Przegląd wybranych czasopism zagranicznych

Jean-Marc Sauvé, *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés?*, (Zasada proporcjonalności strażnikiem wolności?) „Les Cahiers Portalis" 2018, vol. 5, no. 1, pp. 9–21, https://doi.org/10.3917/capo.005.0009

Jean-Marc Sauvé w swoim opracowaniu, niezwykle aktualnym także dzisiaj, podjął temat dotyczący zasady proporcjonalności w prawie unijnym i w praktyce krajów członkowskich Unii Europejskiej (UE). Artykuł składa się z dwóch zasadniczych części – pierwszej zatytułowanej *Zasada proporcjonalności ustanowiona jako wymóg związku, adekwatności między środkami stosowanymi przez administrację a celem, do którego zmierza* oraz drugiej poświęconej wpływom prawa europejskiego na zasadę proporcjonalności, która służy zwiększonej ochronie praw podstawowych.

We wstępie Autor wyraża maksymę, że „[p]olicja nie powinna strzelać do wróbli z dział armatnich". To obrazowe wyrażenie zasady proporcjonalności zawdzięczamy niemieckiemu prawnikowi F. Fleinerowi, który w centrum tego pojęcia umieszcza takie określenia, które powiązane są miarą harmonii. Jean-Marc Sauvé nawiązuje tu także do wizerunku Partenonu w Atenach i „ulicy idealnych proporcji" w Petersburgu. Proporcja – zdaniem Autora – wywodzi się z idei połączenia kilku mniej lub bardziej antagonistycznych elementów, rzędów danych lub wielkości w poszukiwaniu ideału harmonii. Te proporcjonalne relacje istnieją również w prawie i należy ich dochodzić lub je realizować. Autor stawia w tym miejscu pytanie: czy „[r]elacja między jednostką a społeczeństwem lub państwem nie jest stosunkiem, który prowadzić powinien do osiągnięcia równowagi między prawami jednostki a służbą interesu ogólnego?". Co więcej, przytaczając poglądy Arystotelesa na temat sprawiedliwości, podkreśla, że „sprawiedliwy" to środek między skrajnościami, które w przeciwnym razie nie byłyby już proporcjonalne. Proporcjonalność jest zatem „[m]echanizmem balansowania między równorzędnymi zasadami prawnymi, jednocześnie obowiązującymi, ale sprzecznymi, który naturalnie występuje jako gwarant zarówno wolności jednostki, jak i innych uzasadnionych celów, takich jak ochrona interesu ogólnego, a w szczególności ochrona porządku publicznego lub skuteczności działania publicznego". Równowaga między tymi dwiema gałęziami jest, parafrazując Arystotelesa, kwestią proporcji lub szczęśliwego środka. Zasada proporcjonalności umacnia się od ponad wieku w Europie i we Francji w służbie skutecznej ochrony wolności i praw, ale dziś ulega wpływom europejskim, które dogłębnie ją przekształcają.

Zasada proporcjonalności wywodząca się z prawa niemieckiego, ma na celu promowanie wyważonych działań publicznych z poszanowaniem praw podstawowych. Zasadę tę wprowadził Naczelny Sąd Administracyjny Prus w 1882 r. orzeczeniem *Kreuzberg*. Obecnie zasada ta znajduje wyraz w art. 19 i 20 niemieckiej ustawy zasadniczej z 1949 r., które gwarantują ochronę praw podstawowych. Władze publiczne mogą ograniczać wolność obywateli jedynie „w zakresie niezbędnym dla ochrony

interesów publicznych". Zgodnie z zasadą proporcjonalności konieczne jest ważenie interesu pozwalającego na osiągnięcie równowagi pomiędzy interwencją władz publicznych podejmowaną w imię interesu ogólnego a ochroną praw i wolności obywateli. Środek ograniczający prawa i wolności musi zatem być zarówno odpowiedni, jak i właściwy (tzn. odpowiedni, ponieważ musi umożliwiać osiągnięcie uzasadnionego celu, do którego dąży), konieczny (ponieważ nie może przekraczać tego, co jest wymagane do osiągnięcia tego celu) i proporcjonalny (ponieważ nie może pozostawać w nieproporcjonalności do obciążenia, które wprowadza). W tej formie zasada proporcjonalności nie tylko pełni funkcję pozwalającą sędziemu na rozstrzyganie *a posteriori* między sprzecznymi zasadami, lecz także odnosi się szerzej do wszystkich działań publicznych i ustanawia się jako zasada ogólna. Zasada ta obowiązuje także ustawodawcę, który, stanowiąc prawo, musi uzasadnić proporcje w relacjach horyzontalnych między obywatelami czy osobami prywatnymi. Jako przykład Autor wskazuje możliwość ograniczania przez pracodawców wyrażania poglądów religijnych pracowników.

Odnosząc się do rozwiązań w innych krajach europejskich, Jean-Marc Sauvé zauważa, że zasada proporcjonalności występuje niemal we wszystkich krajach europejskich. Najdobitniej zasada ta została wyrażona w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Unii Europejskiej, w szczególności w ust. 2 art. 8– 11, z których wynika możliwość ograniczenia korzystania z praw, gdy ograniczenie to „stanowi środek, który w społeczeństwie demokratycznym jest konieczny", by ochronić określone cele, w tym bezpieczeństwo narodowe, porządek oraz prawa i wolności innych osób. Zapisy te wyrażają zasadę pojednania umożliwiającą zrównoważenie relacji między prawami podstawowymi a celami interesu ogólnego realizowanymi przez organy państwowe.

Zasada proporcjonalności ma wszędzie to samo zadanie: ograniczać władzę publiczną w celu zagwarantowania praw i autonomii jednostek. Dotyczy to zarówno stosowania prawa, jak i jego stanowienia. Przybierać zatem może różne formy – jest to zwykle prosty mechanizm sporny, pozwalający sędziemu na arbitraż pomiędzy konkurencyjnymi zasadami prawnymi; czasami jest również ustanawiana jako ogólna zasada.

We Francji zasada proporcjonalności stała się mechanizmem strukturyzującym system gwarantowania wolności. Zasada ta przez długi czas nie korzystała z żadnego wyraźnego uznania w prawie francuskim ani *a fortiori* z jakiejkolwiek konsekracji konstytucyjnej. Jednak potrzeba zachowania proporcjonalności środków administracyjnych leży u podstaw prawa publicznego, co daje sędziemu sądu administracyjnego prawo do stosowania pewnej formy proporcjonalności. Autor zauważa, że w Niemczech proporcjonalność jest rozumiana jako ogólna zasada, ponieważ odpowiada potrzebie uregulowania interwencjonizmu państwowego, natomiast w prawie francuskim jest tylko mechanizmem kontroli sądowej. Ta niepisana zasada jest jednak „[s]ednem logicznego podejścia sędziego do nadmiaru władzy". Proporcjonalność jest również w tym przypadku zasadą ochrony praw i wolności, ponieważ uruchamia mechanizm równoważenia różnych zaangażowanych interesów publicznych i prywatnych. Kontrola środków policyjnych opierała się zatem na założeniu, że wszelkie ograniczenia nałożone na korzystanie z wolności jednostki w imię porządku publicznego muszą być wyważone i konieczne. Jako

przykłady Autor wskazuje, że skoro „[w]olność jest regułą, a ograniczenia policyjne wyjątkiem", to uzasadniony jest zakaz konduktu pogrzebowego na drodze publicznej; zgromadzenia publiczne mogą być zakazane tylko wtedy, gdy żaden inny środek nie może zapewnić ochrony porządku publicznego. To orzecznictwo zostało znacznie rozszerzone i nałożono ograniczenia na wolność zgromadzeń lub wolność handlu i przemysłu.

Wymóg proporcjonalności obecny jest także w prawie konstytucyjnym, niezależnie od tego, czy tekst konstytucji wyraźnie to przewiduje, czy też Rada Konstytucyjna sama potwierdziła tę kontrolę w swoim orzecznictwie. Tym samym w sprawach karnych Rada Konstytucyjna ustanawia zasadę proporcjonalności opartą na wymogu konieczności kar przewidzianych w art. 8 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela. Poza tym obszarem Rada Konstytucyjna uznała zasadę proporcjonalności w odniesieniu do prawa do strajku. Zgodnie z orzecznictwem Rady Stanu w sprawie *Benjamina* Rada Konstytucyjna dość szeroko korzysta z kontroli proporcjonalności, gdy dokonuje przeglądu przepisów prawnych ograniczających korzystanie z prawa lub wolności w imię ochrony porządku publicznego.

Autor stawia tezę, że pod wpływem prawa europejskiego zasada proporcjonalności służy zwiększonej ochronie praw. Stosowanie zasady proporcjonalności uzależnione jest jednak od uznania, jakie znaczenie społeczeństwo rzeczywiście przyznaje prawom i wolnościom. Prawo europejskie zmienia tę ocenę, uwzględniając wagę elementów w ogólnym bilansie, w kierunku bardziej liberalnej, a przez to bardziej ochronnej koncepcji praw i wolności. Na poziomie politycznym to zasadniczo Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej interpretacja dokonana przez Trybunał w Strasburgu podkreślają to liberalne podejście. Podstawowe prawa i wolności mogą podlegać ograniczeniom jedynie w przypadkach ściśle uregulowanych przez orzecznictwo. W sprawach gospodarczych prawo Unii Europejskiej liberalnie podchodzi do ochrony swobód gospodarczych, a w szczególności wolnej konkurencji oraz wolności handlu i przemysłu. W rzeczywistości, jeśli postanowienia Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przewidują możliwość ograniczenia korzystania ze swobody przepływu ze względu na interes ogólny, wyjątki te są rozpatrywane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej bardzo rygorystycznie.

Wpływ prawa europejskiego jest odczuwalny w całej Europie, a zwłaszcza we Francji, w której doprowadziło ono do „uogólnienia" i „intensyfikacji" testu proporcjonalności. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kontrola ta została rozszerzona na kilka spraw, które początkowo zostały z niej wyłączone lub podlegały ograniczonej kontroli, w szczególności w odniesieniu do policji ds. cudzoziemców. Ograniczenia w korzystaniu z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego podlegają zatem kontroli proporcjonalności. To samo dotyczy środków, które mogą stanowić nieludzkie lub poniżające traktowanie. W zakresie sankcji kontrola proporcjonalności sprawowana przez sędziego przeszła z ograniczonej do pełnej kontroli, w tym także w odniesieniu do sankcji dyscyplinarnych. Kontrola proporcjonalności sprawowana przez sędziego administracyjnego uległa wzmocnieniu na skutek orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Autor podkreśla, że zmiana ta nastąpiła od czasu decyzji *Abbé Olivier* i *Benjamin*. Test proporcjonalności oparty na zasadzie trzech stopni, wzorowany na

prawie niemieckim, jest obecny w prawie administracyjnym. Zmiana ta jest jednak bardziej formalna niż merytoryczna, ponieważ Rada Stanu prowadziła już ściślejszą kontrolę w zakresie ograniczania praw i wolności, ale przejście na potrójny test proporcjonalności pozwala lepiej wyjaśnić zastosowane rozumowanie i przeprowadzenie kontroli zaskarżonej decyzji administracyjnej w dokładniejszy i bardziej ukierunkowany sposób. Ta ewolucja spowodowała, że w prawie francuskim pojawiły się zmiany związane ze sformalizowaniem kontroli proporcjonalności *in concreto* w orzecznictwie Rady Stanu i Sądu Kasacyjnego.

Autor stwierdza też, że jeżeli wzajemny wpływ praw zmierza do wzmocnienia zasady proporcjonalności na rzecz gwarancji praw, to nie jest on jeszcze powszechnie stosowany. Rzeczywiście, mimo że ta zasada istnieje od dawna w porządku prawnym większości państw europejskich, to praktyki krajowe mają obecnie tendencję do podnoszenia standardu ochrony praw i wolności. Nawet Wielka Brytania stopniowo przyjęła zasadę proporcjonalności, ignorując ją przez długi czas, także w jej kontrowersyjnym sensie. Wybrała zasadę „rozsądku", którą nazywa się „Testem Wednesbury". Polega on na tym, że decyzja może zostać uchylona w postępowaniu sądowym tylko wtedy, gdy przekroczyła racjonalne wykonywanie uprawnień. Zgodnie z tym, co sugerował już Lord Diplock w 1983 r., kiedy zauważył, że „[z]asada proporcjonalności zakazuje używania młota parowego do rozłupywania orzecha, jeśli zrobi to dziadek do orzechów". Podobnie w Stanach Zjednoczonych – sprawa *stan Waszyngton v. I zarządzenie Donalda Trumpa w sprawie imigracji r*ównież świadczy o obecności pewnych elementów przeglądu proporcjonalności w prawie amerykańskim. Włochy również doświadczyły podobnego ruchu. Chociaż zasada ta była prawie nieobecna we włoskim orzecznictwie, Rada Stanu tego kraju pod wpływem prawa europejskiego zakwalifikowała zasadę proporcjonalności jako ogólną zasadę prawa, podobnie jak zasadę równości.

Konkludując, Autor trafnie zauważa, że zjawisko konwergencji nie powinno prowadzić do zbyt pochopnych wniosków. Z jednej strony, sędziowie krajowi i europejscy w dziedzinach gospodarczych i społecznych nadal zachowują ważny margines uznania dla władz publicznych. Co więcej, jeśli zasada proporcjonalności wynika z chęci ograniczenia dyskrecjonalnej władzy władz publicznych i uniknięcia arbitralności, nie może skłaniać sędziego do zastępowania własnej oceny przedstawicieli osób poddanych demokratycznej kontroli. W związku z tym konieczne są trzy środki ostrożności w postępowaniu z zasadą proporcjonalności: kontrola ta musi być stabilna i spójna, aby była przewidywalna; musi zatem opierać się na wyraźnej i rygorystycznej motywacji; wreszcie, być fundamentalna dla interesu ogólnego. Z drugiej strony, zasada proporcjonalności jest przede wszystkim postrzegana jako technika sporna lub mechanizm sporny. W celu zapewnienia zwiększonej ochrony praw i wolności można postulować wprowadzenie rozwiązań na wzór niemiecki czy unijny, a nawet włączyć ją do zasad dobrej administracji. Bez wątpienia zasada proporcjonalności jest „[n]iezbędnym uzupełnieniem interesu publicznego". Jeśli jednak „[w]ykaże, że interes publiczny wystarczający sam w sobie nie może […] zostać zrealizowany za wszelką cenę […]", to nie może to prowadzić do zakwestionowania samej zasady podziału władzy oraz uprawnień dyskrecjonalnych rządów i parlamentów. Zasada proporcjonalności ma zasadnicze znaczenie dla zagwarantowania praworządności, ale nie może prowadzić do lekceważenia ogólnych

interesów, za które odpowiada państwo i władze publiczne i które wraz z podstawowymi prawami i wolnościami stanowią filary współżycia. Należy podkreślić, że sądy europejskie przeprowadziły w ostatnich latach bardziej ostrożne i rozważne wyważenie wszystkich tych wymogów. To ewolucja, która w ocenie Jeana-Marca Sauvé zasługuje na przyjęcie i potwierdzenie.

*Anna Trela**
https://doi.org/10.14746/spp.2023.1.41.10

* Anna Trela, dr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: anna.trela@amu.edu.pl, https://orcid.org/0000-0002-2014-5579.