

M i c h a ł P e ł k a

Teoria ważenia dóbr w ujęciu Roberta Alexy’ego w kontekście wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie uboju rytualnego

Słowa kluczowe: *ważenie dóbr, zasada proporcjonalności, R. Alexy, ubój rytualny, zabijanie zwierząt, prawo konstytucyjne*

1. Wprowadzenie

W dniu 10 grudnia 2014 r. polski Trybunał Konstytucyjny wydał orzeczenie (sygn. akt K 52/13) w sprawie uboju rytualnego, uznając, iż zakaz uśmiercania zwierząt bez ogłuszania narusza wolność religijną zagwarantowaną w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Wyrok ten należy uznać za niesłuszny zarówno z powodów formalnych, jak i merytorycznych. Błąd formalny sądu konstytucyjnego polegał na przekroczeniu zakresu wniosku złożonego przez Związek Gmin Żydowskich Polskich, czyli podmiotu który zainicjował postępowanie przez Trybunałem. Jak bowiem wiadomo, co Trybunałowi umknęło przy wyrokowaniu, wniosek Związku dotyczył tylko usunięcia zakazu uboju rytualnego na potrzeby religijne określonej wspólnoty wyznaniowej, gdy tymczasem Trybunał Konstytucyjny swoim orzeczeniem dopuścił ubój rytualny w ogóle, a więc również na potrzeby daleko wykraczające poza potrzeby żywnościowe wspólnot religijnych, czyli także na potrzeby eksportu gospodarczego mięsa do innych krajów. Można zatem powiedzieć, że sąd orzekł ponad żądanie, a tego nie wolno było mu uczynić, więc już z tego względu rozstrzygnięcie było niedopuszczalne.

Zarzut błędności formalnej wydaje się na tyle oczywisty, że można go pozostawić niejako na boku, przy czym wypada dodać, że nie jest trafna linia krytyki Trybunału za to, że orzekł także na korzyść wspólnot muzułmańskich, mimo że nie były one inicjatorami postępowania konstytucyjnego. Chociaż i w tym względzie Trybunał orzekł w szerszym zakresie, niż dotyczył wniosek, jednak takie działanie można zaakceptować z uwagi na zasadę ekonomii procesowej i walor uniwersalności, który powinny posiadać wyroki sądu konstytucyjnego. Sprzeczna z tymi dwoma aspektami byłaby konieczność ponownego orzekania przez Trybunał i wydawania wyroku o identycznej treści, gdyby inicjującym kontrolę konstytucyjną była wspólnota muzułmańska.

Znacznie bardziej niejednoznaczny, a przez to i bardziej interesujący, jest aspekt błędności merytorycznej orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. W niniejszym opracowaniu podjęto staranie przyjrzenia się kwestii uboju rytualnego jako problemowi ważenia dóbr prawnych przez pryzmat teorii, jaką zaproponował niemiecki filozof i teoretyk prawa Robert Alexy.

2. Rozróżnienie reguł i zasad

U podstaw teorii ważenia dóbr w ujęciu Roberta Alexy'ego znajduje się istotne rozróżnienie dwóch rodzajów norm występujących we współczesnych rozwiniętych systemach prawnych, a mianowicie reguł (*rules*) oraz zasad (*principles*). Doniosłość tej dystynkcji wynika z innego sposobu funkcjonowania reguł i zasad w procesie stosowania prawa oraz innego zachowania się tych norm w sytuacji konfliktu lub kolizji, a także faktu, iż prawa fundamentalne jednostek stanowią w przeważającej mierze zasady.

Reguły są stosowane wedle schematu „wszystko albo nic”¹, tzn. jeśli spełnione są okoliczności opisane w hipotezie reguły, wówczas zachodzą trzy możliwości: albo reguła wyznacza w sposób definitywny zachowanie do wykonania, albo należy wprowadzić wyjątek do reguły, albo też reguła musi zostać uznana za nieobowiązującą. Przykładem normy prawnej, a więc wypowiedzi wyrażającej powinność o charakterze reguły, jest nakaz jazdy pojazdem z prędkością maksymalną 50 km/h lub też nakaz sporządzenia testamentu ustnego w obecności trzech świadków. Normy te można tylko albo spełnić, albo naruszyć – nie można zrealizować ich w pewnym stopniu.

¹ Sformułowanie to pochodzi od Ronalda Dworkina z pracy *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, PWN, Warszawa 1998, s. 60.

W przeciwieństwie do reguł, zasady są normami optymalizacyjnymi². Nakazują one, aby określony stan rzeczy był realizowany optymalnie, to znaczy w maksymalnym stopniu w granicach faktycznych i prawnych możliwości. Zasady, inaczej niż reguły, mogą być spełnione jedynie częściowo (gradacyjnie), co oznacza, że naruszenie zasady w określonym stopniu nie powoduje jej derogacji, a więc wyeliminowania z systemu prawnego jako nieobowiązującej. Zasady, w odróżnieniu od reguł, nie są normami definitywnymi, lecz wyrażają obowiązki *prima facie*: może się zdarzyć, że w realiach konkretnego stanu faktycznego inna zasada uzyska pierwszeństwo i tym samym unicestwi realizację tej pierwszej normy – zasady. Przykładem zasady, a więc normy o charakterze idealizacyjnym, jest zakaz ograniczania wolności słowa. Zakaz ten nie może być spełniony w sposób absolutny, gdyż niekiedy niezbędne jest naruszenie tej wolności, np. w celu ochrony prawa do prywatności czy też ochrony tajemnicy państwowej. Naruszenie to nie sprawia jednak, że norma wyrażająca zakaz ograniczania wolności słowa zostaje usunięta (derogowana) z systemu prawnego. Norma ta bowiem obowiązuje nadal, jednakże jest realizowana jedynie do pewnego stopnia, w mniejszym lub większym zakresie, w zależności od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Podobnym sposobem funkcjonowania w procesie stosowania prawa charakteryzuje się zasada bezpośredniości w przeprowadzaniu dowodów przed sądem. Również ta norma-zasada nie jest realizowana w sposób absolutny, lecz jedynie w pewnym stopniu. Występują bowiem sytuacje, gdy sąd narusza tę zasadę, np. odczytując zeznania świadków z protokołu, a nie przesłuchując ich bezpośrednio na rozprawie.

Różnica między regułami i zasadami ujawnia się najbardziej wyraźnie w sytuacji kolizji zasad i konfliktu reguł. Kolizje zasad i konflikty reguł mają wspólną cechę, która polega na tym, że dwie normy, gdyby były stosowane oddzielnie, prowadziłyby do niedających się pogodzić rezultatów, mianowicie dwóch sprzecznych, konkretnych sądów powinnościowych. Jednak różnią się one fundamentalnie w rozstrzygnięciu tego konfliktu.

Konflikt między dwiema regułami może być rozwiązany albo poprzez wprowadzenie wyjątku od jednej z reguł, albo też uznanie jednej z nich za nieobowiązującą. Przykładem pierwszej sytuacji jest regulacja szkolna, która zakazuje opuszczania sali szkolnej przed dzwonkiem, ale wymaga właśnie tego w przypadku alarmu pożarowego³. Ten konflikt jest z łatwością rozwiązywalny poprzez wprowadzenie, w sytuacji alarmu pożarowego, wyjątku od zakazu opuszczania sali szkolnej przed dzwonkiem.

² R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska i J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 78.

³ R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris”, nr 3, 2000 (13), s. 295.

Kolizja zasad jest rozwiązywana w zupełnie odmienny sposób. Przykładem może być decyzja niemieckiego Sądu Konstytucyjnego w kwestii niezdolności do uczestnictwa w rozprawach oskarżonego, gdy takie uczestnictwo mogłoby poważnie zagrażać jego stanowi zdrowia w związku z nadmiernym stresem⁴. Kolidujące normy to z jednej strony, zasada gwarantująca każdemu prawo do życia i nienaruszalności integralności cielesnej, oraz z drugiej strony, jeden z aspektów zasady rządów prawa zobowiązującej państwo do zapewnienia sprawnego funkcjonowania sprawiedliwości karnej. Jeśli tylko istniałoby prawo podstawowe, prowadzenie procesu mogłoby z łatwością być zakwalifikowane jako zakazane z uwagi na niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia oskarżonego. Jeśli, z drugiej strony, istniałoby tylko zobowiązanie do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania procedury karnej, prowadzenie procesu karnego mogłoby być bez trudności zakwalifikowane jako obowiązkowe, a przynajmniej jako dozwolone.

Zgodnie z właściwościami strukturalnymi zasad, sąd nie mógłby rozstrzygnąć tego przypadku uznając którąś z zasad – zasadę ochrony życia i zdrowia ludzkiego lub też zasadę efektywnego wymiaru sprawiedliwości – za nieważną, a więc potraktować ten przypadek jako konflikt reguł i rozwiązać go w kategoriach obowiązywania. Wykluczone jest zatem unieważnienie którejś z zasad lub też wprowadzenie wyjątku do którejś z zasad. Ani bowiem prawo podstawowe do życia i nienaruszalności cielesnej nie stanowi wyjątku od zasady sprawnego funkcjonowania sprawiedliwości karnej, ani też ta druga zasada nie jest wyjątkiem od prawa do życia i nienaruszalności cielesnej. Niemiecki sąd rozwiązał ten problem poprzez wyznaczenie warunkowego pierwszeństwa jednej z zasad pozostających w kolizji w warunkach konkretnego przypadku. W tym orzeczeniu podstawowe prawo do życia i nienaruszalności cielesnej uzyskało pierwszeństwo przed zasadą sprawnego funkcjonowania systemu sprawiedliwości karnej jako pod-zasadą rządów prawa, gdyż istniało jasne i konkretne niebezpieczeństwo, że oskarżony zostanie narażony na utratę życia lub ciężkie i poważne uszkodzenie zdrowia w ramach realiów konkretnego procesu. Pod tymi warunkami prawo do nienaruszalności cielesnej ma większą wagę i zyskuje pierwszeństwo: gdyby okoliczności konkretnego przypadku były inne, odmiennie rozstrzygnięcie byłoby właściwe. Relacja pierwszeństwa między zasadami nie jest absolutna, ale względna i tylko warunkowa. Zadaniem optymalizacji jest wyznaczenie poprawnej relacji pierwszeństwa.

Podsumowując, można zatem, w odniesieniu do zasad, wskazać, iż:

- 1) mają one charakter nakazów optymalizacyjnych, tzn. mogą być realizowane tylko do pewnego stopnia;

⁴ M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy'ego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 2, 2007, s. 14.

- 2) w sytuacji kolizji zasad niemożliwa jest ich realizacja w całości;
- 3) zasada, która uzyskuje pierwszeństwo, ogranicza spełnienie zasady przeciwstawnej;
- 4) zasada, która została przeważona, nie zostaje derogowana, tj. uchylona i usunięta z systemu prawnego, ale nadal obowiązuje⁵.

Z tej charakterystyki wynika, iż stosowanie zasad odbywa się poprzez wyważanie (*weighing, balancing*). Wyważanie jest konieczne wówczas, gdy spełnienie jednej z zasad prowadzi do niespełnienia innej, a więc wówczas, gdy jedna z zasad jest realizowana kosztem zasady drugiej.

3. Pojęcie i struktura wyważania

Zastosowanie procedury wyważania jest istotne dlatego, że w sytuacji gdy konstytucja gwarantuje określone prawo, wiele lub nawet wszystkie decyzje prawne ograniczające wolność jednostek muszą być rozumiane jako ingerencja w prawa konstytucyjne. Ingerencja w prawa konstytucyjne jest dopuszczalna, tylko jeśli jest uzasadniona, a jest uzasadniona tylko wtedy, gdy jest proporcjonalna: z kolei sądy określające proporcjonalność zakładają wyważanie⁶. Nie spełnia testu proporcjonalności sytuacja, gdy naruszenie prawa konstytucyjnego jest poważne, a korzyści z tego ograniczenia małe lub wręcz znikome⁷. Potrzeba wyważania wynika z postrzegania Konstytucji w sposób daleki od jej absolutyzowania⁸, natomiast istotą wymogu proporcjonalności jest nakaz realizacji określonej zasady z jak najmniejszym uszczerbkiem dla urzeczywistnienia zasady konkurencyjnej⁹.

W ujęciu R. Alexy'ego strukturę wyważania tworzą trzy elementy: prawo wyważania, formuła wyważania oraz ciężar argumentacji.

Zgodnie z prawem wyważania: „Im większy stopień niespełnienia lub naruszenia pierwszej zasady, tym większa musi być ważność spełnienia zasady

⁵ Por. P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 71.

⁶ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris”, nr 4, 2003 (16), s. 436.

⁷ Por. M. Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 3, 2004 (2), s. 581.

⁸ T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, „The Yale Law Journal”, nr 5, 1987 (96), s. 997.

⁹ G. Maroń, *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexy'ego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Seria Prawnicza – Prawo 7, z. 53, 2009.

drugiej”. Proces wyważania przebiega zatem w trzech etapach¹⁰. Pierwszy etap obejmuje ustalenie stopnia niespełnienia lub uszczuplenia pierwszej zasady. Drugi etap to wyznaczenie istotności spełnienia zasady konkurencyjnej. Na etapie trzecim dokonane zostaje zbadanie, czy istotność spełnienia zasady drugiej uzasadnia uszczuplenie lub niespełnienie zasady pierwszej. Ważne jest przy tym, aby odnotować, iż pierwszy i drugi etap są analogiczne: oba polegają na ustaleniu istotności ingerencji w zasady podlegające analizie. W obu przypadkach, według Alexy’ego, porównywalność może zostać stwierdzona poprzez odniesienie do trójstopniowej skali, reprezentującej stopień ingerencji w zasadę P_i oraz istotność spełnienia zasady P_j . Skala ta obejmuje kwalifikacje o postaci: stopień „słaby” („mały”, „nieznaczący”, „lekki”, „niski” – *light, minor, weak*) oznaczany małą literą *l*, następnie stopień „umiarkowany” („średni” – *moderate*), reprezentowany przez małą literę *m*, oraz stopień „poważny” („duży”, „wysoki” – *serious, strong, high*), któremu odpowiada mała litera *s*. Zgodnie z Prawem Wyważania, obiektem oceny jako *l*, *m*, lub *s* jest stopień niespełnienia lub naruszenia jednej zasady oraz istotność spełnienia zasady drugiej.

Mając na względzie tę triadyczną skalę, można wyróżnić dziewięć możliwości określających wzajemne relacje pomiędzy dwiema zasadami pozostającymi w kolizji¹¹. Pierwsze trzy to sytuacje w których stopień ingerencji (I_i) w zasadę (*principle*) P_i jest wyższy niż istotność spełnienia (I_j) zasady (*principle*) P_j , a więc zasada P_i ma pierwszeństwo przed zasadą P_j .

- (1) $I_i: s, I_j: l$
- (2) $I_i: s, I_j: m$
- (3) $I_i: m, I_j: l$

Zestawienia ta należy odczytywać następująco: w pierwszej sytuacji stopień ingerencji w zasadę pierwszą jest poważny (*s*), zaś istotność spełnienia zasady drugiej słaba (*l*), w drugim przypadku otrzymujemy parę: ingerencja poważna (*s*) – istotność umiarkowana (*m*), wreszcie w trzeciej parze wzór wskazuje na ingerencję umiarkowaną (*m*) w kontraście do istotności słabej (*l*).

¹⁰ Gwoli ścisłości należy zatem dodać, iż strukturę ważenia tworzą trzy elementy, a więc prawo ważenia, wzór ważenia oraz ciężar argumentacji. Za sprawą prawa ważenia natomiast procedura ważenia dzieli się na trzy stadia. Tak też: G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola wykładni prawa w orzecznictwie konstytucyjnym*, Ars Boni et Aequi, Poznań 2011, s. 129.

¹¹ R. Alexy, *The Weight Formula*, w: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski (red.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of Economic Analysis of Law*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007, s. 19.

Odwrócenie sekwencji przypisywanych wartości spowoduje powstanie sytuacji, gdy zasada P_j uzyska pierwszeństwo przed zasadą P_i , a więc istotność spełnienia zasady drugiej będzie wyższa niż ingerencja w zasadę pierwszą:

- (4) $I_i: l, I_j: s$
- (5) $I_i: m, I_j: s$
- (6) $I_i: l, I_j: m$

Oprócz wskazanych sześciu sytuacji, gdy można wskazać pierwszeństwo jednej z zasad, istnieją trzy sytuacje patowe, w których procedura ważenia nie prowadzi do jednoznacznego rozstrzygnięcia powstałej kolizji zasad:

- (7) $I_i: l, I_j: l$
- (8) $I_i: m, I_j: m$
- (9) $I_i: s, I_j: s$

W sytuacji patowej mamy do czynienia z równowagą obu zasad, a to oznacza powstanie strukturalnej dyskrecjonalności, czyli sytuacji gdy podmiot rozstrzygający kolizję posiada swobodne uznanie w zakresie zaistniałego sporu.

W celu uczynienia analizy stopni ingerencji w zasadę oraz stopni istotności spełnienia zasady bardziej wyrazistą, czytelną i przekonującą R. Alexy proponuje, aby stopniom tym przypisać wartości liczbowe według geometrycznej sekwencji wedle następującego schematu:

- stopień poważny (wysoki): $s = 2^2$, czyli 4,
- stopień umiarkowany (średni): $m = 2^1$, czyli 2,
- stopień słaby (niski): $l = 2^0$, czyli 1.

Model triadyczny może zostać poszerzony do modelu podwójnie triadycznego (*double-triadic model*)¹². Konstruując ten model, otrzymujemy skalę dziewięciostopniową: 1) ll , 2) lm , 3) ls , 4) ml , 5) mm , 6) ms , 7) sl , 8) sm , 9) ss . Ta struktura wyraża ideę, że nie istnieją tylko słabe, umiarkowane i poważne ingerencje, ale również bardzo poważne (ss), umiarkowanie poważne (ms) i mniej poważne (ls) ingerencje, a także umiarkowane ingerencje na szczycie zakresu (ms), na środku (mm) i na dole (ml), jak również małe ingerencje o najwyższym natężeniu (ls), o umiarkowanej sile (lm) oraz bardzo trywialne naruszenia i ingerencje (ll). Podwójnie trójkowy model jest wyrażony poprzez wartości od 2^0 do 2^8 . W podwójnie triadycznym modelu najmniej uzasadniona ingerencja jest reprezentowana przez kombinację $ss - ll$. Przykładem takiej

¹² R. Alexy, *On Balancing and Subsumption*, dz. cyt., s. 445.

kombinacji może być dożywotnie uwięzienie, które jest bardzo poważną (*ss*) ingerencją w wolność z powodu rzucenia niedopałka papierosa na ulicę, które jest bardzo słabym (*ll*) uzasadnieniem dla uwięzienia. Sekwencja geometryczna prowadzi od wartości 2^8 (*ss*) oraz 2^0 (*ll*) do powstania konkretnej wagi wolności 256. Ten nadproporcjonalny wzrost konkretnej wagi zasad wkomponowuje się dobrze w fakt, że moc uprawnień zwiększa się nadproporcjonalnie wraz ze wzrostem intensywności ingerencji¹³.

Przyjęte oznaczenia oraz określone wartości liczbowe pozwalają na sformułowanie wstępnej wersji Formuły Wyważania.

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Formuła ta wyznacza konkretną wagę zasady w okolicznościach konkretnego przypadku (stąd też przy dużej literze W pojawia się indeks zrelatywizowania reprezentowany przez małe litery „i” oraz „j”). Formuła ta nie jest jednak zupełna. Drugą zmienną, którą należy umieścić w Formule Wyważania, jest „abstrakcyjna waga” (*abstract weight*) zasad: będzie ona oznaczana za pomocą dużej litery W wraz z odpowiednim (tylko jednym) indeksem: „i” bądź „j”. Różne abstrakcyjne wagi zasad mogą wywodzić się z różnej prawnej hierarchii lub odniesienia do pozytywnych społecznych wartości. Tak więc na przykład, można twierdzić, iż zasada ochrony życia ma większą abstrakcyjną wagę niż wolność osobista, choćby z tego powodu, że aby cieszyć się wolnością osobistą, trzeba pozostawać przy życiu¹⁴. Podobnie dużą abstrakcyjną wagę przypisuje się wolności słowa, z uwagi na jej bliski związek z demokracją, lub też prywatności ze względu na ścisły związek z ludzką godnością. Abstrakcyjna waga zasad pozostających w kolizji może przyjmować analogiczne wartości liczbowe co stopień ingerencji w zasadę (czy też istotność spełnienia zasady) omówione powyżej.

Wreszcie trzecią zmienną, którą należy dodać do Formuły Wyważania, jest zmienna R, odnosząca się do wiarygodności empirycznych przesłanek dotyczących określenia znaczenia zaproponowanej miary dla niezrealizowania pierwszej zasady oraz realizacji zasady drugiej w okolicznościach konkretnego przypadku. Współczynnik R opiera się na rozpoznaniu, że empiryczne założenia odnoszące się do istotności konkurencyjnych zasad mogą mieć różne stopnie wiarygodności, a to winno mieć wpływ na relatywną wagę każdej z zasad w procesie wyważania. Relacja zmiennej R_i oraz R_j do konkretnej wagi zasad pozostających w kolizji ($W_{i,j}$) opiera się na drugim (epistemicznym)

¹³ R. Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, „Revus”, 2014 (22), s. 55.

¹⁴ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption*, dz. cyt., s. 440.

Prawie Wyważania, zgodnie z którym: „Im większa waga ingerencji w daną zasadę, tym większa musi być pewność co do uzasadniających tę ingerencję przesłanek”.

Zmienna R podlega stopniowaniu wedle triadycznej skali: ingerencja pewna lub wiarygodna (*certain, reliable*): r , ingerencja możliwa lub prawdopodobna (*maintainable, plausible*): p , oraz ingerencja niebłądna w sposób oczywisty (*not evidently false*): e . Zważywszy na to, iż siła ataku jak i siła obrony maleje wraz ze wzrostem niepewności przesłanek wspierających odpowiednią stronę, poszczególnym charakterystykom można przypisać odpowiednio wartości: (pewność) $r - 2^0$, a więc 1, (możliwość) $p - 2^{-1}$, czyli 1/2, oraz (nieoczywista błędność) $e - 2^{-2}$, co daje wynik 1/4.

Uwzględnienie Epistemicznego Prawa Wyważania pozwala na sformułowanie kompletnej Formuły Wyważania, które przybiera następującą postać:

$$WP_{i;j}C = \frac{IP_iC * WP_iA * RP_iC}{IP_jC * WP_jA * RP_jC}$$

lub też w wersji prostszej:

$$W_{i;j} = \frac{I_i * W_i * R_i}{I_j * W_j * R_j}$$

Zgodnie z tą formułą, konkretna waga danej zasady P_i w relacji do zasady P_j wynika ze współczynnika (ilorazu): z jednej strony z istotności zasady P_i , jej abstrakcyjnej wagi i wiarygodności empirycznych przesłanek odnoszących się do jej istotności, a z drugiej strony istotności zasady P_j , jej abstrakcyjnej wagi oraz wiarygodności dotyczącej jej istotności¹⁵. Jeśli wynik wyważania przekracza wartość 1, pierwszeństwo uzyskuje zasada P_i , jeśli wynik plasuje się poniżej 1, zwycięża zasada P_j , gdy natomiast wartość wyważania daje dokładnie wynik 1, wówczas mamy do czynienia z sytuacją pata decyzyjnego, a więc ze strukturalną dyskrecjonalnością.

W celu pokazania, iż racjonalne sądy o intensywności ingerencji, stopniu ważności oraz relacji pomiędzy nimi są możliwe, R. Alexy proponuje, aby dokonać analizy przykładów z orzecznictwa niemieckiego Sądu Konstytucyjnego. Przykłady te mają ujawnić założenia, na których opierają się rozstrzygający kolizje zasad.

W jednej z poddanych analizie spraw Federalny Sąd Konstytucyjny zajmował się koniecznością umieszczania przez producentów na opakowaniach wyrobów tytoniowych ostrzeżeń o niebezpieczeństwie dla zdrowia wynikają-

¹⁵ R. Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, „Law and Ethics of Human Rights”, nr 1, 2010 (4), s. 29 i n.

cym z palenia papierosów¹⁶. Sąd ocenił taki obowiązek jako względnie nieznaczną lub słabą (*light*) ingerencję w swobodę wykonywania działalności gospodarczej. Dla kontrastu, całkowity zakaz sprzedaży produktów tytoniowych byłby ingerencją poważną (*serious*). Pomiedzy ingerencją małą lub słabą a poważną istnieją również umiarkowane (pośrednie) naruszenia zasad. W ten sposób można skonstruować skalę z następującymi stopniami: *light*, *moderate* i *serious*. Przykład podany z ostrzeżeniami niebezpieczeństwa palenia pokazuje, że są możliwe do skonstruowania przypisania respektujące wymienione stopnie. To samo stopniowanie jest możliwe do przeprowadzenia po stronie konkurencyjnej zasady: ryzyko zdrowotne stanowiące efekt palenia jest duże; racje uzasadniające ingerencję w zasadę swobody działalności gospodarczej są poważne i silne. W ten sposób intensywność ingerencji jest ustalona jako niska, a stopień ważności racji przemawiających za ingerencją należy uznać za wysoki. Prowadzi to do wniosku, iż obowiązek nałożony na producentów wyrobów tytoniowych był zasadny, a przez to zgodny z Konstytucją.

W innym przytaczanym przez R. Alexy'ego orzeczeniu niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny zajmował się sprawą zakazu produkcji, dystrybucji, posiadania i używania konopi (*Cannabis Judgment*)¹⁷. Zgodnie z wymogami zasady proporcjonalności¹⁸, ustalenie, czy legislatura mogła wprowadzić regulację odnoszącą się do konopi, zależy w zasadniczej mierze od tego, czy zakaz ten jest odpowiedni i konieczny do zwalczania niebezpieczeństw związanych z narkotykami. Jeśli zakaz karny nie byłby odpowiedni lub byłby niekonieczny, wówczas byłby definitywnie wykluczony na gruncie praw konstytucyjnych¹⁹. W swoim orzeczeniu Sąd Konstytucyjny na wstępie stwierdził, iż unormowanie penalizujące posiadanie konopi było odpowiednie i konieczne, jednakże zauważył, iż przesłanki empiryczne legislatury były niepewne, którą to ocenę można zakwalifikować jako założenie „dające się utrzymać” (*plausible, maintainable*). Zdaniem R. Alexy'ego, rozumowanie Trybunału może zostać uchwycone przez Formułę Wążenia w następujący sposób: I₁ reprezentuje ingerencję w chronioną

¹⁶ R. Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 4, 2005 (3), s. 574 i n.

¹⁷ M. Klatt, J. Schmidt, *Epistemic Discretion in Constitutional Law*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 1, 2012 (10), s. 78 i n.

¹⁸ Zasada proporcjonalności obejmuje trzy podzasady: zasadę odpowiedniości, zasadę konieczności (niezbędności) oraz zasadę proporcjonalności w wąskim sensie. Dwie pierwsze podzasady odnoszą się do tego, co jest *faktycznie* możliwe, natomiast podzasada trzecia określa, co jest możliwe *prawnie*. Por. K. Moeller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 3, 2007 (5), s. 455 i n.; oraz Z. Zawadzka, *Wolność prasy a ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną. Problem rozstrzygnięcia konfliktu zasad*, Warszawa 2013, s. 232.

¹⁹ R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, „Ratio Juris”, nr 2, 2003 (16), s. 135 i n.

konstytucyjnie wolność spowodowaną przez zakaz dotyczący konopi, I_j natomiast reprezentuje straty zaistniałe po stronie dóbr zbiorowych, w szczególności zdrowia publicznego, jeśli konopie nie zostaną zakazane. Abstrakcyjna waga zasad P_i oraz P_j powinna być uznana za równą, co pozwala, aby je pominąć w procesie ważenia. Jeśli konopie zostaną zakazane, ingerencja w zasadę P_i musi być uznana za pewną: wartość R_i jest zatem 2^0 , czyli 1. R_j reprezentuje w tym przypadku wiarygodność założeń legislatora, że zakaz konopi jest konieczny w celu uniknięcia zagrożeń dla dóbr zbiorowych, zwłaszcza zdrowia publicznego. Sąd zakwalifikował R_j jako prawdopodobne (*plausible, maintainable*), a więc jako p , stąd też jeśli użyjemy prostego modelu triadycznego, R_j uzyska wartość $2^{-1} = 1/2$. Z tego oraz z faktu, że Sąd uznał zakaz konopi za konstytucyjny, wynika, że ingerencja w P_i nie ma najwyższego stopnia. Jej najwyższa możliwa wartość to zatem $m = 2^1$, czyli 2. Staje się to jasne po umieszczeniu następujących wartości w Formule Wążenia.

$$W_{i,j} = \frac{I_j * R_i}{I_j * R_j} = \frac{2 * 1}{4 * 1/2} = 1$$

W Formule tej R_j przyjmuje wartość $1/2$, ponieważ Sąd wyraźnie zakłada taki stopień wiarygodności. Z kolei R_i musi być 1, gdyż ingerencja w wolność w przypadku zakazu jest pewna (*certain, reliable*). Konkretna waga balansowania wolności oraz zdrowia publicznego ($W_{i,j}$) nie może być większa niż 1, gdyż jeśli przekroczyłaby 1, zakaz byłby niekonstytucyjny, tymczasem Trybunał uznał zakaz za zgodny z Konstytucją. W tej konstelacji najwyższą możliwą wartością, jaką może uzyskać I_j , jest 2, a więc stopień umiarkowany (*moderate*), ponieważ I_j nie może uzyskać w zwykłym triadycznym modelu wartości wyższej niż 4, to znaczy s .

Ze względu na uzyskany wynik wyważania, przytoczony wyrok Sądu Konstytucyjnego pozwala na wprowadzenie trzeciego elementu struktury ważenia, a więc ciężaru argumentacji, który znajduje zastosowanie w sytuacji wystąpienia pata decyzyjnego. Jak trafnie i wnikliwie wskazuje Carlos Bernal Pulido, Robert Alexy opowiada się za dwoma mechanizmami usuwania kolizji zasad w sytuacji równowagi decyzyjnej²⁰. W głównym tekście pracy *Teoria praw podstawowych* Alexy uważa, iż wówczas, gdy wynik wyważania daje wartość 1, a więc występuje pat konstytucyjny, rozpatrywana sprawa winna zostać rozstrzygnięta zgodnie z maksymą *in dubio pro libertate*, a więc na korzyść zasad prawnej wolności i równości²¹. Jakakolwiek zasada stojąca w opozycji do prawnej wolności i równości może zyskać pierwszeństwo, ale tylko wtedy,

²⁰ C.B. Pulido, *On Alexy's Weight Formula*, w: *Arguing Fundamental Rights*, red. A.J. Menéndez i E.O. Eriksen, Springer, Dordrecht 2006, s. 104.

²¹ R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, dz. cyt., s. 425.

gdy podane zostaną „mocniejsze racje” za tymi zasadami. Jednakże w *Postłowi* do angielskiego wydania swej pracy R. Alexy uznaje, iż ograniczenia wynikające z działań Parlamentu winny być traktowane w pierwszym rzędzie jako proporcjonalne, a przez to zgodne z Konstytucją²². Oznacza to eliminowanie kolizji praw w sytuacjach patowych poprzez przyznawanie prymatu zasadzie demokracji, a niekoniecznie prawnej wolności i równości.

Działanie Formuły Ważenia można wyjaśnić też na przykładzie dotyczącym wprost przekonań religijnych. Wyobraźmy sobie, że życie dziecka jest zależne od transfuzji krwi, której odmawiają jego rodzice w imię swoich przekonań religijnych. To zakłada konflikt pomiędzy prawem do życia a prawem do wolności religijnej i daje asumpt do zapytania, czy jest konstytucyjnie trafne nakazanie transfuzji przeciwie do woli rodziców? W takiej sytuacji Sąd, jak się wydaje, winien uznać stopień niespełnienia lub uszczuplenia zasady P_i (wolność religijna) jako poważny (=4), jak również istotność (ważność) spełnienia zasady P_j (ochrona życia dziecka) też jako poważną (=4). Sąd mógłby również dalej uznać abstrakcyjną wagę wolności religijnej jako umiarkowaną (=2), zaś prawa do życia jako wysoką (=4). W końcu empiryczne założenia dotyczące istotności obu zasad mógłby oszacować jako pewne (=1). W tym przypadku zastosowanie prawa wyważania prowadzi do następującej konkluzji.

$$WP_{i,j}C = \frac{s * m * r}{s * s * r} = \frac{4 * 2 * 1}{4 * 4 * 1} = \frac{1}{2}$$

Z uwagi na to, iż wynik ilorazu nie przekracza wartości 1, procedura wyważania obu zasad prowadzi do ustalenia pierwszeństwa prawa do życia dziecka przed prawem do ochrony przekonań religijnych jego rodziców.

4. Formuła Wyważania dla uboju rytualnego

Przeprowadzone powyżej rozważania umożliwiają przejście do zastosowania Formuły Wyważania do kwestii uboju rytualnego. Odpowiedni wzór przedstawia się następująco:

$$WP_{i,j}C = \frac{m * s * p}{s * m * c} = \frac{2 * 4 * \frac{1}{2}}{4 * 2 * 1} = \frac{4}{8} = \frac{1}{2}$$

We wzorze tym określono wzajemną wagę zasady wolności religijnej oraz zasady dobrostanu zwierząt. W liczniku ułamka (patrząc od lewej strony)

²² R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2002, s. 410 i n.

intensywność ingerencji w wolność religijną spowodowaną zakazem uboju rytualnego określono jako umiarkowaną (*moderate – m*), abstrakcyjną wagę tej zasady jako poważną (*serious – s*), a wiarygodność uznania ingerencji za umiarkowaną jako prawdopodobną (*plausible – p*). W mianowniku natomiast istotność spełnienia zasady dobrostanu zwierząt uznano za wysoką (*serious – s*), abstrakcyjną wagę tejże zasady za umiarkowaną (gdyż nie jest to zasada konstytucyjna), ale za to wiarygodność uznania istotności spełnienia zasady za pewną (*certain – c*). Z uwagi na to, iż wynik ilorazu zmiennych tworzących Formułę Wążeń plasuje się poniżej wartości 1, zakaz uboju rytualnego należy uznać za zgodny z Konstytucją.

Wobec przedstawionego sposobu rozstrzygnięcia sprawy uboju rytualnego można postawić co najmniej trzy zarzuty. Pierwszy dotyczy podważenia samego pomysłu ustalenia warunkowego pierwszeństwa za pomocą Formuły Wążeń. Wedle tego zastrzeżenia, Formuła ta nie dostarcza rozwiązania, które można by określić jako racjonalne, gdyż najpierw znamy już, jaki jest wynik ważenia, a dopiero następnie, *ex post*, dopasowujemy do niego wartości liczbowe. Zarzut ten należy uznać za niesłuszny z dwóch powodów. Po pierwsze, procedura ważenia zakłada, że sądy o wadze zasad oraz o stopniach intensywności ingerencji w zasady i wiarygodności tych sądów opierają się na uzasadnieniach. Jeśli można podać uzasadnienie dla określonego sądu, to znaczy, że stoją za nim mniej lub bardziej mocne argumenty. Gdzie zaś pojawiają się argumenty, tam uchylone lub przynajmniej zmniejszone zostaje niebezpieczeństwo irracjonalności. Po drugie, nawet jeśli ktoś może uznać zaproponowane wartości liczbowe za arbitralne, to powinien przedstawić własne, a nad tym można przecież podjąć dyskusję i w jej toku również uzasadnić swoje obliczenia. Wydaje się zatem, że zarzut arbitralności także i z tego powodu nie ma dostatecznej wiarygodności. Należy bowiem pamiętać, iż rzeczywistymi przesłankami w Formule Wyważania nie są liczby, lecz sądy dotyczące stopni ingerencji, poziomu abstrakcyjnej wagi oraz stopnia wiarygodności empirycznych przesłanek.

Drugi zarzut dotyczy mianownika Formuły Wążeń i stanowi, że zasada uzewnętrzniania wolności religijnej wcale nie konkuruje z zasadą dobrostanu zwierząt, lecz zasadą ochrony moralności, o czym mówi art. 53 ust. 5 Konstytucji RP. Przy bliższym przyjrzeniu się zauważyć należy, iż to zastrzeżenie w istocie wspiera wynik zaprezentowany w Formule Wążeń dotyczącej uboju rytualnego, zwiększa bowiem wartość liczbową mianownika tej Formuły, a więc wzmacnia argumentację na rzecz konstytucyjności zakazu rytualnego uboju zwierząt. Rozszerzona postać Formuły Wążeń mogłaby wówczas wyglądać następująco²³:

²³ Por. R. Alexy, *The Weight Formula*, dz. cyt., s. 27.

$$W_{i,j-n} = \frac{I_i * W_i * R_i}{I_j * W_j * R_j + I_n * W_n * R_n}$$

Zasadniczo bardziej fundamentalny charakter ma zastrzeżenie trzecie, które w odróżnieniu od poprzedniego, dotyczy licznika Formuły Ważenia. Zgodnie z tym zarzutem, w sprawie uboju rytualnego wcale nie mamy do czynienia z ochroną wolności religijnej, lecz ze zwykłym zwyczajem żywieniowym, który nie stanowiąc dogmatu religijnego, nie powinien korzystać z ochrony gwarantowanej przez art. 53 polskiej ustawy zasadniczej. Z tym zarzutem można się zgodzić. Podkreślić jednak należy, że przedstawiona Formuła Ważenia dla uboju rytualnego zakłada scenariusz jak najmniej korzystny dla zwierząt, a więc sytuację, gdy z jednej strony mamy do czynienia z zasadą ochrony wolności religijnej, oraz z drugiej, ze słabszą od niej zasadą ochrony dobrostanu zwierząt. Przyjęcie takiej perspektywy wynikało z zamiaru zyskania szerszej aprobaty dla przedstawionego rozwiązania, ale także pokazania, iż dobrostan zwierząt może zyskać pierwszeństwo przed innymi dobrami prawnymi, nawet jeśli nie ma jeszcze rangi konstytucyjnej.

Bibliografia

- Aleinikoff T.A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, „The Yale Law Journal”, nr 5, 1987 (96).
- Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Alexy R., *Balancing, constitutional review, and representation*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 4, 2005 (3).
- Alexy R., *Constitutional Rights and Proportionality*, „Revus”, 2014 (22).
- Alexy R., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, „Ratio Juris”, nr 2, 2003 (16).
- Alexy R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris”, nr 4, 2003 (16).
- Alexy R., *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris”, nr 3, 2000 (13).
- Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska i J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Alexy R., *The Construction of Constitutional Rights*, „Law and Ethics of Human Rights”, nr 1, 2010 (4).
- Alexy R., *The Weight Formula*, w: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski (red.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of Economic Analysis of Law*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007.

- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, PWN, Warszawa 1998.
- Klatt M., Schmidt J., *Epistemic Discretion in Constitutional Law*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 1, 2012 (10).
- Kordela M., *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy'ego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 2, 2007.
- Kumm M., *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 3, 2004 (2).
- Maroń G., *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexy'ego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Seria Prawnicza – Prawo 7, 2009.
- Maroń G., *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola wykładni prawa w orzecznictwie konstytucyjnym*, Ars Boni et Aequi, Poznań 2011.
- Moeller K., *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, „International Journal of Constitutional Law”, nr 3, 2007 (5).
- Pulido C.B., *On Alexy's Weight Formula*, w: *Arguing Fundamental Rights*, red. A.J. Menéndez i E.O. Eriksen, Springer, Dordrecht 2006.
- Tuleja P., *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997.
- Zawadzka Z., *Wolność prasy a ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną. Problem rozstrzygnięcia konfliktu zasad*, Warszawa 2013.

Streszczenie

Artykuł zajmuje się problemem uboju rytualnego przez pryzmat teorii ważenia dóbr opracowanej przez niemieckiego teoretyka i filozofa prawa Roberta Alexy'ego. Celem jest wykazanie, że teoria ta może stanowić użyteczne narzędzie w podejściu do kwestii rytualnego zabijania zwierząt, czy też szerzej, do sytuacji kolizji zasad prawnych, które często mają miejsce w rozstrzyganiu spraw przez sądy konstytucyjne. Prezentowane przemyślenia kończą się wnioskiem o błędności wyroku Trybunału Konstytucyjnego wydanego w sprawie kontroli ustawy o ochronie zwierząt. Zdaniem autora, zakaz uboju rytualnego winien być uznany za zgodny z Konstytucją.