

Milena Korycka

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

## Teoria zasad prawnych Roberta Alexy'ego

### 1. Uwagi ogólne na temat norm konstytucyjnych

Robert Alexy buduje swoją koncepcję zasad prawnych w oparciu o analizę norm konstytucyjnych. Natomiast punktem wyjścia dla zrozumienia norm ujmujących konstytucyjne prawa i wolności jest dla niego przede wszystkim rozwikłanie problemu interpretacji prawa pozytywnego. Debata nad konstytucyjnymi prawami niemieckiego pokazuje, że kontrowersje dotyczące ich wykładni zmieniają ich charakter z bezpośrednio obowiązujących praw, w coraz mniej ostre oraz mniej kompleksowe. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy, jak zauważa R. Alexy, jest niewątpliwie tekstualna otwartość katalogu konstytucyjnych praw<sup>1</sup>.

Zdaniem R. Alexy'ego, tłumaczenie kontrowersji związanych z wyjaśnieniem zawartości konstytucyjnych praw jedynie poprzez otwartość tekstu nie jest prawidłowe. Norma może być tak otwarta jak to jest tylko możliwe, tym niemniej powszechna zgoda co do jej treści powoduje, że brak jest dyskusji na ten temat. Jeśli natomiast otwartość norm łączy się z fundamentalnym brakiem zgody co do jej treści owocuje to poważnymi kontrowersjami i zdaniem R. Alexy'ego z taką sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do konstytucyjnego katalogu praw<sup>2</sup>.

Katalog praw i wolności konstytucyjnych reguluje mianowicie w skrajnie otwarty sposób po części głęboko kontrowersyjne zagadnienia związane z podstawowymi normatywnymi strukturami państwa i społeczeństwa, tj. koncepcje godności, wolności i równości. Sprawę komplikuje również uwikłanie określenia tego katalogu w różnorakie koncepcje celów państwa, strukturalnych idei demokracji, rządów prawa, państwa socjalnego, a kończąc na współczesnej idei racjonalnego prawa<sup>3</sup>.

Główne założenie koncepcji praw R. Alexy'ego przewiduje konieczność bazowania w tym zakresie na teorii zasad. Konstytucyjne prawa są normami o charakterystycznej strukturze, przy czym zdaniem R. Alexy'ego najważniejsze dla teorii konstytucyjnych praw jest rozróżnienie między regułami i zasadami. Ten podział jest podstawą dla sądownictwa konstytucyjnego i kluczem do rozwiązania kontrowersji wokół konstytucyjnych praw<sup>4</sup>. Bez tej dystynkcji, jak zauważa R. Alexy, nie jest możliwe istnienie sensownej teorii limitacji praw ani godnej akceptacji doktryny konfliktów praw.

<sup>1</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford-New York 2002, s. 1.

<sup>2</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 2.

<sup>3</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 2.

<sup>4</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 44.

## 2. Reguły i zasady

Reguły i zasady, zdaniem R. Alexy'ego, są normami, stąd wszelkie rozróżnienie dokonywane pomiędzy nimi są w istocie rozróżnieniami między dwoma typami norm<sup>5</sup>. Różnicującą je cechą, tradycyjnie akcentowaną, jest różny stopień ogólności tych dwóch rodzajów norm. Ten sposób postrzegania różnic między regułami i zasadami akcentuje fakt, że zasady są normami o relatywnie wysokim stopniu ogólności, reguły natomiast raczej niskim<sup>6</sup>.

Inne kryteria podziału norm na zasady i reguły wskazują na takie czynniki jak chociażby możliwość dokładnego określenia sytuacji, w których norma ma zastosowanie; akcentowany może też być różny sposób ich kreacji – charakteryzuje się je wówczas bądź jako normy tworzone bądź też normy ewoluujące; rozróżnienia dokonuje się również z uwagi na to czy normy są racjami dla reguł czy regułami samymi w sobie; bądź też z uwagi na to czy traktuje się je jako normy argumentacji, czy normy zachowań itd.<sup>7</sup>

Żadne z tych kryteriów, zdaniem R. Alexy'ego, nie pozwala ściśle odróżnić reguł od zasad, dlatego też stworzył on własną teorię zasad jako norm, które – charakteryzując je możliwie lapidarnie – wymagają realizacji w możliwie największym stopniu w świetle prawnych i faktycznych możliwości<sup>8</sup>. Zasady w związku z tym określa on jako nakazy optymalizacji, mogące być zrealizowanymi w różnym stopniu w zależności od faktycznych i prawnych możliwości. Wymiar prawnej możliwości uzależniany jest od przeciwnych zasad i reguł<sup>9</sup>. Prawnie możliwe jest zatem to, czego nie zakazują inne zasady i reguły, mające w danych warunkach pierwszeństwo<sup>10</sup>.

Dla kontrastu, reguły są normami, które są zawsze albo wypełnione, albo nie. Jeśli obowiązująca reguła ma zastosowanie, obowiązkiem jest postępować w jej myśl, ani więcej, ani mniej. W tym sensie reguły zawierają ustalone fragmenty na polu faktycznych i prawnych możliwości. R. Alexy stwierdza w związku z tym, że różnica między zasadami i regułami jest różnicą jakości, a nie stopnia. Każda norma jest bądź regułą bądź zasadą<sup>11</sup>.

## 3. Konflikty reguł i kolizja zasad

Konflikt między dwiema regułami może być rozwiązany jedynie poprzez ustalenie wyjątku jednej reguły od drugiej albo poprzez uznanie jednej za nieważną. Zdaniem R. Alexy'ego, przykładem obrazującym pierwszy sposób rozstrzygnięcia konfliktu może być sytuacja, w której jedna reguła zakazuje opuszczania klasy przed dzwonkiem, druga natomiast wymaga jej opuszczenia w razie usłyszenia alarmu przeciwpożarowego. Jeśli

<sup>5</sup> W tym zakresie w istocie teoria zasad R. Alexy'ego nie różni się od sformułowanej przez R. Dworkina. Zob. R. Dworkin, *Imperium Prawa*, Warszawa 2006.

<sup>6</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 4–46.

<sup>7</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 46. Podobnie polska doktryna zorientowana tradycjonalistycznie wskazuje jako kryteria rozróżnienia zasad od reguł m.in. to, że zasady usytuowane są w odpowiednim miejscu w hierarchii aktów normatywnych, zasady stanowią logiczne uzasadnienie innych norm, zasady stanowią podstawę reguł wykładni, zasady egzemplifikują inkorporowane do systemu prawnego normy etyczne. Zasadniczo analiza zasad prawnych w tym ujęciu bazuje na rozróżnieniu zasad w znaczeniu opisowym i dyrektywalnym. Szerzej na ten temat zob. M. Korycka, *Zasady prawa*, „Jurysta” 2007/8, s. 3–7.

<sup>8</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 47.

<sup>9</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 48.

<sup>10</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988/3, s. 26.

<sup>11</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 48. Podobnie R. Dworkin, *The Model of Rules*, „The University of Chicago Law Review” 1967/8/35, s. 25. Inaczej H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 347–350.

dzwonek nie zadzwoni, a uruchomi się alarm przeciwpożarowy, te obie reguły należy uznać za prowadzące do wzajemnie niezgodnych nakazów powinnościowych. Konflikt rozstrzygany jest poprzez uznanie dyrektywy związanej z włączeniem alarmu przeciwpożarowego za wyjątek od pierwszej reguły<sup>12</sup>. Jeśli takie rozstrzygnięcie nie jest możliwe, zdaniem R. Alexy'ego, należy przynajmniej jedną regułę uznać za nieważną i usunąć z systemu prawnego<sup>13</sup>.

R. Alexy jest zdania, że zasady są najważniejszą częścią argumentacji systemowej<sup>14</sup>. Rywalizacja zasad rozwiązywana jest przy tym w zupełnie odmienny sposób. Kiedy dwie zasady konkurują ze sobą, na przykład jedna zakazuje czegoś, na co druga zezwala, kolizja rozstrzygana jest poprzez przeważenie jednej zasady przez drugą. Nie oznacza to, że przeważona zasada jest nieważna, ani że stanowi wyjątek od drugiej. Przegrywająca zasada może w innych okolicznościach przeważać drugą zasadę. Oznacza to, że zasady mają różną wagę w różnych sytuacjach faktycznych, że bardziej ważna zasada w danych okolicznościach bierze pierwszeństwo<sup>15</sup>. Podczas gdy konflikty między regułami są rozgrywane na poziomie ważności (obowiązywania), rywalizacja zasad rozstrzygana jest poprzez wymiar wagi każdej z nich.

Analiza kolizji zasad rozstrzyganych w orzecznictwie konstytucyjnym skłania R. Alexy'ego do wniosku, że rozwiązaniem jest balansowanie interesów. Strukturę rozwiązywania takich konfliktów określa R. Alexy jako prawo kolizji zasad<sup>16</sup>. W sytuacji kolizji proces balansowania skonfliktowanych interesów polega, w myśl tego prawa, na udzieleniu odpowiedzi, która z zasad mających różny status w abstrakcji, w konkretnej sytuacji ma większą wagę<sup>17</sup>. Zmierza do ustalenia warunkowych relacji preferencji między zasadami w świetle okoliczności sprawy. Relacja pierwszeństwa jest warunkowa, gdyż warunki priorytetu jednej z zasad są ustalane w kontekście konkretnej sprawy. W innych okolicznościach kwestia pierwszeństwa mogłaby zostać rozstrzygnięta odmiennie<sup>18</sup>.

R. Alexy rozróżnia bezwarunkową relację preferencji oraz warunkową relację preferencji. Ta pierwsza może przybrać schemat:

1. P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>
2. P<sup>2</sup> P P<sup>1</sup>

gdzie P<sup>1</sup> i P<sup>2</sup> to rywalizujące zasady, a P to relacja pierwszeństwa. Ta relacja określana jest również jako abstrakcyjna albo absolutna relacja preferencji. Warunkowa relacja preferencji przebiega natomiast według schematu:

1. (P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>) C
2. (P<sup>2</sup> P P<sup>1</sup>) C,

gdzie C oznacza okoliczności konkretnej sprawy. Określana jest ona również jako konkretna czy relatywna relacja preferencji.

„Jeśli teraz zasada P<sup>1</sup> bierze pierwszeństwo nad zasadą P<sup>2</sup> w okolicznościach C: (P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>) C, i jeśli P<sup>1</sup> prowadzi do prawnych konsekwencji Q w okolicznościach C, wtedy obowiązuje reguła, w której C jest poprzednikiem i Q następnikiem: C→Q”<sup>19</sup>. Mniej techniczna wersja tego prawa według R. Alexy'ego wypełnia formułę: „Okoliczności,

<sup>12</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 49.

<sup>13</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 49.

<sup>14</sup> R. Alexy, *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, "Cardozo Law Review" 1995–1996/17, s. 1028.

<sup>15</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 50.

<sup>16</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 50.

<sup>17</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 51.

<sup>18</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 52.

<sup>19</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 54.

w których jedna zasada bierze pierwszeństwo nad drugą, ustalają warunki reguły, która ma takie same konsekwencje prawne jak zasada zyskująca pierwszeństwo<sup>20</sup>. To prawo kolizji zasad, w ocenie R. Alexy'ego, jest jednym z fundamentów teorii zasad, odzwierciedla charakter zasad jako wymogów optymalizacji, między którymi przede wszystkim nie ma relacji absolutnej preferencji i które dotyczą aktów i sytuacji, które nie mogą z góry zostać ustalone czy sklasyfikowane<sup>21</sup>.

Reguła powstała na skutek rozstrzygnięcia kolizji stanowi swego rodzaju efekt interpretacyjny, interpretacja ta posiada jednak swoiste cechy. Dokonuje się jej poprzez rozważenie wszystkich prawnych i faktycznych możliwości na podstawie konkretnych warunków mających znaczenie dla rozstrzygnięcia kolizji. Ważenie<sup>22</sup> jest procesem, który skutkuje ustaleniem treści jednoznacznie brzmiącej normy prawnej mającej charakter reguły<sup>23</sup>.

Koncepcja zasad jako nakazów optymalizacyjnych, tj. nakazów optymalizacji nakładających obowiązek zrealizowania czegoś w najwyższym stopniu jaki jest faktycznie i prawnie możliwy, implikuje traktowanie tego obowiązku jako definitywnego. Może być on spełniony albo nie, dlatego też nakazy optymalizacyjne w tym rozumieniu mają strukturę reguły<sup>24</sup>.

Wobec tych wniosków R. Alexy zauważa potrzebę rozróżnienia między nakazami optymalizacji (*commands to optimize*) i nakazami do bycia optymalizowanymi (*commands to be optimized*). Z jednej strony, nakazy do bycia optymalizowanymi to obiekty równoważenia lub ważenia. Można je określić jako „idealne powinności” albo „ideały”<sup>25</sup>. Idealna powinność jest czymś, co ma być optymalizowane (realizowane w najwyższym stopniu, jaki jest prawnie i faktycznie możliwy) i tym samym zmodyfikowane w realną (rzeczywistą) powinność. Obiekt optymalizacji i nakaz do bycia optymalizowanym umieszczone są na tym samym poziomie. Z drugiej strony nakazy optymalizacji tj. optymalizacyjne nakazy są umieszczone na meta-poziomie. Nakładają bowiem obowiązek, aby przedmiot ich działania, nakazy do bycia optymalizowanymi, były spełnione w najwyższym możliwym stopniu. Jako optymalizacyjne nakazy nie są one optymalizowane, ale mają być wypełnione przez optymalizację<sup>26</sup>.

Dlatego też zasady jako przedmiot równoważenia nie są optymalizacyjnymi nakazami, ale raczej nakazami do bycia optymalizowanymi. Zawierają one idealną powinność, ale nie jest ona jeszcze zrelatywizowana do faktycznych i prawnych możliwości<sup>27</sup>.

#### 4. *Prima facie* charakter zasad

W związku z tym, że zasady wymagają realizacji w możliwie największym zasięgu jaki jest prawnie i faktycznie możliwy, R. Alexy nie utożsamia ich z wymogami definitywnymi, ale z wymogami *prima facie*. Zasady reprezentują powody (cele), które mogą zostać zastąpione przez inne powody, przy czym relacja między nimi nie jest ustalana

<sup>20</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 54.

<sup>21</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 54.

<sup>22</sup> W polskiej literaturze termin ten tłumaczy się również jako „odważanie”, zob. np. K. Pleszka, *Reguły preferencji w prawniczych rozumowaniach interpretacyjnych* w: J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2003, s. 89.

<sup>23</sup> P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 73.

<sup>24</sup> R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, "Ratio Juris" 2000/3, s. 300.

<sup>25</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 300.

<sup>26</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 300.

<sup>27</sup> Z uwagi jednak, że Alexy dokonuje tego rozróżnienia praktycznie w jednej tylko swojej pracy, na potrzeby dalszej analizy należy utożsamiać pojęcie nakazów optymalizacji z nakazami do bycia optymalizowanymi.

przez samą zasadę. Zasady nie posiadają bowiem źródeł, które determinują ich własny zasięg w obliczu kolizji zasad i tego co jest faktycznie możliwe<sup>28</sup>.

W przeciwieństwie do zasad, reguły wymagają postępowania w sposób przez nie określony, zawierają w sobie decyzję o tym co się stanie w ramach prawnych i faktycznych możliwości. Decyzja mieszcząca się w tym, co jest prawnie lub faktycznie niemożliwe, może prowadzić do nieważności reguły<sup>29</sup>.

Zdaniem R. Alexy'ego, R. Dworkin, traktując reguły jako stosowane w sposób „wszystko albo nic”, a zasady jako zawierające racje wskazujące na kierunek rozstrzygnięcia, ale niekoniecznie wymagające określonej decyzji, zdaje się przyjmować, że zasady zawsze mają charakter *prima facie*, a reguły zawsze mają charakter definitywny<sup>30</sup>.

R. Alexy dostrzega jednak potrzebę uwzględnienia możliwości inkorporacji wyjątku w schemat reguły na tle okoliczności konkretnej sprawy. Zaistnienie takiej sytuacji pozbawia regułę jej definitywnego charakteru w sprawie. Inkorporacja wyjątku w strukturę reguły może być uzasadniona zasadą, w przeciwieństwie jednak do R. Dworkina, R. Alexy uważa, że sytuacje uwzględnienia wyjątku od reguły bazujące na zasadzie, nie są klasyfikowane. Nie można być pewnym, czy w jakiejś nowej sprawie nie zostanie sformułowany nowy wyjątek<sup>31</sup>. Zdaniem R. Alexy'ego można oczywiście uniknąć takich sytuacji poprzez uwzględnienie w systemie prawnym zakazu limitacji reguł w postaci wprowadzania od nich wyjątków, ale faktycznie takie zakazy nie występują i moim zdaniem uzasadnieniem takiego stanu rzeczy nie jest przeoczenie ustawodawcy, ale raczej głębsze przekonanie o zawodności ostatecznych sądów<sup>32</sup>. Reguły przy braku takiego zakazu, w ocenie R. Alexy'ego, tracą swój definitywny charakter. Tym niemniej zyskany przez nie *prima facie* charakter, nie jest jednak tożsamy z takim charakterem zasad. Te ostatnie przegrywają z kolidującą zasadą, gdy posiada ona większą wagę w konkretnej sytuacji. Reguła natomiast nie przegrywa automatycznie w razie większej wagi kolidującej z nią zasady. Muszą w takiej sytuacji zostać podważone inne zasady, takie jak wymóg stosowania reguły ustalonej przez stosowny autorytet działający w ramach swojej jurysdykcji czy upoważnienia, czy też zasada, aby nie odchodzić od ustalonej praktyki bez uzasadnionego powodu. Takie zasady określa R. Alexy jako zasady formalne<sup>33</sup>. Dochodzi on do wniosku, że im większa jest w systemie prawnym waga zasad formalnych, tym silniejszy charakter posiadają reguły. Jeśli natomiast takie zasady pozbawione byłyby w ogóle wagi, reguły nie byłyby stosowane jako reguły. Tylko w takiej sytuacji *prima facie* charakter zasad i reguł byłby taki sam.

Z drugiej strony R. Alexy zauważa, że rosnący w siłę *prima facie* charakter zasad nie daje im takiego samego charakteru, jaki posiadają reguły. *Prima facie* charakter zasad może zostać wzmocniony poprzez stworzenie granicy argumentacji złożonej z pewnych zasad czy pewnego typu zasad, niemniej jednak nie byłby on tak mocny jak charakter reguł<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 57.

<sup>29</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 57.

<sup>30</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 57.

<sup>31</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 58.

<sup>32</sup> O potencjalnej możliwości takiego zakazu pisze Alexy, bazując na prawie niemieckim, tym niemniej analogicznie jego wnioski mają zastosowanie do polskiego systemu prawnego. Zob. R. Alexy, *A Theory...*, s. 58.

<sup>33</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 58.

<sup>34</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 58–59.

Powyższe analizy skłaniają R. Alexy'ego do wniosku, że propozycja rozróżnienia między regułami a zasadami opartego na odmiennym ich charakterze powinna zostać utrzymana pomimo pewnych koniecznych modyfikacji<sup>35</sup>.

## 5. Zasady i reguły jako racje

R. Alexy traktuje reguły i zasady jako różnego typu racje. Podczas gdy zasady są zawsze racjami *prima facie*, reguły są definitywnymi racjami tak długo, jak nie zostanie przewidziany od nich wyjątek. R. Alexy w odróżnieniu jednak od Josepha Raza, nie traktuje norm jako racji dla działań, a reguły i zasady postrzega jako racje dla norm<sup>36</sup>. Niemniej jednak ta różnica nie jest zasadnicza, gdyż pośrednio zasady i reguły jako racje dla norm są też racjami dla działań.

Reguła jest racją dla podjęcia konkretnego rozstrzygnięcia w procesie stosowania prawa, kiedy jest ważna i nie istnieje relewantny wyjątek od niej, ma zastosowanie, a więc postać definitywnej racji. Kiedy treścią rozstrzygnięcia jest przyznanie jednostce prawa, wówczas to prawo ma charakter definitywny<sup>37</sup>.

Zasady z kolei mogą stanowić jedynie racje *prima facie*. Jak twierdzi R. Alexy, kreują one jedynie *prima facie* prawa. Decyzje dotyczące praw zakładają jednak identyfikację definitywnych praw. Droga od zasady, to jest *prima facie* prawa, do definitywnego prawa prowadzi przez relację preferencji<sup>38</sup>. Jednak zgodnie z teorią R. Alexy'ego, ustalenie relacji preferencji, stosownie do prawa kolizji zasad, zmierza do stworzenia reguły. Stąd też, zdaniem R. Alexy'ego, możemy powiedzieć, że kiedykolwiek zasada okazuje się być dominującą racją dla konkretnego rozstrzygnięcia, wówczas zasada jest racją dla reguły, która z kolei jest definitywną racją dla rozstrzygnięcia<sup>39</sup>. Zasady natomiast same w sobie nigdy nie są definitywnymi racjami.

## 6. Zasada proporcjonalności

R. Alexy zauważa bezpośredni związek między swoją teorią zasad i zasadą proporcjonalności. Jak twierdzi, natura zasad implikuje istnienie zasady proporcjonalności, w tym sensie, że zasada proporcjonalności ze swoimi trzema „pod-zasadami” czyli przydatności, konieczności i proporcjonalności sensu stricte, logicznie wynika z natury zasad, może być wydedukowana z nich<sup>40</sup>.

Z teorii zasad, tj. ujęcia ich w formie nakazów optymalizacyjnych i z procesu ich równoważenia jako efektu takiej właśnie natury zasad, wysnuwa R. Alexy jeszcze dalej idący wniosek, a mianowicie, że nie jest możliwe przyjęcie powyższych tez i jednocześnie odrzucenie zasady proporcjonalności i na odwrót. Jeśli przyjmuje się obowiązywanie w systemie prawnym zasady proporcjonalności, nie można równocześnie odrzucić zaproponowanej przez niego teorii zasad<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 58.

<sup>36</sup> Zob. J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 30–32.

<sup>37</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 60.

<sup>38</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 60.

<sup>39</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 60.

<sup>40</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 66. Wniosek o istnieniu implikacji pomiędzy naturą zasad i zasadą proporcjonalności może być jednak postawiony nie tylko na podstawie związku logicznego, ale także na podstawie obserwacji praktycznego stosowania zasad przez sądy i trybunały konstytucyjne. Zob. M. Korycka, *Zasada proporcjonalności – refleksje na gruncie aksjologicznych podstaw konstytucji z 1997 roku i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, w: L. Morawski (red.), *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Toruń 2005.

<sup>41</sup> R. Alexy, *On the Structure...*, s. 297.



Zasady są nakazami optymalizacji relatywizowanymi do tego, co jest prawnie i faktycznie możliwe. Zasada proporcjonalności w węższym sensie (*sensu stricte*) to wymóg zbalansowania wywodzony z relacji do prawnych możliwości. Jeśli norma ujmująca konstytucyjne prawo będąca zasadą koliduje z inną zasadą, wówczas prawne możliwości realizacji tej normy zależą od tej kolidującej zasady. Aby więc podjąć decyzję należy zastosować prawo kolizji zasad<sup>42</sup>. R. Alexy dochodzi do wniosku, że charakter norm egzemplifikujących prawa konstytucyjne będące zasadami implikuje, że kiedy kolidują one z innymi zasadami wymóg balansowania staje się konieczny. Oznacza to, że zasada proporcjonalności w wąskim sensie może być wydedukowana z charakteru będących zasadami norm ujmujących konstytucyjne prawa.

Zasada proporcjonalności w wąskim sensie wynika z faktu, że zasady są wymogami optymalizacji relatywizowanymi do tego, co jest prawnie możliwe. Zasady konieczności i przydatności natomiast wynikają z natury zasad jako wymogów optymalizacji relatywizowanych do tego, co jest faktycznie możliwe<sup>43</sup>.

Zasada konieczności oznacza, że jeśli są przynajmniej dwa środki  $M^1$  i  $M^2$ , oba równie adekwatne z uwagi na realizację celu  $E$  i  $M^2$  jest mniej inwazyjny albo w ogóle nie inwazyjny w stosunku do prawa konstytucyjnego mającego postać zasady  $P^2$  w realizacji zasady  $P^1$ , należy wybrać  $M^2$ . Sama bowiem zasada  $P^1$  nie daje nam odpowiedzi, który ze środków jest relewantny. Skoro jednak  $P^2$  wymaga optymalizacji relatywizowanej do tego co jest prawnie i faktycznie możliwe, to realizacja  $P^2$  w możliwie największym stopniu uzasadnia wybór  $M^2$ , a nie  $M^1$ . Z perspektywy optymalizacji relatywizowanej do tego, co jest faktycznie możliwe i zakładając ważność zarówno  $P^1$  i  $P^2$ ,  $M^2$  jest dozwolony, a  $M^1$  jest zakazany<sup>44</sup>.

Powiązanie pomiędzy faktycznymi i prawnymi możliwościami przedstawia R. Alexy na następującym przykładzie: jeśli zarówno  $M^1$  i  $M^2$  przeszkadzają w realizacji  $P^2$ , co ma generalnie miejsce w ocenie konieczności środków podejmowanych przez państwo, i jeśli  $M^2$  robi to w mniejszym stopniu niż  $M^1$ , wówczas  $M^1$  i  $M^2$  razem nie wyczerpują faktycznej możliwości realizacji  $P^2$ , nawet jeśli założy się, że  $M^1$  i  $M^2$  są jedynymi adekwatnymi środkami w realizacji celu  $E$  wymaganego przez  $P^1$ . Z punktu widzenia faktycznych możliwości, większy poziom realizacji  $P^2$  jest możliwy jeśli ani  $M^1$ , ani  $M^2$  nie jest stosowany. Zasada konieczności umożliwia nam jedynie wybór pomiędzy  $M^1$  i  $M^2$ . Pytanie, czy którakolwiek z alternatyw w ogóle powinna być wybrana, nie jest pytaniem o faktyczne możliwości, ale pytaniem o to co jest prawnie możliwe, a więc o balansowanie  $P^1$  i  $P^2$  (tj. o proporcjonalność w wąskim sensie). Tak więc zasada konieczności – nawet jeśli najmniej inwazyjny środek jest stosowany w realizacji  $P^2$  – zawsze ma być rozpatrywana przed zasadą proporcjonalności w wąskim sensie, tj. przed wymogiem balansowania<sup>45</sup>.

Zasada przydatności oznacza, że jeśli  $M^1$  nie jest odpowiedni w osiągnięciu celu  $E$  wymaganego przez  $P^1$ , wówczas  $M^1$  nie jest wymagane przez  $P^1$ ; innymi słowy dla  $P^1$  jest nerelewantne rozpatrywanie, czy zastosować  $M^1$ , czy nie. Jeśli w tych okolicznościach  $M^1$  przeszkadza realizacji  $P^2$ , wówczas  $M^1$  jest zakazane na podstawie potrzeby optymalizacji  $P^2$  tak dalece, jak to jest faktycznie możliwe<sup>46</sup>. Przedstawiając ten schemat z innej

<sup>42</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 67.

<sup>43</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 67.

<sup>44</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 68.

<sup>45</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 68.

<sup>46</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 69.

perspektywy należy uznać, że jeśli środek ( $M^1$ ) narusza np. wolność handlu, zajęcia czy zawodu ( $P^1$ ) w celu wsparcia ochrony konsumenta ( $P^2$ ), ale który w rzeczywistości nie jest przydatny dla wsparcia  $P^2$ , możliwe jest pominięcie środka  $M^1$ , bez żadnego uszczerbku dla  $P^2$ . Optymalizacja  $P^1$  i  $P^2$  wymaga więc niestosowania środka  $M^1$ <sup>47</sup>. Ma to zastosowanie do wszystkich zasad, celów i środków. Na tej podstawie R. Alexy dochodzi do wniosku, że zasada przydatności również wynika z natury praw konstytucyjnych mających postać zasad<sup>48</sup>.

## 7. Limitacja praw konstytucyjnych

We współczesnym konstytucjonalizmie można wyodrębnić dwie teoretyczne konstrukcje konstytucyjnych praw: węższą (ściśłą) i szeroką. Pierwszą z nich R. Alexy określa jako tzw. konstrukcję w formie reguły (*the rule construction*), drugą jako konstrukcję w formie zasady (*the principle construction*)<sup>49</sup>. W praktyce żadna z nich w czystej formie nie jest realizowana, są to raczej – jak to określa R. Alexy – tendencje w sposobie interpretacji konstytucji.

Zgodnie z konstrukcją w formie reguły, prawa konstytucyjne są po prostu regułami prawa, są stosowane tak jak każda inna reguła, jedyną definicyjną różnicą jest fakt, że chronią one pewne abstrakcyjnie określone postanowienia dotyczące relacji między obywatelem i państwem<sup>50</sup>.

Konstrukcja w formie zasady nie oznacza natomiast jedynie ochrony pewnych praw obywateli w stosunku do państwa, ale stanowi jednocześnie obiektywny porządek wartości<sup>51</sup>. Oznacza to, po pierwsze, że prawa jednostki są nie tyle regułami, co zasadami; po drugie, że zasady i wartości odnajdywane w prawach i wolnościach odnoszą się nie tylko do relacji między obywatelem i państwem, ale do „wszystkich przestrzeni funkcjonowania prawa”, są wszechobecne i po trzecie struktura wartości i zasad implikuje ich tendencję do popadania w kolizję<sup>52</sup>. Kolizja z kolei nie może zostać inaczej rozstrzygnięta, jak poprzez balansowanie, stąd też balansowanie interesów jest niezbędne i konieczne<sup>53</sup>.

Popadanie zasad w kolizje tłumaczy z kolei koncepcję limitowania praw. R. Alexy zauważa przy tym, że idea limitacji praw zdaje się być oczywista, zwłaszcza w kontekście samej treści konstytucji, która mówi wprost o ograniczeniach praw i wolności. Tym niemniej problematyczna i dyskusyjna nie jest owa koncepcja, ale raczej identyfikacja jej możliwego zasięgu i dopuszczalnej możliwości jej stosowania oraz odróżnienie jej od chociażby konkretyzacji prawa<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> R. Alexy, *On the Structure...*, s. 298.

<sup>48</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 69.

<sup>49</sup> R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, „Ratio Juris” 2003/2, s.131.

<sup>50</sup> Tamże, s.132.

<sup>51</sup> Zdaniem Alexy'ego Federalny Trybunał Konstytucyjny taki aspekt praw zaczął nakreślać od sprawy Lüth z 1958 r., szerzej zob. R. Alexy, *Constitutional...*, s. 132–133.

<sup>52</sup> R. Alexy, *Constitutional...*, s. 133.

<sup>53</sup> Taki wniosek Alexy'ego, oparty również na analizie działalności orzeczniczej Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, spotyka się jednak z krytyką. Habermas zarzucił mu, że koncepcja balansowania praw pozbawia prawa mocy normatywnej. Stawia je na poziomie celów, wartości czy polityki. Rozstrzygnięcia pozbawione są jednoznaczności w postaci dobre czy złe, właściwe, niewłaściwe i zamiast tego mają charakter dyskrejonalny, są adekwatne lub nieadekwatne, zob. J. Habermas, *Between facts and norms*, Cambridge 1996, s. 256. Alexy z kolei w ujmowaniu zasad prawa jako norm mających absolutnie wiążący charakter widzi zagrożenie ich zmiany w normy moralne; szerzej zob. R. Alexy, *Jürgen Habermas's...*, s. 1029.

<sup>54</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 178.



Koncepcja ograniczenia prawa może zakładać, że istnieją dwa elementy – prawo i jego ograniczenie, między którymi zachodzi pewien specyficzny typ relacji, to jest relacja limitacji. Jeśli relacja między prawem i jego ograniczeniem jest postrzegana w ten sposób, wówczas można uznać, że istnieje jako pierwsze, prawo samo w sobie i jako drugie, to co zostało po zastosowaniu limitacji, to jest prawo już ograniczone. Ten pogląd określany jest jako „teoria zewnętrzna”<sup>55</sup>. Teoria zewnętrzna jest w stanie zaakceptować założenie, że prawa w systemie prawnym istnieją głównie jako prawa ograniczone, tym niemniej są jednak możliwe do wyobrażenia również bez limitacji. Stąd nie ma według tej teorii koniecznej relacji pomiędzy koncepcją prawa i koncepcją jego ograniczeń. Relacja powstaje, gdy prawo należy pogodzić z prawami innych jednostek albo innymi indywidualnymi prawami czy kolektywnymi interesami<sup>56</sup>.

Z kolei tak zwana „teoria wewnętrzna” zakłada, że nie istnieją dwa różne elementy, tj. prawo i jego ograniczenie, ale po prostu jedno prawo, które ma pewną zawartość. Idea limitacji jest zastępowana przez ideę zasięgu prawa<sup>57</sup>. Wątpliwości co do zasięgu prawa, nie są wątpliwościami, jak dalece może być prawo ograniczone, a dotyczą jego zawartości.

Ktoś, kto podziela indywidualistyczną teorię państwa i społeczeństwa, będzie, zdaniem R. Alexy’ego, bliższy teorii zewnętrznej, natomiast ktoś bardziej koncentrujący się na roli członków społeczeństwa we wspólnym życiu, będzie kierował się w stronę teorii wewnętrznej<sup>58</sup>.

Zdaniem R. Alexy’ego, to, która z teorii jest właściwa zależy głównie od tego, czy normy stanowiące konstytucyjne prawa są pojmowane jako reguły czy jako zasady, a więc od tego czy stanowią definitywne czy *prima facie* postanowienia. Jeśli zakłada się, że mają one charakter definitywnych postanowień, wówczas teoria zewnętrzna może być obalona, jeśli natomiast zakłada się, że są to *prima facie* postanowienia wówczas teoria wewnętrzna musi ustąpić<sup>59</sup>.

R. Alexy analizuje ograniczenia konstytucyjnych praw poprzez próbę zrozumienia, czym w zasadzie te ograniczenia są. Jego zdaniem, ograniczeniu podlegają konstytucyjnie chronione interesy (na przykład wolności, zwykle prawne postanowienia) i *prima facie* postanowienia chronione przez konstytucyjne prawa. Istnieją przy tym, jak zauważa R. Alexy, bliskie więzi między tymi przedmiotami ograniczeń. Konstytucyjne zasady wymagają maksymalnie szerokiej ochrony interesów, takich jak największa możliwa ochrona dla generalnej wolności działania, integralności cielesnej czy praw właściciela. R. Alexy konkluduje, że ograniczenie chronionego interesu jest więc zawsze ograniczeniem *prima facie* postanowienia ustanowionego przez konstytucyjną zasadę<sup>60</sup>.

Na podstawie powyższej analizy, R. Alexy dochodzi do wniosku, że ograniczeniami konstytucyjnych praw są normy ograniczające *prima facie* konstytucyjne postanowienia ujmujące prawa. Ograniczeniami są więc normy. Są to ponadto normy mające postać bądź reguł, bądź zasad<sup>61</sup>.

R. Alexy dokonuje rozróżnienia na bezpośrednio-konstytucyjne ograniczenia (*constitutionally immediate limits*) oraz pośrednio-konstytucyjne ograniczenia (*constitutionally mediate limits*). Konstytucyjne ograniczenia są, stosownie do tego podziału, normami

<sup>55</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 178–179.

<sup>56</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 179.

<sup>57</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 179.

<sup>58</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 179.

<sup>59</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 179.

<sup>60</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 181.

<sup>61</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 181–184.

o konstytucyjnym statusie bądź normami o niższym niż konstytucyjny statusie, których kreacja jest jednak przewidziana przez samą konstytucję.

R. Alexy wyróżnia ponadto dwie kategorie: ograniczenia i warunki ograniczeń. Podczas gdy koncepcje ograniczenia zorientowane są na analizę prawa, warunki ograniczeń oscylują wokół pojęcia normy. Warunki ograniczeń są częścią kompletnej normy konstytucyjnej, ustanawiającej jak to, co jest *prima facie* gwarantowane poprzez prawo, jest lub może być ograniczone. Warunki ograniczenia mogą być przy tym spisane lub nie<sup>62</sup>.

W niektórych wypadkach, jak zauważa R. Alexy, te warunki ograniczenia są właściwymi warunkami limitacji lub częścią zasięgu prawa. Klasycznym przykładem tej konkluzji jest dla R. Alexy'ego przewidziana w art. 8 Konstytucji Niemiec wolność „pokojowych i odbywających się bez posiadania broni przez uczestników” zgromadzeń. Określenie „pokojowe i odbywające się bez posiadania broni” może być traktowane albo jako wyrażenie części prawa albo jako wyrażenie jego ograniczenia<sup>63</sup>. Pierwsze ujęcie traktuje pokojowy charakter i nie posiadanie broni jako warunki konstytucyjnej ochrony, drugie z kolei wymogi te traktuje jako negatywne warunki wykluczające konstytucyjną ochronę<sup>64</sup>. Jednak na bazie samego tekstu, nie jest – zdaniem R. Alexy'ego – możliwa ocena prawidłowości którejś z tych koncepcji. Decyzja efektywnie mogłaby być podjęta przy zastosowaniu każdej z tych teorii. Tym niemniej traktowanie ograniczeń w ramach konstytucji nie jako ograniczeń w dosłownym sensie, ale jako wyrażen charakteryzujących zasięg ochrony spowodowałoby, że nie byłoby tak zwanych bezpośrednio-konstytucyjnych ograniczeń, istniałby jedynie różny opis zakresu ochrony, tak jak to sugeruje teoria wewnętrzna. W tym sensie ograniczenie mogłoby być określone jako immanentne<sup>65</sup>. Ten pogląd, zdaniem R. Alexy'ego, nie jest pożądanym głównie z uwagi na jego konsekwencje praktyczne. Reguła wyrażona przez wymóg „pokojowo i bez posiadania broni”, ograniczałaby, jak zauważa, realizację konstytucyjnej zasady. To definitywne ograniczenie zawdzięczałoby swoją rangę sposobowi jego kreacji, tj. przez samych twórców Konstytucji. W sytuacji, gdy zgromadzenie nie miałoby charakteru pokojowego, nie korzystałoby z ochrony przewidzianej przez odpowiedni przepis. W sytuacjach wątpliwych w zakresie oceny pokojowego charakteru demonstracji konieczna stałaby się interpretacja koncepcji pokojowości. To z kolei skłania R. Alexy'ego do wniosku, że twórcy Konstytucji musieli dokonać balansowania konstytucyjnej zasady wolności zgromadzeń z przeciwstawnymi zasadami, aby ustalić bezpośrednio-konstytucyjny warunek ograniczenia. Tym niemniej wymóg ten jest niczym innym, jak tylko decyzją twórców Konstytucji popierającą względy przeciwko konstytucyjnej ochronie i, jak konkluduje R. Alexy, należy on do sfery ograniczenia. Inny punkt widzenia, w ocenie R. Alexy'ego, spowodowałby zastąpienie analizy argumentów za i argumentów przeciw bardziej lub mniej intuicyjną interpretacją<sup>66</sup>.

Niepisane bezpośrednio-konstytucyjne ograniczające warunki wywodzi R. Alexy z orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, przewidującego chociażby ograniczenie konstytucyjnych praw z uwagi na skonfliktowane konstytucyjne prawa osób

<sup>62</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 185.

<sup>63</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 186.

<sup>64</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 186.

<sup>65</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 186.

<sup>66</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 186.

trzech i inne prawne wartości o konstytucyjnym statusie, mając jednak na względzie jedność Konstytucji i całego porządku wartości przez nią ustanowionego<sup>67</sup>.

Pośrednio-konstytucyjne ograniczenia są z kolei ograniczeniami, do których ustalenia Konstytucja upoważnia określone podmioty<sup>68</sup>. Główny problem tego typu ograniczeń dotyczy ich granic, obejmujących formalne i materialne aspekty limitacji. Formalne aspekty dotyczą upoważnienia do ustalenia ograniczenia, jego formy i procedury. Materialne aspekty dotyczą kontroli legalności działania legislatywy w kontekście wyliczonych podstaw ograniczenia, nienaruszalności rdzenia (jądra) prawa, jak i samego praktycznego stosowania zasady proporcjonalności i poprzez to zachowania wymogu balansowania interesów<sup>69</sup>.

Natura zasad charakteryzująca prawa konstytucyjne nie oznacza jedynie ich ograniczonej i dającej się ograniczać specyfiki funkcjonowania w sytuacji kolizji z kontrzasadami, ale oznacza także istnienie granic tej limitacji. Tą granicą jest nienaruszalne jądro (rdzeń) prawa<sup>70</sup>.

R. Alexy wyróżnia różne interpretacje nienaruszalnego rdzenia w zależności od tego, czy jej podstawą jest analiza subiektywnych sytuacji, czy też obiektywny charakter prawa, a ponadto w zależności od tego, czy przypisuje się mu charakter relatywny, czy absolutny. Relatywny sposób pojmowania nienaruszalnego rdzenia, w rozumieniu R. Alexy'ego, sprowadza się do traktowania go jako pozostałości po zastosowaniu balansowania. Ograniczenia zgodne z dyrektywami zasady proporcjonalności nie naruszają więc – w myśl tej teorii – nienaruszalnego rdzenia, nawet jeśli „nic” nie pozostało po konstytucyjnym prawie w konkretnym przypadku stosowania limitacji. To podejście w istocie redukuje koncepcję nienaruszalnego rdzenia do gwarancji zachowania proporcji.

Absolutna teoria zakłada natomiast istnienie rdzenia w ramach każdego prawa, który nie może być ograniczany w jakiegokolwiek sytuacji<sup>71</sup>. Innymi słowy relatywistyczna koncepcja zakłada zachowanie nienaruszalnego rdzenia zawsze, gdy zachowany jest wymóg balansowania wynikający z teorii zasad, absolutystyczne podejście natomiast wyodrębnia rdzeń prawa niezależnie od tego procesu, który stanowi jednocześnie granice dopuszczalnej ingerencji w prawo<sup>72</sup>.

R. Alexy zauważa, że orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wskazuje na opowiadanie się przez niego za absolutnym stanowiskiem. Oznacza to, że nawet bardzo ważny interes publiczny nie może usprawiedliwić ograniczenia absolutnie chronionego, nienaruszalnego rdzenia prawa jednostki. Tym niemniej zdarza się Trybunałowi, jak podnosi R. Alexy, uzasadnienie swojej decyzji relatywną teorią i uzależnienie kształtu nienaruszalnego rdzenia od siły relewantnych argumentów przeciwko jego ochronie<sup>73</sup>. Zasada proporcjonalności może więc, zależnie od przyjętej koncepcji, działać do granic nienaruszalnego rdzenia lub też niejako immanentnie zakładać, że rezultat jej zastosowania zawsze prawidłowo wyznacza coś, co można określić jako nienaruszalny rdzeń.

<sup>67</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 188.

<sup>68</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 189.

<sup>69</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 190.

<sup>70</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 192.

<sup>71</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 193.

<sup>72</sup> Koncepcje relatywnego i absolutystycznego pojmowania rdzenia prawa należy jednak odróżnić od nieprzedstawionych przez Alexy'ego sposobów odnajdywania tego rdzenia polegających bądź na abstrakcyjnym, oderwanym od sytuacji faktycznej określeniu go, bądź uzależnionego od analizy konkretnej sytuacji. Wówczas możemy mówić o abstrakcyjnym lub konkretnym rdzeniu tego samego prawa.

<sup>73</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 194–195.

Zarówno analiza granic ograniczeń praw jak i ich nienaruszalnego rdzenia, nie wyczerpuje jednak, zdaniem R. Alexy'ego, pojęcia konstytucyjnych praw. Te aspekty bowiem stanowią ich negatywną stronę, podczas gdy bardzo istotną dla R. Alexy'ego jest również pozytywna strona konstytucyjnych gwarancji<sup>74</sup>.

## 8. Prawo a moralność

Analizując relacje prawa i moralności R. Alexy twierdzi, że prawo, będąc koniecznie związane z roszczeniem do słuszności (*claim to correctness*), stanowi więcej aniżeli rozkaz wsparty groźbą, zwyczaj czy zorganizowany przymus. Na naturę prawa składa się nie tylko faktyczna czy realna strona, zawiera ono w sobie także wymiar krytyczny, idealny<sup>75</sup>.

Dla R. Alexy'ego, teza o podwójnym charakterze prawa ma daleko idące konsekwencje dla debaty, czy istnieje konieczny związek między prawem i moralnością. Znacznie łatwiej byłoby, jego zdaniem, bronić pozytywistycznego punktu widzenia na temat rozdziału prawa i moralności, gdyby prawo nie posiadało tej idealistycznej strony określanej przez roszczenie do słuszności<sup>76</sup>. Jeśli teza o tym, że prawo immanentnie zawiera roszczenie do słuszności jest prawdziwa to stanowi to dla R. Alexy'ego solidną podstawę dla argumentu, że moralność jest koniecznym składnikiem prawa<sup>77</sup>. Takie z kolei założenie pozwala uwzględniać przesłanki moralne w uzasadnianiu prawnych decyzji kiedy autorytatywne przesłanki nie istnieją<sup>78</sup>. Z sytuacją taką mamy do czynienia w tak zwanych trudnych sprawach (*hard cases*).

Niemniej jednak R. Alexy zauważa drugą stronę medalu. Włączenie moralnych wnioskowań do prawa stwarzałoby poważne problemy. Jednym z nich jest generalna niepewność moralnej argumentacji. Moralne dysputy, zdaniem R. Alexy'ego, zdają się być niekończące się i konsensus w tej materii nie może zostać osiągnięty<sup>79</sup>.

Innym problemem, dla R. Alexy'ego znacznie bardziej poważnym, jest wątpliwość, czy wiedza na temat moralności czy moralnego uzasadnienia jest w ogóle możliwa. Jeśli metaetyczne tezy o subiektywizmie, relatywizmie, nonkognitywizmie czy emotywizmie okazałyby się prawdziwe, teza o roszczeniu do słuszności *implicite* zawartym w prawie, musiałaby być określana – jak twierdzi R. Alexy – jako „błędna teoria”<sup>80</sup>.

Zdaniem R. Alexy'ego adjudykacja zawiera jednak moralne argumenty, przynajmniej w trudnych sprawach, a legislacja zawiera w sobie roszczenie moralnego uzasadnienia nawet w sprawach politycznego kompromisu. W obu wypadkach są to – jak określa to R. Alexy – moralne elementy aktywne w prawie<sup>81</sup>. Tym niemniej relacja prawa i moralności zawiera jeszcze jedną stronę, scharakteryzowaną przez R. Alexy'ego jako moralne ramy prawa. Roszczenie prawa do słuszności bowiem nie dotyczy tylko moralnej słuszności pewnych decyzji prawnych i pewnych norm prawa, ale również obejmuje moralną słuszność stosowania prawa jako takiego, czy formy prawa dla rozwiązywania

<sup>74</sup> Szerzej zob. tamże, s. 196.

<sup>75</sup> R. Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin's Critique*, „Ratio Juris” 2000/2, s. 138.

<sup>76</sup> Szerzej na temat samej konstrukcji żądania słuszności zob. R. Alexy, *On the Thesis...*, s. 139–143.

<sup>77</sup> R. Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, „Ratio Juris” 2004/2, s. 164.

<sup>78</sup> R. Alexy, *The Nature...*, s. 165.

<sup>79</sup> R. Alexy, *The Nature...*, s. 165.

<sup>80</sup> R. Alexy, *The Nature...*, s. 166.

<sup>81</sup> R. Alexy, *On the Thesis...*, s. 143.

problemów społecznych i dokonywania tego poprzez pewne procedury takie jak demokratyczne wybory, parlamentarną legislację czy proces sądowy rządzony przez takie idee jak na przykład *audiatur et altera pars*<sup>82</sup>.

Moralne kontrowersje, jak zauważa R. Alexy, mogą pojawić się zarówno na poziomie elementów, jak i ram prawa. Roszczenie do słuszności zawarte w prawie, bezpośrednio odnosi się do pytań o moralność<sup>83</sup>. Substancjalnie zmienia się w roszczenie do moralnej słuszności. To natomiast może być interpretowane w słabym i silnym sensie. Interpretowane w słabym sensie oznacza, że moralny osąd jest uzasadniony na bazie pewnej moralności jakakolwiek ona by nie była. Interpretowane natomiast w mocnym sensie, roszczenie do moralnej słuszności oznacza, że osąd jest uzasadniony na bazie słusznej moralności, to jest na bazie moralności, która sama w sobie jest uzasadniona<sup>84</sup>.

Idea słuszności wymaga silnej interpretacji. Osąd moralny, który jest uzasadniony na bazie moralności, która sama nie da się uzasadnić, nie jest zdaniem R. Alexy'ego, słuszny. Zdaniem R. Alexy'ego mogą oczywiście pojawić się obiekcje, że pojęcie uzasadnionej moralności jest iluzją, argumenty za i przeciwko specyficznym poglądom moralnym są jednak możliwe, a niektóre moralności mają małe szanse przetrwania w wolnym procesie argumentacji. Ponadto, aby utrzymać konieczną relację między prawem i moralnością nie jest potrzebna obiektywna moralność aktualnie podzielana przez wszystkich twórców prawa. Idea słusznej moralności, praktycznej racjonalnej argumentacji<sup>85</sup> o tym, co jest moralnie słuszne i możliwość konstruowania na tej bazie praktycznej racjonalności, zdaniem R. Alexy'ego wystarcza<sup>86</sup>. Ponadto, praktycznie istotny wymóg określenia ekstremalnej niesprawiedliwości jako kryterium nie obowiązywania normy, nie powinien budzić wątpliwości co do bezkrytycznej legitymizacji zasad moralnych również z uwagi na to, że postulaty moralne określające ten próg, muszą być racjonalnie uzasadnione<sup>87</sup>.

## 9. Komentarz

Teoria zasad R. Alexy'ego bazuje niewątpliwie na koncepcji Dworkina, w pewnych jednak punktach nieco się różni, w innych natomiast stanowi rozwinięcie tej drugiej. Przede wszystkim należy się zastanowić, czy R. Alexy konstruuje spójną teorię odpowiadającą na pytanie jak należy postrzegać źródła zasad i w związku z tym jak je praktycznie stosować i jak je ograniczać.

Nie można nie zgodzić się z pierwotnym wnioskiem R. Alexy'ego, że kontrowersje wokół interpretacji praw i wolności konstytucyjnych podważają ich walor normatywny. W związku z tymi kontrowersjami, proponuje on teorię zasad jako wymogów optyma-

<sup>82</sup> R. Alexy, *On the Thesis...*, s. 143.

<sup>83</sup> R. Alexy, *On the Thesis...*, s. 144.

<sup>84</sup> R. Alexy, *On the Thesis...*, s. 144.

<sup>85</sup> Jak się wydaje, kluczem do rozwiązania dylematów natury moralnej, a pośrednio i prawnej, jest dla Alexy'ego idea racjonalnego dyskursu. Alexy jako przedstawiciel teorii argumentacji z jednej strony odrzucał relatywizm, z drugiej natomiast absolutną logiczną pewność. Jego teoria opiera się na założeniu, że w dyskursie można sformułować racjonalne argumenty, których ważność da się uzasadnić chociażby zdroworoządkowo, mimo że nie posiadają one – w sensie formalnym – przymiotu prawdziwości. Na temat teorii argumentacji zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX I XX w.*, Kraków 1998, s. 145–154.

<sup>86</sup> R. Alexy, *On the Thesis...*, s. 144.

<sup>87</sup> Szerzej na temat niepozytywistycznej tezy o związku w ujęciu Alexy'ego zob. R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993/11, s. 42.



lizacyjnych zrelatywizowanych do prawnych i faktycznych możliwości. Prawa i wolności konstytucyjne ujmując właśnie jako tego typu normy. Stosowanie zasad to w jego ocenie efekt interpretacyjny wynikający z realizacji prawa kolizji zasad. Tak jednak nakreślony proces, mimo trafności jego podstawowego założenia, tj. że prawa i wolności konstytucyjne funkcjonują w specyficzny sposób charakterystyczny dla zasad, nie odpowiada na pytanie co może być podstawą tak rozumianego testu interpretacyjnego. Teoria R. Alexy'ego bazuje na niemieckim prawie konstytucyjnym, a więc można powiedzieć, że mamy w niej do czynienia ze spisaniem katalogiem praw i wolności, niemniej jednak autor ten nie przybliżył nas do wniosków co do źródeł zasad egzemplifikujących prawa i wolności. Nie wiemy więc co może być podstawą stosowania prawa kolizji. Czy jest to jedynie prawo *explicite* sformułowane, czy też mogą to być prawa i wolności mające postać zasad, których obecność w systemie wynika z zastosowania testu inferencyjnego czy wyinterpretowane na podstawie niekontrowersyjnych metod wykładni bądź też zgodne z testem koherencyjnym (interpretacyjnym w rozumieniu R. Dworkina z modyfikacją akcentującą treść zasady, a nie jej instytucjonalne poparcie), a więc nie koniecznie mające zakorzenienie w prawie *explicite*. Można oczywiście domyślać się, że prawo dzięki rozszczeniu do słuszności nie ogranicza się w rozumieniu R. Alexy'ego do prawa *explicite* wyrażonego, a nawet można pokusić się o stwierdzenie, że wykracza poza prawo *implicite* ujęte (to jest poza prawo zgodne z testem inferencyjnym i tradycyjnie pojmowanym testem interpretacyjnym), niemniej jednak R. Alexy nie konstruuje spójnej teorii interpretacji tradycji prawnej czy moralnego zaplecza, które mogłyby się składać na test koherencyjny.

Konsekwencją tej luki jest brak kierunku rozstrzygania konfliktów zasad, a tym samym ograniczania praw i wolności. R. Alexy twierdzi, że różnica między regułami i zasadami jest różnicą jakości, a nie stopnia. Zauważa jednak, że reguły mogą popadać w konflikty zarówno z innymi regułami, jak i zasadami. Widzi potrzebę inkorporacji w pojęcie reguły pojęcia wyjątku. Ten proces powoduje, jego zdaniem, zdobywanie przez reguły swoistego *prima facie* charakteru, którego nie można jednak utożsamiać z *prima facie* charakterem zasad. Skoro jednak R. Alexy twierdzi, że reguły, poprzez możliwość modyfikacji polegającej na uwzględnieniu wyjątku pojawiającego się na tle konkretnej sprawy czy też poprzez uznanie jednej z reguł za nieważną w razie ich konfliktu, zyskują jakiś *prima facie* charakter, to czy różnica między zasadami i regułami nie jest różnicą stopnia? Taka modyfikacja reguły, moim zdaniem, wcale nie daje jej *prima facie* charakteru, ponieważ inkorporacja wyjątku w strukturę reguły zmienia regułę w dotychczasowym kształcie, która w formie nie przewidującej wyjątku w ogóle nie obowiązuje. Nie pojmowałabym możliwości zmiany reguły jako utraty jej bezwzględności charakteru. Równie dobrze można powiedzieć, że ustawodawca wprowadzając wyjątki od reguły nadaje im charakter niekonkluzywny. Różnica polega na odmienności podmiotu dokonującego modyfikacji. Jest nim twórca prawa, a nie podmiot stosujący prawo. W mojej ocenie reguły pozostają konkluzywne i nie zyskują bliżej nieokreślonego *prima facie* charakteru.

Podobnie zresztą rozumiem konflikt reguły z zasadą, tutaj bowiem również możemy mówić o modyfikacji. Zgadza się natomiast z R. Alexym, że aby podważyć regułę na podstawie zasady trzeba równocześnie podważyć tak zwane zasady formalne składające się w ogólności na wszelkie nakazy stosowania reguł w sytuacji należącej do ich zakresu zastosowania oraz podtrzymywania reguł w dotychczasowym kształcie.

Problem dotyczy, moim zdaniem, jedynie absolutnych zasad. Należy zauważyć, że konkluzywny charakter jaki posiadają zasady jest zawsze wynikiem jasnej deklaracji ustawodawcy, najczęściej konstytucyjnego, czasem jednak taki charakter może wypracować



wać orzecznictwo konstytucyjne. R. Alexy natomiast przewiduje możliwość „rośnięcia” w siłę zasad i jednocześnie utrzymuje, że różnica między zasadami i regułami nie jest różnicą stopnia.

Zakłada przy tym relację warunkowej preferencji między zasadami. Zastanawiające jest jednak, że czasem orzecznictwo, a nawet sama waga zasady może nie przewidywać relacji warunkowej. Zestawienie takich zasad, jak na przykład prawo do życia i prawo własności, niezależnie od okoliczności zawsze powiązane będzie relacją bezwarunkową. Bynajmniej nie oznacza to jeszcze, że prawo do życia jest prawem absolutnym, podlega ograniczeniom chociażby na rzecz tego samego prawa innych osób (na przykład obrona konieczna czy stan wyższej konieczności w prawie karnym zakładają stosowanie zasady proporcjonalności, jednakże nie zestawiamy tu dwóch różnych praw, a to samo prawo przysługujące innym podmiotom; rozstrzygnięcie konfliktu uzależnione jest od okoliczności sprawy i wsparcia innymi zasadami na przykład zasadą bezpieczeństwa publicznego). W tym więc aspekcie nadal pozostają one niekonkluzywne, jednakże ich waga może abstrakcyjnie, tj. w oderwaniu od faktycznych okoliczności, determinować czasami rozstrzygnięcie kolizji z innymi zasadami. Pod tym względem zasady posiadające dużą wagę wypracowaną przez orzecznictwo czy też wynikającą z ich treści upodabniają się nieco do reguł. Cechą wyróżniającą jest jednak odpowiedź na pytanie, co decyduje o rozstrzygnięciu konfliktu: czy inne normy systemu (taki sposób rozstrzygnięcia ma miejsce w odniesieniu do reguł) czy same skonfliktowane zasady (tak rozstrzygany jest konflikt zasad). W odniesieniu nawet do takich „pseudokonfliktów”, tj. takich, w których jedna z zasad zdecydowanie przeważa drugą, zawsze decydujący jest autorytet obu zasad.

Trudniejsza jest analiza absolutnych zasad, na przykład zasady godności. R. Alexy utożsamia to zjawisko z uzyskaniem przez zasady specyficznego charakteru bliskiego, ale nie tożsamego regułom. Absolutny charakter części zasad nie sprawia, moim zdaniem, że posiadają one taki sam bezwzględny charakter, jaki posiadają reguły. Te ostatnie bowiem mogą posiadać wyjątki oraz popadać w kolizję z zasadami czy regułami i przez to czasami ulegać modyfikacji. Absolutne zasady wykluczają taką możliwość i w tym istotnym aspekcie wyróżniają się na tyle znacznie, że nie można ich zaliczyć do kategorii reguł. Ponadto ich waga wynikająca z ich treści już intuicyjnie zaprzecza traktowaniu ich jak reguły. Można oczywiście stworzyć osobną kategorię norm to jest zasad absolutnych, nie podlegających ograniczeniom i nie powiązanych relacjami warunkowej preferencji. Cechą charakterystyczną tych zasad byłby również brak możliwości konfliktu tych samych zasad będących źródłem praw różnych jednostek. Byłoby to rozwiązanie bardziej przystające do praktycznego stosowania zasad i jaśniej wskazujące samo rozróżnienie zasad i reguł. Klarowałyby istotę i motywy konieczności takiego podziału dla praktycznego stosowania ustaw zasadniczych i tym samym nie zacierałyby różnicy między zasadami i regułami prowadzącego do podważania samej teorii praw konstytucyjnych jako zasad.

Ponadto należy zastanowić się, czy faktycznie immanentną cechą zasad jest ich optymalizacyjny charakter. Czy też raczej optymalizacja zasad jest rezultatem oparcia systemu prawnego na określonej moralności politycznej wymuszającej maksymalizację ochrony podstawowych wolności i praw, które przyjmują formę zasad<sup>88</sup>? Czy nie jest

<sup>88</sup> R. Alexy w istocie dochodzi do tego samego wniosku mówiąc, że każdy system prawny, który jest chociaż w minimalnym stopniu rozwinięty, w sposób konieczny zawiera zasady. Zob. R. Alexy, *The argument from justice. A reply to legal positivism*, Oxford 2002, s. 70–74. Na ten wniosek Alexy’ego zwraca uwagę M. Klatt, *Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion*, „Ratio Juris” 2007/2, s. 511.

tak, że o optymalizacyjnym charakterze zasad możemy mówić w systemach zapewniających demokratyczne struktury rządzenia? Trudno bowiem wyobrazić sobie, że w systemie totalitarnym zasady posiadają ten sam optymalizacyjny charakter. Można bronić założenia, że zasady niejako immanentnie posiadają wymiar optymalizacyjny jedynie przy uwzględnieniu tezy o roszczeniu do słuszności. Twierdzenie o optymalizacyjnym charakterze zasad tylko wówczas jest spójne i nie tylko częściowo charakteryzujące zasady, gdy łączy się je z roszczeniem do słuszności stanowiącym podstawowe założenie moralności politycznej.

### Summary

Milena Korycka  
Robert Alexy's theory of legal principles

This article concerns Robert Alexy's conception of legal principles, which conception he builds on the basis of an analysis of constitutional norms. The main assumption of his conception of rights is that in this field it is necessary to use the theory of principles as the basis. He created his own theory of principles as norms which require realization to the greatest extent possible in the light of legal and actual possibilities. Consequently, he defines principles as optimisation commands, capable of different degrees of realization depending on the actual and legal possibilities. The dimension of the legal possibility depends on the contrasting principles and rules. R. Alexy treats rules and principles as reasons of different kinds. While principles are always *prima facie* reasons, rules are definitive reasons until an exception to them is provided for. R. Alexy claims also that the nature of principles implies the existence of the principle of proportionality in the sense that the principle of proportionality with its three "sub-principles": adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, logically follows from the nature of principles and can be inferred from them.