

**Grzegorz Maroń**

**FORMUŁA WAŻENIA ZASAD PRAWA JAKO MECHANIZM  
USUWANIA ICH KOLIZJI NA PRZYKŁADZIE KONCEPCJI  
ROBERTA ALEXEGO**

**1. Wstęp**

*Theorie der Grundrechte*<sup>1</sup> Roberta Alexego to obok *Taking Rights Seriously* Ronalda Dworkina<sup>2</sup> najbardziej znana i najczęściej cytowana praca poświęcona, obok kilku innych zagadnień, problematyce zasad prawa. Wprawdzie to Amerykaninowi przypisuje się pierwszeństwo w dokonaniu klarownej dystynkcji zasady – reguły prawne, niemniej jednak nie deprecjonuje to twórczego charakteru wkładu Niemca w dyskurs o ontologiczny status, a zwłaszcza o znaczenie i sposób funkcjonowania zasad prawa w prawniczej argumentacji. Pamiętając zatem o cezurze w dyskusji nad zasadami prawa wyznaczonej przez Dworkina już w *The Model of Rules*<sup>3</sup>, nie można poprzestawać na lakonicznej konstatacji, że prace Alexego stanowią jedynie rozwinięcie poglądów profesora z Oxfordu<sup>4</sup> i zasadne jest poddać twórczość Niemca bardziej dokładnej analizie. Tytuł dzieła Alexego tak w wersji niemieckiej, jak i w angielskim przekładzie (*A Theory of Constitutional Rights*<sup>5</sup>) może błędnie sugerować, że rozważania w przedmiocie zasad prawa zostały zawężone wyłącznie do niemieckich praw konstytucyjnych. Tak jednak nie jest, a koncepcja zasad Alexego może być i częstokroć jest przywoływana w

---

<sup>1</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985.

<sup>2</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, PWN, Warszawa 1998.

<sup>3</sup> *Idem*, *The Model of Rules*, „Chicago Law Review” 1967, nr 35.

<sup>4</sup> Obecnie R. Dworkin jest profesorem University College London i The New York University School of Law.

<sup>5</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, tłum. J. Rivers, Oxford 2002. Wersja anglojęzyczna będzie podstawą rozważań poczynionych w tym artykule. Por. recenzję *A Theory of Constitutional Rights* autorstwa M. Kumma, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*, „International Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 2, nr 3, s. 574–596.

teoretyczno-prawnych rozważaniach, w oderwaniu od praw podstawowych niemieckiej ustawy zasadniczej i praktyki orzeczniczej Federalnego Trybunału Konstytucyjnego<sup>6</sup>.

Celem niniejszego opracowania jest przybliżenie mechanizmu ważenia zasad prawa i próba odpowiedzi na pytanie, czy formuła ważenia (*the weight formula*) jest efektywnym narzędziem rozstrzygania kolizji zasad prawa, generującym rezultaty, których prawidłowość można poddać intersubiektywnej weryfikacji. W jakim stopniu, i czy w ogóle, mechanizm ten stanowi przydatne instrumentarium dla adjudykacyjnego procesu stosowania prawa? Pytania te wpisują się w szerszą teoretyczną dyskusję na temat zakresu sędziowskiej swobody w procedowaniu w tzw. trudnych sprawach (*hard cases*). Konieczność czytelności wywodu czyni jednak niezbędnym przedstawienie, choć w stopniu fragmentarycznym, podstawowych założeń całej teorii zasad prawa Roberta Alexego. Deskrypcja i krytyczna analiza formuły ważenia zostanie więc poprzedzona skrótowym omówieniem, czym dla niemieckiego teoretyka prawa są zasady prawa i czym różnią się od reguł prawnych.

## 2. Dychotomiczna dystynkcja norm prawnych na zasady i reguły

Do głównych tez teorii zasad prawa Alexego należą: teza optymalizacji (*the optimization thesis*), prawo kolizji (*the collision law*) i prawo ważenia (*the balancing law*)<sup>7</sup>. Według pierwszej z nich zasady prawa to optymalizacyjne nakazy czy wymogi (*optimization commands, requirements*), czyli normy, które nie wskazują, jak konkretnie należy się zachować, lecz wyrażają powinność, aby coś zostało urzeczywistnione w stopniu możliwie najwyższym w granicach możliwości faktycznych i prawnych<sup>8</sup>. Wymóg optymalizacji implikuje dwie konsekwencje dla procesu stosowania prawa. Jeśli nie ma konkurujących zasad, to zasada, która znajduje zastosowanie w konkretnej sprawie, wymaga swej pełnej realizacji. Każde odstępstwo od niej oznacza wówczas, że nie została spełniona w stopniu możliwym, czyli *a contrario* nastąpiło jej naruszenie, doszło do pogwałcenia prawa. Jeśli natomiast w sprawie występują zasady konkurujące, to należy określić, do jakiego stopnia i która z nich ma pierwszeństwo, co z kolei wymusza, aby każda z zasad była urzeczywistniana w stopniu możliwie najszerszym. Zasady mogą więc być spełnione gradacyjnie. Granicę możliwości prawnych realizacji zasad wyznaczają przeciwstawne, konkurujące zasady i reguły prawne. Natomiast możliwości faktyczne urzeczywistnienia zasady określają zasady konieczności i odpowiedniości.

---

<sup>6</sup> Np. M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, R. LXIX, 2007, z. 2, s. 11–28.

<sup>7</sup> R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000, vol. 13, nr 3, s. 295 i n.

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

Postać zasad jako nakazów optymalizacyjnych o charakterze idealizacyjnym sprawia, iż zachowanie, które tylko częściowo spełnia danego rodzaju normę, tylko wówczas nie prowadzi do jej naruszenia, jeżeli stopień urzeczywistnienia tej normy był stopniem w danych okolicznościach optymalnym<sup>9</sup>. Idealna powinność skorelowana z zasadami (*ideal-ought*) nie jest więc tożsama z każdorazową możliwością pełnego urzeczywistnienia tego, co powinno, lecz warunkowana prawnymi i faktycznymi możliwościami powiązanych z konkretnym rozstrzyganym przypadkiem.

Reguły, w przeciwieństwie do zasad, zajmują konkretne pozycje w obszarze faktycznych i prawnych możliwości. Są normami, które mogą być albo spełnione, albo nie, *tertium non datur*. Jeśli reguła jest ważna, ma moc obowiązującą, to wymagane jest, aby jej adresat uczynił dokładnie to, czego ta reguła żąda, ani mniej, ani więcej<sup>10</sup>. Reguły są zatem nakazami definitywnymi (*definitive commands*). Każde odstępstwo od reguły, urzeczywistnienie jej nie w stu procentach stanowi jej naruszenie niezależnie od wagi i stopnia tego naruszenia<sup>11</sup>.

Powyższe właściwości zasad i reguł każą nam uznać, że różnica pomiędzy tymi dwoma rodzajami norm nie jest różnicą jedynie stopnia, lecz jakości, rodzaju<sup>12</sup>. Dystynkcja zasada–reguła jest egzemplifikacją podziału logicznego, a nie przykładem typologii<sup>13</sup>. Norma postępowania jest zawsze regułą lub zasadą i nie może wykazywać jednocześnie właściwości obu tych kategorii norm<sup>14</sup>.

Najbardziej wyrazista różnica pomiędzy zasadami a regułami przejawia się w kontekście ich kolizji (konfliktu), tzn. wówczas, gdy jednoczesne zastosowanie dwóch norm prawnych w relewantnych dla obu tych norm

---

<sup>9</sup> P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 69.

<sup>10</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 48.

<sup>11</sup> P. Tuleja, *Normatywna...*, s. 70.

<sup>12</sup> Jak zauważa J.R.-Toubes Muñiz, aprobatą różnicy logicznej pomiędzy zasadami a regułami jest podstawowym elementem wspólnym koncepcji Dworkina i Alexego, *Legal principles and legal theory*, „Ratio Juris” 1997, vol. 10, nr 3, s. 271.

<sup>13</sup> Wielu współczesnych teoretyków prawa twierdzi, że reguły i zasady mają tę samą strukturę logiczną, a różnice przyjmują inny charakter, są sprawą stopnia. Por. np. B. Verheij, J.C. Hage, H.J. Van den Herik, *An integrated view on rules and principles*, „Artificial Intelligence and Law” 1998, vol. 6, nr 1, s. 3; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madryd 1992, s. 48; A. Soeteman, *Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht*, Rechtsbeginselen, Ars Aequi, Nijmegen, s. 34; G. Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, „Rechtstheorie” 1993, nr 24, s. 281–316; idem, *A formal model of legal argumentation*, „Ratio Juris” 1994, vol. 7, nr 2, s. 189; idem, *Factors and dimensions in legal reasoning*, za stroną internetową Administrative Science Studies and Research Center, [www.cersa.org/IMG/pdf/Sartor3.pdf](http://www.cersa.org/IMG/pdf/Sartor3.pdf); K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt 1988, s. 270.

<sup>14</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 3, s. 19.

okolicznościach prowadzi do treściowo sprzecznych z sobą rozstrzygnięć. Usuwanie konfliktu reguł istotnie odbiega od sposobu eliminowania kolizji zasad.

Konflikt reguł może być rozwiązany na dwa sposoby:

- włączenie do jednej z pozostających w konflikcie reguł klauzuli wyjątku,
- uznanie jednej z tych reguł za nieważną.

Pierwsza możliwość oznacza uwzględnienie w zakresie zastosowania (hipotezie) jednej z reguł okoliczności składających się na zakres zastosowania drugiej reguły. Alexy podaje następujący przykład. Pierwsza reguła zakazuje opuszczania klasy przed zakończeniem zajęć szkolnych, przed tzw. dzwonkiem. Druga reguła nakazuje natychmiastowe opuszczenie pomieszczenia w sytuacji alarmu pożarowego<sup>15</sup>. Jeżeli hipotezę pierwszej normy uzupełnimy o okoliczności hipotezy drugiej normy w postaci klauzuli wyjątku, to konflikt zostanie usunięty, gdyż pełna postać pierwszej reguły uzyska następującą treść: „Uczeń nie może opuścić pomieszczenia sali przed zakończeniem zajęć, z wyjątkiem przypadku alarmu przeciwpożarowego”.

Większych problemów i zastrzeżeń nie wzbudza też drugi sposób eliminowania konfliktu reguł poprzez uznanie jednej z nich za nieważną (nieposiadającą mocy obowiązującej) na podstawie reguł kolizyjnych będących swoistymi metaregułami<sup>16</sup> (np. *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori*, *lex benignior*).

Konflikt reguł może być jednocześnie rozstrzygany *in abstracto*, w oderwaniu od konkretnej sprawy. Uznanie jednej z reguł za nieważną w wyniku zastosowania reguł kolizyjnych czy uzupełnienie reguły o klauzulę wyjątku nie wymaga więc uwzględnienia okoliczności danego przypadku. Ponadto, jeżeli w wyniku zastosowania metareguł jedna z pozostających w konflikcie reguł utraci moc obowiązującą, to nie może być w przyszłości podstawą prawnej kwalifikacji zachowania danej kategorii, gdyż nie jest już częścią składową systemu prawa.

W zupełnie inny sposób rozstrzygana jest kolizja dwóch zasad. Tytułem egzemplifikacji Alexy podaje następującą kolizję: zasada prawa do życia i zachowania integralności cielesnej z jednej strony i zasada rządów prawa nakazująca państwu sprawowanie wymiaru sprawiedliwości karnej z drugiej. Jak w kontekście tych dwóch zasad ocenić możliwość prowadzenia procesu, gdy stres z nim związany zagraża zdrowiu oskarżonego?<sup>17</sup> Przywołane w kontekście

---

<sup>15</sup> R. Alexy, *On the Structure...*, s. 295.

<sup>16</sup> Według przedstawicieli poznańskiej szkoły teorii prawa powyższe metareguły to jedna z kategorii zasad prawa, tzw. zasady konstrukcji systemu prawnego. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, „Zasady prawa” w perspektywie teorii prawa oraz szczegółowych nauk prawnych, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, z. 2, s. 10–11.

<sup>17</sup> BVerfGE vol. 51, 324, za: R. Alexy, *On the Structure...*, s. 296.

reguł dwa sposoby eliminowania konfliktu norm prawnych, tj. uznanie jednej z norm za nieważną lub wprowadzenie do jednej z nich wyjątku, są nieadekwatne do rozwiązania powyższej kolizji zasad. Konieczne staje się odwołanie do jakiegoś alternatywnego sposobu. Tym alternatywnym mechanizmem rozstrzygnięcia zaistniałej kolizji jest określenie, na podstawie okoliczności konkretnej sprawy, warunkowego (relatywnego) pierwszeństwa jednej z zasad wobec drugiej/pozostałych.

W przeciwieństwie do reguł nie istnieje więc możliwość apriorycznego (*ex ante*) rozstrzygnięcia wszystkich teoretycznie możliwych kolizji zasad prawa. Aprobata takiej możliwości presuponowałaby przyjęcie kompletnej hierarchii zasad, będącej refleksem hierarchii wartości. W dobie postmodernistycznego relatywizmu etycznego i światopoglądowego pluralizmu konsensus w przedmiocie hierarchii wszystkich wartości nie jest możliwy. Złożoność rzeczywistości pociąga za sobą potrzebę oceny pierwszeństwa tej czy innej zasady przez pryzmat fragmentu rzeczywistości usytuowanego w konkretnym miejscu i czasie. Alexy opowiada się więc za względnym charakterem pierwszeństwa pomiędzy zasadami bazującym na preferencjach *prima facie*.

Pomimo że kolizja zasad jest zawsze rozstrzygnięta *in concreto*, to jednak rozstrzygnięcie to nie jest doniosłe tylko dla ocenianego przypadku. Warunki, w których jedna z zasad uzyskała pierwszeństwo w stosunku do drugiej, konstytuują regułę, która nakazuje w przyszłości w tych samych warunkach przyjąć konsekwencje prawne wyznaczone przez zasadę, która w rozstrzygniętej sprawie została uznana za ważniejszą (uzyskała pierwszeństwo). Sytuacja faktyczna konkretnej sprawy ma więc podwójne znaczenie. Jest zarówno warunkiem koniecznym do rozstrzygnięcia kolizji zasad, jak i wyznacza zakres zastosowania normy (reguły), która powstała w wyniku rozstrzygnięcia tej kolizji. Przyjmując paradygmat równości wszystkich wobec prawa, należy uznać, że warunkowa relacja pierwszeństwa pomiędzy zasadami ustalana jest nie dla danego rozstrzyganego stanu faktycznego, lecz dla stanu faktycznego *in genere* (klasy stanów faktycznych)<sup>18</sup>. Alexy nazywa to ogólnym prawem kolizji: „Jeśli zasada Z1 ma pierwszeństwo nad zasadą Z2 w warunkach W: (Z1 Z Z2) W i jeśli Z1 w warunkach W implikuje prawny skutek S, to obowiązuje reguła, która obejmuje W jako okoliczności swej hipotezy i S jako swoją prawną konsekwencję (dyspozycja):  $W \rightarrow S$ ”<sup>19</sup>.

Zgodnie z nim zaistnienie w przyszłości okoliczności „W” generuje konieczność przyjęcia konsekwencji „S”. Ta prosta w swej strukturze korelacja rodzi jednak problemy natury praktycznej. Pojawiają się one w związku z zakwalifikowaniem okoliczności konkretnej sprawy jako „W”. „W” nie obejmuje absolutnie wszystkich okoliczności sprawy pierwotnej (czyli tej w kontekście rozstrzygnięcia której powstała reguła), lecz tylko okoliczności

---

<sup>18</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Zasady...*, s. 21.

<sup>19</sup> R. Alexy, *On the Structure...*, s. 297.

prawnie istotne. Gdyby było inaczej, to nigdy żadna inna sprawa nie mogłaby spełnić „W” (np. okoliczności natury czasoprzestrzennej danej sprawy i sprawy pierwotnej nie mogą być tożsame), a zatem reguła nigdy nie mogłaby znaleźć zastosowania. Co jednak wchodzi w skład okoliczności prawnie doniosłych objętych „W” jako hipotezą reguły? Nie sposób nie dostrzec możliwych obiekcji, że zaliczenie okoliczności danej sprawy do „W” było arbitralne, skoro w ocenie podnoszącego ten zarzut prawnie relewantna charakterystyka tej sprawy nie pokrywała się z prawnie relewantnymi okolicznościami sprawy pierwotnej. Brak kryteriów intersubiektywnej weryfikacji prawidłowości subsumpcji danej sprawy pod „W” może rodzić problemy w przywoływaniu reguły przy rozstrzyganiu konkretnych spraw, a przez to wzbudzać wątpliwości w przedmiocie substancjalnej (merytorycznej) trafności samego rozstrzygnięcia.

W podanym kazusie Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał ostatecznie wyższość prawa do życia i zdrowia oskarżonego ponad zasadę sprawiedliwości represyjnej jako podkategorii zasady państwa prawa. W ocenie Trybunału kontynuowanie procesu powiązane było z jednoznacznym i konkretnym niebezpieczeństwem dla życia lub ciężkiego uszczerbku dla zdrowia oskarżonego. Rozstrzygnięcie Trybunału istotne, jak zaznaczono wyżej, nie tylko dla tej konkretnej sprawy nie determinuje sposobu usuwania wszystkich przyszłych kolizji tych samych dwóch zasad. Inne okoliczności w sprawie tego samego rodzaju mogą przemawiać za odmienną oceną relacji pierwszeństwa konkurujących zasad, a tym samym za innym co do swej istoty rozstrzygnięciem zaistniałej kolizji. Należy jeszcze raz podkreślić, że prawo kolizji wyrażające relację pierwszeństwa zasad systemu prawa nie ma charakteru absolutnego, lecz dotyczy relacji względnych, warunkowanych zaistnieniem okoliczności uznanych za prawnie istotne w kontekście spraw danego rodzaju.

### **3. Test proporcjonalności kolidujących zasad prawa**

Teoria zasad R. Alexego jest immanentnie powiązana z zasadą proporcjonalności *sensu largo*. Korelacja ta ma charakter mutualny, co oznacza, że teoria zasad implikuje zasadę proporcjonalności, ale także *vice versa* zasada proporcjonalności implikuje teorię zasad. Istotą wymogu proporcjonalności jest realizacja jednej zasady w sposób powodujący możliwie najmniejszy uszczerbek w urzeczywistnianiu innej konkurującej zasady. Zasada proporcjonalności składa się z trzech podzasad: zasady odpowiedniości (*principle of appropriateness, suitability*), zasady konieczności (*principle of necessity*), zasady proporcjonalności w znaczeniu wąskim (*principle of proportionality in narrow sense*). Podzasady te logicznie wynikają z zasady proporcjonalności *sensu largo*, można je w drodze dedukcji z niej wyprowadzić, a przeto swe ostateczne

źródło mają w teorii zasad. Jednocześnie wszystkie one łącznie wyrażają ideę optymalizacji<sup>20</sup>.

Zasady odpowiedności i konieczności mają charakter empiryczny i ogniskują się na optymalizacji w tym znaczeniu, że wyznaczają zakres faktycznych możliwości urzeczywistnienia konkretnej zasady. Stanowią zatem emanację idei optymalności Pareta. Zgodnie z zasadą odpowiedności środek (Ś) w postaci ograniczenia lub wyłączenia realizacji jednej zasady (Z<sub>1</sub>) motywowany potrzebą ochrony innej zasady (Z<sub>2</sub>) jest tylko wówczas dopuszczalny, gdy rzeczywiście to ograniczenie, wyłączenie urzeczywistnienia Z<sub>1</sub> służy spełnieniu Z<sub>2</sub>. Jeżeli np. przyjęto środek Ś w postaci ograniczenia wolności działalności gospodarczej (Z<sub>1</sub>) w celu wzmocnienia ochrony konsumenta (Z<sub>2</sub>), ale Ś w praktyce w żaden sposób do ochrony praw konsumenta się nie przyczynia, to rezygnacja z tego środka nie spowoduje żadnego uszczerbku dla Z<sub>2</sub>. Optymalizacja zasad Z<sub>1</sub> i Z<sub>2</sub> wymaga, aby z środka Ś zrezygnować, skoro nie wnosi on udziału do ochrony Z<sub>2</sub>, a jednocześnie wiąże z sobą koszty dla Z<sub>1</sub>. Zgodnie z zasadą odpowiedności odstępstwo od jednej zasady musi każdorazowo służyć urzeczywistnieniu innej zasady czy celu, dla których ten środek przyjęto.

Zasada konieczności stanowi, że konkretny środek (Ś<sub>1</sub>) polegający na odstąpieniu od jednej zasady (Z<sub>1</sub>) na rzecz ochrony drugiej (Z<sub>2</sub>) tylko wówczas jest usprawiedliwiony, gdy nie było alternatywnego środka Ś<sub>2</sub>, który równie skutecznie co Ś<sub>1</sub> zapewnia ochronę zasadzie Z<sub>2</sub> przy mniej intensywnym pogwałceniu zasady Z<sub>1</sub>. Według tego wymogu nie istnieją mniej restrykcyjne środki prowadzące do osiągnięcia tego samego rezultatu niż środek wybrany. Jeżeli zatem dwa środki są równie skutecznym narzędziem urzeczywistnienia zasady Z<sub>2</sub>, tylko środek, który w mniejszym stopniu narusza konkurencyjną zasadę Z<sub>1</sub>, jest aprobowalny w myśl zasady proporcjonalności. Stosowanie zasady konieczności zakłada jednak, że w rozpoznawanej sprawie nie istnieje żadna trzecia zasada czy cel Z<sub>3</sub>, która doznałaby uszczerbku w wyniku zastosowania środka, który mniej intensywnie narusza zasadę Z<sub>1</sub>. Jeśli taka sytuacja zaistnieje, sprawa nie może być rozstrzygnięta według optymalności Pareta, a procedura ważenia staje się wówczas nieuchronna<sup>21</sup>.

Zasada proporcjonalności w znaczeniu wąskim określa prawne granice spełnienia konkurujących zasad<sup>22</sup>. Granice te ustala się w toku procesu „ważenia” („wyważania”, „balansowania”) kolidujących ze sobą zasad, ewentualnie poprzez ważenie danej zasady i zasad wspierających przeciwstawną

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 135.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 135–136.

<sup>22</sup> M. Kumm w strukturze tak rozumianej proporcjonalności wyodrębnia dwa kolejne elementy: ważenie (*balancing*) i prawne cele (*legitimate aims*) – *Constitutional...*, s. 579 i n.

regułę<sup>23</sup>. Mechanizm ważenia jest konieczny, gdy spełnienie jednej zasady prowadzi do choćby częściowego niespełnienia innej zasady, czyli gdy urzeczywistnienie zasady odbywa się kosztem innej/innych zasad<sup>24</sup>. Istotę

---

<sup>23</sup> C.B. Pulido, *The Rationality of Balancing*, za stroną internetową Uniwersytetu Pompeu Fabra w Barcelonie [www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf), s. 8; idem, *The Structure and the Limits of Balancing* [w:] S. Eng (red.), *Proceedings of the 21st World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Lund 12–17 August 2003*, Part II: *Law and practice*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2005, s. 79–84.

<sup>24</sup> Po raz pierwszy procedura ważenia została zastosowana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w sprawie Lüth-Urteil w 1958 r. E. Lüth zwrócił się do niemieckiej opinii publicznej, właściciele kin i dystrybutorów filmowych o bojkot filmów wyprodukowanych po 1945 r. przez Veita Harlana, byłego prominentnego nazistowskiego reżysera, twórcy m.in. filmu *Jud Süß*, będącego klasycznym przykładem antysemitycznej propagandy tamtych czasów. Sąd Okręgowy w Hamburgu uznał, że Lüth ma obowiązek zaniechać wzywania do bojkotu nowej produkcji Harlana *Nieśmiertelny kochanek*. Zdaniem Sądu zachowanie Lütha pogwałca §826 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), gdyż sprzeciwia się interesowi publicznemu. Lüth wniósł skargę konstytucyjną przeciwko temu orzeczeniu. Trybunał rozpatrywał skargę Lütha w kontekście wolności przekonań zapewnionej w art. 5 ust. 1 ustawy zasadniczej (ust. 1: „Każdy ma prawo do swobodnego wyrażania i rozpowszechniania swoich poglądów w słowie, w piśmie i obrazie oraz do zasięgania bez przeszkód informacji z powszechnie dostępnych źródeł. Zapewnia się wolność prasy i wolność przekazu informacji za pośrednictwem radia i filmu. Cenzura nie istnieje”). Jednakże ust. 2 tego samego artykułu zawiera trzy klauzule ograniczające wolność przekonań („Prawa te są ograniczone przepisami ustaw powszechnych, ustawowymi postanowieniami o ochronie młodzieży i prawem do czci osobistej”). Przed Trybunałem stanęły dwa pytania. Po pierwsze: czy zachowanie Lütha mieści się w granicach wolności wypowiedzi? Trybunał uznał, że tak. Po drugie: czy §826 BGB znajduje zastosowanie w danej sprawie, a zatem czy wezwanie do bojkotu jest przeciwne interesowi publicznemu? Sąd w Hamburgu uznał, że tak. Według Sądu bowiem próba zdyskredytowania Harlana jako twórcy nie uwzględnia faktu, że nie był on po wojnie poddany procedurze denazyfikacji ani nie został skazany za żadne nazistowskie przestępstwo. W tych okolicznościach wzywanie do bojkotu jest zdaniem Sądu w Hamburgu niezgodne z demokratycznymi przekonaniem narodu niemieckiego odnośnie do prawa i moralności. Trybunał, rozpoznając skargę, uznał natomiast, że §826 BGB jest wprawdzie przykładem pierwszej z klauzul art. 5 ust. 2 Konstytucji, jednak jego zdaniem zastosowanie prostej subsumpcji do rozstrzygnięcia sprawy Lütha nie wystarcza. Konieczne jest dokonanie ważenia konkurujących konstytucyjnych zasad, aby odpowiedzieć na pytanie, czy stosowanie reguł prawa cywilnego może ograniczać prawo konstytucyjne. W wyniku procesu ważenia Trybunał stwierdził, że wolność przekonań musi uzyskać pierwszeństwo wobec innych konstytucyjnych argumentów, a klauzula „wbrew interesowi publicznemu” musi być interpretowana w zgodzie z powyższą relacją pierwszeństwa.

Ze sprawy Lütha wynikają zdaniem Alexego trzy konsekwencje:

- Prawa konstytucyjne nie mają wyłącznie charakteru reguł, ale także charakteru zasad (w koncepcji Alexego przede wszystkim taki charakter).
- Wartości/zasady zawarte w prawach konstytucyjnych dotyczą nie tylko relacji obywatel–państwo, ale odnoszą się do „wszystkich obszarów prawa”.



procesu ważenia wyraża tzw. prawo ważenia (*the balancing law*<sup>25</sup>), zgodnie z którym: „Czym większy stopień niespełnienia czy naruszenia jednej zasady, tym ważniejsze musi być spełnienie innej zasady”<sup>26</sup>.

Alexy przyjmuje ścisły związek pomiędzy wszystkimi tezami swojej teorii. Zakłada, że skoro natura zasad determinuje zasadę proporcjonalności, a elementem składowym zasady proporcjonalności jest podzasada proporcjonalności w sensie wąskim, to w przypadku kolizji zasad procedura ważenia musi być zastosowana. Ważenie zasad nie jest zatem kwestią dogodności, praktyczności rozwiązania zaistniałego konfliktu praw, lecz logiczną koniecznością. Na przykładzie ustawy zasadniczej podkreśla, że akt ten gwarantuje obszerny katalog praw, tak iż wiele, o ile nie wszystkie przypadki ograniczenia wolności jednostki można potraktować jako naruszenie jednego czy kilku praw podstawowych zawartych w konstytucji. Nie oznacza to zakazu ingerowania w konstytucyjne prawa, ale nakaz uzasadnienia dozwolonego ograniczenia. Reglamentacja taka jest zaś uzasadniona, gdy jest proporcjonalna, a wymóg proporcjonalności presuponuje konieczność procesu ważenia<sup>27</sup>.

#### 4. Formuła ważenia zasad prawa

Struktura ważenia zaproponowana przez Alexego obejmuje trzy elementy: regułę (prawo) ważenia, wzór ważenia, ciężar argumentacji. Przywołane powyżej prawo ważenia przesądza natomiast o podziale procedury ważenia na

---

– Specyficzna struktura wartości i zasad implikuje możliwość kolizji. Kolizja zasad może być rozwiązana wyłącznie poprzez procedurę ważenia. R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, nr 2, s. 132–133.

<sup>25</sup> R. Alexy posługuje się także terminami *the law of balancing* i *the rule of balancing*.

<sup>26</sup> R. Alexy, *A Theory...*, s. 102.

<sup>27</sup> Procedura ważenia jako konieczny i jedyny mechanizm rozstrzygania kolizji zasad prawa nie jest przez wszystkich przedstawicieli doktryny aprobowana, por. np. K. Möller, *Proportionality and the Structure of Constitutional Rights* (wersja wstępna), <http://www.law.ox.ac.uk/jurisprudence/jdg/> oraz *Balancing and the structure of constitutional rights*, „International Journal of Constitutional Law” 2007, vol. 5, nr 3, s. 453–468. Alternatywy wobec krytykowanej przez siebie techniki ważenia przedstawia też R. Camilo de Oliveira. Brazylijczyk przywołuje i omawia koncepcje E.W. Böckenförde, B. Schlinka, F. Müllera, R. Dworkina i K. Günthera, *The Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights*, VII<sup>th</sup> World Congress of the International Association of Constitutional Law, 11–15 czerwca 2007 r., Ateny, sesja: *Balancing and proportionality in constitutional review*, <http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Renata%20Camilo%20de%20Oliveira.pdf>

trzy stadia. W pierwszym stadium należy określić stopień niespełnienia czy naruszenia pierwszej zasady (Z<sub>1</sub>). Stopień ten ma zawsze konkretną wielkość<sup>28</sup>.

W kolejnym stadium należy ustalić doniosłość (znaczenie) spełnienia zasady konkurującej (Z<sub>2</sub>). Stopień ten niekoniecznie musi mieć ściśle określoną wielkość, chociaż aby zastosowanie prawa ważenia w rozstrzyganej sprawie dało oczekiwany rezultat (rozstrzygnięcie o pierwszeństwie Z<sub>1</sub> lub Z<sub>2</sub>), konieczne jest uwzględnienie Z<sub>2</sub> w konkretnej wartości. Konkretna doniosłość Z<sub>2</sub> zależy wyłącznie od konsekwencji rezygnacji z naruszenia w danym przypadku Z<sub>1</sub>. Oznacza to, że stopień doniosłości Z<sub>2</sub> jest taki sam jak stopień, w którym nienaruszenie Z<sub>1</sub> narusza Z<sub>2</sub>. W stadium tym porównujemy ze sobą dwa przypadki naruszenia zasad: stopień naruszenia rzeczywistego i stopień hipotetycznego naruszenia zasady (naruszenie hipotetyczne, czyli to, które by wystąpiło, gdyby naruszenie rzeczywiste nie miało miejsca).

Trzeci etap sprowadza się do zestawienia i oceny rezultatów dwóch poprzednich stadiów, czyli do oceny tego, czy doniosłość zaspokojenia konkurującej zasady Z<sub>2</sub> usprawiedliwia naruszenie (niespełnienie) zasady Z<sub>1</sub><sup>29</sup>. Faza ta oddaje istotę procesu ważenia zasad.

Stopień niespełnienia czy naruszenia Z<sub>1</sub> i stopień doniosłości spełnienia Z<sub>2</sub> można ująć w trójelementową skalę: stopień niski (n), stopień średni (ś), stopień wysoki (w). Alexy zaznacza jednak, że trychotomia ta nie jest koniecznym warunkiem procedury ważenia. Równie dobrze może to być skala dwuelementowa lub składająca się z więcej niż trzech elementów (np. rozpatrywana przez Alexego skala 9-elementowa), chociaż z praktycznego punktu widzenia nie powinna być zbyt rozbudowana. Autor podkreśla, że niejednokrotnie przypisanie konkretnej zasadzie w konkretnej sprawie określonego stopnia nie jest zadaniem łatwym, a większa lub mniejsza ilość progów w skali oceniania i tak tego nie zmieni.

Przyjmując triadyczną skalę rezultatów pierwszego i drugiego stadium procedury ważenia, otrzymujemy 9 możliwości<sup>30</sup>:

**I** Stopień naruszenia Z<sub>1</sub> (SZ<sub>1</sub>) jest większy niż stopień doniosłości spełnienia Z<sub>2</sub> (SZ<sub>2</sub>), czyli zasada Z<sub>1</sub> uzyskuje pierwszeństwo wobec zasady Z<sub>2</sub> w konkretnych warunkach K.

– SZ<sub>1</sub> = w, SZ<sub>2</sub> = n

– SZ<sub>1</sub> = w, SZ<sub>2</sub> = ś

---

<sup>28</sup> O możliwych sposobach ustalania stopnia naruszenia jednego z pozostających w kolizji dóbr por. T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, R. LI, z. 1, s. 5–7.

<sup>29</sup> R. Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, „International Journal of Constitutional Law” 2005, vol. 3, nr 4, s. 574.

<sup>30</sup> Idem, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, nr 4, s. 443.

– SZ1 = ś, SZ2 = n

**II** Zasada Z2 uzyskuje pierwszeństwo względem zasady Z1 w konkretnych warunkach K, gdy SZ2 jest wyższy od SZ1.

– SZ1 = n, SZ2 = w

– SZ1 = ś, SZ2 = w

– SZ1 = n, SZ2 = ś

**III** Sytuacja patowa, w której procedura ważenia nie prowadzi bezpośrednio do rozstrzygnięcia o pierwszeństwie jednej z zasad, gdyż SZ1 = SZ2.

– SZ1 = n, SZ2 = n

– SZ1 = ś, SZ2 = ś

– SZ1 = w, SZ2 = w

W celu rozstrzygnięcia kolizji konieczne jest przyporządkowanie stopniom wartości numerycznej według geometrycznej sekwencji, odpowiednio:

– stopień niski (n) =  $2^0$ , czyli 1,

– stopień średni (ś) =  $2^1$ , czyli 2,

– stopień wysoki (w) =  $2^2$ , czyli 4.

Znając SZ1 i SZ2, można zastosować najprostszą postać formuły ważenia:

$$WZ1,2K = (SZ1K) : (SZ2K)$$

WZ1,2K oznacza konkretną wagę zasady Z1 w odniesieniu do konkurencyjnej zasady Z2 w okolicznościach konkretnej sprawy K. Istotne jest to, że waga ta jest wagą względną, determinowaną okolicznościami danej sprawy. Jest nią iloraz stopnia naruszenia zasady Z1 (SZ1) i stopnia doniosłości spełnienia zasady Z2 (SZ2), czyli stopnia hipotetycznego naruszenia zasady Z2 spowodowanego nienaruszeniem zasady Z1. Z1 uzyskuje pierwszeństwo nad Z2, gdy WZ1,2K ma wartość większą niż 1. *A contrario*, aby Z2 miało w sprawie K pierwszeństwo nad Z1, wartość WZ1,2K musi być mniejsza niż 1. W sytuacji patowej wartość WZ1,2K wynosi 1.

Określenie SZ1 (stopień naruszenia, niespełnienia zasady Z1) i SZ2 (stopień doniosłości spełnienia konkurencyjnej wobec Z1 zasady Z2) nie wystarcza do przeprowadzenia pełnej procedury ważenia. Kolejnymi zmiennymi, które należy uwzględnić, jest abstrakcyjna waga rywalizujących o pierwszeństwo zasad. Abstrakcyjna waga zasady Z1 to waga, jaką ta zasada ma w odniesieniu do innych zasad niezależnie od okoliczności jakiegokolwiek sprawy (WaZ1). Niejednokrotnie konstytucyjne zasady mają równą abstrakcyjną wagę, niekiedy jednak tą wagą się różnią, np. zasada prawa do życia ma wyższą abstrakcyjną wagę aniżeli wolność działalności gospodarczej. Jeżeli abstrakcyjna waga dwóch pozostających w kolizji zasad jest jednakowa, wówczas zmienne te można pominąć w toku procedury ważenia, gdyż ich uwzględnienie nie wpłynie na iloraz (wynik ważenia).

Abstrakcyjną wagę zasad można ustalić w oparciu o różne kryteria. W doktrynie wskazuje się np.:

- umiejscowienie aktu normatywnego, w którego przepisach zasada jest zawarta, w hierarchii źródeł prawa,
- usytuowanie przepisów, w których zasada została wysłowiona, w strukturze konkretnego aktu normatywnego,
- odesłanie do wartości społecznych, którego refleksem są wartości inkorporowane w zasadach,
- hierarchia zasad znajdująca swe odzwierciedlenie we względnie spójnym w tym kontekście orzecznictwie sądów konstytucyjnych<sup>31</sup>.

Nie sposób nie dostrzec, iż wszystkie powyższe kryteria są albo nieprecyzyjne, albo ich efektywność w określaniu abstrakcyjnej wagi zasad jest wątpliwa. W odniesieniu do pierwszego kryterium należy zauważyć, że najczęściej w kolizji znajdują się zasady o jednakowej mocy obowiązującej. Po drugie, większość zasad prawa jest wysłowiona w przepisach ogólnych aktu normatywnego. Po trzecie, odesłanie do wartości społecznych pociąga za sobą niekonkluzywne rozważania o tym, jakie wartości są społecznie aprobowane i jaką ich hierarchię społeczeństwo przyjmuje. Po czwarte, analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego pozwala stwierdzić, iż sąd konstytucyjny nie tylko że nie przyjął w swej orzeczniczej praktyce kompletnej hierarchii zasad, ale nawet rzadko kiedy wyraźnie sygnalizuje, że konkretna zasada X jest dla niego generalnie (*in abstracto*) ważniejsza od zasady Y.

Podobnie jak w przypadku pierwszej zmiennej (SZ1, SZ2), tak również wartość WaZ1 i WaZ2 może przybrać trojaki stopień: niski (n), średni (ś), wysoki (w), któremu odpowiada następująca wartość numeryczna:

- stopień niski, n = 1,
- stopień średni, ś = 2,
- stopień wysoki, w = 4.

Uwzględnienie zmiennej abstrakcyjnej wagi zasad (WaZ) nadaje formule ważenia następującą postać:

$$WZ1,2K = (SZ1K \cdot WaZ1) : (SZ2K \cdot WaZ2)$$

Trzecia zmienna wykorzystywana w procesie ważenia określa rzetelność (prawidłowość) empirycznych ocen odnośnie do roli danego środka w niespełnieniu zasady Z1 i urzeczywistnieniu zasady konkurującej Z2 w okolicznościach danej sprawy K. Sprowadza się zatem ona do oceny stopnia pewności ustalonej wartości SZ1 i SZ2. Zmienna ta (RZ1, RZ2) również może przybrać trojaki stopień (pewność, wiarygodność, nieoczywista błędność), któremu można z kolei przyporządkować wartość numeryczną według geometrycznej sekwencji, odpowiednio:

<sup>31</sup> C.B. Pulido, *The rationality...*, s. 10.

pewność =  $2^0$ , czyli 1,  
wiarygodność =  $2^{-1}$ , czyli  $\frac{1}{2}$ ,  
nieoczywista błędność =  $2^{-2}$ , czyli,  $\frac{1}{4}$ .

Stosunek RZ1 wobec RZ2 w kontekście WZ1,2K opiera się na drugim prawie ważenia, w myśl którego: „Czym większe naruszenie konstytucyjnych praw, tym większa musi być pewność będących u podstaw tego naruszenia założeń”<sup>32</sup>.

O ile pierwsze prawo ważenia odnosi się do substancjalnego (treściowego) znaczenia argumentów będących podstawą naruszenia zasady, to drugie prawo ważenia dotyczy wartości epistemicznej (poznawczej) tych argumentów.

Znając wartość trzech zmiennych (stopień doniosłości konkurujących zasad, ich abstrakcyjną wagę i rzetelność empirycznych ocen doniosłości tych zasad), przez połączenie substancjalnego i epistemicznego prawa ważenia uzyskujemy kompletną formułę ważenia:

$$\mathbf{WZ1,2K = (SZ1K \cdot WaZ1 \cdot RZ1K) : (SZ2K \cdot WaZ2 \cdot RZ2K)}$$

Waga zasady Z1 w odniesieniu do zasady Z2 w konkretnej sprawie K (WZ1,2K) jest zatem ilorazem iloczynu stopnia doniosłości (znaczenia) zasady Z1 w danej sprawie (SZ1K), abstrakcyjnej wagi tej zasady (WaZ1) i stopnia rzetelności empirycznej oceny jej znaczenia (RZ1K) z jednej strony i iloczynu stopnia znaczenia zasady Z2 w tej samej sprawie (SZ2K), jej abstrakcyjnej wagi (WaZ2) i stopnia rzetelności empirycznej oceny jej znaczenia (RZ2K) z drugiej strony. Jeżeli iloraz jest większy niż 1, oznacza to, że do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy należy zastosować normę Z1, jeżeli iloraz jest mniejszy niż 1, należy dać pierwszeństwo zasadzie Z2.

Trzeci element struktury ważenia (ciężar argumentacji) ma charakter subsydiarny. Pojawia się on w sytuacji „impasu”, gdy wynik ilorazu wynosi 1, to znaczy gdy waga obu konkurujących w konkretnej sprawie zasad jest identyczna:

$$\mathbf{(SZ1K \cdot WaZ1 \cdot RZ1K) = (SZ2K \cdot WaZ2 \cdot RZ2K)}$$

W przypadku takim procedura ważenia nie wskazuje jednego poprawnego rozstrzygnięcia, a podejmującemu decyzję przysługuje tzw. strukturalna dyskrecjonalność<sup>33</sup>.

Alexy podaje dwa sposoby usunięcia niejednoznaczności i rozstrzygnięcia sprawy, w której sytuacja patowa w powyższym sensie ma miejsce. W *A Theory of Constitutional Rights* opowiada się za ciężarem argumentacji wspierającym prawną wolność i prawną równość, co można wyrazić jako *in dubio pro libertate*. Aby jakakolwiek zasada będąca w opozycji do prawnej wolności czy

<sup>32</sup> R. Alexy, *On Balancing...*, s. 446.

<sup>33</sup> M. Kumm, *Constitutional...*, s. 581.

równości mogła uzyskać pierwszeństwo, konieczne są „mocniejsze racje” za tą zasadą. W postłowie do angielskiej edycji swej książki twierdzi jednak, że akt Parlamentu nie jawi się jako nieproporcjonalny, a przeto powinien być uznany za zgodny z Konstytucją. Oznaczałoby to rozstrzygnięcie sytuacji patowych przy ważeniu zasad w imię demokracji, a nie prawnej wolności i równości<sup>34</sup>.

## 5. Doktrynalna krytyka i obrona formuły ważenia zasad prawa

Teoria zasad prawa Roberta Alexego, zwłaszcza poddana powyżej aproksymacji konstrukcja ważenia zasad powiązana z tezą optymalizacji, spotkała się z liczną krytyką przedstawicieli jurysprudencji. Przykładowo J. Habermas formułuje dwa elementarne zarzuty. Po pierwsze, twierdzi że nie istnieją racjonalne reguły, na których można oprzeć procedurę ważenia zasad. Dlatego też przebiega ona arbitralnie lub bezrefleksyjnie według zwyczajowych standardów i hierarchii, nie wydając rozstrzygnięcia, które można obiektywnie uznać za racjonalne<sup>35</sup>. Podobny zarzut podnosi B. Schlink, dla którego ważenie zasad sprowadza się do rozstrzygnięcia według subiektywnych ocen podmiotu usuwającego kolizję<sup>36</sup>.

Druga obiekcja dotyczy kwestii konceptualnych. Konstrukcja ważenia zasad przenosi prawne rozstrzygnięcia z obszaru określonego takimi pojęciami jak „poprawny”, „błędny”, „prawidłowość”, „nieprawidłowość”, „uzasadnienie” w obszar określony takimi terminami jak „adekwatny”, „nieadekwatny”, „dyskrecjonalność”. W związku z tym zastosowanie w konkretnej sprawie formuły ważenia Alexego jest w stanie wydać rozstrzygnięcie jako swój rezultat, ale nie jest w stanie go uzasadnić<sup>37</sup>.

Zasadność powyższych zarzutów oznacza zanegowanie przydatności formuły ważenia zasad do realizacji antycypowanego u jej genezy celu (racjonalność decyzji stosowania prawa). Trafność pierwszej obiekcji jest warunkowana brakiem możliwości racjonalnego określenia stopnia naruszenia zasady, stopnia doniosłości konkurencyjnej zasady i ich wzajemnego stosunku do siebie. Wykazanie takiej możliwości legitymuje z kolei do rozszczenia dla rezultatu procesu ważenia przymiotu racjonalności. W celu potwierdzenia prawidłowości konstatacji o istnieniu takiej możliwości Alexy przywołuje przykłady z orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> C.B. Pulido, *The Rationality...*, s. 12.

<sup>35</sup> J. Habermas, *Between Facts and Norms*, tłum. W. Rehg, Cambridge 1996, s. 259.

<sup>36</sup> B. Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* [w:] *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, red. P. Badura, H. Dreier, Tübingen 2001, s. 460.

<sup>37</sup> R. Alexy, *Constitutional...*, s. 134.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 136–138.

W jednej ze spraw niemiecki sąd konstytucyjny poddał analizie prawny obowiązek producentów wyrobów tytoniowych umieszczenia na opakowaniu swych produktów ostrzeżenia o negatywnych dla zdrowia skutkach palenia (BVerfGE vol. 95, 173). Uznał, że obowiązek powyższy stanowi „nieznaczące” ograniczenie swobody działalności gospodarczej. Za „poważne” naruszenie należałoby przyjąć całkowity zakaz produkcji wyrobów tytoniowych. Zdaniem Alexego powyższy przykład dowodzi, iż można racjonalnie określić stopień naruszenia zasad czy stopień ich znaczenia. To samo można uczynić w odniesieniu do konkurujących argumentów skorelowanych z zasadami. Ryzyko dla zdrowia w związku z paleniem jest wysokie. Argumenty uzasadniające naruszenie zasady swobody działalności gospodarczej mają więc dużą wagę. Jeśli stopień naruszenia zasady określić jako „niski”, a stopień znaczenia argumentów za naruszeniem jako „wysoki”, to wynik zastosowania zasady proporcjonalności w wąskim sensie można opisać za Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym jako „oczywisty”, tj. konstytucyjność ciążącego na producentach wyrobów tytoniowych prawnego wymogu ostrzegania o szkodliwych skutkach nikotynizmu.

Przedstawiona argumentacja tylko pozornie przeczy przywołanym zarzutom. Alexy utożsamia bowiem samą możliwość wskazania, jakie zachowania i w jakim stopniu naruszają daną zasadę (takiej teoretycznej możliwości Habermas nie neguje) z racjonalnością przyporządkowania tym zachowaniom poszczególnych stopni (istota obiekcji Habermasa). Wskazane orzeczenia FTK potwierdzają jedynie to, co wątpliwości nie wywołuje, nie stanowią natomiast podstaw uzasadnienia, dlaczego rozstrzygnięcia przyjęte przez Trybunał mają uchodzić za racjonalne, a przez to i za akceptowalne.

W kolejnym przytoczonym przez Alexego orzeczeniu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (BVerfGE vol. 86, 1) w kolizji znalazły się wolność słowa i prawo do dobrego imienia. Jedno z popularnych czasopism satyrycznych „Titanic” nazwało dotkniętego paralizem oficera rezerwy, który „gorliwie” wykonywał swoje obowiązki w czasie służby czynnej, mianem „urodzonego mordercy” („geb. Mörder”), a następnie mianem „kaleki” (termin „Kürppel” można tłumaczyć także jako pokraka, połamaniec). Wyższy Regionalny Sąd Apelacyjny w Düsseldorfie uznał powództwo wniesione przez oficera przeciwko magazynowi i zasądził 12 000 DM odszkodowania. Magazyn wniósł skargę konstytucyjną. Federalny Trybunał Konstytucyjny w celu rozstrzygnięcia skargi poddał procedurze ważenia wolność wypowiedzi (art. 5 ust. 1 Konstytucji) i prawo oficera „do swobodnego rozwoju swej osobowości” (art. 2 ust.1 Konstytucji<sup>39</sup>) w połączeniu z

---

<sup>39</sup> Art. 2 ust. 1: „Każdy ma prawo do swobodnego rozwoju swej osobowości, dopóki nie narusza praw innych oraz nie wykracza przeciwko konstytucyjnemu porządkowi i nakazom moralności”.

art. 1 ust. 1 ustawy zasadniczej<sup>40</sup> wyrażającym nienaruszalność godności człowieka<sup>41</sup>.

Trybunał uznał nałożenie odszkodowania na „Titanic” jako poważne ograniczenie wolności wypowiedzi. Ocena taka była uzasadniona przekonaniem, że wymóg zapłaty odszkodowania skutecznie wpłynie na obniżenie gotowości wydawców tego typu magazynów do podobnych publikacji w przyszłości. Zwrot „urodzony morderca” został zamieszczony w magazynie w kontekście satyrycznym. W perspektywie tego kontekstu nie można zdaniem Trybunału powyższego opisu potraktować jako bezprawnej i poważnej krzywdy dla praw osobistych powoda. Naruszenie praw osobistych zostało ocenione jako średniego, czy nawet niskiego stopnia. Według Trybunału pogwałcenie tych praw usprawiedliwi wymierzenie odszkodowania tylko wówczas, gdy stopień tego naruszenia zostanie oceniony jako wysoki. W konkretnym przykładzie tak nie było, a więc nałożenie odszkodowania na wydawcę „Titanica”, będąc nieproporcjonalne, przeczyło prawu.

Sytuacja przedstawia się inaczej, gdy chodzi o określenie oficera mianem „kaleki”. Stanowi ono w ocenie Trybunału poważne pogwałcenie praw osobistych osoby sparaliżowanej (konkretnie dotkniętej paraplegią). Nazwanie osoby niepełnosprawnej w ten sposób jest uznawane za poniżające i będące wyrazem braku szacunku. Naprzeciwko siebie stanęły poważne naruszenie wolności wypowiedzi i poważne naruszenie godności osobistej. Sąd konstytucyjny uznał, że zasądzenie odszkodowania jest zasadne z punktu widzenia rezultatu ważenia dwóch opozycyjnych zasad. Alexy, kończąc analizować argumentację Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, konstatuje: „Naruszenie konstytucyjnego prawa jest nieproporcjonalne, jeśli nie jest uzasadnione faktem, że rezygnacja z tego naruszenia spowoduje naruszenie innej zasady (ewentualnie tej samej zasady w odniesieniu do innych osób lub okoliczności), pod warunkiem że naruszenie tej innej zasady jest co najmniej tego samego stopnia co naruszenie pierwszej zasady<sup>42</sup>”.

Powyższa reguła dysproporcjonalności kreuje relację pomiędzy określeniem stopnia intensywności a określeniem stopnia proporcjonalności. Rozstrzygnięcia co do stopnia intensywności są argumentami za orzeczeniem o proporcjonalności. Rozstrzygnięcia co do proporcjonalności dają natomiast podstawy do twierdzenia o prawidłowości, co zdaniem Alexego czyni

---

<sup>40</sup> Art. 1 ust. 1: „Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem całej władzy państwowej”.

<sup>41</sup> Por. L. Pech, *Freedom of expression and disability*. Materiały z sympozjum Human Rights & Disability Discrimination: Exploring the Value Added by the ECHR, 25 września 2004 r., NUI, Galway Faculty of Law, 3 LAW CPS 2004.

<sup>42</sup> R. Alexy, *Constitutional...*, s. 138.



nietrafny zarzut Habermasa, że ważenie zostaje wyłączone z zakresu uzasadnienia i prawidłowości.

Alexy uważa, że przywołane przykłady eksplikatywnie negują także zasadność pierwszego z zarzutów, że procedura ważenia przebiega arbitralnie i bezrefleksyjnie według zwyczajowych standardów i hierarchii. Założenia będące u podstaw oceny stopnia naruszenia zasady i stopnia doniosłości zasady nie są arbitralne. Przemawiają za nimi określone, zrozumiałe dla każdego argumenty. To, że racje te nie mają charakteru dogmatycznego i mogą być przedmiotem rozważań, w których część osób dokona innej oceny niż sąd, nie neguje racjonalności stosowania przez sąd prawa w toku procedury ważenia. Prawdą jest, że standardy mają związek z precedensem (takim precedensowym orzeczeniem było np. rozstrzygnięcie Trybunału w sprawie Lüth-Urteil z 15 stycznia 1958 r.), ale mówienie o zwyczajowych standardach byłoby zasadne tylko wówczas, gdyby istnienie precedensu stanowiło kwestię relevantną wyłącznie wobec samej decyzji, a nie w stosunku do jej substancjalnej poprawności. Teza zaś o bezrefleksyjnym stosowaniu zasad byłaby prawdziwa, gdyby ich aplikacja miała miejsce poza argumentacją, a w ocenie Alexego tak przecież nie jest<sup>43</sup>.

Opisanej koncepcji ważenia zasad prawa broni C.B. Pulido. Jego zdaniem trzy podstawowe zarzuty wysuwane przeciwko racjonalności procedury ważenia *tout court* to: brak precyzji, niewspółmierność, brak przewidywalności. Wszystkie one pozostają ze sobą w ścisłej korelacji. Rezultatu ważenia nie można przewidzieć w związku z brakiem precyzji, głównym powodem braku precyzji jest zaś brak powszechnej miary, która umożliwiłaby określenie wagi partykularnych zasad. Źródłem tych obiekcyj jest zdaniem Kolumbijczyka nieodróżnianie racjonalności od hiperracjonalności. Hiperracjonalistą jest ten, kto nie rozpoznaje ograniczeń racjonalności. Pulido nie kwestionuje tego, że ważenie ma charakter formalny, i nie eliminuje subiektywnych ocen sędziego. Nie oznacza to jednak *a contrario*, że ważenie jest nieracjonalne i oparte tylko na subiektywnych ocenach. Ważenie nie gwarantuje obiektywności, skoro obiektywność to ideał, którego nie można osiągnąć w obszarze normatywnym, zwłaszcza w tak kontrowersyjnym obszarze jak zasady prawa. Jednak rezygnacja z obiektywności w stosowaniu zasad nie oznacza, że zarzut nieracjonalności procedury ważenia jest zasadny.

Formuła ważenia nie jest algorytmiczną procedurą, która zapewnia jedną poprawną odpowiedź we wszystkich sprawach. Wręcz przeciwnie, semantyczna nieeksplikatywność zasad sprawia, że sędziemu przysługuje pewien zakres orzeczniczej swobody. Jego wartości i oceny odgrywają tym samym niemarginalną rolę w stosowaniu prawa. Jednak ten fakt nie pomniejsza

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 139.

racjonalności i użyteczności samej formuły ważenia. Formuła ta oferuje procedurze ważenia precyzyjną strukturę, wolną od sprzeczności, operującą triadyczną skalą określania wagi relewantnych zasad i wyjaśniającą relewantne zmienne. Wszystko to sprawia, że rezultat ważenia jest należycie prawnie uzasadniony, zawiera się w pojęciowo jasnej i spójnej terminologii z kompletnym zespołem przesłanek, z uwzględnieniem wymogów logiki i ciężaru argumentacji. Formuła ważenia wyraża więc każdy element, który sędzia, chcąc być racjonalnym, powinien wziąć pod uwagę w toku procesu stosowania prawa<sup>44</sup>.

Jak zauważa z kolei T. Gizbert-Studnicki, niejednoznaczność i heterogenność kryteriów usuwania kolizji zasad w powiązaniu z ocennym charakterem wyrażen formułujących te kryteria i operowaniem przez nie z rzadka miarami liczbowymi sprawia, iż racjonalne uzasadnienie decyzji rozstrzygającej konkretny konflikt dóbr jest *prima facie* wątpliwe. Pomimo to tezę, iż decyzja zapadająca w sprawach tego typu zawsze ostatecznie bazuje na intersubiektywnie nieweryfikowalnych własnych ocenach podmiotu stosującego prawa, uznaje za niezasadną. Twierdzi, że co prawda nie sposób wskazać takich kryteriów, których implementacja zawsze dałaby jedno prawidłowe rozwiązanie, ale możliwe jest określenie minimalnych wymogów, których przestrzeganie umożliwi uznanie pewnych rozstrzygnięć za na pewno nietrafne. Tym samym instancyjna kontrola podjętych w przypadku kolizji zasad decyzji nie będzie zastępowaniem ocen jednego organu ocenami organu kontrolującego, lecz weryfikacją dochowania tych wymogów jako części wymogów *lege artis*.

Do wymogów tych zaliczone zostały:

- prawidłowa identyfikacja dóbr i ich prawnego charakteru,
- prawidłowe ustalenie wertykalnych relacji kolidujących dóbr i uzasadnienie tej hierarchii,
- wymienienie generalnych kryteriów, wedle których ustalono wagę kolidujących dóbr, wsparte uzasadnieniem z wiedzy empirycznej<sup>45</sup>.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że zaproponowane kryteria mają w dużym stopniu ocenny charakter.

## 6. Wnioski końcowe

Wydaje się, że Alexy wprowadzie świadom wątpliwości implikowanych praktycznym stosowaniem formuły ważenia zbyt bezrefleksyjnie odnosi się do treści zarzutów stawianych przez oponentów wobec jego teorii zasad i samej formuły. Jest to szczególnie zauważalne w kontekście rozbieżności rezultatów

---

<sup>44</sup> C.B. Pulido, *The Rationality...*, s. 4–7.

<sup>45</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt...*, s. 13–14.

w ustalaniu stopni zmiennych występujących we wzorze ważenia. Tymczasem zamiana stopnia średniego na wysoki, niskiego na średni czy odwrotnie może doprowadzić do całkowicie odmiennego rozstrzygnięcia kolizji dwóch zasad. Możliwość taka jest tym bardziej realna, skoro przypisanie jednego z trzech stopni konkretnej zasadzie w okolicznościach danej sprawy jest determinowane subiektywną hierarchią wartości oceniającego. W kontekście przykładów przywołanych przez Alexego można zadać następujące pytania:

– Na jakiej podstawie FTK doszedł do wniosku, że odszkodowanie nałożone na wydawcę „Titanica” stanowi poważne naruszenie wolności wypowiedzi, uznając jednocześnie, iż opublikowany artykuł naruszył prawo powoda? Można przecież przyjąć, że zapłata odszkodowania pogwałca tę wolność w niskim stopniu, zaś przykładem stopnia średniego i wysokiego naruszenia byłyby odpowiednio cenzura prewencyjna i zakaz całkowitej działalności wydawniczej. Ponadto wydaje się, iż czasopisma potocznie określane jako tabloidy koszty odszkodowania z tytułu naruszenia dóbr osobistych osób wskazanych w treści magazynu wliczają w zwykłe koszty swej działalności, a operowanie zwrotami mogącymi naruszyć czyjeś dobre imię lub prawo do prywatności jest zamierzonym i świadomym działaniem ukierunkowanym na pozyskanie, w atmosferze skandalu, szerszej grupy czytelników.

– Wedle jakiego rozumowania FTK uznał, że określenie kogoś „urodzony morderca” stanowi niski/średni stopień pogwałcenia praw osobistych, a termin „kaleka” stopień wysoki?

– Czemu zwrot „urodzony morderca” nie przeczy godności osoby ludzkiej, a określenie „kaleka” już tak?

Rezultat procedury ważenia jest wypadkową zmiennych, których wartości w znacznej części spraw nie można poddać intersubiektywnej sprawdzalności, a przynajmniej weryfikacja taka nie doprowadzi do jednego rezultatu, wręcz przeciwnie *par excellence* potwierdzi rozbieżności co do tych ocen. Co prawda Alexy i Pulido eksplikatywnie podkreślają, że celem formuły ważenia nie jest wygenerowanie jednego rozstrzygnięcia, lecz że jej implementacja pozwala dwa czy nawet więcej rozstrzygnięć uznać za racjonalne. Można jednak ująć to w inny sposób, tj. formuła ważenia nie tyle że nie determinuje jednego rozwiązania, co w wielu przypadkach nie eliminuje żadnego z potencjalnych rozstrzygnięć. Przyjmując, że „A” i „B” to zasady pozostające w danej sprawie w kolizji, w zależności od przyjętych wartości zmiennych formuły ważenia (a jak wskazano – zachodzą w tej materii istotne dywergencje, to co dla jednego ma wartość wysoką, dla innego interpretatora ma wartość niską), uzyskamy następujący wynik:  $A < B$ ,  $B < A$  lub  $A = B$ . Do tych samych wniosków można dojść (jest to wręcz oczywiste), nie stosując rozbudowanej procedury ważenia zasad Alexego.

Ostatecznie należy przyjąć, że w wielu przypadkach kolizji zasad prawa, ale nie wszystkich, w ogóle nie istnieje jedno obiektywnie prawidłowe rozstrzygnięcie. Odrzucenie Dworkinowskiej *one answer thesis* prowadzi ku konstatacji, że przy decydowaniu o tym, której zasadzie (chronionej przez nią wartości) w konkretnym rozpoznawanym stanie faktycznym powinno dać się pierwszeństwo, sędziemu przysługuje szeroki zakres jurysdykcyjnej swobody, która ociera się wprost o dyskrecjonalizm<sup>46</sup>. Skoro, jak powyżej wykazano, w odniesieniu do kolizji niektórych zasad prawa każdą decyzję można ukazać jako rezultat uruchomienia formuły ważenia poprzez odpowiednie przypisanie wartości poszczególnym zmiennym wykorzystywanym w tej formule, to przydatność samej formuły jest wątpliwa. Jej zastosowanie czyni jedynie pozory tego, iż decyzja oparta ostatecznie na własnych ocenach sędziego rzekomo jest wynikiem przede wszystkim mającej cechę naukowości prawniczej argumentacji. Wypada zatem zgodzić się z Habermasem, iż formuła ważenia zawodzi jako narzędzie uzasadniania trafności generowanych przy jej pomocy rozstrzygnięć. Jeżeli więc prawodawca nie wskazuje czytelnie swych aksjologicznych preferencji, a prawnicza doktryna nie jest zgodna co do pierwszeństwa pomiędzy poszczególnymi zasadami prawa, konkretnemu sędziemu mającemu kolizję tę rozstrzygnąć pozostaje kierować się systemem ocen, który uznaje za słuszny. Można więc powiedzieć, że proces ważenia zależy nie tylko od czyjejs moralnej i prawnej wiedzy, ale także od czyjegoś uczucia i woli<sup>47</sup>. Zbliża to praktykę orzeczniczą sądów, zwłaszcza sądów konstytucyjnych, w tym przedmiocie do prawotwórstwa<sup>48</sup>. Jedynie w mniejszości przypadków kolizji zasad prawa (np. zasada ochrony życia ludzkiego Z1 i zasada swobody działalności gospodarczej Z2) analiza całokształtu prawnych regulacji (aksjologii całego konkretnego systemu prawnego) pozwala zaakceptować jako zgodny z prawem wyłącznie jeden, relatywnie oczywisty kierunek rozstrzygnięcia, bez względu na osobiste preferencje sędziego<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Por. M.I. Vila, *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Kluwer Academic Publishers, seria Law and Philosophy Library, 2001, s. 24–25.

<sup>47</sup> A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London 1989, s. 305–307. Zdaniem Peczenika ważenie argumentów jest sprawą oceny, różni się ono w poszczególnych sprawach. Nie steruje tym żaden algorytm, to raczej człowiek ma zdolność do ważenia. Skoro zaś jest to zdolność moralna, to ostatecznie moralność ma pierwszeństwo przed prawem, steruje prawniczym rozumowaniem. A. Peczenik, *Legal Collision Norms and Moral Construction* [w:] P.W. Brouwer (red.), *Coherence and Conflict in Law*, Kluwer/W.E.J.Tjenk Willink 1992, s. 195.

<sup>48</sup> Por. A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2008, vol. 47, nr 1, za: [http://works.bepress.com/alec\\_stone\\_sweet/11](http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11). Tak też N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford University Press, 1981, s. 129.

<sup>49</sup> W podanym przykładzie pierwszeństwo Z1 przed Z2.

## FORMULA OF WEIGHING LEGAL PRINCIPLES

### Summary

This paper raises one of the issues correlated with the problems of legal principles, i.e. construction of the so-called weighing formula. The basic purpose of the paper was to verify usability of the formula as a tool enabling deciding in case of collisions of legal principles according to requirements of rationality and objectivism. The Author decided to get an answer to this question by analyzing the theory of legal principles by Robert Alexy. Confronting, on the one hand, the concept of the law principles, as optimizing orders and the extended pattern of weighing, with the practice of judicial decisions by the Federal Constitutional Court of Germany, on the other one, he concluded that the mathematical form of the weighing formula is of limited use. He found justified the opinion of J. Habermas that implementation of the weighing pattern is able to generate a solution (to specify the priority relation between colliding principles), but it fails to justify correctness of such a solution.