

*Anna Młynarska-Sobaczewska*

## Konkretyzacja norm praw człowieka. Propozycje możliwych kierunków rozwiązań

### *Wprowadzenie*

W jednej ze scen słynnego amerykańskiego filmu sprzed wielu lat, *Philadelphia*, adwokat, Andrew Beckett, umierający na AIDS i walczący o swoją godność i prawa pracownika dużej korporacji prawniczej, stojąc przed sądem w trakcie składania kluczowych dla rozstrzygnięcia jego sprawy zeznań otrzymuje pytanie od swojego pełnomocnika:

- Co najbardziej kochasz w prawie, Andrew?
- Co najbardziej kocham w prawie – powtarza zaskoczony Andrew Beckett, uznany i wyśmieniony adwokat, zamyślając się – wiele rzeczy, wiele rzeczy kocham w prawie, ale jest chyba taka jedna – tak, jest taki moment, kiedy – to się rzadko zdarza, ale czasami – kiedy czujesz, jak na sali sądowej dzieje się sprawiedliwość. To jest taki dreszcz. To kocham w prawie najbardziej.

Nie wiem, czy wszystkim prawnikom udało się doświadczyć tego uczucia, o którym mówił Andrew Beckett, ale w mojej ocenie warto poświęcić refleksję temu, co tak naprawdę zazwyczaj zajmuje zupełnie marginalne miejsce w nauce prawa, wstydliwie wpychane w ciasne ramy mało komunikatywnych pojęć teoretycznych – czyli poświęcić uwagę temu, jak „dzieje się sprawiedliwość”, rozumiana tu przeze mnie w szczególny sposób, jako wartość, mająca „urzeczywistnić się” w kontekście instytucjonalnym. Chodziłoby tu zatem o refleksję nad procesem jej wymierzania przez podmiot, który powołany jest do tego, aby stosować prawo. Czyli innymi słowy, w jaki sposób – dla osób zaangażowanych w kwestię, którą poddano sądowi pod rozstrzygnięcie, na podstawie normy ogólnej i generalnej – określić konsekwencje praw-

ne (jak to wdzięcznie prawnicy określają) konkretnego stanu faktycznego. Działanie to nazywane jest w polskiej teorii prawa zazwyczaj subsumcją (czyli przyporządkowaniem, „podciągnięciem”), przez co należy rozumieć wskazanie, że ustalone okoliczności poddane pod rozstrzygnięcie mieszczą się w zakresie normy, którą sędzia dekoduje i wskazuje jej znaczenie w procesie wykładni. Model subsumcji nie wydaje się jednak odpowiadać stosowaniu pewnych norm o tzw. otwartej strukturze i zakresie, w sposób bezpośredni. Tytułowe zagadnienie konkretyzacji jest próbą odpowiedzi na pytanie, dlaczego jest tak trudno stosować niektóre normy prawne i w jaki sposób stosowane są normy prawa, o ile „czysty” model subsumpcji wydaje się niewystarczająco ten mechanizm opisywać, gdyż jest jedynie idealizacyjnym ujęciem tego procesu i wysoce abstrakcyjnym jego modelem. Przyjęcie takiej koncepcji ma jednak dość poważne następstwa i musi zostać podjęte w szerszym kontekście – skoro bowiem zastosowanie prawa nie jest „prostym” działaniem z zakresu wiedzy sylogistycznej, nie może być potraktowane tylko w kategoriach działania zracjonalizowanego i logicznego, jako zaobserwowanie zjawiska i dostosowanie do niego ogólnych reguł. Jest to natomiast rodzaj doświadczenia – zrozumienia zjawiska (zdarzenia) w jego niepowtarzalnym kontekście<sup>1</sup> i nadanie normie generalnej znaczenia w tym właśnie doświadczeniu.

### *1. Specyfika norm z zakresu praw człowieka*

W szczególności problem ten dotyczy norm z zakresu praw i wolności, praw człowieka. Zacząć zatem należy od stwierdzenia, że samo pojęcie praw człowieka jest niezwykle nieostre i wieloznaczne. Do tej kategorii odwołują się ci, którzy skarżą się na zakaz małżeństw osób tej samej płci; walczą w imieniu tych, których dotknęły „wymuszone zaginięcia”, czyli masowe porwania i zabójstwa osób podejrzanych o działalność albo choćby sympatie opozycyjne. Na prawa człowieka powołują się ci, którzy domagają się zakazu nauki religii w szkołach, ale także ci, którzy domagają się prawa do rytualnego uboju zwierząt – a nadto organizacje i osoby udzielające pomocy humanitarnej w krajach ogarniętych wojną, czystkami etnicznymi albo zamieszkami. Do praw człowieka odwołują się zwolennicy i przeciwnicy aborcji. Ci, któ-

<sup>1</sup> Por. Gadamer H.-G. 2004. *Prawda i metoda*. 29. Warszawa: PWN.

rzy chcą otwartych sklepów w dni świąteczne i ci, którzy chcą zakazu handlu w te dni. Agresorzy (powołując się na prawo do samostanowienia narodów) i okupanci (uwalniający od dyktatorów), rodziny pomordowanych członków mniejszości narodowościowych albo religijnych, więźniowie polityczni, ofiary represji reżimów ze wszystkich stron świata.

Prawa człowieka to kategoria prawna o niesłychanej wręcz pojemności<sup>2</sup>, obejmująca zupełnie podstawowe gwarancje ludzkiej egzystencji, jak życie, oraz uprawnienia, wykreowane na gruncie oczekiwań wobec państwa i swojej wspólnoty, ludzi żyjących w określonych kręgach kulturowych i społeczeństwach o różnym stopniu rozwoju ekonomicznego. W związku z uwagami przedstawionymi powyżej w tekście podjęty będzie temat modelu stosowania norm z zakresu praw człowieka – i wobec tak zakrojonego zadania należy zaznaczyć, że prawa człowieka traktowane będą jako normy prawa, wyrażone w tekstach aktów prawa krajowego i międzynarodowego – a nie normy moralne. Jednocześnie jednak zaznaczyć trzeba, że jak żadna chyba współcześnie funkcjonująca kategoria prawa, prawa człowieka związane są ze światopoglądem i kodeksem moralnym każdego, kto się na nie powołuje albo nawet – kto normy z tego zakresu ma zastosować. Niemniej sędzia rozstrzygając spór między stronami powołującymi się na ochronę albo nadużycie norm praw człowieka powinien – zgodnie z fundamentalną dla legitymizacji władzy sędziowskiej zasadą bezstronności – abstrahować od sądów wartościujących, własnego światopoglądu, co w zakresie norm praw człowieka okazuje się niezwykle trudne. Równie ciekawe jest pytanie czy można uwolnić proces rozstrzygania od kontekstu faktycznego i argumentacyjnego, w jakim przyszło sprawę naruszenia/ochrony praw człowieka osądzić? To pytanie staje się szczególnie aktualne, gdy o problematyce z zakresu norm praw człowieka (a w szczególności gdy w grę wchodzi kolizja tych norm) przychodzi rozstrzygać w ramach kontroli konstytucyjności prawa. Staje się ono szczególnie aktualne, ale i teoretycznie intrygujące, gdy rozważyć, że kontrola taka ma miejsce w modelu kelsenowskim kontroli abstrakcyjnej, a zatem uwolnionej od realiów konkretnej sprawy i związanych z nimi roszczeń adresatów norm. Tym samym jako na-

<sup>2</sup> Kołakowski nazywa takie pojęcia „workami na śmieci”. Kołakowski Leszek. 1984. „Szukanie barbarzyńcy. Złudzenia uniwersalizmu kulturowego” [w:] *Czy diabeł może być zbawiony i 27 innych kazań*. Londyn: Aneks.

czelny problem pojawia się tu kwestia interpretacji norm konstytucyjnych i norm o innej randze – ale z zakresu praw człowieka.

Normy z zakresu praw człowieka, jakie zawarte są przede wszystkim w przepisach konstytucyjnych, ale także aktach prawa międzynarodowego i innych, wysoko w hierarchii norm zawartych, źródłach prawa, mają szczególny charakter. Sformułowane są językiem deklaracji (co częściowo związane jest z ich zakładanym przez twórców prawa naturalnym rodowodem), ale nadto w sposób bardzo ogólny i otwarty. Do tego musimy wziąć pod uwagę, że tekst prawa ze względu na swoją specyfikę<sup>3</sup> pełen jest zwrotów nieostrzych i wieloznacznych, a przede wszystkim klauzul generalnych. Prawodawca bowiem – jak określają to obrazowo zwolennicy pozytywizmu prawniczego – pozostawiając luzy decyzyjne, nie tylko nie chce w ten sposób uniknąć rozstrzygnięcia z góry, ale zdaje sobie sprawę, że jest to niemożliwe. Jak trafnie ujął to Benjamin Cardozo – cofa się przed uświadomioną ignorancją co do przyszłego świata, pozostawiając resztę mocy sądenia, stosowania prawa<sup>4</sup>. Szczególnie często sytuacja takiego niedookreślenia ma właśnie miejsce przy stanowieniu norm z zakresu praw człowieka. Przepisy, które je gwarantują sformułowane są często w sposób zbliżony raczej do manifestu niż przepisu („każdemu gwarantuje się wolność wypowiedzi”, „wolność religii jest zapewniona”, „wszyscy ludzie są równi”) niż do przepisów, które nadają się do bezpośredniego aplikowania. Pisze o tym także Ronald Dworkin, wskazując, że „prawa abstrakcyjne” są ogólnym dążeniem politycznym,

którego sformułowanie nie wskazuje na to, jak w danych okolicznościach powinno się określić jego wagę lub możliwość kompromisu w obliczu innych dążeń politycznych. Dostojnie [brzmiące] prawa znane z retoryki politycznej są abstrakcyjne w ten właśnie sposób. Politycy mówią o prawie do swobody wypowiedzi, godności lub równości nie sugerując, że są to prawa absolutne, lecz zarazem nie próbując określić ich wpływu na konkretną złożoną sytuację społeczną. Z drugiej strony prawa konkretne są politycznymi dążeniami, które są bardziej precyzyjnie zdefiniowane, tak aby wyrażały w bardziej zdecydowany sposób swą wagę w określonych okolicznościach, w obliczu innych dążeń politycznych. (...) Prawa abstrakcyjne dostarczają w ten sposób argumentów prawom konkretnym, jednakże roszczenia wysuwane przez prawa konkretne są określone w większym stopniu niż jakiegokolwiek roszczenia wysuwane przez wspierające je prawa abstrakcyjne<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Gizbert-Studnicki Tomasz. 1979. „Czy istnieje język prawny?”. Państwo i Prawo 3.

<sup>4</sup> Cardozo Benjamin. 1921. *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press.

Są rzecz jasna normy – także w zakresie praw człowieka – sformułowane w taki sposób, że racjonalny adresat wie bez trudu co oznaczają, także w konkretnych okolicznościach; za przykład może posłużyć art. 1 Protokół 6 do EKPC „kara śmierci jest zakazana”. Tu nie ma miejsca na wątpliwości co do treści ustanowionego zakazu. Podobnie określoną treść, wystarczającą do dedukcyjnego stosowania mają zakaz niewolnictwa, czy pracy przymusowej<sup>6</sup>. Nie ma w nich przestrzeni na wątpliwości i interpretacje, a zatem nie ma też różnic w możliwych i przewidywanych orzeczeniach zapadłych z ich zastosowaniem.

Ale znakomita część norm z zakresu praw człowieka stanowią normy nieokreślone – za przykład mogą służyć choćby normy wynikające z art. 8, 9, 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, gwarantujące „prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego”, „wolność myśli, sumienia i wyznania” oraz „wolność wyrażania opinii”. W innych regułach pojawiają się nieuchronnie i często zwroty takie jak: „rozsądny czas”, „okrutne traktowanie” i inne, które wymagają twórczej, aktywnej interpretacji. Norm takich jest znacznie więcej niż w regułach z zakresu prawa prywatnego (które zresztą w dużej mierze zbudowane jest z norm o charakterze dyspozytywnym), tzn. takich, których zastosowanie poddane jest woli stron stosunku prawnego, czy też prawa karnego, co do którego współczesny świat dawno uznał (i zasady tej stara się przestrzegać), że składa się ono z norm dostatecznie określonych w ten sposób, że ich adresat ma niezbitą pewność (także w chwili popełniania czynu), że dokonuje czegoś, co jest przez prawo zabronione i karane. Nie znaczy to jednak, że w zakresie stosowania tych norm proponowany i omawiany w tym tekście proces konkretyzacji jest wyłączony, mniejszy albo mniej ważny. Jest on tylko mniej zauważalny – bowiem obserwatorowi, a także stronom rozstrzyganej przez sąd sprawy wydaje się, że normy są na tyle precyzyjnie sformułowane, że model „przyporządkowania” konkretnego stanu faktycznego do dyspozycji normy i wyciągnięcie konsekwencji prawnych jest znacznie mniej twórczym – i też mniej kontestowalnym działaniem niż w przypadku innych norm, mniej precyzyjnie sformułowanych.

<sup>5</sup> Dworkin Ronald. 1998. *Biorąc prawa poważnie*. 176-177. Warszawa: PWN.

<sup>6</sup> Za: Perry Michael, s. 646. O spektakularnych rozbieżnościach co do pojęcia „torture” – por. Waldron J. 2010. *Torture, Suicide and Determinatio*. 20 i n. Public Law & Legal Theory Research Paper Series.

Powyższa charakterystyka norm z zakresu praw człowieka wskazuje wyraźnie na ich tzw. programowy charakter, czyli skierowany raczej na dążenie do osiągnięcia określonego celu (i to celu prawodawcy, a nie adresata normy), niż na możliwość jasnego skonkretyzowania stanów rzeczy w nich projektowanych.

Norma programowa nie wskazuje zatem – jak piszą T. Gizbert-Studnicki i A. Grabowski – jak należy się zachować po to, aby zrealizować pewien cel, lecz przepisuje jaki cel winien zostać zrealizowany. Cele przepisane przez normy programowe to zatem cele wyznaczone przez normodawcę, a nie wybrane przez adresatów prawa.<sup>7</sup>

Nawet jeśli przyjąć, że cele te osiągnane są pośrednio przez adresatów prawa innych niż sam „samozobowiązujący się” prawodawca, to i tak trudno wyznaczyć konkretne zachowanie nie tylko adresatom prawa, ale i jemu samemu. Takie niezupełne wypowiedzi normatywne z jakimi mamy do czynienia w przypadku norm z zakresu praw człowieka są dalekie od możliwości prostej konkretyzacji danego zachowania i wymagają wielu zabiegów interpretacyjnych i argumentacyjnych. Angażuje to w szczególności – co podkreślają wyżej wskazani Autorzy – wiedzę empiryczną o szeroko rozumianych relacjach przyczynowych i to w szczególności na gruncie rzeczywistości społecznej. Ta z kolei ze względu na swoją specyfikę nie poddaje się prostej wiedzy przyczynowo-skutkowej. „Prawa formułowane przez nauki społeczne są notoryjnie sporne. Ponadto mają one charakter bardzo ogólny i statystyczny, a więc nie stanowią dostatecznej podstawy do prognozowania zjawisk.”<sup>8</sup> Obok tego występują w normach tych liczne zwroty ocenne, które zgodnie ze swoją specyfiką wymagają wartościowania, w szczególności wartościowania moralnego<sup>9</sup>. Innymi słowy można powiedzieć, że normy z zakresu praw człowieka nie mogą być nigdy przedmiotem prostej konkretyzacji, polegającej na wyznaczeniu danego zachowania wybranej grupie adresatów prawa, gdyż ich podstawowym zadaniem jest projektowanie stanów rzeczy na dość wysokim stopniu idealizacji i abstrakcji.

<sup>7</sup> Gizbert-Studnicki Tomasz, Grabowski Andrzej. 1997. „Normy programowe w Konstytucji” 97. [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*. Trzcіński Janusz red. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.

<sup>8</sup> Op. cit., 100.

<sup>9</sup> Zirk-Sadowski Marek. 1984. *Rozumienie ocen w języku prawnym*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

Można tu powołać się na spostrzeżenia wielu wybitnych postaci filozofii prawa, jak choćby na św. Tomasza, który zauważył, że prawo składa się z reguł wywiedzionych drogą dedukcji (jak wnioski z zasad ogólnych) i z reguł „wyprowadzanych z reguł naturalnych, tak jak bliższe określenia (*determinationes*) są wyprowadzane z dyrektyw ogólnych”<sup>10</sup>. Dla wyjaśnienia tej różnicy przytacza obraz drzwi, które nabierają kształtu i formy dopiero w trakcie przygotowania ich do konkretnego domu, co wymaga, jak pisze współczesny komentator św. Tomasza i kontynuator jego myśli, John Finnis, od twórcy dokonania wielu wyborów i ukształtowania idei, ogólnego wzoru i funkcji – do konkretnej sytuacji. Warto spostrzec, że takie drzwi nie powstaną i nie zaczną spełniać swojej funkcji, dopóki ich twórca nie dopasuje wszystkich elementów i nie dokona wszystkich wyborów co do ich formy – zatem każdy element wymaga starannego określenia w konkretnych warunkach zbudowania takiego obiektu. Sędzia jest zatem kreatorem znaczenia, tworzy prawo w konkretnych okolicznościach. Podobnie pisał też Arystoteles, że działalność sędziego nie jest prostą *techné*, nie jest rzemiosłem, ale jest *fronesis*. Wymaga bowiem czegoś więcej niż odzwierciedlenia danego wzoru, lecz twórczej i samodzielnej działalności, umiejętności rozpoznawania tego co i jak należy zrobić<sup>11</sup>.

Ta myśl – o konieczności „skrojenia”, dopasowania normy do konkretnej sytuacji jest stale w jurysprudencji obecna. Sporo miejsca zatem procesowi „konkretyzacji” poświęcił w swoich pracach Hans Kelsen, pisząc o tym, że normy generalne, poczynając od norm konstytucyjnych muszą jej ulegać w procesie stanowienia norm niższego rzędu, a następnie w procesie ich stosowania – stając się normami indywidualno-konkretnymi właśnie. W tym sensie zadaniem każdego organu stosującego prawo jest między innymi również konkretyzacja norm konstytucyjnych – i dalej ustawowych i pozostałych norm o charakterze powszechnie obowiązującym<sup>12</sup>.

Także najważniejszy reprezentant analitycznej teorii prawa, tak skoncentrowanej na badaniu rozumowań i metodologii prawniczego

<sup>10</sup> S.T. I-II, q.95, a.2c. [za:] Finnis J. *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC. 319.

<sup>11</sup> Arystoteles. *Etyka nikomachejska*. Gallagher S. *Hermeneutyka i nauki kognitywne*. Avant 2011, nr 2, s. 203.

<sup>12</sup> Schambeck H. *Nauka prawa Hansa Kelsena*. Studia Iuridica Toruniensia. Tom VIII, s. 7-8.

argumentowania Herbert L.A. Hart pisał o nieredukowalności reguł niedookreślonych do reguł logiki; zawierają one bowiem oprócz jądra znaczeniowego także „cień semantyczny”, co powoduje, że otwartość języka prawnego nie daje się ująć wyłącznie, w kontekście nadawania znaczenia, w formuły dedukcji i logiki<sup>13</sup>.

Nie sposób wymienić wszystkich teoretyków, filozofów i dogmatyków prawa, którzy na przestrzeni dziejów nowoczesnej jursyprudenji pisali lub wspominali o procesie konkretyzacji, specyfikacji czy zdeterminowaniu (*determinatio*) prawa w trakcie jego stosowania. Myśl o tym, że są normy prawne, które nie dają się aplikować w sprawie do rozstrzygnięcia bez nadania im bardziej konkretnego kształtu pojawiała się i pojawia – jest wręcz stałym elementem refleksji tych, którzy analizują proces stosowania prawa z każdego niemal punktu widzenia.

Rozważmy dwa pytania, które były niedawno przedmiotem rozstrzygnięcia przez sądy konstytucyjne:

- 1) czy zakaz uboju rytualnego jest naruszeniem gwarantowanej konstytucyjnej wolności religii oraz
- 2) czy adopcja dzieci przez pary homoseksualne jest realizacją prawa do prywatności życia rodzinnego.

Na te pytania nie można odpowiedzieć bez ulokowania norm prawnych o charakterze konstytucyjnym w konkretnym kontekście, środowisku, a zatem nadanie im w nim znaczenia. Najprościej i najkrócej rzecz ujmując nie jest to czyste i dedukcyjne zastosowanie reguły – nie jest to odkrycie treści pojęcia (jego semantyki), ale akt nadania bardziej kategoriycznego znaczenia w konkretnych warunkach i przy rozważeniu konfliktów norm.

## 2. Interpretacja i stosowanie prawa jako sytuacja hermeneutyczna

W zrozumieniu i analizie procesu nadawania znaczenia normie nieokreślonej poprzez konkretyzację pomocna może być hermeneutyka, której przedstawiciele zresztą odwołują się do procesu stosowania prawa. Pozwala ona spojrzeć na tekst prawa (regułę spisana przez prawodawcę) jako tekst, który podlega rozumieniu i interpretowaniu. Hermeneutyka nadto zakłada istnienie odrębności procesu rozumienia od tworzenia tekstu. Nie ma zatem, ani być nie może, tego co Hans-Georg Gadamer nazywa „kongenialnością łączącą twórcę i interpretatora”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Hart H.L. 1998. *Pojęcie prawa*. Przeł. Woleński J. Warszawa. 176.



Za przełomowe dla opisu i analizy procesu konkretyzacji w kontekście metody hermeneutycznej uznać trzeba ustalenia dokonane przez Gadamera, który przedstawił problem rozumienia jako składający się z trzech elementów, rozróżniając w nim *subtilitas intelligendi*, czyli samo rozumienie, *subtilitas explicandi*, czyli interpretację (wykładnię) oraz *subtilitas applicandi*, to jest zastosowanie<sup>15</sup>. Ten ostatni element oznacza, że w rozumieniu zawarty jest proces kontekstualizacji rozumianego tekstu do sytuacji, w której dokonywana jest interpretacja<sup>16</sup>, a co za tym idzie nie może nastąpić zrozumienie bez adaptacji znaczenia do aktualnej i indywidualnej sytuacji interpretatora. Znaczenie nie istnieje poza – jak to trafnie określa Gadamer – horyzontem współczesności, kręgiem widzenia, indywidualnym i powiązującym myślenie ze skończonym jego określeniem<sup>17</sup>. Jak dalej wskazuje,

ściska współzależność, jaka pierwotnie łączyła hermeneutykę filologiczną z prawniczą i teologiczną, polegała jednak na uznaniu zastosowania za integralny moment wszelkiego rozumienia. Zarówno dla hermeneutyki prawniczej, jak dla teologicznej konstytutywne jest napięcie między danym tekstem – prawa lub objawienia – z jednej strony, a z drugiej sensem, jaki jego zastosowanie uzyskuje w konkretnym momencie interpretacji (...). Rozumienie jest tu zawsze zastosowaniem<sup>18</sup>.

Jak zatem wywodzi Gadamer, poznanie sensu jakiegось tekstu prawniczego i zastosowanie go do konkretnego prawnego przypadku nie są dwoma odrębnymi aktami, lecz jednym i tym samym procesem, który nie może być podzielony na dwa odrębne – żaden z nich bowiem nie daje efektu w postaci rozumienia.

Myśl o metodzie hermeneutycznej w procesie stosowania prawa została rozwinięta przez Arthura Kaufmana, który określił interpretację

<sup>14</sup> „Sens prawa wyłaniający się w jego normatywnym zastosowaniu nie jest zasadniczo odmienny od sensu, który się ujawnia przez rozumienie tekstu. Zupełnie błędne jest opieranie możliwości rozumienia tekstu na założeniu «kongenialności», jaka powinna łączyć twórcę i interpretatora danego dzieła. Gdyby tak było, źle byłoby z humanistyką. Cud rozumienia polega raczej na tym, że nie potrzeba kongenialności, by rozpoznać w tradycji to, co prawdziwe znaczące i źródłowo sensowne”. S. 426.

<sup>15</sup> Źródło tego trzeciego elementu w tradycji filozoficznej Gadamer upatruje w pietyzmie.

<sup>16</sup> Jak pisze H.-G. Gadamer: „W rozumieniu następuje zawsze coś w rodzaju zastosowania rozumianego tekstu do aktualnej sytuacji interpretatora.” 422.

<sup>17</sup> Gadamer H.-G., op. cit., 415.

<sup>18</sup> Ibidem, 423.

i aplikację normy prawnej w klasycznym modelu koła hermeneutycznego – doprowadzania do wzajemnej odpowiedniości oczekiwanych sensów norm prawnych i przypadku (konkretnych okoliczności, w których dochodzi do poszukiwania znaczenia). Jak zauważa Marek Zirk-Sadowski nie jest to zatem wyprowadzanie rozstrzygnięć z ogólnych regulacji, tylko doprowadzanie poprzez stopniowe przechodzenie od przypadku do normy i od normy do przypadku, tak aby ostatecznie odnaleźć ich wspólny sens<sup>19</sup>.

Rozumienie, wykładnia i stosowanie są zatem nierozłączną triadą w procesie szukania znaczenia prawa w konkretnym przypadku. Nie ma czegoś takiego jak norma prawna nadająca się do zastosowania w postaci abstrakcyjnej. Natomiast model ten zakłada zarazem, że prawo jako system norm generalnych jest powszechnie obowiązujące i nieusuwalne aktem woli sędziego (organu stosującego prawo). Jego zastosowanie wymaga zanurzenia się przez podmiot dokonujący interpretacji w konkret i znalezienie sensu normy w tych okolicznościach – nie oznacza to jednak, że w jakikolwiek sposób zdeprecjonowane jest istnienie albo ranga norm generalnych i powszechnie obowiązujących. Innymi słowy, reguły prawa stanowionego nie stają się mniej istotne z punktu widzenia systemu stosowania przez to że są nieostre, nieokreślone, czyli wymagają „większego zaangażowania” w konkretne okoliczności aby nadawały się do stosowania. Nie pozwalają w żadnym wypadku na samowolę, dowolną interpretację, tym bardziej dowolną, im bardziej sformułowanie normy są ogólne lub nieostre. Po pierwsze bowiem wszelkie prawo (jako system norm generalnych) znajduje się „w stanie koniecznego napięcia wobec konkretnego działania (...) i dlatego nie może zawrzeć w sobie pełnego konkretnego praktycznej rzeczywistości”<sup>20</sup>. Po drugie zaś prawo (normy generalne) często nabiera społecznego znaczenia poprzez jego urzeczywistnienie w ramach dyskursu stosowania prawa, w szczególności poprzez władze sądenia. Ta zaś jest zawsze aktem twórczego działania, a nie tylko procesem przyporządkowania. A zatem sformułowanie normy ogólnej ma wpływ wyłącznie na zakres tej aktywności, a nie sam jej charakter.

Przedstawiona koncepcja hermeneutyczna procesu stosowania prawa, jak pisze Marek Piechowiak w odniesieniu do myśli Arthura Kauf-

<sup>19</sup> Zirk-Sadowski M. 2011. *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Warszawa. 78.

<sup>20</sup> Gadamer H.-G., op. cit., 435.

man, staje się zatem czymś w rodzaju poszukiwania „trzeciej drogi” w wiecznym sporze między pozytywizmem i szkołą prawa naturalnego<sup>21</sup>. W istocie bowiem – zarówno argumenty formułowane przez przeciwników pozytywizmu ze stanowiska jusnaturalizmu i odnoszące się do błędu naturalistycznego (wnioskowania z bytu na powinność) przez pozytywistów opierają się na podobnym założeniu – że prawo (bez względu jak na to jak jest rozumiane przez przedstawicieli każdej z tych szkół, i jak przedstawiana jest jego ontologia) jako system norm abstrakcyjnych, nie poświęcając szczególnie dużo uwagi procesowi ich stosowania.

### 3. Uzasadnianie nieracjonalnego?

Pojawia się w tym miejscu nieuchronnie ostatnie i niepokojące pytanie, czy władza sądenia, jaką w ten sposób odkrywamy jest w jakikolwiek sposób weryfikowalna? I co w takim stanie rzeczy jest funkcją nauk dogmatycznych prawa, skoro racjonalna argumentacja i metody logiki mają swoje granice a racjonalizm, profesjonalizm i obiektywizm sędziowski nie są tak nienaruszalnym sednem tego zawodu i władzy sądenia, jak mogło się wydawać.

Funkcją nauki prawa jest oczywiście odkrywanie, wyjaśnianie i szukanie regularności w zarysowanym procesie konkretyzacji, co nie jest wcale zadaniem niemożliwym.

Żeby wyjaśnić i zweryfikować charakter procesu interpretacji i aplikacji poprzez konkretyzację norm o charakterze otwartym, niejasnym, niesprecyzowanym i różnicę między ich stosowaniem a aplikacją norm o bardziej sprecyzowanym charakterze warto odwołać się do dość nieoczekiwanego w tym miejscu nurtu, czyli do legalnego formalizmu. Formalizm jako szkoła filozoficzna i teoretyczna prawa nie ma w ostatnich latach „najlepszej prasy”. Jak wspomina jeden z autorów „przyznanie się do formalizmu jest właściwie równoznaczne z utratą rozmówcy”<sup>22</sup>. Uznawany w kulturze prawa *common law* niemal za herezję,

<sup>21</sup> Piechowiak M. 2008. Arthur Kaufmann. Hermeneutyka prawnicza. 144. [w:] *Przyszłość dziedzictwa. Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Otta Weinberger: portrety filozofów prawa*. Red. J. Zajadło, Warszawa.

<sup>22</sup> Weinrib E.J. 1988. *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*. Yale Law Journal of Law. Vol. 97, s. 950.

„żałosną próbę ucieczki od funkcjonalności prawa”<sup>23</sup>. Formalizm – co najbardziej chyba irytuje jego przeciwników – jest oparty na założeniu, że prawo musi być rozumiane i analizowane jako odrębny fenomen, koherentny i całkowicie odrębny od innych zjawisk i obiektów życia społecznego czy moralności. To założenie determinuje sposób uzasadniania decyzji, wyznaczania granic ingerencji i rozumienia norm, także relację między prawem a społecznością, w jakiej obowiązuje. Prawo, jak chcą zwolennicy formalizmu, ma wewnętrzny system rozumienia (*internal intelligibility of law*) i immanentną moralną racjonalizację<sup>24</sup>. Cechy te wydają się niezbyt dobrze odpowiadać przyjętemu modelowi konkretyzacji, który zakłada „zanurzenie” sędziego w sytuacji, w której orzeka i połączenie procesu pojmowania, interpretacji i stosowania w tych konkretnych okolicznościach, a sam tekst normy generalnej zdaje się traktować w metodzie hermeneutycznej tak jak tekst kultury. Formalizm doskonale pomaga wyjaśnić jednak ten proces i jego znaczenie. Nie wdając się w przedstawianie stanowiska formalistów legalnych (i opozycji wobec tradycyjnego nurtu pozytywistycznego), wystarczy poprzestać na konstatacji, że formalisci rozważają m.in. relacje między regułą prawną a uzasadnieniem podstawowym, czyli pierwotnym powodem, dla którego reguła w ogóle powstała. Norma prawa jest zatem definiowana przez Schauera jako „zakorzeniona, ugruntowana generalna specyfikacja pewnego uzasadnienia podstawowego”<sup>25</sup>. W normach, które zgodnie z tradycją podziału na zasady i reguły należałyby do kategorii reguł, czyli są sformułowane w sposób umożliwiający określenie czy znajdują zastosowanie czy nie w sposób kategoryczny, nie są stopniowalne i mają wyraźnie określonych adresatów. Takie reguły brzmią zatem w sposób dość precyzyjnie określony, np. „na autostradzie wolno poruszać się z limitowaną prędkością”. Podstawowe uzasadnienie tej reguły jest dość oczywiste – ustawodawcy chodzi o to, aby zapewnić bezpieczeństwo na drogach, innymi słowy, aby użytkownicy jeździli po nich bezpiecznie. Środkiem do tego

<sup>23</sup> Weinrib, op. cit., 950.

<sup>24</sup> Weinrib, op. cit., 952 i 957. Por. także omawiany przez Weinriba tekst Ungera „The Critical Legal Studies Movement”, Harvard Law Review. 1983. Vol. 96, s. 561, 563-567, gdzie Unger wskazuje trzy cechy prawa w stanowisku formalnym: odrębna racjonalność (niezwiązana z realiami politycznymi), immanence (własne operacje racjonalizujące) i moralność oparta na normatywności (zgodności z normami).

<sup>25</sup> Schauer F. 1991. „Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life”. Oxford. 47.

celu ma być zapewnienie maksymalnej prędkości każdego użytkownika. Nie jest zatem istotne, czy przepis ten będzie naruszony (czyli prędkość przekroczone) przez pijanego nastolatka na ruchliwej autostradzie, czy też kierowcę z wieloletnim stażem podróżującego w nocy przez drogę biegnącą przez środek pustyni Nevada. W obu tych przypadkach reguła ta powinna znaleźć zastosowanie – pole zatoczone kołem hermeneutycznym wydaje się więc mieć dość wąski promień; dotyczyć będzie raczej dostosowania kary do indywidualnej sytuacji kierowcy niż samego przypisania mu popełnienia tego czynu. Norma prawa stanowionego jest zatem generalizacją, bo dotyczy każdego kierowcy i w każdych warunkach drogowych. Czasem bywa nadmiernym ograniczeniem, niekiedy zbyt małym. Jak ujmuje to Schauer: bywa *overinclusive* i *underinclusive*. Musi być jednak stosowana jako samodzielnie ugruntowana (*entrenched*) – odrywa się zatem od swojego podstawowego uzasadnienia *background justification*, racji i powodu dla których została ustanowiona.

Tymczasem wiele norm zawartych w konstytucji, w tym normy dotyczące praw człowieka, mające głównie charakter norm programowych, raczej zasad, albo nawet deklaracji (jak pisze Schauer *manifesto-like*) i są w stosowaniu z natury mniej zdeterminowane treściowo, a zatem – i to już jest poza wywodem F. Schauera – znacznie łatwiej uplasować ich wykładnię i stosowanie, czyli rozumienie w konkretnej sytuacji jako bliższe podstawowemu uzasadnieniu. Tym samym sędzia może znacznie łatwiej odwołać się do racji i aksjologicznych podstaw ich ustanowienia, gwarantowania adresatom prawa pewnych sfer wolności. Podobnie – choć niezupełnie tak samo – rzecz będzie się miała z zasadami prawa.

Frederick Schauer występując ze stanowiska formalistycznego wprost ostatecznie wskazuje, że każde stosowanie reguły prawa (*rule*) jest zarazem jego interpretacją<sup>26</sup>, co czyni nieco bardziej uprawnionym poszukiwanie w tej właśnie szkole próby szukania źródeł naukowej refleksji nad tym procesem z takich właśnie pozycji. Skoro zatem, pozostając przy fundamentalnym założeniu, prawo nie istnieje poza procesem jego poznawania, znajdowania czy też urzeczywistniania, który jest procesem interpretacji, a ta ostatnia jest potrzebna w każdym przypadku, zaś wszystkie trzy procesy nie dają się zredukować i kończą się sprowadzeniem „do odpowiedności normy prawnej i kon-

<sup>26</sup> Ibidem, 207-208. („Every application of a rule is also an interpretation.”).

kretnych warunków<sup>27</sup>, a ich immanentną cechą jest konkretyzacja ogólnie sformułowanej normy ze względu na przypadek dany do rozstrzygnięcia, to konieczne jest wyinterpretowanie stanu faktycznego<sup>28</sup>. Ale tym, co odróżnia działanie w obrębie prawa od każdej innej dziedziny kultury człowieka jest to, że sens ten musi być w wyniku tego procesu przedstawiony i objaśniony zewnętrznym. Jest to zatem pytanie o to, co my, adresaci prawa, otrzymujemy w zamian za uznanie istnienia i obdarzenie autorytetem władzę sądenia – czy nadanie znaczenia powszechnie obowiązującej (i znanej) normie niezdeterminowanej w akcie czynienia sprawiedliwości zostało dokonane z zachowaniem warunku zbliżenia do podstawowego uzasadnienia (racji, dla jakiej norma generalna obowiązuje) i czy proces dochodzenia do tego sensu jest w sposób zrozumiały i przekonujący wykazany w sferze władzy, jakim jest wyrok sądu (czy orzeczenie innego organu stosującego prawo). Jest to zatem pytanie nie tyle o wynik tego procesu, co o zdolność jego wytłumaczenia, przedstawienia procesu dochodzenia do odczytania znaczenia, znalezienia sensu w okolicznościach sprawy. Jak trafnie zauważa Jerzy Leszczyński:

[z]godnie z oczywistym przekonaniem prawników, ale również prawną regulacją stosowania prawa, rozstrzygnięcia problemów prawnych winny być argumentacyjnie uzasadnione jako *ważne*. W najbardziej podstawowym sensie ich ważność jest wykazywana przez odwołanie się do tekstu prawa. Gdy napotyka to trudności powodujące sięganie do argumentów wykraczających poza tekst prawa, domagamy się, aby ważność rozstrzygnięć uzasadniania była poprzez wykazanie ich *obiektywności* i możliwości *uniwersalizacji*.<sup>29</sup>

Rezygnacja z mitu racjonalności i profesjonalnego obiektywizmu<sup>30</sup>, którego fundamentem jest sylogizm, na rzecz aktu pojmowania, wykładni i stosowania prawa, zamkniętego w kole wzajemnej odpowiedzialności może przynieść efekt w postaci lepszego rozumienia i weryfikowania tego, co umierający Andrew Beckett zechciał nazwać sprawiedliwością.

<sup>27</sup> Piechowiak M., op. cit., 145.

<sup>28</sup> Ibidem, 146.

<sup>29</sup> Leszczyński Jerzy. 2010. *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków: Universitas. 13-14.

<sup>30</sup> J. Stelmach, B. Brożek. 2006. *Methods of Legal Reasoning*. Springer. 143.

## Bibliografia

- Arystoteles. 1982. *Etyka nikomachejska*. Przeł. Gromska Daniela. Warszawa: PWN.
- Cardozo Benjamin. 1921. *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press.
- Dworkin Ronald. 1998. *Biorąc prawa poważnie*. Przeł. Kowalski Tomasz. Warszawa: PWN.
- Finnis John. 2001. *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*. Tłum. Losman Karolina. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Gadamer Hans-Georg. 2004. *Prawda i metoda*. Przeł. Baran Bogdan. Warszawa.
- Gallagher Shaun. 2011. *Hermeneutyka i nauki kognitywne*. Avant, nr 2.
- Gizbert-Studnicki Tomasz. 1979. *Czy istnieje język prawny*. Państwo i Prawo, nr 3.
- Gizbert-Studnicki Tomasz. Grabowski Andrzej. 1997. *Normy programowe w Konstytucji w: Charakter i struktura norm Konstytucji*. Trzcziński Janusz red. Warszawa.
- Hart Herbert L. 1998. *Pojęcie prawa*. Przeł. Woleński Jan. Warszawa: PWN.
- Koźlakowski Leszek. 1984. *Szukanie barbarzyńcy. Złudzenia uniwersalizmu kulturowego w: Czy diabeł może być zbawiony i 27 innych kazań*. Londyn: Aneks.
- Leszczyński Jerzy. 2010. *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków: Universitas.
- Perry Michael. 2003. *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?*. Wake Forest Law Review, vol. 38.
- Piechowiak Marek. 2008. *Arthur Kauffman. Hermeneutyka prawnicza*. [w:] *Przyszłość dziedzictwa. Robert Alexy. Ralf Dreier. Jürgen Habermas. Otfried Höffe. Arthur Kaufmann. Niklas Luhmann. Otta Weinberger: portrety filozofów prawa*. red. J. Zajadło. Warszawa.
- Schambeck Herbert. *Nauka prawa Hansa Kelsena*. Studia Iuridica Toruniensia. Tom VIII.
- Schauer Frederick. 1991. *Playing by the Rules. Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press.
- Stelmach Jerzy. Brożek Bartosz. 2006. *Methods of Legal Reasoning*. Springer.
- Unger Roberto M. 1983. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard Law Review. Vol. 96.
- Waldron Jeremy. 2010. *Torture. Suicide and Determinatio*. Public Law & Legal Theory Research Paper Series.
- Weinrib Ernest J. 1988. *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*. Yale Law Journal of Law, vol. 97.

Zirk-Sadowski Marek. 1984. *Rozumienie ocen w języku prawnym*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

Zirk Sadowski Marek. 2011. *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Warszawa.

### **Streszczenie**

Artykuł omawia nieredukowalność norm z zakresu praw człowieka do reguł logiki i sylogistycznego modelu stosowania prawa. Omawia propozycję aplikacji metody hermeneutycznej w procesie sądenia, której efektem jest doprowadzenie do odpowiadności oczekiwanych sensów faktów i norm prawnych.

Słowa klucze: metoda hermeneutyczna, sądenie, nieredukowalność praw człowieka, normy nieokreślone, konkretyzacja norm

### **Concretising the norms of human rights. Proposed directions to possible solutions**

#### **Summary**

In this article, the author discusses the irreducibility of the norms of human rights to the rules of logic and to a syllogistic model for the application of law. She discusses the proposal of applying hermeneutical method to the process of adjudication, which could lead to a correspondence between the meanings of legal facts and norms.

Keywords: adjudication, hermeneutics, irreducibility of human rights, indeterminate norms, concretisation of norms

Dr hab. Anna Młynarska-Sobaczewska, prof. INP PAN  
Instytut Nauk Prawnych PAN