



Uniwersytet
Wrocławski

Anna Śledzińska-Simon



Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności

Teoria i praktyka

Wrocław 2019

Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności

Teoria i praktyka

Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria: **e-Monografie**

Nr 140

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/102713>

Anna Śledzińska-Simon
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
ORCID: [0000-0002-4202-5260](https://orcid.org/0000-0002-4202-5260)

Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności

Teoria i praktyka

Wrocław 2019

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Ewa Gałyga-Michowska – członek

mgr Bożena Górna – członek

mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Recenzent: *prof. Wojciech Sadurski, Profesor Wydziału Prawa Uniwersytetu w Sydney,
Profesor Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego*

© Copyright by Anna Śledzińska-Simon

Korekta: *Agnieszka Flasińska*

Projekt i wykonanie okładki: *Karolina Drozd*

Na okładce: Johannes Vermeer, *Mleczarka*, Rijksmuseum, Amsterdam

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumasza eBooki.com.pl*

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-66066-55-7 (druk)

ISBN 978-83-66066-56-4 (online)

Pamięci mojego Taty

Spis treści

WSTĘP	11
ROZDZIAŁ 1. ANALIZA PROPORCJONALNOŚCI JAKO METODA BADA- NIA OGRANICZEŃ PRAW I WOLNOŚCI JEDNOSTKI	23
1.1. Proporcjonalność jako metazasada prawa konstytucyjnego....	23
1.2. Rozwój i upowszechnienie testu proporcjonalności na świecie	29
1.3. Analiza proporcjonalności a słabość praw	36
1.4. Krytyka analizy proporcjonalności.....	40
1.5. Proporcjonalność a ważenie kolidujących wartości	46
1.6. Analiza proporcjonalności a zakaz naruszania rdzenia praw ..	53
1.7. Analiza proporcjonalności w strukturze uzasadnień sądowych	63
ROZDZIAŁ 2. KONTROLA OGRANICZEŃ KONSTYTUCYJNYCH PRAW I WOLNOŚCI PRZEZ TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY	71
2.1. Kontekst polityczny i społeczny kontroli konstytucyjności prawa w Polsce	71
2.2. Model kontroli konstytucyjności w Konstytucji RP z 1997 r..	78
2.3. Wniesienie sprawy o naruszenie konstytucyjnych praw i wol- ności	82
2.4. Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konsty- tucyjnego.....	86
2.5. Konstytucyjne gwarancje praw i wolności	92
2.6. Klauzule limitacyjne.....	95
2.7. Hierarchia konstytucyjnych praw i wolności	97
2.8. Ingerencja w zakres ochrony konstytucyjnych praw i wolności	104
2.9. Forma ustawy	111
2.10. Katalog wartości konstytucyjnych uzasadniających ogranicze- nia praw i wolności	121
ROZDZIAŁ 3. ANALIZA PROPORCJONALNOŚCI W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO	129
3.1. Test prawowitego celu	129
3.2. Test przydatności	150
3.3. Test konieczności.....	164
3.4. Proporcjonalność <i>sensu stricto</i>	183

3.5. Kategorie środków uznanych za nieproporcjonalne.....	207
ROZDZIAŁ 4. ANALIZA PROPORCJONALNOŚCI W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO W UJĘCIU ILOŚCIOWYM	215
4.1. Metodologia badań ilościowych.....	215
4.2. Rola poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności	225
4.3. Podsumowanie.....	235
ZAKOŃCZENIE.....	237
BIBLIOGRAFIA	247
SPIS ORZECZEŃ TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO	263
SPIS RYSUNKÓW.....	271

Wstęp

W czasach kiedy Vermeer malował *Mleczarkę*, służba była często przedstawiana jako osoby leniwe, grzeszne czy obarczone innymi wadami. Sam Vermeer w ten sposób prezentował na swoich obrazach kilka innych służących kobiet. Tymczasem *Mleczarka* emanuje ciepłem i blaskiem. Jest to obraz pełen światła i prostoty, który afirmuje postawę osoby starannie wykonującej swoją pracę. Według historyków sztuki obraz Vermeera ukazujący dziewczynę z dzbanem mleka to metafora porządku i pracy¹. Ta właśnie metafora, a także perspektywa wnętrza kuchennego z pozycji osoby, która znajduje się poza pomieszczeniem, czyli sama nie uczestniczy w wykonywanej pracy, lecz ją podgląda, analizuje i utrwała, stanowi punkt wyjścia dla perspektywy badawczej przyjętej w niniejszej książce.

Niniejsza książka to próba naukowego opisanie pracy, którą wykonują sędziowie. W tym miejscu skojarzenie pracy sędziów z pracą służącej nie jest przypadkowe. Autorka kieruje się bowiem przesłaniem o służebnej roli sądów, w tym sądów konstytucyjnych, wobec społeczeństwa². W książce przyjęła perspektywę wnętrza kuchennego, w którym wszystkie składniki pracy zostały wyraźnie ukazane i naświetlone. Porównanie to jest przenosią do koncepcji uzasadnień sądowych, nakazującej jasne wskazanie tego, co i dlaczego sąd zważył, rozstrzygając sprawę³. Nie jest

¹ J. Białostocki, *Sztuka cenniejsza niż złoto*, Warszawa 2004, s. 496.

² To przesłanie nawiązujące do obrazu Jana Vermeera podejmuje dialog z inną książką na temat proporcjonalności, której okładka prezentuje obraz tego samego autora pt. *Ważąca perły*. Por. F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge 2017.

³ Ciekawe jest to, że znawca porównawczego prawa konstytucyjnego, Wojciech Sadurski, również kojarzy analizę proporcjonalności ze sztuką kulinarną. W. Sadurski, 'Reasonableness' and Value Pluralism in Law and Politics, [w:] G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (red.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht 2009, s. 139 („A judge engaged in the act of weighing and balancing of competing constitutional goods discloses the elements of his reasoning to the public. It is, to use an admittedly imperfect analogy, as if a cook in an elegant

to jednak „książka kucharska” pisana przez osobę, która dzieli się swoim zawodowym doświadczeniem czy zbiera doświadczenia innych osób⁴. Nie jest to także książka pisana przez teoretyka, który porusza się w świecie abstrakcji i idei, nie będąc zainteresowanym realistycznymi scenami z życia⁵.

Publikacja ta jest dziełem osoby zajmującej się porównawczym prawem konstytucyjnym, z uwagą przyglądającej się pracy, a raczej efektom pracy polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Perspektywa zewnętrznego obserwatora jest tu kluczowa ze względu na przyjęte założenia i ramy badawcze. Książka stanowi próbę oceny polskiego orzecznictwa konstytucyjnego na tle teorii prawa konstytucyjnego oraz praktyki orzeczniczej innych sądów. Niniejsza praca jest pokłosiem udziału autorki tej książki w projekcie poświęconym proporcjonalności w polityce publicznej, prowadzonym przez Israel Democracy Institute w Jeruzolimie⁶. Projekt ten miał na celu wskazanie zastosowania analizy proporcjonalności w procesach tworzenia polityki publicznej⁷.

Celem niniejszej publikacji jest odpowiedź na dwa pytania – pierwsze dotyczy proporcjonalności jako metazasady prawa konstytucyjnego, a w szczególności jej miejsca w kulturze uzasadnień sądowych, a drugie – praktyki oceny proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw

restaurant first revealed to the customers all the ingredients and then showed the guests, step by step, all the stages of the preparation of the dish before it lands on their tables”).

⁴ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge 2006.

⁵ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (tłum. J. Rivers), Oxford 2002.

⁶ Por. opis projektu *Proportionality in Public Policy: Towards a Better Balance between Interests and Rights in Decision-Making* na stronie <https://cordis.europa.eu/project/rcn/109662/factsheet/pl> [dostęp 20.02.2019].

⁷ Część wyników badań prezentowanych w tej książce zostanie opublikowana w zbiorowej monografii członków zespołu badawczego kierowanego przez Mordechaia Kremnitzer. M. Kremnitzer, A. Lang, T. Steiner (red.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge 2019 [w przygotowaniu]. W publikacji tej porównywana jest praktyka orzecznicza sądów konstytucyjnych i najwyższych w Indiach, Izraelu, Kanadzie, Niemczech, Polsce oraz Republice Południowej Afryki.

i wolności przez Trybunał Konstytucyjny w Polsce. Istotną różnicą między niniejszą książką a istniejącymi opracowaniami zagadnienia proporcjonalności w prawie jest akcent położony na proces analityczny, którego zewnętrznym wyrazem jest wywód argumentacyjny prezentowany w uzasadnieniach sądowych.

Podstawowe pytanie, które nurtuje autorkę tej książki, to pytanie o sposób, jak sąd konstytucyjny prowadzi analizę proporcjonalności, a przede wszystkim jak uzasadnia wyroki dotyczące ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Za tym pytaniem kryje się ciekawość badacza, który chciałby ustalić i udokumentować, jak proces orzekania wygląda „od kuchni?”. Czy sędziowie sądu konstytucyjnego siadają przy pustym stole, a następnie wyciągają narzędzia swojej pracy, w tym między innymi test proporcjonalności, by zbadać, czy ustawodawca właściwie wyważył racje, wprowadzając ograniczenia praw jednostki? W tej sytuacji należałoby zatem oczekiwać, że sędziowie podejmują decyzję krok po kroku, kierując się testem proporcjonalności, według ustalonej kolejności pytań, gdyż uważają, że tylko ściśle trzymanie się instrukcji zawartej w teście proporcjonalności gwarantuje, że rozstrzygnięcie sprawy będzie właściwe (sprawiedliwe, a co za tym idzie, zyska społeczną akceptację). Czy też może sędziowie zasiadają do sprawy z gotowym rozstrzygnięciem o tym, czy badane ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie, a powołują się na test proporcjonalności tylko po to, aby wskazać argumenty na poparcie swojego stanowiska? A jeżeli sędziowie ani nie korzystają z instrukcji testu proporcjonalności, ani też nie tłumaczą argumentów na poparcie swojego stanowiska, a jedynie arbitralnie stwierdzają, że badane ograniczenie spełnia lub nie spełnia kryterium proporcjonalności? Podejmując te wątpliwości, autorka uwzględnia krytykę analizy proporcjonalności, która z jednej strony jest wrażliwa na normatywnie istotne

fakty, a z drugiej sama może podlegać wpływowi motywacyjnym na przykład preferencji politycznych (*policy preferences*)⁸.

Oba pytania zadane w tej książce wydają się istotne, zwłaszcza w czasach kryzysu instytucji, jaką jest Trybunał Konstytucyjny⁹. Od odpowiedzi na nie zależy bowiem legitymacja sądownictwa konstytucyjnego w demokratycznym społeczeństwie. Jednocześnie autorka tej książki ma pełną świadomość tego, że nie ma możliwości sprawdzenia, co się dzieje w głowach sędziów, tak samo jak nikt nie jest w stanie odpowiedzieć na pytanie, o czym myśli dziewczyna z dzbanem mleka. Zewnętrznym obserwatorom brakuje bowiem narzędzi do zbadania wewnętrznego procesu podejmowania decyzji przez ten czy inny skład sędziowski, czy też procesu tworzenia uzasadnienia wyroków sądowych. Jedyne, co można obiektywnie zbadać, to treść uzasadnień.

W polskim piśmiennictwie prawniczym nie ma tak wiele opracowań na temat proporcjonalności jak w innych państwach, przede wszystkim w Niemczech¹⁰, w których proporcjonalność stanowi główne kryterium oceny ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw. W Polsce główne monografie poświęcone proporcjonalności w orzecznictwie

⁸ Na poziomie procesów podejmowania decyzji preferencje polityczne mogą funkcjonować za pośrednictwem jednego lub dwóch następujących mechanizmów – poprzez bezpośredni wpływ na ostateczną decyzję lub poprzez wpływ na proces przetwarzania informacji, tzn. że informacje są przetwarzane odmiennie w zależności od preferencji politycznych. Więcej na temat motywacji poznawczej w procesie oceny proporcjonalności zob. R. Sulitzeanu-Kenan, M. Kremnitzer, S. Alon, *Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment*, „Law and Society Review” 2016, vol. 50, s. 348–382 i cytowana tam literatura.

⁹ Jednocześnie niniejsza książka nie jest poświęcona kryzysowi Trybunału Konstytucyjnego w Polsce ani nie aspiruje do wyjaśnienia przyczyn jego upadku (*court packing*). W pewnym sensie jest to zatem książka retrospektywna i historyczna, gdyż dotyczy „dziejów Trybunału Konstytucyjnego” przed kryzysem konstytucyjnym z 2015 r.

¹⁰ Tylko w ostatnim czasie ukazały się tam następujące monografie: R. de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin 2013; N. Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen 2015; M. Jestaedt, O. Lepsius (red.), *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen 2015; A. Tischbirek, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung*, Tübingen 2017.

Trybunału Konstytucyjnego zostały stworzone stosunkowo krótko po tym, jak Trybunał Konstytucyjny uznał test proporcjonalności za własny standard orzeczniczy w sprawach dotyczących praw i wolności¹¹. Tym samym niniejsza publikacja wypełnia lukę w polskim piśmiennictwie, podejmując jednocześnie wyzwania stawiane przez zagranicznych krytyków literatury dotyczącej proporcjonalności¹².

W klasycznym ujęciu na test proporcjonalności składają się trzy kryteria – przydatności, konieczności oraz proporcjonalności w ścisłym znaczeniu¹³. W niniejszej publikacji przyjęto jednak, że w praktyce sądy nie zawsze faktycznie stosują test proporcjonalności, nawet jeżeli bezpośrednio powołują się na zasadę proporcjonalności. Czasami bowiem badanie proporcjonalności ma formułę nie testu, ale luźnej oceny, czy ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności jest uzasadnione w świetle zasady proporcjonalności. Dlatego też analiza proporcjonalności (funkcjonująca w literaturze anglojęzycznej jako *proportionality analysis*) jest pojęciowo szersza niż test proporcjonalności, a tym samym bardziej adekwatna do opisanego zjawiska.

Oryginalność przyjętej metody badawczej dotyczy przede wszystkim interdyscyplinarnego ujęcia zagadnienia proporcjonalności. W badaniach

¹¹ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008 czy K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.

¹² R. Dixon, *Proportionality and Comparative Constitutional Law versus Studies*, „Law and Ethics of Human Rights” 2018, vol. 12, s. 203 („debates about proportionality have been largely untouched by the recent shift in the field of comparative constitutional law – toward a greater focus on empirical, interdisciplinary approaches to the study of constitutional law, or what Ran Hirschl has called ‘comparative constitutional studies.’ This divide between more doctrinally- and empirically-focused forms of comparison also runs in both directions: inter-disciplinary scholars have largely ignored the significance of different approaches to proportionality in large-n studies of constitutional practice. And more traditional, conceptual, and theoretical scholarship has overlooked the potential for empirical approaches to help ground and inform a more normatively attractive version of proportionality analysis”).

¹³ L. Garlicki, *Komentarz do art. 31*, [w:] *idem, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003.

przedstawionych w niniejszej książce użyto bowiem nie tylko metody dogmatycznej do prezentacji głównych koncepcji teoretycznych związanych z zasadą proporcjonalności, ale także metody empirycznej, w oparciu o systematycznie przeprowadzone badania jakościowe i ilościowe orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. W obszarze badań empirycznych nad orzecznictwem konstytucyjnym niniejsza książka wpisuje się w nurt badań nad prawem i społeczeństwem (*law and society*)¹⁴, zgodnie z którym prawo jest tworzone przez uznanie, które nadaje mu znaczenie¹⁵. W tym sensie uznanie jest więc przysłowiową dziurką w oponce (*a hole in a doughnut*) – istnieje jako przestrzeń, którą ogranicza prawo¹⁶. W prezentowanej publikacji badane jest zatem, w jaki sposób zasada proporcjonalności ogranicza uznanie sędziowskie w ocenie ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Przyjęto bowiem, że zasada proporcjonalności nie tylko ogranicza władzę wykonawczą i ustawodawczą w zakresie ingerencji w sferę praw i wolności jednostek, ale także stanowi (powinna stanowić) ograniczenie dla władzy sądowniczej w zakresie oceny dopuszczalności tej ingerencji.

Niewątpliwa wartość dodana prezentowanej książki to właśnie ukazanie analizy proporcjonalności w ujęciu jakościowym i ilościowym. Ujęcie jakościowe dotyczy tylko orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego wydanych na podstawie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.¹⁷ W tym zakresie książka prezentuje najważniejsze poglądy polskiej doktryny prawa na temat kontroli konstytucyjności przepisów

¹⁴ Por. badania orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego prowadzone metodą socjologii krytycznej – H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.

¹⁵ L. Mather, *Law and Society*, [w:] R.E. Goodin (red.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford 2011, s. 289–304, 298.

¹⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, 1977, s. 31 („Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept. It always makes sense to ask, ‘Discretion under which standards?’ or ‘Discretion as to which authority?’”).

¹⁷ Dz.U. 1997 Nr 78 poz. 483.

wprowadzających ograniczenia praw i wolności w oparciu o test proporcjonalności. Ujęcie ilościowe natomiast prezentuje techniczną stronę badania przepisów ustanawiających ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności w odniesieniu do poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności. Ujęcie ilościowe ma na celu wyjaśnienie roli kryteriów tworzących odrębne etapy analizy proporcjonalności.

Książka składa się z czterech rozdziałów. Pierwszy rozdział został poświęcony analizie proporcjonalności jako metodzie badania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Charakteryzuje on zasadę proporcjonalności jako metazasadę globalnego prawa konstytucyjnego i wyjaśnia przyczyny jej popularności na świecie. Rozdział pierwszy prezentuje nie tylko główne założenia teorii praw konstytucyjnych oraz wyrosłej z niej doktryny proporcjonalności, ale przede wszystkim głosy jej krytyków. Tłumaczy także różnice między analizą proporcjonalności a ważeniem kolidujących wartości w europejskiej oraz amerykańskiej tradycji ochrony praw. Rozdział pierwszy kończą rozważania na temat roli uzasadnień sądowych w realizacji prawa do uzasadnienia, które jest konsekwencją przyjęcia modelu optymalizacji praw i stosowania analizy proporcjonalności. W podsumowaniu rozdział ten postuluje, aby sądy oceniające dopuszczalność ograniczeń praw i wolności prezentowały swój wywód w uporządkowany sposób, rzetelnie wyjaśniając argumenty, które zaważyły na analizie proporcjonalności.

Rozdział drugi opisuje kontekst instytucjonalny analizy proporcjonalności ograniczeń praw i wolności przez Trybunał Konstytucyjny w Polsce. Jego celem jest zaprezentowanie przede wszystkim ewolucji sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Polsce oraz głównych cech modelu kontroli konstytucyjności przyjętego w Konstytucji RP z 1997 r. Wyjaśnię tym samym, jak podstawowe zasady postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym mogą wpływać na rodzaj spraw dotyczących konstytucyjnych praw i wolności wnoszonych do Trybunału oraz ich rozstrzygnięcie. Rozdział drugi opisuje również ewolucję zasady proporcjonalności

w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i ukształtowany na jej podstawie test proporcjonalności. Charakteryzuje także gwarancje praw i wolności człowieka i obywatela oraz klauzule limitacyjne zawarte w Konstytucji, wyjaśniając znaczenie hierarchii konstytucyjnych wartości dla analizy proporcjonalności. Końcowe części rozdziału drugiego zostały poświęcone praktyce badania dopuszczalności ograniczeń. W szczególności przedstawiono w nich etap oceny, czy doszło do ingerencji w zakres konstytucyjnej ochrony oraz czy ingerencja spełnia wymóg formy ustawowej. Ostatnia część rozdziału drugiego omawia katalog wartości konstytucyjnych zawarty w klauzulach limitacyjnych i rolę poszczególnych wartości jako uzasadnień dla ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności.

Rozdział trzeci prezentuje zarówno stanowiska przedstawicieli polskiej doktryny prawa konstytucyjnego dotyczące poszczególnych etapów analizy proporcjonalności i praktykę orzecniczą Trybunału w tym obszarze. Prezentacja poszczególnych etapów analizy proporcjonalności, czyli testu prawowitego celu, testu przydatności, testu konieczności oraz testu proporcjonalności *sensu stricto* ma na celu ukazanie roli, jaką odgrywają te etapy (i odpowiadające im kryteria) w ogólnej ocenie dopuszczalności ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Rozdział ten opiera się przede wszystkim na wynikach badań jakościowych i ilościowych nad orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, w którym zastosowano analizę proporcjonalności jako podstawę oceny ingerencji wynikającej z zaskarżonych norm.

Rozdział czwarty przedstawia wyniki badań ilościowych nad orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego opartym na analizie proporcjonalności. Omówienie wyników tych badań zostało poprzedzone skrupulatnym wyjaśnieniem zastosowanej metodologii, przyjętych ram czasowych oraz głównych założeń badawczych. Prezentowane w rozdziale czwartym badania ilościowe zostały przeprowadzone na podstawie pogłębionej lektury 100 wyroków Trybunału Konstytucyjnego wydanych

w okresie od 14 grudnia 2010 r. do 17 listopada 2015 r., w których zastosowano ocenę proporcjonalności. Wybór tego okresu został podyktowany wspólnymi założeniami badawczymi projektu, w ramach którego powstała ta książka. Wyboru orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego poddanych analizie ilościowej dokonano na podstawie analizy treści wszystkich wyroków wydanych po dacie 17 listopada 2015 r. aż do uzyskania bazy 100 wyroków, w których rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego opierało się na ocenie proporcjonalności ograniczeń praw lub wolności¹⁸.

Należy przy tym podkreślić, że w bazie 100 wyroków uwzględniono tylko orzeczenia dotyczące ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności¹⁹. Za kryterium włączenia do bazy wyroków przyjęto natomiast to, czy wyrok Trybunału (w całości lub w części) opierał się na zastosowaniu analizy proporcjonalności (nawet jeśli niektóre etapy testu proporcjonalności zostały pominięte lub nie zostały w pełni uwzględnione). W związku z tym z bazy wykluczono wszystkie sprawy, w których zasada proporcjonalności była wymieniona jedynie w pismach procesowych podmiotu inicjującego kontrolę konstytucyjności lub w stanowiskach innych uczestników postępowania lub też wspomniana, ale faktycznie nie zastosowana przez Trybunał. Natomiast w bazie umieszczono wszystkie wyroki wydane we wskazanym okresie, w których Trybunał Konstytucyjny zastosował analizę proporcjonalności²⁰, bez względu na to, czy faktycznie posłużył się słowem „proporcjonalność”

¹⁸ Baza wyroków została utworzona na potrzeby analizy ilościowej poprzez indywidualną kwalifikację wszystkich wyroków Trybunału wydanych po dacie 17 listopada 2015 r.

¹⁹ W analizowanym okresie Trybunał Konstytucyjny wydał łącznie 329 wyroków. Zatem 100 wyroków opartych na analizie proporcjonalności stanowi 30% wszystkich wyroków z tego okresu.

²⁰ Metoda przyjęta do wyboru 100 analizowanych wyroków nie polegała zatem na wyszukiwaniu słowa „proporcjonalność” w Internetowym Portalu Orzeczeń, ale analizowaniu wszystkich wyroków Trybunału wydanych po dacie 17 listopada 2015 r. i wyborze tych, które spełniały ustalone kryteria.

(lub jego odmianami)²¹. Dlatego brak słowa „proporcjonalność” lub wyraźnego odniesienia się do zasady lub testu proporcjonalności nie przesądzał o zakwalifikowaniu wyroku do analizy ilościowej. Kwalifikacja wyroku do analizy ilościowej opierała się bowiem na treści uzasadnienia, a nie tylko na samej sentencji wyroku²².

Należy też wyraźnie zaznaczyć, że w bazie wyroków nie umieszczono orzeczeń, w których Trybunał uznał, że kwestionowane przepisy nie stanowią ingerencji w zakres ochrony konstytucyjnych praw lub wolności. W każdym bowiem przypadku takie stwierdzenie prowadziło do zakończenia kontroli i uznania, że badany przepis jest zgodny ze wskazanym wzorcem²³. W bazie wyroków uwzględniono jednak sprawy, w których niezgodność z Konstytucją wynikała z naruszenia istoty praw lub wolności.

Po zakwalifikowaniu do umieszczenia w bazie wyroki zostały następnie szczegółowo opisane pod względem przedmiotu sporu, kategorii praw, podmiotu inicjującego kontrolę, a także wyniku każdego z etapów analizy proporcjonalności oraz ostatecznego wyniku kontroli²⁴. Opisanie spraw na potrzeby badań ilościowych wymagało bardzo dokładnego zrozumienia znaczenia słów wypowiedzianych w uzasadnieniu wyroku. Trudności w tym względzie pojawiały się przede wszystkim w ustaleniu, które wypowiedzi Trybunału należą do którego etapu analizy proporcjonalności, ponieważ Trybunał zazwyczaj nie stosuje oddzielnych nagłówków wskazujących na badane kryterium²⁵.

²¹ Zwłaszcza że Trybunał nadal często nazywa zasadę proporcjonalności, a także ostatni etap testu proporcjonalności „zakazem nadmiernej ingerencji”.

²² W niektórych przypadkach Trybunał stosował analizę proporcjonalności, mimo że w sentencji wyroku nie podano jako wzorca kontroli żadnej z klauzul limitacyjnych, z których wywodzony jest test proporcjonalności.

²³ W analizowanym okresie było 11 takich wyroków.

²⁴ Opis wyroków dotyczył jedynie zdania większości, pomijając zdania odrębne. Należy jednak podkreślić, że ze 100 wyroków ujętych w bazie 76 podjęto jednomyślnie, a 24 większością głosów. 14 wyroków podjętych większością głosów zakończyło się stwierdzeniem nieproporcjonalności.

²⁵ W większości orzeczeń Trybunał tworzył jednak odrębny ustęp uzasadnienia ze zdaniem wyjaśniającym, które kryterium testu proporcjonalności bada.

Ostatnią część książki stanowi Zakończenie, w którym podjęto próbę wyjaśnienia relacji między zastosowaniem analizy proporcjonalności w sądowej kontroli ograniczeń praw i wolności jednostek a legitymacją sądów. Zakończenie podkreśla samoograniczający wpływ analizy proporcjonalności na sądy (a w szczególności na uznanie sędziowskie), postulując jednocześnie uczynienie sposobu dokonywania analizy proporcjonalności bardziej przewidywalnym. Podsumowując wyniki badań empirycznych w tym obszarze, autorka zauważa, że wynik analizy proporcjonalności w konkretnych sprawach często zależy od wewnętrznego uznania przez sąd, czy jego ingerencja w decyzję innych władz jest proporcjonalna (konieczna) w danych okolicznościach, a także czy dane rozstrzygnięcie zyska akceptację społeczną.

Na zakończenie autorka pragnie wyrazić swoje podziękowania osobom, które przyczyniły się do powstania tej książki. Szczególne słowa podziękowania składam profesorowi Mariuszowi Jabłońskiemu za życzliwe wsparcie, zrozumienie i pomoc w procesie wydania tej publikacji. Profesorom Ewie Łętowskiej, Lechowi Garlickiemu oraz Andrzejowi Wróblowi dziękuję za cenne rozmowy na temat zasady proporcjonalności, a Josephowi Weilerowi za umożliwienie mojego pobytu badawczego w New York University School of Law. Dziękuję Mordechaiowi Kremnitzerowi, Talyi Steiner oraz Andrejowi Langowi za krytyczne uwagi do pierwszych wyników moich badań. Serdeczne podziękowania kieruję także do Adama Bodnara, Aleksandry Gliszczyńskiej, Andrzeja Jakubowskiego oraz Michała Ziółkowskiego za ubogacające rozmowy w trakcie pisania tej książki, a także liczne dowody przyjaźni. Przede wszystkim jednak dziękuję mojej rodzinie za wiarę w sens mojej pracy. Książkę dedykuję pamięci mojego Taty, Mariana Śledzińskiego, którego choroba i śmierć towarzyszyły jej pisaniu.

Rozdział 1

Analiza proporcjonalności jako metoda badania ograniczeń praw i wolności jednostki

1.1. Proporcjonalność jako metazasada prawa konstytucyjnego

Proporcjonalność tworzy jedną z najważniejszych zasad prawa konstytucyjnego. Nazywana jest również metazasadą, a więc zasadą, która określa stosowanie innych zasad²⁶. Służy bowiem do rozstrzygania konfliktów między konkurującymi wartościami. W tym też znaczeniu stanowi element globalnego prawa konstytucyjnego²⁷. Jej wszechobecność wynika z filozoficznego zakorzenienia w Arystotelesowskiej idei „złotego środka”, nakazującej unikania skrajnych rozwiązań²⁸. W doktrynie prawa jest natomiast uważana za niezbędny element modelu konstytucyjnego opartego na rządach prawa, demokracji i praw człowieka²⁹.

²⁶ M. Safjan, *Wprowadzenie*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 37.

²⁷ Por. A. Peters, *Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip*, [w:] B. Baade et al. *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen 2016. Por. także A. Peters, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPI) Research Paper no. 2016-10.

²⁸ E. Łętowska, *Wprowadzenie do problematyki proporcjonalności*, [w:] P. Szymaniec (red.), *Zasada proporcjonalności a ochrona praw podstawowych w państwach Europy*, Wałbrzych 2015, s. 15, 16.

²⁹ A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 472. Aharon Barak zauważa, że gdy proporcjonalność jest wywodzona z zasady demokratycznych rządów prawa, to jednocześnie ta demokracja i rządy prawa stają się uzasadnieniem proporcjonalności. Zwraca też uwagę na wzajemną zależność między rządami prawa, demokracją i prawami człowieka a modelem sądowej kontroli (*judicial review*), który służy efektywnej ochronie praw przed rządami

Jednocześnie należy podkreślić, że zasada proporcjonalności nie jest wyraźnie wpisana w konstytucyjne gwarancje praw i wolności. Co więcej, również międzynarodowe źródła praw człowieka nie wyrażają jej wprost³⁰. Zasada proporcjonalności jest jednak dorozumiana z treści klauzul limitacyjnych, czyli przepisów ustanawiających warunki, które muszą być spełnione, aby ograniczenia praw i wolności mogły być uznane za zgodne z konstytucją lub umową międzynarodową zawierającą ich gwarancje³¹. Tym samym zasada proporcjonalności stoi niejako „na zewnątrz” przepisów gwarantujących prawa i wolności, choć pozostaje z nim w ścisłym związku jako reguła kolizyjna³².

Proporcjonalność jako metazasada prawa konstytucyjnego stanowi ograniczenie dla władczych rozstrzygnięć o prawach i wolnościach jednostki³³. Z tego też powodu jest określana jako ograniczenie ograniczeń (*Schranken-Schranke*)³⁴. Jest więc kryterium oceny działań władzy

większości. Model ten zakłada, że sądowa kontrola konstytucyjności jest demokratyczna, bo służy prawom człowieka. Stanowisko to ma oczywiście licznych krytyków, którzy albo proponują słaby model sądowej kontroli konstytucyjności, albo całkowicie opowiadają się za prymatem władzy ustawodawczej. Por. np. R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, New York 2007; M. Tushnet, *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton 1999, J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 1999; J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980.

³⁰ Wyjątkiem jest art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *OJ C 326*, 26.10.2012, s. 391–407.

³¹ M. Borowski, *Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union*, „Legisprudence” 2007, vol. 1, s. 197.

³² W polskiej doktrynie prawa konstytucyjnego podkreśla się, że test proporcjonalności ma zastosowanie wyłącznie w związku ze stosowaniem innych norm-zasad wyrażających podstawowe prawa i wolności i określa kryteria ważenia tych zasad i wyrażonych w nich wartości. M. Safjan, *Wprowadzenie...*, s. 37.

³³ W tym miejscu należy zwrócić uwagę na różnice w znaczeniu pojęć „prawa jednostki” oraz „prawa człowieka”. Por. W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków 2011, s. 58–63. W dalszej analizie terminy te stosowane są jednak zamiennie z terminem, „konstytucyjne prawa i wolności człowieka i obywatela” odnoszącym się do praw i wolności gwarantowanych w konstytucji.

³⁴ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, München 1994, s. 711 (uznający za twórcę tego pojęcia Karla Augusta Bettermanna).

publicznej w ramach sądowej kontroli (*judicial review*). Sama natomiast analiza proporcjonalności jest procesem wpisującym się w ramy argumentacji prawniczej, a jednocześnie formułą uzasadniania orzeczeń sądowych, która służy ich legitymizacji³⁵. Dla sądu (administracyjnego, konstytucyjnego lub międzynarodowego) analiza proporcjonalności oznacza metodę rozstrzygania spraw dotyczących konfliktów dóbr i wartości oraz uzasadniania tych rozstrzygnięć. Jednakże, co należy wyraźnie zaznaczyć, nie jest to jedyna dostępna metoda. Sam wybór analizy proporcjonalności jako metody rozstrzygania sprawy wynika z przyjęcia określonego rozumienia praw i wolności jednostki oraz roli sędziego w procesie badania ich ograniczeń³⁶. Z perspektywy teorii prawa wybór analizy proporcjonalności wskazuje na przyjęty model struktury praw³⁷.

Analiza proporcjonalności jest więc przejawem zastosowania zasady proporcjonalności do oceny ograniczeń praw i wolności jednostki w procesie sądowej kontroli. O zastosowaniu analizy proporcjonalności świadczy treść uzasadnień, w których sądy powołują się na zasadę proporcjonalności lub test proporcjonalności. Test proporcjonalności to swoisty formularz oceny proporcjonalności. Sam formularz testu jest pusty – gotowy do wypełnienia przez skład orzekający w danej sprawie. Na test proporcjonalności składa się z kilka szczegółowych kryteriów, które podlegają osobnej ocenie.

³⁵ M. Kumm, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, „European Journal of Legal Studies” 2007, vol. 1; W. Sadurski, *Supranational Public Reason – Part I: Theory*, Sydney Law School Research Paper 2015, no. 15/02, <http://ssrn.com/abstract=2553611> [dostęp 20.02.2019].

³⁶ Robert Alexy uważa, że wążenie kolidujących wartości jest nieuniknione, ponieważ nie ma innego racjonalnego sposobu na wskazanie racji ograniczenia w odniesieniu do ograniczonego prawa. R. Alexy, *A Theory of Constitutional...* 2002, s. 74. Natomiast Aharon Barak uznaje wążenie jako ważną metodę ze względów pragmatycznych. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton 2008, s. 164.

³⁷ T. Hickman, *The Substance and Structure of Proportionality*, „Public Law” 2008, s. 694.

Test proporcjonalności został stworzony na gruncie orzecnictwa pruskiego sądu administracyjnego i niemieckiej doktryny prawa publicznego w drugiej połowie XIX w.³⁸ Jest zatem historycznie związany z ewolucją kontroli dyskrecyjności władzy. Natomiast po II wojnie światowej przyjął się jako wiążący standard orzecznicy Federalnego Sądu Konstytucyjnego³⁹, a także innych sądów konstytucyjnych w Europie i na świecie⁴⁰ oraz międzynarodowych organów praw człowieka, przede wszystkim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁴¹.

Kryteria stanowiące części składowe testu proporcjonalności, czyli przydatność, konieczność oraz proporcjonalność w ścisłym znaczeniu, to wytwór ewolucji orzecnictwa i doktryny prawa konstytucyjnego. Test proporcjonalności jest zatem przykładem współzależności norm prawnych, dogmatyki prawa oraz praktyki jego stosowania. Jest też podręcznikowym przykładem „migracji idei konstytucyjnych”⁴² i ich zapożyczania przez sądy w różnych porządkach prawnych (*judicial borrowing*)⁴³. Warto jednocześnie podkreślić, że w większości przypadków przyjęcie analizy proporcjonalności w praktyce sądów konstytucyjnych nastąpiło wraz z przyjęciem międzynarodowych standardów praw człowieka⁴⁴.

³⁸ M.P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin 2001, s. 16. Por. też F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen 1928, s. 404.

³⁹ M. Jestaedt, O. Lepsius (red.), *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit...*; B. Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, [w:] P. Badura, H. Dreier (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, s. 445–465.

⁴⁰ Por. A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 181–206.

⁴¹ L. Garlicki [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz*, T. I, Warszawa 2010, s. 488. Por. też np. J. McBride, *Proportionality and the European Convention of Human Rights*, [w:] E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Portland 1999, s. 23.

⁴² S. Choudhry (red.), *The Migration of Constitutional Ideals*, Cambridge 2006.

⁴³ V. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford 2010, s. 60. M. Kumm nazywa zasadę proporcjonalności najbardziej udanym przeszczepem prawnym (*legal transplant*) drugiej połowy XX w. M. Kumm, *Constitutional Rights as Principles*, „International Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 2, s. 595.

⁴⁴ Por. np. przypadek Sądu Konstytucyjnego w Federacji Rosyjskiej. C. Tornhill, *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Oxford 2018, s. 398. Innym przykładem jest Kanada po przyjęciu Karty Praw i Swobód w 1982 r. oraz Zjednoczone

Stosowanie analizy proporcjonalności może być zatem uważane jako wyznacznik przynależności do kultury prawnej wyrosłej na gruncie liberalnego konstytucjonalizmu⁴⁵.

W świetle tych uwag pojawia się zatem pytanie o to, na ile praktyka dokonywania analizy proporcjonalności, a w szczególności stosowania testu proporcjonalności do oceny ograniczeń praw i wolności jednostki kształtuje samą zasadę proporcjonalności jako byt prawny⁴⁶. Odpowiedź na to pytanie jest utrudniona ze względu na otwarty i niekonkluzywny charakter zasady proporcjonalności, a tym samym jej podatność na wpływ czynników zewnętrznych, w tym uwarunkowań społecznych oraz psychologicznych osób, które podejmują ocenę proporcjonalności.

Należy też zwrócić uwagę, że na gruncie konstytucji adresatem zasady proporcjonalności są zarówno organy tworzące prawo, jak i organy stosujące prawo (sądy i administracja). Jak już wspomniano, zastosowanie zasady proporcjonalności w sądowej kontroli administracji publicznej było bowiem pierwotne w stosunku do zastosowania testu proporcjonalności w orzecznictwie sądów konstytucyjnych. Jednak o ile w praktyce sądowej proporcjonalność jest nie tylko kryterium oceny, ale metodą argumentacji służącą uzasadnieniu rozstrzygnięcia sprawy, to w obszarze administracji zasada ta stanowi jedynie ogólną dyrektywę podejmowania środków najmniej uciążliwych dla jednostek.

O ile więc sądy, powołując się na zasadę proporcjonalności jako podstawę rozstrzygnięcia sprawy, mogą skorzystać z testu proporcjonalności i zbudować na jego poszczególnych elementach cały swój wywód,

Królestwo po przyjęciu Human Rights Act w 1998 r. Zob. np. L. Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter*, „Supreme Court Review” 1988, no. 10, s. 469; S. Choudhry, *So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1*, „Supreme Court Law Review” 2006, vol. 35, s. 501; A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge 2009.

⁴⁵ Choć bliższej koncepcji pluralistycznego konstytucjonalizmu.

⁴⁶ E. Łętowska, *Wprowadzenie do problematyki...*, s. 16, zauważając, że proporcjonalność w prawie jest starsza niż jej świadoma instytucjonalizacja i towarzyszący jej dyskurs prawny.

o tyle proces „proporcjonalizacji” (a więc ważenia dóbr i interesów) w działaniach administracji, a także tworzenia prawa jest dużo bardziej swobodny (co oczywiście wynika z zasady podziału władzy oraz uznania szczególnych kompetencji władzy wykonawczej i ustawodawczej). W procedurach administracyjnych, a także w procedurach tworzenia prawa brakuje bowiem konkretnych wytycznych, jak osiągać przyjęte cele, lecz nie naruszyć zasady proporcjonalności. Dlatego też niektórzy przedstawiciele doktryny zauważają, że poszczególne kryteria testu proporcjonalności powinny być lepiej wykorzystywane przez organy władzy wykonawczej i ustawodawczej, aby przyczynić się do poprawy jakości demokratycznych standardów rządzenia (*democratic governance*)⁴⁷.

Poza tym należy podkreślić, że ze względu na swoją otwartość zasada proporcjonalności jest podatna na skrajnie różne zastosowania. Jest to jednocześnie jej zaletą i wadą. Oznacza to, że wynik testu proporcjonalności może zależeć od instytucjonalnej dynamiki, która towarzyszy procesom stosowania prawa⁴⁸. Można zatem oczekiwać, że sądy badające ograniczenia praw i wolności będą miały tendencję do minimalizacji ingerencji w prawa jednostek, a organy administracji do maksymalizowania swoich celów, w tym poprawy efektywności działania administracji, które mogą stać w opozycji do celu ochrony praw jednostki.

⁴⁷ Stanowisko to podnosi, że uwzględnienie zasady proporcjonalności w procesach tworzenia prawa i polityk pozwoliłoby uniknąć wielu spraw sądowych. M. Kremmitzer, A. Lang, T. Steiner (red.), *Proportionality in Action: A Comparative Empirical Analysis of the Judicial Practice*, Cambridge 2019 [w przygotowaniu].

⁴⁸ Ewa Łętowska zauważa, że „błędem byłoby mniemanie o istnieniu jakiegoś jednego, stałego desygnatu ‘zasady proporcjonalności’ czy o jej uniwersalnym zakresie treściowym (choć na pewno dałoby się wykonstruować na gruncie europejskiej kultury prawnej minimalny zakres wyznaczony przez ten desygnat)”. E. Łętowska, *Wprowadzenie do problematyki...*, s. 21.

1.2. Rozwój i upowszechnienie testu proporcjonalności na świecie

Zasada proporcjonalności pojawiła się, aby chronić przed arbitralnością władzy. W XIX-wiecznych Prusach wyznaczała granice działań administracji publicznej, a przede wszystkim zastosowania prawa politycznego⁴⁹. Jej rodowód związany jest z koncepcją państwa prawa, która powstała wcześniej niż reżimy demokratyczne w Europie⁵⁰. W tym samym czasie proporcjonalność stała się główną zasadą międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowiąc kryterium oceny działań państwa w świetle konkretnych okoliczności⁵¹.

W obszarze praw człowieka wzrost znaczenia zasady proporcjonalności przypada na okres po II wojnie światowej i wiąże się z rozwojem międzynarodowej ochrony praw człowieka oraz ukształtowaniem się orzecznictwa konstytucyjnego w Europie⁵². Dopiero jednak pod koniec XX w. zastosowanie analizy proporcjonalności w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec dało asumpt do sformułowania teorii praw konstytucyjnych przez Roberta Alexy'ego⁵³, a jej rozpowszechnienie służyło jako dowód na istnienie globalnego modelu praw⁵⁴.

⁴⁹ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism*, [w:] M. Tushnet, V. Jackson (red.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge 2017, s. 75–102.

⁵⁰ G. Nolte, *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, „Modern Law Review” 1994, vol. 57, s. 191, 201.

⁵¹ Por. np. T. Hurka, *Proportionality in the Morality of War*, „Philosophy and Public Affairs” 2005, vol. 33, s. 34–66.

⁵² Zjawiska te Lorraine Weinrib nazywa paradygmatem powojennym, wskazując na silny model sądowej kontroli oraz dwuetapowy proces badania ograniczeń praw. L. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, [w:] S. Choudhry (red.), *The Migration of Constitutional Ideals*, New York 2006, s. 84.

⁵³ R. Alexy, *The Theory of Constitutional...; idem, Thirteen Replies*, [w:] G. Pavlakos (red.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007, s. 333–366; M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 2007.

⁵⁴ Według Kaia Möllera globalny model praw konstytucyjnych charakteryzują następujące cechy: inflacja praw oraz szerokie rozumienie *prima facie* praw, uznanie pozytywnych obowiązków oraz praw społeczno-gospodarczych, a także horyzontalny skutek praw oraz

Obecnie mówi się o „erze proporcjonalności”⁵⁵ oraz proporcjonalności jako „wspólnej gramatyce globalnego konstytucjonalizmu”⁵⁶, gdyż za przykładem Niemiec zasadę tę przyjęły inne sądy konstytucyjne w Europie, przede wszystkim tworzone w procesach transformacji ustrojowych sądy konstytucyjne w Europie Środkowej i Wschodniej⁵⁷, a także w Izraelu, Zjednoczonym Królestwie, Kanadzie, Australii, Nowej Zelandii, Republice Południowej Afryki, jak i w niektórych krajach Azji i Ameryki Południowej⁵⁸. Poza tym stosują ją organy międzynarodowych organizacji, takich jak Rada Europy (przede wszystkim Europejski Trybunał Praw Człowieka i Europejski Komitet Praw Społecznych), Unia Europejska⁵⁹ czy Światowa Organizacja Handlu⁶⁰.

Należy jednak podkreślić, że analiza proporcjonalności stosowana przez sądy krajowe pełni inną funkcję niż wtedy, gdy stosuje ją organ międzynarodowy. W tym drugim przypadku proporcjonalność wytycza zakres wkroczenia w suwerenne decyzje państwa, stanowiąc jednocześnie granicę suwerenności państwowej. W tym kontekście proporcjonalność służy ocenie, czy działanie władz państwowych zgodne jest ze standardami praw człowieka wynikającymi z umowy międzynarodowej. Ocena

test proporcjonalności, który opiera się na wazieniu kolidujących wartości (*balancing*). K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012.

⁵⁵ V.C. Jackson, *Constitutional Law in the Age of Proportionality*, „Yale Law Journal” 2015, vol. 124, s. 2680–3203.

⁵⁶ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013, s. 263, 264.

⁵⁷ W. Sadurski, *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005.

⁵⁸ A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 188–202.

⁵⁹ Por. np. W. Souter, *Proportionality in the EU Law: A Balancing Act*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2013, vol. 15, s. 439–466; E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London 1996; G. de Búrca, *The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law” 1993, vol. 13, s. 105–150.

⁶⁰ A. Mitchell, *Proportionality and Remedies in WHO Disputes*, „European Journal of International Law” 2006, vol. 17, s. 985.

ta jest jednak najczęściej podejmowana z dużą ostrożnością. Z jednej strony, można wskazać niechęć organów międzynarodowych do badania zarzutów naruszenia międzynarodowych standardów na gruncie innych kryteriów testu proporcjonalności niż proporcjonalność w ścisłym znaczeniu⁶¹. Z drugiej strony, wciąż wiele jest obszarów podlegających swobodnemu uznaniu państw, dlatego w sprawach dotyczących tych obszarów organy międzynarodowe przychylają się do wyniku ważenia między kolidującymi wartościami dokonanego przez organy krajowe⁶². Natomiast zastosowanie zasady proporcjonalności w prawie europejskim ma na celu nie tylko ochronę praw podstawowych⁶³, ale przede wszystkim ochronę pozycji państw członkowskich⁶⁴. W tym też kontekście zasada proporcjonalności jest funkcjonalnie powiązana z zasadą subsydiarności⁶⁵.

Analiza proporcjonalności co do zasady składa się z dwóch faz oceny ograniczenia⁶⁶. W pierwszej fazie bada się, czy doszło do ingerencji w zakres ochrony prawa lub wolności jednostki. W ramach tej fazy najczęściej pada również pytanie o to, czy ingerencja została przewidziana w przepisach prawa (w ustawie). W drugiej fazie oceny badane jest natomiast uzasadnienie ograniczenia. W tej fazie szczegółową analizę proporcjonalności ograniczenia poprzedza etap badania prawowitego

⁶¹ E. Brems, L. Lavrysen, 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': *Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2015, vol. 15, s. 139.

⁶² Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp 2001.

⁶³ A. Wróbel, *Komentarz do Art. 52–54*, [w:] A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2010.

⁶⁴ Por. np. J. Nienartowicz-Maliszewska, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009.

⁶⁵ Protokół (nr 2) w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, OJ C 115, 9.5.2008, s. 206–209. Co ciekawe, protokół ten przewiduje Adamska jedynie procedurę kontroli aktów prawa UE przez parlamenty krajowe tylko pod względem subsydiarności, choć faktycznie argumenty państw często dotyczą obu tych zasad.

⁶⁶ M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford 2012.

celu⁶⁷. Badanie prawowitego celu jest związane z pytaniem o racje publiczne, które uzasadniają wkroczenie w sferę praw lub wolności jednostki⁶⁸.

Natomiast sama analiza proporcjonalności może przybrać postać „globalnej” oceny tego, czy ograniczenie jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie (w odniesieniu do konkretnych okoliczności sprawy) lub testu proporcjonalności. Jak już wskazano, test proporcjonalności składa się z trzech kryteriów, czyli przydatności, konieczności i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu (dalej też jako proporcjonalność *sensu stricto*), które są podstawą odrębnej oceny. Ostatni etap testu proporcjonalności, czyli proporcjonalność w ścisłym znaczeniu, jest często również nazywany ważeniem (*balancing*). W doktrynie uważa się, że ważenie stanowi centralny element testu proporcjonalności⁶⁹.

Kryterium (test) przydatności pozwala ocenić, czy przyjęte środki są racjonalnie związane z celami, które wcześniej uznano za prawowite⁷⁰. Kryterium konieczności natomiast dotyczy ustalenia, czy te same cele mogą być równie skutecznie osiągnięte za pomocą mniej uciążliwych

⁶⁷ Ocena prawowitego celu odnosi się przede wszystkim do pytania o to, czy dany przepis, polityka lub rozstrzygnięcie władcze mogą być obiektywnie uzasadnione prawowitym celem. W ramach analizy proporcjonalności sądy zasadniczo nie oceniają więc motywów czy stanu umysłu osób, które tworzą prawo, polityki czy podejmują decyzje wkraczające w sferę praw jednostki.

⁶⁸ W doktrynie prawa przyjęto za koncepcją racji publicznej, że istnieją racje wykluczające (*exclusionary reasons*), które wykluczają uznanie pewnych racji za prawowite. M. Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, [w:] G. Pavlakos (red.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007, s. 142. Autor ten uważa m.in., że cele moralistyczne lub paternalistyczne powinny zostać odrzucone jako nieprawowite.

⁶⁹ R. Alexy, *Theory of Constitutional...*, s. 66.

⁷⁰ Kryterium przydatności służy ocenie, czy ochrona prawa i realizacja celu określonego na wcześniejszym etapie analizy proporcjonalności faktycznie kolidują ze sobą. Jeżeli bowiem środki wybrane do realizacji celu nie są przydatne, to w istocie nie ma kolizji między prawem a prawowitym celem. Kolizja wartości oznacza bowiem, że nie można zrealizować jednej wartości bez uszczerbku dla drugiej. W takim przypadku prawo zostało ograniczone bez korzyści po stronie celów przyjętych jako uzasadnienie ograniczenia. Jeżeli zatem środki nawet w minimalnym stopniu przyczyniają się do realizacji celu, test przydatności jest zdany pomyślnie. Por. K. Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, nr 10, s. 687, 713.

środków, stanowiąc test najmniej uciążliwych środków (*the least restrictive means test*)⁷¹. Kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu (dalej również jako proporcjonalność *sensu stricto*) wiąże się z oceną, czy korzyści wynikające z ograniczenia prawa lub wolności przeważają nad kosztami tego ograniczenia dla podmiotów praw lub wolności. W doktrynie spotyka się jednak różne interpretacje tego testu. Według jednej interpretacji w teście proporcjonalności *sensu stricto* kryje się pytanie o relację między korzyściami i kosztami ograniczenia⁷². W innym ujęciu proporcjonalność w ścisłym znaczeniu oznacza ważenie kolidujących wartości w celu ich maksymalizacji⁷³. Zasadniczo więc etap oceny prawowitego celu oraz proporcjonalności w ścisłym znaczeniu wymaga analizy normatywnej, a etap oceny przydatności i konieczności wymaga analizy empirycznej, w oparciu o istniejącą wiedzę lub dowody.

Test proporcjonalności ma logiczną strukturę, co oznacza, że oceniający (sąd) może przejść do kolejnego etapu oceny tylko wtedy, gdy pozytywnie odpowie na pytanie należące do wcześniejszego etapu⁷⁴. W przeciwnym wypadku, jeżeli odpowiedź na któreś z wcześniejszych

⁷¹ W doktrynie wskazuje się, że istnieją dwie zasadnicze sytuacje, w których środki okazują się niekonieczne. Po pierwsze, państwo podejmuje środki konieczne oraz te, które idą dalej niż to konieczne. W zakresie, w którym środki sięgają dalej niż to konieczne, nie można wskazać kolizji między prawem a celem, a zatem test konieczności nie może być zaliczony. Jednocześnie można argumentować, że takie środki są jednocześnie nieprzydatne (ponieważ cel już został osiągnięty poprzez środki konieczne). Po drugie, państwo wybrało środki, które są bardziej restrykcyjne niż alternatywne środki służące temu samemu celowi. Kai Möller zauważa, że w praktyce sądowej ocena alternatywnych środków jest podejmowana na etapie badania konieczności lub proporcjonalności w ścisłym znaczeniu. Jego zdaniem, to drugie podejście jest lepsze, gdyż umożliwia ocenę proporcjonalności alternatywnych rozwiązań względem siebie. *Ibidem*, s. 713–715.

⁷² Warto jednak podkreślić, że test proporcjonalności w ścisłym znaczeniu nie zawsze musi opierać się na analizie kosztów i zysków (*cost-benefit analysis*). Inne ujęcie ważenia ingerencji w prawo względem realizacji celu może polegać na ważeniu racji (*balancing as reasoning*). W tym znaczeniu ważenie racji jest metodą argumentacji (wywodu moralnego), choć nie jedyną z możliwych. *Ibidem*, s. 715.

⁷³ D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, New York 2004, s. 160.

⁷⁴ J. Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, [w:] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, s. xxxi.

pytań jest negatywna, oceniający (sąd) powinien stwierdzić, że doszło do naruszenia prawa lub wolności i na tym zakończyć swoją analizę. Niektóre sądy przeprowadzają jednak analizę proporcjonalności bez wskazania poszczególnych etapów testu proporcjonalności, dokonując „globalnej” oceny proporcjonalności⁷⁵. Poza tym różne sądy, a także te same sądy w różnych okresach kładą nacisk na inne etapy testu proporcjonalności⁷⁶. To jednak etap oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu jest kluczowy dla zrozumienia popularności analizy proporcjonalności.

Popularność testu proporcjonalności wynika z samej metody oceny ograniczeń, która nie opiera się na materialnych teoriach praw jednostki, nie daje tym samym pierwszeństwa z góry określonym wartościom czy prawom⁷⁷. Jak już wspomniano, jako metoda sądowej kontroli analiza proporcjonalności opiera się na badaniu relacji środków do celów w odniesieniu do okoliczności danej sprawy i z tego względu jest uważana za najbardziej „obiektywny, rzeczowy, naukowy, a zatem przejrzysty i uzasadniony” standard sędziowski⁷⁸. Wyjaśnienie popularności analizy proporcjonalności i jej powszechnego zastosowania kryje się w otwartym charakterze tej metody, która nadaje się do

⁷⁵ Takie podejście dominuje w orzecznictwie Sądu Konstytucyjnego RPA. Por. stanowisko sędziego Albiego Sachsa w sprawie *Coetsee v Government of the Republic of South Africa, Matiso & Others v Commanding Officer Port Elizabeth Prison & Others 1995* (4) SA 631 (CC) § 46 („we should not engage in purely formal or academic analyses, nor simply restrict ourselves to ad hoc technicism, but rather focus on what has been called the synergetic relation between the values underlying the guarantees of fundamental rights and the circumstances of the particular case”).

⁷⁶ A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 340.

⁷⁷ Choć dla niektórych badaczy to właśnie model pierwszeństwa praw, zakładający normatywne pierwszeństwo praw nad innymi wartościami, stanowi kwintesencję liberalnego konstytucjonalizmu, to jednak model optymalizacji praw, oparty na teorii praw jako zasad R. Alexy’ego, zyskał powszechną akceptację. Jednocześnie należy podkreślić, że oba te modele są wyrazem operacjonalizacji zasady proporcjonalności w obszarze praw człowieka. L.B. Tremblay, *An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing*, „International Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 12, s. 864.

⁷⁸ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional...*, s. 20.

zastosowania w każdej kulturze prawnej⁷⁹. Jednocześnie należy mieć świadomość, że praktyka stosowania analizy proporcjonalności, a przede wszystkim ważenia kolidujących dóbr jest różna w różnych państwach⁸⁰, a także w ramach jednej jurysdykcji na przestrzeni lat lub nawet w tym samym okresie⁸¹.

Drugą, równie ważną przyczyną rosnącego znaczenia analizy popularności są względy instytucjonalne. Przykład Niemiec pokazuje, że analiza proporcjonalności zwyciężyła nad kategorycznym podejściem do praw, gdyż dawała możliwość rozszerzenia władzy sądu konstytucyjnego. Zwolennicy ekspansywnej kontroli sądowej uznali, że sąd konstytucyjny powinien wypowiadać się również w sprawach ograniczeń, które nie naruszają rdzenia praw, ale dotyczą zakresu ich realizacji. Jednocześnie uznano, że stosując test proporcjonalności, sąd konstytucyjny może uniknąć konieczności prowadzenia wywodów moralnych, a zamiast tego oprzeć swoją argumentację na ocenie konkretnych okoliczności faktycznych⁸². Stanowisko to jest oczywiście błędne, gdyż ważenie kolidujących wartości

⁷⁹ M. Kremnitzer, *Is Proportionality an Effective Protector of Human Rights? 'Proportionality and Constitutional Culture' by Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat – a Critique*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2014, vol. 10, s. 116 (“very convincing explanation to the acceptance of proportionality all over the globe is [in] the fact that the main test, the third one, is hollow and can be fulfilled by any content. Because the common denominator is so low, it is so easy to adopt it. It is adaptability and flexibility that are the secret powers of proportionality, making it a transportable concept.”).

⁸⁰ N. Petersen, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany, and South Africa*, Cambridge 2017; J. Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge 2013.

⁸¹ Dla przykładu kanadyjski Sąd Najwyższy najczęściej stwierdza, że badane prawo lub polityka nie przechodzą testu konieczności. Jednocześnie należy zauważyć, że sąd ten ocenia alternatywne środki w ramach testu konieczności, natomiast niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny oraz izraelski Sąd Najwyższy mają tendencję do przesuwania tej oceny do ostatniego etapu analizy proporcjonalności, czyli proporcjonalności w ścisłym znaczeniu. D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, „Toronto Law Journal” 2007, vol. 57, s. 383.

⁸² B.W. Miller, *Proportionality's Blind Spot: 'Neutrality' and Political Philosophy*, [w:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014, s. 370–396.

wymaga wartościujących ocen, przez co zależy od argumentów natury moralnej. Co więcej, sam test proporcjonalności nie daje sędziom żadnych wskazówek, jak rozstrzygnąć sprawę co do meritum, a zwłaszcza według jakiej miary zważyć kolidujące wartości⁸³.

1.3. Analiza proporcjonalności a słabość praw

W modelu praw człowieka nazywanym modelem optymalizacji praw status praw jest słaby. Model ten opiera się na teorii praw konstytucyjnych Roberta Alexy'ego, zgodnie z którą prawa wymagają optymalizacji w zależności od okoliczności prawnych i faktycznych⁸⁴. Alexy uważa, że prawa to zasady, które różnią się jakościowo od reguł. Reguły mają bowiem określony charakter, a jeśli obowiązują, muszą być w całości przestrzegane. Natomiast prawa jako zasady mają abstrakcyjny, otwarty charakter i mogą podlegać daleko idącym ograniczeniom. Alexy określa prawa mianem praw *prima facie*, ponieważ stanowią jedynie racje działań, które mogą zostać pokonane innymi racjami. Oznacza to, że zawsze – przynajmniej potencjalnie – mogą być ograniczone przez konkurencyjne wartości⁸⁵. W świetle tych założeń gwarancje praw wydają się złudne⁸⁶.

⁸³ Dlatego też w doktrynie pojawiają się zarzuty, że analiza proporcjonalności pozwala na nieskrępowany wywód moralny (*unconstrained moral reasoning*), a w rezultacie staje się orzekaniem niezwiązanym prawem (*legally unconstrained adjudication*). Por. F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality*, „American Journal of Jurisprudence” 2012, vol. 57, s. 49–80.

⁸⁴ R. Alexy, *A Theory of Constitutional...*, s. 46, 47 („[p]rinciples are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also what is legally possible. The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules”).

⁸⁵ *Ibidem*, s. 70.

⁸⁶ Jak zauważył John Finnis, sama idea praw odnosi się do obrazu podstawowej idei, która jest istotą określonego przedmiotu, ale zostaje określona przez wybory dokonane

Zgodnie z teorią praw jako zasad, wszelkie – konstytucyjne czy traktatowe – deklaracje praw nie gwarantują rzeczywistego egzekwowania indywidualnych praw (roszczeń), o ile istnieje przekonujące uzasadnienie ich ograniczenia. W tym duchu Mattias Kumm twierdzi, że wartość posiadania praw leży jedynie w konieczności uzasadnienia ich ograniczenia⁸⁷. Inaczej mówiąc, prawa *prima facie* to prawa do uzasadnienia ograniczeń ich realizacji⁸⁸. Podobnie Alec Stone Sweet i Jud Mathews zauważają, że prawa dają jedynie prawo roszczenia praw w ramach zasady proporcjonalności i nic więcej⁸⁹. Jednocześnie posiadanie praw nie oznacza pierwszeństwa w konflikcie z innymi wartościami⁹⁰. Wręcz przeciwnie, na etapie ważenia kolidujących wartości, prawa i interesy publiczne działają na tej samej płaszczyźnie⁹¹. W analizie proporcjonalności, a w szczególności na etapie ważenia, zakłada się więc, że prawa nie mają automatycznego pierwszeństwa przed interesem publicznym⁹². Jest to podstawowa różnica w stosunku do katerycznego podejścia do praw prezentowanego w liberalnych teoriach praw – teoriach przedstawiających prawa jako atuty (*rights as trumps*)⁹³, jako zapory

z miriady możliwych rozwiązań. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York 2011, s. 284.

⁸⁷ M. Kumm, *Institutionalising Socratic...*, s. 12.

⁸⁸ *Idem*, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Right-Based Proportionality Review*, „Law and Ethics of Human Rights” 2010, vol. 4, s. 141.

⁸⁹ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, „Emory Law Journal” 2011, vol. 60, s. 809.

⁹⁰ M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure...*, s. 16.

⁹¹ Inaczej problem ten przedstawia Frederick Schauer, który twierdzi, że między prawami i innymi interesami jest widoczna różnica w analizie proporcjonalności. Różnica ta ma charakter strukturalny i wyraża się w domniemaniu na korzyść praw oraz rozłożeniu ciężaru dowodu. Por. F. Schauer, *Proportionality and Question of Weight*, [w:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014, s. 173–185.

⁹² S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, „International Journal of Constitutional Law” 2009, vol. 7, s. 471.

⁹³ R. Dworkin, *Taking Rights...*, s. 193.

ogniowe (*rights as firewalls*)⁹⁴ czy jako boczne ograniczenia (*rights as side-constraints*)⁹⁵.

Prawa *prima facie* są jedynie prototypami praw – tych ostatecznych i nieredukowalnych. Koncepcja praw jako zasad jest jednak ściśle związana z wymogami życia w warunkach demokracji, a przede wszystkim z koniecznością określania granic dla realizacji praw i wolności jednostki w prawie (w ustawach) przez prawodawcę. Dlatego też model optymalizacji praw ma przede wszystkim silne uzasadnienie w poszanowaniu równości wszystkich ludzi⁹⁶.

W piśmiennictwie podkreśla się, że model optymalizacji praw jest bezstronny wobec różnych poglądów i racji, a tym samym wyraża zasadę równego traktowania wszystkich osób. Stosując zasadę proporcjonalności jako kryterium oceny działań (państwa) wkraczających w sferę praw i wolności jednostki, uznajemy zatem, że każdy proces praktycznej deliberacji powinien być bezstronny w stosunku do tych osób, których dotyczy i na które może oddziaływać. W procesie podejmowania decyzji o treści prawa lub kształcie polityki należy więc odrzucić pogląd, że niektóre osoby (ich prawa lub potrzeby) są ważniejsze niż inne⁹⁷. Ich prawa nie powinny mieć bowiem automatycznej przewagi nad innymi prawami (prawami innych osób, ich interesami, poglądami itp.)⁹⁸.

⁹⁴ J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge 1996, s. 254.

⁹⁵ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York 1974, s. 28–33.

⁹⁶ L.B. Tremblay, *An Egalitarian Defense...*, s. 868.

⁹⁷ W podobny sposób argumentuje Ewa Łętowska, która zauważa, że zasada proporcjonalności nie eliminuje, ale włącza w dyskurs „także peryferyjne mniejszości i interesy”. E. Łętowska, *Wprowadzenie do problematyki...*, s. 16.

⁹⁸ L.B. Tremblay, *An Egalitarian Defense...*, s. 872. [„The moral equality of persons conditions the legitimate exercise of political power and coercion. A legitimate state must treat all citizens with equal concern and respect. This does not necessarily mean equal treatment in the sense that all citizens should have the same burdens and benefits (equal tax, equal military service, equal vote, equal education). It means that the political decisions and norms, including the judgments about the relative worth of the individuals and of their claims, must be justified in terms of standards, norms, criteria, and procedures that are consistent with the principle of impartiality. Insofar as the constitution purports to guarantee the

Uzasadnienie dla stosowania analizy proporcjonalności odwołujące się do zasad równości i bezstronności jest niewątpliwie ważne w pluralistycznych społeczeństwach, które uznają różnorodność kulturową jako część zbiorowej tożsamości, etosu i podstawowych konstytucyjnych wartości⁹⁹.

Chociaż w doktrynie istnieje spór co do tego, czy ograniczenia praw wyznaczają zakres praw, czy zakres ich realizacji¹⁰⁰, kwestia ta jest drugorzędna wobec powszechnego uznania, że prawodawca może w pewnym zakresie renegocjować treść umowy społecznej¹⁰¹. Ostatecznie jednak prawodawca jest związany normami konstytucji, a wprowadzone ograniczenia powinny podlegać kontroli ich zgodności z konstytucją¹⁰². Co więcej, w liberalnej demokracji konstytucyjnej przyjmuje się, że kontrola ta należy do sądów¹⁰³.

legitimate exercise of political power and coercion, the constitutional arrangement must be the result of, or be validated by an impartial process of deliberation”.]

⁹⁹ *Ibidem*, s. 889. Można zatem argumentować, że rosnąca popularność analizy proporcjonalności potwierdza zwrot od liberalnego konstytucjonalizmu, uznającego modelu pierwszeństwa praw, do pluralistycznego konstytucjonalizmu, który zakłada równą wartość praw i interesów jednostek żyjących w pluralistycznym społeczeństwie.

¹⁰⁰ Dla Aharona Baraka zakres prawa jest określony na poziomie konstytucyjnym, a więc ponadustawowym, natomiast zakres realizacji praw jest ustalony przez ustawodawcę, a więc aktami o niższej randze niż konstytucja. W tym ujęciu prawa są więc definitywne, a zakres konstytucyjnej ochrony zostaje oddzielony od zakresu realizacji. Takie podejście uzasadnia dwuetapową analizę ograniczeń praw jednostki, zgodnie z którą w pierwszym etapie należy w drodze konstytucyjnej interpretacji zdefiniować zakres praw, a w drugim – przeanalizować uzasadnienie ograniczenia tych praw. Konsekwencją tego podejścia jest przesunięcie analizy wagi interesów publicznych na etap oceny uzasadnienia ograniczenia, a nie na etap definiowania konstytucyjnego zakresu praw. A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 39–41, 75–80. Natomiast Robert Alexy uważa, że ograniczenie to ingerencja w zakres praw. R. Alexy, *The Theory of Constitutional...*, s. 47.

¹⁰¹ G. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009.

¹⁰² A. Barak, *The Judge in a Democracy*, s. 236–240. Por. S. Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, „U.C.L.A. Law Review” 2007, vol. 54, s. 789 (wskazując, że dialog między prawodawcą a sądami jest odpowiedzią na zarzut działania ponad wolą demokratycznej większości (określany jako *countermajoritarianism*)).

¹⁰³ A. Sweet Stone, *Constitutional Courts*, [w:] A. Sajó, M. Rosenfeld, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, s. 823.

Jednocześnie to właśnie sądy dodatkowo osłabiają pojęcie praw¹⁰⁴, gdyż najczęściej interpretują je szeroko, co generuje inflację praw¹⁰⁵. W doktrynie zauważa się więc, że chociaż szeroka interpretacja praw niekoniecznie prowadzi do ich realnie szerszej ochrony, sądy mają tendencję do szerokiego definiowania zakresu ochrony praw, ponieważ prawa mają niewątpliwy symboliczny urok. Poza tym jest bardziej prawdopodobne, że sądy zostaną pochwalane za hojność niż powściągliwość w definiowaniu praw¹⁰⁶. W konsekwencji, szeroko definiowane prawa łatwo popadają w konflikt z innymi prawami. Poza tym zarówno na poziomie krajowym, jak i światowym nieustannie ewoluuje nie tylko ich treść, ale też katalog¹⁰⁷.

1.4. Krytyka analizy proporcjonalności

W teorii praw Roberta Alexy'ego analiza proporcjonalności opiera się na ważeniu zasad, nazwanym prawem równoważenia (*the law of balancing*). Zgodnie z tym prawem im większy stopień braku realizacji lub ograniczenia jednej zasady, tym większa powinna być waga realizacji drugiej zasady¹⁰⁸. Dla porównania, Aharon Barak formułuje regułę

¹⁰⁴ Typowym przykładem jest uznanie przez Federalny Sąd Konstytucyjny, że karmienie gołębi, jazda konno w lasach państwowych czy palenie marihuany podlegają pod zakres ochrony wolności osobistej jednostek. Por. BVerfGE 54, 143; BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203; BVerfGE 54, 143.

¹⁰⁵ K. Möller, *Proportionality and Rights Inflation*, [w:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014, s. 159. Autor ten zauważa, że szeroka koncepcja praw jest wynikiem uznania ludzkiej autonomii, która mogłaby być utracona, gdyby sądy starały się ustanowić jakiś próg ważności dla aktywności człowieka podlegającej ochronie.

¹⁰⁶ S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault...*, s. 468.

¹⁰⁷ Por. np. D. Clément, *Debating Rights Inflation in Canada. A Sociology of Human Rights*, Toronto 2018; E.A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, New York 2014; C. Wellman, *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder 1999.

¹⁰⁸ R. Alexy, *The Theory of Constitutional...*, s. 102. [„the greater the degree of non-satisfaction or limitation of one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.”]

ważenia w następujący sposób – im ważniejsze jest zapobieżenie marginalnemu uszczerbkowi dla prawa i wyższe prawdopodobieństwo, że go dozna, tym ważniejsza powinna być marginalna korzyść dla interesu publicznego lub ochrony praw innych osób uzasadniająca ograniczenie tego prawa¹⁰⁹. W tym drugim ujęciu kluczowe jest więc zestawienie wartości *netto* po stronie korzyści i strat. Oba te ujęcia mają jednak podstawową wadę – przyjmuje się w nich możliwość określenia stopnia naruszenia prawa i stopnia realizacji konkurującej z nim zasady (prawa lub interesu publicznego), zakładając, że można zmierzyć te wartości i je sensownie porównać.

Krytycy analizy proporcjonalności najczęściej krytykują właśnie mechanizm ważenia zasad¹¹⁰. Podnoszą przede wszystkim, że idea praw człowieka zaprzecza możliwości ważenia ich z innymi konkurencyjnymi wartościami¹¹¹. Pogląd ten odrzuca model optymalizacji praw człowieka i przyjmuje za jedyne właściwe podejście model uznający pierwszeństwo praw. Inne głosy krytyczne w stosunku do analizy proporcjonalności, a w szczególności w stosunku do ważenia kolidujących wartości, wskazują na problem niewspółmierności (*incommensurability*)¹¹². Zarzucają

¹⁰⁹ A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 11. („[t]he more important it is to prevent marginal harm on the constitutional right, and the higher the probability such harm will occur, then the marginal benefit to the public interest (or to the protection of other persons' rights) required to justify such limits should be more socially important, more urgent, and more probable.”)

¹¹⁰ Krytycy mechanizmu ważenia uderzają bezpośrednio lub pośrednio w analizę proporcjonalności, która opiera się na tym mechanizmie. F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge 2017.

¹¹¹ P.-E.N. Veil, *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making*, „Law and Ethics of Human Rights” 2010, vol. 4, s. 178–228; J. Griffin, *Incommensurability*, [w:] R. Chang (red.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge 1997. Por. też J. Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, [w:] R.P. George (red.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford 1992.

¹¹² Por. np. N. Petersen, *Proportionality and the Incommensurability Challenge in the Jurisprudence of the South African Constitutional Court*, „South African Journal on Human Rights” 2014, vol. 30, s. 405; V.A. Da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2011, vol. 31, s. 273–301.

przede wszystkim, że ważenie prowadzi do subiektywnych i intuicyjnych decyzji, ponieważ ich wartość *netto* może być niewspółmierna¹¹³.

W odpowiedzi na tę krytykę zwolennicy analizy proporcjonalności zauważają, że przyznanie pierwszeństwa prawom (*trumping*) oraz metoda ważenia (*balancing*) nie wykluczają się wzajemnie, czyli nie są sprzeczne, pod warunkiem że wartości konkurujące z prawami również mają status konstytucyjny, a prawom nadaje się abstrakcyjnie wyższą wartość¹¹⁴. Wyższa abstrakcyjna wartość praw oznacza, że łatwiej im jest przeważać nad względami interesu publicznego w konkretnych przypadkach. Poza tym nawet w modelu optymalizacji praw nie wszystko jest do zbycia. Okazuje się bowiem, że analiza proporcjonalności jest często stosowana razem z zakazem naruszania rdzenia praw. Zakaz ten oznacza, że ograniczenia nie mogą naruszyć istoty praw. Dlatego też nawet jeżeli w teorii praw Alexy'ego prawa nie mają leksykalnego pierwszeństwa nad innymi względami, istnieje sposób, aby zagwarantować im efektywną ochronę.

W szczególności w odpowiedzi na zarzut niewspółmierności zwolennicy analizy proporcjonalności podnoszą, że problem ten (zwłaszcza problem kwantyfikowalności i braku wspólnej miary) nie wyklucza sensownego porównania kolidujących wartości. Odnosząc się do problemu kwantyfikowalności, zwolennicy ważenia zauważają, że metoda ta nie polega na mierzeniu, ale porównaniu kolidujących wartości na wspólnej skali. Wspólna skala oznacza zastosowanie kwalifikatorów „słaby”, „średni” oraz „poważny” w ocenie stopnia intensywności ingerencji, a także stopnia realizacji dobra konkurującego z prawem. Samo natomiast stwierdzenie, że konkretne ograniczenie jest poważne (daleko idące)

¹¹³ R. Pildes, *Against Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, „Hastings Law Journal” 1994, nr 45, s. 711; *idem*, *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, „Review of Constitutional Studies” 2000, vol. 6, s. 179. Por. także R.A. Posner, *Law Pragmatism and Democracy*, Boston 2003, s. 362.

¹¹⁴ M. Klatt, M. Meister, *Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, vol. 10, s. 691.

zależy od zewnętrznego uzasadnienia moralnego, które podlega odrębnej ocenie, a więc i krytyce¹¹⁵. Z kolei zarzut braku wspólnej miary jest odrzucany właśnie ze względu na to, że ważenie dóbr nie wymaga wspólnej miary, ale wspólnej skali, która umożliwia ich porównanie. Stąd też niewspółmierność jest tylko warunkiem początkowym dla ważenia dóbr, a nie warunkiem wykluczającym ważenie dóbr¹¹⁶.

Przyjmując jako punkt wyjścia koncepcję słabej niewspółmierności (*weak incommensurability*), okazuje się, że jest możliwe wskazanie racjonalnych przesłanek nadania pierwszeństwa jednym zasadom przed innymi¹¹⁷. W tym właśnie zakresie ważenie zależy od racji moralnych (*balancing as moral reasoning*)¹¹⁸. Dlatego też można uznać, że ważenie kolidujących wartości przyjmuje wspólną miarę – jest to miara racjonalnej argumentacji (*a common metric qua moral reasoning*)¹¹⁹. Idąc dalej

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 696, 697.

¹¹⁶ V.A. Da Silva, *Comparing the Incommensurable...*, s. 283.

¹¹⁷ J. Waldron, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, „Hastings Law Journal” 1994, nr 45, s. 816. W słabej koncepcji niewspółmierności Jeremy’ego Waldrona ustalenie pierwszeństwa praw dokonuje się właśnie poprzez ważenie. Natomiast mocna koncepcja niewspółmierności oznacza, że wybór między dwoma wartościami nie może być dokonany (po prostu nie wiadomo co wybrać, ponieważ nie ma przesłanek do stwierdzenia, że wybór jednej z nich jest prawidłowy). *Ibidem*, s. 815. Jak tłumaczy Kai Möller, przyjęcie mocnej koncepcji niewspółmierności prowadzi w efekcie do zaakceptowania wyboru przyjętego przez ustawodawcę lub organ stosujący prawo. K. Möller, *Proportionality: Challenging...*, s. 720. Autor ten podkreśla, że koncepcja słabej niewspółmierności ma zastosowanie nie tylko do konfliktu wartości, z których jedna ma automatyczne pierwszeństwo.

¹¹⁸ W tym znaczeniu ważenie (*balancing*) nie odnosi się do analizy kosztów i zysków, ale racjonalnego argumentowania o dwóch kolidujących wartościach. J. Waldron, *Fake Incommensurability...*, s. 819. Por. też K. Möller, *Proportionality: Challenging...*, s. 721. Ważenie jako praktyczne rozumowanie może być zilustrowane przykładem sprawy *Hutton p. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 36022/97. W sprawie tej Europejski Trybunał Praw Człowieka badał zarzut naruszenia prawa do ochrony życia prywatnego w związku z ruchem samolotów w porze nocnej. Podstawą rozstrzygnięcia tej sprawy nie była jednak analiza kosztów i zysków, ale moralny argument określający akceptowalny poziom hałasu, którego uzasadnieniem są korzyści ekonomiczne. Dlatego też w sprawie tej ETPCz przyznał rację skarżącemu.

¹¹⁹ M. Klatt, M. Meister, *Proportionality – a Benefit...*, s. 698.

tym tropem, można argumentować, że to konstytucja tworzy wspólny punkt wyjścia (aksjologię) i pośrednio zakłada porównywalność praw i innych chronionych wartości¹²⁰.

Przeciwnicy analizy proporcjonalności zarzucają też, że jako metoda jest tylko z pozoru neutralna i obiektywna, w rzeczywistości natomiast unika moralnego argumentowania. W szczególności Grégoire Webber uważa, że analiza proporcjonalności wydaje się odpolityczniać prawa poprzez odstąpienie od moralnej i politycznej oceny dotyczącej ograniczenia praw na rzecz technicznych pytań o wartość i wagę kolidujących dóbr¹²¹. W odpowiedzi zwolennicy analizy proporcjonalności wykazują, że ważenie dóbr jest również oparte na analizie moralnej, a nie jedynie na sylogizmie prawniczym. Rozróżniają oni w tym zakresie dwa rodzaje uzasadnienia ograniczeń praw, przyznając, że zasady logiki faktycznie stanowią jedynie o wewnętrznym uzasadnieniu ograniczenia. Natomiast zewnętrzne uzasadnienie ma na celu wykazanie prawdziwości przesłanek ograniczenia i polega na wskazaniu racji, które podlegają ważeniu. Racje te mogą wskazywać na przykład na poważny charakter ingerencji czy też niską wartość interesu publicznego kolidującego z prawem¹²². Podobnie Mattias Kumm argumentuje, że ważenie dóbr wymaga uruchomienia praktycznego rozumowania, a więc w ostatecznym rozrachunku decyzja sądu musi oprzeć się na materialnej teorii sprawiedliwości. Ze stanowiskiem tym zgadza się również Robert Alexy, który zastrzega, że zasada proporcjonalności „wymaga suplementacji” poprzez

¹²⁰ Dla porównania Moshe Cohen-Eliya i Iddo Porat twierdzą, że ważąc kolidujące wartości sądy, oceniają każdą wartość według jej własnej miary (*value in its own terms*). M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional...*, s. 40. Por. też R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, s. 433.

¹²¹ G. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 2010, vol. 23, s. 179.

¹²² M. Klatt, M. Meister, *Proportionality – a Benefit...*, s. 694. Autorzy ci twierdzą, że ważenie polega na ocenie intensywności oraz rangi kolidujących wartości, dlatego też wymaga moralnej argumentacji.

uwzględnienie racji politycznej moralności. W rezultacie wynik analizy proporcjonalności zależy od względów zewnętrznych¹²³.

Jednocześnie nawet zwolennicy analizy proporcjonalności zauważają, że ocena proporcjonalności (*proportionality judgment*) zależy od oceny normatywnej oraz empirycznej, a w konsekwencji może rodzić problemy wynikające z uprzedzeń (*prejudice or bias*) oraz niepewności poznawczej (*cognitive uncertainty*)¹²⁴. W podobnym tonie krytycy analizy proporcjonalności podnoszą, że jej stosowanie prowadzi do nieprzewidywalnych, a tym samym zróżnicowanych, wyników i zależy od arbitra oraz konkretnej sprawy. Część jednak z tych zarzutów pojawia się jednak tylko w odniesieniu do sposobu, w jaki rozstrzygnięto konkretną sprawę, a nie do zasady (analizy) proporcjonalności jako takiej¹²⁵.

Ze względu na konieczność prezentacji ocen zarówno wartościujących, jak i empirycznych, analiza proporcjonalności wymaga wiedzy i doświadczenia. Jak wykazały eksperymentalne badania na grupie ekspertów prawa (prawników i pracowników akademickich) zarówno preferencje ideologiczne, jak i ocena faktów normatywnie istotnych miały znaczący wpływ na wynik analizy proporcjonalności¹²⁶. W badaniach tych okazało się też, że ustrukturyzowany wywód prawny, ściśle wytyczony przez etapy testu proporcjonalności, bardziej chroni przed nieuprawnionym odwoływaniem się do osobistych preferencji niż „globalna” ocena proporcjonalności. Ponadto ustrukturyzowany wywód, czyli wywód ujęty w strukturze testu proporcjonalności w większym stopniu pomagał uwzględnić istotne okoliczności faktyczne. Co ciekawe,

¹²³ M. Kumm, *Political Liberalism...*, s. 141.

¹²⁴ R. Alexy, *Thirteen Replies...*, s. 344 („proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside”).

¹²⁵ K. Möller, *Proportionality: Challenging...*, s. 718. Dla przykładu krytyka analizy proporcjonalności Stavosa Tsakyrakisa dotyczyła faktycznie krytyki kilku wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (m.in. w sprawie *Otto-Preminger Institute p. Austria* z 1995 r.).

¹²⁶ R. Sulitzeanu-Kenan, M. Kremnitzer, S. Alon, *Facts, Preferences...*, s. 348.

przeprowadzony eksperyment nie potwierdził występowania systematycznych uprzedzeń w procesie przetwarzania informacji¹²⁷.

1.5. Proporcjonalność a ważenie kolidujących wartości

W literaturze dotyczącej analizy proporcjonalności poświęca się wiele uwagi porównaniu podejścia do konstytucyjnych praw i wolności w Stanach Zjednoczonych i w Europie. W porównaniu tym przyjmuje się, że europejski model ochrony praw opiera się na teorii praw jako zasad i na analizie proporcjonalności. Model ten reprezentuje orzecznictwo niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jego przeciwieństwem jest model pierwszeństwa praw przyjęty w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego USA.

Jednocześnie należy podkreślić, że orzecznictwo niemieckiego sądu konstytucyjnego nie jest idealnym przykładem zastosowania teorii praw Roberta Alexy'ego, ze względu na szczególne miejsce ochrony godności ludzkiej w niemieckim systemie prawa¹²⁸. W teorii Alexy'ego wszystkie prawa człowieka mają taką samą wartość. Natomiast w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego naruszenie godności jest traktowane w sposób kategoryczny i nie podlega ograniczeniom¹²⁹. Pozostałe prawa i wolności mają natomiast relatywny charakter, dlatego analiza ich ograniczeń składa się z dwóch faz – w pierwszej sąd dokonuje oceny, czy

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Szczególny status godności ludzkiej w niemieckiej konstytucji stanowi element tożsamości konstytucyjnej, który uzasadnia wyjątki od stosowania wiążących przepisów prawa Unii Europejskiej (w tym podstawowych swobód).

¹²⁹ Z tego też powodu Niemcy stanowią atypowy przykład stosowania modelu optymalizacji praw. Por. M. Kremnitzer, *Is Proportionality...*, s. 112. Kremnitzer trafnie zauważa, że koncepcja godności ludzkiej pozostaje bardzo płynna i niedookreślona, podobnie jak kryteria bliskości innych praw z godnością. W tym zakresie ocena często faktycznie zależy od osobistych przekonań sędziów – tak w sprawie *Mephisto*, BVerfGE 30, 173, w której do końca nie wiadomo, dlaczego ochrona dobrego imienia zmarłego powinna przeważać nad ochroną wolności artystycznej. Połowa składu orzekającego w tej sprawie orzekła, że ochrona dobrego imienia ma bliższy związek z godnością.

doszło do ingerencji w konstytucyjny zakres ochrony, w drugiej – ocenia uzasadnienie tej ingerencji.

Wbrew obiegowym poglądom, w niemieckim i amerykańskim podejściu do ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jest więc sporo podobieństw. Po pierwsze, i Niemcy, i USA ze względów historycznych uznają pewne kategorie praw za nadrzędne. W Niemczech dominuje pozycja godności ludzkiej, a w USA pierwszeństwo przyznaje się wolności, przede wszystkim wolności słowa i religii, a także wolności od dyskryminacji. Podstawową różnicą między tymi państwami jest więc uzasadnienie sądowej kontroli (*judicial review*). W Niemczech uzasadnieniem silnej władzy sądu konstytucyjnego jest uznanie totalnego fiaska mechanizmów politycznych w czasach Republiki Weimarskiej, które doprowadziło do rządów Hitlera. Uzasadnienie to ma więc źródło w pamięci narodu, której wyrazem jest ograniczone zaufanie do rządzącej większości. Jednocześnie wybór sędziów Federalnego Sądu Konstytucyjnego zależy od zgody głównych ugrupowań w parlamencie, co sprawia, że ich legitymacja nie jest jednoznacznie polityczna. Z kolei nominacja sędziów Sądu Najwyższego USA ma charakter polityczny, gdyż należy do prezydenta, choć wymaga też zgody Senatu.

Choć z jednej strony powiązanie analizy proporcjonalności z kulturą uzasadnień sądowych wydaje się trafne w odniesieniu do Niemiec, to określenie Stanów Zjednoczonych jako kultury władzy wyrażającej się w sądowej kontroli opartej na regułach (a nie zasadach) nie jest zupełne¹³⁰. Różnica między europejskim i amerykańskim podejściem do praw i wolności nie sprowadza się do różnicy między stosowaniem reguł i zasad, ponieważ Sąd Najwyższy USA również stosuje standardy¹³¹. Jednocześnie w obszarze praw człowieka widoczny jest amerykański ekscepcjonalizm, który manifestuje się w niechęci sędziów Sądu Najwyższego USA do

¹³⁰ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional...*

¹³¹ M. Cohen-Elyia, I. Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, „International Journal of Constitutional Law” 2010, vol. 8, s. 264.

korzystania z zapożyczeń konstytucyjnych czy gotowych „szablonów”, takich jak test proporcjonalności¹³². Ich ocena naruszeń praw zależy od kategorii praw, stworzonych na gruncie Konstytucji USA, a kategorie te przesądzają o zastosowaniu innego poziomu oceny sędziowskiej (*judicial scrutiny*). W praktyce oznacza to, że Sąd Najwyższy stosuje zróżnicowany poziom osądu sędziowskiego w zależności od kategorii prawa, które podlega ograniczeniom. Jednocześnie nawet w przypadku najbardziej chronionej kategorii, jaką jest wolność słowa, dozwala się na wyjątki, a Sąd Najwyższy stosuje różne testy w zależności od charakteru wypowiedzi¹³³. Co istotne, niektóre sprawy z zakresu wolności słowa Sąd Najwyższy rozstrzygnął na podstawie metody ważenia kolidujących wartości (*balancing*)¹³⁴.

Należy więc podkreślić, że analiza proporcjonalności odpowiada amerykańskiemu *balancing* tylko w zakresie stosowania mechanizmu ważenia (czyli testu proporcjonalności w ścisłym znaczeniu). W porównaniu tym ważne jest jednak, aby nie sprowadzać analizy proporcjonalności tylko do etapu ważenia¹³⁵, choć często tak właśnie wygląda praktyka. Poza tym warto zauważyć, że amerykańskie prawo konstytucyjne zna inne testy stosowane w badaniu naruszeń konstytucyjnych praw i wolności, które są bardzo podobne do pierwszego i drugiego kryterium testu proporcjonalności czyli przydatności i konieczności. Testy te nie zawierają jednak elementów mechanizmu ważenia (*balancing*). Na przykład test najmniej uciążliwego środka jest stosowany w sprawach, które podlegają najbardziej rygorystycznemu standardowi oceny sędziowskiej (*strict scrutiny*)¹³⁶.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.

¹³⁴ *Schneider v. New Jersey*, 308 US 147 (1939).

¹³⁵ M. Khosla, *Proportionality: an Assault on Human Rights? A Reply*, „International Journal of Constitutional Law” 2010, vol. 8, s. 298–306.

¹³⁶ Standard ten stosuje się w sprawach, które dotyczą praw podstawowych takich jak prawa wyborcze, prywatność, wolność przemieszczania się, a także w których użyto

Z kolei test przydatności, czyli pytanie o racjonalność środka, można odnaleźć w najmniej rygorystycznym standardzie oceny (*rational basis*)¹³⁷.

Jak już wspomniano, różny jest też kontekst historyczny pojawienia się analizy proporcjonalności w Niemczech i w USA¹³⁸. Zasada proporcjonalności narodziła się w pruskim prawie publicznym jako formalna przesłanka ograniczająca władzę policyjną, wprowadzając pojęcie praw jednostki do prawa pozytywnego. Jednocześnie zasada proporcjonalności stała się elementem składowym koncepcji państwa prawa (*Rechtsstaat*). Zgodnie z koncepcją państwa prawa władza ma przyzwolenie na ograniczenie praw jednostki tylko wtedy, gdy takie ograniczenie jest wyraźnie przewidziane przez prawo. Natomiast zasada proporcjonalności wprowadziła dodatkowe ograniczenie, nakazując stosowanie tylko takich środków, które są niezbędne do osiągnięcia prawowitych celów¹³⁹.

Choć pojawienie się zasady proporcjonalności w XIX w. w niemieckiej doktrynie prawa należy wiązać z ruchem progresywnym, Pruski Naczelny Sąd Administracyjny podchodził do niej w sposób formalistyczny¹⁴⁰. Początkowo w sądowej kontroli administracji dominujące znaczenie miały pytania poprzedzające faktyczny test proporcjonalności – tzn. pytanie o to, czy ograniczenie zostało wprowadzone na mocy prawa oraz czy jest uzasadnione prawowitym celem. Dlatego choć podłożem dla przyjęcia zasady proporcjonalności była teoria naturalnych

pojeżdżane rozróżnienie (*suspect class*) w oparciu o rasę, pochodzenie narodowe lub religię. Por. np. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹³⁷ M. Cohen-Elyia, I. Porat, *American Balancing...*, s. 269.

¹³⁸ Standard ten stosuje się do spraw, w których nie dotyczą podejrzaney klasyfikacji lub praw podstawowych, ale regulacji społeczno-gospodarczych – np. *United States Railroad Retirement Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166 (1980).

¹³⁹ M. Cohen-Elyia, I. Porat, *American Balancing...*, s. 272.

¹⁴⁰ K.F. Ledford, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court (1876–1914)*, „Central European History” 2004, vol. 7, s. 203. Por. kluczowy wyrok w sprawie *Kreuzberg* z 1882 r., w której sąd badał pod tym kątem prawo miejscowe zakazujące budowli przesłaniających widok na narodowy pomnik upamiętniający zwycięstwa wojenne Prus.

praw człowieka¹⁴¹, a racjonalizm kojarzono z wolnością¹⁴², zasada proporcjonalności w Niemczech pozostała związana z koncepcją rządów prawa. Jednocześnie to właśnie formalistyczne podejście do zasady proporcjonalności było krytykowane przez szkołę wolnego prawa (*Freirecht*)¹⁴³, opowiadającą się za realizmem, pragmatyzmem i juriesprudencją socjologiczną. Należy jednak podkreślić, że szkoła wolnego prawa nigdy nie była w mainstreamie niemieckiej dogmatyki prawa, a ważenie kolidujących wartości przyjęło się dopiero w praktyce Federalnego Sądu Konstytucyjnego¹⁴⁴.

Dla porównania w USA *balancing* rozwinął się w orzecznictwie Sądu Najwyższego w reakcji na formalizm ery Lochnerowskiej. W tym czasie propagatorem klasycznego formalizmu w USA był przede wszystkim Christopher Langdell. W obszarze praw jednostki Langdellizm oznaczał przyjęcie kategorycznych rozróżnień między obszarami prawa i pojęciami prawnymi, a odrzucał gradację pojęć czy możliwość rozróżnienia według stopnia. Langdell był zwolennikiem koncepcji praw absolutnych, a sprzeciwiał się koncepcji praw relatywnych oraz nadawaniu prawom społecznego znaczenia i funkcji¹⁴⁵. *Balancing* był zatem związany z nurtem antyformalizmu i został wymierzony w literalną interpretację konstytucji, której wyniki były społecznie trudne do zaakceptowania. Kluczowym przykładem takiej sprawy był wyrok w sprawie *Lochner*

¹⁴¹ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895, s. 267 („Die naturrechtliche Grundlage erfordert die Verhältnismäßigkeit der Abwehr und bestimmt damit das Maß der polizeilichen Kraftentwicklung. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz mit den allgemeinen Ermächtigungen, auf deren Grund die Polizeibehörde vorgeht, über dieses natürliche Maß hinaus Ermächtigung zur Abwehr geben wollte. Dadurch erhält dasselbe die Bedeutung einer wirksamen Rechtsschranke”).

¹⁴² Np. M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen 1924.

¹⁴³ Np. R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Tübingen 1884.

¹⁴⁴ N. Peters, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge 2017, s. 99. Autor ten zauważa jednak, że sposób ważenia faktycznie zależy od konkretnego przypadku.

¹⁴⁵ R. Pildes, *Forms of Formalism*, „Chicago Law Review” 1999, vol. 66, s. 608.

v. *New York*¹⁴⁶, w której Sąd Najwyższy, kierując się teorią praw naturalnych, uchylił prawo chroniące pracowników w imię kategorycznie pojmowanej wolności chronionej na gruncie 14 Poprawki. Dedukując wolność umów z koncepcji wolności, Sąd Najwyższy stwierdził, że regulacja czasu pracy jest niekonstytucyjna, choć w rzeczywistości pracownicy jako słabsza strona umowy o pracę nie mieli wpływu na warunki umowy. Głosem sprzeciwu wobec tak niesprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy było zdanie odrębne Olivera Holmesa¹⁴⁷.

Holmes, a także inni przedstawiciele amerykańskiego realizmu i pragmatyzmu (Benjamin Cardozo czy Roscoe Pound) uważali, że prawo powinno być środkiem do osiągnięcia celów społecznych, a nie autonomiczną dziedziną nauki. Holmes twierdził, że kiedy występuje konflikt praw, należy podjąć decyzję na podstawie rozróżnienia stopnia (*distinction of degree*), a nie logicznej dedukcji z koncepcji praw absolutnych¹⁴⁸. Wpisywał się tym samym w nurt realizmu i pragmatyzmu, zgodnie z którym sędziowie powinni rozważać różne interesy społeczne, gdyż prawda to konstrukt społeczny¹⁴⁹. Progresywni pragmatycy uważali też, że nadanie prawom pierwszeństwa przed interesami publicznymi służy manipulacji i forsuje cele ideologiczne, zgodne z preferencjami sędziów¹⁵⁰.

W powojennej historii amerykańskiego konstytucjonalizmu *balancing* stał się natomiast metodą rozstrzygania spraw dotyczących wolności słowa w kontekście walki z komunizmem (tzw. erze McCarthy'ego)¹⁵¹.

¹⁴⁶ 198 U.S. 45 (1905).

¹⁴⁷ *Ibidem*, s. 76 („the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law”).

¹⁴⁸ O.W. Holmes, *Path of Law*, [w:] *Collected Legal Papers*, New York 1920, s. 184.

¹⁴⁹ R. Goodman (red.), *Pragmatism: Critical Concepts in Philosophy*, London 2005.

¹⁵⁰ M. Cohen-Elyia, I. Porat, *American Balancing...*, s. 282.

¹⁵¹ Por. A. Śledzińska-Simon, *Prawa polityczne urzędników. Analiza porównawcza praktyki i orzecznictwa Francji, Niemiec, Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 2010, s. 274–278.

W szczególności sędzia Felix Frankfurter w swoich opiniach kierował się koncepcją praw jako standardów, a nie absolutnych kategorii¹⁵². Uważał także, że ważenie kolidujących wartości należy od władzy ustawodawczej, a ocena sędziów w tym zakresie powinna być powściągliwa. Jednocześnie podejście to było krytykowane jako przykład sędziowskiej kapitulacji w czasach podwyższonego ryzyka dla bezpieczeństwa publicznego. Z tego też powodu Sąd Najwyższy pod przewodnictwem Earla Warrena porzucił *balancing* jako metodę rozstrzygania konfliktów wartości¹⁵³.

Podsumowując, *balancing* w orzecznictwie amerykańskim był przykładem wpływu antyformalizmu i pragmatyzmu, natomiast analiza proporcjonalności w Niemczech jako metoda sądowej kontroli administracji mieściła się w ramach formalistycznej koncepcji prawa. Dopiero w powojennym orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego można zaobserwować zwrot w kierunku bardziej pragmatycznego podejścia¹⁵⁴. W USA *balancing* początkowo służył „poskromieniu praw”, a zwłaszcza skrajnie liberalnej interpretacji pojęcia wolności i praw wolnościowych, a w Niemczech – powstrzymaniu ograniczeń idących dalej niż to konieczne. Z powodu tej różnicy *balancing* nigdy nie zyskał w doktrynie amerykańskiego prawa konstytucyjnego takiego znaczenia jak analiza proporcjonalności w Niemczech.

Jednakże w ostatnim czasie *balancing* w USA znów stał się narzędziem progresywiwistów dążących do pewnego ideału sprawiedliwości społecznej w kwestiach takich jak akcje afirmatywne, wolność wypowiedzi o charakterze komercyjnym czy finansowanie kampanii wyborczych. Poza tym nie jest już kojarzony z powściągliwością sędziowską¹⁵⁵. Nie

¹⁵² *Dennis v. United States*, 241 U.S. 494 (1951).

¹⁵³ A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, „Yale Law Journal” 1984, vol. 96, s. 998.

¹⁵⁴ D. Grimm, *Proportionality in Canadian...* , s. 393–395. J. Bomhoff, *Balancing Constitutional...* , s. 125 („In Germany, Lüth and subsequent cases set out ‘balancing’ as an overarching principle of constitutional interpretation”).

¹⁵⁵ M. Cohen-Elyia, I. Porat, *American Balancing...* , s. 282.

zmienia to jednak fakt, że odniesienia do *balancing* są traktowane z podejrzliwością. Nie ma też jednności co do tego, jak *balancing* ma być rozumiany¹⁵⁶.

1.6. Analiza proporcjonalności a zakaz naruszania rdzenia praw

Pojęcie rdzenia praw odnoszące się do ich istotowej treści (*Wesensgehalt*) zostało po raz pierwszy wprowadzone w niemieckiej Ustawie Zasadniczej jako materialne ograniczenie władzy państwowej¹⁵⁷. Ze względu na historyczne doświadczenia Republiki Weimarskiej twórcy nowego porządku konstytucyjnego Niemiec chcieli zapobiec „wydrążaniu” praw z ich treści przez akty ustawodawcze i wykonawcze. Początkowo projekt niemieckiej konstytucji przewidywał, że zarówno ograniczenie, jak i konkretyzacja praw powinny zachować „prawo jako takie”¹⁵⁸. Jednak ostateczny tekst Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec odnosił się już tylko do nienaruszalności rdzenia prawa, a nie prawa jako takiego. Z historycznych względów kluczowe znaczenie dla konstytucyjnej ochrony praw i wolności w Niemczech miał jednak przede wszystkim bezwzględny zakaz naruszania godności ludzkiej¹⁵⁹.

¹⁵⁶ J. Bomhoff, *Balancing Constitutional...* i cytowana tam literatura wskazująca na szerokie zastosowanie formuły *ad hoc balancing* w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zwłaszcza w zakresie wolności słowa.

¹⁵⁷ Art. 19 ust. 2 Ustawy Zasadniczej stanowi, że „[w] żadnym wypadku nie może zostać naruszona istotna treść prawa podstawowego” (w oryginale – „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.”).

¹⁵⁸ Por. art. 21 ust. 4 tzw. projektu z Herrenchiemsee („Die Einschränkung eines Grundrechts oder die nähere Ausgestaltung durch Gesetz muss das Grundrecht als solches unangetastet lassen”).

¹⁵⁹ Art. 1 ust 1 Ustawy Zasadniczej stanowi, że „[g]odność człowieka jest nienaruszalna” (w oryginale – „Die Würde des Menschen ist unantastbar”). Natomiast art. 79 ust. 3 zastrzeżenie, że zmiana Ustawy Zasadniczej, która naruszałaby zasadę ochrony godności ludzkiej określonej w art. 1, jest niedopuszczalna.

Ostatecznie więc zarówno ludzka godność, jak i rdzeń praw są w niemieckiej konstytucji chronione jako dobra „nienaruszalne”. Zakazy ich naruszeń mają jednak inne znaczenie i funkcje. Jak wyjaśnił niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny, zakaz naruszania rdzenia praw dotyczy wszystkich władz publicznych i służy wzmocnieniu efektywnej ochrony konstytucyjnych praw i wolności, ale nie wiąże organów biorących udział w procesie tworzenia lub zmiany konstytucji. W procesie tworzenia lub zmiany konstytucji obowiązuje bowiem tylko zakaz naruszania godności ludzkiej¹⁶⁰.

Podsumowując, w świetle niemieckiej Ustawy Zasadniczej istnieją dwa pojęcia nienaruszalności – bezwzględne i względne. Tylko godność ludzka oraz rdzeń praw są bezwzględnie chronione jako „nienaruszalne” (*unantastbar*), prawa podstawowe podlegają względnej ochronie jako „nienaruszalne i niezbywalne” (*unverletzlich und unveräußerlich*)¹⁶¹.

W Ustawie Zasadniczej RFN nie znalazło się żadne odniesienie do zasady proporcjonalności. Jednak szereg gwarancji praw i wolności zawiera klauzule limitacyjne. Poza tym przyjmuje się, że gwarancje te podlegają również wewnętrznym ograniczeniom (*immanente Schranken*)¹⁶². W praktyce to właśnie jednak analiza proporcjonalności, a nie zakaz naruszania rdzenia, stała się standardem oceny ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności¹⁶³. W swojej słynnej decyzji dotyczącej prawa farmaceutycznego Federalny Sąd Konstytucyjny stwierdził, że koncepcja rdzenia praw nie może być podstawą oceny w tej sprawie, ponieważ fraza „w żadnym wypadku” sugeruje, że żadne ograniczenia praw podstawowych nie

¹⁶⁰ C. Enders, *Article 19*, [w:] V. Epping *et al.* (red.), *Grundgesetz*, Beck Online Kommentar, München 2018, Rn 51-89.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago 1994, s. 306. Autor ten podkreśla, że mimo początkowych oczekiwań, klauzula rdzenia praw odegrała mało istotną rolę w orzeczeniach niemieckiego sądu konstytucyjnego.

są dopuszczalne¹⁶⁴. Podejście to przesądziło o dalszej praktyce orzeczniczej Federalnego Sądu Konstytucyjnego, który słusznie zauważył, że analiza proporcjonalności zapewnia większą elastyczność decyzyjną niż kategoryczny zakaz naruszania rdzenia praw¹⁶⁵.

Jednakże klauzula dotycząca rdzenia praw (*essential core* lub *essential content of rights*) została następnie przyjęta w wielu konstytucjach tworzonych zarówno niedługo po zakończeniu II wojny światowej, jak i na fali tzw. drugiego konstytucjonalizmu zwłaszcza w Europie Środkowo-Wschodniej. Obecnie zakaz naruszania rdzenia praw znajduje się w konstytucjach Estonii, Federacji Rosyjskiej, Hiszpanii, Polski, Portugalii, Rumunii, Słowacji, Szwajcarii, Turcji i Węgier¹⁶⁶. W ostatnim czasie klauzulę rdzenia praw przyjęto w Konstytucji Republiki Kosowa z 2008 r., a także w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹⁶⁷. Mimo braku odniesień do koncepcji rdzenia praw w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, do koncepcji tej odwołuje się w swoich dokumentach Komitet Praw Człowieka¹⁶⁸. Poza tym koncepcja rdzenia wytycza obowiązki państw wynikających z Międzynarodowego

¹⁶⁴ BVerfGE 7, 377.

¹⁶⁵ G. van der Schyff, *Cutting the Core of Conflicting Rights: the Question of Inalienable Cores of Rights in a Comparative Perspective*, [w:] E. Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp 2008, s. 131–147.

¹⁶⁶ Koncepcja nienaruszalnego rdzenia praw znalazła się też w Przejściowej Konstytucji Republiki Południowej Afryki z 1993 r. Art. 33(1)(b) tej Konstytucji zawierał obok ogólnej klauzuli limitacyjnej także zakaz naruszenia istotnej treści praw.

¹⁶⁷ Art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

¹⁶⁸ Komitet Praw Człowieka odniósł się do zakazu naruszania istotnej treści praw w kilku istotnych Komentarzach Ogólnych – dotyczących wolności poruszania się, prawa do rzetelnego procesu sądowego oraz wolności wypowiedzi. Por. General Comment No 27: Freedom of Movement (Art. 12) (2 November 1999) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, § 13; General Comment No 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (26 May 2004) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 6; General Comment No 32: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial (Art. 14) (23 August 2007) UN Doc CCPR/C/GC/32, § 18; General Comment No 34: Freedoms of Opinion and Expression (Art. 19) (12 September 2011) UN Doc CCPR/C/GC/34, § 5.

Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹⁶⁹, przede wszystkim w zakresie praw społecznych¹⁷⁰, których realizacja w dużej mierze zależy od dostępnych zasobów¹⁷¹. Dlatego też koncepcja rdzenia praw jest wykorzystywana do wskazania minimalnej treści praw socjalnych¹⁷².

W tym kontekście należy jednak podkreślić, że to właśnie analiza proporcjonalności jest bardziej popularna niż ocena naruszenia praw i wolności w związku z zakazem naruszania rdzenia prawa. Jest tak między innymi dlatego, że koncepcja rdzenia opiera się na logice deontologicznej, która wymusza jednoznaczne określenie powinności i obowiązków, bez względu na okoliczności czy konsekwencje czynów (wskazanie tego, co jest właściwe, a nie tego, co jest dobre, np. w sensie utylitarnym). Dlatego też niektórzy sędziowie otwarcie przyznają, że klauzula rdzenia praw jest kłopotliwa. Twierdzą również, że stwierdzenie naruszenia na podstawie analizy proporcjonalności zwalnia ich z obowiązku rozstrzygania o tym, czy doszło jednocześnie do naruszenia rdzenia praw¹⁷³. Natomiast w tych sprawach, w których sądy powołują się na rdzeń praw, określenie elementów zaliczanych do istotowej treści prawa często jest bardzo uznaniowe¹⁷⁴.

¹⁶⁹ General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, § 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23.

¹⁷⁰ M. Scheinin, *Core Rights and Core Obligations*, [w:] D. Shelton (red.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013, s. 527–540.

¹⁷¹ Por. art. 1 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych.

¹⁷² K.G. Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, „Yale Journal of International Law” 2008, vol. 33, s. 113.

¹⁷³ Por. opinia sędziego Johna Didcotta w sprawie *Azanian Peoples Organisation (Azapo) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1996 (4) SA 671 (CC), § 66 („Negating the essential content of a constitutional right is, however, a concept that I have never understood. Nor can I fathom how one applies it to a host of imaginable situations. Baffled as I am by both conundrums, I would have been at a loss to hold that the denial of the right in question either had or had not negated its essential content. It is therefore with a sigh of relief that I find myself free to say, as I end this judgment, that my reliance on ss (2) of s 33 dispenses altogether with the need for me to bother about ss (1)”).

¹⁷⁴ Na przykład Europejski Trybunał Praw Człowieka w jednej ze spraw uznał, że prawo do rozwodu stanowi istotową treść prawa do zawarcia małżeństwa. *F. p. Szvajcarii*, skarga nr 11329/85, wyrok z 18 grudnia 1987 r.

Koncepcja rdzenia praw jest też wyraźnie problematyczna w odniesieniu do gwarancji, które zawierają wąsko określone uprawnienia jednostki, takie jak na przykład zasada *ne bis in idem*¹⁷⁵.

Niestety, istniejące teorie rdzenia nie dają jednoznacznych odpowiedzi na pytanie, jak klauzula rdzenia ma być stosowana w praktyce. Okazuje się więc, że nawet kategoryczny zakaz naruszenia istotnej treści praw może mieć różne interpretacje. Niemiecka doktryna prawa stworzyła dwie konkurencyjne teorie rdzenia praw. Pierwsza z nich koncentruje się na sposobie zdefiniowania rdzenia praw i rozróżnia absolutne i relatywne podejście do istoty praw. Druga teoria natomiast podkreśla funkcję tego pojęcia w reżimie demokratycznym i proponuje dwa podejścia – subiektywne oraz obiektywne.

Zgodnie z koncepcją absolutną określenie rdzenia ma charakter abstrakcyjny i nie zależy od okoliczności. Tak zdefiniowany rdzeń praw jest chroniony w sposób bezwzględny. Podejście to pozwala sędziom zdyskwalifikować badane przepisy (politykę lub decyzję) bez zastosowania analizy (testu) proporcjonalności. Z tego powodu koncepcja absolutnego rdzenia praw jest podobna do koncepcji praw absolutnych. Jak już wspomniano, prawa absolutne są sprzeczne z modelem optymalizacji praw, ponieważ nie podlegają ograniczeniom czy wyjątkom¹⁷⁶. W konsekwencji,

¹⁷⁵ Por. stanowisko Rzecznika Generalnego w sprawie Zoran Spasic z 2 maja 2014 r., C-129/14 PPU, § 89-90 („it is indeed difficult to determine the distinct essence of the *ne bis in idem* principle. Nevertheless, taking as a basis the development of the international and national protection of that fundamental right, it seems possible to identify its ‘core’. Thus, the essence of that fundamental right could be regarded as consisting in (i) the prohibition of proceedings initiated after a final conviction or acquittal (ii) in the area of general criminal law (iii) by the authorities of the same Member State (iv) concerning the same acts (v) having the same legal status in view of the interest protected under the applicable national law, (vi) provided that there has been no fundamental defect in the first proceedings and (vii) that there is no new evidence. However, that fundamental right is not applicable to particularly serious crimes such as genocide. Accordingly, interference may be permitted outside the scope of general criminal law, where several offences are committed by the same act, or in cross-border situations”).

¹⁷⁶ Robert Alexy traktuje wszystkie prawa, włączając godność ludzką, jako prawa relatywne, choć przyznaje, że niektóre prawa mogą zawsze przeważać nad konkurującymi

prawa absolutne również nie podlegają analizie (testowi) proporcjonalności¹⁷⁷. Oznaczają bowiem bezwzględne zakazy, takie jak zakaz niewolnictwa, a także stosowania tortur i okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania lub karanía. Naruszenie tych zakazów nie podlega usprawiedliwieniu w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka¹⁷⁸. Jedyne wątpliwości mogą zatem pojawić się na poziomie ustalenia, czy konkretne zachowanie stanowi złamanie tych zakazów¹⁷⁹.

W przypadku zarzutu naruszenia praw absolutnych sędzia musi orzec, czy dany czyn kwalifikuje się jako zabronione zachowanie – na przykład czy stanowi torturę – w oparciu o abstrakcyjne pojęcie tortur. Zatem decyzja sędziego wymaga jedynie subsumcji, czyli zastosowania danej kategorii do okoliczności sprawy¹⁸⁰. Jednak krytycy tego podejścia zauważają, że nawet absolutne prawa wymagają wagi, ponieważ zależą od oceny okoliczności, a dokładnie od uznania, czy konkretny czyn wypełnia znamiona zabronionego zachowania. Julian Rivers uważa, że samo rozstrzygnięcie o tym, czy czyn stanowi torturę, nie

wartościami. R. Alexy, *The Theory of Constitutional...*, s. 62. A. Barak uważa natomiast, że prawa absolutne są wyjątkiem od reguły wagi (optymalizacji). A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 9.

¹⁷⁷ Por. np. wyrok w sprawie zestrzelenia samolotu pasażerskiego wprowadzonego przez terrorystów – BVerfGE 115, 118.

¹⁷⁸ *Gäfgen p. RFN*, skarga nr 22978/05, wyrok z 1 czerwca 2010, § 107 („[t]he philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue”).

¹⁷⁹ Por. S. Martin, *The Role of Legitimacy and Proportionality in the (Supposedly Absolute) Prohibition on Inhuman and Degrading Treatment: The United Kingdom's High Court Decisions In DD V Secretary Of State*, „EJIL Talk”, December 22, 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-role-of-legitimacy-and-proportionality-in-the-supposedly-absolute-prohibition-on-inhuman-and-degrading-treatment-the-united-kingdoms-high-court-decisions-in-dd-v-secretary-of-state/> [dostęp 20.02.2019].

¹⁸⁰ Dla porównania w teorii praw jako zasad subsumpcja dotyczy reguły, która powstaje w wyniku wagi kolidujących wartości („The result of every correct balancing of constitutional rights can be formulated in terms of a derivative constitutional rights norm in the form of a rule under which the case can be subsumed”). R. Alexy, *The Theory of Constitutional...*, s. 56.

jest abstrakcyjne, gdyż odnosi się do konkretnych okoliczności. Zatem konkretny czyn nie jest torturami ze względu na swoją naturę, ale podjęcie tego czynu w stosunku do konkretnej osoby w określonych okolicznościach stanowi tortury lub nie. Co więcej, Rivers twierdzi, że czyn nie stanowi tortur, gdy jest uzasadniony nadrzędnymi względami publicznymi¹⁸¹. W tym przypadku ważenie następuje na etapie stwierdzenia, czy dochodzi do ingerencji w sferę praw, a nie na etapie badania uzasadnienia.

Podobnie absolutna koncepcja rdzenia przyjmuje, że istotowa treść prawa (*essential content*), czyli jego rdzeń, podlega absolutnej ochronie. Koncepcja ta oznacza zatem przyjęcie, że w strukturze prawa istnieją elementy, bez których nie może ono istnieć¹⁸². Tym samym sugeruje, że prawa zbudowane są jako wiązka uprawnień (*rights as bundles*), z których część jest centralna, a część peryferyjna dla danego prawa¹⁸³. Nie wiadomo jednak, czy absolutne podejście do rdzenia praw powinno mieć zastosowanie do wszystkich praw, czy tylko do niektórych¹⁸⁴.

Relatywna koncepcja rdzenia natomiast określa istotowe elementy prawa w odniesieniu do okoliczności konkretnej sprawy. W konsekwencji stwierdzenie, że ingerencja stanowi naruszenie rdzenia praw, jest drugorzędne wobec oceny proporcjonalności danej ingerencji i pośrednio wynika ze stwierdzenia, że dana ingerencja jest nieproporcjonalna. Stosując relatywną koncepcję rdzenia, sądy mogą zatem orzec, że

¹⁸¹ J. Rivers, *Translator's Introduction*, [w:] R. Alexy, *The Theory of Constitutional...*, s. XXX.

¹⁸² H. Krüger, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, [w:] J. Seifert, H. Krüger (red.), *Die Einschränkung der Grundrechte*, Hannover 1976, s. 601.

¹⁸³ Por. podejście do ochrony prywatności, w ramach której najbardziej chronionym elementem jest sfera intymna – np. wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki w sprawie *National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Others v Minister of Justice & Others* 1999 (1) SA 6 (CC), 1998 (12) BCLR 1517 (CC) (*'NCGLE 1'*), § 32-36.

¹⁸⁴ Niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny stosuje teorię trzech sfer ochrony w odniesieniu do wolności wyboru i wykonywania zawodu – BVerfGE 7, 377.

naruszenie nie tylko jest nieproporcjonalne, ale także jest naruszeniem istotowej treści prawa¹⁸⁵.

Druga teoria rdzenia rozróżnia między podejściem subiektywnym i obiektywnym ze względu na funkcję tego pojęcia w demokratycznym społeczeństwie. Zgodnie z subiektywnym podejściem, rdzeń praw musi być chroniony w każdym przypadku¹⁸⁶. Punktem odniesienia jest zatem każdorazowo sytuacja prawa konkretnej jednostki. Natomiast podejście obiektywne uwzględnia perspektywę prawa jednostki w danym systemie jego ochrony¹⁸⁷. Jest to perspektywa instytucjonalna, dzięki której nawet ingerencja w rdzeń prawa może być akceptowana, jeżeli ochrona prawa jako takiego trwa nadal na poziomie instytucjonalnym. Innymi słowy, zgodnie z obiektywną koncepcją rdzenia praw wyróżnienie rdzenia praw służy jedynie do zachowania instytucjonalnych gwarancji tych praw w systemie ich ochrony. W świetle tej koncepcji prawa istnieją dalej, nawet jeżeli niektóre grupy podmiotów zostały ich pozbawione lub nie mogą z nich skutecznie korzystać.

Obiektywne podejście do rdzenia praw jest bardzo kontrowersyjne¹⁸⁸. Może być jednak atrakcyjne dla sądów działających w szczególnych okolicznościach zagrożeń dla bezpieczeństwa publicznego. Można więc przyjąć, że to subiektywne podejście do rdzenia praw powinno dominować praktykę sądową, z wyjątkiem sytuacji, gdy sądy uznają za konieczne zastosowanie obiektywnego podejścia. Podręcznikowym przykładem jest sprawa dotycząca zakazu poruszania się w czasach zarazy. Niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny uznał w niej, że tymczasowe środki zakazujące przemieszczania się osób nie naruszały istoty wolności

¹⁸⁵ Por. np. BVerfGE 27, 344; BVerfGE 80, 367.

¹⁸⁶ G. Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift” 1985, Jg. 12, s. 324.

¹⁸⁷ Zwolennikami instytucjonalnej teorii rdzenia są m.in. Hermann von Mangoldt i Friedrich Klein. Por. H. von Mangoldt, F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, München 1974.

¹⁸⁸ R. Alexy, *The Theory of Constitutional...*, s. 193.

poruszania się¹⁸⁹. W podobnym duchu niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny orzekł o konstytucyjności wyjątkowych środków, które zezwalały na celowe pozbawienie życia¹⁹⁰, wolności¹⁹¹ lub autonomii¹⁹².

Podsumowując, wszystkie opisane tu podejścia mają swoje oczywiste wady. Koncepcja absolutna oznacza, że mniej istotne elementy w strukturze praw mają niższy status, prowadząc do ich deprecjacji. Z kolei relatywna koncepcja rdzenia wydaje się zbędna w świetle zasady proporcjonalności, ponieważ potwierdza jedynie, że nieproporcjonalne ograniczenia są niedopuszczalne w demokratycznym społeczeństwie.

Poza tym również niektóre kombinacje wspomnianych teorii są wyjątkowo problematyczne. Jest tak w przypadku połączenia koncepcji obiektywnej z podejściem relatywnym. Połączenie to sprawia, że pojęcie rdzenia nie pełni swojej podstawowej funkcji, jaką jest nadanie prawom charakteru atutów (*rights as trumps*)¹⁹³. Jednakże również i odwrotna kombinacja, czyli połączenie absolutnej i subiektywnej koncepcji rdzenia, jest trudna do zaakceptowania ze względów dogmatycznych¹⁹⁴. W tym układzie brakuje bowiem uznania, że pozbawienie jednostek ich praw powinno się zdarzać jedynie w bardzo wyjątkowych sytuacjach¹⁹⁵. Dlatego też tylko połączenie podejścia subiektywnego ze względnym wydaje się najbardziej bezpieczne, choć jak już wspomniano – jest ono zbędne wobec stwierdzenia nieproporcjonalności ingerencji.

Warto również podkreślić, że w praktyce wszystkie wymienione podejścia do koncepcji rdzenia praw mogą być przyjęte przez sędziów orzekających w jednym sądzie w tym samym czasie lub sędziów różnych

¹⁸⁹ BVerfGE 2, 265.

¹⁹⁰ BVerfGE 88, 203; 115, 118.

¹⁹¹ BVerfGE 45, 187; 109, 133.

¹⁹² BVerfGE 128, 242.

¹⁹³ P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg 1983, s. 64.

¹⁹⁴ B. Rodriges Ruiz, *Privacy in Telecommunications. A European and an American Approach*, Leiden 1997, s. 197.

¹⁹⁵ *Ibidem*, s. 205.

sądów należących do jednego systemu ochrony praw. Możliwe jest również, że sądy w ramach jednego systemu prawnego stosują sprzeczne interpretacje rdzenia praw i definiują go w sposób absolutny lub relatywny w zależności od przypadku¹⁹⁶.

W świetle tych rozważań można się zastanawiać, czy analiza proporcjonalności, a przede wszystkim logika konsekwencjonalizmu, przyjęta w ramach badania proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, rzeczywiście różni się od kategorycznego zakazu naruszania rdzenia praw, który zakłada zastosowanie reguł deontologii. Jak się jednak okazuje, również w etyce deontologicznej dochodzi do ważenia¹⁹⁷.

Pojęcie rdzenia praw niewątpliwie jednak dowodzi tego, że nawet przy uznaniu relatywności praw nie wszystko jest do zbycia. Nawet zakładając, że w danym systemie prawa nie ma jednej stałej hierarchii praw i wolności, można bowiem wskazać takiego rodzaju naruszenia, dla których nie ma akceptowalnego uzasadnienia¹⁹⁸. Idąc tym tropem, można argumentować, że nawet prawa rozumiane jako zasady podlegające optymalizacji zawierają w sobie zapory ogniowe, które nie pozwalają na dalej idące ograniczenia. Nawet sądy uznające teorię praw konstytucyjnych jako zasad sięgają w niektórych przypadkach do reguł deontologii, które ze swojej strony wcale nie przesądzają o wyniku sprawy.

Dlatego w praktyce model pierwszeństwa praw oraz model optymalizacji często występują jednocześnie w jednym systemie, a nawet

¹⁹⁶ G. Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte...*; M. Stelzer, *Das Wesensgehaltargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Wien–New York 1991, s. 96, L. Schneide, *Der Schutz des Wesensgehalt*, Berlin 1983.

¹⁹⁷ Głównym problemem związanym z teoriami deontologicznymi jest pytanie o to, jak pogodzić roszczenia, które opierają się na tej samej wartości (np. życia). Próbą odpowiedzi na to pytanie jest doktryna podwójnego skutku. Por. *Doctrine of Double Effect*, Stanford Encyclopedia of Philosophy 2004, <https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/> [dostęp 20.02.2019].

¹⁹⁸ M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure...*, s. 67 (argumentując, że można wskazać absolutne minimum ochrony w przypadku każdego prawa, pozostając w zgodzie z teorią Roberta Alexy'ego, który uważa, że prawa „zyskują na sile” wraz z intensywnością ingerencji).

źródle prawa, o czym świadczy wpisanie klauzul zakazujących naruszeń rdzenia razem z klauzulami limitującymi w tej samej konstytucji czy karcie praw. Co więcej, w praktyce zdarza się, że w tej samej sprawie sędziowie opierają się na założeniach modelu pierwszeństwa praw na etapie badania, czy doszło do ingerencji w konstytucyjny zakres ochrony, a w badaniu uzasadnienia tej ingerencji stosują model optymalizacji praw. Poza tym czasami używają retoryki wskazującej na jeden z tych modeli, ale rozstrzygają sprawę na podstawie drugiego. W niektórych sprawach takie pomieszanie pojęć i podejść nie ma konsekwencji dla wyniku sprawy¹⁹⁹, choć może prowadzić do podziału między sędziami. W innych może być jednak kluczowe dla rozstrzygnięcia.

1.7. Analiza proporcjonalności w strukturze uzasadnień sądowych

Punktem wyjścia w rozważaniach o roli analizy proporcjonalności w strukturze uzasadnień sądowych są założenia dotyczące roli sędziego w demokracji, a w szczególności sędziego sądu konstytucyjnego²⁰⁰. Jeżeli rolą sędziego sądu konstytucyjnego (podobnie jak i sędziego międzynarodowego trybunału lub członka międzynarodowych organów praw człowieka) jest ocena naruszeń praw i wolności, to podstawowe pytanie dotyczy legitymizacji tej władzy. Każde bowiem rozstrzygnięcie sądu konstytucyjnego (jako sądu praw człowieka) nie tylko wyznacza zakres dopuszczalnych ograniczeń praw i wolności, ale samo w sobie stanowi ingerencję w sferę kompetencji innych władz, a dokładnie w swobodę

¹⁹⁹ L.B. Tremblay, *An Egalitarian Defense...*, s. 870.

²⁰⁰ Rolę sędziego w procesie orzekania o prawach oddają słowa sędziego Aharona Baraka, który zapytany o sprawę muru dzielącego terytoria izraelskie od palestyńskich stwierdził, że nie zna się na kwestiach bezpieczeństwa, ale na stosowaniu analizy proporcjonalności (odnosząc się do sprawy *Mara'abe v. Prime Minister*, H CJ 7957/04, 60(2) PD 477). N. Gernter, *On Competence, Legitimacy, Proportionality*, „University of Pennsylvania Law Review” 2011-2012, vol. 160, s. 1585.

decyzyjną władzy ustawodawczej lub wykonawczej (a na poziomie międzynarodowym – w suwerenne decyzje organów krajowych).

Należy bowiem przypomnieć, że gwarancje praw i wolności zawartych w konstytucjach lub umowach międzynarodowych są najczęściej bardzo ogólne i stanowią jedynie podstawę rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Rozstrzygnięcie sprawy wymaga więc nie tylko szczegółowego zdefiniowania zakresu i znaczenia pojęć wpisanych w gwarancje praw i wolności, ale także interpretacji okoliczności sprawy. Dlatego w procesie rozstrzygnięcia sprawy analiza proporcjonalności jest tak kluczowa, gdyż wprowadza niedeontologiczną (konsekwencjalistyczną) koncepcję praw do formalnej struktury analizy prawnej. Stanowi tym samym syntezę wierności wobec formy i wrażliwości wobec faktów i kontekstu sprawy²⁰¹. Analiza proporcjonalności ze względu na swój proceduralny charakter ma też istotny walor moralny, ponieważ opiera się na zasadzie bezstronności, co legitymuje tę metodę z moralnego punktu widzenia²⁰². Poza tym pozwala uwzględniać racje, które nie zostały wzięte pod uwagę w procesie tworzenia prawa lub polityki, a przez to pełni funkcję służebną wobec koncepcji sądowej kontroli konstytucyjności prawa jako instytucji ograniczającej rząd większości (*counter-majoritarian institution*). W tym też zakresie analiza proporcjonalności może przynajmniej potencjalnie wspierać pluralizm wartości²⁰³.

Z tych też względów analiza proporcjonalności jawi się jako zapowiedź słusznego rozstrzygnięcia sprawy. Jednocześnie jest możliwe, że atrakcyjność analizy proporcjonalności wynika tylko z określonej percepcji jej założeń, a sama praktyka stosowania analizy proporcjonalności może odbiegać od tego ideału. Choć w swoich założeniach analiza proporcjonalności ma na celu zintegrowanie tego, co uniwersalne, z tym,

²⁰¹ V. Perju, *Proportionality and Freedom – an Essay on a Method in Constitutional Law*, „Global Constitutionalism” 2012, vol. 1, s. 334–367.

²⁰² L.B. Tremblay, *An Egalitarian Defense...*, s. 889.

²⁰³ W. Sadurski, *Reasonableness and Value...*, s. 129–146.

co partykularne, to w praktyce jest podatna na naciski ze strony tych sił odśrodkowych, które stara się zintegrować²⁰⁴.

Jednakże analiza proporcjonalności może bronić się siłą argumentów, które ją tworzą. Jak powszechnie wiadomo, sądy nie mają innego sposobu na legitymizację swoich decyzji jak poprzez argumenty. Ich polityczna legitymacja zależy bowiem od tego, czy argumenty użyte do rozstrzygnięcia sprawy są akceptowalne nawet przez tych, którzy się nie zgadzają z tym rozstrzygnięciem²⁰⁵. To ujęcie ma swoje źródło w koncepcji racji publicznej jako politycznej legitymacji prawa w liberalnym społeczeństwie²⁰⁶. Koncepcja racji publicznej wydaje się naturalnie wpisana w sądową kontrolę konstytucyjności, która wykorzystuje test proporcjonalności. Jak zauważył Mattias Kumm, „[k]iedy sądy stosują test proporcjonalności, faktycznie oceniają, czy ustawodawstwo może być uzasadnione względami publicznymi, czyli takimi względami, które każdy obywatel może racjonalnie zaakceptować, nawet jeśli w rzeczywistości tak nie jest”²⁰⁷.

²⁰⁴ V. Perju, *Proportionality and Freedom...*, s. 350 oraz D. Tan, *Walking the Tightrope between Legality and Legitimacy. Taking Rights Balancing Seriously*, „Singapore Academy of Law Journal” 2017, vol. 29, s. 743. Autor ten zauważa, że stosując analizę proporcjonalności, sądy kroczą po cienkiej linii rozciągniętej między legalnością a legitymizacją, próbując dochować wierności literze konstytucji i idei praw oraz wolności jednostki.

²⁰⁵ W. Sadurski, *Judicial Review and Public Reason*, „Sydney Law School Research Paper” 2017, no. 17/38, s. 3 („The concept of ‘legitimacy’ serves as a marker to identify the point on a continuum between two extremes. On the one hand we have the authoritarian position under which the very fact of authoritative enactment of a directive is sufficient moral reason for compliance. On the other side of the spectrum lies an anarchistic position under which the fact of legal enactment does not add any weight to moral arguments for compliance; compliance is always conditional upon our substantive moral approval for the directive”).

²⁰⁶ Według liberalnej teorii Johna Rawlsa tylko prawo, które oparte jest na racjonalnych argumentach, co do których żaden z członków społeczeństwa nie ma powodów, aby się z nimi nie zgodzić, ma polityczną legitymację i może być stosowane nawet wobec tych członków społeczeństwa, którzy się z nim nie zgadzają. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, s. 212–254.

²⁰⁷ M. Kumm, *The Idea of Socratic...*, s. 168, 169.

Skoro racja publiczna ma być podstawą działania każdej władzy²⁰⁸, sądy są również związane obowiązkiem uzasadniania swoich decyzji²⁰⁹. Obowiązek uzasadniania rozstrzygnięć władczych zwłaszcza dotyczących sfery praw i wolności jednostki jest bowiem podstawowym elementem państwa prawa, a także jedynym rzeczywistym uprawnieniem wynikającym z konstytucyjnych gwarancji praw, którego może dochodzić jednostka.

Również w polskiej doktrynie prawa zauważono, że w demokratycznym społeczeństwie odbiorca decyzji sądu musi być traktowany jako podmiot praw, a nie poddany, któremu władza jedynie przekazuje swoje decyzje. Dlatego też obywatele mają określone oczekiwania względem treści uzasadnienia, poziomu i dostępności argumentacji, a punkt ciężkości przesuwają się z *ratione imperii* do *imperio rationis*²¹⁰. W konsekwencji uzasadnienia decyzji sądowych zyskują nową funkcję, gdyż mają służyć uspołecznieniu tych decyzji, a także rozszerzeniu zakresu ich oddziaływania, poprzez włączenie ich do dyskursu publicznego, uczynienie narzędziem promieniowania aksjologii konstytucyjnej oraz pozyskania zaufania do władzy sądowniczej²¹¹. Co więcej, w uzasadnieniach swoich decyzji sądy powinny posługiwać się nie tylko argumentacją sprawczą (wyjaśniającą, co sąd zrobił), ale także perswazyjną (wyjaśniającą przesłanki danej decyzji)²¹².

Odnosząc koncepcję racji publicznej do sądów, należy podkreślić, że sądy nie powinny ograniczać się do uzasadnienia swoich decyzji tylko w kategoriach wiążących źródeł prawa (konstytucji, umowy

²⁰⁸ Jak wyjaśnia Wojciech Sadurski, koncepcja racji publicznej odnosi się nie tylko do władzy ustawodawczej, ale także do władzy sądowniczej, a także do wszystkich obywateli, którzy powinni myśleć o sobie jako o ustawodawcy. W. Sadurski, *Judicial Review...*, s. 6.

²⁰⁹ J. Waldron, *Public Reason and 'Justification' in the Courtroom*, „Journal of Law, Philosophy and Culture” 2007, vol. 1, s. 107–134.

²¹⁰ E. Łętowska, A. Paprocka, I. Rzucidło-Grochowska, *Podstawy uzasadniania w prawie konstytucyjnym i międzynarodowym*, [w:] I. Rzucidło-Grochowska, M. Grochowski (red.), *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, Warszawa 2015, s. 16.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

międzynarodowej czy w niektórych przypadkach siły precedensu)²¹³. Uzasadnienie orzeczenia sądu nie tylko powinno wskazywać podstawy prawne, ale także wyjaśnić argumenty (w tym argumenty natury moralnej), jakie zdecydowały o ostatecznym wyniku sprawy²¹⁴. Wskazanie argumentów moralnych uzasadniających decyzję sądu pozwala bowiem na ocenę, czy sąd nie kierował się ukrytymi uprzedzeniami lub argumentami, które są nie do zaakceptowania w demokratycznym społeczeństwie. Obowiązek uzasadniania decyzji sądu w sposób odpowiadający standardowi jasności i transparentności stanowi jednocześnie element prawa do sprawiedliwego sądu (sprawiedliwości proceduralnej)²¹⁵.

Analiza proporcjonalności w strukturze uzasadnień sądowych pełni przede wszystkim funkcję legitymizującą decyzje sądu²¹⁶. Niektórzy autorzy twierdzą nawet, że poprzez propagowanie schematu argumentacyjnego, a więc również doktryny zasady proporcjonalności, sądy „pociągają aktorów pozasądowych” do akceptacji swoich rozstrzygnięć, a co najważniejsze – do ich wykonania²¹⁷. W innym ujęciu legitymizująca

²¹³ W. Sadurski, *Supranational Public...*

²¹⁴ W. Sadurski, uznając, że sądy często lepiej nadają się do prowadzenia moralnych wywodów niż ustawodawca, pomimo ograniczenia prawem. Dlatego też, jak sugeruje, sędziowie powinni w pierwszej kolejności ustalić, w jaki sposób źródła prawa „kontrolują” daną sprawę, a potem wypełnić pozostałą przestrzeń rozważaniami moralno-politycznymi. *Ibidem*.

²¹⁵ T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton 2006, s. 22, 23. Tom Tyler wymienia cztery elementy sprawiedliwości proceduralnej, które wpływają na to, że decyzje sądów zyskują akceptację społeczną. Jest to prawo do zabrania głosu (*voice*), neutralność wynikająca ze stosowania prawa w przewidywalny sposób (*neutrality*), godne traktowanie (*respectful treatment*) oraz otwartość sądu na potrzeby stron budująca zaufanie do instytucji (*trustworthy authorities*). W odniesieniu do uzasadnień orzeczeń sądów orzekających o prawach i wolnościach jednostki niezwykle ważne wydaje się przede wszystkim zachowanie standardu neutralności czyli konsekwentnego stosowania zasad prawa, bezstronność oraz transparentność procesu podejmowania decyzji.

²¹⁶ Por. np. R. Forst, *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*, Cambridge 2014, *idem*, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York 2012; *idem*, *The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach*, „Ethics” 2010, vol. 120, s. 711–740.

²¹⁷ A. Stone Sweet, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, „Global Constitutionalism” 2012, vol. 1, s. 54, 55.

wartość analizy proporcjonalności wynika z tego, iż stała się ona idiomem kontekstualnej i celowościowej interpretacji praw²¹⁸. Zwłaszcza kryteria testu proporcjonalności tworzą wspólną płaszczyznę epistemologiczną dla różnych podmiotów (zarówno organów władzy, jak i podmiotów praw). Dlatego orzeczenia wydane w wyniku dobrze przeprowadzonej analizy proporcjonalności mogą być lepiej zrozumiane, a przez to zaakceptowane przez społeczeństwo.

W tym też miejscu należy jednak zaznaczyć, że samo powołanie się na zasadę proporcjonalności lub analizę proporcjonalności jako podstawę oceny badanego ograniczenia praw lub wolności jednostki nie jest wystarczające. Dlatego należy wyraźnie odróżnić analizę proporcjonalności jako metodę badania ograniczeń praw i wolności jednostki od metody uzasadniania decyzji sądowych. W praktyce to, czy sąd oparł swoją decyzję na analizie proporcjonalności, można jedynie sprawdzić na podstawie analizy treści uzasadnienia orzeczenia tego sądu. Zatem dowodem na zastosowanie analizy proporcjonalności jest określona struktura orzeczenia, która odpowiada elementom testu proporcjonalności (lub ogólnie pytaniu o ingerencję, prawowity cel oraz jego uzasadnienie).

Analiza proporcjonalności może więc mieć swój legitymizujący skutek, jeżeli jej przeprowadzenie jest udowodnione, a nie tylko „oświadczone”. Jak słusznie zauważa Wojciech Sadurski, prawowitość decyzji władzy jest w dużej mierze zależna od rodzaju uzasadnień tych decyzji, nie tylko „oświadczonych”, ale możliwych do udowodnienia²¹⁹. W tym ujęciu uzasadnienia orzeczeń sądowych są aktami mowy, które mają na celu legitymizację określonych preferencji, dostarczając dowodów na ich zgodność ze wspólnymi celami społeczności²²⁰. Należy zatem zgodzić się z autorami, którzy wyjaśniają zastosowanie analizy proporcjonalności

²¹⁸ W. Sadurski, *Supranational Public...*

²¹⁹ *Ibidem*, s. 13.

²²⁰ J. Neyer, *Justice and the Right to Justification: Conceptual Reflections*, [w:] D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams (red.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford 2015.

jako zewnętrznego przejawu kultury prawnej, określanej jako kultura uzasadnień (*culture of justification*)²²¹.

Aby prawa miały sens, obowiązek uzasadnienia rozstrzygnięcia dotyczącego dopuszczalnych ograniczeń praw nie może oznaczać jedynie przywołania zasady proporcjonalności lub testu proporcjonalności, ale jego rzeczywiste zastosowanie i wyjaśnienie argumentów użytych do odpowiedzi na poszczególne pytania zawarte w teście proporcjonalności²²². Niewątpliwie struktura uzasadnień sądowych oparta na strukturze testu proporcjonalności ułatwia wyartykułowanie racji, które zważył sąd w konkretnej sprawie (oraz dostrzeżenie tych, które pominął). Poza tym test proporcjonalności ogranicza dyskrecję sądu. Stosując test proporcjonalności sędzia zmuszony jest „myśleć etapami”, co wymusza analityczne podejście do sprawy i zapobiega pominięciu ważnych względów. Oczywistą zaletą ustrukturyzowanej analizy proporcjonalności jest transparentność. Właściwie przeprowadzony test proporcjonalności czyni decyzję sądu „otwartą księgą”²²³.

W tym miejscu należy podkreślić przede wszystkim funkcję edukacyjną uzasadnień orzeczeń sądów, a zwłaszcza sądów konstytucyjnych²²⁴. Jeżeli wymogi dotyczące formy oraz treści są spełnione, tzn. uzasadnienia orzeczeń mają przejrzystą strukturę oraz treść, można oczekiwać, że

²²¹ A. Śledzińska-Simon, *Unveiling the Culture of Justification in the European Union: Religious Clothing and the Proportionality Review*, [w:] U. Belavusau, K. Henrard (red.), *EU Anti-discrimination Law beyond Gender*, Oxford 2018, s. 203–225.

²²² Wydaje się również niezbędne, aby sądy stosujące test proporcjonalności wyjaśniły szczegółowo metody przeprowadzenia jego kolejnych etapów. Jak słusznie zauważa Ewa Łętowska, sam test proporcjonalności w ścisłym znaczeniu jest bardzo różnie interpretowany w doktrynie (m.in. jako relacja między zyskami i stratami, następstwami dla jednostki i korzyściami dla władzy itd.), dlatego „niezbędne jest zawsze dopowiedzenie o jaką proporcjonalizację chodzi. I to wymaga wskazania nie tylko co w stosunku do czego oceniamy [...], ale także wskazania, jaki mechanizm miary proporcjonalności do danego wypadku stosujemy”. E. Łętowska, *Wprowadzenie do problematyki...*, s. 17.

²²³ A. Barak, *Proportionality. Constitutional...*, s. 460–463.

²²⁴ Por. E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnień sądowych*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 5, s. 16.

edukacyjny walor orzeczeń zostanie spełniony i zadziałają one nie tylko w stosunku do niewielkiego kręgu adresatów (których dotyczy meritum sprawy), ale w stosunku do dużego kręgu podmiotów. Co więcej, można przypuszczać, że tylko jasne uzasadnienie będzie miało skutek prewencyjny, a zatem pomoże w przeciwdziałaniu naruszeniom praw w przyszłości.

Z drugiej strony, może się okazać, że przywiązywanie dużej wagi do uzasadnień ingerencji w sferę praw i wolności opiera się na zbyt optymistycznych założeniach, gdyż w praktyce nawet najbardziej niesprawiedliwe działanie władzy może być przedstawione z bardzo przekonującym uzasadnieniem. Dlatego też wiara, że obowiązek przedstawienia obiektywnych racji jest w stanie powstrzymać naruszenia praw człowieka, wskazuje na idealistyczne podejście do praw człowieka. Uzasadnienie ingerencji jest bowiem stałą praktyką władzy, zarówno tej, która prawdziwie deklaruje ochronę praw, jak i tej, która w prawach człowieka widzi przeszkodę dla osiągnięcia celów politycznych. Jak już wspomniano, przyjęcie analizy proporcjonalności jako wiążącego standardu orzeczniczego nie przesądza o wyniku sprawy. Nie czyni też praw mocniejszymi na etapie ważenia kolidujących dóbr. Sprawia jedynie, że prawa muszą być wzięte pod uwagę w rozstrzygnięciach władczych²²⁵.

Podsumowując, wartość dodana analizy proporcjonalności polega na nabyciu umiejętności przedstawiania uzasadnienia, które jest zrozumiałe. Jednak samo opanowanie sztuki argumentacji przy użyciu języka proporcjonalności wcale nie oznacza, że decydenci właściwie wyważą racje przemawiające za i przeciw ograniczeniom praw i wolności jednostki²²⁶.

²²⁵ M. Kremnitzer, *Is Proportionality...*, s. 118. Autor ten przekonuje, że język proporcjonalności zobowiązuje jedynie do wzięcia praw i wolności pod uwagę. Jest więc prawdopodobne, że decydenci nauczą się go używać, aby uzasadnić to, co według nich jest konieczne do realizacji interesu publicznego. Jeśli np. w ich oczach określony cel publiczny ma pierwszorzędne znaczenie i przeważa nad innymi względami, przekonanie to będzie dyktować ich decyzję.

²²⁶ *Ibidem*.

Rozdział 2

Kontrola ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności przez Trybunał Konstytucyjny

2.1. Kontekst polityczny i społeczny kontroli konstytucyjności prawa w Polsce

Kontrola konstytucyjności prawa została wprowadzona w Polsce na fali demokratycznych reform, które dały początek transformacji ustrojowej, zmieniając w istotny sposób system rządów oraz ochrony praw człowieka²²⁷. Obowiązująca wówczas Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. wzorowana została na „sowieckim” modelu konstytucji i oparta o zasadę jednolitości władzy²²⁸. Utworzenie Trybunału Konstytucyjnego w 1985 r. stanowiło więc wyraz materialnej zmiany ówczesnej konstytucji, którą następnie utrwaliły zmiany formalne, zwłaszcza poprawka z grudnia 1989 r. (tzw. nowela grudniowa), wprowadzająca klauzulę demokratycznego państwa prawa²²⁹.

Powstanie Trybunału Konstytucyjnego było jednym z kluczowych czynników prowadzących do tworzenia w Polsce demokracji konstytucyjnej, pomimo zachowania przez Sejm prawa do uchylenia (większością dwóch trzecich głosów) orzeczeń stwierdzających niezgodność ustaw

²²⁷ Ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. 1982 Nr 1 poz. 83 oraz ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz.U. 1985 Nr 22 poz. 98.

²²⁸ Dz.U. 1952 Nr 33 poz. 232.

²²⁹ Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. 1989 Nr 75 poz. 444.

z Konstytucją PRL. Już w początkowym okresie swojego istnienia, a więc przed przyjęciem demokratycznej konstytucji w 1997 r., Trybunał Konstytucyjny odegrał bardzo ważną rolę w kształtowaniu rozumienia zasady podziału władzy, rządów państwa prawa oraz praw człowieka²³⁰.

Okres obejmujący lata 1989–1997 został określony w polskiej doktrynie jako „heroiczny” ze względu na konieczność wyznaczenia przez Trybunał Konstytucyjny całkowicie nowych reguł stanowienia prawa i ochrony praw człowieka²³¹. Pierwsze wyzwanie, przed którym stanął, to nadanie znaczenia zasadzie nadrzędności konstytucji, a przede wszystkim jej normatywnego charakteru. Głównym osiągnięciem tego okresu było określenie hierarchicznej struktury źródeł prawa, a zwłaszcza szczegółowe wyjaśnienie relacji między prawem międzynarodowym a krajowym oraz między ustawą a rozporządzeniem oraz innymi aktami rangi podstawowej. Wczesne orzecznictwo Trybunału rozwijało przede wszystkim pojęcie rządów prawa oraz elementów składowych tego pojęcia, takich jak zasada zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez niego prawa, zasada pewności prawa, ochrona praw nabytych i uzasadnionych oczekiwań, zakaz działania z mocą wsteczną, zasada odpowiedniego *vacatio legis* oraz zasada proporcjonalności. Wszystkie te zasady wchodzące w skład koncepcji demokratycznego państwa prawa wyznaczyły granice działania władzy publicznej, a przede wszystkim władzy ustawodawczej.

Powstanie Trybunału Konstytucyjnego przyczyniło się również do rozwoju ochrony praw i wolności jednostki. W swoim wczesnym orzecznictwie Trybunał określił przede wszystkim warunki, które muszą być spełnione, aby uznać władcze wkroczenie państwa w sferę praw i wolności jednostek za zgodne z konstytucją. W pierwszej kolejności Trybunał

²³⁰ L. Garlicki, *Pierwsze orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (refleksje w 15 lat później)*, [w:] F. Rymarz, A. Jankiewicz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, Warszawa 2001, s. 40–47.

²³¹ M. Safjan, *Trybunał Konstytucyjny po 1997 roku – przełom czy kontynuacja?*, [w:] F. Rymarz, A. Jankiewicz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, Warszawa 2001, s. 78–86.

uzależnił dopuszczalność ingerencji od tego, czy ma ona formę ustawy²³². Następnie sformułował również wymogi materialne, powołując się między innymi na zasadę proporcjonalności²³³. Inną ważną cechą charakteryzującą działalność Trybunału w początkach jego istnienia było wywiedzenie z koncepcji demokratycznego państwa prawa indywidualnych praw, takich jak prawo do ochrony życia, prawo do prywatności czy prawo do danych osobowych. Prawa te nie były bowiem zagwarantowane w obowiązującej wtedy Konstytucji z 1952 r.²³⁴, nawet po jej zmianach z 1989 r.

Po okresie aktywizmu w swoich początkowych latach funkcjonowania kontroli konstytucyjności prawa w Polsce, Trybunał stał się bardziej ostrożny w podejmowaniu decyzji, które mogłyby go narazić na krytykę, tym samym unikał podejmowania wyraźnie prawotwórczej roli. Z jednej strony, często przyjmował wyraźnie „propaństwową”, a więc zorientowaną na interes państwa, wykładnię prawa²³⁵, mając świadomość potencjalnych negatywnych skutków politycznych lub finansowych orzeczeń o niezgodności z konstytucją ustaw realizujących politykę rządu. Praktyka ta jest kontynuowana, a za przykład mogą służyć wyroki, w których Trybunał utrzymał w mocy badane przepisy, ponieważ ich uchylenie mogłoby udaremnić realizację bardzo ważnych politycznych celów rządowych²³⁶ lub prowadzić do poważnych zakłóceń stabilności finansowej państwa²³⁷.

W orzecznictwie trybunalskim można też odnaleźć kilka innych spraw, w których Trybunał kierował się racją uniknięcia krytyki ze strony rządzących (być może nawet Episkopatu), a także różnego rodzaju

²³² Orzeczenie z 22 kwietnia 1987 r., sygn. P 1/87, oraz z 12 lutego 1991 r., sygn. K 6/90.

²³³ Orzeczenie z 26 stycznia 1993 r., sygn. K 10/92.

²³⁴ W. Sadurski, *Rights before Courts...*, s. 128.

²³⁵ Według niektórych autorów tradycja etatystyczna w polskim konstytucjonalizmie jest silniejsza niż tradycja obywatelska. B. Puchalska, *Limits to Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*, Farnham 2011, s. 126.

²³⁶ Por. np. wyroki z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10 czy z 10 października 2015 r., sygn. SK 50/13.

²³⁷ Por. np. wyroki z 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14 (OFE); z 12 grudnia 2012 r., sygn. K 1/12; z 14 czerwca 2011 r., sygn. Kp 1/11.

kontrowersji społecznych. Sprawy te dotyczą przede wszystkim wolności religii²³⁸, lecz także praw kobiet²³⁹ czy osób niepełnosprawnych²⁴⁰. Przejawem tego podejścia może być potwierdzenie wyjątkowo silnej pozycji wolności sumienia i religii na tle innych konstytucyjnych praw i wolności. Ta wyjątkowo silna ochrona religii widoczna jest w sprawach, które dotyczyły konfliktu wolności sumienia i praktykowania religii z innymi konstytucyjnymi wartościami. W sprawach dotyczących nauczania religii w szkołach, ale także poszanowania wartości chrześcijańskich w treściach przekazów radiowych i telewizyjnych, finansowania budowli sakralnych, mienia kościelnego czy obrazy uczuć religijnych²⁴¹ zawsze ochrona religii przeważała nad innymi racjami.

Dopiero jednak w ostatnim okresie Trybunał stwierdził wyraźnie, że wolność sumienia stoi wyżej w hierarchii niż inne konstytucyjne prawa i wolności, a jej ograniczenie jest dopuszczalne wyłącznie w celu ochrony ludzkiego życia²⁴². Jednocześnie w orzeczeniach dotyczących konfliktu wolności sumienia z prawem do ochrony życia prywatnego brak jest potwierdzenia równorzędnej wartości prawa do samostanowienia jako prawa, które jest gwarantowane w Konstytucji RP. Warto w tym kontekście zauważyć, że w sprawach, w których Trybunał uznał specjalne miejsce religii w życiu publicznym oraz uprzywilejowaną pozycję Kościoła katolickiego w stosunku do innych kościołów i wyznań w Polsce, stanowisko to potwierdzało jedynie społeczne *status quo* i zgodne

²³⁸ Wyroki z 30 stycznia 1991 r., sygn. K 11/90; z 20 kwietnia 1993 r., sygn. U 12/92; z 5 maja 1998 r., sygn. K 35/97; z 14 grudnia 2009 r., sygn. K 55/07; z 2 grudnia 2009 r., sygn. U 10/07.

²³⁹ Por. wyroki z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, oraz z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

²⁴⁰ Por. wyroki, w których nie uznano szczególnych potrzeb osób niepełnosprawnych – z 23 stycznia 2014 r., sygn. K 51/12 czy z 22 listopada 2016 r., sygn. K 13/15.

²⁴¹ Orzeczenia z 2 marca 1994 r., sygn. W 3/93 i z 7 maja 1994 r., sygn. K 17/93 oraz wyroki z 6 lutego 2007 r., sygn. K 16/06; z 8 czerwca 2011 r., sygn. K 3/09; z 6 października 2015 r., sygn. SK 54/13.

²⁴² Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

było z ówczesną opinią większości parlamentarnej²⁴³. W innych sprawach jednak trudno traktować badane przepisy jako odzwierciedlenie woli społeczeństwa²⁴⁴. W tym kontekście można zatem zauważyć, że Trybunał nie stawał po stronie mniejszości, grup słabszych czy niemających swojej bezpośredniej reprezentacji w parlamencie (jak osoby niepełnosprawne intelektualnie). Tym samym widoczne jest, że w sprawach o dużym ładunku ideologicznym, wymagających rozstrzygnięcia konfliktu wartości czy otwartego zakwestionowania zdania większości parlamentarnej, Trybunał często ograniczał swoją rolę do korygowania oczywistych błędów procesu legislacyjnego i ochrony praw konstytucyjnych istotnych dla demokratycznej większości. Powyższa teza nie wyklucza jednak ogólnego wniosku co do wiodącej roli Trybunału Konstytucyjnego i jego orzecznictwa w krajowym systemie ochrony praw człowieka²⁴⁵.

Należy również zauważyć, że z biegiem lat Trybunał Konstytucyjny zyskał uznanie społeczne, chociaż pozostawał w dużej mierze oderwany od społeczeństwa²⁴⁶, a swoją legitymację czerpał bardziej z uznania środowisk naukowych i akademickich niż powszechnego poparcia. Jednym z powodów izolacji społecznej Trybunału może być formalizm proceduralny i pozytywizm prawniczy, które jawią się jako

²⁴³ A. Gliszczyńska-Grabias, W. Sadurski, *Freedom of Religion versus Humane Treatment of Animals: Polish Constitutional Tribunal's Judgment on Permissibility of Ritual Slaughter*, „European Constitutional Law Review” 2015, vol. 11, s. 596–608.

²⁴⁴ B. Puchalska, *Limits to Democratic...*, s. 129 („[t]he clash between public opinion on [issues of public morality] and the position of both the Sejm and the CT [Constitutional Tribunal] means that there is not much of the ‘overlapping consensus’ between the electorate views and the two institutions. On the other hand, the high degree of consensus between the Church, the Sejm and the CT testifies to the alienation and powerlessness of society in influencing the law and policy in this area. Opinion polls consistently show strong liberal views of Polish society on abortion and in vitro fertilization [...]. The clash between the concurrent views of the CT, the Sejm, and the Church, with that of the public makes problematic the claim to democratic legitimacy of the Polish CT based on its sensitivity to the prevailing views of the population”).

²⁴⁵ Por. wyrok z 18 maja 2005 r., sygn. K 16/04; z 18 stycznia 2006 r., sygn. K 21/05; z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05; z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07; z 19 lipca 2011, sygn. K 11/00.

²⁴⁶ H. Dębska, *Władza, symbol...*

dominujące cechy wykładni konstytucyjnej w Polsce. Jednocześnie należy zauważyć, że cechy te charakteryzują także inne sądy konstytucyjne w krajach postkomunistycznych. Stanowią bowiem spuściznę po reżimie komunistycznym, w którym formalizm sądowy stał się reakcją na upolitycznienie prawa²⁴⁷. Wybór literalnej wykładni prawa kosztem interpretacji systemowej i teleologicznej w orzecznictwie konstytucyjnym należy zatem rozumieć jako przykład strategii unikania, która służy obronie pozycji instytucji (w tym przypadku Trybunału Konstytucyjnego) przed zarzutem uwikłania w kontrowersje polityczne²⁴⁸.

Jest to również symptomatyczne, że poza odosobnionymi przypadkami, do niedawna polskie środowisko naukowe nie kwestionowało politycznej legitymacji Trybunału Konstytucyjnego²⁴⁹. Do tej pory w polskim dyskursie prawniczym brak było zagorzałych sporów na temat modelu kontroli konstytucyjności prawa, które toczyły się w wielu krajach Europy Zachodniej (m.in. między zwolennikami i przeciwnikami tzw. mocnej i słabej kontroli). Podobnie brak jest w polskiej doktrynie krytyki analizy proporcjonalności czy też samej metody ważenia kolidujących wartości. W tym sensie polska doktryna prawa nie włączyła się w globalne dyskusje na temat legitymacji władzy sądowniczej w zakresie kontroli konstytucyjności prawa, a w szczególności w zakresie kontroli dopuszczalności ustawowej ingerencji w sferę praw jednostki.

Jednak w ostatnich kilku latach „społeczne oderwanie” czy też elitaryzm tej instytucji został umiejętnie wykorzystany w otwartym ataku politycznym na Trybunał Konstytucyjny w konflikcie dotyczącym

²⁴⁷ Z. Kühn, *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation?*, Leiden 2011.

²⁴⁸ W. Sadurski, *Rights before Courts...* W rozdziale II autor ten tłumaczy, że bezkrytyczne podejście do sądów konstytucyjnych jest zjawiskiem szerszym w krajach postkomunistycznych ze względu na ich zdolność do czerpania z pozorów neutralności.

²⁴⁹ Por. *Raport Zespołu Ekspertów do spraw problematyki Trybunału Konstytucyjnego* z dnia 16 września 2016 r., <http://www.marekkuchcinski.pl/wiesci-z-sejmu/raport-zespołu-ekspertow-ds-tk/> [dostęp 20.02.2019].

powołania sędziów, który posłużył rządzącym jako pretekst do wprowadzenia reform dotyczących organizacji i funkcjonowania Trybunału²⁵⁰. W ocenie opinii międzynarodowej²⁵¹, a także większości komentatorów atak na Trybunał, a przede wszystkim powołanie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego ze złamaniem obowiązującej procedury oraz dalsza działalność tej instytucji, a zwłaszcza nieprawidłowości dotyczące ustalania składu sędziowskiego, świadczą o upadku niezależnej kontroli konstytucyjności w Polsce²⁵².

W konflikcie dotyczącym powołania nowych sędziów Trybunału Konstytucyjnego²⁵³ nie bez znaczenia jest jednak to, że spór ten doprowadził do protestów ulicznych wyrażających poparcie dla Trybunału oraz jego ówczesnego prezesa²⁵⁴. Jednocześnie wiele osób zaakceptowało populistyczną retorykę rządu, argumentującą z jednej strony, że Trybunał Konstytucyjny jest upolityczniony, ponieważ zajmuje stanowisko w kontrowersyjnych kwestiach politycznych, a z drugiej strony, że brakuje demokratycznej kontroli nad jego orzeczeniami.

Podsumowując, atak polityczny na Trybunał Konstytucyjny pod koniec 2015 r. okazał się skuteczną strategią przejęcia Trybunału ze

²⁵⁰ Najistotniejsze zmiany wprowadziła ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz.U. 2016 poz. 1157. Zmiany nie tylko spotkały się z krytyką Komisji Weneckiej i instytucji Unii Europejskiej, ale także zostały uznane przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją RP. Por. wyroki z 12 grudnia 2015 r., sygn. K 34/15; z 9 grudnia 2015 r., sygn. K 35/15; z 9 marca 2016 r., sygn. K 47/15; z 11 sierpnia 2016 r., sygn. K 39/16.

²⁵¹ Por. *Poland – Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session, Venice, 14-15 October 2016*, CDL-AD (2016)026.

²⁵² W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, Sydney Law School Research Paper no. 18/01, 17/01.2018, <https://ssrn.com/abstract=3103491> [dostęp 20.02.2019].

²⁵³ A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught between Political Fronts*, „Verfassungsblog” 23.01.2015, <https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts> [dostęp 20.02.2019].

²⁵⁴ M. Sobczyk, *Protest and Counter-protest over Court Nominees Fill Streets in Poland*, „The Wall Street Journal” 13.12.2015, <https://www.wsj.com/articles/protest-and-counter-protest-over-court-nominees-fill-streets-in-poland-1450030070> [dostęp 20.02.2019].

względu na nasilające się antyelitystyczne nastroje wśród wyborców. Z pewnością strategii tej nie mogli skutecznie przeciwdziałać obrońcy Trybunału Konstytucyjnego, biorąc pod uwagę ogólny brak znajomości i świadomości prawa konstytucyjnego wśród obywateli (czy chociażby świadomości roli Trybunału Konstytucyjnego dla ochrony praw obywatelskich w Polsce²⁵⁵) czy ich zainteresowania debatami konstytucyjnymi, co niewątpliwie świadczy o niskim poziomie patriotyzmu konstytucyjnego w społeczeństwie. Co ciekawe, w nowej „epoce” orzecznictwa konstytucyjnego po zmianach wprowadzonych po 2015 r. rozstrzygnięcia Trybunału w sprawach politycznie wrażliwych zyskały na przewidywalności w miarę jak Trybunał przekształcał się w „pozytywnego, aktywnego pomocnika rządu i większości parlamentarnej”²⁵⁶.

2.2. Model kontroli konstytucyjności w Konstytucji RP z 1997 r.

Konstytucja RP przyjęta 2 kwietnia 1997 r. uznała Trybunał Konstytucyjny za niezależny organ władzy sądowniczej, choć odrębny od wymiaru sprawiedliwości²⁵⁷. Ustrojowa pozycja Trybunału Konstytucyjnego wiąże się z jego wyłączną kompetencją dokonywania kontroli

²⁵⁵ Por. informacje, które w czasie kryzysu konstytucyjnego związanego z powołaniem sędziów Trybunału Konstytucyjnego zamieścił Rzecznik Praw Obywatelskich – RPO, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego, które wpłynęły na życie obywateli*, 16.12.2015, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wyroki-trybunalu-konstytucyjnego-ktore-wplynely-na-zycie-obywateli> [dostęp 20.02.2019] („Wokół działalności Trybunału Konstytucyjnego toczy się obecnie ważna debata publiczna. Wiele osób, które wcześniej nie interesowały się polityką, pragnie dowiedzieć się więcej o tej instytucji. Szuka odpowiedzi, jaki związek mają wyroki Trybunału z ich życiem codziennym. Dlatego wybraliśmy 10 spraw z ostatnich lat, w których TK orzekał na wniosek Rzecznika Spraw Obywatelskich. Chcieliśmy w ten sposób zwrócić uwagę na to, jak ważna dla obywateli, ich praw i wolności, jest to instytucja. I dlatego warto starać się o zachowanie jej roli i znaczenia w państwie prawnym”).

²⁵⁶ W. Sadurski, *How Democracy...*, s. 31.

²⁵⁷ W niniejszej publikacji celowo pominięto szczegółową analizę przepisów obecnie obowiązujących ustaw regulujących postępowanie przed Trybunałem ze względu na liczne

konstytucyjności aktów normatywnych²⁵⁸. Zgodnie z art. 188 ust. 1–3 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności ustaw i umów międzynarodowych z Konstytucją; zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie; oraz zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami. Biorąc pod uwagę system źródeł prawa, Trybunał orzeka jedynie o wertykalnej zgodności aktów normatywnych w hierarchicznym systemie źródeł prawa, a nie o horyzontalnej spójności systemu prawnego²⁵⁹.

Kontrola konstytucyjności prawa w Polsce opiera się zatem na scentralizowanym modelu kontroli sądowej, zgodnie z którym tylko Trybunał Konstytucyjny może orzec o niekonstytucyjności przepisów prawa, a inne sądy, w tym Sąd Najwyższy, są zobowiązane do skierowania do Trybunału pytań prawnych w przypadku wątpliwości co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami

zmiany, które zostały wprowadzone w ostatnich latach. Są one jednak drugorzędne z punktu widzenia przedmiotu badań, które dotyczyły jedynie orzeczeń wydanych wyłącznie na podstawie ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz.U. 1997 Nr 102 poz. 643. Później ustawa ta została uchylona ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. i radykalnie zmieniona w 2016 r. Obecnie tryb postępowania określa ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji Trybunału Konstytucyjnego i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz.U. 2016 poz. 2072.

²⁵⁸ Dodatkowe kompetencje Trybunału dotyczą rozstrzygania sporów kompetencyjnych (art. 189 Konstytucji) oraz orzekania o celach i działalności partii politycznych (art. 188 ust. 4 Konstytucji), jak również o czasowej niezdolności Prezydenta Republiki do wykonywania obowiązków służbowych (art. 131 ust. 1 Konstytucji). Mają one istotnie mniejsze znaczenie praktyczne niż kontrola konstytucyjności prawa. Trybunał Konstytucyjny został bowiem ustanowiony jako „sąd prawa”, a nie „sąd faktów”.

²⁵⁹ Jednak pewne problemy horyzontalne związane z konfliktami pomiędzy normami ustawowymi lub zaniechaniami legislacyjnymi, powodującymi problemy ze skuteczną ochroną konstytucyjnych praw lub wolności, mogą być rozwiązywane w decyzjach sygnalizacyjnych. Por. postanowienie z 17 marca 2015 r., sygn. S 3/15 (sygnalizujące potrzebę legalizacji konopi indyjskich do celów medycznych) wydane po wyroku z 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13.

międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed tym sądem.

Na marginesie należy jednak zaznaczyć, że proces tworzenia Trybunału Konstytucyjnego jako ostatecznego arbitra w sprawach konstytucyjnych oraz interpretatora Konstytucji doprowadził do rywalizacji o „prawo ostatniego słowa” z Sądem Najwyższym²⁶⁰. Pomimo powszechnego uznania, że to Trybunał Konstytucyjny ma wyłączne prawo do uznania aktów normatywnych za niekonstytucyjne, a jego orzeczenia są wiążące dla innych sądów i mają skutek *erga omnes*, Sąd Najwyższy zakwestionował prawo Trybunału do wydawania wyroków interpretacyjnych, które eliminują niekonstytucyjne stosowanie prawa, przy jednoczesnym braku stwierdzenia jego niekonstytucyjności, ponieważ możliwość takich rozstrzygnięć nie została jednoznacznie wskazana w Konstytucji. Ostatecznie jednak Sąd Najwyższy akceptuje możliwość wydawania wyroków interpretacyjnych, choć nie uznaje ich za podstawę do wznowienia postępowania²⁶¹.

Temat zdecentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa oraz bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy powrócił ostatnio w kontekście kryzysu politycznego wokół Trybunału Konstytucyjnego. Jednocześnie poparcie dla tych postulatów doprowadziło do ataku politycznego na Sąd Najwyższy, a zwłaszcza na Pierwszą Prezes SN²⁶². Jest to więc kwestia przyszłości i pytania, jak spór wokół Sądu Najwyższego zostanie zakończony przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, od którego może zależeć dalsza ewolucja form kontroli konstytucyjności prawa w Polsce.

²⁶⁰ L. Garlicki, *Constitutional Courts Versus Supreme Courts*, „International Journal of Constitutional Law” 2007, vol. 5, no. 1, s. 44–68.

²⁶¹ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2009 r., III PZP 2/09.

²⁶² T.T. Koncewicz, „Emergency Constitutional Review”: Thinking the Unthinkable? *A Letter from America*, „Verfassungsblog” 29.03.2016, <https://verfassungsblog.de/emergency-constitutional-review-thinking-the-unthinkable-a-letter-from-america/> [dostęp 20.02.2019].

Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym jest oparte na zasadzie skargowości i jest kontradiktoryjne. Poza tym zasadę skargowości kształtują dwie inne zasady. Jest to zasada domniemania konstytucyjności oraz subsydiarności²⁶³. Zasada domniemania konstytucyjności oznacza, że badany akt normatywny pozostaje w mocy, dopóki nie zostanie uznany za niekonstytucyjny²⁶⁴. Z zasady tej pośrednio wynika również przesunięcie ciężaru dowodu na podmiot inicjujący kontrolę oraz konieczność wykazania, że nie ma możliwości dokonania wykładni aktu będącego przedmiotem kontroli w zgodzie z konstytucją. Natomiast subsydiarna rola kontroli konstytucyjności prawa przez Trybunał Konstytucyjny jest raczej kwestią praktyki niż przyjętej doktryny. Można zatem argumentować, że jest ona efektem instytucjonalnej strategii Trybunału, mającej na celu ograniczenie skutków orzeczeń, w których stwierdzono niekonstytucyjność badanych aktów²⁶⁵. W celu uniknięcia „efektu gilotyny” orzeczeń negatoryjnych, jakimi są wyroki uznające badane akty normatywne za niezgodne z Konstytucją, Trybunał często posługuje się wyrokami interpretacyjnymi²⁶⁶ i zakresowymi²⁶⁷ lub odracza termin, w którym niekonstytucyjne przepisy tracą moc prawną²⁶⁸.

²⁶³ M. Masternak-Kubiak, *Procedura postępowania w sprawie skargi konstytucyjnej*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Skarga konstytucyjna*, Warszawa 2000, s. 170.

²⁶⁴ P. Radziejewicz, *Wzruszenie 'domniemania konstytucyjności' aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5, s. 55–86. Por. też w kontekście kryzysu konstytucyjnego – P. Radziejewicz, *Refusal of the Constitutional Tribunal to Apply the Act Stipulating the Constitutional Review Procedure*, „Review of Comparative Law” 2017, vol. 28 1, s. 23–40.

²⁶⁵ Z. Czeszejko-Sochacki, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja, skutki prawne*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 12, s. 20.

²⁶⁶ Jako przykład wyroku interpretacyjnego por. np. wyrok z 11 kwietnia 2007 r., sygn. K 2/07.

²⁶⁷ Jako przykład wyroku zakresowego por. np. wyrok z 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07.

²⁶⁸ Art. 190 ust. 3 Konstytucji.

2.3. Wniesienie sprawy o naruszenie konstytucyjnych praw i wolności

Istnieją trzy sposoby wniesienia sprawy dotyczącej naruszenia konstytucyjnych praw i wolności do Trybunału Konstytucyjnego: złożenie wniosku o kontrolę abstrakcyjną²⁶⁹, skargi konstytucyjnej²⁷⁰ i pytania prawnego²⁷¹. Ponadto Prezydent Rzeczypospolitej może przed podpisaniem ustawy lub ratyfikacją umowy międzynarodowej skierować te akty do Trybunału w celu przeprowadzenia kontroli prewencyjnej²⁷². Do Trybunału trafiają najczęściej sprawy z wniosku o kontrolę abstrakcyjną oraz skargi konstytucyjne, rzadziej zaś pytania prawne²⁷³. Większość wniosków o kontrolę abstrakcyjną składa Rzecznik Praw Obywatelskich, który ma również prawo przyłączenia się do postępowania wszczętego w wyniku skargi konstytucyjnej²⁷⁴.

Informacje te są istotne dla dalszych rozważań podjętych w niniejszej publikacji, w szczególności dla badań ilościowych orzecznictwa, w którym rozstrzygnięcie sprawy zostało oparte na analizie proporcjonalności. W bazie wyroków zakwalifikowanych do badania ilościowego 43% spraw wszczęto na podstawie skarg konstytucyjnych, 38% na

²⁶⁹ Zgodnie z art. 191 ust. 1 Konstytucji wniosek taki może być złożony przez Prezydenta Rzeczypospolitej, Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, Prezesa Rady Ministrów, 50 posłów, 30 senatorów, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prokuratora Generalnego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli i Rzecznika Praw Obywatelskich. Ponadto niektóre podmioty mogą inicjować kontrolę konstytucyjną w sprawach dotyczących ich właściwości – por. art. 190 ust. 2 Konstytucji obejmujący Krajową Radę Sądownictwa, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego, ogólnokrajowe organy związków zawodowych, ogólnokrajowe organy organizacji pracodawców i organizacji zawodowych, a także kościoły i związki wyznaniowe.

²⁷⁰ Art. 79 ust. 1 Konstytucji.

²⁷¹ Art. 193 Konstytucji.

²⁷² Art. 122 ust. 3 Konstytucji.

²⁷³ Dla przykładu w 2015 r. 29 spraw było wszczętych na podstawie wniosków o kontrolę abstrakcyjną, 21 spraw wniesiono w drodze skargi konstytucyjnej, a 11 – na podstawie pytań prawnych.

²⁷⁴ Art. 208–212 Konstytucji.

podstawie wniosków o kontrolę abstrakcyjną, 15% na podstawie pytań prawnych, a 4% na podstawie wniosków o kontrolę prewencyjną.

W kontekście tych danych należy podkreślić, że skarga konstytucyjna stanowi często stosowany środek ochrony konstytucyjnych praw i wolności. Warto też zaznaczyć, że rola i znaczenie skargi konstytucyjnej w krajowym systemie ochrony praw człowieka systematycznie się zwiększały²⁷⁵. Jej znaczenie jest jednak ograniczone ze względu na model skargi konstytucyjnej przyjęty w Konstytucji RP z 1997 r. Przede wszystkim ograniczenie to polega to na możliwości złożenia skargi jedynie na podstawie prawnej orzeczenia sądu lub decyzji organu administracji publicznej (czyli ustawę lub inny akt normatywny, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o konstytucyjnych prawach lub wolnościach jednostki). Zatem złożenie skargi konstytucyjnej nie daje możliwości podważenia samego rozstrzygnięcia sądu czy organu administracyjnego, a jedynie aktu normatywnego, na którym orzeczenie sądu lub decyzja zostały oparte. Jeżeli Trybunał uzna akt normatywny będący podstawą rozstrzygnięcia w indywidualnej sprawie za niezgodny z Konstytucją, nie może bezpośrednio zmienić wyniku postępowania w stosunku do podmiotu inicjującego kontrolę. Z tego względu skarżący, jak również wszystkie inne osoby, których dotyczy orzeczenie Trybunału, mogą jedynie wnioskować o wznowienie prawomocnie zakończzonego postępowania w ich sprawie²⁷⁶. Dlatego też ogólna skuteczność skargi konstytucyjnej jako środka ochrony praw w Polsce jest raczej mała²⁷⁷.

²⁷⁵ W okresie między latami 1997 a 2005 liczba składanych skarg konstytucyjnych znacznie wzrosła (od 27 do 408). Por. *Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2015 roku*, Warszawa 2016, http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/publikacje/informacje_o_problemach/Informacja2015.pdf [dostęp 20.02.2019].

²⁷⁶ Art. 190 ust. 4 Konstytucji. Por. też wyrok z 27 października 2004 r., sygn. SK 1/04.

²⁷⁷ Zgodnie ze standardem przyjętym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka skarga konstytucyjna w Polsce może być uznana za skuteczny środek odwoławczy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Por. *Szott-Medyńska przeciwko Polsce*, wyrok z 9 października 2003 r., skarga nr 47414/99.

W tym miejscu należy również zauważyć, że wszczęcie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym jest nacechowane znacznym formalizmem, który tylko częściowo wynika z wymogów proceduralnych przewidzianych przepisami prawa (zasady domniemania konstytucyjności). Na wnioskodawcy ciąży bowiem obowiązek uzasadnienia zarzutu niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów, co wyznacza rozkład ciężaru dowodu w procedurze kontroli norm przed Trybunałem. Dopóki podmiot inicjujący kontrolę konstytucyjności nie powoła konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał uznawać będzie kontrolowane normy za konstytucyjne. W pewnym bowiem zakresie formalizm postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym to efekt wewnętrznej praktyki (polityki) polegającej na ścisłym przestrzeganiu zasady związania granicami wniosku, zgodnie z którą podmiot inicjujący kontrolę ma obowiązek właściwego określenia normy będącej przedmiotem kontroli oraz wskazania przepisu konstytucyjnego, który ma stanowić podstawę kontroli²⁷⁸. Zasada ta oznacza, że Trybunał ani nie może samodzielnie określać przedmiotu kontroli, ani zastąpić podmiotu inicjującego kontrolę w obowiązku uzasadnienia postawionego zarzutu niezgodności z konstytucją²⁷⁹.

Choć Trybunał nie powinien orzekać ponad żądanie zawarte we wniosku lub skardze, to zobowiązany jest do zbadania zasadności wniosku lub skargi w sposób obiektywny i wszechstronny, w tym do rozważenia argumentów przedstawionych przez wnioskodawcę i innych uczestników postępowania, jak również do dopuszczenia dowodów z urzędu²⁸⁰.

²⁷⁸ A. Kustra, *Zasada związania granicami wniosku w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 3, s. 41–60; K. Wojtyczek, *Zasada skargowości w procedurze kontroli norm przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 1, s. 25–41.

²⁷⁹ Por. wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 12/13. W tej sprawie Trybunał uzupełnił podstawę kontroli o art. 31 ust. 3 Konstytucji jako przepis związkowy mający zastosowanie do wszystkich ograniczeń konstytucyjnych praw lub wolności.

²⁸⁰ M. Dąbrowski, *Zasada kontradyktoryjności a postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 2, s. 65–87.

Jednak przeważającą praktyką Trybunału jest w przypadku niewłaściwego określenia problemu konstytucyjnego we wniosku lub skardze umorzenie postępowania²⁸¹. To właśnie ze względu na zasadę skargowości postępowania przyjęto, że Trybunał może przeformułować wniosek jedynie w wyjątkowych okolicznościach²⁸². Dlatego jednym z istotnych proceduralnych ograniczeń postępowania przed Trybunałem jest zasada związania granicami wniosku, gdyż może prowadzić do umorzenia postępowania w całości lub części.

Powyższa praktyka może mieć wpływ na liczbę spraw rozstrzygniętych z zastosowaniem analizy proporcjonalności. Można jedynie domyślać się, że skarżący (a faktycznie ich pełnomocnicy) nie mają doświadczenia we wskazywaniu norm konstytucyjnych, które powinny zostać powołane jako podstawa kontroli. Warto jednak zauważyć, że skarżący, który zarzuca ingerencję w zakresie konstytucyjnego prawa lub wolności konstytucyjnej, nie ma obowiązku powoływania się na klauzulę limitacyjną. Jeśli zarzuty skarżących wyraźnie wskazują na ograniczenie konstytucyjnego prawa lub wolności, Trybunał automatycznie stosuje klauzulę limitacyjną, nawet jeśli nie ma obowiązku odwołania się do niej w sentencji wyroku²⁸³.

²⁸¹ Por. wyrok z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12 – zdanie odrębne sędziego Zbigniewa Cieślaka.

²⁸² Zgodnie z zasadą *falsa demonstratio non nocet*, w myśl której decydujące znaczenie ma istota sprawy, a nie jej mylne oznaczenie. Por. wyrok z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10. W tej sprawie Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał jako podstawę kontroli art. 45 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał zrekonstruował jednak wniosek Rzecznika, co według zdania odrębnego uczynił wbrew intencjom wnioskodawcy, orzekając o zgodności badanych przepisów z prawem własności (art. 64 ust. 1 w związku z art. 45 ust. 1 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji). W zdanie odrębnym uznano, że zarzut naruszenia praw własności został przywołany we wniosku jedynie po to, aby wykazać, że zaistniała „sprawa”, która ma być rozstrzygnięta przez sąd, dlatego zarzut należało odczytać jako dotyczący ograniczenia prawa do sądu.

²⁸³ E. Łętowska, J. Królikowski, A. Łyszkowska, J. Sokólska-Warchoł, *Zasada skargowości – wątpliwości i uwarunkowania na tle *acquis constitutionnel**, [w:] K. BudziHo (red.), *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2010, s. 103.

2.4. Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

Zasada proporcjonalności w polskim prawie konstytucyjnym jest wytworem doktryny i wczesnego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego²⁸⁴. Została ona wywiedziona z klauzuli demokratycznego państwa prawa, którą wprowadziła do Konstytucji z 1952 r. tzw. nowela grudnia na fali demokratycznych zmian ustrojowych w 1989 r. W tym okresie zasadę proporcjonalności uznawano za element konstytutywny zasady państwa prawa oraz zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa²⁸⁵. Znamienne jest jednak to, że aż do przyjęcia Konstytucji RP z 1997 r. klauzula demokratycznego państwa prawa pozostawała jedyną podstawą prawną stosowania testu proporcjonalności.

Po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r. Trybunał Konstytucyjny rozwinął dwa odrębne obszary zastosowania zasady proporcjonalności²⁸⁶. Pierwszy obejmuje sprawy dotyczące wyłącznie naruszenia zakazu nadmiernej ingerencji wynikającej z klauzuli rządów prawa (art. 2 Konstytucji). Sprawy te nie dotyczą więc ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, ale ograniczeń nałożonych na podmioty, które nie są podmiotami tych praw, na przykład podmioty prawa publicznego, takie jak jednostki samorządu terytorialnego²⁸⁷. Drugi obszar zastosowania zasady proporcjonalności dotyczy ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności w oparciu o ogólną klauzulę limitacyjną (art. 31 ust. 3

²⁸⁴ Po raz pierwszy Trybunał Konstytucyjny odwołał się do zasady proporcjonalności w orzeczeniach z 11 lutego 1992 r., sygn. K 14/91, oraz z 26 stycznia 1993 r., sygn. U 10/92.

²⁸⁵ S. Wronkowska, *Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej*, [w:] eadem (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 75.

²⁸⁶ Por. wyrok z 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02.

²⁸⁷ P. Tuleja, *Komentarz do art. 2*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz – Art. 1–86*, t. I, Warszawa 2016, s. 15.

Konstytucji) lub szczególne klauzule limitacyjne wiążące się z niektórymi gwarancjami praw i wolności²⁸⁸.

Znamienne jest, że w obu kontekstach Trybunał powołuje się na zasadę proporcjonalności jako zakaz nadmiernej ingerencji. W kontekście ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności Trybunał wyjaśnia, że „[i]stotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającą z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu. Zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki (choć kryteria »nadmierności« muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności), a jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą. Uznanie proporcjonalności ograniczenia prawa wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia założonego celu, a nie jedynie »sprzyja« temu celowi, czy też »ułatwia« jego osiągnięcie”²⁸⁹.

²⁸⁸ M.in. L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10; A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 664; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 669; K. Wójtowicz, *Zasada proporcjonalności jako wyznacznik konstytucyjności norm*, [w:] M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 265–278; M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, [w:] B. Oliwa-Radzikowska (red.), *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998, s. 55.

²⁸⁹ Początkowo Trybunał używał tego terminu w celu uniknięcia pomylenia go z elementem testu, jakim jest zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Sam test proporcjonalności jest również wytworem doktryny oraz orzecznictwa konstytucyjnego. Stanowi wyraźne zapożyczenie idei konstytucyjnej z niemieckiej doktryny prawa, a w szczególności z orzecznictwa niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁹⁰. Przy tym należy wyraźnie zaznaczyć, że zasada proporcjonalności rozumiana jako zakaz nadmiernej ingerencji była dobrze znana w polskim prawie publicznym (w szczególności w prawie karnym oraz administracyjnym²⁹¹) na długo przed przyjęciem zasady proporcjonalności w prawie konstytucyjnym. Dlatego też wartość dodana wynikająca z uznania zasady proporcjonalności jako podstawowej zasady wyznaczającej granice ingerencji organów władzy publicznej w sferę konstytucyjnych praw i wolności polega na sformułowaniu testu proporcjonalności oraz stosowaniu analizy proporcjonalności w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego²⁹².

Badając ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, Trybunał standardowo dokonuje swojej analizy na podstawie następujących pytań:

- 1) czy ingerencja stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa lub wolności;
- 2) czy ograniczenie było przewidziane przez ustawę;
- 3) czy ograniczenie było uzasadnione przynajmniej jedną z wartości konstytucyjnych wymienionych w klauzuli limitacyjnej;
- 4) czy ograniczenie było konieczne w demokratycznym państwie;
- 5) czy ograniczenie nie narusza istoty danego prawa²⁹³?

²⁹⁰ A. Tatham, *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership. The Influence of the German Model in Hungary and Poland*, Leiden 2013; M. Krzyżanowska-Mierzevska, *The Reception Process in Poland and Slovakia*, [w:] H. Keller, A. Stone Sweet (red.), *The Impact of the ECHR on National Legal System*, Oxford 2008, s. 531–603.

²⁹¹ A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrejonalnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010.

²⁹² We wczesnych orzeczeniach Trybunał stosował test proporcjonalności do kontroli przepisów nakładających ograniczenia zarówno na jednostki, jak i na podmioty prawa publicznego lub jednostki samorządu terytorialnego. Np. orzeczenie z 17 października 1995 r., sygn. K 10/95.

²⁹³ Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11.

Powyższe pytania stanowią więc ogólne ramy badania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności (nazywane są testem dozwolonych ograniczeń). W literaturze przedmiotu podkreśla się, że „negatywna odpowiedź na choćby jedno z powyższych pytań przerywa dalsze badanie dopuszczalności i pociąga za sobą stwierdzenie, że doszło do naruszenia praw”²⁹⁴. Natomiast w ramach testu dozwolonych ograniczeń zasada proporcjonalności została wpisana w pytanie o konieczność ograniczenia w demokratycznym państwie. Wynika stąd, że zastosowanie testu proporcjonalności jest uwarunkowane wstępnymi wymogami 1)–3) przedstawionymi powyżej.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada proporcjonalności jako kryterium oceny ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jest rozumiana jako „suma trzech zasad składowych:

- 1) zasady przydatności, której zastosowanie polega na przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, czyli stwierdzeniu, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; przyjmuje się, że warunkiem tego nie spełniają przepisy, które utrudniają osiągnięcie założonych celów lub nie wykazują z nimi żadnego związku,
- 2) zasady konieczności, której aplikacja wymaga wykazania, że badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a ponadto, że spośród środków skutecznie je chroniących wybrano środki najmniej uciążliwe, co wiąże się z rozważeniem możliwych środków alternatywnych i określeniem ich skuteczności,
- 3) zasady proporcjonalności *sensu stricto* (zakaz nadmiernej ingerencji), której zastosowanie polega na sprawdzeniu, czy efekty skazanej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do nakładanych

²⁹⁴ W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Warszawa 2018, s. 39.

przez nią ciężarów, przy czym im bardziej cenna jest wartość naruszana i im wyższy stopień jej naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość chroniona i wyższy stopień jej realizacji, z zastrzeżeniem, że w żadnym wypadku ustanowione ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw²⁹⁵.

Biorąc pod uwagę te trzy kryteria składające się na test proporcjonalności i podejmując analizę proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, Trybunał nadal odwołuje się do swojego wczesnego orzecznictwa, w którym sformułował następujące pytania:

- 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków;
- 2) czy regulacja ta jest niezbędna do ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana;
- 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela²⁹⁶?

W tej samej sprawie Trybunał zaznaczył również, że „rozważenie, czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę uwzględniać powinno specyfikę poszczególnych praw i wolności jednostki (surowsze standardy oceny przykładać należy np. do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych czy socjalnych), bo z tego wynikają ogólne granice dopuszczalnych ograniczeń²⁹⁷. Podkreślił też, że „nie jest powołany do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę. Punktem wyjścia dla jego orzeczeń jest zawsze założenie racjonalnego działania ustawodawcy i domniemanie zgodności ustaw z konstytucją. Jeżeli jednak konstytucja nakłada na ustawodawcę obowiązek stanowienia prawa zgodnego z wymaganiami o tak generalnym charakterze, jak demokratyczne państwo prawne czy zaufanie obywatela do państwa, to nakazuje to Trybunałowi Konstytucyjnemu

²⁹⁵ Wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11, § 5.2.

²⁹⁶ Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94.

²⁹⁷ *Ibidem*.

interweniować w tych wszystkich przypadkach, gdy ustawodawca przekroczy zakres swej swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że naruszenie wspomnianych klauzul konstytucyjnych stanie się ewidentne”²⁹⁸.

Należy jednak zauważyć, że test proporcjonalności ma zastosowanie jedynie do spraw dotyczących ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, a więc nie do ograniczeń praw, które nie mają statusu praw konstytucyjnych (takich jak prawo do pracy lub prawo do określonego poziomu dochodów). Dlatego też ingerencja ustawodawcy w prawa przewidziane w ustawie (takie jak prawo do prowadzenia pojazdu lub posiadania prawa jazdy) nie podlega co do zasady badaniu na podstawie ogólnej klauzuli limitacyjnej (choć ma do niej zastosowanie zasada proporcjonalności wyrażona w art. 2 Konstytucji)²⁹⁹. Ponadto w orzecznictwie Trybunału można wskazać także takie sprawy, w których test proporcjonalności nie został zastosowany, ponieważ regulacja ustawowa wykluczała określoną kategorię podmiotów z zakresu konstytucyjnej ochrony określonych praw lub wolności, poprzez całkowitą blokadę korzystania z tych praw lub wolności³⁰⁰.

W sprawach tych uznano, że w sytuacji, gdy przepisy ustawy całkowicie wykluczają możliwość realizacji konstytucyjnego prawa lub wolności, Trybunał nie może traktować takiej ingerencji jako *ograniczenia*³⁰¹.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ Wyrok z 12 lutego 2014, sygn. K 23/10.

³⁰⁰ Wyrok z 2 czerwca 2015 r., sygn. K 1/13, § 6.1. Odnosząc się do zdefiniowania problemu konstytucyjnego w tej sprawie, Trybunał stwierdził, że „[a]by ocenić wątpliwości sformułowane przez wnioskodawcę, należało porównać zakres ustawowych gwarancji wolności zrzeszania się w związkach zawodowych z podmiotowym zakresem tej wolności w jej konstytucyjnym ujęciu (art. 59 ust. 1 w związku z art. 12 Konstytucji). Na tej podstawie można było ustalić, czy ustawodawca zrealizował obowiązek zapewnienia wszystkim uprawnionym podmiotom warunków do korzystania z przysługującej im wolności, czy też posłużył się regulacją niepełną. Stwierdzenie, że konkretne rozwiązanie ustawodawcze nie odpowiada gwarancjom konstytucyjnym w takim wymiarze, jaki jest niezbędny dla ich całkowitego urzeczywistnienia, skutkuje uznaniem przez Trybunał niezgodności badanych norm z wzorcami określającymi ramy prawne danej wolności bądź prawa konstytucyjnego”.

³⁰¹ Dla przykładu Trybunał orzekł, że przepisy wykluczające uprawnienie pokrzywdzonych do udziału w procesie karnym nie stanowią ograniczenia podlegającego ocenie na

Dlatego też w tych sprawach Trybunał przyjął, że klauzula limitacyjna nie jest właściwą podstawą kontroli aktów normatywnych, które oznaczają dla określonej grupy podmiotów „zerową ochronę”³⁰². Prezentowane tu podejście oznacza, że ustawa nie może redefiniować zakresu ochrony konstytucyjnych praw i wolności, lecz jedynie ograniczać zakres ich realizacji. Zatem w sytuacjach, w których ingerencja ustawodawcy uniemożliwia korzystanie z praw lub wolności, pozostawiając niektóre kategorie podmiotów bez jakiegokolwiek ochrony, Trybunał nie traktuje tego rodzaju regulacji za ograniczenie. W badanym orzecznictwie podejście to nie jest jednak jednolicie stosowane (przeważa tylko w niektórych składach sędziowskich).

2.5. Konstytucyjne gwarancje praw i wolności

Konstytucja z 1997 r. zawiera wyjątkowo liczne gwarancje praw i wolności³⁰³. Jest im przede wszystkim poświęcony Rozdział II, który obejmuje długi katalog praw i wolności, a także obowiązków człowieka

podstawie ogólnej klauzuli limitacyjnej, poprzez zastosowanie testu proporcjonalności. Wyrok z 30 sierpnia 2014 r., sygn. SK 22/13. W sprawie tej Trybunał uznał, że postępowanie przed sądem w sprawie karnej, w którym nie zostały zagwarantowane niezbędne prawa pokrzywdzonego, nie spełnia konstytucyjnego wymogu sprawiedliwości proceduralnej wynikającego z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

³⁰² Szczególna kategoria tego typu dotyczy odmowy dostępu do sądu lub prawa do odwołania. W przypadku takiej odmowy Trybunał zazwyczaj nie przeprowadza analizy proporcjonalności, ale opiera się na przepisach Konstytucji gwarantujących te prawa (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji). W tym ujęciu regulacja ustawowa, która całkowicie uniemożliwia określonej kategorii podmiotów wnoszenie powództwa do sądu lub odwołania, jest postrzegana jako całkowita przeszkoda w realizacji konstytucyjnego prawa. W takich przypadkach nie trzeba nawet powoływać się na art. 31 ust. 3 Konstytucji. Sytuację zamknięcia drogi sądowej lub odwoławczej należy jednak odróżnić od przepisów, które wprowadzają nadmierne ograniczenia prawa do rzetelnego procesu (jak np. opłaty sądowe). Dlatego też nadmierne opłaty sądowe lub inne wymogi proceduralne traktowane są jako ograniczenie prawa do rzetelnego procesu, które wymusza przeprowadzenie analizy proporcjonalności.

³⁰³ Część tych gwarancji ma również charakter zasad ustrojowych i została wpisana w Rozdział I Konstytucji.

i obywatela, a wzorowany jest na międzynarodowych umowach praw człowieka. Rozdział ten wyraźnie odróżnia kategorie praw i wolności osobistych, politycznych oraz ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych³⁰⁴. Warto zwrócić też uwagę na różny poziom szczegółowości przepisów zawierających gwarancje konstytucyjnych praw i wolności. Niektóre z nich obejmują wąsko określone prawa, które w innych państwach zostały wywiedzione z podstawowych gwarancji wolności jednostki. Jako przykład można wskazać odrębne unormowanie w polskiej konstytucji prawa do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci, dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym, a także tajemnicy komunikacji, nienaruszalności mieszkania oraz ochrony danych osobowych³⁰⁵, które w innych państwach mieszczą się w jednym przepisie lub uznane są za elementy składowe ochrony prywatności³⁰⁶.

Konstytucja RP nie wprowadza wyraźnego rozróżnienia między prawami bezwzględnymi i względnymi. Jednakże przyjmuje się, że wszystkie prawa i wolności zagwarantowane w Konstytucji są względne i mogą podlegać ograniczeniom, z wyjątkiem tych praw i wolności, które w prawie międzynarodowym uznaje się za bezwzględne. Stąd zakaz tortur lub okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania jest uważany za zakaz bezwzględny, który całkowicie wyklucza ingerencję ustawodawcy w tym zakresie³⁰⁷. Zgodnie z przytoczonym tu poglądem, również w orzecznictwie Trybunału przyjęto, że zakaz tortur lub okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania nie może podlegać analizie proporcjonalności³⁰⁸. Ponadto Trybunał nie dopuszcza

³⁰⁴ W literaturze przedmiotu można znaleźć inne podziały, np. na prawa wolnościowe, prawa negatywne, prawa uprawnienia, prawa kompetencje oraz prawa instytucje. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 24–40.

³⁰⁵ Por. art. 47, 49, 50 i 51 Konstytucji.

³⁰⁶ W Konstytucji również wolność słowa, prawo do informacji i wolność akademicka określone są w odrębnych przepisach, które znajdują się w trzech różnych tytułach Rozdziału II. Por. art. 54 ust. 1, art. 61 i 73 Konstytucji.

³⁰⁷ M. Wyrzykowski, *Granice praw...*, s. 58.

³⁰⁸ Wyroki z 13 grudnia 2004 r., sygn. K 20/04, i z 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07.

możliwości ustawowej ingerencji w konstytucyjnie zagwarantowane domniemanie niewinności³⁰⁹. Poza tym w literaturze prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym konstytucyjny zakaz dyskryminacji jest bezwzględny³¹⁰. Pogląd ten należy jednak zderzyć z utrwalonym standardem międzynarodowym, zgodnie z którym nawet zakaz dyskryminacji podlega uzasadnionym wyjątkom³¹¹.

Chociaż niektóre konstytucyjne prawa i wolności są formułowane w sposób kategoryczny, podlegają one szczególnym warunkom lub wyjątkom. W literaturze naukowej ta kategoria praw nazywana jest „prawami negatywnymi”, ponieważ wynikają one z zakazów, które z definicji wykluczają prawne zawieszenie ich gwarancji. Ustawodawca nie może zatem regulować sposobu realizacji praw negatywnych, lecz może wprowadzać wyjątki od zakazów podejmowania określonych działań³¹². Przykład uzależnienia gwarancji praw od szczególnych warunków dotyczących samej ingerencji można natomiast odnaleźć w konstytucyjnym zakazie przeprowadzania eksperymentów naukowych bez uzyskania zgody³¹³, a także w zakazie przymuszania do praktyk religijnych bądź ujawniania własnego światopoglądu, religii lub przekonań³¹⁴. W tych przypadkach warunkiem uznania za ingerencję jest działanie bez zgody podmiotów tych praw. Oznacza to jednak, że jednostki mogą dobrowolnie wyrazić zgodę na poddanie się doświadczeniom naukowym lub ujawnienie swoich poglądów religijnych. Konstytucja kategorycznie zakazuje również cenzury prewencyjnej w środkach społecznego przekazu oraz koncesjonowania prasy³¹⁵. Ekstradycja obywatela polskiego jest zakazana, ale

³⁰⁹ Wyrok z 30 września 2015 r., sygn. K 3/13.

³¹⁰ W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka...*, s. 41.

³¹¹ Por. np. U. Belavusau, K. Henrard (red.), *EU Anti-discrimination Law beyond Gender*, Oxford 2018.

³¹² K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 70. W takich przypadkach ustawodawca może określić jedynie właściwe organy i procedury związane z wykonywaniem praw negatywnych.

³¹³ Art. 39 Konstytucji.

³¹⁴ Art. 53 ust. 6 Konstytucji.

³¹⁵ Art. 54 ust. 2 Konstytucji.

dopuszcza się ekstradycję obywateli polskich na podstawie umowy międzynarodowej lub ustaw implementujących prawo Unii Europejskiej³¹⁶.

Poza wymienioną kategorią bezwzględnych praw lub zakazów, konstytucyjne prawa i wolności uważa się za względne, nawet jeśli zostały sformułowane w sposób kategoryczny i nie następują po nich szczególnie klauzule limitacyjne³¹⁷. Jednakże, zgodnie z istniejącym orzecznictwem, prawa wyborcze³¹⁸ czy zakaz wyłączenia bez słusznego odszkodowania³¹⁹ nie mogą być przedmiotem regulacji ustawowej, ponieważ ich zakres i treść są określone w samej Konstytucji. W tym duchu Trybunał orzekł, że prawo stanowione nie może wprowadzać innych przesłanek ograniczeń praw wyborczych niż wymienione w art. 62 ust. 2 Konstytucji (ubezwłasnowolnienie, pozbawienie praw publicznych i wyborczych prawomocnym orzeczeniem sądowym)³²⁰.

2.6. Klauzule limitacyjne

W Konstytucji RP z 1997 r. ogólna klauzula limitacyjna została zawarta w art. 31 ust. 3, który brzmi następująco:

„Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

³¹⁶ Art. 55 ust. 2 i 3 Konstytucji. Por. wyroki z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05 i z 21 września 2011 r., sygn. SK 6/10. W tym ostatnim wyroku Trybunał potwierdził jednak, że ekstradycja obywatela polskiego jest możliwa tylko wtedy, gdy wniosek o ekstradycję wydany przez sąd zagraniczny jest dopuszczalny zgodnie z polskim prawem i zatwierdzony przez polski sąd.

³¹⁷ Wyrok z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06.

³¹⁸ Wyrok z 24 listopada 2008 r., sygn. K 66/07.

³¹⁹ Wyroki z 20 lipca 2004 r., sygn. SK 11/02, czy z 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99.

³²⁰ Wyrok z 10 listopada 1998 r., sygn. K 39/97.

Cytowany przepis znajduje się w początkowej części Rozdziału II poświęconego konstytucyjnym prawom, wolnościom i obowiązkom człowieka i obywatela zawierającej zasady ogólne. Swoim brzmieniem przypomina klauzule limitacyjne zawarte w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych oraz w niemieckiej Ustawie Zasadniczej³²¹. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, ogólna klauzula limitacyjna ma charakter systemowy i jest nierozzerwalnie związana z pojęciem demokratycznego państwa prawa³²².

Chociaż zasada proporcjonalności nie jest wyraźnie określona w art. 31 ust. 3 Konstytucji, przyjmuje się, że jest zawarta w sformułowaniu „konieczne w demokratycznym państwie”³²³. W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjęto, że przydatność, niezbędność oraz proporcjonalność *sensu stricto* zawierają się w pojęciu „konieczności” i w tym zakresie zachodzi zbieżność art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji³²⁴. Istnieje jednak istotna różnica między klauzulami limitacyjnymi stosowanymi w międzynarodowych umowach prawa człowieka a Konstytucją RP. Klauzule limitacyjne stosowane w umowach międzynarodowych odnoszą się bowiem do „społeczeństwa demokratycznego”, podczas gdy polski ustrojodawca przyjął formułę „demokratycznego państwa”. Akcent położony na demokratyczne państwo jest wynikiem powiązania zasady proporcjonalności z koncepcją demokratycznego państwa prawa, jednak w praktyce konstytucyjnej różnica w treści klauzuli konieczności przejawia się w etatystycznym podejściu do ochrony praw człowieka.

Klauzula limitacyjna zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji ma charakter ogólny, ponieważ ma zastosowanie do ograniczeń dotyczących wszystkich praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji³²⁵. Niektóre z tych gwarancji zawierają szczególne klauzule ograniczające,

³²¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 31...*

³²² Wyrok z 20 lutego 2008 r., sygn. K 30/07.

³²³ L. Garlicki, *Komentarz do art. 31...*

³²⁴ Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11, § 3.3.

³²⁵ Wyrok z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00.

które różnią się pod względem struktury i treści³²⁶. Na przykład nie zawierają wymogu formy ustawowej lub zakazu naruszania istoty praw. Inne obejmują osobne katalogi przesłanek ingerencji³²⁷.

Relacja między art. 31 ust. 3 Konstytucji a szczególnymi klauzulami ograniczającymi nie została wyraźnie ustalona w chwili przyjęcia Konstytucji, dlatego wkrótce stała się przedmiotem sprzecznych interpretacji³²⁸. Ostatecznie Trybunał wyjaśnił, że gwarancje konstytucyjnych praw i wolności, które nie zawierają szczególnych klauzul ograniczających, należy zawsze stosować w związku z ogólną klauzulą ograniczającą zawartą w art. 31 ust. 3 Konstytucji³²⁹.

Natomiast w praktyce konstytucyjnej przyjęło się, że ogólna klauzula limitacyjna jest wskazywana jako podstawa kontroli nawet w przypadku zarzutów dotyczących konstytucyjnych praw lub wolności, których gwarancje zawierają szczególne klauzule limitacyjne. Przyjmuje się bowiem, że ogólna klauzula limitacyjna uzupełnia wymogi, które zostały wyraźnie wskazane w szczególnych klauzulach limitacyjnych (pod warunkiem, że wymogi te nie są wyraźnie wyłączone przez klauzule szczególne)³³⁰.

2.7. Hierarchia konstytucyjnych praw i wolności

Już we wczesnym orzecznictwie Trybunał stwierdzał, że istnieje hierarchia konstytucyjnych praw i wolności, która rzutuje na poziom oceny ich ograniczeń. W jednym z pierwszych wyroków, który rozwijał

³²⁶ Np. art. 59 ust. 3 zd. 1 lub art. 61 ust. 3 Konstytucji. Por. art. 51 Konstytucji i wyrok z 30 czerwca 2014 r., sygn. K 23/11.

³²⁷ Np. art. 53 ust. 5 Konstytucji.

³²⁸ Według niektórych poglądów doktryny, art. 31 ust. 1 Konstytucji stosuje się, chyba że szczególna klauzula limitacyjna wyklucza jego zastosowanie. Tak np. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 92, 94, i M. Wyrzykowski, *Granice praw...*, s. 53.

³²⁹ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania...*, s. 7, 8.

³³⁰ Wyrok z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00.

rozumienie zasady proporcjonalności jako zakazu nadmiernej ingerencji, Trybunał wyjaśnił, że „zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki (choć, oczywiście, kryteria »nadmierności« muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności)”. Stwierdził następnie, że „[r]ozważanie, czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę uwzględniać powinno specyfikę poszczególnych praw i wolności jednostki (surowsze standardy oceny przykładać należy np. do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych czy socjalnych), bo z tego wynikają ogólne granice dopuszczalnych ograniczeń”³³¹.

Również obecnie Trybunał potwierdza istnienie wewnętrznej hierarchii konstytucyjnych praw i wolności, chociaż Konstytucja RP nie stwierdza tego wyraźnie. Trybunał wywodzi jednak różną rangę konstytucyjnych praw i wolności ze jej wewnętrznej struktury i aksjologii³³². Wyjaśnia przy tym, że hierarchia konstytucyjnych praw i wolności nie może wynikać z ogólnej klauzuli limitującej (art. 31 ust. 3 Konstytucji), lecz ze struktury Konstytucji, która wyraża pewne preferencje aksjologiczne jej twórców³³³.

Hierarchia konstytucyjnych praw i wolności nie oznacza automatycznej przewagi praw, które stoją najwyżej. Ranga praw i wolności jest jednak istotna dla określenia siły argumentów uzasadniających ich ograniczenia. Trybunał wymaga szczególnie mocnego i jednoznacznego uzasadnienia ograniczeń nakładanych na prawa i wolności osobiste³³⁴. A zatem ograniczenie prawa lub wolności należących do tej kategorii

³³¹ Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94.

³³² Wyroki z 10 czerwca 2008 r., sygn. SK 17/07; z 10 lipca 2007 r., sygn. SK 50/06; z 18 stycznia 2006 r., sygn. K 21/05; z 11 września 2005 r., sygn. Kp 1/05; z 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98; z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98; z 10 listopada 1998 r., sygn. K 39/97; z 31 stycznia 1996 r., sygn. K 9/95; z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94.

³³³ Wyrok z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06.

³³⁴ Wyrok z 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11.

praw wymaga bardziej przekonującego uzasadnienia, jak również surowszego rygoru oceny sędziowskiej.

W orzecznictwie konstytucyjnym można wskazać liczne przykłady wyroków, które zawężają możliwości uzasadnień odnoszących się do ograniczeń niektórych konstytucyjnych praw i wolności. Kluczowym przykładem jest prawo do prawnej ochrony życia ludzkiego, w stosunku do którego Trybunał orzekł, że może być ograniczone tylko i wyłącznie względami ochrony życia innych osób. Oznacza to, że ograniczenie prawa do życia wymaga symetrii wartości życia poświęcanego i ratowanego³³⁵. W rezultacie prawo do życia może być ograniczone tylko wtedy, gdy poświęcenie życia jest absolutnie konieczne dla ratowania życia innych ludzi. W rezultacie inne wartości konstytucyjne wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji nie mogą być wykorzystywane do uzasadnienia ustawowego ograniczenia prawa do życia³³⁶.

Godność, wolność i równość jako ogólne zasady prawa

Godność, wolność i równość człowieka mają szczególny status zasad ogólnych³³⁷. Chociaż struktura Konstytucji (Rozdziału II) sugeruje, że mają one pierwszeństwo przed innymi konstytucyjnymi prawami i wolnościami, ich praktyczne znaczenie jest raczej ograniczone. Godność ludzka znajduje się niewątpliwie na szczycie hierarchii konstytucyjnych praw i wolności, jest bowiem źródłem innych praw i wolności, ale jej rola w polskim orzecznictwie konstytucyjnym jest drugorzędna. Jest to wynik praktyki stosowania zasady skargowości w postępowaniu przed Trybunałem, zgodnie z którą podmioty inicjujące kontrolę mają obowiązek powoływania się w pismach procesowych w pierwszej kolejności na

³³⁵ Według niektórych autorów analiza proporcjonalności nie powinna być stosowana do ograniczeń prawa do życia. M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i wolności*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2, s. 56–77.

³³⁶ Wyrok z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

³³⁷ Art. 30, art. 31 ust. 1 i art. 32 Konstytucji.

konkretne gwarancje konstytucyjnych praw i wolności, przed powołaniem bardziej ogólnych.

W praktyce klauzule ochrony godności ludzkiej oraz wolności człowieka są w większości przypadków wykorzystywane jedynie w celu poparcia zarzutów dotyczących naruszeń innych, bardziej szczegółowych praw i wolności³³⁸. Trybunał zazwyczaj określa je jako wartości aksjologiczne, które należy wziąć pod uwagę w procesie interpretacji innych konstytucyjnych praw i wolności³³⁹.

Jednocześnie kategoriyczny zakaz naruszania godności ludzkiej rozumiany jako zakaz wykorzystywania osoby ludzkiej jako środka do celów działania państwa został skutecznie wykorzystany jako podstawa kontroli tylko w niewielu sprawach³⁴⁰. Z kolei jeżeli chodzi o zasadę ochrony wolności człowieka, Trybunał nie wypracował jeszcze autonomicznej interpretacji klauzuli zawartej w art. 31 ust. 1 Konstytucji, która to interpretacja wykraczałaby poza gwarancje konkretnych swobód zawartych w innych przepisach Konstytucji. Podsumowując, potencjał zastosowania klauzuli nienaruszalnej godności ludzkiej oraz wolności człowieka jako praw podmiotowych nie został w polskim orzecznictwie wystarczająco wykorzystany³⁴¹.

Dodatkowe trudności w bezpośrednim zastosowaniu zasady równego traktowania wynikają z przyjętych kryteriów dopuszczalności skargi konstytucyjnej, zgodnie z którymi skarżący nie mogą opierać swoich zarzutów tylko na podstawie art. 32 ust. 1 Konstytucji³⁴². W orzecznictwie Trybunału przyjęto bowiem, że prawo do równego traktowania

³³⁸ Wyrok z 15 października 2002 r., sygn. SK 6/02.

³³⁹ Wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00.

³⁴⁰ Wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00; z 8 listopada 2001 r., sygn. P 6/01; z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

³⁴¹ M. Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego i autonomia jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 430.

³⁴² Por. odmienny pogląd wyrażony w doktrynie – K. Wojtyczek, *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie*

jest konstytucyjnym prawem jednostki, lecz ma jednak charakter prawa „drugiego stopnia” („metaprawa”), które przysługuje „w związku z konkretnymi normami prawnymi lub innymi działaniami organów władzy publicznej, a nie w oderwaniu od nich – niejako „samoistnie”³⁴³. Odrzucając zatem dopuszczalność skargi konstytucyjnej opartej wyłącznie na zarzutach naruszenia prawa do równego traktowania, Trybunał wyjaśnił, że „prawo do równego traktowania nie ma w pełni charakteru prawa konstytucyjnego, a to sprawia, że nie może ono być chronione za pomocą skargi konstytucyjnej”³⁴⁴.

Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne

Jak już wspomniano, prawa i wolności osobiste oraz polityczne korzystają z wyższej ochrony konstytucyjnej niż prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne³⁴⁵. Dlatego właśnie ta ostatnia kategoria może podlegać dalej idącej ingerencji ustawodawczej³⁴⁶. Jednocześnie należy podkreślić, że kategoria praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych nie jest jednorodna i trudno jest ustalić wewnętrzne relacje w ramach tej kategorii. Istotne jest zatem uwzględnienie zakresu dopuszczalnych ograniczeń dotyczących poszczególnych grup praw i wolności w ramach tej kategorii.

prawnym, [w:] K. Complak (red.), *Godność człowieka jako kategoria prawna*, Wrocław 2001, s. 202. Postanowienie z 24 października 2001 r., sygn. SK 10/01.

³⁴³ Postanowienie z 24 października 2001 r., sygn. SK 10/01.

³⁴⁴ Postanowienie z 24 października 2001 r., sygn. SK 10/01.

³⁴⁵ Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94.

³⁴⁶ Wyrok z 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/98 („działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym. Istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości”).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego chroni własność jako zasadę ustrojową, a także prawo podmiotowe, przy czym prawo to pociąga za sobą również określone zobowiązania wobec ogółu społeczeństwa³⁴⁷. Podobnie wolność działalności gospodarczej uznaje się za zasadę ustroju gospodarczego państwa, a także prawo podmiotowe (art. 20 Konstytucji). Jednak gwarancja wolności działalności gospodarczej została powiązana ze szczególną klauzulą limitacyjną (art. 22 Konstytucji), która dopuszcza daleko idącą interwencję w zakres tej wolności³⁴⁸. W konsekwencji podmioty zarzucające naruszenie wolności gospodarczej ponoszą znacznie większy ciężar dowodu, polegającego na wzruszeniu domniemania konstytucyjności takich regulacji niż w przypadku ograniczeń innych konstytucyjnych praw lub wolności³⁴⁹.

Po pierwsze, ograniczenia swobody działalności gospodarczej mogą być wprowadzone „w drodze ustawy” (a nie „tylko w ustawie”) oraz „ze względu na ważny interes publiczny” (art. 22 *in fine*). Dlatego ingerencja państwa w zakres wolności gospodarczej nie musi się wiązać bezpośrednio z wartościami konstytucyjnymi wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji³⁵⁰. W rezultacie poziom kontroli konstytucyjnej w przypadku ograniczeń swobody działalności gospodarczej jest znacznie niższy niż w przypadku innych praw lub wolności³⁵¹.

Konstytucja RP przewiduje dwie kategorie praw socjalnych: 1) prawa socjalne, które mogą być bezpośrednio dochodzone w sądach, oraz 2) prawa socjalne, które mogą być bezpośrednio dochodzone w sądach, lecz tylko w granicach określonych w ustawie³⁵². Druga z wymienionych

³⁴⁷ Wyrok z 5 listopada 1997 r., sygn. K 22/97.

³⁴⁸ Wyroki z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12; z 13 października 2010 r., sygn. Kp 1/09; z 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00.

³⁴⁹ Wyrok z 27 lutego 2014 r., sygn. P 31/13.

³⁵⁰ Wyrok z 30 października 2001 r., sygn. K 32/00.

³⁵¹ Wyrok z 27 lutego 2014 r., sygn. P 31/13.

³⁵² Art. 81 Konstytucji.

tu kategorii praw wiąże więc jedynie ustawodawcę³⁵³. Na przykład dochodzenie gwarancji konstytucyjnych płacy minimalnej, polityki rządu prowadzącej do pełnego zatrudnienia, bezpiecznych i zdrowych warunków życia, ochrony osób niepełnosprawnych, ochrony rodziny i macierzyństwa, ochrony środowiska, mieszkalnictwa i ochrony konsumentów jest możliwe jedynie na podstawie ustaw, które realizują normy programowe wyrażone w Konstytucji. Jednocześnie należy podkreślić ważny głos w doktrynie, który podnosi, że minimalna treść praw socjalnych jest bezpośrednio wiążąca, a tym samym wykracza poza obowiązek realizacji tych gwarancji w ustawach³⁵⁴.

W ramach konstytucyjnych gwarancji praw socjalnych, których dochodzenie w sądach nie jest uzależnione od przepisów ustawy, istnieje jednak także grupa praw, których treść ma określać ustawa³⁵⁵. W odniesieniu do tych praw uznaje się, że Konstytucja chroni jedynie minimalną treść tych gwarancji, podczas gdy ustawodawca ma swobodę w określaniu ich zakresu i zasadniczych elementów³⁵⁶. W konsekwencji Trybunał bardzo niechętnie stosuje test proporcjonalności do ustaw określających treść praw socjalnych³⁵⁷. Co do zasady, podejmuje kontrolę ingerencji ustawodawczej tylko wtedy, gdy poziom ochrony wynikającej z ustaw jest niższy od wymaganego konstytucyjnie minimum³⁵⁸. Niemniej jednak ustalenie, które elementy należące do konstytucyjnego

³⁵³ Należy w tym miejscu również podkreślić, że normy te nie mogą być podstawą skargi konstytucyjnej. J. Trzeciński, *Zakres podmiotowy i podstawa skarg konstytucyjnej*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Skarga konstytucyjna*, Warszawa 2000, s. 62, 63. Por. wyroki z 19 listopada 1996 r., sygn. K 7/95, i z 17 lipca 1996 r., sygn. K 8/96.

³⁵⁴ M. Safjan, *Wprowadzenie...*, s. 85, § 43.

³⁵⁵ Np. art. 67 ust. 1 Konstytucji.

³⁵⁶ Wyroki z 27 stycznia 2003 r., sygn. SK 27/02; z 22 października 2001 r., sygn. SK 16/01. Por. też wyrok z 7 maja 2014 r., sygn. 43/12 – zdanie odrębne sędziego Mirosława Granata.

³⁵⁷ Wyrok z 11 grudnia 2006 r., sygn. SK 15/06.

³⁵⁸ Wyrok z 23 marca 1999 r., sygn. K 2/98 (sankcje za niezarejestrowaną transakcję sprzedaży towarów (produktów farmaceutycznych) nawet w czasach klęsk żywiołowych, kiedy nie było możliwości korzystania z kas fiskalnych).

zakresu ochrony stanowią minimalną treść praw socjalnych, może okazać się sporne³⁵⁹.

2.8. Ingerencja w zakres ochrony konstytucyjnych praw i wolności

Test dozwolonych ograniczeń rozpoczyna pytanie o to, czy ingerencja stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa lub wolności jednostki. Jest to zatem pytanie wstępne w ramach kontroli ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Ingerencja, jak wiadomo, może przybierać różne formy w zależności od kategorii prawa lub wolności³⁶⁰ oraz rodzaju działań państwa (legislacyjnych, administracyjnych, sądowych)³⁶¹. Jednakże dla celów kontroli konstytucyjności Trybunał bada jedynie, czy doszło do ingerencji ustawodawczej w konstytucyjnie zagwarantowany zakres ochrony prawa lub wolności. Jak się jednak okazuje, pytanie o ingerencję w praktyce jest nierozdzielnie związane z oceną wzorca kontroli wskazanego we wniosku, skardze konstytucyjnej lub pytaniu prawnym.

Jak wspomniano, od podmiotów inicjujących postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym wymaga się wskazania odpowiedniej normy

³⁵⁹ Nie jest jasne, czy minimalna treść tych praw ma być określona w kategoriach bezwzględnych, czy względnych – w kontekście poszczególnych ograniczeń. Kwestią sporną jest też to, czy Trybunał powinien również dokonywać kontroli ograniczeń, które nie naruszają istoty praw socjalnych. W praktyce odpowiedzi na te pytania różnią się w zależności od przypadku.

³⁶⁰ W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że rodzaj możliwych ingerencji zależy od rodzaju prawa, o które chodzi. W przypadku praw wolnościowych może przybrać formę zakazu pewnych działań wchodzących w zakres wolności, nałożenia obowiązków na osoby korzystające z ich wolności oraz ustanowienia organów nadzorujących przestrzeganie tych zakazów lub obowiązków. Ingerencje innego rodzaju występują w odniesieniu do praw negatywnych, wywodzących się z konstytucyjnych zakazów (takich jak zakaz tortur lub ekstradycji), uprawnień (takich jak prawo do ubezpieczenia społecznego), praw kompetencji (prawa wyborcze), praw instytucji (ochrona małżeństwa lub własności) oraz praw proceduralnych. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 64–74.

³⁶¹ M. Szydło, *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I, Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, pkt 63.

(Konstytucji lub ratyfikowanej umowy międzynarodowej) jako podstawy kontroli aktów normatywnych, z których wynikają rzekome ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności. Najczęściej obowiązek ten oznacza, że wnioskodawca musi określić przepisy Konstytucji jako wzorzec kontroli przepisów ustawy. Wybór wzorca jest tu kluczowy, gdyż od niego zależy zdefiniowanie problemu konstytucyjnego będącego podłożem sprawy, a w rezultacie sam wynik kontroli. W wyniku kontroli Trybunał może stwierdzić, że badany akt normatywny jest zgodny, niezgodny lub nie jest niezgodny ze wskazanym wzorcem. Szczególnie dotkliwe jest w tym kontekście stwierdzenie, że badane przepisy nie są niezgodne ze wskazanym wzorcem lub nawet umorzenie postępowania w całości lub w części ze względu na wskazanie niewłaściwych przepisów Konstytucji jako podstawy kontroli i nieudowodnienie sytuacji ingerencji w zakres ochrony, który wynika z tych przepisów³⁶². Rozstrzygnięcia te uniemożliwiają bowiem rozstrzygnięcie sprawy co do jej istoty, a więc rozwiązanie faktycznego sporu o zakres realizacji konstytucyjnych praw i wolności. Uwagi te są istotne dla zrozumienia praktycznych problemów związanych z wnoszeniem spraw o naruszenie konstytucyjnych praw i wolności do Trybunału Konstytucyjnego. Jak już wielokrotnie podkreślano, zasada skargowości w powiązaniu z praktyką ścisłego związania granicami wniosku czyni ten etap wyjątkowo trudnym dla wnioskodawców, którzy jednocześnie mają na sobie ciężar dowodzenia niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów³⁶³. W praktyce Trybunał redefiniuje zakres

³⁶² W wyroku z 25 marca 2014 r., sygn. SK 25/13 Trybunał uznał, że surowe prawo stwarza problem konstytucyjny, ale nie wiąże się on z ochroną konstytucyjnych praw lub wolności. Por. również wyrok z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11.

³⁶³ Wyrok z 17 lipca 2014 r., sygn. SK 35/12. W tej sprawie skarżący podważał sens karalności bezskutecznego podżegania do pomocnictwa w popełnieniu przestępstwa. Trybunał uznał jednak, że badane przepisy są zgodne z Konstytucją (art. 2, art. 42 ust. 1 oraz art. 31 ust. 3), choć dostrzegł inne potencjalne problemy konstytucyjne dotyczące karalności podżegania do pomocnictwa, ale nie zajął się nimi, gdyż nie zostały one wskazane w skardze konstytucyjnej, a więc pozostały poza zakresem kontroli z uwagi na zasadę związania granicami skargi.

kontroli niezwykle rzadko. Równie rzadko przejmuje ciężar tych dowodów na siebie, występując o przeprowadzenie dowodów z urzędu.

Biorąc natomiast pod uwagę merytoryczną ocenę tego etapu, należy zauważyć, że regulacja prawna zostaje uznana za ingerencję, jeżeli wkracza w konstytucyjny zakres ochrony. Przejście więc tego etapu oceny warunkuje dalszą ocenę dopuszczalności ograniczenia (w odniesieniu do formy ustawowej oraz jego uzasadnienia w świetle zasady proporcjonalności). Co istotne, ingerencja nie zawsze musi wynikać z ograniczeń przewidzianych w prawie, w niektórych bowiem przypadkach ograniczenie jest wynikiem braku właściwej ochrony przewidzianej w przepisach prawa, a zwłaszcza właśnie braku gwarancji ustawowych realizacji konstytucyjnych praw i wolności³⁶⁴. W tych jednak przypadkach braku właściwej ochrony lub nieuregulowania jej na poziomie ustawowym nie oznacza, że zarzut nie przechodzi testu ingerencji.

Badając, czy ingerencja stanowi ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności, Trybunał najczęściej korzysta z dorobku piśmiennictwa oraz swojego wcześniejszego orzecnictwa. Zakres ochrony konstytucyjnej, a więc zakres poszczególnych praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji, jest najczęściej szczegółowo wskazany w samych przepisach Konstytucji. Szczegółowość gwarancji konstytucyjnej, a także szeroki katalog praw i wolności gwarantowanych w Konstytucji czynią konieczność wyprowadzania nowych praw czy wolności (które w zagranicznej literaturze określa się mianem *derogative rights*) zbędną. Jednocześnie katalog konstytucyjnych praw i wolności jest względnie domknięty. W odróżnieniu od niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, polski Trybunał nie rozwinął bogatego orzecnictwa ani na klauzuli ochrony godności ludzkiej, ani w oparciu o zasadę wolności człowieka, na wzór orzecnictwa opartego na prawie do swobodnego rozwoju własnej osobowości (czyli art. 1 Ustawy Zasadniczej). W rezultacie niektóre

³⁶⁴ Wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13.

aspekty działalności człowieka znajdują się poza zakresem ochrony konstytucyjnej.

Problem ten można zilustrować na przykładzie przepisów mających na celu zmuszenie dłużników alimentacyjnych do zapłaty zaległych należności wobec ich dzieci poprzez zatrzymanie prawa jazdy. W sprawach dotyczących dłużników alimentacyjnych problem konstytucyjny nie został określony poprzez odniesienie do ograniczeń konstytucyjnych praw czy wolności. Przyjęto bowiem, że konstytucja nie zawiera gwarancji prawa do prowadzenia samochodu. Zamiast tego dopuszczalność ingerencji ustawodawcy była oceniana z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawnego, choć można argumentować, że prawo do korzystania z posiadanego prawa jazdy mieści się w zakresie prawa do poszanowania życia prywatnego. Ponadto posiadanie prawa jazdy może być odczytywane jako istotnie związane z wolnością wykonywania zawodu lub działalnością gospodarczą. Prób takiej interpretacji powyższego problemu zaniechano, gdyż nie była ona konieczna do rozstrzygnięcia sprawy na innej podstawie³⁶⁵.

Chociaż zakres konstytucyjnych praw i wolności nie budzi na ogół kontrowersji na etapie oceny ingerencji, to jednak stał się kwestią sporną w sprawach rodzących niewątpliwie kontrowersje ideologiczne na etapie oceny uzasadnienia ingerencji w kontekście konfliktu praw. Chodzi zatem o sporne określenie zakresu konstytucyjnej ochrony w sytuacji, gdy ingerencja jest uzasadniona prawami innych osób. W tej sytuacji problematyczne stało się przyznanie szerokiej ochrony praw wchodzących w konflikt z wolnością sumienia. Wręcz symbolicznie, w sprawie dotyczącej przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży z przyczyn społecznych Trybunał uznał, że Konstytucja chroni negatywny aspekt prywatności (wolność nieposiadania dzieci) tylko wtedy, gdy dziecko nie zostało jeszcze poczęte. Na tej podstawie też Trybunał orzekł, że po poczęciu ochrona

³⁶⁵ Wyrok z 12 lutego 2014 r., sygn. K 23/10.

konstytucyjna rozciąga się jedynie na prawo do wychowania dzieci³⁶⁶. W podobnym duchu Trybunał przyjął wąski zakres ochrony prywatności w sprawie dotyczącej klauzuli sumienia³⁶⁷. Trybunał podkreślił, że władze publiczne są zobowiązane do nieingerowania w życie prywatne i do zapewnienia odpowiedniej ochrony w przypadku ingerencji³⁶⁸. Jednakże, według zdania większości, ochrona prywatności nie pociąga za sobą obowiązku ochrony osób przed ingerencją ze strony innych osób, a dokładnie przez odmowę działania (nawet w kontekście zawodów medycznych), jeżeli jest ona umotywowana względami religijnymi lub światopoglądowymi.

Innym ważnym zagadnieniem, które pojawia się w związku z oceną ingerencji ustawodawczej, jest rozróżnienie między ograniczeniem konstytucyjnych praw i wolności a regulacjami dotyczącymi konstytucyjnych obowiązków³⁶⁹. Poza tym istnieje rozróżnienie między przepisami wprowadzającymi ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności a przepisami konkretyzującymi zakres ochrony tych praw. Przepisów „kształtujących” prawa czy wolności konstytucyjne nie uważa się za ograniczenia tych praw³⁷⁰. Do tej kategorii należą takie przepisy, które wprowadzają na przykład instytucjonalne lub proceduralne gwarancje korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Natomiast regulacje dotyczące sposobu korzystania z konstytucyjnych praw lub wolności uznaje się zazwyczaj za ingerencję podlegającą w dalszym etapie oceny jej dopuszczalności analizie proporcjonalności³⁷¹.

³⁶⁶ Polska sprawa aborcyjna została nazwana „najbardziej oburzającą ze wszystkich trybunałów konstytucyjnych [spraw] w Europie Środkowo-Wschodniej, uzurpowania sobie przez sądy władzy prawodawczej”. W. Sadurski, *Rights before Courts...*, s. 135.

³⁶⁷ Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

³⁶⁸ Wyrok z 18 lipca 2012 r., sygn. K 14/12.

³⁶⁹ Por. art. 84 i 217 Konstytucji stanowiące o obowiązkach podatkowych. W praktyce przepisy określające obowiązki podatkowe tylko w wyjątkowych okolicznościach mogą być uznane za ograniczenie praw majątkowych (na przykład gdy nałożony podatek sprowadza się do konfiskaty mienia). Por. wyrok z 19 czerwca 2012 r., sygn. P 41/10.

³⁷⁰ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 67.

³⁷¹ *Ibidem*.

W analizowanym okresie większość spraw przeszła pomyślnie etap oceny, czy ingerencja stanowi ograniczenie, pozwalając Trybunałowi na zajęcie się oceną jego uzasadnienia. Jednakże w 11 wyrokach w badanym okresie Trybunał ocenił, że „nie doszło do ingerencji” i uznał, że badane przepisy są zgodne z wzorcem konstytucyjnym. Kontrola konstytucyjności odbyła się w tych sprawach bez przeprowadzenia analizy proporcjonalności³⁷². W niektórych sprawach, w których uznano „brak ograniczenia”, Trybunał stwierdził, że kwestionowana regulacja nie wpływa ujemnie na wskazane prawa konstytucyjne, ponieważ możliwość korzystania z nich lub ich realizacji zapewniają inne przepisy, a nie przepisy będące przedmiotem kontroli³⁷³. Tego typu argumenty pojawiły się w sprawach dotyczących dostępu do sądu³⁷⁴.

Wśród spraw, w których Trybunał stwierdził, że nie doszło do ograniczenia, znajdują się sprawy dotyczących żołnierzy zawodowych, sędziów lub komorników. Ich zarzuty nie były skuteczne, ponieważ Trybunał orzekł, że badane przepisy nie stanowią ograniczenia ich konstytucyjnych prawa lub wolności. Zamiast tego uznał, że kwestionowane przepisy określają warunki wykonywania służby publicznej³⁷⁵. W podobny sposób Trybunał przekonywał w sprawie dotyczącej zamrożenia wynagrodzeń sędziów, że konstytucja nie gwarantuje sędziom prawa

³⁷² Sprawy, w których Trybunał stwierdził, że nie doszło do ingerencji, nie zostały włączone do bazy wyroków poddanych dalszej analizie ilościowej.

³⁷³ Wyrok z 25 marca 2014 r., sygn. SK 25/13.

³⁷⁴ Wyroki z 30 września 2015 r., sygn. K 3/13; z 8 października 2012 r., sygn. K 40/12; z 13 marca 2013 r., sygn. K 25/10.

³⁷⁵ Wyrok z 12 lipca 2012 r., sygn. SK 31/10. W tej sprawie Trybunał orzekł, że prawo do rzetelnego rozpatrzenia sprawy przez sąd nie obejmuje prawa do zaskarżenia decyzji wewnętrznych wynikających ze stosunków służby wojskowej w sprawach powołania, przeniesienia i odwołania ze stanowiska służbowego oraz przeniesienia do rezerwy. Trybunał orzekł, że sprawy „wewnętrzne” dotyczące członków sił zbrojnych nie stanowią „sprawy” w rozumieniu prawa do sprawiedliwego procesu w świetle Konstytucji i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał dokonał jednak kontroli zaskarżonych przepisów w odniesieniu do kwestii wynikających ze stosunku służbowego, które wchodzą w zakres ochrony przewidzianej w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

podmiotowego do określonego wynagrodzenia lub do podwyżki wynagrodzenia, natomiast zakwestionowany mechanizm obliczania wynagrodzenia jedynie reguluje warunki zatrudnienia sędziów³⁷⁶. W związku z tym wprowadzone środki oszczędnościowe nie stanowiły ingerencji w zakres konstytucyjnej ochrony.

W tym samym duchu Trybunał orzekł, że komornicy sądowi nie mają konstytucyjnie chronionego prawa do określonej kwoty dochodu z ich działalności³⁷⁷. Stwierdził, że ustawowe określenie wysokości opłat komorników sądowych nie narusza prawa do wynagrodzenia za wykonywaną pracę, ponieważ zachowują oni prawo do pobierania opłat i uzyskania zwrotu poniesionych kosztów pieniężnych z tytułu postępowania egzekucyjnego. Jednak w innej sprawie dotyczącej komorników Trybunał orzekł, że ustawowy obowiązek wykonywania zadania publicznego, które nie mieści się w zakresie właściwego wykonywania zawodu (a dokładnie obowiązek prowadzenia dokumentacji służbowej), stanowi proporcjonalną ingerencję w prawo do ochrony własności³⁷⁸.

Oczywiście rozróżnienie między ograniczeniem konstytucyjnych praw lub wolności a ich określeniem w ustawie może być problematyczne. Rozróżnienie to jest istotne, gdyż tylko uznanie za ograniczenie umożliwi dalszą ocenę uzasadnienia, a zatem analizę proporcjonalności³⁷⁹.

³⁷⁶ Wyrok z 12 grudnia 2012 r., sygn. K 1/12.

³⁷⁷ Wyroki z 29 stycznia 2013 r., sygn. K 1/11 oraz z 30 kwietnia 2012 r., sygn. SK 4/10. Sprawy te dotyczyły sposobu ograniczenia wysokości opłaty egzekucyjnej pobieranej przez komornika, która w opinii Trybunału nie jest ceną za usługę, lecz świadczeniem o mieszanym, publiczno-prywatnym charakterze.

³⁷⁸ Wyrok z 14 grudnia 2010 r., sygn. K 20/08. W tej sprawie Trybunał uznał jednak, że badane przepisy naruszają prawa własności samorządu zawodowego, a nie prawa komorników.

³⁷⁹ Por. orzeczenie z 30 stycznia 1991 r., sygn. K 11/90. W sprawie tej Trybunał uznał, że przepisy wprowadzające religię do szkół publicznych nie naruszały wolności religii w zakresie, w jakim zobowiązywały one rodziców do zadeklarowania uczestnictwa ich dzieci w zajęciach religii. Odniósł się w tym zakresie do pozytywnego aspektu wolności manifestowania i praktykowania religii, pomijając jednocześnie argument, że brak pozytywnej deklaracji jest równoznaczny z negatywną deklaracją, którą należy uznać za naruszenie wolności religii w jej negatywnym aspekcie (wolności od religii). Por. W. Sadurski,

W analizowanym okresie Trybunał stosował to rozróżnienie do przepisów określających obowiązki funkcjonariuszy publicznych lub przedstawicieli zawodów zaufania publicznego³⁸⁰. Na przykład Trybunał stwierdził, że obowiązek przyjmowania aplikantów przez notariuszy publicznych nie koliduje ze swobodą wykonywania zawodu, ale stanowi element samoregulacji warunków wykonywania zawodu zaufania publicznego ustanowionych przez samorząd zawodowy³⁸¹. Z podobnych względów mogą pojawić się wątpliwości co do zakresu konstytucyjnej ochrony praw socjalnych, a przede wszystkim tych praw, których zakres i treść ma zgodnie z konstytucją określać ustawa. Kluczowe jest tu więc rozstrzygnięcie, czy ustawa nakłada na te prawa ograniczenia, czy też jedynie reguluje ich zakres i treść³⁸².

2.9. Forma ustawy

Wymóg formy ustawowej stanowi kryterium formalne w teście dopuszczalności ograniczeń i jest badany przez Trybunał Konstytucyjny we wszystkich sprawach dotyczących ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. We wczesnym orzecznictwie uznano, że każda ingerencja w zakres praw i wolności jednostki musi być wprowadzona w formie ustawy³⁸³. Dlatego też, opierając się na klauzuli demokratycznego państwa prawa, Trybunał ustanowił zasadę wyłączności ustawy oraz stworzył szczególne zasady dotyczące przepisów regulujących odpowiedzialność

Rights before the Courts..., s. 136, 137; L. Garlicki, *Perspectives on Freedom of Conscience and Religion in the Jurisprudence of Constitutional Courts*, „Brigham Young University Law Review” 2001, nr 2, s. 475–477.

³⁸⁰ Por. wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

³⁸¹ Wyrok z 27 czerwca 2013 r., sygn. K 12/10.

³⁸² Wyrok z 4 listopada 2014 r., sygn. K 1/14. W tej sprawie Trybunał uznał, że prawo nie narusza, lecz określa treść prawa do zabezpieczenia społecznego. Por. też wyrok z 13 grudnia 2007 r., sygn. SK 37/06.

³⁸³ Orzeczenie z 22 kwietnia 1987 r., sygn. P 1/87, i orzeczenie z 22 września 1997 r., sygn. K 25/97.

karną, administracyjną (skarbową) i dyscyplinarną³⁸⁴. Obecnie zasada wyłączności ustawy została wyraźnie przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zgodnie z tym przepisem ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Trybunał zastrzega ponadto, że przepis ten musi być interpretowany z uwzględnieniem pozostałych przepisów konstytucyjnych dotyczących stanowienia prawa powszechnie obowiązującego³⁸⁵. Oznacza to, że wymóg formy ustawowej obejmuje wszystkie wymogi, które muszą być spełnione przez ustawy³⁸⁶. Dotyczy to przede wszystkim zasad wynikających z techniki prawodawczej³⁸⁷, a zwłaszcza zagwarantowania jasności, precyzji oraz odpowiedniości przepisów ustawowych³⁸⁸.

W doktrynie przyjęto, że wymóg zachowania formy ustawowej wyraża związek między ograniczeniem a zasadą demokracji. Oznacza bowiem, że ograniczenie zostało wprowadzone w ustawie, którą przyjęto głosami większości parlamentarnej. Tym samym można uznać, że ograniczenie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności jest tylko wtedy możliwe, gdy za koniecznością jego wprowadzenia opowie się demokratyczna większość. Zatem wymóg formy ustawowej jest niezbędny do zapewnienia skutecznej ochrony konstytucyjnych praw i wolności, choć nie jest on wystarczający, aby zapobiec zakusom władzy ustawodawczej (także ze względu na jej związki osobowe z władzą wykonawczą – rządem). Dlatego ustawy muszą być stanowione w procedurze, która

³⁸⁴ Orzeczenia z 28 maja 1986 r., sygn. U 1/86, i z 1 marca 1994, sygn. U. 7/93. Por. też wyroki z 8 stycznia 2008 r., sygn. P 35/06; z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02; z 20 lutego 2001 r., sygn. P 2/00.

³⁸⁵ Wyrok z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02.

³⁸⁶ M. Ziółkowski, *Standard legalności ustawy w orzecznictwie konstytucyjnym*, [w:] P. Radziejewicz (red.), *Kontrola legalności ustawy w Sejmie*, Warszawa 2015, s. 258.

³⁸⁷ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej, Dz.U. 2002 Nr 100 poz. 908.

³⁸⁸ K. Działocha, T. Zalasiński, *'Określoność' przepisów prawa jako przedmiot kontroli konstytucyjności prawa w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] S. Bożyk (red.), *Prawo, parlament i egzekutywa we współczesnych systemach rządów. Księga poświęcona pamięci Profesora Jerzego Stembrowicza*, Białystok 2009, s. 48.

jest przejrzysta dla społeczeństwa i umożliwia wskazanie celów ustawodawcy (ocenę jego racjonalności) oraz czy projekt ustawy został właściwie procedowany, a także czy wprowadzone nim ograniczenia nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów legislacyjnych. Poza tym tylko regulacje ustawowe mogą być przedmiotem (prewencyjnej) kontroli konstytucyjności, która może powstrzymać wprowadzenie przepisów niekonstytucyjnych przed ich ogłoszeniem³⁸⁹. W pozostałych przypadkach nadal możliwa jest kontrola następcza przepisów ograniczających korzystanie z konstytucyjnych praw i wolności. W obu przypadkach – prewencyjnej i następczej kontroli – Trybunał Konstytucyjny może (i powinien) zbadać również zgodność procedury legislacyjnej prowadzącej do przyjęcia badanych przepisów z wymogami dotyczącymi procesu ustawodawczego przewidzianymi w Konstytucji³⁹⁰.

Konstytucja z 1997 r. szczegółowo określa źródła prawa oraz hierarchię źródeł prawa powszechnie obowiązującego, zastrzegając, że tylko ustawy mogą wprowadzać ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw lub wolności³⁹¹ (a także określać podatki oraz budżet państwa³⁹²). Natomiast rozporządzenia, akty prawa miejscowego oraz akty prawa wewnątrznie obowiązującego muszą być zgodne z przepisami ustawowymi i nie mogą autonomicznie nakładać ograniczeń na prawa i wolności jednostki. Trybunał przyjął też w konsekwencji uznania zasady wyłączności ustawy, że rozporządzenia mogą regulować jedynie techniczne aspekty ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności³⁹³. Muszą one jednak być wydane na podstawie wyraźnego

³⁸⁹ M. Wyrzykowski, *Granice praw...*, s. 48, 49.

³⁹⁰ Wyroki z 19 września 2008 r., sygn. K 5/07, lub z 19 czerwca 2002 r., sygn. K 11/02.

³⁹¹ Art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto niektóre gwarancje konstytucyjnych praw i wolności zawierają szczególne klauzule limitacyjne, które odnoszą się jedynie do wymogu zachowania formy ustawy. Np. art. 51 ust. 3 Konstytucji. Por. też wyrok z 14 lipca 2015 r., sygn. K 2/13.

³⁹² Art. 217 oraz art. 219 ust. 1 Konstytucji.

³⁹³ Np. Trybunał orzekł, że ze względu na konstytucyjny wymóg wyłączności ustawy konieczne jest, aby to ustawa, a nie rozporządzenie, określała przedmiot rejestru danych

i szczegółowego upoważnienia zawartego w przepisach ustawy i służyć realizacji jej celów³⁹⁴.

W bieżącym orzecznictwie problemy z zachowaniem wymogu formy ustawowej regulacji ograniczeń z korzystania konstytucyjnych praw i wolności są nadal aktualne³⁹⁵. Jest to niewątpliwie cecha wyróżniająca polski system konstytucyjny, w którym nadal do Trybunału Konstytucyjnego trafiają wnioski o kontrolę przepisów pod względem kryteriów formalnych (zgodności z zasadą wyłączności ustawy) oraz proceduralnych (zgodności z procedurą legislacyjną określoną w przepisach Konstytucji). W początkowych latach po obaleniu komunizmu w Polsce zaniedbania w tym względzie mogły być poczytywane jako spuścizna okresu, w którym ograniczenia praw jednostki były nakładane bez upoważnienia ustawowego, również w aktach rangi podstawowej (powszechnie obowiązujących) lub wewnętrznie obowiązujących okólnikach lub instrukcjach (tzw. prawie powielaczowym)³⁹⁶. Zerwanie z tą praktyką stanowiło zatem istotny aspekt funkcjonowania państwa prawa. Obecnie jednak naruszenie zasady wyłączności ustawy lub przepisów konstytucyjnych dotyczących stanowienia prawa należy jednak poczytywać za wynik nierzetelności lub działania w złej wierze, wbrew ukształtowanym standardom konstytucyjnym.

medycznych tworzonego przez ministra oraz rodzaj i charakter gromadzonych w nim danych. Wyrok z 14 lipca 2014 r., sygn. 33/13.

³⁹⁴ Wyrok z 27 listopada 2012 r., sygn. U 4/12.

³⁹⁵ W badanym okresie Trybunał Konstytucyjny nazbyt często orzekał o niekonstytucyjności przepisów właśnie z powodu braku zachowania formy ustawowej. Tylko w 2013 r. 9 z 71 wydanych w tym roku wyroków (13%) dotyczyło rozporządzeń wydanych bez lub z przekroczeniem ustawowego upoważnienia lub przepisów, które naruszały zasadę wyłączności ustawy. Wśród tych wyroków 7 dotyczyło ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, które zostały wprowadzone w przepisach aktów podstawowych. W szczególności wprowadzały ograniczenia w zakresie korzystania z wolności osobistej, prawa do ochrony życia prywatnego, wolności wyboru i wykonywania zawodu, własności, równości i prawa do nauki. Por. wyroki z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12; z 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11, z 26 marca 2013 r., sygn. K 11/12; z 16 czerwca 2013 r., sygn. P 53/11; z 30 lipca 2013 r., sygn. U 5/12; z 24 września 2013 r., sygn. K 35/12; z 29 października 2013 r., sygn. U 7/12.

³⁹⁶ Orzeczenie z 28 maja 1986 r., sygn. U 1/86.

Charakterystyczną cechą kontroli konstytucyjności prawa w Polsce jest to, że ocena kryteriów formalnych (czy proceduralnych) zawsze jest pierwszym etapem kontroli, a naruszenie zasady wyłączności ustawy czy też warunków związanych ze szczegółowością przepisów regulujących odpowiedzialność karną, skarbową czy dyscyplinarną kończy postępowanie. Oznacza to, że wprowadzenie ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności bez zachowania formy ustawy lub z naruszeniem szczególnych wymogów dotyczących szczegółowości przepisów ustawowych jest wystarczającą podstawą do uznania badanych norm za niezgodne z Konstytucją³⁹⁷.

W sprawach tych Trybunał nie przechodzi do dalszych etapów oceny dopuszczalności ograniczenia pod względem wymogów materialnych. Nie dokonuje więc analizy proporcjonalności uzasadnienia ograniczenia, a swoją ocenę opiera wyłącznie na podstawie kryterium formalnego. Z tego też powodu z bazy wyroków utworzonej na potrzeby badań ilościowych prezentowanych w tej książce wyłączono wszystkie wyroki, w których Trybunał rozstrzygnął sprawę wyłącznie na podstawie oceny kryterium formalnego. Były one bowiem nieistotne dla odpowiedzi na pytanie o to, jak Trybunał Konstytucyjny przeprowadza analizę proporcjonalności ograniczeń oraz jaką rolę odgrywają poszczególne kryteria testu proporcjonalności w tym procesie.

Wymóg określoności przepisów ustawy

Konsekwencją zasady wyłączności ustawy jest wymóg dotyczący szczegółowości ograniczeń wprowadzonych w ustawie. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie konstytucyjnym przyjęto, że ustawa wprowadzająca ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności musi określać wszystkie istotne elementy tego ograniczenia. Innymi słowy, regulacja

³⁹⁷ Wyroki z 13 października 2015 r., sygn. P 4/1; z 5 lutego 2015 r., sygn. K 60/13; z 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11.

ustawowa musi w sposób definitywny i zupełny unormować zakres wprowadzanego ograniczenia³⁹⁸. Zasada ta ma służyć realizacji zasady państwa prawa, a przede wszystkim zasadzie zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Trybunał uzasadnia, że zasada określoności przepisów ustawy ma na celu lepsze zrozumienia jej treści przez jej adresatów. Zakłada przy tym, że osoby, których dotyczy ograniczenie, powinny być w stanie określić jego zakres i znaczenie wyłączenie na podstawie treści ustawy³⁹⁹.

Rozróżnienie między istotnymi i nieistotnymi elementami ograniczeń było decydujące w wielu sprawach, w których Trybunał uznał prawo za niekonstytucyjne ze względu na niespełnienie wymogu formy ustawy⁴⁰⁰. Wyjaśnił w tym kontekście, że ustawa nakładająca ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności powinna określać wszystkie istotne elementy ograniczenia, takie jak zakres podmiotowy i rzeczowy, stosowane procedury czy sankcje⁴⁰¹, podczas gdy techniczne aspekty ograniczenia mogą być wprowadzone w rozporządzeniu, pod warunkiem że jego wydanie opiera się na wyraźnym ustawowym upoważnieniu⁴⁰².

Konstytucyjny standard określoności przepisów ustawy jest wyższy w przypadku prawa karnego. Standard ten wymaga, aby przepisy prawa karnego określały zasadnicze elementy przestępstwa, zakres i rodzaje sankcji, jak również zasady karania⁴⁰³. Te wymogi pełnego uregulowania norm karnych w ustawie wywodzą się z zasady *nullum*

³⁹⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 31...*, s. 20, 21; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 176; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 110.

³⁹⁹ Wyrok z 21 kwietnia 2009 r., sygn. K 50/07.

⁴⁰⁰ Dozwolone jest wprowadzenie innych niż istotne ograniczeń konstytucyjnych praw lub wolności na podstawie rozporządzeń. Zob. L. Garlicki, *Komentarz do art. 31...*, s. 20, 21; B. Banaszak, *op. cit.*, s. 176; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 110.

⁴⁰¹ Wyrok z 11 lutego 2007 r., sygn. K 2/07.

⁴⁰² Wyrok z 29 października 2013 r., sygn. U 7/12.

⁴⁰³ Wyroki z 5 grudnia 2007 r., sygn. K 36/06; z 8 lipca 2003, sygn. P 10/02 (specyficzny charakter elementów przestępczości).

crimen sine lege i mają na celu ograniczenie władzy publicznej w zakresie stosowania środków przymusu⁴⁰⁴. W szczególności w przypadku ograniczeń dotyczących wolności osobistej konstytucyjny standard określoności przepisów jest wyższy niż w przypadku ograniczeń innych praw lub wolności. Trybunał wyjaśnił, że zwrot „określone w ustawie” w art. 41 ust. 1 Konstytucji nie jest jedynie powtórzeniem art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale szczególnym wymogiem skierowanym do ustawodawcy. W związku z tym ustawodawca musi określić wszystkie zasady i procedury mające zastosowanie do pozbawienia lub ograniczenia wolności osobistej w przepisach ustawy⁴⁰⁵.

W analizowanym okresie Trybunał stosował ten szczególny standard w odniesieniu do rozporządzeń regulujących sytuację i sposób użycia broni lub innych środków przymusu przez funkcjonariuszy publicznych, które skutkowały ograniczeniem wolności osobistej⁴⁰⁶. W sprawach tych Trybunał stwierdził, że określenie okoliczności, w których funkcjonariusze publiczni mogą zgodnie z prawem używać broni i innych środków przymusu, jak również procedura stosowana w tych sytuacjach stanowią istotne elementy ograniczenia, a zatem powinny znaleźć się w przepisach ustawy (zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji). Natomiast specyfikacje techniczne broni wykorzystywanej przez określone kategorie funkcjonariuszy publicznych do wykonywania swoich obowiązków mogą być określone w akcie podustawowym (rozporządzeniu).

Poza tym należy zwrócić uwagę, że wymóg określoności ustawy jest słabszy w przypadku ograniczeń dotyczących swobody działalności

⁴⁰⁴ Na przykład w sprawie dotyczącej symboli totalitarnych Trybunał orzekł, że przepisy prawa karnego nie są wystarczająco szczegółowe, ponieważ mogą one prowadzić do penalizacji swobody wypowiedzi symbolicznej chronionej przez Konstytucję RP, takich jak użycie czerwonej flagi z sierpem i młotem lub koszulki z Che Guevarą. W tym kontekście Trybunał zauważył, że wprowadzony w Polsce zakaz stosowania symboli totalitarnych był bardziej dwuznaczny niż analogiczne ustawodawstwo węgierskie, które zawierało wykaz zakazanych symboli. Wyrok z 17 maja 2012 r., sygn. K 10/11.

⁴⁰⁵ Wyrok z 17 maja 2012 r., sygn. K 10/11; z 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07.

⁴⁰⁶ Wyrok z 26 marca 2013 r., sygn. K 11/12; z 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07.

gospodarczej. Wynika to z brzmienia art. 22 Konstytucji, który stanowi wolność działalności gospodarczej może być ograniczona „w drodze ustawy”. W związku z tym stosuje inne podejście do elementów ograniczeń w zakresie korzystania z wolności działalności gospodarczej w porównaniu do ograniczeń, do których stosuje się ogólną klauzulę limitacyjną lub szczególne klauzule limitacyjne. Oznacza to, że ograniczenia swobody działalności gospodarczej mogą być przewidziane w aktach podstawowych, o ile są wydane w oparciu o przepisy ustawy upoważniającej do ich wydania⁴⁰⁷. Natomiast wszystkie istotne aspekty związane z korzystaniem z innych konstytucyjnych praw i wolności muszą być określone w ustawie⁴⁰⁸.

Wymóg jasności, precyzji i poprawności przepisów ustawy

Zasada określoności wiąże się również z wymogiem jasności, precyzji i poprawności przepisów ustawy wprowadzających ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Te trzy kryteria mogą stanowić niezależną podstawę kontroli konstytucyjności prawa opartej na klauzuli państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) albo na klauzuli limitacyjnej (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Wymóg jasności, precyzji i poprawności przepisów ustawy nie tylko służy lepszemu zrozumieniu prawa, ale również zapewnia jego jednolitą interpretację i ogranicza swobodę organów stosujących prawo⁴⁰⁹. W swoim orzecznictwie Trybunał wielokrotnie podkreślił, że ustawy nakładające ograniczenia na korzystanie z konstytucyjnych praw lub wolności powinny być napisane w sposób precyzyjny⁴¹⁰. Powinny

⁴⁰⁷ Wyroki z 25 czerwca 2013 r., sygn. K 30/12; z 8 stycznia 2008 r., sygn. P 35/06, z 9 listopada 1999 r., sygn. K 28/98; z 24 marca 1998 r., sygn. K 40/97.

⁴⁰⁸ Wyroki z 26 kwietnia 2004 r., sygn. K 50/02; z 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01.

⁴⁰⁹ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 86.

⁴¹⁰ Wyrok z 30 października 2001 r., sygn. K 33/00 („Ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Założenie to można określić ogólnie jako zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw

przede wszystkim dokładnie określać przesłanki, na których organy stosujące prawo mają oprzeć swoje działania, a tym samym zawężyć zakres swobody decyzyjnej tych organów⁴¹¹.

Wymóg jasności, precyzji i poprawności przepisów ustawy jest nierozzerwalnie związany z zasadą prawodawstwa, która wymaga, aby: 1) każdy przepis ograniczający swobody lub prawa konstytucyjne jasno określał, kto i w jakich okolicznościach podlega ograniczeniom; 2) był wystarczająco precyzyjny, aby zapewnić jego jednolitą interpretację i jednolite stosowanie; 3) był sformułowany w taki sposób, aby jego stosowanie ograniczało się wyłącznie do ograniczeń przewidzianych przez racjonalnie myślącego prawodawcę⁴¹².

Trybunał może jednak uznać ustawę za niezgodną z Konstytucją ze względu na brak wystarczającej jasności, precyzji i poprawności badanych przepisów jedynie w przypadku, gdy brak ten przybiera formę kwalifikowaną. Innymi słowy, Trybunał nie uchyla przepisów ustaw z powodu ich niejasnego, nieprecyzyjnego i niepoprawnego języka, jeżeli te braki legislacyjne mogą zostać usunięte w procesie wykładni prawa⁴¹³.

W analizowanym okresie nie było ani jednego wyroku, w którym Trybunał uznałby badane przepisy za niezgodne z Konstytucją wyłącznie na podstawie braku jasności czy precyzji⁴¹⁴. Jednakże standard jasności,

jednostki. (...) Przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny (np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, art. 31 ust. 1 zd. 1 Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego”).

⁴¹¹ Wyroki z 24 lipca 2013 r., sygn. Kp 1/13; z 20 listopada 2012 r., sygn. SK 3/12.

⁴¹² Wyroki z 9 października 2007 r., sygn. SK 70/06, oraz z 3 grudnia 2013 r., sygn. P 40/12.

⁴¹³ Wyrok z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09.

⁴¹⁴ Por. jednak wyrok z 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10, w którym faktycznie podstawą uznania, że badane przepisy są niezgodne z konstytucyjnym standardem wolności słowa, był brak wymaganej określoności przepisów prawa karnego, choć uzasadnienie tego wyniku kontroli znalazło się nie na wstępnym etapie kontroli, ale na etapie oceny uzasadnienia ingerencji czyli oceny proporcjonalności środków przyjętych przez ustawodawcę.

precyzji i poprawności przepisów ustaw był w niektórych sprawach badany w ramach oceny kryterium konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Ogólnie rzecz biorąc, Trybunał nie był skłonny do uchylania przepisów, które stosowały szerokie zwroty czy klauzule generalne, wyłącznie na etapie oceny, czy ograniczenie było wprowadzone w ustawie. Zamiast tego wskazanie wad legislacyjnych związanych z techniką prawodawczą nastąpiło na etapie analizy proporcjonalności ograniczenia. W tym miejscu Trybunał domagał się przede wszystkim, aby ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności miały wąski zakres i przewidywały mechanizmy proceduralne (kontrolne), które zapobiegają automatyzmowi i arbitralności ich stosowania, a w konsekwencji pozostawiają organom możliwość dokonania zindywidualizowanej oceny sprawy. W tym zakresie istotną rolę odgrywa zatem obwarowanie ograniczeń wprowadzonych w ustawie możliwością zaskarżenia sposobu interpretacji jej przepisów (a w konsekwencji sposobu jej zastosowania) do sądu lub innego niezależnego organu⁴¹⁵.

Niemniej jednak badanie jasności i precyzji legislacyjnej w trakcie analizy proporcjonalności można również postrzegać jako część przemyślanej strategii sądowej, która nie ma na celu obalenia prawa z przyczyn formalnych. Na przykład w sprawie dotyczącej ustawy o lotnictwie przepis upoważniający ministra obrony narodowej do wydania rozkazu zestrzelenia samolotu pasażerskiego porwanego przez terrorystów został zakwestionowany jako niejasny w odniesieniu do określenia przesłanek jego zastosowania i obowiązujących procedur. Trybunał odrzucił jednak to roszczenie i zdyskwalifikował prawo z powodu naruszenia godności ludzkiej i prawa do życia⁴¹⁶. Natomiast w znacznie wcześniejszym orzeczeniu w sprawie przerwania ciąży z przyczyn społecznych Trybunał

⁴¹⁵ Wyrok z 25 lutego 2014 r., sygn. SK 65/12. W tej sprawie Trybunał zbadał terminy „podżeganie do nienawiści” i „inny totalitarny system” użyte w przepisach kodeksu karnego, ale uznał, że ich zakres nie prowadzi do nadmiernej penalizacji i tym samym spełnia kryterium proporcjonalności.

⁴¹⁶ Wyrok z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

w rzeczywistości unikał decyzji merytorycznej, która wymagałaby równowagi między prawem do życia a prawem do ochrony prywatności i uznał ustawę za niezgodną z konstytucją ze względu na brak wystarczającej jasności i precyzji⁴¹⁷.

2.10. Katalog wartości konstytucyjnych uzasadniających ograniczenia praw i wolności

Ogólna klauzula limitacyjna zapisana w art. 31 ust. 3 Konstytucji zawiera zamkniętą listę wartości konstytucyjnych uznawanych za uzasadnione podstawy do ograniczania konstytucyjnych praw lub wolności. Katalog ten stanowią następujące wartości:

- 1) bezpieczeństwo państwa,
- 2) porządek publiczny,
- 3) środowisko naturalne,
- 4) zdrowie,
- 5) moralność publiczna,
- 6) prawa i wolności innych osób.

Ponadto w niektórych szczególnych klauzulach limitacyjnych zostały przewidziane odrębne katalogi wartości uzasadniających ograniczenie praw lub wolności, których dotyczą⁴¹⁸. Przepisy te mają charakter *lex specialis* w stosunku do ogólnej klauzuli limitacyjnej zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Oznacza to, że ustawodawca nakładający ograniczenia w korzystaniu z prawa lub wolności podlegającej szczególnej klauzuli ograniczającej nie może powoływać się na wartości, które nie są w niej wymienione⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96.

⁴¹⁸ Np. art. 61 ust. 3 Konstytucji stanowi, że ograniczenia prawa do informacji publicznej mogą być nakładane przez ustawę wyłącznie w celu ochrony wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych, porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnych interesów gospodarczych państwa.

⁴¹⁹ Wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13 (ubój rytualny).

Chociaż kolejność wyliczenia wartości konstytucyjnych wymienionych w ogólnej klauzuli limitacyjnej nie odzwierciedla ich hierarchii i relacji względem siebie (w porządku malejącym)⁴²⁰, bezpieczeństwo państwa uważa się za najważniejsze uzasadnienie, a moralność publiczną – za najslabsze⁴²¹. Można również wykazywać, że abstrakcyjnie rozumiane zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa jest poważniejsze niż zagrożenie dla porządku publicznego⁴²². Niemniej jednak relacje między wartościami konstytucyjnymi wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji nie są określone w sposób abstrakcyjny czy bezwzględny, lecz ich znaczenie jest ustalane w odniesieniu do konkretnych okoliczności sprawy⁴²³. Co za tym idzie, ranga określonych wartości jest zmienna i zależy od badanego przypadku. W praktyce często dochodzi też do sytuacji, że uzasadnienie ograniczenia wskazuje na kilka wartości wymienionych w klauzuli limitacyjnej, a ich waga jest łączona (co daje mocniejsze uzasadnienie niż oparte na tylko jednej ze wskazanych powyżej kategorii).

W orzecznictwie konstytucyjnym najczęściej przywoływanym uzasadnieniem jest porządek publiczny. Jest to niewątpliwie kategoria bardzo szeroka, jeżeli uwzględni się rolę klauzuli porządku publicznego w europejskiej tradycji prawa publicznego (administracyjnego). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego porządek publiczny odnosi się między innymi do niezakłóconego funkcjonowania instytucji państwowych zapewniających realizację interesów publicznych, a także do ochrony takich wartości, jak zaufanie publiczne do instytucji państwowych, neutralność służby publicznej, zachowanie standardów dobrej administracji itp. Klauzula porządku publicznego rozumiana jest także przez

⁴²⁰ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania...*, s. 13.

⁴²¹ Z orzecznictwa polskiego Trybunału wynika, że moralność publiczna może uzasadniać takie ograniczenia, które są uważane za ogólnie szkodliwe, a nie tylko szkodliwe w odbiorze większości. Wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13.

⁴²² L. Garlicki, *Komentarz do art. 31...*, s. 23.

⁴²³ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 94.

pryzmat gwarancji harmonijnego współżycia społecznego⁴²⁴, zwłaszcza w odniesieniu do uzasadnienia ingerencji w prawo własności⁴²⁵ czy swobody działalności gospodarczej⁴²⁶. Ochrona porządku publicznego obejmuje również zapobieganie przestępstwom, wprowadzanie przejściowych środków sprawiedliwości tranzycyjnej, takich jak lustracja, poprawę skuteczności rządu i zapobieganie pieniactwu poprzez opłaty sądowe. Powyższe przykłady wyraźnie pokazują, że ochrona porządku publicznego może służyć jako uzasadnienie praktycznie wszystkich potencjalnych ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności⁴²⁷.

Innym często przywoływanym powodem jest ochrona praw i wolności innych osób. W doktrynie i orzecznictwie konstytucyjnym przyjęto, że tylko ochrona innych konstytucyjnych praw i wolności może być uzasadnieniem dla ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności⁴²⁸. Dlatego też prawa i wolności zagwarantowane w Konstytucji nie mogą być

⁴²⁴ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 188–190. Wyrok z 26 września 2000 r., sygn. P 11/99; z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, czy z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98.

⁴²⁵ Wyrok z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98.

⁴²⁶ Wyroki z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, czy z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12. W tej drugiej sprawie Trybunał stwierdził, że przez porządek publiczny rozumie się organizację dziedziny życia społecznego, w którym podmioty prawa prywatnego (takie jak spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe) mają swobodę w realizacji swoich celów i pozostają niezależne od instytucji państwowych, ale podlegają kontroli administracyjnej państwa zapewniającej minimalny poziom ochrony interesu publicznego i dobra wspólnego.

⁴²⁷ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 201.

⁴²⁸ W praktyce ochrona praw innych osób jest często łączona z innymi interesami publicznymi. Na przykład w sprawie dotyczącej Kodeksu etyki lekarskiej, zakazującego lekarzom wyrażania publicznej krytyki działalności innego lekarza, Trybunał uznał, że ograniczenie wolności słowa jest uzasadnione ochroną zaufania pacjentów do zawodu lekarza, które to zaufanie jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania całego zawodu, a także utrzymania właściwych relacji lekarzy z pacjentami ze względu na charakter decyzji diagnostycznych i terapeutycznych. Wyrok z 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07 (Kodeks etyki lekarskiej – zakaz krytyki publicznej), odnoszący się do *Stambuk przeciwko Niemcom*, wyrok ETPCz z 17 października 2002 r., skarga nr 37928/97, § 41. W tym przypadku słuszny cel był związany z całą profesją, a nie z godnością i honorem indywidualnych lekarzy. Dlatego też na etapie równoważenia Trybunał przeciwstawił wizerunek społeczny służby zdrowia i jej pracowników wolności słowa lekarzy oraz prawu pacjentów do odpowiedniego leczenia, a także ich prawu do informacji.

uzasadnione ochroną praw, które nie mają statusu konstytucyjnego (jak prawo do zatrudnienia lub prawo do określonego poziomu wynagrodzenia czy dochodów)⁴²⁹. W tym kontekście warto zauważyć, że Trybunał przyjął jako uzasadnienie ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności ochronę praw innych osób ze względów czysto paternalistycznych. W tych przypadkach celem ograniczenia było przede wszystkim zapobieganie szkodzie, którą jednostka wyrządzała sobie, a nie szkodzie wyrządzonej innym⁴³⁰. W sprawach tych milcząco przyjęto, że szkodząc sobie, jednostka szkodzi innym poprzez koszty społeczne oraz finansowe, które wynikają z jej decyzji i zachowań.

Najrzadziej przywoływaną podstawą jest moralność publiczna. Niestety ani komentarze do Konstytucji, ani orzecznictwo Trybunału nie wyjaśniają, które normy moralne stanowią treść tej klauzuli. Jest to zrozumiałe w kontekście ogólnej tendencji Trybunału do unikania argumentów filozoficznych czy moralnych. W sprawie dotyczącej uboju rytualnego Trybunał wyjaśnił jedynie, że w sensie konstytucyjnym moralność publiczną kształtują „judeo-chrześcijańska religia i tradycja”⁴³¹. Zastrzegł jednocześnie, że jego rolą nie jest ocena moralności uboju rytualnego jako takiego, ale zbadanie, czy bezwzględny zakaz uboju rytualnego jest niezbędny do ochrony moralności⁴³². W kontekście tej sprawy Trybunał stwierdził, że ogólny zakaz uboju rytualnego narusza normy moralne wolności religii. Nie zgodził się jednak (w zdaniu większości

⁴²⁹ Wyrok z 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03.

⁴³⁰ Wyrok z 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13, powołujący się na następujące pozycje w teorii prawa: G. Dworkin, *Paternalism*, [w:] R. Sartorius (red.), *Paternalism*, Minneapolis 1983, s. 20; W. Sadurski, *Racje Liberala. Eseje o państwie liberalno-demokratycznym*, Warszawa 1992, s. 64.

⁴³¹ Wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13.

⁴³² W sprawie tej stanowisko Trybunału dotyczące uzasadnienia prawowitym celem było bardzo podzielone. W zdaniu większości uznano, że badane przepisy nie mogą być uznane za uzasadnione żadną z wartości wymienionych w art. 53 ust. 5 Konstytucji. Natomiast pięciu z siedmiu sędziów składających zdanie odrębne uznało, że badane przepisy mają uzasadnienie względami moralności publicznej.

pełnego składu), że moralność publiczna może być uzasadnieniem takiego zakazu. Takie bowiem stwierdzenie wymagałoby określenia treści normy moralności publicznej, która nakazuje zakaz uboju rytualnego. W związku z tym większość sędziów orzekających w tej sprawie uznała, że zakaz uboju rytualnego wynikający z przepisów ustawy o ochronie zwierząt nie może być uzasadniony żadną z wartości konstytucyjnych wymienionych w szczególnej klauzuli ograniczającej powiązanej z konstytucyjną gwarancją wolności praktyk religijnych⁴³³.

Z powyższych rozważań wynika, że kategorie wartości konstytucyjnych wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji lub w innych szczególnych klauzulach limitacyjnych są bardzo pojemne i obejmują szerokie spektrum interesów. Faktycznie więc trudno sobie wyobrazić stworzenie wąskiej interpretacji tych pojęć⁴³⁴. Jednocześnie Trybunał wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że podstawy ograniczeń należy interpretować wąsko⁴³⁵. Praktyka Trybunału w tym zakresie jest jednak zróżnicowana.

W sprawach, w których Trybunał stosuje wąską interpretację kategorii wymienionych w klauzulach limitacyjnych, podejście to najczęściej prowadzi do wniosku, że ograniczenie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności nie służy prawowitym celom. W wielu jednak sprawach wbrew zastrzeżeniu konieczności przyjęcia wąskiej interpretacji kategorii wartości uzasadniających ograniczenie Trybunał stosował bardzo szerokie rozumienie pojęć, które wyrażają te wartości, zwłaszcza gdy w grę wchodziły interesy budżetu państwa⁴³⁶. Poza tym należy zauważyć,

⁴³³ Należy zauważyć, że ochrona środowiska naturalnego nie jest wymieniona w klauzuli limitacyjnej związanej z wolnością religii. Por. art. 53 ust. 5 Konstytucji.

⁴³⁴ B. Rakoczy, *Ograniczenie praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska w Konstytucji Polskiej*, Toruń 2006, s. 111.

⁴³⁵ Wyrok z 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98.

⁴³⁶ Na przykład Trybunał uznał za prawowity cel uzasadniający ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności interes Skarbu Państwa w zabezpieczeniu dochodów, ograniczeniu odpowiedzialności finansowej państwa lub egzekucji długów publicznych. Wyroki z 24 maja 2012 r., sygn. P 11/10; z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12; z 14 grudnia 2010 r., sygn. K 20/08.

że jako wartości konstytucyjne uzasadniające ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności Trybunał uznaje również wartości wyrażone w innych przepisach Konstytucji niż odpowiednia klauzula limitacyjna⁴³⁷.

Ważnym przykładem jest przypadek „równowagi budżetowej”, która została wskazana jako uzasadnienie ograniczeń związanych z warunkami otrzymywania stypendiów studenckich⁴³⁸, a także odpowiedzialności państwa za represje wobec osób zaangażowanych w walkę o niepodległość⁴³⁹. Innym przykładem jest wartość „stabilności finansów publicznych” oraz „stabilności instytucji kredytowych i depozytowych”, które to uzasadnienia zostały przyjęte jako dopuszczalne podstawy ograniczeń prawa do zabezpieczenia społecznego⁴⁴⁰ i wolności zrzeszania się⁴⁴¹. Jednocześnie wskazanie, że pojęcia te nie mieszczą się bezpośrednio w katalogu wartości wymienionych w klauzulach limitacyjnych, nie przesądza jeszcze o ich niedopuszczalności. W każdym bowiem przypadku interes publiczny związany z ochroną tych wartości może być powiązany z klauzulą porządku publicznego lub ochroną praw i wolności innych osób.

Biorąc pod uwagę analizę ilościową, która szczegółowo zaprezentowana jest w rozdziale IV, można stwierdzić, że praktyka Trybunału w zakresie oceny prawowitego celu wskazuje, że istnieje związek między

⁴³⁷ Wyrok z 25 lipca 2012 r., sygn. K 14/10. W tej sprawie prawowitym celem było zapewnienie zaufania do zawodów zaufania publicznego. Trybunał odniósł się zatem do wartości konstytucyjnie chronionej wyrażonej w art. 17 Konstytucji. Por. także wyrok z 18 lipca 2012 r., sygn. K 14/12 z odniesieniem do zasady przejrzystości finansów publicznych wyrażonej w art. 11 Konstytucji.

⁴³⁸ Wyrok z 5 listopada 2013 r., sygn. K 40/12. W tej sprawie Trybunał stwierdził, że w warunkach recesji gospodarczej państwo może dostosować poziom realizacji praw socjalnych do warunków ekonomicznych. W innej jednak sprawie z tego samego roku, Trybunał powiedział, że wartość konstytucyjna zapewnienia równowagi budżetowej nie może legitymować ograniczeń praw i wolności w sytuacji gdy zagrożenie dla tej równowagi nie wynika z korzystania z tych konstytucyjnych praw i wolności, ale działań ustawodawcy z naruszeniem równowagi budżetowej. Wyrok z 6 marca 2013 r., sygn. Kp 1/12.

⁴³⁹ Wyrok z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09.

⁴⁴⁰ Wyrok z 7 maja 2014 r., sygn. K 43/12.

⁴⁴¹ Wyrok z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12.

wąską interpretacją kategorii uzasadniających ograniczenie a uznaniem, że badane przepisy nie przechodzą pomyślnie testu prawowitego celu. We wszystkich 8 sprawach, w których w badanym okresie Trybunał uznał, że ograniczenie nie ma uzasadnienia w wartościach konstytucyjnych przewidzianych w klauzuli limitacyjnej, wnioski ten wynikał z przyjęcia bardzo restrykcyjnej interpretacji tych wartości. W tych sprawach Trybunał odmówił uznania niektórych interesów publicznych w ramach klauzuli porządku publicznego lub praw i wolności innych osób⁴⁴². Charakterystyczne jest jednak to, że w 6 z tych 8 spraw ocena dopuszczalności ograniczenia nie zakończyła się na stwierdzeniu braku prawowitego celu, gdyż Trybunał kontynuował swoją analizę, stwierdzając, że badane przepisy nie spełniają kilku testów. Uwaga ta sugeruje, że Trybunał nie ufa wąskiej interpretacji prawowitych celów, która prowadzi do wniosku, że ograniczenie jest niezgodne z Konstytucją RP⁴⁴³ i był szczególnie czujny, aby nie kwestionować otwarcie celów obranych przez ustawodawcę.

Jednocześnie nie ma wyraźnej korelacji między szeroką interpretacją kategorii wartości konstytucyjnych, które uzasadniają ograniczenie, a stwierdzeniem konstytucyjności badanych przepisów. Nawet jeśli przepisy przeszły pomyślnie test prawowitego celu, mogą nie przejść kolejnych etapów oceny proporcjonalności ograniczenia. Jest tak na przykład, gdy Trybunał stwierdza, że przepisy zostały przyjęte ze względu na ochronę wartości konstytucyjnych uzasadniających ograniczenie, ale analiza ich skutków prowadzi do wniosku, że nie mogą być uzasadnione żadną z tych wartości.

⁴⁴² W jednej ze spraw Trybunał nie zgodził się jednak, że równowaga budżetów samorządów terytorialnych mieści się w kategoriach wartości konstytucyjnych ograniczenia praw własności. Wyrok z 18 grudnia 2014 r., sygn. K 50/13.

⁴⁴³ Wyroki z 14 października 2015 r., sygn. Kp 1/15; z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14; z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13; z 18 września 2014 r., sygn. K 44/12; z 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09; z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10.

Rozdział 3

Analiza proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

3.1. Test prawowitego celu

Test prawowitego celu nie został wyraźnie wyartykułowany w pytaniach składających się na test dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Jest on jednak przedmiotowo związany z oceną, czy ingerencja ustawodawcy służy ochronie konstytucyjnych wartości wymienionych w klauzulach limitacyjnych. Pytanie o prawowity cel pojawia się prawie zawsze w sprawach, w których Trybunał dokonuje analizy proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności⁴⁴⁴. Nie zawsze jednak pojawia się ono jako pierwszy i odrębny etap tej analizy⁴⁴⁵. W niektórych sprawach stanowi początkową część oceny przydatności⁴⁴⁶, a w innych – włączone jest do oceny konieczności (chodzi jednak tylko o te

⁴⁴⁴ Test prawowitego celu nie został przeprowadzony tylko w jednym przypadku na 100 wyroków, które znalazły się w bazie wyroków poddanych analizie ilościowej (w wyroku z 8 października 2013 r., sygn. SK 40/12). W sprawie tej Trybunał orzekł, że całkowite wyłączenie przedawnienia zobowiązań podatkowych zabezpieczonych hipoteką przymusową nie można uznać za konieczne dla zapewnienia skuteczności poboru podatków. Na późniejszych etapach analizy proporcjonalności przyjęto zatem, że ustawodawca kierował się prawowitym celem.

⁴⁴⁵ Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, pkt 5.3.3.

⁴⁴⁶ Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11. W tej i wielu innych sprawach Trybunał uznał test prawowitego celu jako jeden z elementów tzw. testu racjonalności instrumentalnej, który faktycznie służy ocenie kryterium przydatności środka. W orzeczeniach tych Trybunał wskazuje, że „test racjonalności instrumentalnej wymaga dokonania: a) identyfikacji *ratio legis* zaskarżonej regulacji; b) powiązania jej z ochroną konkretnych wartości konstytucyjnych; c) oceny, czy regulacja ta nie utrudnia osiągnięcia wspomnianej *ratio* lub

sprawy, w których pytanie o konieczność ograniczenia nie opiera się na teście najmniej uciążliwych środków, ale polega na pytaniu o to, czy ograniczenie jest konieczne dla ochrony wartości konstytucyjnych⁴⁴⁷).

W analizowanym okresie było aż 14 wyroków, w których Trybunał stwierdził, że badane przepisy nie zdały testu prawowitego celu. Ten stosunkowo wysoki wskaźnik niepowodzeń na teście prawowitego celu był spowodowany dwoma rodzajami problemów legislacyjnych – po pierwsze, kwestionowane przepisy nie były w wystarczającym stopniu powiązane z ochroną wartości konstytucyjnych wymienionych w odpowiedniej klauzuli limitacyjnej, a po drugie, badane ustawy nie zawierały wymaganych gwarancji proceduralnych, a wynikające z nich ograniczenia nie miały żadnego uzasadnienia w wartościach konstytucyjnych. Należy jednak podkreślić, że większość negatywnych odpowiedzi na pytanie o prawowity cel (8 spraw) dotyczyła braku bezpośredniego związku między celami ustawy a konstytucyjnymi wartościami uzasadniającymi ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności⁴⁴⁸. We wszystkich tych sprawach Trybunał przyjął restrykcyjną wykładnię wartości konstytucyjnych wymienionych w klauzulach limitacyjnych, a zwłaszcza porządku publicznego oraz praw i wolności innych osób.

Natomiast w 6 przypadkach niepowodzenie na etapie oceny prawowitego celu wynikało z braku ustawowej ochrony praw lub wolności w zakresie wynikającym z gwarancji konstytucyjnych. W tych sprawach niekonstytucyjność badanych aktów była spowodowana brakiem szczegółowych przepisów, które umożliwiałyby skuteczne korzystanie z konstytucyjnych praw lub wolności w całym zakresie ochrony wynikającej

nie jest irrelevantna z perspektywy jej realizacji”. Por. np. wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08.

⁴⁴⁷ Wyrok z 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11.

⁴⁴⁸ Wyroki z 14 października 2015 r., sygn. Kp 1/15; z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14; z 18 grudnia 2014 r., sygn. K 50/13; z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13; z 18 września 2014 r., sygn. K 44/12; z 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09; z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10; z 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11.

z Konstytucji⁴⁴⁹. W sprawach tych Trybunał przyjął więc, że brakujących elementów ustawowych gwarancji konstytucyjnych praw i wolności (których tylko część zakwalifikował jako niekonstytucyjne pominięcia ustawodawcze) nie można było uzasadnić żadnymi racjonalnymi względami. W typowej sprawie, w której niepowodzenie na etapie prawowitego celu wynikało z braku wymaganej ochrony ustawowej, problem konstytucyjny dotyczył braku gwarancji proceduralnych (np. prawa do odwołania się do sądu)⁴⁵⁰.

Należy jednocześnie podkreślić, że w badanym okresie nie było ani jednej sprawy, w której Trybunał uznałby cel badanych przepisów za nieprawowity. W przypadku wątpliwości co do faktycznych motywów prawodawcy, Trybunał wolał rozważyć kwestię celów ustawy na późniejszym etapie analizy proporcjonalności, dokonując ich ponownej oceny w świetle skutków badanych przepisów⁴⁵¹. Warto też zauważyć, że negatywna odpowiedź na etapie oceny prawowitego celu kończyła analizę Trybunału w 8 sprawach (co stanowi 62% spraw, w których padła

⁴⁴⁹ Jako przykład można wskazać wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 48/13, w której zaskarżone przepisy ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu pomijały prawo do otrzymania ekwiwalentu pieniężnego za urlop wypoczynkowy niewykorzystany w roku zwolnienia ze służby oraz za urlopy zaległe funkcjonariusza zwolnionego ze służby z powodu dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską. Trybunał uznał, że pominięcie to narusza art. 66 ust. 2 Konstytucji. Trybunał przyjął, że skarżący opiera swój zarzut na prawie podmiotowym do płatnego rocznego urlopu oraz jego rekompensaty, gdyby urlop nie został wykorzystany, wskazując pominięcie ustawodawcze w zakresie określenia katalogu podmiotów mogących taką rekompensatę otrzymać. Zatem przedmiotem oceny Trybunału był w tej sprawie zbyt wąsko ujęty katalog podmiotowy, pomijający niektórych funkcjonariuszy ABW objętych gwarancjami konstytucyjnymi, z perspektywy art. 66 ust. 2 Konstytucji. Rozstrzygnięcie tej kwestii nie wymagało zatem zastosowania analizy proporcjonalności, gdyż dotyczyła braku ochrony ustawowej, która wynika z gwarancji konstytucyjnej naruszonego prawa.

⁴⁵⁰ Wyroki z 8 kwietnia 2014 r., sygn. SK 22/11; z 10 grudnia 2012 r., sygn. K 25/11; z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11; z 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11.

⁴⁵¹ W 2 sprawach odpowiedź Trybunału na pytanie o prawowity cel ograniczenia była niejasna. Trybunał uznał jednak kwestionowane przepisy za niekonstytucyjne na późniejszym etapie analizy proporcjonalności. Wyroki z 9 kwietnia 2015 r., sygn. K 14/13, oraz z 18 listopada 2014 r., sygn. SK 7/11.

negatywna odpowiedź na pytanie o prawowity cel)⁴⁵². W pozostałych sprawach Trybunał kontynuował swoją ocenę mimo negatywnego wyniku testu prawowitego celu. W świetle tych danych test prawowitego celu jawi się jako istotne kryterium w ramach oceny dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności.

Ustalenie związku między celem ustawy a prawowitym celem ograniczenia

Pytanie o prawowity cel ograniczenia (czyli pytanie o to, czy ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności służy jednej lub kilku konstytucyjnym wartościom wymienionym w odpowiedniej klauzuli limitacyjnej) zawsze wymaga wskazania celu ustawy, która ustanawia to ograniczenie. Tylko na tej podstawie bowiem Trybunał może badać związek między celem badanego rozwiązania a katalogiem wartości konstytucyjnych uzasadniających ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności. W praktyce określenie celów ustawy ma więc kluczowe znaczenie dla oceny, czy dane ograniczenie ma swoje konstytucyjne uzasadnienie. Faktycznie jednak określenie celów ustawy nie zawsze daje jasną odpowiedź na pytanie o *ratio legis* badanego rozwiązania nie pomaga w określeniu celu, którym kierował się ustawodawca, wprowadzając dane ograniczenie.

Trybunał stosuje dwa podejścia do określenia celu aktu prawotwórczego, jakim jest ustawa. Stosując podejście obiektywne, uznaje za cel ustawy taki cel, który mógłby zostać wskazany przez zewnętrznego obserwatora jako rzeczywisty motyw działań ustawodawcy⁴⁵³. Ustala go

⁴⁵² W 2 sprawach ocena prawowitego celu uwzględniała argumenty zwykle wykorzystywane w ocenie proporcjonalności ograniczenia. Wyroki z 26 listopada 2013 r., sygn. P 33/12 i z 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11. Zrozumienie tych uzasadnień jest więc dość utrudnione ze względu na brak jasnego wskazania, czy kwestionowane przepisy zaliczają pomyślnie test prawowitego celu, czy też być może są niekonstytucyjne ze względu na niewspółmierność środków do celów.

⁴⁵³ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 154.

zatem na podstawie treści przepisów ustawy oraz jego rzeczywistych lub zamierzonych skutków. W tym podejściu podstawowym źródłem poznania jest uzasadnienie projektu ustawy, które jest wymagane do wszczęcia procesu legislacyjnego. Stosując natomiast podejście subiektywne, Trybunał określa cel ustawy na podstawie analizy procesu przygotowania projektu, a następnie prac parlamentarnych, w tym wypowiedzi osób biorących udział w procesie legislacyjnym.

Zgodnie z Regulaminem Sejmu RP uzasadnienie projektu ustawy powinno wyjaśniać potrzebę i cel wydania ustawy, a także przedstawiać rzeczywisty stan w dziedzinie, która ma być unormowana, wykazywać różnicę pomiędzy dotychczasowym a projektowanym stanem prawnym, przedstawiać przewidywane skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne, wskazywać źródła finansowania, jeżeli projekt ustawy pociąga za sobą obciążenie budżetu państwa lub budżetów jednostek samorządu terytorialnego, przedstawiać założenia projektów podstawowych aktów wykonawczych, zawierać oświadczenie o zgodności projektu ustawy z prawem Unii Europejskiej albo oświadczenie, że przedmiot projektowanej regulacji nie jest objęty prawem Unii Europejskiej⁴⁵⁴. Ponadto uzasadnienie projektów ustaw powinno przedstawiać również wyniki przeprowadzanych konsultacji oraz informować o przedstawionych wariantach i opiniach, w szczególności jeżeli obowiązek zasięgnięcia takich opinii wynika z odrębnych przepisów⁴⁵⁵.

Oceniając praktykę trybunalską, można stwierdzić, że podejście subiektywne stosuje się w przypadku wątpliwości co do celu ustawy. W tej sytuacji Trybunał odwołuje się do dokumentów przygotowawczych, historii procesu legislacyjnego oraz intencji ustawodawcy zadeklarowanych przed uchwaleniem ustawy⁴⁵⁶. W razie braku wątpliwości co do celu

⁴⁵⁴ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, art. 34 ust. 2, M.P. z 2018 r., poz. 729.

⁴⁵⁵ Art. 34 ust. 3 Regulaminu Sejmu RP.

⁴⁵⁶ Por. wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08.

wystarczające jest podejście obiektywne. W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że dogmatyka prawa nie wypracowała metody pozwalającej na jednoznaczne wskazanie celu aktu prawotwórczego w przypadku gdy podejście obiektywne i subiektywne prowadzi do odmiennych wniosków⁴⁵⁷. Również Trybunał nie opracował spójnej metodologii badania spraw, w których cel badanych przepisów jest nieznany lub w których z różnych źródeł wyłaniają się rozbieżne motywy legislacyjne⁴⁵⁸.

W tym kontekście należy pamiętać, że wskazanie celu ustawy w projekcie odnosi się do całego aktu, podczas gdy cel kwestionowanego przepisu ustawy może w rzeczywistości pozostać nieznany. Na przykład przepis wprowadzający ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności może zostać dodany na późniejszym etapie procesu legislacyjnego (tj. w drugim czytaniu lub w Senacie), a powody, dla których został zaproponowany, mogą być inne niż ogólny cel projektu ustawy. W takich przypadkach określenie *ratio legis* badanego przepisu może być oparte tylko na zapisach przebiegu debat parlamentarnych (prac komisji). Można sobie jednak wyobrazić, że jednoznaczne wskazanie celu ograniczenia następuje szczególnych trudności, gdy dostępne źródła milczą na temat powodów przyjęcia danego przepisu (lub jego części). W praktyce może się bowiem okazać, że powody wprowadzenia danego ograniczenia nie zostały odzwierciedlone w uzasadnieniu projektu ustawy lub przedyskutowane w toku prac parlamentarnych⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 152.

⁴⁵⁸ Zarówno sądy konstytucyjne, jak i trybunały praw człowieka napotykają problem z określeniem celów ustawowych oraz motywów działania organów kolektywnych, jakim są organy ustawodawcze. Jednocześnie cechą charakterystyczną modelu kontroli ograniczeń praw i wolności opartego na analizie proporcjonalności jest zaniechanie badania rzeczywistych motywów działania władzy publicznej. Por. W. Sadurski, *Ideal „racji publicznej” a Europejski Trybunał Praw Człowieka*, [w:] G. Baranowska et al. (red.), *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, Warszawa 2018, s. 45–57.

⁴⁵⁹ Wyrok z 24 lutego 2010 r., sygn. K 6/09, a zwłaszcza zdania odrębne. W kontekście tej sprawy wątpliwości pojawiły się w związku z oceną preambuły do badanej ustawy jako podstawy ustalenia *ratio legis*.

W sprawach, w których ustawa powstała w wyniku złożonego procesu legislacyjnego, a zwłaszcza gdy ugrupowania polityczne biorące w nim udział miały sprzeczne poglądy na temat jej celów i treści, Trybunał jest zazwyczaj skłonny zaakceptować oficjalnie deklarowany cel ustawy⁴⁶⁰. W sprawach tych Trybunał unika więc badania rzeczywistego celu ingerencji ustawodawczej czy też otwartego kwestionowania szczerości intencji ustawodawcy. Podejście to jest przykładem powściągliwości sędziowskiej, która nie zawsze jednak musi prowadzić do uznania badanych aktów normatywnych za konstytucyjne. Trybunał może bowiem uchylić je na podstawie innych kryteriów testu dopuszczalnych ograniczeń, w tym ze względów formalnych lub proceduralnych. W szczególności uznanie kontrolowanych przepisów za niezgodne z konstytucją na podstawie kryterium formalnego lub proceduralnego pozwala Trybunałowi uniknąć uwikłania w spór polityczny poprzez ocenę kontrowersyjnej materii (w tym ocenę prawowitego celu czy proporcjonalności środków przewidzianych w badanej ustawie).

Jako przykład swoistej strategii unikania można wskazać wyrok w sprawie przepisów wprowadzających przestępstwo pomówienia Narodu Polskiego⁴⁶¹. Przepisom tym zarzucano niezgodność z gwarancjami wolności słowa i badań naukowych, a także z konstytucyjnym standardem stanowienia prawa⁴⁶². Kwestionowane przepisy zostały wprowadzone w drodze nowelizacji kodeksu karnego⁴⁶³, dokonanej na mocy ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów⁴⁶⁴. Tłem politycznym tej nowelizacji były jednak

⁴⁶⁰ Wyrok z 18 października 2010 r., sygn. K 1/09.

⁴⁶¹ Wyrok z 19 września 2008 r., sygn. K 5/07.

⁴⁶² Art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, oraz z art. 7 i 121 ust. 2 Konstytucji.

⁴⁶³ Art. 112 pkt 1a oraz art. 132a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997 Nr 88 poz. 553 ze zm.

⁴⁶⁴ Dz.U. 2006 Nr 218 poz. 1592.

kontrowersje polityczne związane z „antypolską” publikacją książki Jana T. Grossa⁴⁶⁵. W sprawie tej oczywiste było, że wprowadzenie przestępstwa pomówienia Narodu Polskiego będzie miało efekt mrozący dla wolności słowa i badań naukowych, gdyż będzie mogło być wykorzystane przeciwko autorom ujawniającym niepopularne fakty historyczne, takie jak zaangażowanie Polaków w Holokaust. W sprawie tej Trybunał umorzył jednak postępowanie w zakresie merytorycznej oceny zarzutów dotyczących wolności słowa i badań naukowych, orzekając tylko o niezgodności badanych przepisów z konstytucyjnym standardem stanowienia prawa. Trybunał uznał, że projekt ustawy zmieniającej kodeks karny powinien być zostać przyjęty w osobnej procedurze legislacyjnej, biorąc pod uwagę zakres poprawek wprowadzonych w Senacie. W konsekwencji orzekł, że kwestionowane przepisy są niekonstytucyjne ze względów proceduralnych, gdyż naruszają przepisy Konstytucji odnoszące się do inicjatywy ustawodawczej oraz zakresu uprawnień Senatu w procedurze legislacyjnej⁴⁶⁶. W ten sposób, kierując się co prawda przyjętą praktyką orzekania w pierwszej kolejności o kwestiach proceduralnych, Trybunał mógł uniknąć oceny celu badanych przepisów, a także proporcjonalności przyjętego środka, jakim była penalizacja pomówienia. Gdyby w tej sprawie Trybunał orzekał na podstawie kryteriów materialnych, musiałby przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie, czy celem ustawodawcy była cenzura treści publikacji naukowych. Musiałby również podjąć politycznie kontrowersyjną decyzję o tym, czy ochrona „prawdy historycznej” jest wartością konstytucyjną, która może usprawiedliwiać ograniczenie wolności słowa i wolności badań naukowych⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Chodzi o książkę autorstwa Jana T. Grossa pt. *Sąsiedzi: Historia zagłady żydowskiego miasteczka* wydaną przez Wydawnictwo Pogranicze w 2000 r.

⁴⁶⁶ Artykuł 118 ust. 1 i art. 121 ust. 2 Konstytucji.

⁴⁶⁷ A. Gliszczyńska-Grabias, A. Śledzińska-Simon, *Victimhood of the Nation as a Legally Protected Value in Transitional States – Poland as a Case Study*, „Wrocław Review of Law, Administration, and Economics” 2016, no. 6, s. 45–62.

Inna strategia unikania kontrowersji politycznych została zastosowana w sprawie dotyczącej zakazu symboli totalitarnych⁴⁶⁸. W sprawie tej Trybunał nie kwestionował celu nowelizacji kodeksu karnego. Zaakceptował zatem, że jest to cel wskazany w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej⁴⁶⁹. Jednak na dalszym etapie oceny dopuszczalności ograniczenia Trybunał uznał badane przepisy za niekonstytucyjne ze względu na brak wystarczającej jasności i precyzji, która jest wymagana w przypadku ingerencji ustawodawcy w zakres konstytucyjnej wolności jednostki. Tym samym Trybunał uniknął oceny proporcjonalności środka, a przede wszystkim konieczności ważenia kolidujących wartości, jakimi są wolność słowa i ochrona porządku publicznego. Orzekając o niezgodności z Konstytucją ze względu na brak wymaganej określoności przepisów ustawy, Trybunał uciekł więc od politycznych kontrowersji związanych ze znaczeniem symboli używanych przez radykalne organizacje.

Poza tym należy zauważyć, że Trybunał rzadko korzysta z testu prawowitego celu do oceny znaczenia i pilności celów ustawodawczych. Stosując terminologię używaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, można stwierdzić, że polski Trybunał rzadko bada, czy faktycznie istniała pilna społeczna potrzeba regulacji ustawowej. Kwestia pilności regulacji jest natomiast zazwyczaj poruszana na późniejszych etapach analizy proporcjonalności. Na przykład w sprawie dotyczącej inwestycji drogowych Trybunał przyznał, że specjalny reżim wyłączeń jest uzasadniony ważnym interesem publicznym, ponieważ budowa dróg stanowi priorytet rządowy⁴⁷⁰. Kładąc zatem nacisk na pilny charakter celu rządowego, jakim była budowa dróg, Trybunał uznał, że ograniczenie

⁴⁶⁸ Wyrok z 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10.

⁴⁶⁹ Trybunał odniósł się krótko do zawartego w projekcie nowelizacji oświadczenia wskazującego, że rozszerzenie odpowiedzialności karnej wychodzi „naprzeciw oczekiwaniom społeczeństwa polskiego, w którym wciąż żywa jest pamięć o wojnie oraz zbrodniach fašyzmu i komunizmu”. *Ibidem*, pkt 2.

⁴⁷⁰ Wyrok z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10.

prawa do rzetelnego procesu sądowego było uzasadnione ochroną środowiska naturalnego, zdrowia publicznego oraz praw i wolności innych osób. W tej ocenie znaczenie pierwotnego celu ustawy zostało jednak nadmiernie zaakcentowane, a Trybunał nie wziął wystarczająco pod uwagę, że tzw. specustawa drogowa miała mieć charakter epizodyczny. Miała ona bowiem działać jedynie przez określony czas, a w momencie badania przedmiotowej sprawy straciła w rzeczywistości swój epizodyczny charakter⁴⁷¹. W sprawie tej pilna potrzeba inwestycji przysłoniła inne argumenty przemawiające za niekonstytucyjnością badanych przepisów. Można było bowiem wykazywać, że w momencie orzekania nie istniały żadne uzasadnione podstawy do utrzymywania specjalnego reżimu wyłączeń.

Cele niegodne ochrony konstytucyjnej

O ile w teście prawowitego celu należy przede wszystkim ustalić, czy cel wprowadzonego ograniczenia mieści się w zakresie ochrony jednej z konstytucyjnych wartości wymienionych w klauzulach limitacyjnych, o tyle uderzające jest to, że w całym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie można znaleźć definicji lub nawet przykładowego wskazania celów niegodnych ochrony konstytucyjnej⁴⁷². W literaturze przedmiotu jako cele niegodne wymienia się cele, które są wyłączone

⁴⁷¹ Ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r., o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, Dz.U. 2003 Nr 80 poz. 721, miała obowiązywać do 31 grudnia 2007 r. Okres ten został jednak najpierw przedłużony do 31 grudnia 2017 r., a następnie do 31 grudnia 2020 r. Trybunał zauważył, że dwukrotne wydłużenie tego okresu podyktowane jest utrzymującym się złym stanem sieci drogowej w Polsce, natomiast włączenie wszystkich dróg do specjalnego reżimu wyłączenia wynika z konieczności zapewnienia ich zrównoważonego rozwoju. Na tej podstawie Trybunał uznał, że ograniczenie prawa własności nie jest nadmierne, a zatem uznał wprowadzone środki za proporcjonalne.

⁴⁷² W tym ujęciu cele prawowite (*legitimate aims*) odpowiadają pojęciu godnych celów (*worthy purposes*), natomiast cele nieprawowite (*illegitimate aims*) – pojęciu celów niegodnych (*unworthy purposes*).

przez wyższe racje⁴⁷³. Istnieją bowiem racje, które nie powinny być podstawą działania ustawodawcy (bynajmniej nie w modelu liberalnej demokracji).

W polskim orzecznictwie konstytucyjnym brakuje wyjaśnienia pojęcia celów nieprawowitych lub niegodnych ochrony. Jedyne wyraźne stwierdzenie Trybunału dotyczy konieczności uzasadnienia ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności wartościami konstytucyjnymi wpisanymi w klauzule limitacyjne. W konsekwencji Trybunał uznaje, że cele ustawy, które nie są związane z ochroną wartości konstytucyjnych, nie stanowią wystarczającego uzasadnienia⁴⁷⁴. Nie oznacza to jednak, że cele te są nieprawowite. Jedyne nie mogą one uzasadniać ingerencji ustawodawcy w zakres korzystania z konstytucyjnych praw i wolności.

Na przykład w sprawie dotyczącej Kodeksu wyborczego Trybunał orzekł, że przepisy regulujące wielkość billboardów wyborczych i zakazujące emisji płatnych reklam wyborczych w telewizji i radiu kolidują z wolnością wypowiedzi i nie są uzasadnione żadnymi równoważnymi wartościami konstytucyjnymi⁴⁷⁵. Zgodnie z deklarowaną intencją ustawodawcy przepisy te miały na celu poprawę jakości dyskursu politycznego i racjonalizację wydawania środków publicznych na kampanię wyborczą. Trybunał stwierdził jednak, że cele te nie były w wystarczającym stopniu powiązane z żadną z konstytucyjnie chronionych wartości wymienionych w ogólnej klauzuli limitacyjnej, w tym z najszerszą kategorią porządku

⁴⁷³ Por. M. Kumm, *What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, New York University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2006, no. 6-41.

⁴⁷⁴ Wyroki z 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09; z 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, i z 9 lipca 2009 r., sygn. K 31/08.

⁴⁷⁵ Wyrok z 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11. Kontrolowane przepisy zabraniały pod groźbą kary grzywny wykorzystywania w kampanii wyborczej plakatów i haseł wyborczych o powierzchni większej niż 2 m² oraz rozpowszechniania odpłatnie ogłoszeń wyborczych w programach publicznych i niepublicznych nadawców radiowych i telewizyjnych. Trybunał uznał je (odnosząc się do art. 110 § 4 w związku z art. 495 § 1 pkt 4 Kodeksu wyborczego oraz ustawy wprowadzającej Kodeks wyborczy) za niezgodne z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

publicznego⁴⁷⁶. Dla Trybunału wskazane cele ustawodawcy mogłyby być realizowane, o ile nie wchodziłyby w kolizję z zakresem ochrony konstytucyjnych praw lub wolności. Trybunał uznał więc, że cele te są zgodne z prawem, ale nie mogą być realizowane za pomocą środków ograniczających konstytucyjne prawa i wolności. Do ich osiągnięcia ustawodawca powinien wybrać inne środki.

Warto jednak zauważyć, że udzielenie negatywnej odpowiedzi na etapie pytania o prawowity cel ustawy może być bardzo kontrowersyjne w sprawach nacechowanych ideologicznie. W praktyce Trybunału można wskazać co najmniej dwa orzeczenia (choć jedno zostało wydane przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r.), w których Trybunał stwierdził, że kwestionowana ustawa nie służy żadnej wartości konstytucyjnej, mimo że wyraźnym zamiarem ustawodawcy była ochrona konstytucyjnych praw innych osób. Pierwszy przykład dotyczy orzeczenia w sprawie dopuszczalności przerywania ciąży ze względów społecznych⁴⁷⁷. W sprawie tej większość orzekającego składu nie zgodziła się z argumentem, że ingerencja w prawo do ochrony życia ludzkiego (płodu) była uzasadniona prawem do ochrony życia prywatnego kobiety w ciąży. Drugi przypadek dotyczy wyroku w sprawie klauzuli sumienia, w której Trybunał badał między innymi przepisy ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry zakazujące odmowy leczenia (wykonania świadczenia zdrowotnego) w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki” niż ratowanie życia pacjenta⁴⁷⁸. Również w tej sprawie Trybunał nie dostrzegł, że badane przepisy są uzasadnione ochroną zdrowia i prywatności kobiet.

⁴⁷⁶ Co istotne, w tej sprawie niepowodzenie na etapie oceny prawowitego celu przesądziło o wyniku analizy dopuszczalności ograniczenia. Negatywny wynik oceny na tym etapie oznaczał zatem uznanie kontrolowanych przepisów za niekonstytucyjne bez podejmowania oceny proporcjonalności środków.

⁴⁷⁷ Orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96.

⁴⁷⁸ Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14. Trybunał uznał, że sformułowanie „inne przypadki niecierpiące zwłoki” w kwestionowanych przepisach jest zbyt ogólne, gdyż nie pozwala na identyfikację wartości czy praw konstytucyjnych, wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, których realizacja może uzasadniać ograniczenie wolności sumienia. Na

Te dwa orzeczenia są przykładami daleko idącej powściągliwości sędziowskiej, a raczej obawy przed angażowaniem się w spór ideologiczny, którego rozstrzygnięcie na gruncie konstytucji mogłoby stać się zarzewiem konfliktu dotyczącego samej instytucji kontroli konstytucyjności ustaw wyrażających wolę demokratycznej większości. W sprawach tych Trybunał obawiał się jasnego opowiedzenia się po stronie praw kobiet jako pacjentek, a zatem podmiotów, których pozycja jest oczywiście słabsza w relacji z lekarzami czy instytucjami opieki zdrowotnej. Tym samym Trybunał pokazał, że w sprawach spornych ideologicznie, takich jak dopuszczalność przerywania ciąży czy odmowa świadczeń zdrowotnych z powołaniem się na klauzulę sumienia lekarzy, jest skłonny respektować wolę większości parlamentarnej i nie ryzykować legitymizacji swoich własnych decyzji.

W obu sprawach Trybunał nie dostrzegł istoty problemu konstytucyjnego, który dotyczył kolizji konstytucyjnych praw i wolności, a przede wszystkim zlekceważył wyraźny cel badanych przepisów, jakim była ochrona zdrowia i życia prywatnego kobiet. W ten sposób Trybunał nie tylko przyjął własną, subiektywną interpretację celu ustawy, ale także nadmiernie ograniczył zakres konstytucyjnej ochrony prywatności. Charakterystyczne jest w tym kontekście, że w sprawie aborcji większość sędziów uznała, że celem ustawy nie jest ochrona autonomii jednostki (prawa do samostanowienia), ale społecznego i materialnego statusu kobiet w ciąży⁴⁷⁹. Przyjmując taką perspektywę, Trybunał umniejszył znaczenie celu ograniczenia i odmówił jego uznania jako wartości

tej podstawie orzekł, że art. 39 zdanie pierwsze w związku z art. 30 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki”, jest niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji i art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

⁴⁷⁹ W wyroku tym sędziowie wyrażający zdanie odrębne podnosili, że interpretacja celu ustawy zniekształca cel przedstawiony w uzasadnieniu projektu ustawy i dyskutowany w toku prac parlamentarnych.

konstytucyjnej. Orzekając zatem o niezgodności z konstytucją przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży z przyczyn społecznych, Trybunał zaznaczył, że ochrona statusu społecznego i materialnego kobiet w ciąży nie jest wystarczająco istotnym względem, aby uzasadnić ograniczenie prawa do życia⁴⁸⁰.

Te dwa orzeczenia mają jeszcze jedną wspólną cechę. W obu sprawach Trybunał oparł swoją decyzję rzekomo jedynie na naruszeniach zasady prawidłowej legislacji w związku z zastosowaniem niejasnych zwrotów określających przesłanki ingerencji w zakres chronionych konstytucyjnie praw i wolności (prawa do życia i wolności sumienia). Odwołując się w szczególności do zasady określoności przepisów ustawy, Trybunał orzekł, że zarówno przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży „w przypadku ciężkich warunków życiowych lub trudnej sytuacji osobistej kobiety ciężarnej”, jak i odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego „w przypadkach niecierpiących zwłoki” są zbyt ogólne.

Ostatecznie Trybunał uznał, że użycie niejasnych zwrotów w przepisach ustaw wprowadzających ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności (odpowiednio prawo do ochrony prawnej życia płodu i wolności sumienia lekarzy) uniemożliwiło określenie chronionej wartości uzasadniającej te ograniczenia. Trybunał zwrócił przy tym uwagę, że chociaż kwestionowane przepisy mogą być w niektórych sytuacjach uzasadnione ochroną praw innych osób, to ze względu na swój niejasny zakres mogą być one również stosowane w sytuacjach, w których żadne z praw lub wolności chronionych przez Konstytucję nie jest zagrożone.

Mieszane motywy ustawodawcy

W Polsce problem mieszanych motywów ustawodawcy pojawił się w sprawach dotyczących środków sprawiedliwości tranzycyjnej

⁴⁸⁰ Orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96.

(czyli środków przyjętych po upadku komunizmu na fali rozliczeń z przeszłością). W warunkach demokracji tranzycyjnej przyjmuje się, że karanie oprawców może stanowić uzasadniony cel ustawy⁴⁸¹. Jednakże rozliczenia z przeszłością najczęściej stanowią wyzwanie w kontekście oceny rzeczywistych motywów ustawodawcy oraz proporcjonalności przyjętych środków. W szczególności środki mające na celu ochronę nowego porządku konstytucyjnego lub praw innych osób (ofiar reżimu) mogą być faktycznie motywowane chęcią rewanżu politycznego czy zemsty i nakierowane na przeciwników politycznych⁴⁸².

Na tym tle w sprawach dotyczących rozliczeń z przeszłością Trybunał musiał rozstrzygnąć, czy przyjęcie kwestionowanych przepisów było motywowane wyłącznie chęcią rewanżu, czy też zemstą polityczną, czy też towarzyszyły mu inne ważne cele (w tym ochrona bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego)⁴⁸³. Podobnie jak i w sprawach dotyczących sporów ideologicznych, w sprawach politycznie wrażliwych, do których należą rozliczenia z przeszłością, Trybunał zazwyczaj stosował taktykę powściągliwości sędziowskiej i uznawał oficjalnie deklarowane cele. Takie podejście dominowało w sprawach dotyczących lustracji, czyli ustaw nakazujących ujawnienie komunistycznej przeszłości w celu zapewnienia jawności życia publicznego, a także publicznej weryfikacji przydatności określonych osób do pełnienia funkcji publicznych. Należy

⁴⁸¹ Rezolucja 1096 (1996)1 w sprawie środków mających na celu likwidację dziedzictwa byłych komunistycznych systemów totalitarnych, przyjęta przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w dniu 27 czerwca 1996 r. (23. posiedzenie).

⁴⁸² Wyrok z 2 maja 2007 r., sygn. K 2/07, pkt 1.

⁴⁸³ Na przykład nowelizacji ustawy lustracyjnej z 2002 r. towarzyszyło krótkie określenie celu, wyjaśniające, że stygmatyzacja współpracowników nie jest ani sprawiedliwa, ani uzasadniona interesem państwa. Jednak w trakcie prac parlamentarnych posłowie często powoływali się na interes państwa i potrzebę ochrony jego służb bezpieczeństwa przed poważnymi zagrożeniami – a nawet dezorganizacją – wynikającymi z ujawniania tajemnic państwowych oraz sieci agentów wywiadu i kontrwywiadu. Marszałek Sejmu, uczestnik postępowania przed Trybunałem, przyznał, że celem ustawy było zminimalizowanie groźby szantażu wobec osób ubiegających się o urzędy publiczne lub je sprawujących. Wyrok z 28 maja 2003 r., sygn. K 44/02 (lustracja).

w tym miejscu przypomnieć, że prawo lustracyjne w Polsce nie karze za współpracę z reżimem komunistycznym, ale za tzw. kłamstwo lustracyjne, czyli za złożenie nieprawdziwego oświadczenia w sprawie współpracy przez osoby pełniące funkcje publiczne lub ubiegające się o wybór lub mianowanie na urzędy publiczne⁴⁸⁴.

W jednej ze spraw dotyczących lustracji Trybunał stwierdził, że penalizacja kłamstwa lustracyjnego służyła zasadzie przejrzystości życia publicznego i ochronie praw innych osób do uzyskania informacji o działalności organów władzy publicznej i osób pełniących funkcje publiczne⁴⁸⁵. Trybunał uznał, że dotychczasowa współpraca z reżimem komunistycznym jest moralnie neutralna w reżimie demokratycznym, ale istnieją uzasadnione powody, dla których osoby pełniące funkcje publiczne powinny ujawniać fakt współpracy z organami bezpieczeństwa jako warunek sprawowania tych funkcji. W tym kontekście Trybunał uznał, że celem (i skutkiem) polskiego prawa lustracyjnego nie jest stygmatyzacja osób współpracujących z tzw. bezpieką, ale zapewnienie przejrzystości życia publicznego.

Podobnie w sprawie dotyczącej świadczeń emerytalnych byłych pracowników organów bezpieczeństwa PRL Trybunał uznał, że ograniczenie ich przywilejów było uzasadnione prawowitym celem. Kwestionowane przepisy obniżyły poziom tych świadczeń do średniego poziomu emerytur w powszechnym systemie ubezpieczeń społecznych⁴⁸⁶. Odnosząc się do oficjalnie deklarowanego celu ustawy, Trybunał uznał, że świadczenia emerytalne byłych funkcjonariuszy służb bezpieczeństwa zostały bezprawnie nabyte. Stąd, zdaniem większości sędziów orzekających w tej

⁴⁸⁴ Tak też stanowi ustawa z dnia 11 kwietnia 1997 r. o ujawnianiu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub o współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne, zmieniona ustawą z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 i treści tych dokumentów oraz ustawą z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Dz.U. 2018 poz. 2032.

⁴⁸⁵ Wyrok z 21 października 1998 r., sygn. K 24/98.

⁴⁸⁶ Wyrok z 24 lutego 2010 r., sygn. K 6/09.

sprawie, celem kwestionowanych przepisów było przywrócenie legalności, a nie zemsta polityczna. Zdanie większości nie zaakceptowało więc żądania wnioskodawców (grupy posłów), którzy wskazywali na konieczność oceny kontrolowanych przepisów w odniesieniu do preambuły ustawy. W ocenie wnioskodawców to właśnie preambuła ustawy wskazywała na stygmatyzujący i odwetowy charakter przyjętych środków.

Stanowisko większości spotkało się jednak z krytyką pozostałych sędziów, którzy przedstawili zdania odrębne, podnosząc konieczność kontroli preambuły w celu zweryfikowania prawdziwych intencji ustawodawcy oraz wskazania niewspółmierności środków do deklarowanych celów⁴⁸⁷. Według sędzi Ewy Łętowskiej prawdziwym celem ustawy było nałożenie zbiorowej sankcji na pracowników organów bezpieczeństwa, gdyż zakres podmiotowy wprowadzonych zmian w wymiarze świadczeń obejmował znacznie szerszą kategorię osób niż wynikałoby to z oficjalnego celu ustawy⁴⁸⁸. Zdaniem Ewy Łętowskiej w tym przypadku ustawodawca niesłusznie założył, że służba reżimowi może sama w sobie stanowić uzasadniony powód do obniżenia wysokości emerytury.

⁴⁸⁷ W preambule kwestionowanej ustawy przypomniano, że funkcjonariusze bezpieczeństwa państwa wywiązywali się ze swoich obowiązków bez ryzyka dla życia i zdrowia, korzystając jednocześnie z licznych korzyści prawnych i materialnych w zamian za umocnienie nieludzkiego systemu rządów. Według skarżących ustawodawca niesłusznie założył, że wszyscy byli funkcjonariusze uczestniczyli w naruszaniu praw człowieka reżimu komunistycznego. W rzeczywistości jednak wielu z nich pomyślnie przeszło procedurę weryfikacyjną i pozostało w służbie po 1989 r.

⁴⁸⁸ Wyrok z 24 lutego 2010 r., sygn. K 6/09 – zdanie odrębne sędzi E. Łętowskiej, podnoszącej konieczność zbadania dopuszczalności ograniczenia w odniesieniu do każdej, podmiotowo zróżnicowanej grupy adresatów – pkt 2 „[p]reambuła kontrolowanej ustawy jednoznacznie wiąże negatywne konsekwencje z dyskredytacją prawną i moralną adresatów ustawy. Tymczasem ustawa w stosunku do preambuły jest – podmiotowo – i za szeroka, i za wąska. Z jednej strony dyskredytacją są dotknięte osoby niemające negatywnych cech, o których mówi preambuła (co może skądinąd uzasadniać zarzut naruszenia art. 30 Konstytucji), a z drugiej strony (z uwagi na za wąski zakres podmiotowy, [...]) nie wszyscy będący potencjalnie »negatywnie ocenianymi ubekami« podlegają ustawowemu mechanizmowi obniżenia emerytury. Ustawa bowiem w ogóle pozostawia poza zakresem swego działania służby informacyjne i osoby figurujące w zbiorze zastrzeżonym IPN. To narusza zasadę rzetelnej legislacji (spójność *ratio legis* i treści ustawy) oraz zasadę sprawiedliwości i równości”.

W konsekwencji tego zmiana wysokości emerytur dotknęła również tych funkcjonariuszy służb bezpieczeństwa, którzy nie pełnili funkcji politycznych i nie byli zaangażowani w bezprawne działania reżimu komunistycznego. Niemniej jednak Trybunał, zdaniem większości sędziów, uznał, że środki przyjęte przez ustawodawcę były proporcjonalne, ponieważ nawet po zmianie emerytury byłych funkcjonariuszy służby bezpieczeństwa pozostawały wyższe niż emerytury w ramach powszechnego systemu ubezpieczeń społecznych. W ten sposób Trybunał zaakceptował zarówno cele ustawy, jak i jej skutki.

Sprawność administracji i ekonomia procesowa

Sprawność administracji i ekonomia procesowa (szybkość, sprawność i efektywność postępowań sądowych) są ogólnie uznane za prawowite cele uzasadniające ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności⁴⁸⁹. Jednocześnie Trybunał podkreśla, że dla pomyślnego zaliczenia testu prawowitego celu konieczne jest, aby badane przepisy służyły interesom publicznym, a nie wyłącznie interesom administracji (zmniejszając ich wysiłek organizacyjny)⁴⁹⁰. Pogląd ten jest akceptowany w literaturze poświęconej dopuszczalności ingerencji ustawodawcy w zakres korzystania z konstytucyjnych praw i wolności⁴⁹¹.

W analizowanym okresie Trybunał ogólnie uznawał więc, że ograniczenia mogą być wprowadzone ze względu na poprawę skuteczności działań administracji publicznej, o ile cel ten był bezpośrednio związany z ochroną konstytucyjnych wartości, takich jak porządek publiczny lub prawa innych osób⁴⁹². Co charakterystyczne, w przypadku

⁴⁸⁹ Wartości te zasadniczo mieszczą się treści Preambuły Konstytucji RP oraz konstytucyjnej gwarancji prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

⁴⁹⁰ Wyrok z 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02.

⁴⁹¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 31...*, s. 22.

⁴⁹² Szybkość postępowania nie jest więc celem sama w sobie, a jedynie w związku z ochroną porządku publicznego oraz praw innych osób.

wątpliwości co do tego, czy cele kontrolowanych aktów powinny być uznane za prawowite, Trybunał wolał weryfikować je w relacji do przyjętych środków na późniejszym etapie analizy proporcjonalności⁴⁹³. Taktyka ta wskazuje wyraźnie, że akceptując cele ustaw związane z poprawą sprawności administracji, Trybunał szukał innych, „silniejszych” podstaw do tego, aby uchylić badane przepisy jako niekonstytucyjne⁴⁹⁴.

W kilku orzeczeniach, które dotyczyły ustaw mających na celu zwiększenie skuteczności wymiaru sprawiedliwości⁴⁹⁵, Trybunał orzekł, że zasada formalizmu procesowego może stanowić uzasadnienie dla ograniczeń dotyczących prawa do rozstrzygnięcia sprawy przez sąd (w szczególności w zakresie prawa dostępu do sądu lub prawa do

⁴⁹³ Por. wyrok z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05. W sprawie tej Trybunał badał przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie, w jakim nie przyznawały one osobie ubezwłasnowolnionej uprawnienia do zgłoszenia wniosku o wszczęcie postępowania o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia. Choć miał wątpliwości co do prawowitości celów, to ostatecznie orzekł o nieproporcjonalności środka. Stwierdził w szczególności, że „podstawową przesłanką wprowadzenia zakwestionowanego rozwiązania była konieczność odciążenia sądów od rozpatrywania oczywiście bezzasadnych wniosków o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia składanych przez osoby ubezwłasnowolnione, a więc upośledzone, chore psychicznie lub cierpiące na inne zaburzenia psychiczne. W świetle przesłanek dopuszczalnego ograniczenia praw i wolności wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji uzasadnienie to należy zdecydowanie odrzucić. Badane ograniczenie praw procesowych osoby ubezwłasnowolnionej zostało wprawdzie wprowadzone ustawą i można się w nim doszukać związków z ochroną bezpieczeństwa publicznego (jak zrobiono to w stanowisku Sejmu), ale równocześnie narusza ono – jak wskazano wyżej – istotę prawa do wolności i jest rażąco nieproporcjonalne do chronionej wartości. Uzyskane dzięki temu podniesienie sprawności wymiaru sprawiedliwości nie może być uznane za dobro większe niż prawo do wolności osoby ubezwłasnowolnionej. Co więcej, można także mieć wątpliwości co do praktycznego znaczenia zwiększenia w ten sposób ekonomiki postępowania. Wszak już w obecnym stanie prawnym sądy mają obowiązek przeanalizować korespondencję od osób ubezwłasnowolnionych pod kątem ewentualnego wszczęcia postępowania z urzędu (por. cytowane uchwały SN), więc nadanie tej korespondencji mocy formalnego wniosku o zainicjowanie postępowania niewiele by pod tym względem zmieniło.”)

⁴⁹⁴ Por. np. wyroki z 18 września 2014 r., sygn. K 44/12, lub z 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12.

⁴⁹⁵ Wyroki z 3 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, z 28 kwietnia 2009 r., sygn. P 22/07 czy z 18 października 2010 r., sygn. K 1/09.

odpowiedniej procedury sądowej)⁴⁹⁶. W tym kontekście Trybunał wyjaśnił, że szybkość i skuteczność postępowań sądowych są niezbędne dla zapewnienia efektywnej ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki⁴⁹⁷. Jednocześnie podkreślił jednak, że szybkość postępowań administracyjnych i sądowno-administracyjnych może być uznana za prawowity cel, o ile jest realizowana za pomocą środków, które nie są nadmierne w stosunku do praw podmiotowych gwarantowanych w konstytucji⁴⁹⁸. Dlatego też zasada formalizmu proceduralnego musi być interpretowana w świetle prawa do sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd⁴⁹⁹. Oznacza to, że ustawodawca powinien w taki sposób ukształtować procedurę sądową, aby rygory formalne nie uniemożliwiały realizacji podstawowych praw jednostki do obrony jej praw i interesów przed sądem⁵⁰⁰.

Podobnie w odniesieniu do postępowania karnego Trybunał wyjaśnił, że zasada sprawnego postępowania sądowego wiąże się bezpośrednio z ochroną porządku publicznego, a także z nakazem ochrony praw i wolności innych osób⁵⁰¹. Jednakże „dyrektywa szybkości postępowania karnego [...] nie może – sama w sobie – stanowić dostatecznego

⁴⁹⁶ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 8/12.

⁴⁹⁷ Wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/11.

⁴⁹⁸ Wyrok z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10. Powołując się na wcześniejsze orzecznictwo Trybunał przypomniał, że „[u]proszczenie i przyspieszenie może niewątpliwie dotyczyć kwestii formalnych (np. wprowadzenie formularzy czy skrócenie terminów składania odwołań), natomiast w żadnym wypadku nie może odnosić się do uprawnień stron wiążących się z obroną ich praw i interesów”, § 2.2.

⁴⁹⁹ Wyrok z 8 kwietnia 2014 r., sygn. SK 22/11.

⁵⁰⁰ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 8/12. Ustawodawca wprowadzając „zasadę, że braki formalne środka odwoławczego skutkują jego odrzuceniem, powinien zrekomensować jej dotkliwość szansą usunięcia braku na wezwanie sądu, także wtedy gdy czynności dokonywane są przez fachowych pełnomocników. Przepisy przewidujące odrzucenie środka odwoławczego bez wzywania do uzupełnienia braków samoistnie nie naruszają zasady sprawiedliwości proceduralnej, jednak skorelowanie wymogów formalnych z jednoczesnym wyłączeniem obowiązku sądu wezwania do usunięcia braków należy uznać za rozwiązanie niekonstytucyjne z uwagi na nadmierne (nieproporcjonalne) nagromadzenie środków dyscyplinujących”, § 3.

⁵⁰¹ Wyrok z 27 października 2015 r., sygn. K 5/14.

uzasadnienia takich rozwiązań proceduralnych, które rodzą ograniczenia w korzystaniu przez strony z gwarancji konstytucyjnych, jakie składają się na treść prawa do sądu. Z punktu widzenia procesu ważenia wartości konstytucyjnych nakaz urzeczywistnienia prawa do sprawiedliwego, rzetelnego i jawnego postępowania sądowego, będącego – co istotne – zarówno samodzielnym konstytucyjnym prawem podmiotowym, jak i środkiem ochrony innych praw i wolności podstawowych jednostki, musi mieć, zdaniem Trybunału, pierwszeństwo przed dyrektywą rozpatrzenia sprawy w jak najkrótszym czasie, zwłaszcza że samo kryterium czasu nie przesądza automatycznie o tym, czy zachowane zostało wymaganie wydania rozstrzygnięcia »bez nieuzasadnionej zwłoki«. Nadrzędny cel postępowania przed sądem stanowi wydanie sprawiedliwego i rzetelnego orzeczenia o prawach albo obowiązkach jednostki na podstawie wszechstronnych i prawdziwych ustaleń faktycznych, nie zaś szybkie »załatwienie« sprawy przez sąd⁵⁰².

W praktyce szybkość postępowania jest więc uznawana za prawowity cel, o ile środki użyte do osiągnięcia tego celu są proporcjonalne⁵⁰³. Trybunał przyjmuje więc, że szybkość postępowania nie może uzasadniać ograniczenia dostępu do sądu lub praw uczestników postępowania do obrony ich interesów⁵⁰⁴. Dlatego też cel ustawy, jakim jest poprawa ekonomiki procesowej, nie może być osiągnięty w sposób pozbawiający jednostki prawa do obrony ich praw i interesów w sądzie⁵⁰⁵.

⁵⁰² *Ibidem*, § 5.4.

⁵⁰³ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 8/12.

⁵⁰⁴ Wyroki z 18 lutego 2009 r., sygn. Kp 3/08, oraz 7 grudnia 2010, sygn. P 11/09 („[n]akaz szybkości nie może [...] usprawiedliwiać ignorowania gwarancji procesowych, zamieszczonych zarówno w art. 45 ust. 1 jak i w innych postanowieniach Konstytucji, ani odbijać się negatywnie na prawidłowości rozstrzygnięcia”).

⁵⁰⁵ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11.

3.2. Test przydatności

Test przydatności wymaga, aby ustawy wprowadzające ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw lub wolności odpowiadały standardowi instrumentalnej racjonalności. Na etapie oceny przydatności środków przyjętych przez ustawodawcę, Trybunał powinien zatem ustalić, czy, zgodnie z dostępną wiedzą, ustawa jest w stanie przynieść zamierzone skutki⁵⁰⁶. Co istotne, sam Trybunał w swoim orzecznictwie wyjaśnił, że kontrolowane przepisy nie spełniają kryterium przydatności tylko wtedy, gdy przewidziane w nich środki utrudniają osiągnięcie celów ustawy lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami, a więc są irrelevantne dla osiągnięcia celów ustawy⁵⁰⁷. Takie sformułowanie testu przydatności jest wyrazem powściągliwości sędziowskiej, a jednocześnie szacunku dla woli większości parlamentarnej (i jej wyborów w zakresie celu regulacji oraz środków do jego realizacji). Wynika zatem z uznania zasady podziału władzy oraz zasady domniemania racjonalnego prawodawcy, które stanowią podstawę kontroli konstytucyjności prawa.

W piśmiennictwie można znaleźć pogląd, że w praktyce Trybunał stosuje test przydatności w sposób bardzo ostrożny⁵⁰⁸, ograniczając swoją interwencję do rzadkich przypadków drastycznych naruszeń aksjomu racjonalnego prawodawcy⁵⁰⁹. Jednocześnie niektórzy autorzy zachęcają Trybunał do bardziej śmiałego korzystania z tego testu, ponieważ kryterium przydatności wydaje się bardziej obiektywne niż ocena konieczności i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu. Rzeczywiście, uznanie przepisów ustawy za niekonstytucyjne tylko na podstawie oceny

⁵⁰⁶ Wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08.

⁵⁰⁷ Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11.

⁵⁰⁸ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 112.

⁵⁰⁹ Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94, i z 17 października 1995 r., sygn. K 10/95. Por. M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz–Wrocław 2011, s. 198–201.

kryterium przydatności pozwala uniknąć otwartego kwestionowania wyborów aksjologicznych dokonywanych przez ustawodawcę, co w ostatecznym rozrachunku może zwiększać legitymację rozstrzygnięć sądu konstytucyjnego⁵¹⁰.

W analizowanym okresie było 11 spraw, w których Trybunał stwierdził, że przepisy prawa nie spełniają kryterium przydatności. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że w kilku wyrokach negatywna ocena kryterium przydatności obejmowała dalej idące argumenty niż nieprzydatność środka. W niektórych sprawach negatywny wynik tego etapu analizy wiązał się z brakiem realizacji celu ustawy. W innych sprawach Trybunał skupiał się jednak na kwestii zbyt szerokiego zakresu przyjętych środków w relacji do wąsko zdefiniowanych celów ustawy.

Należy też podkreślić, że negatywna ocena kryterium przydatności była wyłączną podstawą do uchylecia badanych przepisów tylko w 3 sprawach (co stanowi 30% spraw, w których Trybunał udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie o przydatność środka)⁵¹¹. W sprawach tych negatywny wynik testu przydatności kończył analizę Trybunału, który w rezultacie orzekał o niekonstytucyjności badanych przepisów. W pozostałych 7 sprawach (co stanowi 70% spraw, w których badane przepisy nie przeszły pozytywnie testu przydatności) Trybunał orzekł o niedopuszczalności ograniczenia na podstawie negatywnej oceny kilku kryteriów wchodzących w skład testu proporcjonalności. Zatem w tych 7 sprawach Trybunał kontynuował swoją analizę mimo negatywnego wyniku testu przydatności.

Powyższe dane wskazują na niewielkie znaczenie etapu przydatności w ramach analizy proporcjonalności. Po pierwsze, dla samego Trybunału negatywna ocena przydatności środka bardzo często nie jest wystarczająca do uznania badanych przepisów za niezgodne z konstytucją. Po

⁵¹⁰ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 157.

⁵¹¹ Wyroki z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, z 14 lutego 2012 r., sygn. P 17/10 i z 10 lipca 2012 r., sygn. P 15/12.

drugie, odpowiedź na pytanie o przydatność środka nie jest często nawet konieczna do uzasadnienia ogólnej oceny o niedopuszczalności analizowanego ograniczenia z uwagi na jego nieproporcjonalność. Praktyka ta dotyczy sytuacji, gdy pytanie o przydatność środka pozostało nierozstrzygnięte. W analizowanym okresie Trybunał nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie w 8 sprawach (8% wszystkich spraw), z których 5 spraw ostatecznie zakończyło się uchynieniem badanych przepisów.

Zasada domniemania racjonalności prawodawcy

Domniemanie racjonalności prawodawcy jest szczególnie ważne w kontekście oceny przydatności środka. Zgodnie z tym domniemaniem, Trybunał nie jest powołany do badania celowości środków przyjętych przez ustawodawcę⁵¹². Dlatego też wielokrotnie Trybunał przypominał w swoim orzecznictwie, że kontrola konstytucyjności prawa nie obejmuje oceny stosowności lub przydatności rozwiązań legislacyjnych⁵¹³, chyba że są one sprzeczne z Konstytucją lub z zasadami wynikającymi z koncepcji demokratycznego państwa prawa⁵¹⁴. W rezultacie punktem wyjścia w ocenie przydatności środków wybranych przez ustawodawcę jest założenie, że ustawodawca nie działa w sposób irracjonalny. Jest to zatem podwójne zaprzeczenie, które należy obalić w postępowaniu przed Trybunałem, co znacznie obciąża wnioskodawców lub skarżących.

Zasada domniemania racjonalnego prawodawcy działa więc na korzyść ustawodawcy przede wszystkim z uwagi na przepisy dotyczące ciężaru dowodu. Postępowanie przed Trybunałem opiera się bowiem na kontradiktoryjnym modelu postępowania cywilnego, a na wnioskodawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że kwestionowany akt

⁵¹² Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94.

⁵¹³ Wyrok z 24 października 2000 r., sygn. K 12/00.

⁵¹⁴ Wyroki z 17 maja 2005 r. czy z 17 maja 2005 r., sygn. P 6/04.

normatywny jest niezgodny z Konstytucją⁵¹⁵. Oznacza to, że podmiot inicjujący postępowanie przed Trybunałem, który stawia zarzut nieprzydatności środka, musi obalić argument, że parlament nie działał irracjonalnie⁵¹⁶. Trudność przeprowadzenia takiego dowodu tłumaczy, dlaczego zarzut niespełnienia kryterium przydatności w praktyce pojawia się dość rzadko. Dużo częściej bowiem wnioskujący (a przede wszystkim skarżący, czyli podmioty wnoszące skargi konstytucyjne) podnoszą, że środki przyjęte przez ustawodawcę są niewspółmierne do celów ustawy.

Ponadto sam Trybunał często pomija ocenę przydatności środków. W analizowanym okresie były 23 sprawy (23% wszystkich spraw), w których Trybunał nie odpowiedział bezpośrednio na pytanie o przydatność środków⁵¹⁷. W tych sprawach jednak najczęściej milcząco zakładano, że środki są przydatne, a Trybunał kontynuował swoją analizę proporcjonalności przez następne etapy. W niektórych sprawach, w których pominięto test przydatności, można zastanowić się jednak, czy unikanie odpowiedzi na to pytanie nie jest przyznaniem się do braku kompetencji do oceny tego kryterium. Być może w sprawach tych Trybunał uznał, że nie dysponuje fachową wiedzą lub dowodami pozwalającymi na rzetelną ocenę przydatności środków. W innych sprawach brak oceny na etapie

⁵¹⁵ Niektórzy autorzy, a także sami sędziowie Trybunału twierdzą, że w sprawach dotyczących ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności ciężar dowodu należy przerzucić na ustawodawcę. K. Wojtczyk, *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli normy przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 22, czy K. Działocha, *Prawa i wolności jednostki i obywatela*, [w:] A. Preisner, T. Zalasieński (red.), *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji RP*, Wrocław 2005, s. 122, 123. Por. też zdanie odrębne sędziego Mączyńskiego do wyroku z 16 kwietnia 2002 r., sygn. SK 23/01, oraz sędziego Czeszejki-Sochackiego do wyroku z 26 maja 1997 r., sygn. K 26/96.

⁵¹⁶ Por. zdanie odrębne sędziego Rymara do wyroku z 28 października 2015 r., sygn. K 21/14. Twierdził on, że postępowanie w sprawie kwoty wolnej od podatku powinno zostać umorzone, ponieważ podmiot inicjujący rewizję nie udowodnił, że środki wybrane przez ustawodawcę są nieracjonalne, a więc naruszają prawo do minimum socjalnego.

⁵¹⁷ Np. wyroki z 27 października 2015 r., sygn. K 5/14; z 5 października 2015 r., sygn. SK 39/14; z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13; z 18 listopada 2014 r., sygn. SK 7/11; z 31 lipca 2014 r., sygn. SK 28/13; z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11; z 28 lipca 2014 r., sygn. K 16/12.

przydatności związany jest z wcześniejszymi sprawami, w których Trybunał badał analogiczne środki i uznał, że ich wybór jest racjonalny.

Ocena przydatności środków

Odnosząc się do kryterium przydatności, Trybunał standardowo przywołuje swoje wcześniejsze orzecznictwo, w którym wyjaśnił, że: „test racjonalności instrumentalnej wymaga dokonania: a) identyfikacji *ratio legis* zaskarżonej regulacji; b) powiązania jej z ochroną konkretnych wartości konstytucyjnych; c) oceny, czy regulacja ta nie utrudnia osiągnięcia wspomnianej *ratio* lub nie jest irrelevantna z perspektywy jej realizacji”⁵¹⁸. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że sama ocena przydatności środków jest zawarta tylko w trzecim z wyżej wymienionych etapów, a ustalenie celów ustawy oraz wskazanie konstytucyjnego uzasadnienia ingerencji to etapy poprzedzające test przydatności. Brak związku między celem ustawy a ochroną konkretnych wartości konstytucyjnych nie jest bowiem oceną przydatności środka, ale prawowitego celu ingerencji.

Test racjonalności instrumentalnej stawia przed ustawodawcą wymóg wprowadzenia takich ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, które są racjonalnie uzasadnione potrzebą ingerencji w istniejący stan prawny i faktyczny oraz bezpośrednio służą osiągnięciu celu konstytucyjnego⁵¹⁹. W doktrynie zauważono jednak, że ocena przydatności może być trudna do przeprowadzenia ze względu na brak aktualnej wiedzy lub brak wskaźników opartych na aktualnej wiedzy⁵²⁰. Być może z tego względu uznaje się, że przyjęte środki są zgodne z kryterium

⁵¹⁸ Powołując się na wyroki z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11, oraz z 16 października 2014 r., sygn. SK 20/12.

⁵¹⁹ Wyroki z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11, i z 16 października 2014 r., sygn. SK 20/12.

⁵²⁰ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 112. Ponadto ustawodawca powinien również poznać motywacyjne postawy adresatów norm prawnych, aby przewidzieć, czy i w jakim stopniu nowe regulacje prawne wpłyną na ich zachowanie i postępowanie zgodnie z prawem.

przydatności, nawet jeśli tylko częściowo służą celowi ustawy⁵²¹. Założenie to jest szczególnie istotne w przypadku, gdy środki są w praktyce stosowane przez krótki czas i nie mogą jeszcze przynieść oczekiwanych skutków⁵²². Jednocześnie w piśmiennictwie zauważa się, że środki przyjęte przez prawodawcę powinny być bezpośrednio, a nie tylko incydentalnie związane z celem ustawy. Ponadto niektórzy autorzy twierdzą, że przyjęte środki spełniają kryterium przydatności tylko wtedy, gdy są spójne z innymi środkami przyjętymi przez państwo, służącymi tym samym celom (ochronie tej samej wartości konstytucyjnej)⁵²³. Zgodnie z tym założeniem przyjęte środki nie powinny być sprzeczne ze środkami, które są już stosowane.

Inny istotny pogląd prezentowany w doktrynie dotyczy oceny przydatności z perspektywy skutków regulacji⁵²⁴. Zgodnie z tym poglądem, na etapie przydatności Trybunał nie bada, czy środki rzeczywiście osiągnęły cel ustawy. Uznaje to bowiem za błąd logiczny⁵²⁵. Dlatego też dla Trybunału kryterium przydatności zakłada ocenę *ex-ante* realizacji celu ustawy, biorąc pod uwagę czas uchwalania ustawy. Podejście to potwierdza praktyka. W sprawach, w których Trybunał uznał, że środki nie spełniają kryterium przydatności, nie badano skutków kwestionowanych przepisów. Jednocześnie w kilku sprawach negatywna odpowiedź na pytanie o przydatność środka opierała się na stwierdzeniu, że środek przyjęty przez ustawodawcę jest powszechnie uważany za nieskuteczny lub nawet sprzeczny z celem ustawy, biorąc pod uwagę przyjęte standardy postępowania⁵²⁶ lub praktykę instytucji, których ten środek dotyczył⁵²⁷. Można zatem przyjąć, że w praktyce Trybunału ocena kryterium

⁵²¹ *Ibidem*, § 113.

⁵²² K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 157.

⁵²³ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 114.

⁵²⁴ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 154–156.

⁵²⁵ Wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08.

⁵²⁶ Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

⁵²⁷ Wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11.

przydatności może zależeć od ogólnej skuteczności środka, ale nie od oceny *ex-post* skutków jego stosowania. Jednocześnie należy podkreślić, że odniesienie do skuteczności środków nie oznaczało bardziej wymagającego standardu oceny kryterium przydatności.

Warto również zauważyć, że w niektórych sprawach, w których ocena przydatności środków nawiązywała do ich skuteczności, Trybunał przygotowywał w ten sposób grunt do uznania badanego ograniczenia za konieczne i proporcjonalne w ścisłym znaczeniu. W szczególności gdy Trybunał stwierdzał, że środki przyjęte przez ustawodawcę są zarówno przydatne, jak i skuteczne, wniosek ten mógł go dalej prowadzić do uznania, że wszystkie alternatywne (a więc także mniej uciążliwe) środki służące temu samemu celowi nie są tak skuteczne jak środki wybrane przez ustawodawcę⁵²⁸.

Negatywna ocena kryterium przydatności

W analizowanym okresie niepowodzenia na etapie oceny kryterium przydatności można podzielić na 3 kategorie problemów konstytucyjnych⁵²⁹. Po pierwsze, badane rozwiązania nie spełniały kryterium przydatności, gdy Trybunał uznał, że nie służą one celowi ustawy. Po drugie, Trybunał stwierdzał nieprzydatność środków, jeżeli uznał, że badane rozwiązania utrudniają osiągnięcie celu ustawy. Po trzecie, uznawał za nieprzydatne również takie środki, których wybór nie miał żadnego obiektywnego lub racjonalnego uzasadnienia.

W pierwszej kategorii spraw negatywna odpowiedź na pytanie o przydatność środków oznaczała, że ustawodawca wybrał środki, które nie służą celom ustawy⁵³⁰ lub są sprzeczne z tymi celami⁵³¹. W sprawie

⁵²⁸ Wyrok z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10.

⁵²⁹ Tylko w jednej sprawie Trybunał zdyskwalifikował środki jako nieprzydatne bez dalszego wyjaśnienia. Wyrok z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10.

⁵³⁰ Wyroki z 28 października 2015 r., sygn. SK 59/13; z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13, i z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

⁵³¹ Postanowienie z 15 kwietnia 2014 r., sygn. P 11/13.

dotyczącej przypadku przedmiotu przestępstwa nienależącego do sprawy, Trybunał stwierdził, że analizowany środek nie służy celowi ustawy (jakim było przeciwdziałanie narkomanii) ani poprzez zapobieganie przestępczości, ani poprzez karanie sprawców przestępstw⁵³². W ocenie Trybunału, przypadek przedmiotu przestępstwa oraz przedmiotów i narzędzi, które służyły lub były przeznaczone do jego popełnienia, nawet jeżeli nie były one własnością sprawcy, nie zapobiega przestępstwom (ponieważ sprawca może popełniać podobne przestępstwa, używając innego przedmiotu tego samego rodzaju). Co więcej, zamiast karać sprawców przestępstwa, środek ten wymierzony był we właścicieli przedmiotów przestępstwa, nawet jeśli nie przewidzieli lub nie mogli przewidzieć, że zostaną one wykorzystane do tego celu. Podobne argumenty były podstawą negatywnej oceny kryterium przydatności w sprawie dotyczącej opłat studenckich⁵³³. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że wprowadzenie opłat za przyjęcie na studia drugiego stopnia nie spełnia kryterium przydatności, chociaż *prima facie* wydawał się racjonalny, ponieważ nie maksymalizuje dostępności studiów stacjonarnych na uczelniach publicznych.

W drugiej kategorii spraw, w której Trybunał udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie o przydatność środków, ocena ta opierała się na stwierdzeniu, że przyjęte środki udaremniają osiągnięcie celu ustawy. W sprawie dotyczącej obciążenia hipoteką części ułamkowych wszystkich nieruchomości utworzonych przez podział nieruchomości, której część ułamkowa była przed podziałem obciążona hipoteką, Trybunał stwierdził, że środek przyjęty w kwestionowanych przepisach jest nieprzydatny, gdyż nie poprawia sytuacji prawnej wierzycieli hipotecznych, co było zamierzonym celem ustawodawcy⁵³⁴. Przeciwnie, podział nieruchomości i hipoteki sprawia, że egzekucja długu staje się bardziej skomplikowana

⁵³² Wyrok z 28 października 2015 r., sygn. SK 59/13.

⁵³³ Wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11.

⁵³⁴ Wyrok z 10 lipca 2012 r., sygn. P 15/12.

i kosztowna, ponieważ musi być przeprowadzona na kilku nieruchomościach. W rezultacie Trybunał zakwestionował racjonalność środków ograniczających prawo własności dłużników, uznając, że nie służą one ochronie prawa własności wierzycieli⁵³⁵.

Podobnie w sprawie dotyczącej klauzuli sumienia obowiązek nałożony na lekarzy, polegający na informowaniu pacjentów o dostępności „wrażliwych” świadczeń zdrowotnych (takich jak aborcja) w innych placówkach finansowanych ze środków publicznych, był dla Trybunału nieprzydatny z uwagi na cel ustawy, jakim było zapewnienie pacjentom terminowego świadczenia zdrowotnego⁵³⁶. W tym przypadku nie można było racjonalnie zakładać, że poszczególni lekarze posiadają na bieżąco informacje pozwalające na to, aby wskazać realne możliwości uzyskania określonego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym.

Do trzeciej kategorii spraw zalicza się tylko jedna sprawa, w której Trybunał stwierdził, że wybór środka nie może być logicznie wyjaśniony. W tym przypadku nie można było w ogóle przyjąć, że ustawodawca racjonalnie wybrał środek do osiągnięcia swoich celów, ponieważ ingerencja była wynikiem kilku zmian legislacyjnych, z których część miała charakter czysto przypadkowy⁵³⁷.

Ponadto w dwóch sprawach problem nieprzydatności środków wiązał się z brakiem prawowitego celu, który uzasadniałby ich zastosowanie w całym zakresie. W pierwszej sprawie środki były tylko częściowo związane z prawowitym celem, a Trybunał uchylił je w pozostałym zakresie⁵³⁸. Sprawa ta dotyczyła przetwarzania danych osobowych przez uprawnionych pracowników Najwyższej Izby Kontroli. Biorąc

⁵³⁵ W tej samej sprawie Trybunał zauważył również, że test przydatności musi uwzględniać horyzontalny konflikt pomiędzy kwestionowanym prawem a innymi przepisami prawa określającymi hipotekę.

⁵³⁶ Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

⁵³⁷ Wyrok z 14 lutego 2012 r., sygn. P 17/10.

⁵³⁸ Wyrok z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12.

pod uwagę zakres i cel podejmowanych przez tę instytucję kontroli, Trybunał stwierdził, że dane o stanie zdrowia, dane dotyczące skazań, orzeczeń i mandatów, dane ujawniające przynależność do partii politycznych, związków zawodowych, organizacji religijnych oraz dane o pochodzeniu etnicznym są niezbędne do realizacji konstytucyjnie określonych zadań NIK⁵³⁹. Jednak inne rodzaje danych wrażliwych dotyczących przekonań politycznych, religijnych lub filozoficznych, kodu genetycznego, uzależnień i życia seksualnego nie były związane z realizacją funkcji kontrolnej przez NIK. Na tej podstawie Trybunał uznał, że przetwarzanie innych rodzajów danych wrażliwych, uznanych za nieistotne dla realizacji konstytucyjnych i ustawowych kompetencji NIK, nie służy osiągnięciu celów ustawy⁵⁴⁰.

Natomiast w sprawie dotyczącej kosztów pomocy prawnej w postępowaniu kasacyjnym, Trybunał dokonał kontroli przepisu Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie, w jakim wyłączał on możliwość zaskarżenia postanowienia sądu drugiej instancji w sprawie przyznania kosztów nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu⁵⁴¹. Trybunał uznał, że badane ograniczenie w tym zakresie jest nieracjonalne z punktu widzenia celów ustawy, ponieważ pozbawienie prawa do odwołania się od decyzji o kosztach w rzeczywistości nie może przyczynić się do przyspieszenia postępowania sądowego. Jednak argument oparty na braku skuteczności przyjętych środków był jedynie poboczny w kontekście głównej krytyki Trybunału dotyczącej braku wystarczająco ważnego celu ustawy. W tym kontekście Trybunał przypomniał, że szybkość postępowania sądowego nie może być celem przepisów ograniczających sądową

⁵³⁹ Art. 203 Konstytucji i art. 5 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz.U. 2012 poz. 82.

⁵⁴⁰ Wyrok z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, § 55 („że przetwarzanie jednostkowych danych ujawniających poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, jak również dane o kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym nie jest przydatne do realizacji konstytucyjnych i ustawowych kryteriów kontroli”).

⁵⁴¹ Wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13.

ochronę praw jednostki (w tym przypadku praw pełnomocników z urzędu)⁵⁴². Ostatecznie w sprawie tej Trybunał uznał, że „brak możliwości kontroli postanowień sądu drugiej instancji w sprawie kosztów opinii o braku podstaw wniesienia skargi kasacyjnej, sporządzonej przez adwokata z urzędu, nie jest w dostateczny sposób przydatny ani konieczny dla realizacji jakiegokolwiek wartości konstytucyjnej, istotniejszej niż prawa majątkowe pełnomocnika z urzędu”⁵⁴³.

Należy jeszcze raz podkreślić, że dla testu racjonalności instrumentalnej kluczowe znaczenie ma ustalenie szczegółowego *ratio legis* badanego rozwiązania, gdyż od tego zależy, czy środki wybrane przez ustawodawcę można uznać za przydatne. W analizowanym okresie było kilka spraw, w których określenie celu ustawodawcy w odniesieniu do badanego rozwiązania prowadziło do nieporozumień w składzie orzekającym. Brak jednomyślności w ocenie Trybunału wiązał się właśnie z rozbieżnościami w ocenie kryterium przydatności.

Przykładem może być sprawa mienia zabużańskiego, w której Trybunał jednogłośnie przyjął, że kontrolowane przepisy mają słuszny cel, lecz podzielił się w kwestii interpretacji *ratio legis* badanego rozwiązania⁵⁴⁴. Zarzut w tej sprawie dotyczył wymogu zamieszkiwania przez właścicieli nieruchomości położonych na kresach wschodnich w dniu 1 września 1939 r. jako warunku uzyskania rekompensaty. Zgodnie z pierwotnym projektem badanej ustawy, rekompensata dla osób, które utraciły mienie z powodu zmiany granic Polski po II wojnie światowej, była rozumiana jako pomoc na osiedlenie się na terytorium Polski w nowych granicach. Rozwiązanie to było zgodne z tzw. umowami republikańskimi, zawartymi przez rząd ze Związkiem Radzieckim w 1956 r. Pierwotny projekt został jednak zmieniony w toku prac legislacyjnych,

⁵⁴² Trybunał stwierdził, że „nie dostrzega *ratio legis* badanego rozwiązania, które mogłyby w dostateczny sposób uzasadniać ograniczenie sądowej ochrony praw pełnomocnika z urzędu do wynagrodzenia za świadczone przez niego usługi”. *Ibidem*, § 145.

⁵⁴³ *Ibidem*, § 151.

⁵⁴⁴ Wyrok z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

w których do kryterium obywatelstwa polskiego dodano wymóg zamieszkania (wymóg zamieszkania na byłym terytorium państwa polskiego w dniu 1 września 1939 r.). W związku z tą zmianą, Trybunał nie był w stanie określić szczegółowego *ratio legis* badanego rozwiązania.

Ostatecznie większość sędziów w tej sprawie uznała, że faktycznym celem ustawy była rekompensata za utracone mienie i opóźnienia legislacyjne w ustanowieniu mechanizmu kompensacyjnego. Dla większości sędziów ustawa miała przede wszystkim charakter kompensacyjny. Dlatego też Trybunał ostatecznie orzekł, że zawężając kategorię osób uprawnionych do otrzymania odszkodowania za utracone mienie do osób posiadających miejsce zamieszkania na tych terytoriach w dniu rozpoczęcia wojny, ustawa nie była przydatna do realizacji wyżej wskazanego celu. Natomiast sędziowie składający zdania odrębne twierdzili, że badane przepisy miały głównie cel socjalny, czyli zapewnienie pomocy materialnej tym, którzy utracili swoje mienie. Dlatego sędziowie składający zdanie odrębne przyjęli, że wymóg posiadania miejsca zamieszkania związany z konkretną datą był odpowiedni do osiągnięcia socjalnego celu ustawy, przy jednoczesnym ograniczeniu odpowiedzialności finansowej Skarbu Państwa.

Rola dowodów na etapie oceny przydatności środków

W literaturze test przydatności nazywany jest kryterium nieprojektującym, ponieważ opiera się na rozważaniach dotyczących obiektywnych zasad istniejących w społeczeństwie lub w przyrodzie⁵⁴⁵. Dlatego też ocena przydatności nie zależy od indywidualnej perspektywy podmiotu przeprowadzającego analizę proporcjonalności (sądu konstytucyjnego czy konkretnego sędziego).

W praktyce można zauważyć, że Trybunał ocenia przydatność środków zgodnie ze standardem zdrowego rozsądku. Wydaje się jednak,

⁵⁴⁵ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 112.

że ten zdroworozsądkowy standard ma zastosowanie jedynie w odniesieniu do takich środków jak tymczasowe aresztowanie, wyłączenie, opłaty sądowe lub sankcje karne. W rzeczywistości są to więc środki prawne i dlatego Trybunał jest przekonany co do swoich kompetencji w zakresie oceny ich przydatności. Oczywiście jest, że Trybunał nie musi powoływać się na dowody naukowe, aby stwierdzić, że opłaty sądowe mogą być racjonalnie wykorzystane do poprawy skuteczności wymiaru sprawiedliwości⁵⁴⁶. W takich przypadkach Trybunał opiera się bowiem własnej wiedzy prawniczej⁵⁴⁷.

Czasami jednak Trybunał musi uwzględnić inne źródła niż własna wiedza. W takich przypadkach w toku postępowania Trybunał może zwrócić się do odpowiednich organów o dodatkowe informacje lub wykorzystać dowody przedstawione przez uczestników postępowania. W analizowanym okresie sprawy, w których Trybunał powoływał się na specjalistyczną wiedzę lub dowody dotyczące przydatności środków, były stosunkowo rzadkie. Źródłem wiedzy były wtedy ogólnie dostępne dane, statystyki, sprawozdania lub ekspertyzy. Godny uwagi jest natomiast fakt, że Trybunał wykorzystuje dowody naukowe zarówno wtedy, gdy uznaje, że środki są przydatne do osiągnięcia celu ustawy⁵⁴⁸, jak i wtedy, gdy uznaje je za nieprzydatne⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Wyrok z 24 maja 2012 r., sygn. P 11/10. W sprawie tej Trybunał uznał, że prawo wyłączające możliwość zwolnienia z kosztów sądowych w postępowaniu upadłościowym było uzasadnione w świetle obowiązku staranności, który wymaga złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdy spółka nadal dysponuje wystarczającymi środkami na pokrycie kosztów sądowych. W innej sprawie Trybunał stwierdził jednak, że opłaty sądowe są odpowiednie, aby zapobiec oczywiście nieuzasadnionym roszczeniom, ale uznał je za niekonstytucyjne tylko dlatego, że były nadmierne. Wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 12/13.

⁵⁴⁷ Wyrok z 9 października 2012 r., sygn. P 27/11.

⁵⁴⁸ Wyrok z 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05; z 16 października 2014 r., sygn. SK 20/12, i z 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13.

⁵⁴⁹ W analizowanym okresie nie było jednak żadnej sprawy, w której Trybunał opierałby się na dowodach naukowych, aby dyskwalifikować środki na etapie oceny ich przydatności.

W tym kontekście warto przywołać jeden z kluczowych wyroków, w którym ocena przydatności środków niewątpliwie wykraczała poza wiedzę organu władzy sądowniczej, jakim jest Trybunał Konstytucyjny. Sprawa ta dotyczyła zakresu swobody organów w podjęciu decyzji o zestrzeleniu samolotu pasażerskiego uprowadzonego przez terrorystów⁵⁵⁰. Znamienne jest, że w toku postępowania przed Trybunałem przewodniczący składu orzekającego nakazał Ministrowi Obrony Narodowej, szefowi Biura Bezpieczeństwa Narodowego oraz Prezesowi Urzędu Lotnictwa Cywilnego zajęcie stanowiska na temat realnych możliwości oceny sytuacji na pokładzie uprowadzonego samolotu, ze szczególnym uwzględnieniem technicznych aspektów kontaktu z personelem pokładowym i kabinowym, oraz ograniczeń czasowych decyzji o jego zestrzeleniu. W odpowiedzi na to zapytanie Minister Obrony Narodowej przedstawił hipotetyczne wyliczenie czasu lotu cywilnego samolotu nad terytorium Polski oraz czasu reakcji polskich sił obrony powietrznej. Chociaż minister nie zgodził się z zarzutem, że ustawa jest niezgodna z Konstytucją, przyznał jednak, że w niektórych sytuacjach nie ma technicznej możliwości podjęcia działań obronnych w odpowiednim czasie. Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego zauważył natomiast, że ze względu na brak doświadczenia w tej dziedzinie i nieprzewidywalny dostęp do informacji o sytuacji porwanego samolotu, nie można ocenić ograniczeń czasowych decyzji o jego zniszczeniu. Warto jednocześnie odnotować, że szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego nie przedstawił swojego stanowiska w tej sprawie.

Na podstawie zebranych źródeł Trybunał uznał, że analizowany środek, czyli uprawnienie organów państwa do podjęcia decyzji o zestrzeleniu samolotu pasażerskiego uprowadzonego przez terrorystów, jest nieprzydatny do osiągnięcia celu ustawy, ponieważ ze względu na presję czasu decyzja taka nie mogła być skutecznym środkiem zapobiegającym

⁵⁵⁰ Wyrok z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

atakowi na większość polskich lotnisk. W szczególności Trybunał stwierdził, że przewidziana procedura nie byłaby skuteczna, gdyby porwany samolot wystartował z jednego z polskich lotnisk, a zamiarem terrorystów było uderzenie w cel znajdujący się w jego pobliżu. Jednakże należy odnotować, że nawet w tej sprawie, w której dowody jasno wskazywały na nieprzydatność środka, Trybunał nie zakończył swojej analizy po niepowodzeniu na etapie przydatności, ale uznał, że badana regulacja jest również niekonieczna i nieproporcjonalna w ścisłym znaczeniu.

3.3. Test konieczności

Test konieczności jako element analizy proporcjonalności należy odróżnić od pojęcia konieczności, które zostało wyrażone w klauzuli limitacyjnej zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zgodnie z ogólną klauzulą limitacyjną ustawodawca może ustanowić jedynie takie ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, które są *konieczne* w demokratycznym państwie w celu ochrony wartości konstytucyjnych wymienionych w tym przepisie. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo konstytucyjne przyjmują, że zwrot „konieczne w demokratycznym państwie” kryje w sobie zasadę proporcjonalności i dlatego jest uważany za podstawę stosowania testu (analizy) proporcjonalności⁵⁵¹.

Kryterium konieczności w klauzuli limitacyjnej (nazwane dalej szerokim kryterium konieczności) zawiera w sobie zatem wąskie kryterium konieczności⁵⁵², które razem z kryteriami przydatności i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tworzą test proporcjonalności. Szerokie kryterium konieczności występuje więc tylko w teście dopuszczalności ograniczeń i odpowiada pytaniu o to, czy ograniczenie jest konieczne w demokratycznym państwie. Natomiast wąskie kryterium konieczności należy do testu proporcjonalności i odpowiada pytaniu o to, czy spośród dostępnych

⁵⁵¹ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 109.

⁵⁵² Czasami nazywa się to kryterium „koniecznością *sensu stricto*”. Por. *ibidem*.

środków służących temu samemu celowi wybrano środek najmniej uciążliwy dla jednostek (test najmniej uciążliwych środków)⁵⁵³.

Innymi słowy, wąsko rozumiana konieczność określa kryterium wyboru środka działania spośród środków o równej skuteczności, a nie jedynie pytanie o potrzebę wprowadzenia ograniczenia. Odpowiadając zatem na pytanie o konieczność w wąskim znaczeniu, Trybunał musi ustalić, czy cel ograniczenia może zostać osiągnięty za pomocą mniej uciążliwych środków, które są równie skuteczne co środki przyjęte przez ustawodawcę⁵⁵⁴. W praktyce jednak dość często zdarza się, że Trybunał dokonuje oceny konieczności, odwołując się do szerokiego kryterium konieczności zamiast do testu najmniej uciążliwych środków. W wyniku tego pomieszania pojęć ocena konieczności sprowadza się do ponownego rozważenia, czy ustawodawca miał ważny powód uzasadniony ochroną konkretnych wartości konstytucyjnych, dla którego ograniczył konstytucyjne prawa i wolności.

W świetle zebranych danych wydaje się jednak, że etap oceny konieczności stanowi istotną przeszkodę dla ustawodawcy. W analizowanym okresie Trybunał orzekł, że badane akty nie spełniają kryterium konieczności w 27 sprawach, co stanowi 46% wszystkich przypadków, w których analiza proporcjonalności zakończyła się negatywnym wynikiem. Jednocześnie należy zaznaczyć, że negatywna odpowiedź na pytanie o konieczność środków była rzadko samodzielną podstawą uznania badanych rozwiązań za nieproporcjonalne. W większości przypadków uznanie, że ograniczenie nie spełnia testu konieczności, było połączone z niepowodzeniem na innym etapie analizy proporcjonalności.

Aż w 18 sprawach (30% wszystkich spraw, w których Trybunał orzekł o nieproporcjonalności ograniczenia) Trybunał stwierdził, że badane przepisy są niezgodne z kryteriami konieczności oraz

⁵⁵³ Wyroki z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98; z 11 września 2005 r., sygn. Kp 1/05; z 22 września 2009 r., sygn. P 46/07, oraz z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11.

⁵⁵⁴ K. Wojtyczek. *Granice ingerencji...*, s. 158.

proporcjonalności *sensu stricto*. W tych przypadkach Trybunał prowadził analizę proporcjonalności do ostatniego etapu pomimo niepowodzenia na etapie oceny konieczności. Dodatkowo w 7 przypadkach, w których ograniczenie nie przeszło testu konieczności, zostało również negatywnie ocenione na etapach poprzedzających ocenę konieczności⁵⁵⁵. Co istotne, we wszystkich tych 7 sprawach Trybunał wskazał na problemy związane z nadmiernym zakresem przyjętych środków.

Można zatem zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału dominuje praktyka stosowania testu konieczności jako uzupełnienia innych testów, a rzadko jako samodzielnej podstawy oceny badanych ograniczeń. W analizowanym okresie w 25 sprawach (co stanowi 93% spraw, w których Trybunał stwierdził, że badane rozwiązanie nie przeszło testu konieczności, lub 42% spraw, w których analiza proporcjonalności zakończyła się negatywnym wynikiem) niepowodzenie na etapie oceny konieczności środka było połączone z negatywną oceną innych kryteriów testu proporcjonalności. Praktyka ta sugeruje, że test konieczności nie odgrywa znaczącej roli jako odrębna podstawa w ramach analizy proporcjonalności. Jego znaczenie jest dodatkowo ograniczone podejściem Trybunału, który często unika zastosowania testu najmniej uciążliwych środków.

Dwa podejścia do testu konieczności

W pierwszym orzeczeniu, w którym zastosowano analizę proporcjonalności do oceny dopuszczalności ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, Trybunał odniósł się jedynie do kwestii niezbędności wprowadzonej regulacji⁵⁵⁶. W orzeczeniu tym Trybunał sformułował test proporcjonalności, który opiera się na trzech pytaniach: 1) czy

⁵⁵⁵ Wyroki z 14 października 2015 r., sygn. Kp 1/15; z 18 grudnia 2014 r., sygn. K 50/13; z 18 września 2014 r., sygn. K 44/12; z 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09; z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14; z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10; z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13.

⁵⁵⁶ Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94 (odwołując się do orzeczenia z 26 stycznia 1993 r., sygn. U 10/92).

wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela⁵⁵⁷. Pytania te odpowiadają kryterium przydatności, konieczności i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu.

Dopiero jednak w późniejszym orzecznictwie Trybunał wyjaśnił, że „[p]rzestanka »konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie«, sformułowana w art. 31 ust. 3, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedianych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś powinna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób lub w stopniu, które nie mogłyby być osiągnięte przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie”⁵⁵⁸.

W praktyce jednak Trybunał nie zawsze przechodzi od oceny niezbędności ograniczenia dla ochrony konkretnych wartości konstytucyjnych do oceny, czy ustawodawca wybrał środki, które chronią te wartości w sposób, lub w stopniu, które nie mogłyby być osiągnięte przy zastosowaniu innych środków oraz które są najmniej uciążliwe dla

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ Orzeczenie z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98 (odwołując się do orzeczeń z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94 i z 26 stycznia 1993 r., sygn. U. 10/92).

podmiotów praw podlegających ograniczeniom. W niektórych sprawach koncentruje się tylko na pytaniu o niezbędność przyjętych środków do ochrony wartości konstytucyjnych i pomija niewątpliwie trudne porównanie alternatywnych rozwiązań w świetle ich skuteczności w realizacji celu ograniczenia oraz stopnia ich uciążliwości dla jednostek. Dlatego też w praktyce Trybunału należy odróżnić standardowe podejście do testu konieczności, które zawiera w sobie test najmniej uciążliwych środków, od podejścia zawężonego do oceny niezbędności ograniczenia dla ochrony konstytucyjnych wartości. Jednocześnie należy podkreślić, że test konieczności ma sens tylko w swoim standardowym ujęciu⁵⁵⁹. Podejście zawężone do pytania o niezbędność nie wnosi nic nowego do analizy proporcjonalności, zwłaszcza jeżeli kwestionowane rozwiązanie przeszło już test prawowitego celu.

W swoim drugim podejściu do testu konieczności Trybunał pyta jedynie, czy kwestionowane unormowanie spełnia przesłankę niezbędności w demokratycznym państwie. Wyjaśnia w tym kontekście, że przesłanka ta stanowi „wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki”⁵⁶⁰. Powołując się jednak na swoje wcześniejsze orzecznictwo, Trybunał pada ofiarą samocytowań lub stosuje celową taktykę pomijania istotnego elementu testu konieczności. Myli tym samym szerokie kryterium konieczności z wąskim kryterium konieczności, które wymaga oceny alternatywnych rozwiązań⁵⁶¹. Z tego też względu

⁵⁵⁹ W takim ujęciu test ten zastosowano w następujących orzeczeniach: z 30 października 1996 r., sygn. K 3/96; z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98; oraz wyroki z 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98; z 3 października 2000, sygn. K 33/99; z 29 czerwca 2001 r., sygn. K 23/00; z 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02, z 19 kwietnia 2005 r., sygn. K 4/05, z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06; z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06; z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06; z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06; z 5 lutego 2008 r., sygn. K 34/06; z 20 lutego 2008 r., sygn. K 30/07; czy z 29 września 2008 r., sygn. SK 52/05.

⁵⁶⁰ Wyrok z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98.

⁵⁶¹ Podobną praktykę można zaobserwować w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, którym często kieruje się polski Trybunał Konstytucyjny. W ramach

zastosowanie tego podejścia wiąże się z dużym prawdopodobieństwem, że badane ograniczenie przejdzie pomyślnie test konieczności⁵⁶².

Niewątpliwie etap oceny konieczności zawężony do oceny niezbędności środka umniejsza rolę kryterium konieczności w teście proporcjonalności. Podejście to jest błędne, bo przesuwając ciężar oceny na ostatni etap analizy proporcjonalności. W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że ocena konieczności środka jest niezbędna dla prawidłowego zastosowania testu proporcjonalności. Jest tak, ponieważ ograniczenia, które pomyślnie zaliczają test proporcjonalności *sensu stricto*, nie spełniają automatycznie kryterium konieczności⁵⁶³. Może się bowiem zdarzyć, że dwa alternatywne środki – jeden mniej, a drugi bardziej restrykcyjny – pozostają w odpowiedniej proporcji do obciążenia, jakie nakładają na jednostki, ale bardziej restrykcyjne środki nie spełniają kryterium konieczności. Dlatego test konieczności pełni w teście proporcjonalności ważną rolę, jeżeli jest stosowany zgodnie ze standardowym podejściem czyli z uwzględnieniem testu najmniej uciążliwego środka. Test najmniej uciążliwego środka polega na wskazaniu najmniej restrykcyjnych rozwiązań,

analizy ograniczeń dotyczących art. 8–11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ETPCz bada zazwyczaj tylko dwa pytania – czy ingerencja jest uzasadniona „pełną potrzebą społeczną” i czy władze krajowe zachowały właściwą równowagę pomiędzy realizacją interesu publicznego a ochroną praw lub wolności jednostki. W konsekwencji analiza proporcjonalności ingerencji koncentruje się raczej na ważeniu kolidujących wartości niż porównywaniu rozwiązań alternatywnych.

⁵⁶² Por. wyrok w sprawie obwodów łowieckich, w którym Trybunał ocenił konieczność badanego środka w następujący sposób: „Mechanizm tworzenia obwodów łowieckich i związanych z tym ograniczeń prawa własności nieruchomości wchodzących w skład obwodów uzasadniony jest koniecznością takiego ukształtowania gospodarki łowieckiej i obwodów łowieckich, które zapewnią najbardziej racjonalne gospodarowanie zasobami zwierzyny, uwzględniając cele oparte na wartości, jaką jest ochrona środowiska naturalnego. W szczególności celami tymi są zapewnienie odpowiedniej liczebności populacji zwierząt łownych i zachowanie ich różnorodności, jak również uzyskiwanie możliwie wysokiej kondycji osobniczej poszczególnych gatunków zwierzyny. Pośrednim celem kwestionowanych ograniczeń jest także dążenie do zmniejszenia skali szkód wyrządzanych przez zwierzęta łowne, przede wszystkim w uprawach rolnych, także na terenach nieruchomości prywatnych”. Wyrok z 10 lipca 2014 r., sygn. P 19/13, § 105.

⁵⁶³ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 133.

które służą osiągnięciu celu legislacyjnego w takim samym stopniu jak rozpatrywane środki, podczas gdy kryterium proporcjonalności *sensu stricto* pozwala Trybunałowi na sprawdzenie, czy konstytucyjne prawa lub wolności pozostające w konflikcie z innymi wartościami konstytucyjnymi nie mogłyby być realizowane w szerszym zakresie.

Jednocześnie należy zauważyć, że podejście do testu konieczności zawężone do oceny niezbędności ograniczenia zostało zastosowane zarówno w sprawach, w których Trybunał ostatecznie uznał badane rozwiązanie za konieczne⁵⁶⁴, jak i takich, w których odpowiedź na tym etapie była negatywna⁵⁶⁵. Co istotne, nie można ogólnie wykluczyć, że w sprawach, w których badane rozwiązanie nie przeszło pomyślnie testu konieczności, Trybunał doszedłby do tego samego wniosku, gdyby stosował test najmniej uciążliwych środków. Pominięcie testu najmniej uciążliwych środków jest jednak szczególnie problematyczne, gdy Trybunał stosuje to podejście, aby utrzymać jako konstytucyjne środki, które mają wyraźnie zbyt duży zakres⁵⁶⁶.

Podejście do testu konieczności zawężone do oceny niezbędności badanego ograniczenia w demokratycznym państwie należy jednak wyraźnie odróżnić od pominięcia etapu oceny konieczności. W pierwszej sytuacji Trybunał odnosi się do kryterium konieczności i przystępuje do jego oceny, nie dokonując porównania alternatywnych rozwiązań. Natomiast w drugiej sytuacji analiza proporcjonalności w ogóle nie zawiera oceny kryterium konieczności⁵⁶⁷. Praktyka stosowania zawężonego podejścia do testu konieczności oraz praktyka pomijania testu konieczności różnią się od siebie, ponieważ opierają się na innych założeniach. Pomijając etap konieczności, Trybunał milcząco zakłada, że analizowane

⁵⁶⁴ Zob. np. wyroki z 25 października 2012 r., sygn. SK 27/12, sygn. SK 31/10, czy z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10.

⁵⁶⁵ Wyroki z 11 września 2005 r., sygn. Kp 1/05 lub z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13.

⁵⁶⁶ Np. wyrok z 24 lutego 2010 r., sygn. K 6/09.

⁵⁶⁷ W analizowanym okresie Trybunał pominął test w 18 sprawach (18% wszystkich spraw).

środki są konieczne, a pomijając jedynie test najmniej uciążliwych środków, Trybunał nadal może uznać środki wybrane przez ustawodawcę za zbędne (niekonieczne). Tak czy inaczej, w obu przypadkach pominięcie nie przesądza z góry ostatecznego wyniku analizy proporcjonalności. Zarówno pomijając test najmniej uciążliwego środka, jak i pomijając całkowicie etap oceny konieczności, Trybunał może wciąż stwierdzić, że środki są nieproporcjonalne na ostatnim etapie analizy proporcjonalności i w konsekwencji orzec o niekonstytucyjności przepisów, które wprowadzają kwestionowane ograniczenie⁵⁶⁸.

Podsumowując te rozważania, należy jednak podkreślić, że dotychczasowa praktyka dokonywania analizy proporcjonalności nie daje pewności co do tego, jakie podejście do kwestii konieczności Trybunał zastosuje w rozpatrywanej sprawie. Z tego też względu test konieczności wydaje się najmniej przewidywalnym etapem w ramach analizy proporcjonalności.

Skuteczność alternatywnych rozwiązań

Porównywanie skuteczności rozwiązań alternatywnych z pewnością nie jest zadaniem łatwym. Literatura naukowa zauważa, że porównywanie (a przede wszystkim samo zestawienie) ingerencji ustawodawczej w zakres korzystania z konstytucyjnych praw i wolności pod względem skuteczności środków przyjętych w ustawach może nie przynieść oczekiwanych rezultatów. Może się bowiem okazać, że Trybunał nie ma podstaw do oceny, który z alternatywnych środków jest bardziej skuteczny⁵⁶⁹. Choć Trybunał może w tym celu wykorzystać wskaźniki zaproponowane w doktrynie, takie jak stopień realizacji celu, szybkość jego realizacji, koszty i możliwe niepożądane skutki uboczne, to wskaźniki te mogą się okazać bezużyteczne w konkretnych sprawach. Może się bowiem zdarzyć, że

⁵⁶⁸ Spośród 18 spraw, w których całkowicie pominięto etap konieczności, 8 zakończyło się wydaniem decyzji o niezgodności z konstytucją, ponieważ ustawa nie przeprowadziła ostatniego etapu analizy proporcjonalności.

⁵⁶⁹ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 119.

ocena ingerencji ustawodawcy w zakres korzystania z konstytucyjnych praw lub wolności będzie zależęć od kontekstu politycznego sprawy i warunków zewnętrznych⁵⁷⁰.

Marek Szydło słusznie zauważa, że każde stwierdzenie odnoszące się do skuteczności danego rozwiązania jest często tylko prognozą, a nie weryfikowalnym faktem. Porównanie skuteczności rozwiązań alternatywnych wydaje się jednak bardziej obiektywną przesłanką niż porównanie ich uciążliwości, co często wiąże się z subiektywną oceną opartą na indywidualnym systemie wartości osób przeprowadzających ten test⁵⁷¹.

Zgodnie ze standardowym ujęciem testu najmniej uciążliwych środków, ograniczenie zalicza ten test, jeśli nie ma mniej uciążliwych środków, które równie dobrze służą celowi legislacyjnemu⁵⁷². Choć Trybunał kilkakrotnie stwierdzał, że ze wszystkich środków, które służą konkretnemu celowi, ustawodawca nie powinien wybierać najbardziej restrykcyjnych środków⁵⁷³, w praktyce rzadko bada on wszystkie potencjalne środki, które służą temu samemu celowi, aby wskazać te, które są najmniej restrykcyjne. W rzeczywistości ocena Trybunału najczęściej koncentruje się na porównaniu środków, które uważa on za równie skuteczne co środki wybrane przez ustawodawcę.

Praktyka Trybunału w zakresie oceny skuteczności alternatywnych rozwiązań jest zróżnicowana. Po pierwsze, Trybunał może zadecydować, że nie będzie porównywać pozornie alternatywnych rozwiązań, gdy uzna je za „nieporównywalne”, ponieważ nie służą temu samemu celowi⁵⁷⁴. Podejście to jest zasadne (i słuszne), ale w praktyce brak pewności co do tego, które rozwiązania legislacyjne zostaną uznane za „porównywalne”

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ *Ibidem*, § 120.

⁵⁷² W niektórych przypadkach Trybunał pytał jednak, czy mniej restrykcyjne rozwiązania są *podobnie* skuteczne w realizacji celu legislacyjnego. Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11.

⁵⁷³ Wyrok z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06.

⁵⁷⁴ Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11.

dla celów oceny konieczności. Problem z porównywalnością alternatywnych rozwiązań może wystąpić zwłaszcza w sprawach, w których trudno jest ustalić rzeczywisty cel ograniczenia (przede wszystkim ze względu na niejasne zwroty lub wielokrotne nowelizacje, które zmieniają treść i cel analizowanych przepisów).

Należy również zauważyć, że ten wynik tego etapu oceny konieczności jest trudny do przewidzenia, ponieważ Trybunał nie rozwinął, a w konsekwencji – nie stosuje – spójnej metody porównania alternatywnych rozwiązań legislacyjnych. W sprawach bardziej złożonych, wymagających zasięgnięcia wiedzy technicznej, Trybunał często podąża za argumentami przedstawionymi przez podmiot inicjujący kontrolę lub innych uczestników postępowania. Z jednej więc strony Trybunał może uznać, że inne środki służą takiemu samemu celowi jak środki przyjęte przez ustawodawcę. Nawet wtedy jednak nie jest to koniec oceny kryterium konieczności, ponieważ Trybunał może nadal zdecydować, że środki alternatywne są „mniej skuteczne”⁵⁷⁵ i odrzucić je na tej podstawie. Ponadto na dalszym etapie oceny kryterium konieczności Trybunał może odrzucić alternatywne rozwiązania, uznając, że nie są one mniej restrykcyjne niż środki przyjęte przez ustawodawcę⁵⁷⁶.

W analizowanym orzecznictwie najczęstszym źródłem porównania skuteczności alternatywnych rozwiązań były przepisy obowiązujące przed przyjęciem kwestionowanych aktów normatywnych. Dużo rzadziej Trybunał sięgał do zagranicznych rozwiązań funkcjonujących w praktyce lub alternatywnych modeli regulacji danej dziedziny znanych z teorii. Na przykład w sprawie dotyczącej przepisów określających właściwość i tryb postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych, w zakresie, w jakim powodowały uznanie określonych funkcjonariuszy publicznych za całkowicie niezdolnych do pełnienia służby z powodu zachorowania na przewlekłe zapalenie

⁵⁷⁵ Wyrok z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13.

⁵⁷⁶ Wyrok z 6 października 2015 r., sygn. SK 54/13.

wątroby albo zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia⁵⁷⁷, Trybunał odwołał się do międzynarodowych standardów (takich jak Międzynarodowe wytyczne w zakresie HIV/AIDS i praw człowieka, przygotowanymi w 1996 r. przez Biuro Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych (OHCHR) oraz Program HIV/AIDS Narodów Zjednoczonych (UNAIDS) czy Kodeks postępowania wobec epidemii HIV/AIDS w środowisku pracy, opracowany przez Międzynarodową Organizację Pracy w 2007 r.)⁵⁷⁸. Na tej podstawie stwierdził, że inne środki niż całkowity zakaz zatrudnienia tej kategorii osób w służbie publicznej mogą być skutecznie wykorzystane do zapobiegania rozprzestrzenianiu się HIV/AIDS w miejscu pracy⁵⁷⁹. W innych sprawach Trybunał odrzucił jednak zagraniczne rozwiązania jako niemożliwe do przyjęcia w polskich warunkach⁵⁸⁰ lub zbyt kosztowne⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, § 87-92.

⁵⁷⁹ W tym wyroku Trybunał powołał się również na orzeczenie sądu amerykańskiego w sprawie *Louis Holiday przeciwko Miastu Chattanooga* (wyrok Sądu Apelacyjnego z 10 marca 2000 r.). *Ibidem*, § 93.

⁵⁸⁰ Wyrok z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13. Sprawa ta dotyczyła gromadzenia określonych informacji (o imieniu i nazwisku, miejscu urodzenia, adresie zamieszkania i numerze PESEL kandydata na dawcę oraz o podmiocie, który dokonał badania jego antygenów zgodności tkankowej) w centralnym rejestrze niespokrewnionych dawców szpiku i krwi pępowinowej. Oceniając skuteczność przyjętego rozwiązania, Trybunał porównał je w pierwszej kolejności do archiwizowania danych dawców szpiku w rejestrze przy użyciu procedury tzw. pseudonimizacji. Rozwiązanie to jednak odrzucił jako niemożliwe do realizacji w ówczesnym stanie prawnym i faktycznym. Dlatego punktem odniesienia w ocenie środka przyjętego przez ustawodawcę były dwa alternatywne środki – pierwsze to brak rejestru centralnego i pozostawienie wszystkich danych dawców w gestii ośrodków dawców szpiku, a drugie to ograniczenie centralnego rejestru jedynie do anonimowego profilu dawców, a ewidencjonowanie ich danych osobowych jedynie w ośrodkach dawców szpiku. Porównując te rozwiązania, Trybunał uznał jednak, że tylko środek przyjęty przez ustawodawcę jest najbardziej skuteczny z perspektywy celu ustawy transplantacyjnej czyli zapewnienia maksymalnie sprawnego i skutecznego poszukiwania dawców dla osób oczekujących na przeszczep.

⁵⁸¹ Wyrok z 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13. W tym wyroku Trybunał porównał polskie prawo do modelu holenderskiego i niemieckiego. Porównał również skuteczność

Warto w tym miejscu podkreślić, że skuteczność przyjętego środka była w kilku sprawach potwierdzona na podstawie wcześniej przeprowadzonego testu przydatności. W tych sprawach Trybunał akcentował, że badane rozwiązanie jest przydatne i skuteczne. Kluczową rolę w tym zakresie odgrywało jednak określenie szczegółowego celu ograniczenia. W jednej ze spraw argumenty Trybunału wskazujące na wąsko zdefiniowany cel legislacyjny nieuchronnie prowadziły do wniosku, że cel ten można osiągnąć jedynie za pomocą środków wybranych przez ustawodawcę⁵⁸². Podkreślając zatem szczegółowy cel badanego ograniczenia, Trybunał faktycznie ograniczył pulę środków, które można porównać jako alternatywne rozwiązania na etapie konieczności. Nie jest to więc zaskoczeniem, że przyjmując taką optykę, Trybunał uznał analizowane środki za konieczne.

trzech kolejnych reżimów regulacyjnych w Polsce, które uległy zmianie ze względu na zmianę okoliczności społecznych i prawnych czyli zwiększony popyt na narkotyki oraz ratyfikację traktatów międzynarodowych w zakresie przeciwdziałania narkomanii. Wreszcie, porównując sankcje karne z systemem sankcji administracyjnych, Trybunał stwierdził, że tych ostatnich nie można uznać za alternatywne, ponieważ opierają się one na uznaniu obiektywnej winy. Niemniej jednak Trybunał użył tego argumentu w swojej decyzji sygnalizującej zwywającej do legalizacji medycznego wykorzystania marihuany. Por. postanowienie z 17 marca 2015 r., sygn. S 3/15.

⁵⁸² Wyrok z 25 czerwca 2012 r., sygn. K 14/10. W tej sprawie problem konstytucyjny dotyczył przepisów nakazujących obligatoryjne zawieszenie w obowiązkach komorników sądowych, jeżeli jest wobec nich prowadzone postępowanie o umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe. Jeden z zarzutów wnioskodawcy (Krajowej Rady Komorniczej) dotyczył braku katalogu przestępstw urzędniczych, które uzasadniałyby zastosowanie tego środka. Zarzut ten w swojej istocie postulował ograniczenie zastosowania zawieszenia komornika w czynnościach tylko do sytuacji, gdy toczy się przeciwko niemu postępowanie o przestępstwa związane z pełnioną funkcją publiczną. Trybunał uznał jednak ten zarzut za niezasadny. W konsekwencji przyjął, że nie ma alternatywnych środków, które mogłyby równie skutecznie chronić zaufanie publiczne co środek przyjęty przez ustawodawcę (poprzez zabezpieczenie interesu publicznego przed wykonywaniem czynności komorniczych przez osobę niedającą rękami ich należytego wykonywania). Założył tym samym, że zaufanie publiczne może zostać naruszone nie tylko, gdy przeciwko komornikom toczy się postępowanie o popełnienie przestępstw urzędniczych, ale także przez wszelkich przestępców niezwiązanych z pełnioną funkcją publiczną.

Uciążliwość alternatywnych rozwiązań

W swojej istocie test najmniej uciążliwych środków wymaga oceny uciążliwości środków, które zostały wskazane jako równie skuteczne dla realizacji celu legislacyjnego. Oznacza to w praktyce odpowiedź na pytanie, czy spośród środków, które są równie skuteczne dla realizacji celu legislacyjnego, ustawodawca wybrał środek najmniej uciążliwy. W odpowiedzi na to pytanie Trybunał uwzględnia więc tylko środki, które uznaje za równie (podobnie) skuteczne co środek przyjęty przez ustawodawcę. Tylko te środki stanowią alternatywę wobec przyjętego rozwiązania.

Choć podstawą porównania uciążliwości alternatywnych środków może być ocena zakresu ich zastosowania, Trybunał rzadko skrupulatnie bada ten aspekt na etapie oceny konieczności⁵⁸³. Co ciekawe, takie porównanie często dokonywane jest w tej części uzasadnienia, która prezentuje wprowadzenie kwestionowanych przepisów w szerszym kontekście legislacyjnym i historycznym, wyjaśniając ich miejsce w systemie prawa oraz przyczyny ich uchwalenia i dalszych (planowanych) zmian ustawodawczych. Poza tym analiza alternatywnych rozwiązań jest często umiejscowiona na etapie oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu.

⁵⁸³ Przykładem skrupulatnej analizy alternatywnych rozwiązań legislacyjnych w odniesieniu do ich uciążliwości jest sprawa dotycząca opłat studenckich, wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11. W sprawie tej Trybunał podkreślił, że „nie jest upoważniony do wskazywania konkretnych rozstrzygnięć legislacyjnych, stąd pozostaje jedynie określić nieprzekraczalne granice ingerencji ustawodawczej w prawo do bezpłatnego korzystania z zajęć na studiach stacjonarnych w uczelniach publicznych”, § 254. Jednocześnie wskazał, jako zasadne, a nawet pożądane dopuszczenie przykładowych następujących rozwiązań: prowadzenia ograniczeń dotyczących liczby „podejść” do studiów w ramach uprawnienia do studiowania na pierwszym kierunku; ustanowienia wyższych niż w wypadku innych osób wymagań dla studentów kształcących się w ramach uprawnienia do studiowania na drugim kierunku (z odpowiednimi zastrzeżeniami); czy ustanowienia zwiększonych wymagań dla studentów kształcących się w ramach uprawnienia do studiowania na kolejnym kierunku (z odpowiednimi zastrzeżeniami).

Jeżeli analizowane przepisy są ewidentnie bardziej restrykcyjne niż przepisy obowiązujące przed ich wejściem w życie, test najmniej uciążliwego środka nie stanowi dla Trybunału zbyt dużej trudności. Jest tak zwłaszcza, gdy nie widać innych powodów zmiany prawa niż względy organizacyjne, służące przede wszystkim wygodzie pracowników organów państwa. Punktem wyjścia w takim przypadku jest stopień uciążliwości ograniczeń, które zostały ustanowione przepisami obowiązującymi przed wprowadzeniem ograniczeń podlegających ocenie Trybunału⁵⁸⁴. W innych przypadkach Trybunał porównuje przyjęte

⁵⁸⁴ Wyrok z 18 września 2014 r., sygn. K 44/12, § 129. Trybunał stwierdził w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wydłużenia terminu notyfikacji z „3 dni” (wcześniejszy stan prawny) do „3 dni roboczych” (stan prawny wprowadzony na mocy zaskarżonych przepisów), że „ograniczenie wolności zgromadzeń wynikające z wydłużenia terminu notyfikacji przyjętego w art. 7 ust. 1 prawa o zgromadzeniach, w kontekście pozostałych regulacji, nie przechodzi pomyślnie testu proporcjonalności. Cele notyfikacji, związane z potrzebą zagwarantowania pokojowego przebiegu demonstracji oraz zapewnienia ochrony jej uczestników, mogą być osiągnięte w krótszym czasie, szczególnie biorąc pod uwagę ciągły charakter pracy służb ochrony porządku publicznego (policja, straż miejska). Wydłużenie okresu notyfikacji do minimum 3 dni roboczych stanowi nadmierne ograniczenie wolności zgromadzeń. Wyłącza z zakresu regulacji ustawowej większą niż do tej pory grupę zgromadzeń, które są inicjowane w krótszym okresie, jako reakcja na bieżące wydarzenia w przestrzeni publicznej. W ocenie Trybunału, rozstrzygnięcie przyjęte przez ustawodawcę służyć ma nie tyle efektywniejszemu wykonaniu zadań ciężących na organach władzy publicznej, ile zapewnieniu tym organom większego komfortu pracy. Nie powoduje każdorazowo wydłużenia czasu przeznaczanego na ocenę zawiadomienia o mającym się odbyć zgromadzeniu. Niekiedy wymóg zachowania terminu 3 dni roboczych pokrywać się będzie z terminem 3-dniowym (np. jeżeli zawiadomienie przedłożono w poniedziałek w normalnym tygodniu pracy). Czasami organizator będzie natomiast musiał uwzględnić określony układ dat i dokonać notyfikacji z odpowiednim wyprzedzeniem. W tym drugim wypadku nie wiąże się to jednak z wydłużeniem czasu na rozpatrzenie zawiadomienia, co można by uzasadnić potrzebą jego wnikliwszej analizy. Rozstrzygnięcie przyjęte w art. 7 ust. 1 prawa o zgromadzeniach służyć ma jedynie zwolnieniu organów gminy z konieczności oceny zawiadomień poza dniami roboczymi. Prowadzi ono także do zachwiania równowagi proceduralnej przejawiającej się w przyznaniu organom władzy znacznie więcej czasu na dokonanie oceny notyfikowanego zgromadzenia oraz ewentualne wydanie decyzji o jego odmowie (co najmniej 3 dni robocze), niż organizatorowi takiego wydarzenia na odwołanie się od takiej decyzji (24 godziny od jej otrzymania – art. 9 ust. 2 prawa o zgromadzeniach). Nie bez znaczenia jest także fakt, że ustalenie tego, który dzień jest w istocie rzeczy dniem roboczym, nie jest – w obecnym stanie prawnym – materia regulowaną przez ustawodawcę. Stwarza to dodatkową niepewność adresatów norm prawnych, którzy są zobligowani do

rozwiązania z innymi rozwiązaniami (stosowanymi w odniesieniu do innej kategorii podmiotów), które służą temu samemu celowi⁵⁸⁵. Jeszcze inną metodą jest porównanie uciążliwości środków przyjętych przez ustawodawcę do rozwiązania, które Trybunał wskazuje jako model normatywny urzeczywistniający wartości konstytucyjne lub orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W takich przypadkach porównanie dotyczy mniej restrykcyjnych rozwiązań inspirowanych aksjologią konstytucyjną lub standardami międzynarodowymi.

Przykładem tego ostatniego podejścia jest sprawa dotycząca zasady udzielania świadczeń zdrowotnych skazanym odbywającym karę pozbawienia wolności⁵⁸⁶. W tej sprawie Trybunał skrytykował zbyt duży zakres wprowadzonego ograniczenia nakazującego obowiązkową obecność funkcjonariuszy Służby Więziennej podczas wizyt lekarskich osób osadzonych w zamkniętych zakładach karnych. Co istotne, również w tej sprawie porównanie uciążliwości alternatywnych środków zostało przesunięte do etapu oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu. W tym kontekście Trybunał zauważył jednak, że ustawodawca powinien

podjęcia konkretnych działań w terminie wyznaczonym dniami roboczymi. To, który dzień w danym wypadku faktycznie jest dniem roboczym dla danego organu władzy publicznej, nie jest ściśle determinowane na poziomie ustawowym”.

⁵⁸⁵ Wyrok z 11 grudnia 2012 r., sygn. K 37/11. W tej sprawie przyjęte rozwiązanie dotyczyło obowiązkowej obecności przypadku celem prawa było zapobieżenie utrudnianiu procesu karnego w przypadku osoby zatrzymanej. Kwestionowane prawo, które nakazywało obecność funkcjonariusza policji podczas rozmów osoby zatrzymanej z obrońcą, porównano z prawem właściwym dla osób aresztowanych czasowo, gdzie obecność funkcjonariusza policji można było wprowadzić jedynie jako wyjątek od zasady braku obecności. Ponadto Trybunał stwierdził, że kwestionowane prawo narusza międzynarodowe standardy.

⁵⁸⁶ Wyrok z 11 grudnia 2012 r., sygn. K 37/11. W sprawie tej Trybunał ocenił możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie między zatrzymanym a jego adwokatem. Środek ten miał służyć zapewnieniu efektywności postępowania przygotowawczego. Porównując jednak przepisy dotyczące obecności prokuratora w trakcie rozmów osób tymczasowo aresztowanych z ich obrońcami, które służyły temu samemu celowi, Trybunał ocenił analizowany środek jako zbyt uciążliwy. Zastrzeżenie obecności prokuratora na podstawie przepisów dotyczących kontaktów osób tymczasowo aresztowanych z ich obrońcami ma bowiem charakter wyjątkowy. Co istotne, również w tej sprawie ocena uciążliwości środka nastąpiła na etapie badania proporcjonalności w ścisłym znaczeniu.

rozróżnić kategorie skazanych, do których przyjęte rozwiązanie powinno mieć zastosowanie. Uznał tym samym, że analizowane ograniczenie prawa do prywatności pacjenta pozbawionego wolności nie jest konieczne w stosunku do wszystkich osób umieszczonych w zamkniętych zakładach karnych, lecz tylko do określonych kategorii skazanych⁵⁸⁷. Zwrócił również uwagę, że ustawodawca, wprowadzając tego typu regulację, powinien uwzględnić system wykonywania kary, a także nakaz indywidualizacji postępowania ze skazanymi oraz klasyfikacji skazanych między innymi ze względu na płeć, wiek czy stan zdrowia. Dodatkowo ustawodawca powinien wziąć pod uwagę to, do jakiej kategorii należy skazany umieszczony w zakładzie karnym typu zamkniętego, a w szczególności czy zalicza się do jednej z grup chronionych z racji posiadania cech określonych w prawie⁵⁸⁸.

Wreszcie, w sprawach, w których Trybunał zajmował się bezwzględny zakazem dotyczącym określonej działalności wchodzącej w zakres ochrony konstytucyjnych praw lub wolności, oczywiście było, że środki przyjęte przez ustawodawcę były najbardziej restrykcyjne z możliwych. W tych sprawach Trybunał porównywał je więc z rozwiązaniami, które zakazują określonej działalności czy zachowań, ale przewidują wyjątki lub uznaniowe (zindywidualizowane) decyzje organów

⁵⁸⁷ Trybunał stwierdził, że „[u]stawodawca, zamiast generalnej regulacji, obejmującej wszystkich umieszczonych w zakładach typu zamkniętego, powinien wyróżniać te ich kategorie, które potencjalnie mogą stwarzać w takich zakładach zagrożenie dla bezpieczeństwa personelu medycznego i wobec których świadczenia zdrowotne muszą być wykonywane w obecności funkcjonariusza SW [Służby Więziennej]. Za kategorię taką ustawodawca może uznać: a) skazanych mających status więźnia niebezpiecznego; b) skazanych, którzy naruszyli w poważnym stopniu dyscyplinę i porządek; c) oskarżonych aresztowanych tymczasowo z powodu obawy popełnienia kolejnego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu (art. 258 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89 poz. 553 ze zm.) oraz pozostałych tymczasowo aresztowanych w początkowej fazie stosowania tego środka zapobiegawczego; d) skazanych leczonych w pozawięziennej placówce medycznej”. Wyrok z 26 lutego 2014 r., sygn. K 22/10, § 47.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

stosujących prawo⁵⁸⁹. Co ciekawe, w niektórych sprawach, w których Trybunał uznał, że przyjęte środki nie spełniają ani kryterium konieczności, ani proporcjonalności *sensu stricto*, stwierdzano też, że cele legislacyjne mogą być osiągnięte bez kwestionowanego ograniczenia⁵⁹⁰. W tych przypadkach analizowane ograniczenie porównano ze stanem określonym przez brak takiego ograniczenia.

Warto również zauważyć, że w niektórych przypadkach fakt, że ustawodawca nie wziął pod uwagę mniej restrykcyjnych środków w toku prac nad uchwaleniem badanej ustawy⁵⁹¹ lub debatował nad nimi, ale odrzucił je bez żadnego uzasadnienia, został wykorzystany jako argument, aby uznać przyjęte środki za niekonieczne. Przykładem takiego podejścia jest sprawa mienia zabużańskiego, w której podstawowy zarzut dotyczył warunku posiadania miejsca zamieszkania na terenach pozostawionych za granicami Polski po II wojnie światowej⁵⁹². Trybunał uznał, że prace legislacyjne nad kwestionowaną ustawą stanowią dodatkowe argumenty podważające konieczność takiego rozwiązania. Zauważył, że dokumenty przygotowawcze wskazują na to, iż wymóg posiadania miejsca zamieszkania został wprowadzony w wyniku błędnej interpretacji uchwały Sądu Najwyższego, podkreślającej konieczność zapewnienia sprawiedliwego traktowania osób, które utraciły swoje mienie. Stwierdził też, że przesłanka dotycząca dokładnej daty zamieszkania na terytorium zabużańskim w dniu 1 września 1939 r. nie została szczegółowo omówiona w trakcie prac legislacyjnych⁵⁹³. Biorąc pod uwagę dotkliwość przyjętego

⁵⁸⁹ Wyroki z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13; z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13; czy z 24 maja 2012 r., sygn. P 11/10.

⁵⁹⁰ Wyroki z 27 października 2015 r., sygn. K 5/14, z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 12/13, czy z 19 kwietnia 2011 r., sygn. K 19/08.

⁵⁹¹ Wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11.

⁵⁹² Wyrok z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

⁵⁹³ W tym względzie wskazał, że „[w] dokumentacji procesu legislacyjnego brak jest natomiast jakichkolwiek wyliczeń co do skutków finansowych różnych wariantów ukształtowania zasad dostępu do rekompensat (ocena skutków regulacji została dokonana ogólnikowo na niecałych trzech stronach – por. druk nr 3793/IV kadencja Sejmu, s. 25–27), a więc

rozwiązania, niewątpliwie istotnym wymogiem było zatem, aby ustawodawca dokonał analizy przepisów międzywojennych dotyczących możliwości posiadania kilku miejsc zamieszkania i ocenił skutki wprowadzanej regulacji dla różnych kategorii zabużan. Niespełnienie kryterium konieczności w tej sprawie wynikało zatem z braku rozważenia alternatywnych, mniej uciążliwych warunków przyznania prawa do rekompensaty oraz oceny ich skutków (w tym skutków dla budżetu państwa).

Środki uznane za niekonieczne

Środki uznane za niekonieczne miały zazwyczaj zbyt duży zakres zastosowania. W szczególności Trybunał uznawał, że środki przyjęte przez ustawodawcę są niekonieczne, bo w niektórych sytuacjach ich zastosowania nie mogą być uzasadnione żadnymi z konstytucyjnie chronionych wartości⁵⁹⁴. Warto więc zauważyć, że do oceny konieczności środków używał tych samych argumentów co w niektórych sprawach, w których stwierdził, że ograniczenie nie spełnia testu prawowitego celu. Jednocześnie należy podkreślić, że Trybunał zgadzał się z zarzutem wskazującym na nadmiernie szeroki zakres przyjętych rozwiązań zarówno wtedy, gdy na etapie oceny konieczności pomijał test najmniej uciążliwego środka, jak i wtedy, gdy go stosował.

Do pierwszej grupy spraw niewątpliwie należy sprawa zestrzelenia samolotu pasażerskiego uprowadzonego przez terrorystów⁵⁹⁵. W sprawie tej Trybunał uznał, że kontrowersyjna procedura przewidziana w prawie lotniczym mogła być również zastosowana w sytuacji, gdy istniało ryzyko ataku terrorystycznego wymierzonego w dobra materialne lub infrastrukturę lądową (a nie ludzkie życie). W takiej sytuacji zastosowany środek nie

tym bardziej uzasadnienia, że wybrano rozwiązania nieprzypadkowe i możliwie najbardziej sprawiedliwe". *Ibidem*, § 174.

⁵⁹⁴ Wyroki z 28 lipca 2014 r., sygn. K 16/12; z 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11; z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 48/13, czy z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13.

⁵⁹⁵ Wyrok z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

mógł być uzasadniony ochroną życia ludności cywilnej. Warto jednak podkreślić, że w sprawie tej negatywna ocena kryterium konieczności nie zakończyła analizy dopuszczalności ograniczenia, a Trybunał kontynuował ją do ostatniego etapu analizy proporcjonalności. Ostatecznie Trybunał przyznał, że badane ograniczenie również nie spełnia kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu, nawet gdy kwestionowana procedura byłaby stosowana w celu ratowania życia ludzkiego.

W drugiej grupie spraw Trybunał oceniał konieczność środka w oparciu o dokładne porównanie alternatywnych rozwiązań. Przykładem może być sprawa dotycząca ustawowego wyłączenia możliwości kontaktu z obrońcą przez osoby tymczasowo aresztowane⁵⁹⁶. Trybunał stwierdził w niej, że zakaz kontaktów telefonicznych między aresztowanym a obrońcą nie służy realizacji celu tymczasowego aresztowania (a więc zabezpieczeniu efektywności postępowania karnego) w każdej sytuacji. Nie zawsze bowiem zakaz taki jest konieczny dla ochrony wartości konstytucyjnych wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał przyznał jednocześnie, że ogólny zakaz kontaktów telefonicznych osób tymczasowo aresztowanych z ich obrońcami może stanowić jedynie wyjątek od zasady, ale nie stanowić zasady mającej zastosowanie w każdym przypadku. W tym kontekście Trybunał zauważył, że ustawa zezwalająca osobom tymczasowo aresztowanym na korzystanie z telefonu pod pewnymi warunkami najprawdopodobniej spełniłaby kryterium konieczności⁵⁹⁷. Warunki te musiałyby być jednak szczegółowo określone w przepisach ustawy (regulującej również aspekty techniczne prowadzenia rozmów przez telefon przez tymczasowo aresztowanego w celu identyfikacji jego obrońcy za pomocą numeru telefonu lub głosu (ale bez nagrywania rozmowy)⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Wyrok z 25 listopada 2014 r., sygn. K 54/13.

⁵⁹⁷ W tej sprawie Trybunał porównał również kontrolowane przepisy kodeksu karnego wykonawczego z projektem ustawy wprowadzającej ich zmiany, który pod pewnymi warunkami umożliwiał komunikację telefoniczną osób tymczasowo aresztowanych ze światem zewnętrznym, a nie tylko z ich obrońcami. *Ibidem*, § 92.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, § 90.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w sprawie tej wyczerpująca ocena kryterium konieczności zakończyła analizę Trybunału.

Podsumowując, należy podkreślić, że w niektórych sprawach powód uznania, że ograniczenie nie spełnia kryterium konieczności, był taki sam jak w przypadkach, w których Trybunał uznał, że ograniczenie nie może być uzasadnione prawowitym celem. W innych przypadkach, zwłaszcza w tych, w których Trybunał nie dokonał szczegółowego porównania alternatywnych rozwiązań z perspektywy ich skuteczności oraz uciążliwości, lecz rozstrzygnął kwestię konieczności w oparciu o ocenę niezbędności badanej regulacji dla osiągnięcia określonego celu legislacyjnego, porównanie takie było najczęściej elementem ostatniego etapu analizy proporcjonalności, czyli oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu. Podejście to również tłumaczy stosunkowo dużą ilość spraw, w których Trybunał orzekł, że analizowane ograniczenia są zarówno niekonieczne, jak i nieproporcjonalne w ścisłym znaczeniu. Okazuje się więc, że w orzecznictwie konstytucyjnym problem nadmiernego zakresu zastosowania środków ograniczających korzystanie z konstytucyjnych praw i wolności można faktycznie rozstrzygać na wielu etapach analizy proporcjonalności. Oznacza to, że kontrola ograniczeń, w których problem konstytucyjny wynika ze zbyt dużego zakresu ingerencji, może prowadzić Trybunał do różnych ustaleń – braku spełnienia kryterium prawowitego celu, przydatności, konieczności lub proporcjonalności *sensu stricto*.

3.4. Proporcjonalność *sensu stricto*

Związek między testem proporcjonalności *sensu stricto* a innymi testami

Z praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego wyłania się kilka charakterystycznych tendencji, które opisują związek między kryterium proporcjonalności *sensu stricto* a innymi kryteriami składającymi się na test proporcjonalności. Przede wszystkim badania ilościowe

nad orzecznictwem opartym na analizie proporcjonalności wskazują wyraźną tendencję do kontynuowania tej analizy do ostatniego etapu pomimo negatywnego wyniku na wcześniejszych etapach. Oznacza to, że Trybunał stosunkowo często stwierdzał, że ograniczenia nie spełniają kilku kryteriów testu proporcjonalności, a jego analiza kończyła się na etapie oceny proporcjonalności *sensu stricto*.

Jednocześnie warto zauważyć, że Trybunał nie wykazał tendencji do podejmowania decyzji o niedopuszczalności ograniczenia wyłącznie na podstawie ostatniego kryterium testu proporcjonalności. W znacznej liczbie spraw stwierdził bowiem, że badane przepisy nie spełniają zarówno kryterium konieczności, jak i proporcjonalności *sensu stricto*. Na tej podstawie można dowodzić, że Trybunał nie uchyla się całkowicie od ważenia racji, chociaż preferuje raczej metodę kumulowania przesłanek do stwierdzenia niedopuszczalności badanych ograniczeń. Stosowanie opisaney tu praktyki można wyjaśnić strategią służącą obronie wizerunku Trybunału jako organu kierującego się przede wszystkim obiektywnymi względami, co ma jednocześnie na celu wzmocnienie legitymacji instytucji sądowej kontroli konstytucyjności prawa.

W analizowanym okresie Trybunał stwierdził, że badane ograniczenia nie spełniają kryterium proporcjonalności *sensu stricto* w 35 sprawach (co stanowi 59% wszystkich spraw, w których analiza proporcjonalności zakończyła się negatywnym wynikiem). Przy czym w 19 sprawach negatywny wynik na etapie oceny proporcjonalności *sensu stricto* łączył się ze negatywną oceną innych kryteriów (54% spraw, w których Trybunał negatywnie ocenił kryterium proporcjonalności *sensu stricto*).

W świetle tych danych można zatem wyróżnić dwie kategorie spraw. Pierwsza kategoria obejmuje sprawy, w których Trybunał uznał ograniczenie za niedopuszczalne na podstawie negatywnej oceny kilku kryteriów testu proporcjonalności. W drugiej kategorii znajdują się sprawy, w których analizowane ograniczenie nie zaliczyło jedynie ostatniego

etapu czyli testu proporcjonalności w ścisłym znaczeniu. W tych sprawach niespełnienie kryterium proporcjonalności *sensu stricto* stanowiło więc jedyną podstawę do uznania badanych ograniczeń za niedopuszczalne, a w konsekwencji do wydania przez Trybunał orzeczenia o niezgodności kontrolowanych przepisów z konstytucją.

W nieznacznej większości spraw, które nie zaliczyły ostatniego etapu testu proporcjonalności (18 spraw, czyli 51% wszystkich spraw, które nie zaliczyły tego etapu), ograniczenia nie spełniały obu kryteriów – konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Do tej grupy spraw zaliczono jednak również te wyroki, w których Trybunał nie zastosował testu najmniej uciążliwych środków, choć uznał przyjęte środki za niekonieczne (np. ze względu na zbyt szeroki zakres ich zastosowania w stosunku do celów ograniczenia). W części tych spraw porównanie alternatywnych środków miało jednak miejsce w ramach oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu, kiedy to Trybunał stwierdzał, że środki przyjęte przez ustawodawcę są niewspółmierne (nadmierne) na podstawie porównania ich skutków ze skutkami środków mniej uciążliwych⁵⁹⁹.

W drugiej, mniej licznej grupie spraw, które nie przeszły etapów konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*, Trybunał przeprowadził ocenę kryterium konieczności na podstawie testu najmniej uciążliwych środków⁶⁰⁰. W tej grupie spraw znalazły się dwa wyroki, w których Trybunał uznał, że badane ograniczenia nie spełniały żadnego z kryteriów składających się na test proporcjonalności, poświęcając ocenie każdego z nich jednakową uwagę⁶⁰¹. Tylko w jednej sprawie, w której ograniczenie nie spełniało żadnego z kryteriów testu proporcjonalności, a więc zostało uznane za nieprzydatne, niekonieczne i niewspółmierne, Trybunał dokonał bardzo szczegółowej oceny konieczności środków na podstawie porównania alternatywnych rozwiązań, a na marginesie tych

⁵⁹⁹ Np. wyrok z 28 lipca 2014 r., sygn. K 16/12.

⁶⁰⁰ Wyroki z 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14, i z 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14.

⁶⁰¹ Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13, i z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

rozważań dodał, że ograniczenie również nie spełnia kryterium proporcjonalności *sensu stricto*⁶⁰².

W drugiej kategorii znalazło się 16 spraw, w których doszło do naruszenia wyłącznie kryterium proporcjonalności *sensu stricto*. Sprawy te stanowią 46% spraw, które nie przeszły ostatniego etapu oraz 27% ogólnej liczby spraw, w których analiza proporcjonalności zakończyła się negatywnym wynikiem. W tych sprawach krytyczna ocena dotyczyła więc tylko faktycznych skutków ograniczenia, które przeszło pozytywnie wszystkie wcześniejsze etapy analizy proporcjonalności (lub nie zostało wyraźnie odrzucone na wcześniejszych etapach⁶⁰³).

Należy zatem podkreślić, że zazwyczaj w przypadkach, gdy ograniczenie nie zaliczyło jedynie testu proporcjonalności w ścisłym znaczeniu, Trybunał uznawał, że jest ono uzasadnione ochroną jednej lub kilku konstytucyjnych wartości. W sprawach tych przyjmował jednak szerokie rozumienie kategorii wymienionych w klauzulach limitacyjnych. Środki ustanowione w takich przypadkach przechodziły również pomyślnie etap oceny przydatności, ponieważ Trybunał badał to kryterium w odniesieniu do oficjalnie deklarowanych celów legislacyjnych, mając na uwadze jedynie zamierzone (potencjalne), a nie rzeczywiste skutki (lub ewentualnie pomijał ocenę przydatności środków). Ponadto, w sprawach tych ograniczenie pozytywnie zaliczało także test konieczności, zwłaszcza gdy Trybunał nie stosował testu najmniej uciążliwych środków, ale odnosił się jedynie do oceny niezbędności ograniczenia. W efekcie takie mało rygorystyczne podejście Trybunału do kryteriów testu proporcjonalności poprzedzających etap oceny proporcjonalności *sensu stricto* skutkowało przeniesieniem ciężaru uzasadnienia rozstrzygnięcia sprawy

⁶⁰² Wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11.

⁶⁰³ Należy zastrzec, że w niektórych przypadkach przejście do etapu oceny proporcjonalności *sensu stricto* nie było poprzedzone pozytywnym zaliczeniem wcześniejszego testu. Chodzi o sytuacje, kiedy Trybunał pomiął ocenę jednego z wcześniejszych kryteriów lub nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi na pytanie dotyczące kryteriów poprzedzających etap oceny proporcjonalności *sensu stricto*.

na ocenę rzeczywistych skutków regulacji przyjętych przez ustawodawcę. Niemniej jednak argumenty użyte na tym etapie często wskazywały na problemy związane z prawowitym celem ograniczenia. Na przykład w jednej z takich spraw, w której ciężar analizy dopuszczalności ograniczenia został przesunięty na ocenę proporcjonalności w ścisłym znaczeniu, Trybunał zauważył, że ograniczenie było uzasadnione jedynie hipotetyczną potrzebą ochrony finansów publicznych, która nie była poparta konkretnymi obliczeniami wskazującymi na konieczność wprowadzenia ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności⁶⁰⁴. W innej sprawie, w której ocena dopuszczalności ograniczenia przesunięta była na ostatni etap analizy proporcjonalności, Trybunał zauważył, że to właśnie restrykcyjność przyjętych środków podważa zasadność celu ograniczenia przyjętego wyznaczonego przez ustawodawcę⁶⁰⁵.

W tym miejscu należy również wskazać na relację między oceną kryterium proporcjonalności *sensu stricto* a zakazem naruszania istoty praw (przewidzianym w art. 31 ust. 3 Konstytucji *in fine* lub niektórych szczególnych klauzulach limitacyjnych). W analizowanym okresie Trybunał przyjmował dwa odmienne podejścia do koncepcji istoty praw, które zostały opisane w rozdziale I. W sprawach, w których Trybunał

⁶⁰⁴ Wyrok z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09. W tej sprawie Trybunał stwierdził, że samo powoływanie się na hipotetyczne zagrożenie dla równowagi budżetowej państwa jako uzasadnienie ograniczenia konstytucyjnych praw lub wolności nie jest wystarczające. Wyjaśnił w tym miejscu, że „powołanie się przez ustawodawcę na zagrożenie dla równowagi budżetowej państwa przy ograniczaniu praw i wolności chronionych w rozdziale II Konstytucji, a szczególnie wolności osobistej, jest dopuszczalne tylko w wyjątkowych wypadkach i pod warunkiem rozważenia precyzyjnych wyliczeń, potwierdzających realność zagrożenia dla równowagi budżetowej państwa”, § 187. Por. również wyrok z 28 lutego 2012 r., sygn. K 5/11.

⁶⁰⁵ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 8/12. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że ustanowienie wymogu dołączenia do skargi na informację kompletnej dokumentacji można byłoby uznać za zgodne z Konstytucją RP, gdyby przepisy nie pozostawiały żadnych wątpliwości co do treści tego obowiązku. „Skoro jest to jednak obowiązek nieokreślony, to sankcja w postaci pozostawienia skargi bez rozpatrzenia, bez możliwości uprzedniego wezwania strony przez sąd do uzupełnienia brakującej dokumentacji, nieproporcjonalnie ogranicza konstytucyjne prawo do sądu”, § 80.

kierował się bezwzględny rozumieniem istoty praw, stwierdzenie naruszenia tej istoty stanowiło wyłączną podstawę uznania badanego ograniczenia za niedopuszczalne (a więc niekonstytucyjne). W sprawach tych Trybunał nie dokonywał zatem analizy proporcjonalności, uznawał bowiem, że ingerencja ustawodawcy dotyczy tego elementu konstytucyjnej ochrony prawa, który nie podlega ograniczeniu⁶⁰⁶. Natomiast w wyrokach, w których Trybunał przyjął względne rozumienie koncepcji istoty praw, a zatem oceniał, czy doszło do naruszenia istoty w świetle okoliczności sprawy, ocena ta miała miejsce po przeprowadzeniu analizy proporcjonalności i stwierdzeniu, że badane ograniczenie jest nieproporcjonalne. W tych przypadkach uznanie, że ograniczenie jest nie tylko nieproporcjonalne, ale także narusza istotę praw, służyło podkreśleniu znaczącego stopnia ingerencji w konstytucyjny zakres ochrony⁶⁰⁷.

W analizowanym okresie w 3 sprawach rozstrzygnięcie Trybunału opierało się wyłącznie na stwierdzeniu naruszenia istoty konstytucyjnego prawa lub wolności. Stwierdzenie to poprzedzała analiza prawowitego celu oraz ocena zakresu ingerencji. W sprawach tych Trybunał nie zastosował więc testu proporcjonalności⁶⁰⁸. Natomiast tylko w jednej ze spraw Trybunał w pierw w pełni przeprowadził w pełnym zakresie test proporcjonalności, uznając, że ograniczenie nie spełnia jego kryteriów, a następnie orzekł, że ograniczenie narusza też istotę praw⁶⁰⁹. W innej sprawie Trybunał w pierwszej kolejności uznał, że

⁶⁰⁶ W tym kontekście można stwierdzić, że w ramach konstytucyjnej ochrony prawa do sprawiedliwego procesu istotowym elementem tego prawa jest prawo dostępu do sądu.

⁶⁰⁷ W sprawie dotyczącej renty socjalnej, której nabycie zostało uzależnione od wymogu zamieszkiwania na terytorium RP oraz przebywania na terytorium RP, Trybunał uznał, że „warunek przebywania na terytorium RP przez cały okres pobierania renty socjalnej jest całkowicie nieracjonalny, godzący w cel, ze względu na który prawo to zostało przyznane, i absolutnie oderwany od istoty prawa do renty socjalnej”. Wyrok z 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12, § 74.

⁶⁰⁸ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11, z 5 października 2015 r., sygn. SK 39/14, i z 31 lipca 2014 r., sygn. SK 28/13.

⁶⁰⁹ Wyrok z 28 października 2015 r., sygn. SK 59/13.

ograniczenie jest nieproporcjonalne, a następnie stwierdził, że ingerencja nie stanowi naruszenia istoty konstytucyjnej wolności podlegającej ograniczeniu⁶¹⁰. Ocena naruszenia istoty konstytucyjnego prawa lub wolności po wcześniejszym stwierdzeniu jego niedopuszczalności na podstawie testu proporcjonalności była w tym przypadku zbędna⁶¹¹. Ponadto w 5 sprawach Trybunał zbadał obie podstawy i uznał, że ograniczenia pomyślnie zaliczają test proporcjonalności, a także, że nie naruszają istoty konstytucyjnych praw. Warto zauważyć, że wszystkie 5 wspomnianych spraw dotyczyły ograniczeń prawa własności⁶¹².

Ocena kryterium proporcjonalności *sensu stricto*

W orzecznictwie Trybunału ocena kryterium proporcjonalności *sensu stricto* przybiera najczęściej formę pytania o zachowanie właściwej proporcji między skutkami ograniczenia a ciężarami, jakie nakłada ono na jednostki⁶¹³. Trybunał wyjaśnia przy tym pytaniu, że ocena proporcjonalności *sensu stricto* wymaga swoistego rachunku aksjologicznego, który w uproszczeniu polega na sprawdzeniu, czy zalety danej regulacji przeważają nad jej wadami, przy uwzględnieniu specyfiki wartości chronionych i ograniczanych, a także aksjologii Konstytucji jako całości⁶¹⁴. Od ustawodawcy wymaga się zatem znalezienia właściwej równowagi między poświęconą wartością (prawem lub wolnością) a wartością, której służy kwestionowane ograniczenie. Aby spełnić ten wymóg,

⁶¹⁰ Wyrok z 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09.

⁶¹¹ Wyrok z 10 lipca 2014 r., sygn. P 19/13, § 111 („Uznanie, że kwestionowana norma narusza art. 64 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 3 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie zapewniając odpowiedniej ochrony prawa własności i nieproporcjonalnie w to prawo ingerując, zwalnia Trybunał od obowiązku zajmowania stanowiska wobec zarzutu naruszenia przez tę normę istoty prawa własności. Rozważenie wskazanego zarzutu nie wpłynęłyby w żaden sposób na merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy (tak również wyrok z 8 października 2007 r., sygn. K 20/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 102)”).

⁶¹² Wyroki z 10 stycznia 2012 r., sygn. SK 25/09, z 6 grudnia 2011 r., sygn. SK 3/11, z 18 października 2011 r., sygn. SK 24/09, z 19 maja 2011 r., sygn. K 20/09.

⁶¹³ Wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, § 93.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

ustawodawca musi znaleźć zatem optymalne rozwiązanie, które zapewni, w możliwie najwyższym stopniu, realizację obu kolidujących ze sobą wartości⁶¹⁵. W doktrynie podkreśla się jednak, że ocena optymalizacji nie powinna się opierać na abstrakcyjne określonych wartościach, ale odnosić się do konkretnych okoliczności sprawy⁶¹⁶.

Szczególnym przykładem zastosowania testu proporcjonalności w ścisłym znaczeniu są dwa wyroki dotyczące dostępu do służby publicznej osób ze względu na posiadanie określonych schorzeń⁶¹⁷. W pierwszej z nich dotyczącej nosicielstwa wirusa HIV Trybunał uznał, że badane przepisy nie spełniają kryterium konieczności i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu, choć uznał środek polegający na całkowitym wykluczeniu wspomnianej kategorii osób ze służby za przydatny. W zakresie oceny proporcjonalności *sensu stricto* Trybunał uznał natomiast, że zaskarżony przepis niewłaściwie wyważa proporcję między ochroną zdrowia publicznego (jako wartości ogólnospołecznej) a indywidualnym prawem dostępu do służby publicznej. Choć pierwsze z tych dóbr wydaje się być ważniejsze, w przedmiotowej sprawie ustawodawca błędnie założył, że „ryzyko zakażenia jest w wypadku każdego policjanta-nosiela HIV tak duże, że należy uznać go za całkowicie niezdolnego do służby na jakimkolwiek (nawet biurowym) stanowisku w Policji. Tym samym statystycznie niewielkie zwiększenie zdrowia publicznego jest uważane za wartość cenniejszą niż umożliwienie kontynuacji pełnienia służby publicznej osobie, która jest bezobjawowym nosicielem wirusa HIV”⁶¹⁸. W tym kontekście uznał przede wszystkim, że kwestionowane rozwiązanie podważa przyrodzoną i niezbywalną godność człowieka,

⁶¹⁵ W literaturze zwraca się uwagę, że ustawodawca nie musi gwarantować maksymalnej realizacji dwóch zderzających się wartości, ale zapewnić odpowiednią proporcję między wartościami chronionymi i wartościami poświęcanymi (prawami). M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 135.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pkt 122.

⁶¹⁷ Wyroki z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, i z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

⁶¹⁸ Wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, § 110.

która jest nienaruszalna, ponieważ opiera się na automatycznym wykluczeniu ze służby nosicieli wirusa HIV bez względu na rzeczywisty stan zdrowia i przydatność do służby tych osób. Trybunał stwierdził więc, że zaskarżony akt normatywny w maksymalny sposób chroni zdrowie publiczne kosztem konstytucyjnego prawa do służby nosicieli wirusa HIV, zamiast dążyć do ich optymalizacji⁶¹⁹. W podsumowaniu tego etapu analizy proporcjonalności Trybunał zaznaczył, że niezależnie od kosztów kadrowych i organizacyjnych wynikających z konieczności pozostawienia bezobjawowych nosicieli wirusa HIV na służbie (na bezpiecznych stanowiskach), proponowane rozwiązanie ma liczne zalety. Umożliwia przede wszystkim poznanie prawdziwej skali zakażenia osób w czynnej służbie oraz zarządzanie ryzykiem zakażenia, a także dalsze wykorzystanie z doświadczenia zawodowego tych osób.

Dla porównania w analogicznej sprawie dotyczącej uznania policjantów i strażaków za całkowicie niezdolnych do służby z powodu zachorowania na przewlekłe zapalenie wątroby oraz zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia Trybunał przyjął, że ograniczenie nie spełnia żadnego z kryteriów testu proporcjonalności (nawet przydatności)⁶²⁰. W odniesieniu do kryterium proporcjonalności *sensu stricto* Trybunał przyjął ponownie, że ustawodawca błędnie założył w tej sprawie, że „stan zdrowia funkcjonariuszy – nosicieli wirusa HIV, chorych na AIDS oraz na przewlekłe zapalenie wątroby (także niewirusowe!) stanowi takie ryzyko społeczne, że powoduje całkowitą niezdolność do służby na jakimkolwiek (nawet biurowym) stanowisku w Policji czy Państwowej Straży Pożarnej. Tym samym statystycznie niewielkie zwiększenie ochrony zdrowia publicznego jest uważane za wartość cenniejszą niż umożliwienie kontynuacji pełnienia

⁶¹⁹ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych, § 57 pkt 4 załącznika nr 2, Dz.U. 1991 Nr 79 poz. 349.

⁶²⁰ Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

służby publicznej osobie, której stan zdrowia nie jest wprawdzie idealny (kategoria A), lecz może być wystarczający do pracy na niektórych stanowiskach (kategoria C)⁶²¹. Również w tym przypadku Trybunał uznał, że statystycznie niewielka korzyść dla ochrony zdrowia publicznego nie może być akceptowana jako uzasadnienie automatycznego wykluczenia ze służby publicznej.

Warto w tym kontekście podkreślić, że oba te orzeczenia są jednymi z nielicznych przykładów spraw, w których Trybunał faktycznie oceniał marginalny koszt ograniczenia (stosunek między zakresem realizacji prawa przed i po wprowadzeniu ograniczenia) i marginalną korzyść (stosunek między zakresem realizacji chronionej wartości przed i po wprowadzeniu ograniczenia).

W innych sprawach ocena kryterium proporcjonalności *sensu stricto* często wychodziła poza analizę skutków zaskarżonych aktów normatywnych rozumianych jako relacja między marginalnymi kosztami i marginalnymi korzyściami ograniczenia. Charakterystyczne jest zatem to, że na tym etapie analizy proporcjonalności Trybunał często bada szerokie implikacje zaskarżonych norm w systemie prawa, biorąc pod uwagę nie tylko zaskarżone przepisy, ale także inne akty normatywne. Oceniając skutki ograniczenia, Trybunał stara się zrekonstruować sytuację podmiotów tych praw z szeregu aktów normatywnych, aby wiążąco stwierdzić, w jakim zakresie mogą one faktycznie realizować swoje konstytucyjne prawa i wolności. Przyjmując taką szeroką perspektywę, Trybunał często ustala istnienie czynników łagodzących lub obciążających, które istotnie wpływają na to, czy środki wybrane przez ustawodawcę do realizacji celu mogą zostać uznane za proporcjonalne.

Czynnikiem łagodzącym ocenę skutków ograniczenia może być na przykład fakt, że inny akt prawny zmniejsza lub rekompensuje obciążenie nałożone na jednostki przez zaskarżone przepisy. Bardzo często

⁶²¹ *Ibidem.*

w sprawach dotyczących ograniczenia własności Trybunał zadawał pytanie o to, czy podmioty uprawnione mogą skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawa własności. Istnienie możliwości dochodzenia ochrony prawa własności na drodze sądowej sprzyja zatem uznaniu, że środki ograniczające korzystanie z własności zostaną uznane za proporcjonalne w ścisłym znaczeniu⁶²².

Inny przykład uwzględnienia czynników łagodzących ocenę ograniczeń można odnaleźć w sprawie dotyczącej przeciwdziałania narkomanii⁶²³. W sprawie tej Marszałek Sejmu argumentował, że zaskarżone przepisy ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii zakazującej uprawy i posiadania konopi indyjskich mogą być „korygowane w toku postępowania karnego” między innymi za pomocą przepisów tej samej ustawy pozwalających na umorzenie postępowania. Poza tym wskazywał też na ogólne zasady prawa karnego dotyczące wymierzania i odbywania kary pozbawienia wolności, które pozwalają na uwzględnienie warunków osobistych sprawcy przestępstwa (odstąpienie od wymierzenia kary, warunkowe umorzenie postępowania karnego czy warunkowe zawieszenie wykonania kary)⁶²⁴. Trybunał uznał ostatecznie, że kryminalizacja posiadania i uprawy marihuany spełnia kryterium proporcjonalności *sensu stricto*, ponieważ efekty tego ograniczenia pozostają w akceptowanej proporcji do ciężarów nakładanych na jednostki⁶²⁵. Podobnie w sprawie dotyczącej odpowiedzialności karnej za publiczne znieważenie Prezydenta RP, że ciężar penalizacji tego czynu jest zmniejszony możliwością odstąpienia od wymierzenia kary, a także złagodzenia kary

⁶²² Zob. np. wyrok z 10 stycznia 2012 r., sygn. SK 25/09.

⁶²³ Wyrok 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13.

⁶²⁴ *Ibidem*, § 44.

⁶²⁵ *Ibidem*, § 227. Jednocześnie Trybunał zastrzegł, że oceniane rozwiązania – wynikające z zaskarżonych art. 62 ust. 1 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2012 poz. 124) – mieszczą się w ramach swobody ustawodawcy. Nie wykluczył jednak dopuszczalności innych rozwiązań, regulujących odmiennie podmiotowe i przedmiotowe przesłanki penalizacji, ewentualnie prowadzących do depenalizacji posiadania narkotyków.

lub umorzenia postępowania zgodnie z ogólnymi przepisami kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego⁶²⁶. W tym kontekście Trybunał podkreślił, że możliwość miarkowania kary wymierzanej za przestępstwo zniewagi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, wspierana dodatkowo sposobem stosowania tych instytucji prawa karnego w orzecznictwie polskich sądów karnych, dowodzi spełnienia wymogów dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi⁶²⁷.

Niemniej istnieje prawdopodobieństwo, że Trybunał dojdzie do przeciwnego wniosku, uznając brak możliwości zrównoważenia negatywnych skutków ograniczenia przez gwarancje proceduralne przewidziane w innych przepisach. Trybunał orzekł na przykład, że nadmierne opłaty w sprawach dotyczących zamówień publicznych blokują dostęp do sądu przy jednoczesnym braku możliwości zrekompensowania nałożonego w ten sposób obciążenia przez ogólne przepisy ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶²⁸.

Innym czynnikiem obciążającym po stronie negatywnych skutków ograniczenia może być naruszenie podstawowych zasad konstytucyjnych, które jednak nie stanowiły bezpośredniej podstawy kontroli konstytucyjności zaskarżonych przepisów w tych sprawach. Zasady te jak zasada zaufania obywateli do państwa oraz stanowionego przez nie prawa⁶²⁹ lub zasada nienaruszalności godności człowieka⁶³⁰ były w tych przypadkach uwzględniane w ogólnym rachunku korzyści i strat wynikających

⁶²⁶ Wyrok z 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09. Co istotne, sprawa dotycząca odpowiedzialności karnej za publiczne znieważenie Prezydenta RP została zainicjowana pytaniem prawnym sądu, który badał zasadność umorzenia postępowania przygotowawczego z powodu przyjęcia przez prokuratora, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego określonego w kwestionowanym przepisie (art. 135 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997 Nr 88 poz. 553 ze zm.), na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.).

⁶²⁷ *Ibidem*, § 91.

⁶²⁸ Wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 12/13.

⁶²⁹ Wyrok z 28 lutego 2012 r., sygn. K 5/11.

⁶³⁰ Wyrok z 26 lutego 2014 r., sygn. K 22/10.

z badanego ograniczenia. Należy zatem podkreślić, że problem konstytucyjny wskazany we wniosku lub skardze może zostać wzmocniony argumentami wskazującymi na dodatkowe uchybienia względem innych podstawowych zasad wyrażonych w Konstytucji, które Trybunał zważył na ostatnim etapie analizy proporcjonalności. W świetle tych zasad można wskazywać, że ustawa nakładająca ograniczenia na konstytucyjne prawa i wolności jednostek nie powinna dodatkowo skutkować upokorzeniem tych osób lub osaczaniem ich w pułapkach legislacyjnych, zwłaszcza jeśli nie są w stanie odpowiednio przygotować się do uniknięcia jej negatywnych skutków.

Ogólnie podsumowując praktykę oceny kryterium proporcjonalności *sensu stricto* przez Trybunał, można wyróżnić dwa konteksty tej analizy. W większości spraw Trybunał interpretował proporcjonalność *sensu stricto* jako zakaz nadmiernej ingerencji. Trybunał rozumie ten zakaz jako wykluczenie nadmiernego rygoryzmu, arbitralności czy automatyzmu ingerencji w zakres realizacji konstytucyjnych praw i wolności. Co ciekawe, Trybunał stosuje to rozumienie głównie do spraw, w których uzasadnienie ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności opierało się na ochronie interesu publicznego. Natomiast w sprawach dotyczących konfliktu praw (tzn. spraw, w których ograniczenie było uzasadnianie ochroną praw i wolności innych osób), Trybunał zazwyczaj oceniał proporcjonalność w ścisłym znaczeniu w odniesieniu do rangi tych praw i wolności w hierarchii konstytucyjnej, a także stopnia naruszenia poświęcanej wartości oraz stopnia realizacji wartości chronionej.

Zakaz nadmiernej ingerencji

W piśmiennictwie podkreśla się, że ocena kryterium proporcjonalności *sensu stricto* nie powinna opierać się na intuicyjnych lub subiektywnych argumentach, lecz na rozumowaniu prawniczym⁶³¹. Marek

⁶³¹ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*, pkt 126.

Szydło sugeruje ponadto, że dokonywana przez Trybunał ocena proporcjonalności *sensu stricto* powinna obejmować obiektywne i racjonalne uzasadnienie, zmierzające do przekonania adresatów tego orzeczenia o słuszności ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy⁶³².

Jednocześnie w orzeczeniach, w których Trybunał opiera swoją ocenę proporcjonalności w ścisłym znaczeniu na zakazie nadmiernej ingerencji, brak jest wytycznych pozwalających jasno wskazać, kiedy zakaz ten zostanie złamany. W orzecznictwie Trybunału brakuje więc jasnych standardów pomiaru „nadmierności” ingerencji, zwłaszcza w świetle uznania swobody ustawodawcy w określaniu warunków korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Chociaż Trybunał może zasadniczo posłużyć się takimi wskaźnikami jak podmiotowy, przedmiotowy, czasowy i przestrzenny zakres ograniczenia, stwierdzenie naruszenia zakazu nadmiernej ingerencji rzadko jest poprzedzona wnikliwą analizą tych elementów ograniczenia. Co więcej, badając orzecznictwo Trybunału oparte na zakazie nadmiernej ingerencji, można nawet odnieść wrażenie, że ustalenia Trybunału odnoszące się do nadmierności ingerencji często mają charakter intuicyjny. Sam Trybunał wydaje się natomiast kierować zdroworozsądkowym rozumieniem tego, co stanowi rażąca dysproporcję między kosztami a korzyściami wynikającymi z analizowanego ograniczenia.

W orzecznictwie odwołującym się do zakazu nadmiernej ingerencji można jednak wyróżnić szczególny rodzaj uchybień legislacyjnych, które stanowią tło problemu konstytucyjnego związanego z nadmiernością ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Po pierwsze, problem nadmierności pojawiał się w sprawach, w których ustawodawca nie zapewnił jednostkom odpowiednich gwarancji proceduralnych, przede wszystkim prawa do obrony ich konstytucyjnych praw i wolności przed

⁶³² *Ibidem* (cytując R. Alexy’ego, *Theorie der Grundrechte* i R.A. Wasserstroma, *The Judicial Decision. Towards a Theory of Legal Justifications*).

sądem⁶³³. Natomiast Trybunał najczęściej uznawał środki za proporcjonalne, jeżeli analizowane ograniczenie było powiązane z możliwością dochodzenia praw na drodze sądowej. Warto również zwrócić uwagę, że argument związany z brakiem (lub istnieniem) efektywnych środków ochrony praw pojawiał się najczęściej w sprawach dotyczących ograniczeń praw własności.

Na przykład w sprawie dotyczącej prawa łowieckiego Trybunał uznał, że przy braku gwarancji proceduralnych umożliwiających właścicielom nieruchomości zajęcie stanowiska w sprawie włączenia ich nieruchomości do obwodu łowieckiego badane ograniczenie prawa własności nie spełnia przesłanki proporcjonalności *sensu stricto*⁶³⁴. Trybunał skrytykował w szczególności brak przepisów ustanawiających prawne formy udziału właścicieli nieruchomości w procesie tworzenia obwodów łowieckich obejmujących te nieruchomości oraz instrumentów prawnych umożliwiających właścicielom wyłączenie ich nieruchomości spod reżimu obwodu łowieckiego lub wyłączenie poszczególnych ograniczeń, jakie przewiduje prawo łowieckie. Trybunał zaznaczył w tym kontekście, że przyjęte rozwiązanie cechuje swoisty automatyzm, który nie może być usprawiedliwiony argumentem o konieczności zapewnienia ciągłości powierzchni obwodów łowieckich dla prawidłowego prowadzenia gospodarki łowieckiej⁶³⁵. Na tej podstawie Trybunał orzekł, że ustawodawca nie osiągnął właściwej równowagi między ochroną środowiska a ochroną własności. Zauważył w tym względzie, że obowiązki obywateli w dziedzinie ochrony środowiska nie są równe obowiązkom władz publicznych. Chociaż ochrona środowiska jest wspólnym obowiązkiem władz publicznych i obywateli, Konstytucja wyraźnie stanowi, że do obowiązków władz publicznych należy wspieranie działania obywateli

⁶³³ Por. też wyrok z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98.

⁶³⁴ Wyrok z 10 lipca 2014 r., sygn. P 19/13.

⁶³⁵ *Ibidem*, § 107.

na rzecz ochrony i poprawy jakości środowiska⁶³⁶. Na tej też podstawie Trybunał stwierdził, że obciążenie nałożone na obywateli w opisanym zakresie było nadmierne⁶³⁷.

Po drugie, podstawą do stwierdzenia naruszenia zakazu nadmierności ingerencji był często również brak wystarczających zabezpieczeń przed nadużyciami władzy (zwłaszcza organów korzystających z uznania administracyjnego)⁶³⁸. Pomyślnie przejście przez test proporcjonalności *sensu stricto*, rozumianej jako zakaz nadmiernej ingerencji, wymaga zapewnienia, że jednostki, których konstytucyjnych praw i wolności dotyczy dane ograniczenie, mają możliwość zaskarżenia sposobu, w jaki kwestionowane przepisy są wobec nich stosowane. W praktyce wymóg ten oznacza konieczność stworzenia instytucjonalnej i proceduralnej kontroli stosowania środków wprowadzonych przez ustawodawcę, zwłaszcza jeśli ingerencja dotyczy wolności osobistej lub prywatności. Mechanizmy te mają zapewnić ochronę przed arbitralnością władzy, a przede wszystkim przed nieproporcjonalnym zastosowaniem środków nakładających ograniczenia na podmioty konstytucyjnych praw i wolności. W tym kontekście należy podkreślić, że ustawa nakładająca ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych prawa lub wolności może w drodze wyjątku dawać władzom publicznym nieograniczoną swobodę

⁶³⁶ Art. 74 ust. 4 Konstytucji.

⁶³⁷ Trybunał stwierdził przy tym, że „analiza rozwiązań przyjętych w prawie łowieckim oraz w innych aktach przewidujących objęcie nieruchomości specjalnym reżimem administracyjnoprawnym dowodzi, że wykonywanie przez uprawnione podmioty zadań publicznych, a takim jest także prowadzenie gospodarki łowieckiej, jest możliwe przy zapewnieniu właścicielom nieruchomości bardziej skutecznych środków ochrony”. Wyrok z 10 lipca 2014 r., sygn. P 19/13, § 109.

⁶³⁸ Skuteczność gwarancji procesowych stała się przedmiotem kontrowersji wśród sędziów orzekających w sprawie dotyczącej obowiązku utworzenia sieci recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji. W sprawie tej większość sędziów uznała, że przyjęte środki nie są nadmierne, ponieważ sądy mogą zmniejszyć wysokość ustawowych sankcji, odroczyć płatność lub zarządzić zwolnienia. Natomiast w zdaniu odrębnym wyrażono pogląd, że te gwarancje proceduralne nie zmniejszają stopnia rygorystyczności badanego ograniczenia. Wyrok z 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10. W tej sprawie ocena nadmierności ograniczenia była jednak oparta o zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 2 Konstytucji.

decyzyjną lub stosować szerokie bądź niespecyficzne zwroty w celu zapewnienia skutecznego działania tych władz, zwłaszcza w tak wrażliwych obszarach jak zapobieganie terroryzmowi. Jednakże w takich przypadkach ustawodawca ma obowiązek wprowadzenia mechanizmów kontroli, które umożliwią niezależną weryfikację indywidualnych decyzji podejmowanych na podstawie kwestionowanych przepisów ustawy⁶³⁹.

W tym miejscu należy zauważyć, że wnioski Trybunału dotyczące istnienia i funkcjonowania gwarancji proceduralnych były zazwyczaj poparte argumentami odnoszącymi się do orzecznictwa innych sądów krajowych oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jednym z licznych przykładów ilustrującym tę praktykę jest wyrok w sprawie retencji danych telekomunikacyjnych⁶⁴⁰. W tej sprawie Trybunał dokonał kontroli przepisów kilku ustaw, które umożliwiały pozyskiwanie danych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, w świetle międzynarodowych standardów. Standardy te zostały zrekonstruowane na podstawie kilku wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących kontroli operacyjnej, przy uwzględnieniu stanowiska innych sądów (Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i kilku europejskich trybunałów konstytucyjnych). W związku z zarzutem dotyczącym naruszenia prawa do ochrony życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się przez przepisy umożliwiające policji i służby ochrony państwa pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych (danych identyfikujących użytkownika usługi, danych o billingu oraz lokalizacji) zatrzymywanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, Trybunał stwierdził, co następuje: „[j]ednym z wymagań, które powinny spełniać przepisy ustawowe upoważniające Policję do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, jest wykreowanie mechanizmu niezależnej kontroli. Skoro pozyskiwanie tych danych dokonuje się w sposób niejawny, bez wiedzy i woli podmiotów, o których informacje są przez Policję gromadzone, a zarazem

⁶³⁹ Wyroki z 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, lub z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04.

⁶⁴⁰ Wyrok z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11.

przy ograniczonej kontroli społeczeństwa, brak niezależnej kontroli organów państwa nad tym procesem stwarza ryzyko nadużyć. Może to nie tylko przyczyniać się do nieuzasadnionej ingerencji w wolności lub prawa człowieka, ale i stanowić zagrożenie demokratycznych mechanizmów sprawowania władzy. Wymóg unormowania w ustawie proceduralnych mechanizmów przeciwdziałających arbitralności podczas pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest tym silniejszy, im szerszy jest zakres kompetencji organów państwa do niejawnego pozyskiwania informacji⁶⁴¹. W konsekwencji, Trybunał orzekł, że kontrolowane przepisy nie spełniają wymogu ustanowienia mechanizmu niezależnej kontroli retencji danych i na tej podstawie uznał, że ograniczenie, które wprowadzają, jest nieproporcjonalne, gdyż nie chroni przed nadużyciami władzy.

Po trzecie, Trybunał uznał, że środki naruszyły zakaz nadmiernej ingerencji, jeżeli ustawodawca nie ograniczył ich stosowania do wyjątkowych sytuacji⁶⁴². Jednocześnie warto zauważyć, że dowody wskazujące na wyjątkowe zastosowanie zaskarżonych przepisów ustawy wprowadzających ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą prowadzić Trybunał do wniosku, że ograniczenie to jest proporcjonalne⁶⁴³. Na przykład w sprawie dotyczącej odpowiedzialności karnej za publiczną znieważenie Prezydenta RP Trybunał stwierdził, że ograniczenie wynikające z zaskarżonego przepisu kodeksu karnego spełnia wymóg proporcjonalności w ścisłym znaczeniu, ponieważ sądy stosują je rzadko i w sposób umiarkowany nakładają na jego podstawie kary. Trybunał doszedł do tego wniosku, biorąc pod uwagę liczbę wyroków skazujących oraz rodzaj sankcji orzeczonych przez sądy na podstawie kontrolowanego przepisu⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ *Ibidem*, § 601.

⁶⁴² Wyroki z 20 listopada 2012 r., sygn. SK 3/12, lub z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09.

⁶⁴³ Wyrok z 12 lutego 2015 r., sygn. SK 70/13.

⁶⁴⁴ Wyrok z 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09, § 82.

Konflikty praw

W sprawach dotyczących konfliktu praw etap oceny kryterium proporcjonalności *sensu stricto* wiązał się z koniecznością uwzględnienia hierarchii konstytucyjnych praw i wolności. Już w swoim wczesnym orzecznictwie Trybunał podkreślał, że konstytucyjne prawa i wolności mają różną rangę, i wymagał mocniejszego uzasadnienia tych ograniczeń, które dotyczyły praw i wolności o charakterze osobistym i politycznym niż praw ekonomicznych i socjalnych⁶⁴⁵. Odnosząc się do zakazu nadmiernej ingerencji, Trybunał zwracał uwagę przede wszystkim na specyfikę praw i wolności, których dotyczyły badane ograniczenia. Uznawał też, że Konstytucja ustanawia różne standardy sędziowskiej oceny dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności.

Jednakże w późniejszym orzecznictwie, Trybunał podkreślał przede wszystkim to, że miejsce w hierarchii konstytucyjnych praw i wolności nie decyduje automatycznie o tym, która z wartości – chroniona czy poświęcana – przeważa w ostatecznym rozrachunku. Wyjaśniał przy tym, że „[w]ymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości to warunki, ze względu na które *in concerto* rozstrzyga się o pierwszeństwie pozostających w kolizji zasad. Nie w każdym wszakże wypadku ograniczenia praw i wolności, wprowadzonego w celu realizacji zasady, która m.in. chroni wartości *in abstracto* zbieżne z pojęciem porządku publicznego, można mówić o pierwszeństwie tej zasady, a w konsekwencji o dopuszczalności ograniczenia praw i wolności z uwagi na ochronę porządku publicznego. W szczególności wykazanie przydatności ograniczenia przez powołanie się na konstytucyjną zasadę (np. dobra wspólnego albo sprawiedliwości społecznej) nie oznacza, że został spełniony warunek ograniczenia praw z uwagi na ochronę porządku publicznego lub ochronę praw i wolności innych osób. Narusza art. 31 ust. 3 Konstytucji

⁶⁴⁵ Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94.

wprowadzenie ograniczeń praw i wolności, o których zarazem można stwierdzić, że są przydatne *in abstracto* dla realizacji konstytucyjnych wartości demokratycznego państwa prawnego oraz nie są niezbędne *in concreto* dla ochrony bezpieczeństwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej lub praw i wolności innych osób⁶⁴⁶.

W odróżnieniu od spraw, w których ten etap analizy proporcjonalności był badany w odniesieniu do intuicyjnie rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji w związku z uzasadnieniem odnoszącym się do ochrony interesów publicznych, ocena tego etapu w przypadku konfliktu praw polegała przede wszystkim na określeniu rangi kolidujących wartości, a także w szczególności zakresu naruszenia prawa lub wolności podlegających ograniczeniu oraz zakresu realizacji prawa lub wolności uzasadniających to ograniczenie.

W praktyce sprawy dotyczące konfliktu praw i wolności (a zatem sprawy, w których uzasadnienie ograniczenia wskazywało na ochronę praw i wolności innych osób), wyraźnie pokazują, że etap oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu nie polega na abstrakcyjnym ważeniu kolidujących wartości. Podlega on bowiem na ważeniu konkretnych wartości wynikających z uznania określonej rangi prawa lub wolności oraz stopnia jego ograniczenia (bądź realizacji). Dlatego w przypadku nieznacznej ingerencji w zakres korzystania z konstytucyjnego prawa lub wolności, ograniczenie to może mieć niską wartość, nawet jeśli dotyczy najważniejszej kategorii praw i wolności (tj. praw i wolności osobistych i politycznych).

W kontekście tych uwag najciekawsze są oczywiście sprawy dotyczące konfliktu między prawami i wolnościami należącymi do tej samej kategorii. Ich rozstrzygnięcie musiało się bowiem opierać na szczegółowym zważeniu konkretnych wartości kolidujących praw lub wolności.

⁶⁴⁶ Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11, § 111.

W sprawie dotyczącej przetwarzania danych osobowych potencjalnych dawców szpiku problem konstytucyjny dotyczył kolizji praw należących do tej samej kategorii praw osobistych: ochrony życia i prywatności⁶⁴⁷. Trybunał oceniał w tym zakresie proporcjonalność środka, jakim było utworzenie centralnego rejestru dawców. W sprawie tej konflikt w szczególności dotyczył ochrony prywatności dawców komórek macierzystych i szpiku kostnego oraz ochrony życia i zdrowia osób potrzebujących przeszczepu. Na jednej szali znalazło się więc prawo do ochrony życia ludzkiego (zagwarantowane w art. 38 Konstytucji), które ma najwyższy status konstytucyjny oraz prawo do ochrony zdrowia (zagwarantowane w art. 68 ust. 1 Konstytucji), które ma niższą rangę, gdyż należy do kategorii praw socjalnych. Na drugiej szali położono prawo do ochrony życia prywatnego i autonomii informacyjnej (zagwarantowane w art. 47 i 51 ust. 2 Konstytucji), które również mają wysoki status konstytucyjny jako prawa osobiste.

Trybunał zbadał jednak konflikt tych praw *in concreto* – w świetle okoliczności rozpatrywanej sprawy. Ustalił więc, że ingerencja ustawodawcy w prywatność i autonomię informacyjną była nieznaczna. Po pierwsze, zakres ingerencji w zakres prywatności został ograniczony, ponieważ rejestracja dawcy jest dobrowolna i można z niej zrezygnować. Po drugie, przetwarzanie danych osobowych potencjalnych dawców na potrzeby utworzenia centralnego rejestru dawców odbywało się w sposób bezpieczny z zachowaniem poufności. Po trzecie, Trybunał wziął pod uwagę ewidentnie wysoki stopień realizacji praw, których ochrona uzasadniała badane ograniczenie. Zauważył przede wszystkim, że utworzenie centralnego rejestru dawców zwiększa możliwość znalezienia dawców, tym samym zwiększając szanse ratowania życia i zdrowia ludzkiego. Ostatecznie Trybunał stwierdził, że analizowane rozwiązanie spełnia wymóg proporcjonalności *sensu stricto*.

⁶⁴⁷ Wyrok z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13.

Dla porównania sprawa dotycząca majątkowych praw autorskich dotyczyła konfliktu praw własności różnych kategorii podmiotów – posiadaczy majątkowych praw autorskich oraz podmiotów naruszających w sposób zawiniony te prawa⁶⁴⁸. Kwestionowane przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁶⁴⁹ określały w sposób zryczałtowany wysokość odszkodowania za szkodę wynikłą z nieuprawnionego korzystania z praw autorskich (odszkodowanie to w przypadku zawinionego naruszenia odpowiadało trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu). Trybunał stwierdził, że *prima facie* prawo ochrony własności podmiotów autorskich praw majątkowych stoi wyżej w hierarchii konstytucyjnej niż prawo własności osób naruszających te prawa. Ich abstrakcyjne pierwszeństwo nie może być jednak rozstrzygające dla sprawy. W związku z tym Trybunał ocenił kolizję tych praw w sposób konkretny, biorąc pod uwagę czynniki, które zmniejszyły wartość ochrony majątkowych praw autorskich. Po pierwsze, Trybunał uznał, że konflikt ten dotyczy stosunków horyzontalnych. Po drugie, przypomniał, że konstytucyjną ochronę własności należy interpretować w świetle zasady sprawiedliwości społecznej. W konsekwencji Trybunał orzekł, że ustawa chroni majątkowe prawa autorskie w tak szerokim zakresie, że kwota odszkodowania za ich naruszenie jest całkowicie oderwana od straty poniesionej przez podmioty tych praw. Ponadto Trybunał uznał, że podmioty autorskich praw majątkowych korzystają z licznych przywilejów instytucjonalnych (zbiorowego zarządzania tymi prawami) i procesowych, natomiast osoby naruszające te prawa nie dysponują skutecznymi instrumentami minimalizującymi obciążenia, które wynikają z kwestionowanych przepisów, dla ich majątku⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Wyrok z 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14.

⁶⁴⁹ Art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. 2006 Nr 90 poz. 631 ze zm.

⁶⁵⁰ W tym kontekście Trybunał wyjaśnił, że „ze względu na specyfikę autorskich praw majątkowych wprowadzanie przez ustawodawcę roszczeń związanych z naruszeniem

204

Wreszcie, istnieje odrębna kategoria spraw dotyczących konfliktów praw, w których Trybunał uznał, że ograniczenie spełnia kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu ze względu na kumulację wartości uzasadniających ingerencję ustawodawcy. W sprawach tych Trybunał stwierdzał, że ograniczenie było uzasadnione nie tylko ochroną praw innych osób, ale także innymi wartościami konstytucyjnymi wymienionymi w klauzulach limitacyjnych. W rezultacie mógł uznać, że ograniczenie nawet najważniejszych praw i wolności ma wystarczająco poważne konstytucyjne podstawy.

W analizowanym okresie było kilka spraw, w których na etapie oceny prawowitego celu Trybunał najpierw wskazał, że ograniczenie jest usprawiedliwione ochroną kilku wartości konstytucyjnych, a następnie, w końcowym etapie analizy proporcjonalności, stwierdzał, że ich łączna wartość przeważa wartość prawa konstytucyjnego podlegającego ograniczeniu⁶⁵¹. Podejście to sugeruje, że w tych sprawach Trybunał uwzględniał abstrakcyjną wartość kolidujących dóbr. Strategia ta jest szczególnie problematyczna w przypadku stosowania jej w sprawach dotyczących najważniejszych konstytucyjnych praw lub wolności, takich jak wolność słowa. W sprawie dotyczącej publicznego znieważenia Prezydenta RP Trybunał dokonał kontroli przepisów karnych, które penalizowały ten czyn, a tym samym mogły wywołać efekt mrozący. Trybunał uznał jednak, że ograniczenie to spełnia wymóg proporcjonalności *sensu stricto*, ponieważ jest uzasadnione kilkoma ważnymi powodami. Tym samym połączył wartości wskazanych wcześniej prawowitych celów tych

tychże praw, które byłyby oparte na opłatach ryczałtowych i nie wymagałyby dokładnego ustalania wysokości rzeczywistej szkody, jest uzasadnione. Co więcej – tego rodzaju rozwiązania mogą zostać uznane za dopuszczalne także wówczas, gdy w praktyce wysokość roszczenia opartego na opłacie ryczałtowej będzie przewyższać wysokość poniesionej szkody. Za niedopuszczalną należy jednak uznać sytuację, w której uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych uzyskiwałby tak daleko idącą ochronę, że wysokość przysługującego mu roszczenia całkowicie odrywałaby się od wielkości poniesionej przez niego szkody i stanowiła jej wielokrotność”. Wyrok z 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14, § 341.

⁶⁵¹ Wyroki z 25 lutego 2014 r., sygn. SK 65/12, lub z 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09.

przepisów, w tym tak abstrakcyjnego celu jak ochrona bezpieczeństwa państwa czy godności urzędu.

Podobną strategię zastosowano w sprawie rozpatrywanej we wcześniejszym okresie (a więc nieujętej w analizie ilościowej) dotyczącej autoryzacji wypowiedzi. Zaskarżony przepis prawa prasowego przewidywał sankcje wobec dziennikarzy, którzy nie otrzymali autoryzacji na wywiad lub artykuł prasowy zawierający dosłownie cytowane wypowiedzi⁶⁵². Trybunał przyznał, że obowiązek uzyskania zgody informatora na publikowanie lub rozpowszechnianie informacji utrwalonych za pomocą zapisów fonicznych i wizualnych nie tylko chroni prawa innych osób (w tym przypadku prawa informatora czyli osoby udzielającej wywiadu), ale także ogółu społeczeństwa (czytelników). W tym kontekście Trybunał wyjaśnił, że autoryzacja bezpośrednio cytowanych wypowiedzi jest konieczna, aby zagwarantować prawo do wiarygodnych, prawdziwych, uczciwych, jasnych, niewprowadzających w błąd i dokładnych informacji. Trybunał przyjął więc, że obowiązek autoryzacji zwiększa autentyczność debaty publicznej. Ponadto Trybunał zauważył, że zakres ingerencji ustawodawczej w wolność słowa jest wąski, ponieważ dziennikarze mogą swobodnie parafrazować to, co mówili ich rozmówcy bez konieczności uzyskania autoryzacji.

Natomiast sędzia A. Rzepliński, składający zdanie odrębne w tej sprawie, wyraził pogląd, że zaskarżony przepis nie został uzasadniony wystarczająco ważnymi powodami⁶⁵³. Przede wszystkim uznał, że nie może być usprawiedliwiony „konstytucyjnym prawem do prawdziwej informacji”. Wskazał tym samym na błędne założenie ustawodawcy, że wszystkie bezpośrednio cytowane wypowiedzi są oszczercze i mogą stać w sprzeczności z prawami innych osób. W związku z tym, w ocenie

⁶⁵² Wyrok z 29 września 2008 r., sygn. SK 52/05.

⁶⁵³ W tej sprawie Trybunał nie przeprowadził testu najmniej uciążliwego środka. W zdaniu odrębnym podniesiono, że cele ustawy – czyli ochronę praw innych osób – można było skutecznie osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków, takich jak ochrona dóbr osobistych w prawie cywilnym lub obowiązek sprostowania publikacji.

sędzię składającego zdanie odrębne, ograniczenie nie spełniało kryterium proporcjonalności, ponieważ polegało na autoryzacji wszystkich wywiadów, bez względu na ich treść.

3.5. Kategorie środków uznanych za nieproporcjonalne

Podsumowując sprawy, w których badane środki zostały uznane za nieproporcjonalne, można wyróżnić kilka rodzajów problemów legislacyjnych, które były podstawą tych decyzji.

Po pierwsze, Trybunał uznał niekonstytucyjność przepisów wprowadzających ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, jeżeli przesłanki tych ograniczeń zostały sformułowane zbyt ogólnikowo lub w których użyto niejasne zwroty⁶⁵⁴. W sprawach tych najczęściej Trybunał stwierdzał, że badane przepisy naruszają jednocześnie zasadę określoności, zgodnie z którą przesłanki ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności powinny być szczegółowo i precyzyjnie określone w ustawie. Problem konstytucyjny dotyczył więc wytyczenia granic swobody uznania organów, które na mocy badanych przepisów zostały uprawnione do stosowania środków ograniczających konstytucyjne prawa i wolności jednostki. Jeżeli ustawa wprowadzająca ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności zawiera klauzule generalne lub niejasne zwroty, to pozostawia organom stosującym prawo szerokie uznanie co do oceny okoliczności, w których należy zastosować środki ograniczające konstytucyjne prawa lub wolności, a także co do zakresu zastosowania tych środków⁶⁵⁵. Jednocześnie Trybunał wskazał na obszary działalności państwa, w której organy stosujące prawo powinny mieć zapewnioną możliwość skutecznego działania, a co za tym idzie większą swobodę decydowania o podjęciu

⁶⁵⁴ Wyrok z 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10.

⁶⁵⁵ Wyrok z 11 grudnia 2012 r., sygn. K 37/11.

ingerencji w konstytucyjne prawa lub wolności (jej zakresie czy rodzaju stosowanych środków). W tym względzie istnieje jednak konieczność wprowadzenia mechanizmów kontrolnych służących weryfikacji sposobu, w jaki organy stosujące prawo korzystają ze swoich uprawnień⁶⁵⁶.

Oprócz sytuacji, w których podstawą uznania badanych ograniczeń za nieproporcjonalne był brak określoności przepisów ustawy, Trybunał zajmował się także brakiem szczegółowej regulacji ustawowej określającej przesłanki stosowania środków ograniczających konstytucyjne prawa lub wolności przez organy władzy publicznej. Trybunał wskazywał wówczas, że brak takiej regulacji ustawowej może wywoływać nieproporcjonalne skutki, tzn. prowadzić do nieproporcjonalnego zastosowania środków przewidzianych w prawie, zwłaszcza w okolicznościach, gdy ich zastosowanie nie jest konieczne⁶⁵⁷. Co istotne, w niektórych sprawach brak określenia przez ustawodawcę przesłanek ograniczenia został zakwalifikowany jako problem związany z nadmierną uciążliwością środków⁶⁵⁸. Natomiast w innych przypadkach niejednoznaczność pojęć użytych w kwestionowanych przepisach była podstawą do uznania, że nie przechodzą one testu prawowitego celu, ponieważ nie można było ustalić, czy środki te będą stosowane jedynie w sprawach uzasadnionych koniecznością ochrony wartości konstytucyjnych⁶⁵⁹.

Po drugie, Trybunał orzekł niekonstytucyjność aktów normatywnych nakładających ograniczenia na konstytucyjne prawa lub wolności, które nie miały uzasadnienia w ochronie wartości gwarantowanych przez Konstytucję⁶⁶⁰. Zazwyczaj badane ograniczenie nie przechodziło testu prawowitego celu, jeśli nie można było go powiązać z wąsko interpretowaną wartością konstytucyjną wymienioną w odpowiedniej klauzuli

⁶⁵⁶ Wyrok z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11.

⁶⁵⁷ Wyroki z 20 maja 2014 r., sygn. SK 13/13, i z 27 października 2015 r., sygn. K 5/14.

⁶⁵⁸ Wyrok z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13.

⁶⁵⁹ Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

⁶⁶⁰ Wyroki z 18 grudnia 2014 r., sygn. K 50/13, i z 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11.

limitacyjnej⁶⁶¹. W niektórych jednak przypadkach Trybunał stwierdził brak uzasadnienia takiego ograniczenia ochroną wartości konstytucyjnych jedynie w pewnym zakresie stosowania kontrolowanej normy⁶⁶². Poza tym w kategorii ograniczeń, które przeszły pozytywnie test prawowitego celu, należy wskazać środki służące poprawie skuteczności administracji publicznej czy szybkości postępowań sądowych. Jednocześnie Trybunał zastrzegł, że środki te nie mogą utrudniać jednostkom korzystania z prawa dostępu do sądu⁶⁶³.

Po trzecie, Trybunał stwierdził niekonstytucyjność aktów normatywnych wprowadzających środki, które nie służyły realizacji celów ustawy lub utrudniały ich realizację lub nie mogły racjonalnie służyć do ich realizacji. Trybunał wprawdzie często pomijał test przydatności (choć jednocześnie można domniemywać, że Trybunał milcząco uznawał środki przyjęte przez ustawodawcę za przydatne), a niepowodzenie na tym etapie nie zawsze kończyło analizę proporcjonalności, w niektórych sprawach już sama prognoza braku skuteczności środków wybranych przez ustawodawcę była wystarczająca do uznania ich za nieprzydatne⁶⁶⁴.

Po czwarte, Trybunał stwierdził niekonstytucyjność aktów normatywnych, które wprowadziły bezwzględne zakazy w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw lub wolności lub inne sztywne reguły czyniące ochronę konstytucyjną iluzoryczną. Do tej kategorii należy zaliczyć sprawę dotyczącą uboju rytualnego⁶⁶⁵ oraz ograniczenia możliwości dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia za bezprawne pozbawienie wolności przez osoby represjonowane⁶⁶⁶. Do tej samej kategorii środków opartych na sztywnych regułach należą ustawowo

⁶⁶¹ Wyrok z 10 grudnia 2012 r., sygn. K 25/11.

⁶⁶² Wyroki z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, i z 28 lipca 2014 r., sygn. K 16/12.

⁶⁶³ Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11.

⁶⁶⁴ Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

⁶⁶⁵ Wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13.

⁶⁶⁶ Wyrok z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09.

określone opłaty⁶⁶⁷ lub kary⁶⁶⁸, zwłaszcza jeśli prawo nie dopuszcza wyjątków lub możliwości indywidualizacji decyzji w konkretnych okolicznościach⁶⁶⁹. Trybunał uznawał takie środki za niezgodne z kryterium konieczności lub/i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu⁶⁷⁰. W tym miejscu należy podkreślić, że w niektórych sprawach przy ocenie kryterium konieczności uwzględniono fakt, że w procesie legislacyjnym ustawodawca nie wziął pod uwagę mniej restrykcyjnych środków lub odrzucił je, nie uzasadniając przy tym wyboru środków bardziej uciążliwych dla jednostki⁶⁷¹.

Po piąte, Trybunał stwierdził niekonstytucyjność aktów normatywnych wprowadzających ograniczenia, które były nadmiernie uciążliwe dla jednostek⁶⁷². Chociaż standard oceny nadmierności ograniczenia różnił się w zależności od sprawy (i kategorii konstytucyjnego prawa lub wolności), Trybunał powołuje się na zakaz nadmiernej ingerencji, jeżeli uznaje, że związek między skutkami ustawy a obciążeniami, jakie nakłada ona na jednostki, jest nieadekwatny, ponieważ ustawa nadmiernie ogranicza korzystania z konstytucyjnych praw lub wolności. Znamienne jest w tym kontekście, że Trybunał często posługiwał się pojęciem nieadekwatności jako synonimu nieproporcjonalności w ścisłym znaczeniu. Jednocześnie należy podkreślić, że w orzecznictwie Trybunału nie można doszukać się jednolitego podejścia do oceny ostatniego etapu analizy proporcjonalności. W przeważającej części spraw Trybunał stosował metodę ważenia zysków i strat (dla ogółu i jednostki jako podmiotu praw i wolności) wynikających z badanych przepisów. W nielicznych tylko sprawach Trybunał próbował jednak zmierzyć koszt krańcowy i korzyść krańcową, oceniając stopień uciążliwości ograniczenia w stosunku stanu

⁶⁶⁷ Wyrok z 13 października 2015 r., sygn. P 3/14, i z 24 maja 2012 r., sygn. P 11/10.

⁶⁶⁸ Wyrok z 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14.

⁶⁶⁹ Wyrok z 1 lipca 2014 r., sygn. SK 6/12.

⁶⁷⁰ Wyrok z 19 kwietnia 2011 r., sygn. K 19/08.

⁶⁷¹ Wyrok z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

⁶⁷² Wyrok z 28 października 2015 r., sygn. K 21/14.

sprzed jego wprowadzenia oraz stopień zwiększenia ochrony wartości uzasadniającej to ograniczenie⁶⁷³.

Ogólnie można stwierdzić, że na etapie kontroli proporcjonalności *sensu stricto* Trybunał identyfikował cztery rodzaje problemów legislacyjnych. Po pierwsze, akt normatywny przewidywał możliwość korzystania przez jednostki z przysługujących im konstytucyjnych praw lub wolności na warunkach, które były niesprawiedliwe lub niemożliwe do spełnienia⁶⁷⁴. Po drugie, przepisy ustawy wprowadzały ograniczenia, które miały automatyczne zastosowanie, nie pozostawiając miejsca na wyjątki ani indywidualne decyzje⁶⁷⁵. Po trzecie, w ramach oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu Trybunał krytycznie oceniał środki, które traktowały takie same kategorie podmiotów w różny sposób⁶⁷⁶ albo różne podmioty w taki sam sposób⁶⁷⁷. W tym kontekście najczęściej jednocześnie stwierdzał naruszenie prawa do równego traktowania w związku z przepisami ustaw, które nie zawierały szczegółowych przepisów pozwalających na uwzględnienie istotnych różnic między podmiotami, w stosunku do których były stosowane. Po czwarte, Trybunał uznawał za niespełniające kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu takie akty normatywne, w których nie przewidziano gwarancji proceduralnych umożliwiających jednostkom odwoływania się od orzeczeń lub decyzji ograniczających ich konstytucyjne prawa i wolności lub dochodzenia swoich praw w sądach⁶⁷⁸. Ten rodzaj uchybień legislacyjnych najczęściej pojawiał się w kontekście przepisów ustaw wprowadzających ograniczenia prawa własności. W tym kontekście Trybunał stwierdzał niekonstytucyjność przepisów, które pozostawiają jednostki

⁶⁷³ Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

⁶⁷⁴ Wyroki z 18 lipca 2012 r., sygn. K 14/12, i z 14 lipca 2015 r., sygn. SK 26/14.

⁶⁷⁵ Wyrok z 24 maja 2012 r., sygn. P 11/10.

⁶⁷⁶ Wyrok z 14 lipca 2015 r., sygn. SK 26/14.

⁶⁷⁷ Wyroki z 13 października 2015 r., sygn. P 3/14, lub z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12.

⁶⁷⁸ Wyrok z 10 lipca 2014 r., sygn. P 19/13.

bez skutecznych środków odwoławczych pozwalających na dochodzenie odszkodowania za poniesione szkody majątkowe.

Powracającym problemem konstytucyjnym w orzecznictwie opartym na analizie proporcjonalności jest niewątpliwie zakres uznania organów stosujących prawo w sytuacji, gdy przepisy ustaw nie określają szczegółowo warunków korzystania z ich uprawnień. Należy również zauważyć, że polskie orzecznictwo konstytucyjne uwzględniające zasadę proporcjonalności prawie zupełnie nie dotyczy praw mniejszości lub osób słabych (*vulnerable*). Inną uderzająca cechą orzecznictwa opartego na analizie proporcjonalności jest brak spójności w stosowaniu podwyższonego standardu sędziowskiej oceny ograniczeń w zakresie korzystania z praw i wolności uznanych za najważniejsze w hierarchii konstytucyjnej takich jak wolność słowa oraz prawo do ochrony życia prywatnego.

Ogólny wniosek z przeprowadzonych badań skłania do zastanowienia. Biorąc pod uwagę badania jakościowe i ilościowe orzeczeń, w których rozstrzygnięcie sprawy (problemu konstytucyjnego) opierało się na analizie proporcjonalności, należy stwierdzić, że praktyka Trybunału w tym obszarze nie jest jednolita. Powołanie się na zasadę proporcjonalności nie daje bowiem pewności co do tego, czy sam test proporcjonalności zostanie wykorzystany. Nie ma też pewności co do sposobu, w jaki Trybunał zastosuje ten test. Tym bardziej nie ma pewności co do wyniku analizy proporcjonalności, jeżeli Trybunał uzna, że kontrolowane przepisy wprowadzają ograniczenie w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności (a jedynie zawężają zakres ochrony wynikającej z konstytucji). Ostatecznie wiele zależy od sędziów zasiadających w składzie orzekającym, a szczególnie perspektywy sędziego sprawozdawcy oraz jego umiejętności przekonania do swojego stanowiska reszty składu, jak również od stopnia politycznej wrażliwości sprawy. Można nawet przypuszczać, że w niektórych sprawach zapadłoby inne rozstrzygnięcie, gdyby Trybunał starannie zastosował test proporcjonalności. Co istotne, niezastosowanie testu prawie zawsze było przyczyną rozłamu w składzie

orzekającym i zgłoszenia jednego lub kilku zdań odrębnych⁶⁷⁹. W tych sprawach jednak edukacyjny walor uzasadnień wyroków Trybunału Konstytucyjnego został zaprzepaszczony, bo nie pozwalają one na wyciągnięcie wniosków o dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności, a przede wszystkim nie wskazują błędów legislacyjnych, których należy unikać, aby stanowione prawo pozostało w zgodzie z konstytucyjnym standardem ochrony praw i wolności oraz zasadą proporcjonalności.

⁶⁷⁹ Wyroki z 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09, lub z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10. Sędziowie, którzy zgłosili zdanie odrębne w tych sprawach, wskazywali, że większość składu orzekającego nie dokonała właściwej rekonstrukcji celu ograniczenia ani nie przeprowadziła testu proporcjonalności.

Rozdział 4

Analiza proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w ujęciu ilościowym

4.1. Metodologia badań ilościowych

Na wstępie prezentacji badań ilościowych nad orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy analizy proporcjonalności⁶⁸⁰ należy podkreślić, że Trybunał dokonuje tej analizy wyłącznie w stosunku do aktów normatywnych, ponieważ środki administracyjne czy orzeczenia sądowe nie podlegają jego kontroli. Dlatego analiza proporcjonalności w polskim orzecznictwie konstytucyjnym dotyczy tylko środków ograniczających korzystanie z konstytucyjnych praw i wolności wprowadzonych w przepisach prawa w odróżnieniu od orzecznictwa innych sądów konstytucyjnych lub trybunałów międzynarodowych rozstrzygających skargi na naruszenia praw człowieka, które oceniają proporcjonalność konkretnych rozstrzygnięć władczych, działań (zaniechań) czy decyzji, w tym polityk rządowych oraz orzeczeń sądów.

Jak już zaznaczono we Wstępie, prezentowane badania prowadzone były na podstawie analizy treści 100 wyroków, w których Trybunał oceniał proporcjonalność ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Ten wycinek spraw może być uznany za reprezentatywny dla całego orzecznictwa dotyczącego konstytucyjnych praw i wolności,

⁶⁸⁰ Prezentowane w tym rozdziale wyniki zostaną przedstawione w książce M. Kremnitzer, A. Lang, T. Steiner (red.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge 2019 [w przygotowaniu].

które powstało na gruncie Konstytucji RP z 1997 r.⁶⁸¹, choć niewątpliwie charakteryzuje w sposób szczególny pewien okres w dziejach Trybunału (a jeszcze dokładniej – metody stosowane przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego pełniących swój urząd między 2010 a 2015 r.). Przedstawione tu wyniki mogą być zatem w przyszłości konfrontowane z innymi badaniami nad stosowaniem analizy proporcjonalności w orzecznictwie konstytucyjnym, na przykład dotyczących innych okresów czy z uwzględnieniem innych założeń czy kryteriów badań.

Wyjaśniając metodologię przeprowadzonych badań, należy przede wszystkim wskazać, że prezentowane dane ilościowe zostały uzyskane po szczegółowym opisaniu („zakodowaniu”) wszystkich analizowanych spraw według kategorii podmiotów inicjujących postępowanie, ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy, dziedziny prawa, do którego należała badana regulacja, przedmiotu sprawy, kategorii praw, a także poszczególnych testów, które składają się na test dopuszczalności ograniczeń, z wyłączeniem przesłanki formalnej (czyli pytania o to, czy ingerencja była przewidziana w ustawie). Aby umożliwić proces kodowania każdego wyroku, przyjęto jednocześnie, że każdy wyrok będzie oznaczony jako jedna sprawa, w której Trybunał dokonał analizy proporcjonalności.

Dlatego w sprawach, w których Trybunał rozstrzygał kilka różnych zarzutów z zastosowaniem analizy proporcjonalności, odpowiedzi dotyczące oceny poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności zostały zsumowane. Zsumowanie wyników analizy proporcjonalności na poziomie jednej sprawy miało uprościć dokonanie ilościowej analizy orzecznictwa we wskazanym okresie, gdyż jej podstawowym celem było przede wszystkim określenie ogólnych tendencji praktycznego zastosowania poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności. Z tego względu bazę

⁶⁸¹ W dniu 4 lutego 2019 r. w bazie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego znajdowało się 1370 wyroków wydanych po 16 października 1997 r., czyli dacie wejścia w życie Konstytucji. Natomiast do końca 2015 r. Trybunał wydał 1098 wyroków (z których część nie dotyczy bezpośrednio konstytucyjnych praw i wolności). Badany wycinek orzecznictwa prezentuje zatem ponad 9% wszystkich wyroków Trybunału wydanych po 1997 r.

wyroków zbudowano na poziomie sprawy, a wyroki odnoszące się do co najmniej dwóch zarzutów (czyli wyroki, w których przedmiotem kontroli było kilka norm, w stosunku do których przedstawiono odrębne zarzuty) przedstawiono jako jedną sprawę⁶⁸².

Dziedzina prawa

W bazie wyroków wykorzystywanej do analizy ilościowej ponad połowa spraw (52%) dotyczyła prawa publicznego⁶⁸³, z którego wydzielono jednak prawo karne i postępowanie karne⁶⁸⁴. Sprawy z zakresu prawa karnego i postępowania karnego stanowiły 21% spraw, a 27% spraw dotyczyło prawa i postępowania cywilnego⁶⁸⁵. Ten umowny podział na dziedziny uzupełnia dodatkowa klasyfikacja wyroków ze względu na materię spraw.

⁶⁸² W bazie wyroków ostateczny wynik kontroli proporcjonalności na danym etapie został kwalifikowany jako negatywny, jeżeli co najmniej jeden z zarzutów został oceniony negatywnie. Dlatego też na poziomie oceny danego kryterium testu proporcjonalności przyjęto, że wynik jego badania przez Trybunał był negatywny, jeżeli przynajmniej jeden z badanych przepisów nie spełnił danego kryterium testu proporcjonalności. Innymi słowy, odpowiedzi negatywne w niektórych sprawach oznaczają też odpowiedzi częściowo negatywne.

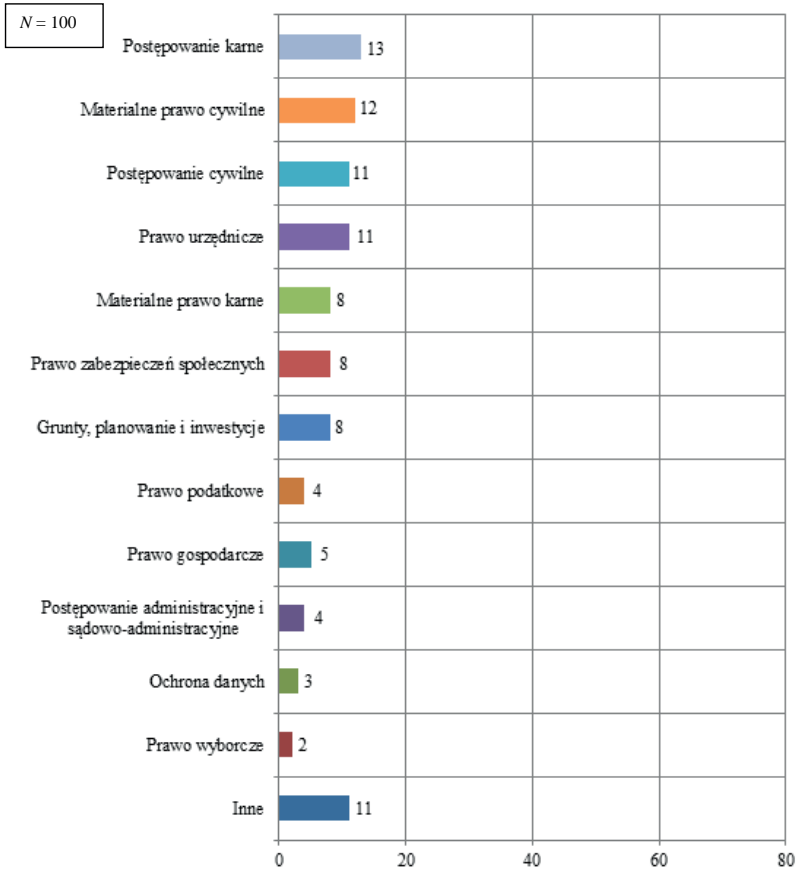
⁶⁸³ Na potrzeby badań przyjęto, że kategoria prawa publicznego obejmuje szerokie spektrum spraw z zakresu postępowania administracyjnego i postępowania sądowo-administracyjnego, a także szeroko rozumianego materialnego prawa administracyjnego, włączając w to prawo zgromadzeń, prawo szkolnictwa wyższego, prawo urzędnicze, prawo ochrony środowiska, prawo łowieckie, prawo transportowe, prawo zagospodarowania przestrzennego, prawo medyczne, prawo zabezpieczeń społecznych, oraz prawo podatkowe, a także prawo wyborcze, prawo dotyczące organizacji sądów i innych instytucji państwowych czy finansowania partii politycznych.

⁶⁸⁴ Kategoria spraw z zakresu prawa publicznego została odróżniona od spraw z zakresu prawa cywilnego przede wszystkim ze względu na pytanie, czy prawo reguluje stosunki między państwem a jednostką, czy też między podmiotami prywatnymi. Z tego powodu sprawa dotycząca zwalczania nieuczciwej konkurencji została zaliczona do spraw z zakresu prawa cywilnego, a sprawa odpowiedzialności państwa do kategorii prawa cywilnego.

⁶⁸⁵ Sprawy z zakresu prawa cywilnego dotyczyły prawa spółdzielczego, a także innych, rzadziej spotykanych w orzecznictwie wykorzystującym analizę proporcjonalności dziedzin, takich jak prawo autorskie, prawo konkurencji, prawo rodzinne, prawo pracy, prawo własności czy odpowiedzialność państwa.

Materia spraw

Na rysunku 1 przedstawiono materie spraw, w których Trybunał stosował analizę proporcjonalności w odniesieniu do ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności⁶⁸⁶. Wskazuje zatem na obszary prawa, w których najczęściej dochodziło do ingerencji ustawodawcy w konstytucyjne prawa i wolności.



Rysunek 1. Materia spraw

Źródło: opracowanie własne.

⁶⁸⁶ Zastosowany na tym rysunku podział nie jest wiernym odzwierciedleniem podziału polskiego prawa na poszczególne gałęzie. Stanowią go raczej autonomiczne kategorie,

Do najczęstszej materii spraw należały: postępowanie karne, prawo cywilne materialne, postępowanie cywilne, prawo urzędnicze, prawo karne materialne, prawo zabezpieczeń społecznych oraz szeroko rozumiana gospodarka przestrzenna. Najobszerniejszą z tych kategorii stanowi postępowanie karne, w którym problemy z konstytucyjną ochroną praw i wolności pojawiły się w szczególności w związku z postępowaniem przygotowawczym, zastosowaniem aresztu tymczasowego, pełnomocnictwem w postępowaniu karnym oraz wykonywaniem orzeczeń sądów karnych. W kategorii prawa cywilnego powracającym tematem w badanym orzecznictwie było niewątpliwie prawo spółdzielcze, ze szczególnym uwzględnieniem spółdzielni mieszkaniowych⁶⁸⁷. Ponadto w bazie wyroków znalazły się pojedyncze sprawy związane z prawami autorskimi, prawem rodzinnym i prawem pracy. Z kolei sprawy z zakresu postępowania cywilnego dotyczyły zazwyczaj dostępu do sądu, opłat sądowych lub szczególnych gwarancji proceduralnych związanych z ochroną własności oraz wykonywaniem orzeczeń sądowych. Znaczna liczba spraw odnosiła się do dostępu do służby publicznej oraz statusu funkcjonariuszy publicznych, takich jak komornicy, strażacy, sędziowie, policjanci, żołnierze. W sprawach karnych problemy konstytucyjne wynikały zazwyczaj z nadmiernych sankcji. Jednak niektóre z nich skupiały się na

stworzone we współpracy z zespołem badawczym w ramach międzynarodowego projektu badawczego, aby ułatwić porównanie polskiej praktyki zastosowania analizy proporcjonalności do praktyki innych państw.

⁶⁸⁷ W kategorii prawa zabezpieczeń społecznych znajdują się sprawy dotyczące różnej kategorii świadczeń socjalnych oraz organizacji funduszy emerytalnych. Kategoria „grunty, planowanie i inwestycje” obejmuje sprawy dotyczące nieruchomości i hipoteki, ale także inwestycji drogowych, nie obejmując spraw dotyczących spółdzielni mieszkaniowych, które zostały zaliczone do spraw z zakresu prawa cywilnego materialnego. Kategoria prawa gospodarczego obejmuje sprawy z zakresu prawa administracyjnego gospodarczego, w szczególności sprawy dotyczące gier hazardowych, transportu lub wydawania zezwoleń na sprzedaż alkoholu. Kategoria prawa wyborczego obejmuje również sprawę dotyczącą finansowania partii politycznych.

kryminalizacji⁶⁸⁸ lub penalizacji czynu⁶⁸⁹. Oprócz wyżej wymienionych wydzielono odrębną kategorię spraw z zakresu szeroko rozumianego prawa administracyjnego (oznaczoną jako „Inne”), która obejmuje m.in. prawo łowieckie, prawo ochrony środowiska, prawo szkolnictwa wyższego, prawo zgromadzeń, prawo regulujące wykonywanie zawodów medycznych.

Kategorie praw

Rysunek 2 przedstawia kategorie konstytucyjnych praw i wolności będących przedmiotem ograniczeń ze strony ustawodawcy, które to ograniczenia następnie poddano kontroli proporcjonalności w analizowanym okresie. Całkowita liczba praw i wolności przedstawiona na tym wykresie jest wyższa niż liczba analizowanych spraw przypadków, ponieważ niektóre wyroki dotyczyły kilku ograniczeń.

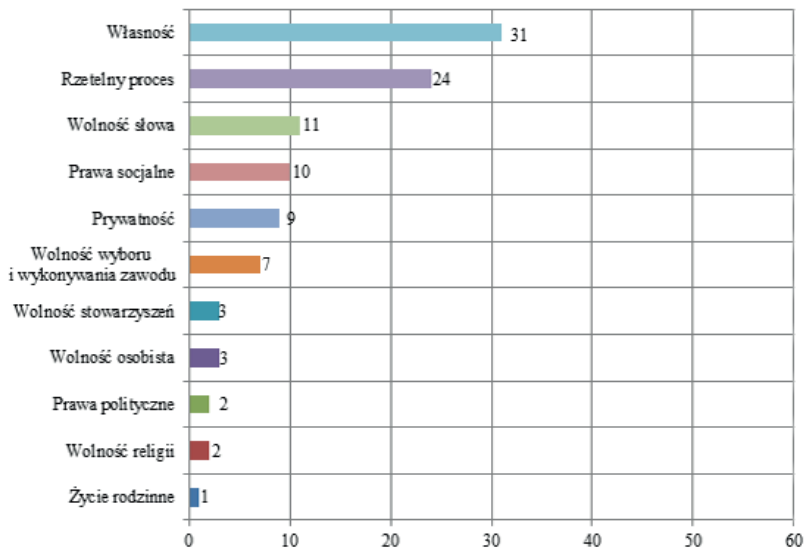
W tym miejscu należy podkreślić, że z bazy wyroków poddanych analizie ilościowej wyłączono sprawy dotyczące równości, ponieważ uznano, że test proporcjonalności nie ma ścisłego zastosowania do ograniczeń zasady równego traktowania⁶⁹⁰. Inna uwaga wynika z braku

⁶⁸⁸ Wyroki z 12 lutego 2015 r., sygn. SK 70/13, z 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13, czy z 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10.

⁶⁸⁹ Wyrok z 21 września 2015 r., sygn. K 28/13.

⁶⁹⁰ Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i piśmiennictwem, jeżeli ustawa wprowadza rozróżnienie między dwiema podobnie usytuowanymi kategoriami podmiotów, Trybunał bada, czy dopuszczalne jest odstępstwo od zasady równego traktowania. W takich przypadkach Trybunał odpowiada na następujące pytania: (1) czy istnieje racjonalny związek między kryterium różnicowania a celem i treścią prawa; (2) czy ciężar interesu, któremu ma służyć różnicowanie, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku różnicowania; (3) czy kryterium różnicowania jest związane z ochroną innych wartości konstytucyjnych, zasad lub norm uzasadniających odmienne traktowanie podobnych podmiotów. Chociaż niektóre elementy tego testu odpowiadają etapom analizy proporcjonalności, różnią się one pod względem struktury i porządku. Podczas gdy pierwsze pytanie przypomina test przydatności, drugie – proporcjonalność *sensu stricto*, a trzecie – prawowity cel, kontrola konstytucyjna odstępstw od zasady równego traktowania nie obejmuje etapu konieczności. Ponadto Trybunał Konstytucyjny nie nazywa kontroli w ramach oceny odstępstw od zasady równego traktowania kontrolą proporcjonalności.

w analizowanym okresie spraw dotyczących ochrony życia i godności ludzkiej. Jest to znów konsekwencją ograniczenia właściwości Trybunału Konstytucyjnego do kontroli jedynie aktów normatywnych, a nie konkretnych rozstrzygnięć władczych czy decyzji. Ogólnie rzecz biorąc, sprawy dotyczące ograniczenia prawa do życia i godności ludzkiej pojawiają się w polskim orzecznictwie konstytucyjnym sporadycznie. W ramach kontroli konstytucyjności przez Trybunał mogą być badane jedynie środki legislacyjne, które rzadko nakładają ograniczenia na życie ludzkie (tj. na przykład dopuszczają jego celowe pozbawienie). Natomiast godność ludzka jest często przywoływana jedynie jako dodatkowa podstawa kontroli, przy czym w analizowanym okresie Trybunał nie przeprowadzał kontroli zasadności takich zarzutów.



Rysunek 2. Kategorie praw

Źródło: opracowanie własne.

Wśród praw, których ograniczenia najczęściej poddawano analizie proporcjonalności, znajdują się prawo własności i prawo do rzetelnego

procesu. W kategorii „prawo do rzetelnego procesu” ujęto prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, a także prawo do odwołania i prawo do obrony, które są przewidziane w odrębnych przepisach Konstytucji⁶⁹¹. Sprawy dotyczące tej kategorii pojawiły się nie tylko w kontekście oceny przepisów prawa karnego materialnego i procesowego, ale także w kontekście postępowania administracyjnego, sądowno-administracyjnego i cywilnego.

Powyższe ustalenia nie powinny jednak dziwić, gdyż są zbieżne ze statystykami dotyczącymi Polski w odniesieniu do kategorii praw, których dotyczyły skargi indywidualne do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁶⁹². Problemy z ochroną własności, a także z prawem do rzetelnego procesu sądowego związane są w dużej mierze z konsekwencjami transformacji ustrojowej, ale także z licznymi zmianami w przepisach prawnych, które mają wpływ na własność, oraz w procedurach administracyjnych i sądowych. Liczne problemy z ochroną własności wciąż wynikają ze zmian w systemie własności, które nastąpiły po upadku komunizmu (por. sprawy dotyczące w szczególności spółdzielni i spółdzielni mieszkaniowych lub czynszów mieszkaniowych) oraz bieżących zmian legislacyjnych w odniesieniu do nieruchomości, gospodarki przestrzennej oraz inwestycji publicznych (por. sprawy dotyczące pozwoleń na budowę, wyłączenia, miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego lub inwestycji drogowych). Inna grupa spraw z zakresu ochrony własności dotyczyła spraw funkcjonariuszy publicznych (między innymi komorników sądowych, a nawet sędziów), którzy kwestionowali sposób obliczania ich wynagrodzenia. Z kolei prawo do rzetelnego procesu było najczęściej podstawą oceny ograniczeń wynikających

⁶⁹¹ Konceptyjnie kategoria ta odpowiada prawom zagwarantowanym w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

⁶⁹² Por. statystyki według stanu dostępne na stronie <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c> [dostęp 20.02.2019].

z przepisów dotyczących dostępu do sądu⁶⁹³, obrońcy lub pomocy prawnej, a także nakładających nadmierne wymogi formalne na strony postępowania lub wykluczających możliwość odwołania.

Analiza proporcjonalności była stosunkowo często stosowana w odniesieniu do ograniczeń wolności słowa⁶⁹⁴, praw socjalnych⁶⁹⁵, prywatności⁶⁹⁶ i swobody wyboru i wykonywania zawodu⁶⁹⁷. Najczęściej przywoływane prawa to wolność zrzeszania się, prawa polityczne⁶⁹⁸, wolność osobista, wolność religii i prawo do ochrony życia rodzinnego. Próbując wyjaśnić przyczyny, dlaczego kategorie te znalazły się wśród najczęściej badanych ograniczeń, można znów wskazać, że przedmiotem kontroli konstytucyjności są akty normatywne, podczas gdy prawa w tej grupie są najczęściej naruszane poprzez decyzje organów administracji lub orzeczenia sądów, a także bezczynność organów władzy, nie zaś ustawodawstwo.

Wynik testu proporcjonalności

We wszystkich przypadkach zawartych w bazie wyroków poddanych analizie ilościowej ostateczny wynik kontroli konstytucyjnej został określony na podstawie wyników analizy proporcjonalności. Innymi słowy, we wszystkich badanych sprawach negatywny wynik analizy proporcjonalności był dla Trybunału podstawą do stwierdzenia niezgodności badanych przepisów z Konstytucją (bardzo rzadko z ratyfikowaną umową międzynarodową). Biorąc zatem pod uwagę wynik kontroli w sprawach,

⁶⁹³ W 8 sprawach powołano się na rzetelny proces z powodu barier w dostępie do sądu.

⁶⁹⁴ Kategoria ta obejmuje również dostęp do informacji i wolność twórczości artystycznej.

⁶⁹⁵ Kategoria ta obejmuje również prawo do nauki, prawo do zabezpieczenia społecznego, prawo do ochrony zdrowia oraz prawo do corocznego urlopu.

⁶⁹⁶ Kategoria ta obejmuje również prawo do poszanowania życia prywatnego i ochrony danych.

⁶⁹⁷ Kategoria ta obejmuje jednak zarówno wolność działalności gospodarczej, jak i swobodę wyboru oraz wykonywania zawodu, określone w dwóch odrębnych przepisach Konstytucji, które również przewidują inne wymogi dotyczące dopuszczalnych ograniczeń.

⁶⁹⁸ Kategoria oznaczona jako „prawa polityczne” odnosi się wyłącznie do równego dostępu do służby publicznej.

w których Trybunał rozstrzygał o zarzutach na podstawie analizy proporcjonalności, w 41 ze 100 spraw Trybunał stwierdził zgodność z Konstytucją, a w 59 sprawach – niezgodność z Konstytucją. Inaczej mówiąc, w 41% spraw analiza proporcjonalności wykazała proporcjonalność badanego ograniczenia, a w 59% spraw – brak proporcjonalności. Przeciętnie odsetek spraw, w których analiza proporcjonalności dała negatywny wynik kontroli, okazał się nieznacznie wyższy od ogólnej liczby spraw, w których Trybunał stwierdza niekonstytucyjność badanych aktów⁶⁹⁹.

Warto zauważyć, że w niektórych przypadkach wynik analizy proporcjonalności można było przewidzieć z uwagi na rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka o podobnych sprawach. Trybunał Konstytucyjny zazwyczaj powoływał się wówczas na standard strasburski i stosował go w swoich wyrokach. Ponadto należy wyraźnie podkreślić, że znaczna liczba spraw, w których ograniczenia uznano za nieproporcjonalne (15 z 59, czyli 25%), dotyczyła kwestii proceduralnych, takich jak dostęp do sądu, prawo do bycia wysłuchanym, prawo do odwołania i prawo do obrony. Nieproporcjonalność stwierdzono również w 7 sprawach (czyli 12% ze wszystkich spraw, w których Trybunał stwierdził nieproporcjonalność ograniczenia) dotyczących osób pozbawionych wolności (osób odbywających kary pozbawienia wolności, tymczasowo aresztowanych lub zatrzymanych). Co istotne, w tej kategorii spraw wszystkie wyroki zapadły jednogłośnie⁷⁰⁰, a Trybunał uznawał argumenty skarżących za zasadne, bez wchodzenia w wywody moralne, w odróżnieniu od spraw, które dotyczyły ochrony własności, prywatności, wolności zrzeszania się, zawodu, religii i słowa. W tej ostatniej grupie spraw często dochodziło do sporów interpretacyjnych lub ideologicznych.

⁶⁹⁹ W analizowanym okresie średni wskaźnik, w jakim Trybunał stwierdzał niekonstytucyjność, wynosił 51,8%.

⁷⁰⁰ Z wyjątkiem jednego przypadku, w którym sędzia zgłaszający zdanie odrębne wyraził sprzeciw wobec zdania większości z przyczyn formalnych – wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 12/13.

4.2. Rola poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności

Zgodnie z powszechnie przyjętym rozumieniem test proporcjonalności wymaga zachowania określonej kolejności pytań. Równie ugruntowany jest pogląd o kumulatywnym zastosowaniu kryteriów zawartych w teście proporcjonalności⁷⁰¹. Analizę proporcjonalności ograniczeń prowadzi się zatem przez poszczególne etapy odpowiadające kryteriom testu proporcjonalności, poprzedzonego wstępnym pytaniem o prawowity cel, a więc wartość konstytucyjną, która uzasadnia ingerencję ustawodawcy⁷⁰². Spełnienie prawowitego celu jest etapem progowym, który w swoim założeniu nie powinien przedstawiać istotnej przeszkody dla ustawodawcy⁷⁰³. Zakładając racjonalność po jego stronie, można również oczekiwać łatwego przejścia przez etap przydatności. Dużo trudniejsze jest spełnienie kryteriów stawianych na etapie konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*⁷⁰⁴. Dane uzyskane w badaniu ilościowym częściowo przeczą powyższym założeniom.

⁷⁰¹ Trybunał potwierdził ten pogląd w jednym z wcześniejszych orzeczeń. Por. wyrok z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, § 2.3 („Art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności”).

⁷⁰² W literaturze zauważa się, że negatywna odpowiedź na choćby jedno z pytań testu proporcjonalności czyni kontynuowanie dalszej analizy bezprzedmiotowe. Poza tym „konieczność zachowania należytej sekwencji pytań dotyczy zresztą nie tylko wewnętrznej struktury testy proporcjonalności [...], ale całego testu dopuszczalnych ograniczeń [...]. Jeżeli bowiem dane ograniczenie praw jednostki nie realizuje dopuszczalnego celu (co najmniej jedna z sześciu przesłanek materialnych), tylko jest uzasadnione np. interesem prywatnym, to zbędne jest rozważanie realizacji ciężarów związanych z tym ograniczeniem do takiego niedopuszczalnego celu (badanie proporcjonalności)”. W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, s. 40. Autorzy ci zauważają także, że sekwencyjność jest często trudno zauważalna w uzasadnieniu orzeczenia.

⁷⁰³ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 150–159.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

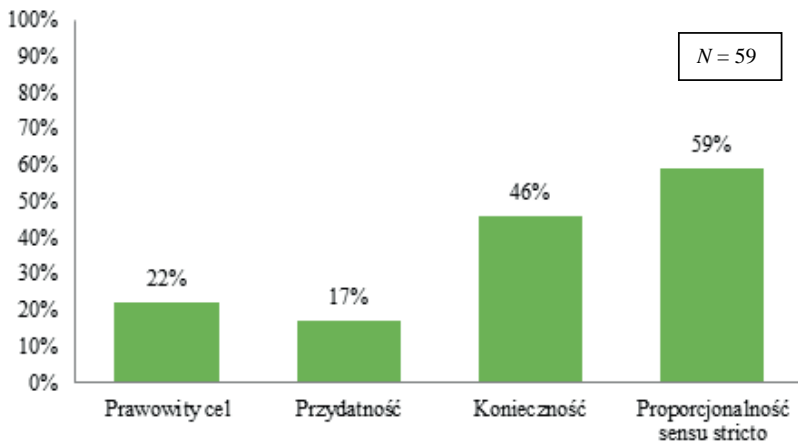
Wyjaśnienia tych różnic należy się doszukiwać, być może, w problemach metodologicznych. W polskim piśmiennictwie poświęconym zagadnieniu proporcjonalności nie opracowano dotąd szczegółowej metodologii oceny odnoszącej się do każdego z pytań zawartych w teście proporcjonalności. W literaturze przedmiotu można jednak odnaleźć sugestię, aby Trybunał dokonywał analizy proporcjonalności na podstawie obiektywnych przesłanek, a unikał „otwartego kwestionowania rozwiązań aksjologicznych prawodawcy”⁷⁰⁵. W praktyce jednak argumenty, które przeważały w ocenie Trybunału zależą od rodzaju sprawy (jej złożoności), a także kategorii praw i wolności podlegających ograniczeniom, choć można także dopatrywać się określonych tendencji w zależności od składu orzekającego lub sędziego sprawozdawcy.

Jednym z wniosków, które płyną z badań dotyczących roli poszczególnych kryteriów jako etapów oceny proporcjonalności ograniczenia, jest zakłócona kolejność odpowiadania na pytania zawarte w teście proporcjonalności. Dzieje się tak zazwyczaj wtedy, gdy test prawowitego celu nie jest wyodrębniony jako oddzielny etap analizy, ale uwzględniony na etapie przydatności. Ponadto w niektórych przypadkach etap konieczności ogranicza się do pytania, czy konieczne jest ograniczenie ochrony wartości konstytucyjnych i nie obejmuje testu najmniej uciążliwego środka, podczas gdy w innych przypadkach kryterium konieczności stanowi część analizy proporcjonalności *sensu stricto*.

Na rysunku 3 przedstawiono częstotliwość, z jaką dochodziło do niespełnienia poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności. Dane te opierają się na 59 wyrokach, w których Trybunał stwierdził nieproporcjonalność badanych ograniczeń (tj. stwierdził brak spełnienia zasady proporcjonalności przez co najmniej jeden z badanych przepisów/norm będących przedmiotem kontroli). Mimo że w literaturze uznaje się, że test prawowitego celu nie stanowi znaczącej przeszkody dla ustawodawcy,

⁷⁰⁵ *Ibidem*, s. 157.

negatywny wynik w 13 sprawach (22%) jest zaskakująco wysoki⁷⁰⁶. Najniższą częstotliwość niespełnienia kryterium stwierdzono na etapie przydatności, przy czym jej wartość okazała się znacznie wyższa niż oczekiwano. Było tak w 10 sprawach (17%), w których badane ograniczenie nie przeszło tego etapu⁷⁰⁷. Stosunkowo duża liczba spraw nie zaliczyła testu konieczności (27 spraw, czyli 46%)⁷⁰⁸. Najwyższy wskaźnik niezgodności stwierdzono na ostatnim etapie testu proporcjonalności, czyli oceny proporcjonalności *sensu stricto* (35 spraw, czyli 59%).



Rysunek 3. Częstotliwość braku spełnienia poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności

Źródło: opracowanie własne.

⁷⁰⁶ W 14 sprawach wynik testu prawowitego celu był negatywny, ale w 2 przypadkach ten wynik oznaczono jako „częściowo negatywny”. Dlatego też, biorąc pod uwagę zsumowany wynik, odnotowano 13 spraw niespełnienia kryterium prawowitego celu.

⁷⁰⁷ Wynik testu przydatności był negatywny w 11 sprawach, ale w 2 przypadkach wynik oznaczono jako „częściowo negatywny”. Dlatego też, po zsumowaniu tych wartości, odnotowano 10 spraw niespełnienia kryterium przydatności.

⁷⁰⁸ Wynik testu konieczności był negatywny w 28 sprawach, ale po zsumowaniu wyników oznaczonych jako „częściowo negatywny”, odnotowano 27 spraw braku spełnienia kryterium konieczności.

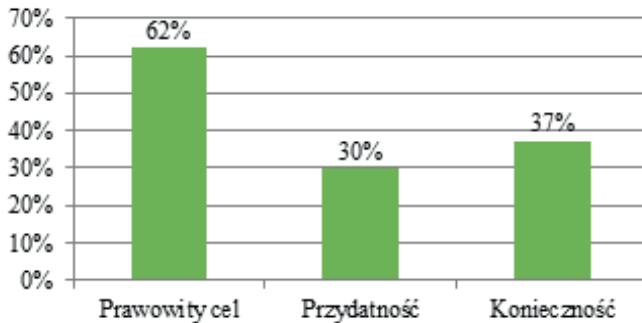
Rysunek 3 wyraźnie pokazuje, że w większości spraw badane ograniczenia nie spełniły ostatnich dwóch kryteriów analizy proporcjonalności. Należy jednak pamiętać, że w przeciwieństwie do panujących poglądów doktryny, w polskim orzecznictwie również dwa pierwsze etapy oceny ograniczenia odgrywają ważną rolę w analizie proporcjonalności. Warto jednocześnie podkreślić, że choć ograniczenia najczęściej nie spełniają ostatniego kryterium testu proporcjonalności, to była to wyłączna podstawa do uznania ograniczenia za nieproporcjonalne tylko w 16 sprawach (co stanowi 27% wszystkich spraw, w których wynik analizy proporcjonalności był negatywny). Oznacza to, że negatywny wynik na etapie proporcjonalności w ścisłym znaczeniu najczęściej jest łączony ze stwierdzeniem braku spełnienia innego kryterium.

Zakończenie analizy po negatywnym wyniku testu

W znacznej liczbie badanych spraw negatywny wynik któregoś z początkowych etapów testu proporcjonalności nie skutkuje natychmiastowym zakończeniem analizy ograniczenia. W sprawach tych Trybunał kontynuował analizę mimo braku spełnienia wcześniejszego kryterium. Ogółem spośród 43 spraw, które zakończyły się niepowodzeniem na etapie poprzedzającym etap końcowy, 22 sprawy (51%) prowadzono poza pierwszy etap, na którym stwierdzono niespełnienie kryterium testu proporcjonalności. Oznacza to, że w tych sprawach Trybunał nie zakończył kontroli natychmiast po pierwszym wyniku negatywnym, lecz prowadził analizę dalej, czyli pomimo negatywnego wyniku na wcześniejszym etapie.

Na rysunku 4 przedstawiono podział spraw ze względu na zakończenie analizy na określonym etapie. Wynik negatywny na etapie prawowitego celu był najczęściej wystarczającym powodem, aby stwierdzić, że ograniczenie jest nieproporcjonalne. Było tak w ponad połowie przypadków, w których Trybunał uznał, że ograniczenie nie przechodzi pomyślnie etapu prawowitego celu (chodzi o 8 spraw, czyli 62%). Natomiast

na etapie przydatności analiza Trybunału zakończyła się po uzyskaniu negatywnego wyniku tego testu tylko w 3 przypadkach (30%). Z kolei wynik negatywny na etapie oceny kryterium konieczności spowodował zakończenie analizy Trybunału w 10 sprawach (co stanowi 37% spraw, które nie zaliczyły testu konieczności).



Rysunek 4. Zakończenie analizy po negatywnym wyniku testu

Źródło: opracowanie własne.

Na podstawie przedstawionych wyników można przyjąć, że test konieczności stanowi istotny element analizy proporcjonalności, lecz funkcjonuje on głównie w połączeniu z ostatnim kryterium, czyli testem proporcjonalności *sensu stricto*. W 18 sprawach, czyli 67%, które nie przeszły testu konieczności, ograniczenie nie spełniało łącznie kryteriów konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*.

Przyglądając się bliżej uzasadnieniom spraw, w których ograniczenie nie spełniało kryterium konieczności ani proporcjonalności *sensu stricto*, można zauważyć, że argumenty odnoszące się do kryterium konieczności nie zostały wyraźnie sformułowane, przede wszystkim w większości spraw Trybunał nie stosował wyraźnie testu najmniej uciążliwego środka w odniesieniu do badanego ograniczenia. Zamiast tego Trybunał wskazywał jednak inny, mniej restrykcyjny środek, który w jego przekonaniu spełniał konstytucyjny standard proporcjonalności,

co pośrednio uzasadniało jego ocenę, że środek przyjęty przez ustawodawcę nie jest konieczny. W innych sprawach Trybunał podnosił, że zakaz przewidziany w ustawie nie jest konsekwentnie stosowany w systemie prawnym (a zatem jest niekonieczny). W innych sprawach natomiast badane przepisy stanowiły zmianę w stosunku do wcześniejszych regulacji, które ustanawiały łagodniejsze ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, co również było uwzględniane przy uznaniu braku spełnienia kryterium konieczności. Na ogół ustaleń tych nie uzasadniano jednak pod względem skuteczności porównywanych środków.

Ogólnie rzecz biorąc, w sprawach, w których ograniczenia nie zdały obu ostatnich testów, gdyż Trybunał stwierdził, że są zarówno niekonieczne, jak i nieproporcjonalne w ścisłym znaczeniu, nacisk został położony na ostatni etap badania proporcjonalności. Można więc wskazać ogólną tendencję w praktyce stosowania analizy proporcjonalności do orzekania w oparciu o ostatni etap testu proporcjonalności i akcentowania argumentów, przemawiających za nadmiernym obciążeniem nałożonym na jednostkę w stosunku do zamierzonych skutków, jakie badane ograniczenia miały przynieść w przypadku zastosowania środków, które te ograniczenia wprowadzały.

Jednakże w kilku sprawach, w których badane ograniczenia nie przeszły pomyślnie testów konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*, Trybunał udzielił wyczerpujących odpowiedzi na oba pytania zawarte w tych testach⁷⁰⁹. Najrzadsze były natomiast sprawy, w których Trybunał bardzo dokładnie uzasadnił odpowiedź na pytanie dotyczące konieczności ograniczenia, a następnie jedynie potwierdził, że ograniczenie nie spełnia także kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu.

Podsumowując wyroki, w których Trybunał uznał, że ograniczenie nie spełnia obu ostatnich kryteriów testu proporcjonalności, można stwierdzić, że Trybunał miał wyraźną tendencję do przedstawiania

⁷⁰⁹ Wyroki z 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14, lub z 23 października 2012 r., SK 11/12.

rozbudowanych uzasadnień dotyczących etapu oceny proporcjonalności *sensu stricto*. Co istotne, często właśnie to dopiero na etapie oceny proporcjonalności w ścisłym znaczeniu Trybunał odwoływał się do mniej restrykcyjnych środków, wskazując rozwiązania, które w jego opinii spełniają kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu.

Znamienne jest, że w 4 sprawach, w których ograniczenie przeszło pomyślnie test prawowitego celu, Trybunał stwierdził, że nie spełnia ono żadnego z kryteriów testu proporcjonalności – czyli przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. W tych sprawach Trybunał potraktował test proporcjonalności jako sumę tych trzech kryteriów i kontynuował swoją analizę do ostatniego testu, mimo że uzyskał negatywny wynik na wcześniejszych etapach⁷¹⁰. Charakterystyczne jest, że we wszystkich 4 wyrokach każde pytanie tworzące test proporcjonalności zostało potraktowane bardzo skrupulatnie. W tym miejscu warto zauważyć, że 3 z tych 4 spraw dotyczyły ograniczeń dotyczących praw socjalnych, mieszczących się w obszarze, w którym analiza proporcjonalności nie jest często stosowana. Dla przykładu można przytoczyć uzasadnienie w sprawie dotyczącej renty socjalnej, w której Trybunał podkreślił, że środek przyjęty przez ustawodawcę jest „całkowicie nieracjonalny” i godzi w cel, ze względu na który ustawa została uchwalona⁷¹¹. Dalsza jego analiza kryterium konieczności i proporcjonalności *sensu stricto* była znacznie bardziej zwięzła.

Również w wyroku w sprawie zakazu pełnienia służby w Policji lub Straży Pożarnej przez osoby będące nosicielami chorób zakaźnych lub wirusów (np. wirusowe zapalenie wątroby typu C, AIDS lub HIV) Trybunał najpierw przeprowadził bardzo szczegółową analizę przydatności, dodając zwięźle, że argumenty zastosowane w badaniu kryterium przydatności również powodują brak spełnienia kryteriów konieczności

⁷¹⁰ Wyroki: z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11, z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13, z 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12, i z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

⁷¹¹ Wyrok z 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12.

i proporcjonalności *sensu stricto*⁷¹². Natomiast w wyroku w sprawie odszkodowania za mienie zabużańskie Trybunał stwierdził, że ustawa będąca przedmiotem kontroli budzi największe wątpliwości w zakresie oceny konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*, przy czym poświęcił każdemu z etapów jednakową uwagę⁷¹³.

Pominięcie testu

Na rysunku 5 przedstawiono podział badanych spraw ze względu na pominięcie któregoś etapu testu proporcjonalności. Należy podkreślić, że zjawisko pomijania testu w ramach analizy proporcjonalności wystąpiło niezależnie od ostatecznego wyniku tej analizy⁷¹⁴. Poniższe dane odnoszą się więc do wszystkich 100 badanych wyroków.

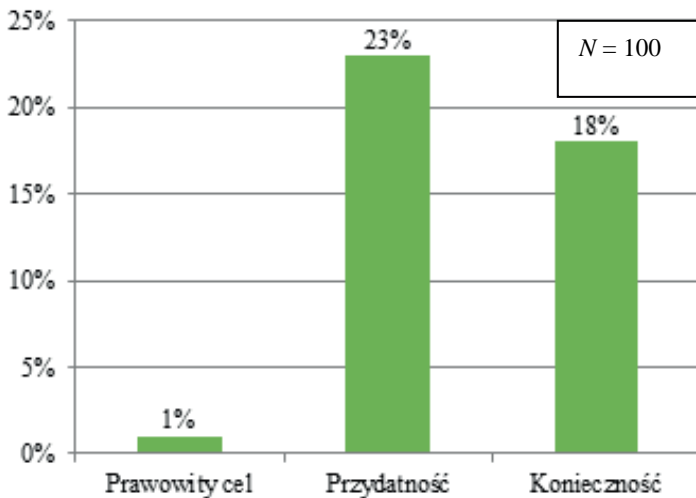
W badanych wyrokach Trybunał pominął test prawowitego celu tylko w jednym przypadku. Wydał natomiast 23 wyroki, w których pominął test przydatności (23%). W większości tych spraw jednak pomysłne zaliczenie tego testu można było dorozumieć z kontekstu spraw lub wcześniejszego orzecznictwa Trybunału. Wydaje się więc, że ta praktyka podąża za poglądami doktryny, zgodnie z którymi badanie przydatności ograniczenia może okazać się zbędne w niektórych sytuacjach⁷¹⁵. Natomiast test konieczności został ewidentnie pominięty w 18 sprawach (18%).

⁷¹² Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13.

⁷¹³ Wyrok z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12.

⁷¹⁴ W jednym wyroku, w którym Trybunał pominął test prawowity cel, badane ograniczenie zostało później uznane za nieproporcjonalne. W 7 wyrokach, w których Trybunał pominął test przydatności, ograniczenie zostało utrzymane jako proporcjonalne, a w 16 uznano je za nieproporcjonalne. W 8 orzeczeniu, w którym Trybunał pominął test konieczności, ograniczenie zostało utrzymane jako proporcjonalne, a w 10 stwierdzono, że jest nieproporcjonalne.

⁷¹⁵ Krzysztof Wojtyczek zauważa, że aby ocenić, czy środki są odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu, należy najpierw określić cele ustawodawcy na podstawie skutków prawnych badanej regulacji. W konsekwencji cel ustawodawcy ustalony w odniesieniu do skutków tej regulacji niekoniecznie jest identyczny z faktycznym celem, którym kierował się ustawodawca. Dlatego też proponuje on pominięcie tego testu przydatności, polecając,



Rysunek 5. Częstotliwość pomijania etapów analizy

Źródło: opracowanie własne.

Podczas gdy praktyka pomijania etapu sugeruje milczące potwierdzenie przez Trybunał zgodności badanego ograniczenia z określonym kryterium, praktyka pozostawienia etapu bez rozstrzygnięcia wskazuje, że Trybunał nie był skłonny do uznania niekonstytucyjności regulacji na tej konkretnej podstawie. W przypadku braku konkluzyjnego rozstrzygnięcia danego etapu występuje zatem podobieństwo do kontynuacji analizy proporcjonalności pomimo negatywnego wyniku testu.

W odniesieniu do testu prawowitego celu liczba spraw, w których Trybunał nie odpowiedział wiążąco na to pytanie, wynosi 2 (2%). W obu tych przypadkach Trybunał ostatecznie uznał badaną regulację za nieproporcjonalną (na późniejszym etapie). Praktyka ta pokazuje, że liczba spraw (kończących się nieproporcjonalnym orzeczeniem), w których

aby badać jedynie, czy skutki prawne regulacji są zgodne z konstytucją. Podobnie argumentuje on, że oficjalnie deklarowany cel legislacyjny prawie nigdy nie jest sprzeczny z konstytucją. W związku z badaniem czy deklarowane cele są zgodne z prawem może okazać się niepraktyczne. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 153.

Trybunał kontynuuje analizę proporcjonalności bez względu na negatywny wynik testu lub brak zdecydowanej odpowiedzi co do prawowości celów legislacyjnych, jest raczej mała (8 spraw, czyli 14% wszystkich spraw, w których wynik był negatywny). Ponadto w większości spraw, w których akt normatywny nie spełnił wymogu prawowitego celu, Trybunał był skłonny uznać jego niekonstytucyjność wyłącznie na tej podstawie. W świetle przytoczonych tu danych test prawowitego celu stanowi istotną przeszkodę dla ustawodawcy. Dane te wskazują na ważną rolę prawowitego celu w badaniu ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw w polskim orzecznictwie.

Na etapie oceny przydatności stwierdzono 8 przypadków, w których test pozostawiono bez rozstrzygnięcia. Z tych 8 przypadków, w 5 Trybunał ostatecznie orzekł o niekonstytucyjności badanego ograniczenia. Dla porównania, etap oceny konieczności pozostał bez rozstrzygnięcia w 6 sprawach, z których 4 ostatecznie zakończyły się uznaniem niekonstytucyjności badanej regulacji. Biorąc pod uwagę, że w większości spraw (18, czyli 67% spraw, które nie przeszły testu konieczności) Trybunał kontynuował analizę proporcjonalności bez względu na negatywny wynik uzyskany na etapie konieczności, praktyka pozostawienia tego etapu bez rozstrzygnięcia jedynie potwierdza, że Trybunał często powstrzymuje się od stwierdzenia niekonstytucyjności badanego ograniczenia bez uwzględnienia analizy proporcjonalności *sensu stricto*. Tę praktykę można wyjaśnić trudnościami powstającymi podczas oceny restrykcyjności i skuteczności środków alternatywnych, która wchodzi w skład standardowej analizy konieczności⁷¹⁶. Być może dlatego podjęcie decyzji o tym, czy alternatywne środki są rzeczywiście mniej restrykcyjne, choć równie skuteczne co środki będące przedmiotem kontroli, wymaga dodatkowego uzasadnienia w postaci zastosowania zasady proporcjonalności *sensu stricto*.

⁷¹⁶ *Ibidem*, s. 159.

4.3. Podsumowanie

Podsumowując wyniki badań ilościowych, należy stwierdzić, że ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności w badanym okresie czasu często nie spełniały kryterium prawowitego celu. Test prawowitego celu okazuje się przy tym wyjątkowo mocną podstawą do uzasadnienia niekonstytucyjności badanej regulacji. Wskaźnik negatywnych wyników kontroli na etapie przydatności jest znaczny, lecz w przeważającej liczbie spraw Trybunał wykazuje tendencję do kontynuowania analizy proporcjonalności po uzyskaniu negatywnego wyniku na tym etapie, a zatem moc tego kryterium jest niska. Wypływa stąd wniosek, że Trybunał niechętnie kwestionuje w sposób otwarty założenie racjonalności prawodawcy.

Na etapie oceny konieczności wynik negatywny uzyskano w prawie połowie wszystkich spraw, w których stwierdzono niekonstytucyjność badanej normy. Jednakże w większości przypadków Trybunał kontynuował analizę po stwierdzeniu braku spełnienia tego kryterium. Wskaźnik niepowodzenia testu proporcjonalności *sensu stricto* był najwyższy, ale tylko w jednej czwartej odnosi się on do spraw, w których badane ograniczenie po raz pierwszy nie zaliczyło pozytywnie danego etapu. W pozostałej liczbie spraw negatywny wynik testu proporcjonalności w ścisłym znaczeniu nie jest jedynym niezaliczonym kryterium. Praktyka ta wskazuje, że w przeważającej liczbie spraw Trybunał uznał badane ograniczenie za nieproporcjonalne na podstawie kilku niezaliczonych testów wchodzących w ramy analizy proporcjonalności. Na podstawie przytoczonych tu wyników można wnioskować, że ciężar niepowodzenia nie spoczywa wyłącznie na ostatecznym etapie analizy proporcjonalności. Niechęć do polegania wyłącznie na konieczności lub proporcjonalności *sensu stricto* należy łączyć z subiektywnym charakterem tych kryteriów, a przede wszystkim unikania wartościujących ocen (ważenia), które kwestionują wybór ustawodawcy. Wydaje się zatem, że Trybunał stara

się nie orzekać o niekonstytucyjności badanych aktów normatywnych tylko ze względów aksjologicznych⁷¹⁷. Dlatego też jego rozstrzygnięcia często opierają się na negatywnych wynikach kilku testów⁷¹⁸. Natomiast 4 wyroki, w których badane ograniczenia nie spełniły kryteriów przydatności, konieczności ani proporcjonalności *sensu stricto*, wyraźnie potwierdzają odmienną interpretację zasady proporcjonalności, zgodnie z którą trzy kryteria stosuje się łącznie⁷¹⁹.

⁷¹⁷ M. Szydło, *Komentarz do art. 31...*

⁷¹⁸ Było tak w 22 sprawach (37% wszystkich spraw zakończonych uznaniem nieproporcjonalności badanego ograniczenia).

⁷¹⁹ Por. wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11.

Zakończenie

W teorii demokracji konstytucyjnej opartej na zasadach rządów prawa, demokracji i praw człowieka sądy konstytucyjne równoważą namiętności rządzącej większości swoją rozważą. Sądowa kontrola konstytucyjności służy bowiem nie tylko zagwarantowaniu nadrzędności konstytucji, ale i zasadzie podziału władzy. W modelu liberalnego konstytucjonalizmu sędziowie dokonujący oceny zgodności prawa z Konstytucją działają jako pośrednicy między społeczeństwem a władzą ustawodawczą. W tym układzie niezmiernie ważny jest jednak dialog między sądami a ustawodawcą oraz zrozumienie decyzji sądów przez społeczeństwo.

Zdaniem Roberta Alexy'ego kontrola sądowa nie jest sprzeczna z ideą demokracji, gdyż uzupełnia proces deliberacyjny, który (przynajmniej w teorii) odbywa się przy udziale parlamentu, procesem argumentacyjnym⁷²⁰. Podobnie Mattias Kumm uważa, że sądowa kontrola konstytucyjności instytucjonalizuje argumentację sokratyczną i praktyczne rozumowanie⁷²¹. Również Martin Loughlin twierdzi, że rozumność sędziów pozwala naprawić błędy procesów politycznych, a także złagodzić napięcia występujące w dyskursie prawnym, wynikające z dwóch przeciwstawnych koncepcji rozumienia państwa jako ucieleśnienia określonego społeczeństwa (*societas*) lub uniwersalizmu (*universitas*), a zatem autonomii i praw jednostki⁷²².

Standardowym wyzwaniem dla instytucji kontroli sądowej (*judicial review*) jest zarzut braku demokratycznej legitymacji i odpowiedzialności sądu⁷²³. W tym kontekście najczęściej powtarzanym argumentem jest

⁷²⁰ R. Alexy, *Balancing, Constitutional Review and Representation*, „International Journal of Constitutional Law” 2005, vol. 3, s. 572–581.

⁷²¹ M. Kumm, *Institutionalizing Socratic...*

⁷²² M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford 2010, s. 152.

⁷²³ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Boston 2004.

pytanie o to, kto pilnuje sędziów jako strażników konstytucji (*who guards the guardians*)⁷²⁴. Oczywiście zaletą sądowej kontroli konstytucyjności w przypadku prawidłowo działającego sądu konstytucyjnego jest nie tylko sankcjonowanie naruszeń konstytucji, ale powstrzymanie władzy. Można bowiem oczekiwać, że organy władzy złagodzą swoje działania, przewidując, że sąd uzna je za niekonstytucyjne. W praktyce jednak rządy (rządzący) często podejmują decyzje sprzeczne z wyrokami sądów konstytucyjnych lub podejmują ryzyko działania wbrew konstytucji w sytuacji niepewności co do wiążącego standardu konstytucyjnego, a w skrajnych przypadkach podejmują próby podporządkowania sobie sądów konstytucyjnych. Niewątpliwie wadą sądowej kontroli konstytucyjności jest możliwość nadużyć władzy sądowniczej.

Podstawowa trudność demokracji opartej na rządach prawa i prawach człowieka leży więc w pytaniu, jak stworzyć silny sąd konstytucyjny, którego nie tylko wyroki będą respektowane, ale autorytet będzie działał hamująco na władzę wykonawczą i ustawodawczą, a orzecznictwo będzie promieniowało na orzecznictwo sądów rozstrzygających sprawy obywateli, a jednocześnie zapewnić mu silną legitymację społeczną. Jedną z prób odpowiedzi na to pytanie jest wskazanie na ograniczającą rolę zasady proporcjonalności.

Należy zatem podkreślić, że sam wybór analizy proporcjonalności jako metody rozstrzygnięcia sprawy to wynik uznania sądu. Jest wyborem określonej interpretacji spośród innych możliwych interpretacji problemu konstytucyjnego (co nie zmienia jednak tego, że sąd konstytucyjny zasadniczo pozostaje związany granicami wniosku o przeprowadzenie kontroli). Jednocześnie jest to wynik samoograniczenia się, gdyż narzuca pewien rygorystyczny form stosowanej do oceny badanych ograniczeń. O ile jednak sam wybór analizy proporcjonalności jako

⁷²⁴ D. Grimm, *Constitutional Adjudication and Democracy*, [w:] M. Andenas, D. Fairgrieve (red.), *Judicial Review in International Perspective. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague 2000, s. 104.

metody rozstrzygania konfliktu wartości jest stosunkowo łatwy do przewidzenia, o tyle tego samego nie można powiedzieć o wyniku zastosowania tej analizy.

W praktyce analiza proporcjonalności może bowiem nastęrczać sędziom trudnych pytań, do których zwyczajnie nie są przygotowani. Dlatego też w niektórych sprawach sędziowie muszą polegać na wiedzy i doświadczeniu innych, w tym na ocenie rządu, zwłaszcza w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy pożądaný cel mógłby zostać osiągnięty przez łagodniejsze prawo lub politykę (w mniejszym stopniu ograniczające prawa jednostki)⁷²⁵. Może się jednak okazać, że argumentacyjne zdolności sądów skutecznie zrekompensują braki wiedzy czy doświadczenia w określonej materii, a także braki procesu decyzyjnego w administracji lub procesu ustawodawczego. Istnieją bowiem różne sposoby na to, jak sąd konstytucyjny może stać się forum deliberacji⁷²⁶.

Niemniej jednak brak zaufania do sądów konstytucyjnych jest oznaką poważnego kryzysu legitymizacji demokratycznego państwa. Jak wiadomo, sądy konstytucyjne to najmniej niebezpieczna z władz, gdyż nie mają do dyspozycji środków przymusu (*sword*) czy perswazji finansowej (*purse*). Wszystko, co mają, to rozważa (*prudence*) i zaufanie społeczeństwa do ich uczciwości, neutralności, szacunku dla równości i wysokiego standardu moralnego⁷²⁷. Jednak zaufanie publiczne nie jest udzielane raz na zawsze, ale należy je pielęgnować. Jedna błędna decyzja może bowiem zniszczyć zaufanie do sądu, pomimo setek wydanych wyroków, które zostały uznane za część historii i tradycji prawnej narodu.

⁷²⁵ M. Elliott, *Proportionality and Deference: The Importance of A Structured Approach*, [w:] C. Forsyth et al. (red.), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, Oxford 2010, s. 272.

⁷²⁶ C. Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford 2013, s. 85–99.

⁷²⁷ A. Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, [w:] M. Andenas, D. Fairgrieve (red.), *Judicial Review in International Perspective. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague 2000, s. 127.

Niewątpliwie sądy konstytucyjne mają własne instytucjonalne ambicje, aby zwiększać swą władzę, wpływy i znaczenie. Natomiast ambicja wzmacniania autorytetu sądów konstytucyjnych ma co najmniej trzy poważne konsekwencje, jeżeli chodzi o zastosowanie analizy proporcjonalności. Po pierwsze, sądy konstytucyjne uznały analizę proporcjonalności za standard orzeczniczy w sprawach dotyczących praw i wolności jednostki, widząc w niej potencjał na rozszerzenie swojej władzy. Po drugie, przyjęcie analizy proporcjonalności przyczyniło się do powszechnej tendencji szerokiej interpretacji praw. Po trzecie, stosując analizę proporcjonalności, sądy przesunęły punkt ciężkości na etap wagi kolidujących wartości, podchodząc do wcześniejszych etapów testu proporcjonalności z mniejszą uwagą⁷²⁸. W szczególności sądy rzadko uznają, że badane przepisy, polityka lub decyzje nie spełniają testu prawowitego celu, a także często pomijają test konieczności (test najmniej uciążliwych środków)⁷²⁹.

Dlatego też uznanie analizy proporcjonalności jako właściwego standardu orzeczniczego (a ściśle mówiąc – reguły kolizyjnej w sprawach dotyczących praw i wolności) powinno iść w parze z uznaniem określonej struktury i metod tej analizy. I choć trudno oczekiwać, aby sam wynik analizy proporcjonalności był przewidywalny, konieczne wydaje się uczynienie sposobu dokonywania analizy proporcjonalności bardziej przewidywalnym⁷³⁰. W tym kontekście przewidywalność jawi się jako kluczowe pojęcie państwa prawa, a związane wcześniejszym orzecnictwem dotyczy właśnie metod analizy proporcjonalności.

Jak zauważył Martin Shapiro, „jeśli orzeczenia sądowe nie byłyby traktowane przez samych sędziów jako reguły, których należy

⁷²⁸ M. Elliot, *Proportionality and Deference...*, s. 266.

⁷²⁹ Tendencja ta jest widoczna w samym sformułowaniu testu proporcjonalności w Wielkiej Brytanii. Por. A. Kavanagh, *Constitutional Review...*, s. 242.

⁷³⁰ M. Elliot, *Proportionality and Deference...*, s. 266, 267 („This lack of clarity about both the structure of proportionality doctrine and the content of the tests of which it is comprised is problematic for several reasons”).

przestrzegać w przyszłych sprawach, a zatem przynajmniej ograniczające ich przyszłe wybory, prawotwórcze działania orzecznictwa [w oryginale – *judicial lawmaking*] rozpadłoby się na wiele całkowicie arbitralnych i nieprzewidywalnych, indywidualnych decyzji dotyczących polityki publicznej. Takie rozwiązanie jest w stanie skutecznie ograniczyć instytucjonalną żywotność sądów, a w istocie reżimu politycznego, jeśli ten reżim będzie próbował zachować praworządność i odrzuci arbitralne sprawowanie władzy. Jeśli obywatele nie mogą dokładnie przewidzieć, jakie będą przyszłe skutki sądowego stosowania prawa, nie będą odwoływać się do sądów i, co ważniejsze, nie będą prowadzić swoich spraw zgodnie z przewidywaniami, jakie zachowania sądy uznają za zgodne z prawem i niezgodne z prawem. Bez przewidywalnego egzekwowania prawo przestaje być skutecznym ograniczeniem postępowania. Bez przewidywalnych skutków, sądy przestają być skutecznym środkiem egzekwowania prawa, a tym samym tracą przydatność dla reżimów politycznych, które są oparte na rządach prawa. Tak więc nawet reżimy, które odżegnują się od uznania prawotwórczej mocy orzeczeń i/lub praktyki *stare decisis*, w rzeczywistości albo traktują wcześniejsze orzeczenia sądowe jako ograniczenia dla przyszłych, albo tworzą alternatywne modele tworzenia sądowej przewidywalności, jednocześnie pozwalając na zmianę w czasie⁷³¹ (tłum. własne). Jeśli zatem sukces władzy sądowniczej ma być definiowany w kategoriach przejrzystego orzecznictwa, to należy przez to rozumieć jasny sposób rozumowania sądów, które to rozumowanie dostarcza rzetelnych wskazówek jednostkom i organom władzy publicznej na temat dopuszczalnego zakresu ingerencji władzy, a tym samym tworzy podstawy, na których można budować spójną doktrynę uznania sędziowskiego⁷³². Jednocześnie uznanie sędziowskie w przypadku analizy proporcjonalności ma dwoistą

⁷³¹ M. Shapiro, *Law, Courts and Politics*, [w:] T. Ginsburg, R.A. Kagan (red.), *Institutions and Public Law*, New York 2005, s. 293.

⁷³² M. Elliott, *Proportionality and Deference...*, s. 285.

naturę, z jednej strony dotyczy oceny faktów normatywnie istotnych, a z drugiej – ocen moralnych⁷³³.

W tym kontekście oprócz wymogu powtarzalności, a w konsekwencji przewidywalności sposobu dokonywania analizy proporcjonalności, jawi się także postulat wrażliwości na preferencje społeczne. Jak wskazuje Wojciech Sadurski, demokratyczność władzy sądowniczej przejawia się w prawowitości wyroków zwłaszcza dotyczących wrażliwych sfer, w których preferencje społeczeństwa odgrywają ważną rolę⁷³⁴. Zauważa on jednak, że zakres spraw, dla których właściwym standardem jest wrażliwość na preferencje społecznie (*choice sensitivity*), jest w rzeczywistości dość wąski. Także podręcznikowe przykłady takich spraw (czy zbudować nowy stadion, czy drogę z dostępnych funduszy publicznych) wskazują, że ostre alternatywy, w których wybór każdej z opcji wydaje się równie dobrze uzasadniony, a czynnikiem przeważającym jest poparcie społeczne, są bardzo rzadkie. Dlatego też w większości spraw tym, co ma znaczenie dla prawomocności decyzji, są racje, które można wskazać jako ich uzasadnienie. Sam więc fakt szczególnej dystrybucji preferencji jest niewystarczający (lub nawet nieistotny) dla prawowitości decyzji odzwierciedlających ten układ, chyba że mamy do czynienia z decyzjami, które są bardzo proste lub bardzo trywialne – coś, co rzadko pojawia się w polityce. W końcu nie ma nic szczególnie wartościowego w zaspakajaniu preferencji – lub działania na podstawie preferencji innych osób – niezależnie od ich treści, gdyż byłoby to milczące założenie, że podstawą legitymacji jest kryterium wrażliwości na preferencje⁷³⁵.

W praktyce sądy mogą okazać się jednak wrażliwe na preferencje społeczne, a przede wszystkim odbiór ich wyroków przez określone kręgi decyzyjne. Joseph Weiler w swojej krytyce wyroku sprawy dotyczącej zakazu noszenia chusty muzułmańskiej przez prywatnego pracodawcę

⁷³³ *Ibidem*.

⁷³⁴ W. Sadurski, *Supranational Public...*, s. 10.

⁷³⁵ *Ibidem*.

przywoływał reakcje sędziów wypowiedziane w prywatnych rozmowach⁷³⁶. Rozmowy te sugerowały, że orzekając o kwestiach wrażliwych społecznie, sędziowie są najzwyczajniej ostrożni. W takich sprawach metoda sokratyczna zadawania pytań zawartych w teście proporcjonalności nie polega więc na negowaniu wiedzy przeciwnika, na zbijaniu jego argumentów, aż do podważenia racjonalności postępowania, ale na podjęciu kolejnego etapu dyskusji nad badaną sprawą, bez negacji wiedzy, która legła u podstaw pierwotnej decyzji⁷³⁷.

Należy zatem pamiętać, że sędziowie, a zwłaszcza sędziowie sądów konstytucyjnych, również mają własne – uświadomione lub nie – motywy działań. Jednym z takich motywów może być dojście do określonego wniosku. Zjawisko kierowania się motywowanymi racjami zostało opisane na gruncie psychologii poznania⁷³⁸. Przede wszystkim Ziva Kunda dowodzi, że w procesach poznawczych motywacja ma wpływ na rozumowanie przez to, że osoby mają tendencję do przetwarzania informacji w kierunku zgodnym z preferowanym rozstrzygnięciem⁷³⁹.

Przenosząc te refleksje na grunt prowadzonych badań nad orzecznictwem polskiego sądu konstytucyjnego, można zauważyć, że racją

⁷³⁶ J. Weiler, 'Je Suis Achbita', „European Journal of International Law” 2017, vol. 28, s. 1001 („Judges in private conversations will tell you: ‘We simply could not do that’”).

⁷³⁷ Jak pamiętamy, Sokrates poniósł śmierć właśnie za stosowanie metody elenktycznej. G.A. Scott, *Introduction*, [w:] G.A. Scott (red.), *Does Socrates Have a Method? Rethinking the Elenchus in Plato's Dialogues*, Penn State University Press 2004.

⁷³⁸ P.H. Ditto, D.A. Pizarro, D. Tannenbaum, *Motivated Moral Reasoning*, [w:] D.E. Bartels, C. Bauman, L. Skitka, D. Medin (red.), *Psychology of Learning and Motivation*, vol. 50, Cambridge, MA, 2009, s. 307, 310.

⁷³⁹ Z. Kunda, *The Case of Motivated Reasoning*, „Psychological Bulletin” 1990, vol. 12, s. 480 („motivation may affect reasoning through reliance on a biased set of cognitive processes – that is, strategies for accessing, constructing, and evaluating beliefs. The motivation to be accurate enhances use of those beliefs and strategies that are considered most appropriate, whereas the motivation to arrive at particular conclusions enhances use of those that are considered most likely to yield the desired conclusion. There is considerable evidence that people are more likely to arrive at conclusions that they want to arrive at, but their ability to do so is constrained by their ability to construct seemingly reasonable justifications for these conclusions”).

motywującą proces oceny proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności może być swoiście rozumiana zasada proporcjonalności, a więc dojście do proporcjonalnego z punktu widzenia systemu konstytucyjnego rozstrzygnięcia sprawy. W świetle tych obserwacji nie można jednoznacznie wskazać, jakie czynniki (zewnętrzne lub wewnętrzne) ostatecznie przesądzają o przyjęciu motywacji dojścia do określonego wyniku analizy proporcjonalności. Jednocześnie w niektórych sprawach oczywiste jest, że czynniki takie odegrały istotną rolę.

Podsumowując, należy stwierdzić, że zasada proporcjonalności wiąże sąd konstytucyjny nie tylko w odniesieniu do samego procesu oceny ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw, ale także w odniesieniu do wyważenia racji o rozstrzygnięciu sprawy, czyli decyzji o zgodności (lub niezgodności) z konstytucją, a w szczególności decyzji o zakresie niezgodności i jej skutkach, zakresie czasowym skutków tej decyzji, a także o ewentualnych środkach naprawczych. Ocena ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności jako taka stanowi akt władczy i sama powinna być zgodna z zasadą „złotego środka”, a więc uważnie wyważać racje za uznaniem określonego przepisu (normy) za niezgodną z konstytucją i przeciw niemu.

Dlatego też wydaje się, że podejmując oceny ograniczeń praw, sądy dokonują „wewnętrznej” oceny proporcjonalności własnej ingerencji – po pierwsze, w zakres kompetencji innych władz (ustawodawcy lub organów administracji), ale pośrednio także w sferę praw i wolności jednostki (w sytuacji gdy pierwotne ograniczenie zostanie zastąpione decyzją sądu). Stąd też wynik oceny proporcjonalności może zależeć od tego, jak sąd oceni przydatność, konieczność oraz proporcjonalność w ścisłym znaczeniu własnej ingerencji. Być może więc sąd konstytucyjny uzna, że jego ingerencja w decyzje i wybory innych organów nie jest konieczna, jeżeli miałyby się okazać, że skutek uchylecia (dla ogółu) byłby nieproporcjonalny w stosunku do korzyści (czyli stwierdzenia naruszenia konstytucji). Może się bowiem okazać, że racje

przemawiające za uchyleniem problematycznego przepisu lub praktyki nie są przeważające. Takie rozumienie wskazuje na konieczność wydawania również innych orzeczeń (interpretacyjnych lub zakresowych), które nie działają jak „gilotyna”. Uwagi te potwierdzają inni badacze sądownictwa konstytucyjnego, którzy wskazują, że wbrew powszechnemu przekonaniu sądy często wstrzymują się od bezwzględnego uchylenia przepisów niezgodnych z konstytucją lub prawami człowieka (*holding back from striking down*)⁷⁴⁰.

Z perspektywy globalnego prawa konstytucyjnego można zatem mówić o roli zasady proporcjonalności jako elementu strategii sądowej służącej z jednej strony zabezpieczeniu funkcjonowania określonego systemu prawnego (poprzez nadrzędność konstytucji, a na poziomie Rady Europy – efektywnej ochrony praw człowieka, czy na poziomie UE – pierwszeństwa prawa UE), a z drugiej strony celom instytucjonalnym, takim jak wzmocnienie autorytetu sądu jako arbitra w stosunku do innych władz (państw na poziomie międzynarodowym czy na poziomie Unii Europejskiej).

Sama zatem analiza proporcjonalności jest w istocie bardzo ważnym narzędziem władzy sędziowskiej, ponieważ pozwala na dokonanie własnej oceny wagi kolidujących wartości i dóbr (interesów) i zastąpienia nią oceny innych. Ocena proporcjonalności ograniczeń będących przedmiotem kontroli sądu jest jednak najczęściej bardzo pragmatyczna i ujęta w ramach pytania, czy inne podmioty dokonały sprawiedliwego wyważenia racji (*whether a fair balance has been struck*). Nie jest to więc ocena, czy badane ograniczenie stanowi idealne rozwiązanie, ale rozwiązanie akceptowalne w kontekście danych okoliczności. Sądy powinny jednak zadbać o to, aby argumenty, które posłużyły do zaakceptowania określonych rozwiązań jako proporcjonalnych, były wyraźnie przedstawione i zrozumiałe, a tym samym otwarte na publiczną ocenę racji (rozumności) rozstrzygnięć sądu.

⁷⁴⁰ A. Kavanagh, *Collaborative Constitutions*, Cambridge 2019 [w przygotowaniu].

Bibliografia

- Aleinikoff A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, „Yale Law Journal” 1984, vol. 96.
- Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, (tłum. J. Rivers), Oxford 2002.
- Alexy R., *Balancing, Constitutional Review and Representation*, „International Journal of Constitutional Law” 2005, vol. 3.
- Alexy R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16.
- Alexy R., *Thirteen Replies*, [w:] G. Pavlakos (red.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007.
- Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp 2001.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Barak A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge 2006.
- Barak A., *The Judge in a Democracy*, Princeton 2008.
- Barak A., *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, [w:] M. Andenas, D. Fairgrieve (red.), *Judicial Review in International Perspective. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague 2000.
- Beatty D., *The Ultimate Rule of Law*, New York 2004.
- Belavusau U., Henrard K. (red.), *EU Anti-discrimination Law beyond Gender*, Oxford 2018.
- Bellamy R., *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, New York 2007.
- Białostocki J., *Sztuka cenniejsza niż złoto*, Warszawa 2004.
- Bomhoff J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge 2013.
- Borowski M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 2007.
- Borowski M., *Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art. 52(1)*

- Charter of Fundamental Rights of the European Union*, „Legisprudence” 2007, vol. 7.
- Brems E., Lavrysen L., ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: *Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2015, vol. 15.
- Brzozowski W., Krzywoń A., Wiącek M., *Prawa człowieka*, Warszawa 2018.
- Búrca G. de, *The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law” 1993, vol. 13, s. 105–150.
- Choudhry S. (red.), *The Migration of Constitutional Ideals*, Cambridge 2006.
- Choudhry S., *So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1*, „Supreme Court Law Review” 2006, vol. 35.
- Clément D., *Debating Rights Inflation in Canada. A Sociology of Human Rights*, Toronto 2018.
- Cohen-Elyia M., Porat I., *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, „International Journal of Constitutional Law” 2010, vol. 8.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism*, [w:] M. Tushnet, V. Jackson (red.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge 2017.
- Currie D.P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago 1994.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja, skutki prawne*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 12.
- Da Silva V.A., *Comparing the Incommensurable*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2011, vol. 31.
- Dąbrowski M., *Zasada kontryktoryjności a postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 2.
- Dębska H., *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.

- Ditto P.H., Pizarro D.A., Tannenbaum D., *Motivated Moral Reasoning*, [w:] D.E. Bartels, C. Bauman, L. Skitka, D. Medin (red.), *Psychology of Learning and Motivation*, vol. 50, Cambridge, MA, 2009.
- Dixon R., *Proportionality and Comparative Constitutional Law versus Studies*, „Law and Ethics of Human Rights” 2018, vol. 12.
- Doctrine of Double Effect*, Stanford Encyclopedia of Philosophy 2004, <https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>.
- Dworkin G., *Paternalism*, [w:] R. Sartorius (red.), *Paternalism*, Minneapolis 1983.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, 1977.
- Działocha K., *Prawa i wolności jednostki i obywatela*, [w:] A. Preisner, T. Zalasieński (red.), *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji RP*, Wrocław 2005.
- Działocha K., Zalasieński T., *‘Określoność’ przepisów prawa jako przedmiot kontroli konstytucyjności prawa w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] S. Bożyk (red.), *Prawo, parlament i egzekutywa we współczesnych systemach rządów. Księga poświęcona pamięci Profesora Jerzego Stembrowicza*, Białystok 2009.
- Elliott M., *Proportionality and Deference: The Importance of A Structured Approach*, [w:] C. Forsyth et al. (red.), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, Oxford 2010.
- Ellis E. (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999.
- Ely J.H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980.
- Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London 1996.
- Enders C., *Article 19*, [w:] V. Epping et al. (red.), *Grundgesetz, Beck Online Kommentar*, München 2018.
- Finnis J., *Natural Law and Legal Reasoning*, [w:] R.P. George (red.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford 1992.
- Finnis J., *Natural Law and Natural Rights*, New York 2011.
- Fleiner F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen 1928.

- Forst R., *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*, Cambridge 2014.
- Forst R., *The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach*, „Ethics” 2010, vol. 120.
- Forst R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York 2012.
- Frąckowiak-Adamska A., *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Gardbaum S., *Limiting Constitutional Rights*, „U.C.L.A. Law Review” 2007, vol. 54.
- Garlicki L. [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz*, T. I, Warszawa 2010.
- Garlicki L., *Constitutional Courts Versus Supreme Courts*, „International Journal of Constitutional Law” 2007, vol. 5, no. 1.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 31*, [w:] L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Perspectives on Freedom of Conscience and Religion in the Jurisprudence of Constitutional Courts*, „Brigham Young University Law Review” 2001, no. 2.
- Garlicki L., *Pierwsze orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (refleksje w 15 lat później)*, [w:] F. Rymarz, A. Jankiewicz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, Warszawa 2001.
- Garlicki L., *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10.
- Gernter N., *On Competence, Legitimacy, Proportionality*, „University of Pennsylvania Law Review” 2011-2012, vol. 160.
- Gliszczyńska-Grabias A., Sadurski W., *Freedom of Religion versus Humane Treatment of Animals: Polish Constitutional Tribunal's Judgment on Permissibility of Ritual Slaughter*, „European Constitutional Law Review” 2015, vol. 11.
- Gliszczyńska-Grabias A., Śledzińska-Simon A., *Victimhood of the Nation as a Legally Protected Value in Transitional States – Poland as a Case Study*, „Wroclaw Review of Law, Administration, and Economics” 2016, no. 6.

- Goodman R. (red.), *Pragmatism: Critical Concepts in Philosophy*, London 2005.
- Griffin J., *Incommensurability*, [w:] R. Chang (red.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge 1997.
- Grimm D., *Constitutional Adjudication and Democracy*, [w:] M. Andenas, D. Fairgrieve (red.), *Judicial Review in International Perspective. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague 2000.
- Grimm D., *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, „Toronto Law Journal” 2007, vol. 57.
- Habermas J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge 1996.
- Häberle P., *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg 1983.
- Herbert G., *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift” 1985, Jg. 12.
- Hickman T., *The Substance and Structure of Proportionality*, „Public Law” 2008.
- Holmes O.W., *Path of Law*, [w:] *Collected Legal Papers*, New York 1920.
- Hurka T., *Proportionality in the Morality of War*, „Philosophy and Public Affairs” 2005, vol. 33.
- Hübner Mendes C., *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford 2013.
- Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2015 roku*, Warszawa 2016, http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/publikacje/informacje_o_problemach/Informacja2015.pdf.
- Jackson V., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford 2010.
- Jackson V.C., *Constitutional Law in the Age of Proportionality*, „Yale Law Journal” 2015, vol. 124.
- Jestaedt M., Lepsius O. (red.), *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen 2015.
- Jhering R. von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Tübingen 1884.
- Kavanagh A., *Collaborative Constitutions*, Cambridge 2019 [w przygotowaniu].

- Kavanagh A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge 2009.
- Khosla M., *Proportionality: an Assault on Human Rights? A Reply*, „International Journal of Constitutional Law” 2010, nr 8.
- Klatt M., Meister M., *Proportionality – a Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, vol. 10.
- Klatt M., Meister M., *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford 2012.
- Koncewicz T.T., “Emergency Constitutional Review”: *Thinking the Unthinkable? A Letter from America*, „Verfassungsblog” 29.03.2016, <https://verfassungsblog.de/emergency-constitutional-review-thinking-the-unthinkable-a-letter-from-america/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20160330-093907>.
- Kremnitzer M., *Is Proportionality an Effective Protector of Human Rights? ‘Proportionality and Constitutional Culture’ by Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat – a Critique*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2014, vol. 10.
- Kremnitzer M., Lang A., Steiner T. (red.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge 2019 [w przygotowaniu].
- Krüger H., *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, [w:] J. Seifert, H. Krüger (red.), *Die Einschränkung der Grundrechte*, Hannover 1976.
- Krzyżanowska-Mierzevska M., *The Reception Process in Poland and Slovakia*, [w:] H. Keller, A. Stone Sweet (red.), *The Impact of the ECHR on National Legal System*, Oxford 2008.
- Kühn Z., *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation?*, Leiden 2011.
- Kumm M., *Constitutional Rights as Principles*, „International Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 2, no. 3.
- Kumm M., *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, „European Journal of Legal Studies” 2007, vol. 1, no. 2.

- Kumm M., *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, [w:] G. Pavlakos (red.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007.
- Kumm M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Right-Based Proportionality Review*, „Law and Ethics of Human Rights” 2010, vol. 4.
- Kumm M., *What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, New York University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2006, no. 6-41.
- Kunda Z., *The Case of Motivated Reasoning*, „Psychological Bulletin” 1990, vol. 12.
- Kustra A., *Zasada związania granicami wniosku w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 3.
- Ledford K.F., *Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court (1876–1914)*, „Central European History” 2004, vol. 7.
- Loughlin M., *Foundations of Public Law*, Oxford 2010.
- Łabno A., *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.
- Łętowska E., *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnień sądowych*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 5.
- Łętowska E., *Wprowadzenie do problematyki proporcjonalności*, [w:] P. Szymaniec (red.), *Zasada proporcjonalności a ochrona praw podstawowych w państwach Europy*, Wałbrzych 2015.
- Łętowska E., Królikowski J., Łyszkowska A., Sokólska-Warchoł J., *Zasada skargowości – wątpliwości i uwarunkowania na tle acquis constitutionnel*, [w:] K. Budzińo (red.), *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2010.
- Łętowska E., Paprocka A., Rzucidło-Grochowska I., *Podstawy uzasadniania w prawie konstytucyjnym i międzynarodowym*, [w:] I. Rzucidło-Grochowska, M. Grochowski (red.), *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, Warszawa 2015.

- Machaj Ł., *Wypowiedzi symboliczne w orzecnictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.
- Mangoldt H. von, Klein F., *Das Bonner Grundgesetz*, München 1974.
- Martin S., *The Role of Legitimacy and Proportionality in the (Supposedly Absolute) Prohibition on Inhuman and Degrading Treatment: The United Kingdom's High Court Decisions In DD V Secretary Of State*, „EJIL Talk”, December 22, 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-role-of-legitimacy-and-proportionality-in-the-supposedly-absolute-prohibition-on-inhuman-and-degrading-treatment-the-united-kingdoms-high-court-decisions-in-dd-v-secretary-of-state/>.
- Masternak-Kubiak M., *Procedura postępowania w sprawie skargi konstytucyjnej*, [w:] J. Trzcziński (red.), *Skarga konstytucyjna*, Warszawa 2000.
- Mather L., *Law and Society*, [w:] R.E. Goodin (red.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford 2011.
- Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895.
- McBride J., *Proportionality and the European Convention of Human Rights*, [w:] E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Portland 1999.
- Miller B.W., *Proportionality's Blind Spot: 'Neutrality' and Political Philosophy*, [w:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014.
- Mitchell A., *Proportionality and Remedies in WHO Disputes*, „European Journal of International Law” 2006, vol. 17.
- Möller K., *Proportionality and Rights Inflation*, [w:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014.
- Möller K., *Proportionality: Challenging the Critics*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, vol. 10.
- Möller K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012.
- Neyer J., *Justice and the Right to Justification: Conceptual Reflections*, [w:] D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams (red.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford 2015.
- Nienartowicz-Maliszewska J., *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.

- Nolte G., *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, „Modern Law Review” 1994, vol. 57.
- Nozick R., *Anarchy, State and Utopia*, New York 1974.
- Oliveira R. de, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin 2013.
- Osiatyński W., *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków 2011.
- Perju V., *Proportionality and Freedom – an Essay on a Method in Constitutional Law*, „Global Constitutionalism” 2012, vol. 1.
- Peters A., *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL) Research Paper no. 2016-10.
- Peters A., *Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip*, [w:] B. Baade *et al.*, *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen 2016.
- Peters N., *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge 2017.
- Petersen N., *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany, and South Africa*, Cambridge 2017.
- Petersen N., *Proportionality and the Incommensurability Challenge in the Jurisprudence of the South African Constitutional Court*, „South African Journal on Human Rights” 2014, vol. 30.
- Petersen N., *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen 2015.
- Piechowiak M., *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i wolności*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2.
- Pildes R., *Against Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, „Hastings Law Journal” 1994, vol. 45.
- Pildes R., *Forms of Formalism*, „Chicago Law Review” 1999, vol. 66.
- Pildes R., *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, „Review of Constitutional Studies” 2000, vol. 6.
- Poland – Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session*, Venice, 14-15 October 2016, CDL-AD(2016)026.
- Posner E.A., *The Twilight of Human Rights Law*, New York 2014.
- Posner R.A., *Law Pragmatism and Democracy*, Boston 2003.

- Proportionality in Public Policy: Towards a Better Balance between Interests and Rights in Decision-Making*, <https://cordis.europa.eu/project/rcn/109662/factsheet/pl>.
- Puchalska B., *Limits to Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*, Farnham 2011.
- Radziewicz P., *Refusal of the Constitutional Tribunal to Apply the Act Stipulating the Constitutional Review Procedure*, „Review of Comparative Law” 2017, vol. 28 1.
- Radziewicz P., *Wzruszenie ‘domniemania konstytucyjności’ aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5.
- Raport Zespołu Ekspertów do spraw problematyki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 września 2016 r.*, <http://www.marekkuchcinski.pl/wiesci-z-sejmu/raport-zespołu-ekspertow-ds-tk/>.
- Rawls J., *Political Liberalism*, New York 1993.
- Rivers J., *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, [w:] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002.
- Rodriguez Ruiz B., *Privacy in Telecommunications. A European and an American Approach*, Leiden 1997.
- RPO, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego, które wpłynęły na życie obywateli*, 16.12.2015, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wyroki-trybunału-konstytucyjnego-ktore-wplynely-na-zycie-obywateli>.
- Sadurski W., *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, Sydney Law School Research Paper no. 18/01, 17/01.2018, <https://ssrn.com/abstract=3103491>.
- Sadurski W., *Ideal „racji publicznej” a Europejski Trybunał Praw Człowieka*, [w:] G. Baranowska et al. (red.), *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, Warszawa 2018.
- Sadurski W., *Judicial Review and Public Reason*, „Sydney Law School Research Paper” 2017, no. 17/38.
- Sadurski W., *Racje Liberala. Eseje o państwie liberalno-demokratycznym*, Warszawa 1992.
- Sadurski W., *Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics*, [w:] G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (red.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht 2009.

- Sadurski W., *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005.
- Sadurski W., *Supranational Public Reason – Part I: Theory*, Sydney Law School Research Paper 2015, no. 15/02, <http://ssrn.com/abstract=2553611>.
- Safjan M., *Prawo do ochrony życia prywatnego i autonomia jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006.
- Safjan M., *Trybunał Konstytucyjny po 1997 roku – przełom czy kontynuacja?*, [w:] F. Rymarz, A. Jankiewicz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, Warszawa 2001.
- Safjan M., *Wprowadzenie*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I, Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Schauer F., *Proportionality and Question of Weight*, [w:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014.
- Scheinin M., *Core Rights and Core Obligations*, [w:] D. Shelton (red.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013.
- Schlink B., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, [w:] P. Badura, H. Dreier (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001.
- Schneide L., *Der Schutz des Wesensgehalt*, Berlin 1983.
- Schyff G. van der, *Cutting the Core of Conflicting Rights: the Question of Inalienable Cores of Rights in a Comparative Perspective*, [w:] E. Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp 2008.
- Scott G.A., *Introduction*, [w:] G.A. Scott (red.), *Does Socrates Have a Method? Rethinking the Elenchus in Plato's Dialogues*, Penn State University Press 2004.
- Shapiro M., *Law, Courts and Politics*, [w:] T. Ginsburg, R.A. Kagan (red.), *Institutions and Public Law*, New York 2005.
- Singh M.P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin 2001.
- Sobczyk M., *Protest and Counter-protest over Court Nominees Fill Streets in Poland*, „The Wall Street Journal” 13.12.2015, <https://www.wsj.com/articles/protest-and-counter-protest-over-court-nominees-fill-streets-in-poland-1450030070>.

- Souter W., *Proportionality in the EU Law: A Balancing Act*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2013, vol. 15, s. 439–466.
- Stelzer M., *Das Wesensgehaltargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Wien–New York 1991.
- Stern K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, München 1994.
- Stępkowski A., *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010.
- Stone Sweet A., *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, „Global Constitutionalism” 2012, vol. 1.
- Stone Sweet A., Mathews J., *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, „Emory Law Journal” 2011, nr 60.
- Sulitzeanu-Kenan R., Kremnitzer M., Alon S., *Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment*, „Law and Society Review” 2016, vol. 50.
- Sweet Stone A., *Constitutional Courts*, [w:] A. Sajó, M. Rosenfeld, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012.
- Szydło M., *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz – art. 1–86*, t. I, Warszawa 2016.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz–Wrocław 2011.
- Śledzińska-Simon A., *Midnight Judges: Poland’s Constitutional Tribunal Caught between Political Fronts*, „Verfassungsblog” 23.01.2015, <https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts>.
- Śledzińska-Simon A., *Prawa polityczne urzędników. Analiza porównawcza praktyki i orzecznictwa Francji, Niemiec, Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 2010.
- Śledzińska-Simon A., *Unveiling the Culture of Justification in the European Union: Religious Clothing and the Proportionality Review*, [w:] U. Be-lavusau, K. Henrard (red.), *EU Anti-discrimination Law beyond Gender*, Oxford 2018.

- Tan D., *Walking the Tightrope between Legality and Legitimacy. Taking Rights Balancing Seriously*, „Singapore Academy of Law Journal” 2017, vol. 29.
- Tatham A., *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership. The Influence of the German Model in Hungary and Poland*, Leiden 2013.
- Tischbirek A., *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung*, Tübingen 2017.
- Tornhill C., *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Oxford 2018.
- Tremblay L.B., *An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing*, „International Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 12.
- Trzeciński J., *Zakres podmiotowy i podstawa skarg konstytucyjnej*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Skarga konstytucyjna*, Warszawa 2000.
- Tsakyrakis S., *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, „International Journal of Constitutional Law” 2009, vol. 7.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 2*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Tushnet M., *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton 1999.
- Tyler T.R., *Why People Obey the Law*, Princeton 2006.
- Urbina F.J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge 2017.
- Urbina F.J., *A Critique of Proportionality*, „American Journal of Jurisprudence” 2012, vol. 57.
- Veel P.-E.N., *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making*, „Law and Ethics of Human Rights” 2010, vol. 4.
- Waldron J., *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, „Hastings Law Journal” 1994, vol. 45.
- Waldron J., *Law and Disagreement*, Oxford 1999.
- Waldron J., *Public Reason and ‘Justification’ in the Courtroom*, „Journal of Law, Philosophy and Culture” 2007, vol. 1.
- Webber G., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 2010, vol. 23.
- Webber G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009.

- Weber M., *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen 1924.
- Weiler J., 'Je Suis Achbita', „European Journal of International Law” 2017, vol. 28.
- Weinrib L., *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, [w:] S. Choudhry (red.), *The Migration of Constitutional Ideals*, New York 2006.
- Weinrib L., *The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter*, „Supreme Court Review” 1988, no. 10.
- Wellman C., *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder 1999.
- Wojtyczek K., *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli normy przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Wojtyczek K., *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym*, [w:] K. Complak (red.), *Godność człowieka jako kategoria prawna*, Wrocław 2001.
- Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.
- Wojtyczek K., *Zasada skargowości w procedurze kontroli norm przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 1.
- Wójtowicz K., *Zasada proporcjonalności jako wyznacznik konstytucyjności norm*, [w:] M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006.
- Wronkowska S., *Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995.
- Wróbel A., *Komentarz do Art. 52–54*, [w:] A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Wyrzykowski M., *Granice praw i wolności – granice władzy*, [w:] B. Oliwa-Radzikowska (red.), *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998.

- Young K.G., *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, „Yale Journal of International Law” 2008, vol. 33.
- Zakolska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008.
- Ziółkowski M., *Standard legalności ustawy w orzecznictwie konstytucyjnym*, [w:] P. Radzewicz (red.), *Kontrola legalności ustawy w Sejmie*, Warszawa 2015.

Spis orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego

- Orzeczenie z 28 maja 1986 r., sygn. U 1/86 OTK 1986, poz. 2.
- Orzeczenie z 22 kwietnia 1987 r., sygn. K 1/87 OTK 1987, poz. 3.
- Orzeczenie z 30 stycznia 1991 r., sygn. K 11/90 OTK 1991, poz. 2.
- Orzeczenie z 12 lutego 1991 r., sygn. K 6/90 OTK 1991, poz. 1.
- Orzeczenie z 11 lutego 1992 r., sygn. K 14/91 OTK 1992, poz. 7.
- Orzeczenie z 26 stycznia 1993 r., sygn. U 10/92 OTK 1993, poz. 2.
- Orzeczenie z 20 kwietnia 1993 r., sygn. U 12/92 OTK 1993, poz. 9.
- Orzeczenie z 1 marca 1994 r., sygn. U 7/93 OTK 1994, poz. 5.
- Orzeczenie z 7 czerwca 1994 r., sygn. K 17/93 OTK 1994, poz. 11.
- Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94 OTK 1995, poz. 12.
- Orzeczenie z 17 października 1995 r., sygn. K 10/95 OTK 1995, poz. 30.
- Orzeczenie z 31 stycznia 1996 r., sygn. K 9/95 OTK 1996, poz. 2.
- Orzeczenie z 17 lipca 1996 r., sygn. K 8/96 OTK 1996, nr 4, poz. 32.
- Orzeczenie z 19 listopada 1996 r., sygn. K 7/95 OTK 1996, nr 6, poz. 49.
- Orzeczenie z 30 października 1996 r., sygn. K 3/96 OTK 1996, nr 5, poz. 41.
- Orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96 OTK 1997, nr 2, poz. 19.
- Orzeczenie z 22 września 1997 r., sygn. K 25/97 OTK 1997, nr 3/4, poz. 35.
- Postanowienie z 6 lutego 2007 r., sygn. K 16/06 OTK-A 2007, nr 2, poz. 13.
- Postanowienie z 11 kwietnia 2007 r., sygn. K 2/07 OTK-A 2007, nr 4, poz. 43.
- Postanowienie z 18 października 2010 r., sygn. Kp 1/10 OTK-A 2010, nr 8, poz. 93.
- Postanowienie z 15 kwietnia 2014 r., sygn. P 11/13 OTK-A 2014, nr 4, poz. 48.
- Rozstrzygnięcie z 9 marca 2016 r., sygn. K 47/15 OTK-A 2018, poz. 31.
- Rozstrzygnięcie z 11 sierpnia 2016 r., sygn. K 39/16 OTK-A 2018, poz. 32.
- Sygnalizacja z 17 marca 2015 r. w sprawie SK 55/13 z 4 listopada 2014 r., sygn. S 3/15 OTK-A 2015, nr 3, poz. 39.
- Uchwała z 2 marca 1994 r., sygn. W 3/93 OTK 1994, poz. 17.
- Wyrok z 5 listopada 1997 r., sygn. K 22/97 OTK 1997, nr 3/4, poz. 41.

- Wyrok z 24 marca 1998 r., sygn. K 40/97 OTK 1998, nr 2, poz. 12.
- Wyrok z 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/97 OTK 1998, nr 3, poz. 29.
- Wyrok z 5 maja 1998 r., sygn. K 35/97 OTK 1998, nr 3, poz. 32.
- Wyrok z 21 października 1998 r., sygn. K 24/98 OTK 1998, nr 6, poz. 97.
- Wyrok z 10 listopada 1998 r., sygn. K 39/97 OTK 1988, nr 6, poz. 99.
- Wyrok z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98 OTK 1999, nr 1, poz. 2.
- Wyrok z 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98 OTK 1999, nr 2, poz. 25.
- Wyrok z 23 marca 1999 r., sygn. K 2/98 OTK 1999, nr 3, poz. 38.
- Wyrok z 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98 OTK 1999, nr 4, poz. 74.
- Wyrok z 9 listopada 1999 r., sygn. K 28/98 OTK 1999, nr 7, poz. 156.
- Wyrok z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98 OTK 2000, nr 1, poz. 3.
- Wyrok z 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99 OTK 2000, nr 2, poz. 60.
- Wyrok z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98 OTK 2000, nr 3, poz. 86.
- Wyrok z 26 września 2000 r., sygn. P 11/99 OTK 2000, nr 6, poz. 187.
- Wyrok z 3 października 2000 r., sygn. K 33/99 OTK 2000, nr 6, poz. 188.
- Wyrok z 24 października 2000 r., sygn. K 12/00 OTK 2000, nr 7, poz. 255.
- Wyrok z 7 lutego 2001 r. sygn. K 27/00 OTK 2001, nr 2, poz. 29.
- Wyrok z 20 lutego 2001 r., sygn. P 2/00 OTK 2001, nr 2, poz. 32.
- Wyrok z 19 marca 2001 r., sygn. K 32/00 OTK 2001, nr 3, poz. 50.
- Wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00 OTK 2001, nr 3, poz. 54.
- Wyrok z 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00 OTK 2001, nr 3, poz. 56.
- Wyrok z 29 czerwca 2001 r., sygn. K 23/00 OTK 2001, nr 5, poz. 124.
- Wyrok z 22 października 2001 r., sygn. SK 16/01 OTK 2001, nr 7, poz. 214.
- Wyrok z 30 października 2001 r., sygn. K 33/00 OTK 2001, nr 7, poz. 217.
- Wyrok z 8 listopada 2001 r., sygn. P 6/01 OTK 2001, nr 8, poz. 248.
- Wyrok z 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01 OTK-A 2002, nr 1, poz. 3.
- Wyrok z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00 OTK-A 2002, nr 2, poz. 18.
- Wyrok z 16 kwietnia 2002 r., sygn. 23/01 OTK-A 2002, nr 3, poz. 26.
- Wyrok z 19 czerwca 2002 r., sygn. K 11/02 OTK-A 2002, nr 4, poz. 43.
- Wyrok z 15 października 2002 r., sygn. SK 6/02 OTK-A 2002, nr 5, poz. 65.
- Wyrok z 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02 OTK-A 2001, nr 6, poz. 83.

- Wyrok z 27 stycznia 2003 r., sygn. SK 27/02 OTK-A 2003, nr 1, poz. 2.
Wyrok z 28 maja 2003 r., sygn. K 44/02 OTK-A 2003, nr 5, poz. 44.
Wyrok z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 OTK-A 2003, nr 6, poz. 62.
Wyrok z 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02 OTK-A 2003, nr 9, poz. 96.
Wyrok z 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02 OTK-A 2004, nr 4, poz. 30.
Wyrok z 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03 OTK-A 2004, nr 4, poz. 31.
Wyrok z 26 kwietnia 2004 r., sygn. K 50/02 OTK-A 2004, nr 4, poz. 32.
Wyrok z 20 lipca 2004 r., sygn. SK 11/02 OTK-A 2004, nr 7, poz. 66.
Wyrok z 27 października 2004 r., sygn. SK 1/04 OTK-A 2004, nr 9, poz. 96.
Wyrok z 13 grudnia 2004 r., sygn. K 20/04 OTK-A 2004, nr 11, poz. 115.
Wyrok z 19 kwietnia 2005 r., sygn. K 4/05 OTK-A 2005, nr 4, poz. 37.
Wyrok z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05 OTK-A 2005, nr 4, poz. 42.
Wyrok z 17 maja 2005 r., sygn. P 6/04 OTK-A 2005, nr 5, poz. 50.
Wyrok z 18 maja 2005 r., sygn. K 16/04 OTK-A 2005, nr 5, poz. 51.
Wyrok z 11 września 2005 r., sygn. Kp 1/05 OTK-A 2005, nr 8, poz. 93.
Wyrok z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04 OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.
Wyrok z 18 stycznia 2006 r., sygn. K 21/05 OTK-A 2006, nr 1, poz. 4.
Wyrok z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06 OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.
Wyrok z 11 grudnia 2006 r., sygn. SK 15/06 OTK-A 2006, nr 11, poz. 170.
Wyrok z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06 OTK-A 2007, nr 2, poz. 11.
Wyrok z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05 OTK-A 2007, nr 3, poz. 24.
Wyrok z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06 OTK-A 2007, nr 3, poz. 30.
Wyrok z 10 lipca 2007 r., sygn. SK 50/06 OTK-A 2007, nr 7, poz. 75.
Wyrok z 8 października 2007 r., sygn. K 20/07 OTK-A 2007, nr 9, poz. 102.
Wyrok z 9 października 2007 r., sygn. SK 70/06 OTK-A 2007, nr 9, poz. 103.
Wyrok z 5 grudnia 2007 r., sygn. K 36/06 OTK-A 2007, nr 11, poz. 154.
Wyrok z 13 grudnia 2007 r., sygn. SK 37/06 OTK-A 2007, nr 11, poz. 157.
Wyrok z 8 stycznia 2008 r., sygn. P 35/06 OTK-A 2008, nr 1, poz. 1.
Wyrok z 20 lutego 2008 r., sygn. K 30/07 OTK-A 2008, nr 1, poz. 6.
Wyrok z 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07 OTK-A 2008, nr 3, poz. 45.
Wyrok z 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07 OTK-A 2008, nr 4, poz. 62.

- Wyrok z 10 czerwca 2008 r., sygn. SK 17/07 OTK-A 2008, nr 5, poz. 78.
- Wyrok z 8 lipca 2008 r., sygn. K 46/07 OTK-A 2008, nr 6, poz. 104.
- Wyrok z 19 września 2008 r., sygn. K 5/07 OTK-A 2008, nr 7, poz. 124.
- Wyrok z 29 września 2008 r., sygn. SK 52/05 OTK-A 2008, nr 7, poz. 125.
- Wyrok z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07 OTK-A 2008, nr 7, poz. 126.
- Wyrok z 24 listopada 2008 r., sygn. K 66/07 OTK-A 2008, nr 9, poz. 158.
- Wyrok z 21 kwietnia 2009 r., sygn. K 50/07 OTK-A 2009, nr 4, poz. 51.
- Wyrok z 28 kwietnia 2009 r., sygn. P 22/07 OTK-S 2009, nr 4, poz. 55.
- Wyrok z 9 lipca 2009 r., sygn. K 31/08 OTK-A 2009, nr 7, poz. 107.
- Wyrok z 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05 OTK-A 2009, nr 7, poz. 108.
- Wyrok z 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09 OTK-A 2009, nr 7, poz. 113.
- Wyrok z 22 września 2009 r., sygn. P 46/07 OTK-A 2009, nr 8, poz. 126.
- Wyrok z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09 OTK-A 2009, nr 9, poz. 138.
- Wyrok z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08 OTK-A 2009, nr 10, poz. 150.
- Wyrok z 2 grudnia 2009 r., sygn. U 10/07 OTK-A 2009, nr 9, poz. 163.
- Wyrok z 14 grudnia 2009 r., sygn. K 55/07 OTK-A 2009, nr 11, poz. 167.
- Wyrok z 24 lutego 2010 r., sygn. K 6/09 OTK-A 2010, nr 2, poz. 15.
- Wyrok z 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07 OTK-A 2010, nr 3, poz. 20.
- Wyrok z 18 października 2010 r., sygn. K 1/09 OTK-A 2010, nr 8, poz. 76.
- Wyrok z 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09 OTK-S 2010, nr 10, poz. 128.
- Wyrok z 14 grudnia 2010 r., sygn. K 20/08 OTK-A 2010, nr 10, poz. 129.
- Wyrok z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09 OTK-A 2011, nr 2, poz. 7.
- Wyrok z 19 kwietnia 2011 r., sygn. K 19/08 OTK-A 2011, nr 3, poz. 24.
- Wyrok z 5 maja 2011 r., sygn. P 110/08 OTK-A 2011, nr 4, poz. 31.
- Wyrok z 19 maja 2011 r., sygn. K 20/09 OTK-A 2011, nr 4, poz. 35.
- Wyrok z 8 czerwca 2011 r., sygn. K 3/09 OTK-A 2011, nr 5, poz. 39.
- Wyrok z 14 czerwca 2011 r., sygn. Kp 1/11 OTK-A 2011, nr 5, poz. 41.
- Wyrok z 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09 OTK-A 2011, nr 6, poz. 51.
- Wyrok z 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10 OTK-A 2011, nr 6, poz. 60.
- Wyrok z 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11 OTK-A 2011, nr 6, poz. 61.
- Wyrok z 13 września 2011 r., sygn. K 8/09 OTK-A 2011, nr 7, poz. 72.

- Wyrok z 21 września 2011 r., sygn. SK 6/10 OTK-A 2011, nr 7, poz. 73.
- Wyrok z 18 października 2011 r., sygn. SK 24/09 OTK-A 2011, nr 8, poz. 82.
- Wyrok z 6 grudnia 2011 r., sygn. SK 3/11 OTK-A 2011, nr 10, poz. 113.
- Wyrok z 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09 OTK-A 2011, nr 10, poz. 118.
- Wyrok z 10 stycznia 2012 r., sygn. SK 25/09 OTK-A 2012, nr 1, poz. 1.
- Wyrok z 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09 OTK-A 2012, nr 1, poz. 4.
- Wyrok z 14 lutego 2012 r., sygn. P 17/10 OTK-A 2012, nr 2, poz. 14.
- Wyrok z 28 lutego 2012 r., sygn. K 5/11 OTK-A 2012, nr 2, poz. 16.
- Wyrok z 30 kwietnia 2012 r., sygn. SK 4/10 OTK-A 2012, nr 4, poz. 42.
- Wyrok z 17 maja 2012 r., sygn. K 10/11 OTK-A 2012, nr 5, poz. 51.
- Wyrok z 24 maja 2012 r., sygn. P 11/10 OTK-A 2012, nr 5, poz. 52.
- Wyrok z 19 czerwca 2012 r., sygn. P 41/10 OTK-A 2012, nr 6, poz. 65.
- Wyrok z 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10 OTK-A 2012, nr 7, poz. 75.
- Wyrok z 10 lipca 2012 r., sygn. P 15/12 OTK-A 2012, nr 7, poz. 77.
- Wyrok z 11 lipca 2012 r., sygn. K 8/10 OTK-A 2012, nr 7, poz. 78.
- Wyrok z 12 lipca 2012 r., sygn. SK 31/10 OTK-A 2012, nr 7, poz. 80.
- Wyrok z 18 lipca 2012 r., sygn. K 14/12 OTK-A 2012, nr 7, poz. 82.
- Wyrok z 25 lipca 2012 r., sygn. K 14/10 OTK-A 2012, nr 7, poz. 83.
- Wyrok z 9 października 2012 r., sygn. P 27/11 OTK-A 2012, nr 9, poz. 104.
- Wyrok z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10 OTK-A 2012, nr 9, poz. 106.
- Wyrok z 23 października 2012 r., sygn. SK 11/12 OTK-A 2012, nr 9, poz. 107.
- Wyrok z 25 października 2012 r., sygn. SK 27/12 OTK-A 2012, nr 9, poz. 109.
- Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11 OTK-A 2012, nr 9, poz. 110.
- Wyrok z 30 października 2012 r., sygn. SK 8/12 OTK-A 2012, nr 9, poz. 111.
- Wyrok z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11 OTK-A 2012, nr 10, poz. 119.
- Wyrok z 20 listopada 2012 r., sygn. SK 3/12 OTK-A 2012, nr 10, poz. 123.
- Wyrok z 27 listopada 2012 r., sygn. U 4/12 OTK-A 2012, nr 10, poz. 124.
- Wyrok z 10 grudnia 2012 r., sygn. K 25/11 OTK-A 2012, nr 11, poz. 132.
- Wyrok z 11 grudnia 2012 r., sygn. K 37/11 OTK-A 2012, nr 11, poz. 133.
- Wyrok z 12 grudnia 2012 r., sygn. K 1/12 OTK-A 2012, nr 11, poz. 134.
- Wyrok z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12 OTK-A 2013, nr 1, poz. 1.

- Wyrok z 29 stycznia 2013 r., sygn. K 1/11 OTK-A 2013, nr 1, poz. 6.
Wyrok z 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11 OTK-A 2013, nr 3, poz. 24.
Wyrok z 6 marca 2013 r., sygn. Kp 1/12 OTK-A 2013, nr 3, poz. 25.
Wyrok z 13 marca 2013 r., sygn. K 25/10 OTK-A 2013, nr 3, poz. 27.
Wyrok z 26 marca 2013 r., sygn. K 11/12 OTK-A 2013, nr 3, poz. 28.
Wyrok z 25 czerwca 2013 r., sygn. K 30/12 OTK-A 2013, nr 5, poz. 61.
Wyrok z 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12 OTK-A 2013, nr 5, poz. 62.
Wyrok z 27 czerwca 2013 r., sygn. K 12/10 OTK-A 2013, nr 5, poz. 65.
Wyrok z 16 lipca 2013 r., sygn. P 53/11 OTK-A 2013, nr 6, poz. 78.
Wyrok z 24 lipca 2013 r., sygn. Kp 1/13 OTK-A 2013, nr 6, poz. 83.
Wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11 OTK-A 2013, nr 6, poz. 85.
Wyrok z 30 lipca 2013 r., sygn. U 5/12 OTK-A 2013, nr 6, poz. 88.
Wyrok z 24 września 2013 r., sygn. K 35/12 OTK-A 2013, nr 7, poz. 94.
Wyrok z 8 października 2013 r., sygn. SK 40/12 OTK-A 2013, nr 7, poz. 97.
Wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13 OTK-A 2013, nr 7, poz. 100.
Wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/11 OTK-A 2013, nr 7, poz. 101.
Wyrok z 29 października 2013 r., sygn. U 7/12 OTK-A 2013, nr 7, poz. 102.
Wyrok z 5 listopada 2013 r., sygn. K 40/12 OTK-A 2013, nr 8, poz. 120.
Wyrok z 26 listopada 2013 r., sygn. P 33/12 OTK-A 2013, nr 8, poz. 123.
Wyrok z 3 grudnia 2013 r., sygn. P 40/12 OTK-A 2013, nr 9, poz. 133.
Wyrok z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13 OTK-A 2013, nr 9, poz. 136.
Wyrok z 23 stycznia 2014 r., sygn. K 51/12 OTK-A 2014, nr 1, poz. 4.
Wyrok z 12 lutego 2014 r., sygn. K 23/10 OTK-A 2014, nr 2, poz. 10.
Wyrok z 25 lutego 2014 r., sygn. SK 65/12 OTK-A 2014, nr 2, poz. 13.
Wyrok z 26 lutego 2014 r., sygn. K 22/10 OTK-A 2014, nr 2, poz. 15.
Wyrok z 27 lutego 2014 r., sygn. P 31/13 OTK-A 2014, nr 2, poz. 16.
Wyrok z 25 marca 2014 r., sygn. SK 25/13 OTK-A 2014, nr 3, poz. 33.
Wyrok z 8 kwietnia 2014 r., sygn. SK 22/11 OTK-A 2014, nr 4, poz. 37.
Wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 48/13 OTK-A 2014, nr 4, poz. 40.
Wyrok z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 12/13 OTK-A 2014, nr 4, poz. 41.
Wyrok z 7 maja 2014 r., sygn. K 43/12 OTK-A 2014, nr 5, poz. 50.

- Wyrok z 20 maja 2014 r., sygn. SK 13/13 OTK-A 2014, nr 5, poz. 54.
Wyrok z 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11 OTK-A 2014, nr 6, poz. 60.
Wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11 OTK-A 2014, nr 6, poz. 61.
Wyrok z 1 lipca 2014 r., sygn. SK 6/12 OTK-A 2014, nr 7, poz. 68.
Wyrok z 10 lipca 2014 r., sygn. P 19/13 OTK-A 2014, nr 7, poz. 71.
Wyrok z 17 lipca 2014 r., sygn. SK 35/12 OTK-A 2014, nr 7, poz. 74.
Wyrok z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13 OTK-A 2014, nr 7, poz. 76.
Wyrok z 28 lipca 2014 r., sygn. K 16/12 OTK-A 2014, nr 7, sygn. 78.
Wyrok z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11 OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.
Wyrok z 18 września 2014 r., sygn. K 44/12 OTK-A 2014, nr 8, poz. 92.
Wyrok z 31 lipca 2014 r., sygn. SK 28/13 OTK-A 2014, nr 7, poz. 81.
Wyrok z 30 września 2014 r., sygn. SK 22/13 OTK-A 2014, nr 8, poz. 96.
Wyrok z 16 października 2014 r., sygn. SK 20/12 OTK-A 2014, nr 9, poz. 102.
Wyrok z 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13 OTK-A 2014, nr 10, poz. 111.
Wyrok z 18 listopada 2014 r., sygn. SK 7/11 OTK-A 2014, nr 10, poz. 112.
Wyrok z 25 listopada 2014 r., sygn. K 54/13 OTK-A 2014, nr 10, poz. 114.
Wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13 OTK-A 2014, nr 11, poz. 118.
Wyrok z 18 grudnia 2014 r., sygn. K 50/13 OTK-A 2014, nr 11, poz. 121.
Wyrok z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12 OTK-A 2015, nr 1, poz. 2.
Wyrok z 5 lutego 2015 r., sygn. K 60/13 OTK-A 2015, nr 2, poz. 11.
Wyrok z 9 lutego 2015 r., sygn. SK 50/13 OTK-A 2015, nr 2, poz. 12.
Wyrok z 12 lutego 2015 r., sygn. SK 70/13 OTK-A 2015, nr 2, poz. 14.
Wyrok z 12 lutego 2015 r., sygn. SK 14/12 OTK-A 2015, nr 2, poz. 15.
Wyrok z 9 kwietnia 2015 r., sygn. K 14/13 OTK-A 2015, nr 4, poz. 45.
Wyrok z 2 czerwca 2015 r., sygn. K 1/13 OTK-A 2015, nr 6, poz. 80.
Wyrok z 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14 OTK-A 2015, nr 6, poz. 84.
Wyrok z 14 lipca 2015 r., sygn. K 2/13 OTK-A 2015, nr 7, poz. 100.
Wyrok z 14 lipca 2015 r., sygn. SK 26/14 OTK-A 2015, nr 7, poz. 101.
Wyrok z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12 OTK-A 2015, nr 7, poz. 102.
Wyrok z 21 września 2015 r., sygn. K 28/13 OTK-A 2015, nr 8, poz. 120.
Wyrok z 22 września 2015 r., sygn. SK 21/14 OTK-A 2015, nr 8, poz. 122.

- Wyrok z 30 września 2015 r., sygn. K 3/13 OTK-A 2015, nr 8, poz. 125.
- Wyrok z 5 października 2015 r., sygn. SK 39/14 OTK-A 2015, nr 9, poz. 140.
- Wyrok z 6 października 2015 r., sygn. SK 54/13 OTK-A 2015, nr 9, poz. 142.
- Wyrok z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14 OTK-A 2015, nr 9, poz. 143.
- Wyrok z 13 października 2015 r., sygn. P 3/14 OTK-A 2015, nr 9, poz. 145.
- Wyrok z 14 października 2015 r., sygn. Kp 1/15 OTK-A 2015, nr 9, poz. 147.
- Wyrok z 27 października 2015 r., sygn. K 5/14 OTK-A 2015, nr 9, poz. 150.
- Wyrok z 28 października 2015 r., sygn. K 21/14 OTK-A 2015, nr 9, poz. 152.
- Wyrok z 28 października 2015 r., sygn. SK 59/13 OTK-A 2015, nr 10, poz. 162.
- Wyrok z 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14 OTK-A 2015, nr 10, poz. 163.
- Wyrok z 3 grudnia 2015 r., sygn. K 34/15 OTK-A 2015, nr 11, poz. 185.
- Wyrok z 9 grudnia 2015 r., sygn. K 35/15 OTK-A 2015, nr 11, poz. 186.
- Wyrok z 22 listopada 2016 r., sygn. K 13/15 OTK-A 2016, poz. 88.
- Wyrok z 16 marca 2017 r., sygn. 1/17 OTK-A 2017, poz. 28.

Spis rysunków

Rysunek 1. Materia spraw.....	218
Rysunek 2. Kategorie praw.....	221
Rysunek 3. Częstotliwość braku spełnienia poszczególnych kryteriów testu proporcjonalności.....	227
Rysunek 4. Zakończenie analizy po negatywnym wyniku testu.....	229
Rysunek 5. Częstotliwość pomijania etapów analizy.....	233

W czasach kiedy Vermeer malował *Mleczarkę*, służba była często przedstawiana jako osoby leniwe, grzeszne czy obarczone innymi wadami. Sam Vermeer w ten sposób prezentował na swoich obrazach kilka innych służących kobiet. Tymczasem *Mleczarka* emanuje ciepłem i blaskiem. Jest to obraz pełen światła i prostoty, który afirmuje postawę osoby starannie wykonującej swoją pracę. Według historyków sztuki obraz Vermeera ukazujący dziewczynę z dzbanem mleka to metafora porządku i pracy (...). Ta właśnie metafora, a także perspektywa wnętrza kuchennego z pozycji osoby, która znajduje się poza pomieszczeniem, czyli sama nie uczestniczy w wykonywanej pracy, lecz ją podgląda, analizuje i utrwała, stanowi punkt wyjścia dla perspektywy badawczej przyjętej w niniejszej książce. Niniejsza książka to próba naukowego opisanie pracy, którą wykonują sędziowie. W tym miejscu skojarzenie pracy sędziów z pracą służącej nie jest przypadkowe. Autorka kieruje się bowiem przesłaniem o służebnej roli sądów, w tym sądów konstytucyjnych, wobec społeczeństwa.

Ze Wstępu

Niewątpliwym walorem recenzowanej książki jest metodologia badawcza oparta nie tylko na dogmatyce prawa, ale na badaniach jakościowych oraz ilościowych, które rzadko są podejmowane w naukach prawnych. [...]

Jest nowatorska, doskonale napisana, świetnie skonstruowana, oparta na bogatym materiale źródłowym, porusza problemy do tychczas prawie nietknięte przez polskie prawoznawstwo i czyni to w sposób całkowicie przekonujący do racji Autorki.

Z recenzji wydawniczej prof. Wojciecha Sadurskiego

ISBN 978-83-66066-55-7 (druk)

ISBN 978-83-66066-56-4 (online)