagę nad pierwszym. Ale już w praktyce stosowania prawa jest trudny do zaakceptowania. Przyjęcie założenia dopuszczalności istnienia czystego modelu reguł prowadzi bowiem nieuchronnie do nieadekwatnego opisu procesu stosowania norm konstytucyjnych. Możliwa postać przepisów konstytucyjnych w takim przypadku byłaby trojaka: prawa konstytucyjne gwarantowane bez formułowania jakichkolwiek zastrzeżeń, prawa konstytucyjne z prostymi zastrzeżeniami i prawa konstytucyjne z kwalifikowanymi zastrzeżeniami. Odstąpienie od formułowania zastrzeżeń dla realizacji praw konstytucyjnych doprowadziłoby niewątpliwie do wyznaczenia zbyt szerokiego zakresu ich ochrony. Z kolei proste zastrzeżenia rodziłyby w sprawach granicznych skutek dokładnie odwrotny: niebezpieczeństwo naruszenia nawet istoty chronionych przez nie praw. Prawa konstytucyjne zabezpieczone kwalifikowanymi ograniczeniami na poziomie ich stosowania wymagają sięgania do różnych porządków wnioskowania. Wszystkich tych nieuchronnych wad występujących w przedstawionych trzech aspektach modelu reguł unika sięgnięcie po prawo konkurujących zasad, a więc włączenie do czystego modelu reguł także i zasad.

Trzeci model prezentowania praw konstytucyjnych składa się zarówno z reguł, jak i zasad. Ta mieszana postać jednak wyraźnie wyodrębnia poziom zasad oraz poziom reguł. Do poziomu zasad zalicza się te wszystkie zasady, które są relewantne dla konstytucyjnego orzekania na podstawie ustawy

<sup>42</sup> Ibidem, s. 32.

<sup>43</sup> Ibidem, s. 70.

zasadniczej, a więc które mogą służyć jako prawidłowe argumenty zarówno za przyjęciem danej decyzji, jak i przeciwko. Wśród tych argumentów występują nie tylko zasady wyraźnie sformułowane w tekście konstytucyjnym, ale także takie, jakie sąd konstytucyjny może wyprowadzić na drodze stosownego wniosku. Aby odróżnić charakter i rangę obu tych typów zasad, Alexy wprowadza pojęcia konstytucyjnego statusu pierwszego i drugiego stopnia. Zasada posiada status pierwszego stopnia, jeżeli może samodzielnie ograniczać chronione bez ograniczeń na poziomie przepisów ustawy zasadniczej prawa konstytucyjne. Jeżeli natomiast może wystąpić jako argument uzasadniający limitowanie określonych praw jedynie razem ze stosowną normą ustanowioną w przepisie ograniczającym, wówczas jej status jest statusem drugiego stopnia<sup>44</sup>.

Ale przepisy ustawy zasadniczej dotyczące praw konstytucyjnych mogą być ujmowane nie tylko jako zasady, ale także jako reguły – mianowicie w tych sferach, gdzie istnieją podstawy do wyinterpretowania decyzji, jaka może zostać podjęta w świetle konkurujących zasad, a więc w wyniku zastosowania procedury ważenia. W ten sposób przejawia się podwójny aspekt przepisów – stanowiące jako zasady właśnie ze względu na ten charakter, który pociąga jednocześnie za sobą konieczność ich wyważania przy podejmowaniu konkretnej decyzji, przesądzają tym samym także o postaci reguł, które są formułowane jako nakaz realizowania stanu rzeczy wskazanego przez tę zasadę, jaka zyskała pierwszeństwo w danym zespole okoliczności faktycznych i prawnych. Im precyzyjniej wyznaczone są reguły „wychodzenia” ze stanu kolizji zasad, tym bardziej definitywny nakaz prawodawcy, a więc tym silniejsze podstawy dla odtworzenia reguły. W ten sposób zbudowany poziom reguł, połączony wielorako – także zwrotnie – z poziomem zasad, ze względu na swoją decyzyjność będzie zyskiwał pierwszeństwo w stosunku do porządku zasad. Jedynie wyjątkowo uzasadnione będą odstępstwa od klarownej reguły, jeżeli przemawiają za tym ważne argumenty konstytucyjne, sformułowane pod postacią szczególnie ważnej zasady.

Podwójny charakter norm regulujących prawa konstytucyjne – interpretowanych jako zasady i reguły jednocześnie – nie mógłby się utrwalić w prawie konstytucyjnym, gdyby nie wprowadzane generalne klauzule ograniczające. Dane prawo może być więc realizowane tylko w takim zakresie, który nie jest zakazany przez wyraźny przepis, ani też nie jest naruszeniem innego konkurującego prawa w stopniu koniecznym dla realizacji prawa danego<sup>45</sup>.

Alexy szczególnie silnie podkreśla fakt, że nie jest przypadkowa taka charakterystyka zasad, która odwołuje się do ścisłego związku między nimi a wartościami<sup>46</sup>. Podobnie jak o konkurujących zasadach i równowadze między nimi, można mówić równie poprawnie o niezgodnych wartościach i procesie ich ważenia. Stopniowości realizacji zasady odpowiada stopniowość urzeczywistniania wartości. Te istotne podobieństwa powodują, że zamiana porządków w referowaniu poszczególnych przypadków koniecznych dla

<sup>44</sup> Ibidem, s. 81.

<sup>45</sup> Ibidem, s. 84-86.

<sup>46</sup> Sam autor we wstępie do *A Theory...* stwierdza: „The theory of principles is a theory of values purified of unsustainable presuppositions”; ibidem, s. 4.



rozstrzygnięcia nie zmienia sedna zagadnienia. Sądy konstytucyjne jako semantycznie równoważne traktują opis danego stanu faktycznego z jednej strony w kategoriach zasad będących w konflikcie, z drugiej zaś w kategoriach sprzecznych wartości i interesów.

Aby wskazać pole wzajemnych relacji między tymi wyrażeniami, Alexy sięga do sformułowanego przez von Wrighta w *The Logic of Preference*<sup>47</sup> oraz *The Varieties of Goodness*<sup>48</sup> podziału pojęć praktycznego rozumu. Otóż pojęcia te mieszczą się w trzech klasach jako deontologiczne, aksjologiczne i antropologiczne<sup>49</sup>. Pojęcia deontologiczne to przede wszystkim te, które mają postać nakazów, zakazów, dozwoleń i prawa do czegoś. Z kolei pojęcia aksjologiczne kształtuje fakt wyprowadzania ich z różnych koncepcji dobra, a więc wskazywania na wielorakie kryteria tego, co jest kwalifikowane jako dobre – piękne, efektywne, wartościowe, demokratyczne, sprawiedliwe itd. Jeżeli natomiast następuje odwołanie do woli, interesów, potrzeb, decyzji i działania, to pojęcia, które je wyrażają, przynależą do zbioru pojęć antropologicznych. Te trzy typy pojęć tworzą podstawową siatkę terminologiczną dla analizowania większości problemów z zakresu filozofii praktycznej i jurysprudencji.

O aksjologiczności danego stwierdzenia językowego świadczy przede wszystkim sposób orzekania o rzeczywistości. Jeżeli wyrażenie kwalifikuje pewien obiekt albo stan rzeczy jako wartościowy, staje się tym samym wyrażeniem oceniającym, podsumowującym w ten sposób proces oceniania. Wszystkie stwierdzenia oceniające dzieli się na trzy grupy: klasyfikujące, porównawcze i metryczne. Wyrażenia klasyfikujące mają za zadanie przypisać ocenianemu przedmiotowi jedną z trzech charakterystyk: pozytywny, negatywny albo neutralny. Wyrażenia porównawcze określają wartość jakiegoś obiektu w stosunku do innego i przyjmują postać orzekania, że obiekt ten jest lepszy, gorszy albo równoważnościowy temu obiektowi, który służy jako punkt odniesienia. Ostatnią, najbardziej precyzyjną kategorię tworzą wyrażenia metryczne tym się charakteryzujące, że przydają ocenianemu przedmiotowi określoną, konkretną liczbę, która odpowiada wartości tego przedmiotu, np. wyznaczanie wartości poszczególnych części majątku pod postacią stosownej sumy pieniędzy. W przedstawionym powyżej użyciu słowo „wartość” staje się sensowne w wyrażeniu o postaci: „X ma wartość”. Powstaje jednak pytanie o znaczenie równie często formułowanego wyrażenia: „X jest wartością”. Z całą pewnością – według Alexy’ego – wartością w ścisłym tego słowa znaczeniu nie może być obiekt oceniany, gdyż to właśnie on „ma” wartość. Natomiast wartością są kryteria oceniania, a więc np. w odniesieniu do samochodu: szybkość, bezpieczeństwo, wygoda, cena, ekonomiczność i wygląd. Ostateczna ocena danego przedmiotu może być wypadkową wielu elementów branych pod uwagę w procesie oceniania, ale także może opierać się tylko na jednym, wybranym aspekcie. W przypadku mnogości kryteriów oceny nie sposób uniknąć konfliktów między nimi, a więc ocena globalna musi być podejmowana w drodze takiego samego zabiegu, jaki ma miejsce przy uchylaniu

<sup>47</sup> Edinburgh 1963.

<sup>48</sup> London and New York 1963.

<sup>49</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 87.



niezgodności między zasadami – w drodze wyważania. Podobieństwa między zasadami i wartościami znajdują swoje odzwierciedlenie także na samym poziomie normatywnym. Wszystkie bowiem normy dzielą się na deontologiczne i aksjologiczne, a w ramach tych dwóch klas możliwe jest kolejne rozróżnienie: między regułami a zasadami wśród norm deontologicznych oraz między regułami oceniającymi a kryteriami oceniającymi (wartościami) wśród norm aksjologicznych.

Podstawowa różnica między zasadami a wartościami sprowadza się do ich charakteru: to, co w świetle określonego systemu wartości jest najlepsze, to w perspektywie danego systemu zasad powinno być. Oba porządki są – przy pewnych założeniach – przekładalne. Preferencje dla porządku zasad przy analizowaniu prawa wydają się oczywiste ze względu na ten sam deontologiczny wymiar<sup>50</sup>.

Nie zmienia to jednak faktu, że w pewnych przypadkach sięganie po narzędzia charakterystyczne dla aksjologii nie tylko nie naruszy ustabilizowanej struktury badań prawniczych, lecz wprost przeciwnie – pozwoli na lepsze, bo bardziej adekwatne referowanie określonych typów problemów. Brak wskazania wyraźnych połączeń, a nie jedynie analogii, między teorią zasad a teorią wartości wydaje się wyzwaniem dla przyszłych etapów rozwoju teorii Alexego.

**III.** Przedstawione powyżej konieczne doprecyzowania kluczowych elementów teorii zasad praw konstytucyjnych – stanowiące jedynie bardzo ograniczony wybór z ogromnego zakresu rozważanych przez Alexy'ego kwestii – pozwalają na stwierdzenie, że przeważająca część dokonanych ustaleń może znaleźć zastosowanie w konstrukcji teorii o charakterze niepartykularnym, odnoszącej się do zasad w ogóle, a nie tylko w wybranej dogmatyce. Aspekty analityczny, empiryczny i normatywny są charakterystyczne dla każdej doktryny, a nie jedynie dla prawa konstytucyjnego. Definicja normy postępowania, jej obowiązywania, typy kryteriów wyodrębniania zdań z przepisów (materialne, strukturalne i formalne) mają charakter uniwersalny w odniesieniu do całego systemu prawa. Badanie funkcji rodzaju norm postępowania dla adekwatnego przedstawienia działania prawa poprzez pryzmat trzech modeli: czystego modelu zasad, czystego modelu reguł oraz mieszanego modelu zasad i reguł – pozwala na ukazanie relacji między tymi dyrektywami w każdym, w odpowiednio wysokim stopniu spójnym, fragmencie systemu prawa. W końcu analizy aksjologiczne, ukazujące przekładalność porządku zasad na porządek wartości, mają moc ważności w każdym przypadku obowiązywania zasad, a nie wyłącznie w odniesieniu do praw podstawowych.

Zakres i poziom wnikliwości przeprowadzonych przez Roberta Alexy'ego analiz zasad prawa pozwala więc oczekiwać na rozszerzenie teorii zasad praw konstytucyjnych do ogólnej teorii zasad<sup>51</sup>. Najważniejsze elementy składowe

<sup>50</sup> Ibidem, s. 86-92.

<sup>51</sup> Zob. np. L. M. Soriano, *Balancing Reasons at the European Court of Justice*, w: *Legal Philosophy: General Aspects*, Proceedings of the 19<sup>th</sup> World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, red. M. Troper, A. Verza, New York 1999, s. 137-138; S. Greer, *'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, „Cambridge

– definicja zasad oraz procedura ich stosowania – mają już praktycznie dojrzały kształt. Uczynienie problematyki zasad autonomiczną oraz uszczegółowienie określonych jej sfer, m.in. obowiązywania zasad, powinno być jedynie kwestią podjęcia określonej decyzji badawczej.

*Dr Marzena Kordela jest adiunktem  
Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu.*

## THE POSSIBILITY OF CONSTRUCTING THE GENERAL THEORY OF LEGAL PRINCIPLES. REMARKS ON ROBERT ALEXY'S CONCEPTION

### Summary

Since the middle eighties of the 20th century Robert Alexy has consistently developed the conception of legal principles. That conception, despite its initial ancillary function in respect of the theory of constitutional rights that he worked on, very soon proved of major importance as its basic theses applied to all norms of conduct which belong to a legal system and have been defined as principles.

There two types of factors that have decided about the universal nature of this conception. They are (1) the approach that looks at legal principles as optimisation commands which formulate an obligation to carry out a certain state of affairs to the highest degree in the existing actual and legal circumstances, and (2) the procedure of balancing the principles, which is a formalised expression of solving of the, inevitable in the system, collision of principles.

Although Alexy has not as yet articulated clearly that a general, not only a particular, theory of principles could be built on the basis of his work so far, it seems justified to believe, having in mind the advanced stage of the already existing conception, and, what is more, its practical usability in areas beyond constitutional law, that sound foundations on which this conception could be grounded already exist.