

Część I. Zagadnienia wprowadzające

Wprowadzenie

Rozwój praw człowieka i prawa medycznego następował bardzo powoli i niejednolicie. Jedną z trudności w ustaleniu natury i zakresu praw człowieka i prawa medycznego jest to, że we wszystkich systemach prawnych, w tym w całej Europie, znajdują się one na różnych, często odmiennych etapach rozwoju. Prawo medyczne i jego źródła odnajdujemy już w starożytności, jednak swoiste zainteresowanie i rozwój jako odrębnej dziedziny obserwujemy od kilku dekad. Zrozumienie fenomenów tej dyscypliny/dziedziny ma kluczowe znaczenie dla skutecznego zaangażowania w przestrzeganie praw człowieka. W niniejszym rozdziale pokrótce przedstawione zostanie, jak rozumiane są prawa człowieka i ich znaczenie dla prawa medycznego. Zostanie wzięty również pod uwagę dyskurs akademicki odnoszący się zarówno do praw człowieka, jak i prawa medycznego, i podjęta zostanie próba zakreślenia terminologicznego znaczenia dla zwrotu prawo medyczne, wskazując na jego interdyscyplinarną przedmiotowość. Ponadto analizie poddany zostanie zakres prawa dotyczącego praw człowieka w RE i UE w sferze medycyny, biorąc pod uwagę kontekst ewolucji podstawowych praw człowieka i ich integralne związanie z prawem medycznym. Badany będzie również wpływ praw człowieka na samo prawo medyczne. Cała część zwieńczona została wnioskami, w których wskazano, jak rozumiane jest prawo medyczne i prawa człowieka w kontekście programu badawczego realizowanego w tej monografii.

Rozdział I. Problematyka terminologiczna

§ 1. Prawa człowieka i medycyna

W literaturze przedmiotu często podkreśla się, iż pomimo wspólnych fundamentów na jakich opierają się prawa człowieka i medycyna, to „istnieje głęboka rozbieżność i niezrozumienie użyteczności praw człowieka w praktyce medycznej, które wymaga pilnej uwagi. Specjalny Sprawozdawca ONZ, D. Pūras, zastanawia się nad swoją karierą medyczną i dlaczego prawa człowieka w codziennej opiece nad jego pacjentami stały się potężnym narzędziem do wzmocnienia jego praktyki oraz zapewnienia godności i dobrobytu tym, którym służył. Ta przedmowa odzwierciedla niektóre niepokojące paradoksy napotymane w praktyce medycznej, identyfikując rozdźwięk między prawami człowieka a zapewnieniem opieki pacjentowi jako fundamentalną walkę (...), aby poprowadzić reformę w opiece nad pacjentem opartą na prawach”¹. Zrozumienie istoty i zasadności implementacji standardów prawnoczułowieczych do praktyki medycznej stanowi wyzwanie nie tylko dla społeczności medycznych profesjonalistów, ale i dla prawników zajmujących się prawami człowieka, systemami ochrony zdrowia i prawem medycznym.

Prawa człowieka „rodziły się w bólach” – takie stwierdzenie wygłosił W. Osiatyński podczas wykładu dla studentów psychologii². Z kolei M. Freeman wskazuje, że prawa człowieka nabierają znaczenia dla zwykłych ludzi, kiedy względne bezpieczeństwo codziennego życia znika lub zostaje drastycznie przerwane. Jak wskazuje „samo pojęcie praw człowieka powoduje trudności także dlatego, że wykracza poza przypadki ekstremalnego okrucieństwa i niesprawiedliwości”³. Do dziś brakuje jednolitej i precyzyjnej definicji praw

¹ D. Pūras, Human rights, s. 9.

² Wykład prof. W. Osiatyńskiego pt. Wolność od przymusu zewnętrznego i wewnętrznego, <https://www.youtube.com/watch?v=TKK2uSuekk4&t=130s> (dostęp: 25.2.2022 r.).

³ M. Freeman, Prawa człowieka, s. 11.

człowieka, niemniej jednak w dyskursie prawniczym i filozoficznym dokonywane są próby ich określenia. Filozofia praw człowieka stawia pytania o istnienie, treść, charakter, powszechność, uzasadnienie i status prawny praw człowieka. Silne twierdzenia często wysuwane w imieniu praw człowieka (na przykład, że są one uniwersalne, niezbywalne lub istnieją niezależnie od uchwalenia prawa jako uzasadnione normy moralne) często ukazywały sceptyczne podejście i brak jednolitego filozoficznego uzasadnienia⁴. Refleksja nad tymi wątpliwościami i odpowiedziami, jakie można na nie udzielić, stała się subdziedziną filozofii polityczno-prawnej⁵. Normatywnizacja praw człowieka doprowadziła do tego, że rozumiane są one jako swoiste standardy postępowania władzy w stosunku do obywateli, na różnych poziomach i w rozmaitych przestrzeniach życia, gdzie działania lub też zaniechania władzy publicznej wpływają na określone przestrzenie życia osobistego lub publicznego. Literatura tematu wskazuje, że prawa człowieka stanowią bardziej ogólną kategorię praw moralnych, które mogą być przynależne jednostce z tytułu pozycji społecznej czy indywidualnych osiągnięć (nabyta sprawność lub doskonałość osoby)⁶. Prawa człowieka wybrzmiewają zawsze, gdy są łamane, gdy ludziom odbiera się to co dla nich najcenniejsze. Wówczas słyszymy o prawach człowieka⁷, ponadto to właśnie „rzeczywistość sama przywołuje pojęcie praw człowieka”⁸.

§ 2. Doktryna Praw Człowieka

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jest dokumentem założycielskim współczesnej doktryny praw człowieka. *L. Garlicki* wskazuje, że „przekonanie o potrzebie uniwersalnego uznania znalazło pierwszy sformalizowany wyraz w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 10.12.1948 r. (...). Dokument ten pomyślany jako «wspólny standard wszystkich ludów i narodów», wyczylił najważniejsze prawa człowieka o charakterze osobistym, politycznym oraz ekonomicznym, socjalnym i kulturalnym, przyjmując za punkt wyjścia uznanie, że przyrodzona «godność człowieka oraz równe i niezby-

⁴ Por. *E. Brems*, *Human Rights*, s. 343–372.

⁵ Por. *A. Etison* (red.), *Human Rights: Moral or Political?*, *passim*.

⁶ Por. *R. Kozłowski*, *Filozoficzne wyzwania praw człowieka*, *passim*.

⁷ Por. *M. Freeman*, *Prawa człowieka*, *passim*.

⁸ Tamże, s. 10.

walne prawa wszystkich członków rodziny ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie»⁹.

Na gruncie obszernego dorobku odnoszącego się do tradycji praw człowieka, „dokumentu założycielskiego współczesnej doktryny praw człowieka”, pomimo uzgodnienia treści praw, brakuje uzasadnienia i wspólnego konsensusu co do teoretycznych podstaw praw człowieka¹⁰. W przeciwieństwie do amerykańskiej Deklaracji Niepodległości PDPCz¹¹ nie wskazuje, że ludzie są „wyposażeni przez swojego Stwórcę” w określone prawa, czy też jak we francuskiej Deklaracji Praw Człowieka, gdzie prawa człowieka określano jako naturalne i święte¹². *Ch.R. Beitz* wskazuje, że „po wstępnym nawiązaniu do «przyrodzonej godności» wszystkich istot ludzkich, Powszechna Deklaracja po prostu deklaruje, że pewne wartości są prawami człowieka. Twórcy ewidentnie wierzyli, że ludzie z różnych kultur mogą znaleźć powody w ramach swoich własnych tradycji etycznych, aby poprzeć praktyczne wymogi Deklaracji (...) [niemniej jednak – *D.B.*] brak oficjalnej teorii międzynarodowych praw człowieka jest kłopotliwy. Dzieje się tak częściowo dlatego, że nie ma publicznych podstaw do rozstrzygania problemów interpretacji i wdrażania, które twórcy przekazali swoim następcom”¹³. Krytycy PDPCz wskazują, że jest ona zlepkiem ideałów niezgrabnej filozofii Zachodu, którą charakteryzuje afirmacja praw jednostki, a ignorancja praw zbiorowych, politycznych, obywatelskich¹⁴. Przewodniczący Sekretariatu Organizacji Praw Człowieka wobec trwających po 1948 r. jawnych aktów łamania praw człowieka określił Deklarację jako „najlepiej na świecie opracowany koszt bezwartościowych papierowych śmieci”¹⁵.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka powstała jako sprzeciw wobec okrucieństwa, którego doświadczyli ludzie, miała być głosem uciśnionych, wołających o ochronę przed czynami bestialstwa¹⁶. Potwierdzeniem są słowa preambuły, w której czytamy, że „brak poszanowania i pogarda dla praw człowieka doprowadziły do aktów barbarzyństwa, które wstrząsnęły sumieniem ludzkości”. *J. Morsink* wskazuje, że „Komisja Praw Człowieka świadoma róż-

⁹ *L. Garlicki* (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka*, s. 4.

¹⁰ Por. *G. Ernst, J. Heilinger* (red.), *The Philosophy of Human Rights*, *passim*.

¹¹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, uchwalona w Paryżu 10.12.1948 r.

¹² Por. *J. Finnis*, *Grounding Human Rights*, *passim*. *J. Raz*, *Human Rights Without Foundations*, *passim*.

¹³ *Ch.R. Beitz*, *The Idea of Human Rights*, s. 44; por. *tenże*, *The practice and its authority*, *passim*.

¹⁴ Por. *M.A Freeman*, *Fifty years of development*, *passim*.

¹⁵ *P. Alston*, *The Commission on Human Rights*, s. 128.

¹⁶ Por. *D. Bieńkowska*, *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, s. 14.

nicowania pod względem religijnym, filozoficznym i ideologicznym wśród członków Narodów Zjednoczonych, nie okazała żadnego zainteresowania filozoficznymi podstawami praw człowieka. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę, iż nazizm pogwałcił prawa człowieka tak w teorii, jak i w praktyce, przyjęcie przez ONZ koncepcji praw człowieka w wyrazie sprzeciwu wobec ideologii nazistowskiej dawało dobitnie do zrozumienia, że stanowi to pewnego rodzaju odniesienie do neo-Locke'owskiej teorii politycznej. Zastąpienie terminu «prawa naturalne» pojęciem «prawa człowieka» może przyczynić się do wyeliminowania spornych konsekwencji filozoficznych związanych z koncepcją praw natury¹⁷.

Twórcy PDPCz nie byli skupieni na jej filozoficznym uzasadnieniu, poszukiwali natomiast przestrzeni dla poszanowania zasad i wartości, którymi żyje człowiek. Pragnęli stworzyć podwaliny sprzeciwu wobec absolutyzmu władzy i innych form poniżania i okrutnego traktowania ludzi. *J. Maritain* opisując wyniki badań odnoszących się do teoretycznych problemów związanych z PDPCz, na Konferencji UNESCO w listopadzie 1947 r. sugerował potrzebę filozoficznego uzasadnienia koncepcji praw człowieka, jednak wyraził przekonanie, że zgoda co do uzasadnienia w różnorodnym kulturowo świecie w ujęciu filozoficznym nie jest możliwa. Wskazywał, że można dojść do porozumienia na poziomie terminologicznym, lecz wówczas zaistnieją problemy natury praktycznej, tj. bez odpowiedzi pozostaną pytania: dlaczego akurat prawa zawarte w PDPCz są prawami człowieka? Co jest ich treścią? Wobec czego doszedł do wniosku, że muszą istnieć różne sposoby na uzasadnienie praw człowieka, niezależnie od sympatii do określonego nurtu filozoficznego¹⁸. Najważniejszym aspektem, na który zwrócił uwagę, było wypracowanie i wprowadzanie w życie standardów praw człowieka, które mogą istnieć tylko i wyłącznie w sytuacji porozumienia na poziomie wartości. Idealna teoria nie opisuje rzeczywistości, ale proponuje argument oparty na wnioskowaniu dla pewnych standardów dla oceny rzeczywistości, kierując nas w stronę realnych możliwości wartych realizacji¹⁹.

Niemniej jednak, bez zakreslenia teoretycznych podstaw i granic nie jest możliwe zrozumienie problematyki praw człowieka. Współczesny powszechny reżim ochrony praw człowieka odnosi się do deklaracji uniwersalnej przyjętej przez ONZ w 1948 r. i jej flagowych paktów odnoszących się

¹⁷ *J. Morsink*, *The Universal Declaration*, s. 283.

¹⁸ Por. *Ch.R. Beitz*, *The Force of Subsistence Rights*, *passim*.

¹⁹ *D.P. Forsythe*, *Human Rights*, s. 60.

odpowiednio do praw obywatelskich i politycznych oraz praw ekonomicznych, społecznych i kulturowych, które weszły w życie w 1976 r., mających służyć jako wspólny standard osiągnięć dla wszystkich ludów i wszystkich narodów²⁰. W przeciwieństwie do PDPCz, są to dokumenty prawa międzynarodowego o charakterze prawnie wiążącym. Tak więc Międzynarodowa Karta Praw Człowieka²¹, oparta na dwuczłonowej konstrukcji, czyli na MPPOiP²² oraz MPPGSiK²³, stworzyła zręby dla uniwersalnych standardów praw człowieka. W literaturze przedmiotu wskazuje się, „że zarówno wymieniają pewne podstawowe prawa, które przywołują zasady *Locke’a* – na przykład prawa do życia, wolności i bezpieczeństwa osoby; oraz przeciwko arbitralnym więzieniom, niewolnictwu i torturom, a także bardziej złożonemu prawu przeciwko ludobójstwu. Poza tym istnieją również przepisy związane z praworządnością (np. prawo do rzetelnego procesu); prawa polityczne (w tym prawo do «uczestniczenia w rządzeniu krajem» oraz «okresowe i autentyczne wybory»); prawa ekonomiczne (w tym wolny wybór pracy, «sprawiedliwe i korzystne wynagrodzenie [wystarczające] na egzystencję godną godności ludzkiej» oraz opieka zdrowotna); i prawa społeczności (samostanowienie). Mówi się, że te wyliczone prawa należą do wszystkich bez względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, urodzenie i status społeczny oraz bez rozróżnienia «na podstawie politycznego, jurysdykcyjnego lub międzynarodowego statusu kraju lub terytorium, do którego należy dana osoba». Podsumowując, prawa te nie są najlepiej interpretowane jako «minimalne warunki życia w ogóle»²⁴.

Prawo dotyczące praw człowieka składa się z zestawu międzynarodowych traktatów, które były stopniowo przyjmowane po drugiej wojnie światowej. Na mocy tych traktatów prawa są gwarantowane jednostkom, a odpowiadające im obowiązki państw zabezpieczają te prawa. Poszanowanie praw człowieka zagwarantowane jest w konstytucjach większości państw²⁵. W niektórych z tych konstytucji, jak np. w konstytucji Słowacji czy Rumunii, określone są mianem praw podstawowych. Na gruncie doktrynalnym wskazuje się, że „posługując się kryterium formalnym, można więc przyjąć, że wszystkie prawa

²⁰ Por. *D. Bieńkowska*, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, s. 14.

²¹ Por. *R. Kwiecień*, Teoria i filozofia prawa międzynarodowego, *passim*.

²² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty w Nowym Jorku w dniu 16.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

²³ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169).

²⁴ *R. Kwiecień*, Teoria i filozofia prawa międzynarodowego, s. 98.

²⁵ Por. *S. Besson*, Human Rights and Constitutional Law, *passim*.

wyrażone *expressis verbis* w konstytucji danego państwa należy traktować jako prawa podstawowe²⁶.

§ 3. Teoretyczne fundamenty praw podstawowych. Zarys problematyki

Problematyka teoretycznych fundamentów praw podstawowych i spójności w stosowaniu i rozumowaniu tych praw w różnych systemach prawnych jest jednym z najważniejszych kwestii wszystkich demokratycznych państw konstytucyjnych, w których istnieje KPP UE, orzecznictwo kontynentalne europejskie, jak również w innych jurysdykcjach prawa zwyczajowego²⁷. Wobec czego istotna jest analiza sposobu, w jaki konstytucyjne rozumowanie praw podstawowych jest zorganizowane w procesie prawnym państw konstytucyjnych. Zwraca uwagę fakt, że ów proces jest głęboko powiązany z samą koncepcją demokracji, państwa demokratycznego oraz wcielania tych koncepcji w życie. Teorie praw podstawowych mają w związku z tym kluczowe znaczenie dla współczesnych społeczeństw demokratycznych, zarówno dla jego przestrzeni prawnej, jak i sfery politycznej.

Literatura przedmiotu odnosząca się do niniejszej kwestii wskazuje, że generalnie teoria praw podstawowych *R. Alexy'ego* stanowi główne odniesienia jako trzon zarówno w zakresie ewolucji prawa konstytucyjnego i rozumowania prawnego, wychodząc daleko poza ramy interpretacyjne niemieckiego prawa podstawowego. Jednocześnie podkreśla się, że teoria o zastosowaniu ogólnym odnosi się do większości porządków prawnych, nie tylko europejskich ale również i tych pozakontynentalnych²⁸. Teoria praw podstawowych (konstytucyjnych) jest tą, która w znacznym stopniu przyczyniła się do rozwoju normatywnej, postpozytywistycznej analizy prawa konstytucyjnego²⁹. *A.J. Menéndez* i *E.O. Eriksen* stwierdzają, że *R. Alexy* stał się „wodzem teoretycznych osiągnięć, które stanowią «przełomowy wkład w analizę, w jaki sposób uzasadnienie prawne dotyczące praw podstawowych związane fundamentem demokracji»³⁰. Teoria praw podstawowych *R. Alexy'ego* ujmowana jako arcy-

²⁶ *W. Zakrzewski*, *Podstawowe wolności*, s. 166.

²⁷ Por. *Theories of Rights*, *passim*.

²⁸ *A.J. Menéndez*, *E.O. Eriksen*, *Introduction*, s. 1.

²⁹ Tamże, s. 5.

³⁰ Tamże.

dzieło współczesnej teorii praw człowieka i prawa konstytucyjnego, dostarczając „doskonałych ram analityczne do rozwiązywania najtrudniejszych kwestii związanych z prawami konstytucyjnymi”³¹.

Po pierwsze, jak zauważa *A.J. Menendez*, koncepcja praw jest przede wszystkim wyrafinowaną i dokładną strukturalną teorią praw podstawowych, co zwiększa przejrzystość analityczną w rozumowaniu prawnym³². Charakterystyka zakresu praw i granic praw *R. Alexy’ego*, jego badanie kwestii niezbywalnego rdzenia praw podstawowych i jego trojaki rozróżnienie między prawami do czegoś, wolnościami i władztwem przyczyniła się do współczesnego dyskursu w kontekście rozumienia praw podstawowych. Wszystkie z wymienionych przez *R. Alexy’ego* kwestie korelują ze sobą na wzajem, a przenika je fundament trzonu teorii, tj. twierdzenie, że prawa podstawowe są głównie i przede wszystkim zasadami, a nie regułami³³. Wobec czego w Teorii praw *R. Alexy’ego* zasady przedstawione są jako swoista optymalizacja zalecenia, które powinno być zawsze wzięte pod uwagę, ale które należy wyważyć zgodnie z zasadą proporcjonalności odniesioną do konkretnej sytuacji. Wynika to poniekąd z faktu, że większość przywoływanej argumentacji na temat praw podstawowych oscyluje wokół rozwiązywania konfliktów między normami, które wymagają równowagi i dostosowania różnych zasad, a nie bezwarunkowego stosowania reguł³⁴. Przebudowa zasady proporcjonalności okazała się trwałym wkładem w literaturę przedmiotu. Po drugie, teoria zawiera również elementy merytorycznej teorii fundamentalnej prawa. Dzieje się tak, jak słusznie zauważa *E.O. Eriksen*, na dwóch różnych (ale powiązanych) płaszczyznach³⁵.

Z jednej strony wyrafinowanie analityczne pozwala *R. Alexy’emu* wyciągać wnioski, które są istotne dla materialnej teorii praw podstawowych. *E.O. Erikssen* wskazuje, że teoria *R. Alexy’ego* wyraźnie rozróżnia stanowiska dotyczące ogólnego ujęcia praw podstawowych (odnoszących się do polityki praw) i indywidualnych praw podstawowych³⁶. W związku z powyższym autor zaznacza, że jeżeli dobro wspólne ma status praw podstawowych, to wówczas zachodzi konflikt odnoszący się do praw podstawowych, który wymaga rozważenia i zrównoważenia sprzecznych stanowisk w zakresie tych praw. A zatem wła-

³¹ Tamże, s. 6.

³² Tamże.

³³ Reguły nie dopuszczają bowiem wyjątków w ich stosowaniu. Zob. *L. Zucca*, *Conflicts of Fundamental Rights*, *passim*.

³⁴ *A.J. Menendez*, *E.O. Eriksen*, Introduction, s. 6.

³⁵ Tamże.

³⁶ Por. tamże, s. 3.

ściwe ujęcie norm dotyczących praw podstawowych wskazuje, że stanowiska dotyczące praw podstawowych są nie tylko indywidualne, ale i zbiorowe, i nawzajem się przenikają i uzupełniają³⁷. Takie podejście do praw podstawowych pomaga uniknąć niewyjaśnionego poparcia libertariańskiej materialnej koncepcji praw³⁸. Ramy libertariańskiej teorii praw wyznaczane są bowiem przez indywidualistyczną ontologię społeczną. Natomiast ich uzasadnienie wiąże się przede wszystkim z odniesieniem do praw naturalnych, czy też odwołaniem do konsekwencji, a oscylują wokół najbardziej podstawowego elementu libertariańskiej koncepcji człowieka – indywidualizmu³⁹. Teoretyczna analiza według *E.O. Eriksena* umożliwia ocenę wartości praw podstawowych w kontekście merytorycznym, a nie tylko ideowym, według popierania ich na podstawie przynależnych zasad dla rodziny ludzkiej⁴⁰. Ponadto dogłębna analiza praw podstawowych *R. Alexy'ego* wskazuje, że większość praw podstawowych, w tym obywatelskie i polityczne, wymagają konkretnego rozumowania prawnego, które jest szczególnym przypadkiem ogólnego rozumowania praktycznego o proweniencji moralnej⁴¹. Wobec czego sformułowana teza odnośnie do takiego ujęcia „prowadzi w sposób naturalny do charakterystyki praw podstawowych jako nośnika praktycznej moralności, która leży u podstaw systemu prawnego”⁴².

W literaturze przedmiotu bardzo często pojawia się krytyka teorii *R. Alexy'ego*, z uwagi chociażby na prezentowaną przez samego autora koncepcję dyskursu prawnego jako szczególnego wariantu ogólnego rozumu praktycznego⁴³. Krytyka odnosi się przede wszystkim do zatarcia u *R. Alexy'ego* różnienia między prawodawstwem a stosowaniem prawa. Istnieje niebezpieczeństwo asymilacji prawa i moralność i przeciążenia samego środka prawnego. *E.O. Eriksen* zauważa, że „kwestie moralne i prawne wskazują różnych odbiorców, zgłaszają różne roszczenia dotyczące ważności i wymagają innych procedur rozwiązywania konfliktów. (...) charakteryzując sądownictwo jako połączenie uzasadnienia twierdzeń i dyskursów rozumienia praw, *R. Alexy* jest zobowiązany do przeniesienia autorstwa norm prawnych z demokratycznych ustawodawców na sędziów i sądy. Jego teoria prowadzi do relatywistycznej koncepcji poprawności – o tym co jest słuszne, [a co nie – *D.B.*] –

³⁷ Tamże.

³⁸ Por. *J. Waldron*, *Liberal Rights*, *passim*.

³⁹ Por. *D. Johnston*, *The Idea of a Liberal Theory*, *passim*.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ *A.J. Menendez*, *E.O. Eriksen*, Introduction, s. 8.

⁴² Tamże.

⁴³ Por. *M. Kramer*, *H. Steiner*, *Theories of Rights*, *passim*.

na koniec dnia, rozstrzygną sędziowie. (...) upodobanie *Alexy'ego* do demokracji deliberatywnej, opowiada się za wariantem konstytucyjnego proceduralizmu, opartym na dyskursywnym proceduralizmie, który określa warunki sprawiedliwej procedury uzasadniania. Ten standard poprawności jest niedoskonały, ale zapewnia, że istotne, «przedpolityczne» zasady – takie jak koncepcje sprawiedliwości – zakorzenione we współczesnych konstytucjach jako podstawowe prawa są poddawane dyskursywnemu testowaniu w procesie deliberatywnym⁴⁴.

Ponadto, chociaż *R. Alexy* operuje jak *R. Dworkin*⁴⁵ rozróżnieniem między regułami i zasadami, to *R. Alexy* nie wskazuje żadnego uzasadnienia na czym takie rozróżnienie miałoby polegać. *M. La Torre*⁴⁶ uznaje, że generuje to spore problemy, gdyż ignoruje deontologiczny charakter zasad, co jest sprzeczne z nowoczesną koncepcją praw podstawowych rozumianych jako ograniczenie władzy państwowej. Nowoczesna koncepcja praw podstawowych zawiera w sobie pewien paradoks, a mianowicie, prawa podstawowe ujmowane jako ograniczenia władzy, które jednocześnie są ustanowione przez tę władzę i które same w sobie są legalne. Tego paradoksu, jak wskazuje *M. La Torre*, nie da się rozwiązać jedynie analitycznie. Należy włożyć wysiłek intelektualny celem osiągnięcia nowego rozumienia praw podstawowych poprzez dekonstrukcję samej idei nowoczesnego prawa⁴⁷. Autor sugeruje, że należy przede wszystkim rozróżnić poziomy prawa od kultury prawnej i struktury prawa. Według niego podstawowe prawa działają jako granice władzy państwowej i prawa pozytywnego tylko wtedy, gdy są dostatecznie osadzone na odpowiednich poziomach⁴⁸. Takie ujęcie problematyki pomoże przede wszystkim w należyтым rozróżnieniu między regułami a zasadami. *M. La Torre* stwierdza, że należy do proponowanych przez *R. Alexy'ego* ujęć podejść „odwrotnie, gdyż tylko wówczas zachowany zostaje deontologiczny charakter zasad⁴⁹. Przede wszystkim przywołany autor podaje w wątpliwość możliwość ujęcia praw podstawowych jako zasad, kontestując, że zasady są pewnym zaleceniem, które nie zawsze może być wiążące, co wynika z samej istoty nauk prawnych⁵⁰. Wobec czego zasady

⁴⁴ *R. Alexy*, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, s. 17.

⁴⁵ Por. *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

⁴⁶ *M. La Torre*, *Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights*, s. 53.

⁴⁷ Tamże, s. 55.

⁴⁸ Tamże.

⁴⁹ Tamże, s. 56.

⁵⁰ Tamże.

są horyzontem aksjologicznym dla systemów prawnych, a nie prawami podstawowymi *per se*.

Niemniej jednak, pomimo wystosowanej krytyki wobec teorii praw *R. Alexy'ego*, „niemiecka tradycja powojenna konstruowania praw podstawowych rzeczywiście pozostawiła swój ślad, nawet w zakresie prawa zwyczajowego, gdy prawa podstawowe zostały przywrócone (...) przez brytyjską ustawę o prawach człowieka z 1998 r.”⁵¹. Proces ten uwydatniony jest również w kontekście potencjału, jaki wniosła niemiecka konstytucja odnośnie do poszanowania godności ludzkiej na arenie prawa unijnego. Dobrą ilustracją w tym aspekcie jest *kazus dotyczący zakazu gier „laserowego zabijania” przez niemiecki rząd*.

Przedmiotowa sprawa odnosiła się do zakazu, jaki nałożony został na niemiecką spółkę Omega. Spółka ta jako użytkownik specjalnego obiektu o nazwie Laserdrome, podjęła proces dotyczący planowania i organizacji gry, która polegała „na strzelaniu za pomocą urządzeń rejestrujących trafienie celu (promienia laserowego lub innych urządzeń technicznych, np. podczerwieni) do odpowiednich sensorów. W tym celu nabyła od spółki brytyjskiej przyrzady do gry. Niemiecki organ porządkowy ustalił, że gry prowadzone w Laserdromie polegały m.in. na strzelaniu do sensorów zainstalowanych na kamizelkach noszonych przez graczy. W konsekwencji zakazał Omedze tolerowania w swoim obiekcie gier (lub zezwalania na nie) polegających na strzelaniu do celów ludzkich za pomocą ww. urządzeń, czyli zabawy w zabijanie ludzi, pod groźbą grzywny. Sprawę w ostatniej instancji rozpatrywał FSA, który uznał, że wykorzystywanie do celów handlowych zabawy w zabijanie w Laserdromie Omegi stanowiło naruszenie godności ludzkiej, której ochrona jest zagwarantowana w art. 1 ust. 1 zd. 1 niemieckiej Ustawy Zasadniczej”⁵². Zwraca uwagę fakt, że w wątpliwość podano etyczny wymiar przedsięwzięcia, wskazując, że do naruszeń doszło poprzez wzbudzanie lub podsycanie u gracza postawy, która stanowiła pogwałcenie podstawowego prawa każdego człowieka do szacunku i respektu⁵³. W związku z takimi wątpliwościami, które dotyczyły zastosowania w sprawie prawa wspólnotowego, niemiecki sąd przedstawił Trybunałowi w trybie prejudycjalnym pytanie o to, czy prawo krajowe, wymagające „wydania zakazu prowadzenia opisanej działalności gospodarczej ze względu na naruszenie podstawowych wartości chronionych w Ustawie Zasadniczej,

⁵¹ J. Rivers, *Fundamental Rights, passim*, s. 157. Por. D. Feldmann, *Civil Liberties, passim*.

⁵² P. Miklaszewicz, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego*, s. 33.

⁵³ Tamże.

jest zgodne z postanowieniami TWE dotyczącymi swobody świadczenia usług i swobodnego przepływu towarów⁵⁴.

Odnosnie do tak postawionego pytania, TSUE (dawny ETS) stwierdził, że będący przedmiotem sporu zakaz narusza zarówno swobodę świadczenia usług (art. 49 TWE), jak i swobodę przepływu towarów (art. 28 TWE). W tej konkretnej skardze znaczenie ma naruszenie art. 49 TWE, na co zwrócił uwagę Trybunał i „poświęcił dalsze rozważania pierwszej ze wymienionych swobód. Artykuł 46 w zw. z art. 55 TWE dopuszcza ograniczenia swobody świadczenia usług w szczególności ze względu na porządek publiczny⁵⁵. Trybunał uznał, że zakaz był uzasadniony ze względów porządku publicznego i była to odpowiedź proporcjonalna, odnosząca się do koncepcji godności ludzkiej jako odpowiadającej poziomowi ochrony godności ludzkiej zawartej w niemieckiej konstytucji⁵⁶. Standardem, na którym oparł się Trybunał, był niemiecki standard krajowy dotyczący poszanowanie godności ludzkiej⁵⁷.

T.K. Hervey zaznacza, że „podejście to znajduje również odzwierciedlenie w art. 52 ust. 4 KPP UE, który stanowi, że w przypadku, gdy prawa podstawowe w KPP UE wywodzą się z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, prawa te należy interpretować zgodnie z tymi tradycjami⁵⁸. Jak dalej uzasadnia, prawo konstytucyjne UE jest wynikiem procesu stopniowej integracji konstytucyjnej, określone przez podstawowe zasady konstytucyjne wspólne dla państw członkowskich, niemniej jednak to konstytucja niemiecka miała decydujący wpływ na wspólny dorobek konstytucyjny⁵⁹. Zwraca uwagę fakt, że struktura i treść KPP UE jest pod silnym wpływem niemieckiego fundamentu prawa.

W związku z powyższym, teoria R. Alexy'ego, mimo iż wielokrotnie poddawana krytyce – odnosi się do większości europejskich porządków prawnych, „jeśli nie do wszystkich. Europeizacja poprzez integrację z Unią Europejską i poprzez dyscyplinę nałożoną przez EKPC miała wpływ na krajowe normy

⁵⁴ Tamże, s. 33.

⁵⁵ Tamże.

⁵⁶ Wyr. TSWE z 14.10.2004 r., C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614; zob. również wyr. TSWE z 4.12.1974 r., C-41/74, *Yvonne van Duyn v. Home Office*, ECLI:EU:C:1974:133; wyr. TSWE z 27.10.1977 r., C-30/77, *Régina v. Pierre Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172.

⁵⁷ Por. D. Bieńkowska, R. Kozłowski (red.), *Prawa człowieka, passim*; D. Bieńkowska, *Rozwój biotechnologii, passim*; *taż*, *Godność jako kryterium, passim*.

⁵⁸ T.K. Hervey, J.V. McHale, *European Union Health Law*, s. 64.

⁵⁹ Tamże.