

Agata Niżnik-Mucha¹

**Zakaz naruszania istoty treści praw podstawowych
w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec z 1949 r.**

I.

Zakaz naruszania istoty treści praw podstawowych – jako konstrukcja pełniąca funkcję bariery mającej powstrzymać ustawodawcę zwykłego przed zbyt daleko idącym ograniczaniem praw gwarantowanych konstytucyjnie – stanowi dorobek niemieckiej doktryny prawa konstytucyjnego. Z perspektywy jednostki o wskazanej barierze można mówić w kategorii gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych (*die Wesensgehaltsgarantie*), co jest eksponowane w niemieckim piśmiennictwie. Dlatego też w dalszych rozważaniach będę wymiennie używać sformułowań: „zakaz naruszania istoty treści praw podstawowych” oraz „gwarancja nienaruszalności istoty treści praw podstawowych”.

Ustawa Zasadnicza RFN z dnia 23 maja 1949 r. [dalej: UZ] statuuje warunki dopuszczalności ograniczania sformułowanych w niej praw podstawowych w art. 19 ust. 1–2². Zgodnie z art. 19 ust. 1 UZ: „Jeżeli na podsta-

¹ Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Pierwsze spostrzeżenie, jakie nasuwa się podczas analizy treści powołanych przepisów to konstatacja, iż nie przesądzają one samej kwestii dopuszczalności ograniczania poszczególnych praw podstawowych. Art. 19 ust. 1–2 UZ nie stanowi generalnej podstawy upoważniającej ustawodawcę do ograniczania praw podstawowych, nie jest zatem tzw. „ogólną klauzulą ograniczającą”. Należy go odczytywać w kategoriach tzw. „ogólnej klauzuli limitacyjnej”, statuuje bowiem – choć nie w sposób wyczerpujący – warunki, jakie spełniać muszą wszystkie (bez wyjątku) ingerencje w prawa podstawowe. O tym, że dane prawo podstawowe jest w ogóle prawem podlegającym ograniczeniom ustawodawcy zwykłego, decyduje w pierwszej kolejności wyraźna delegacja konstytucyjna, przewidująca możliwość dokonania przez prawodawcę zwykłego ograniczenia konkretnego prawa podstawowego. A zatem

wie niniejszej Ustawy Zasadniczej prawo podstawowe może zostać w drodze ustawy lub na podstawie ustawy ograniczone, ustawa ta musi mieć powszechną moc obowiązującą, a nie tylko w odniesieniu do pojedynczego przypadku. Poza tym ustawa ta musi określać prawo podstawowe z podaniem artykułu”. Z kolei art. 19 ust. 2 UZ stanowi: „W żadnym przypadku nie może zostać naruszona istota treści prawa podstawowego³”. Zakaz naruszania praw podstawowych w istocie ich treści jest na gruncie art. 19 UZ jedynym warunkiem ograniczania praw podstawowych o charakterze materialnym. Nie jest to jednak jedyny konstytucyjny warunek dopuszczalności ograniczania wskazanych praw o tym charakterze. Federalny Trybunał

ograniczenie danego prawa podstawowego jest dopuszczalne wówczas, gdy konstytucyjna konstrukcja tego prawa wyraźnie przewiduje taką możliwość, tj. gdy względem konkretnego prawa podstawowego sformułowane jest tzw. „zastrzeżenie ustawowe”. Wskazana konstrukcja zastosowana została między innymi w odniesieniu do prawa do życia, nietykalności cielesnej, wolności osobistej (art. 2 ust. 2 zd. 2 UZ) czy też wolności zgromadzeń odbywających się pod gołym niebem (art. 8 ust. 2 UZ). Z kolei prawa podstawowe, w odniesieniu do których nie zostały sformułowane klauzule przewidujące możliwość ich ograniczania, w zamyśle ustrojodawcy miały być prawami niepodlegającymi jakimkolwiek ograniczeniom. R. Alexy określa te prawa mianem „praw podstawowych gwarantowanych bez zastrzeżeń”. Do wskazanej kategorii praw podstawowych należą między innymi: wolność sztuki, wolność nauki, wolność badań naukowych (art. 5 ust. 3 UZ), wolność wyznania (art. 4 ust. 1 UZ), prawo do odmowy odbycia służby wojskowej z bronią w rękę (art. 4 ust. 3 UZ). Ów pierwotny zamysł uległ jednak swoistej weryfikacji, którą – można powiedzieć – wymogła praktyczna potrzeba dopuszczenia do ingerencji prawodawcy również w te prawa. Federalny Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 1970 r. dotyczącym odmowy odbycia służby wojskowej [BVerfGE 28, 243, 261] ukształtował formułę, którą uczynił podstawą dla ograniczania wskazanych praw podstawowych. Stwierdził mianowicie, iż: „Tylko kolidujące prawa podstawowe osób trzecich i inne wartości prawne o randze konstytucyjnej, uwzględniając jedność konstytucji i chroniony przez nią cały porządek wartości, wyjątkowo są w stanie w pojedynczych przypadkach ograniczyć nieograniczalne prawa podstawowe”. W związku z powyższym od przeszło trzydziestu lat również prawa podstawowe, względem których ustrojodawca nie sformułował wyraźnych klauzul przewidujących możliwość ich ograniczania, mogą jednak – wyjątkowo – być przedmiotem ingerencji ustawodawcy, jeżeli zachodzą przesłanki wskazane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny.

³ Art. 19 abs. 2: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden”. Formułę określającą przedmiot nienaruszalności, tj. *Wesengehalt des Grundrechts*, można przetłumaczyć jako „istotna treść praw podstawowych” bądź „istota treści praw podstawowych”. Opierając się na tłumaczeniu B. Banaszaka i A. Malickiej, posługuję się drugim z przywołanych terminów. *Konstytucja Niemiec*, tłum. B. Banaszak, A. Malicka, wstęp B. Banaszak, Warszawa 2008, s. 137.

Konstytucyjny wyprowadza bowiem z zasady państwa prawa⁴ – jako jej konieczną konsekwencję – materialną przesłankę legalności ograniczania praw podstawowych w postaci zasady proporcjonalności (*der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das Verhältnismässigkeitsprinzip*). Zasada ta, określana także w niemieckiej doktrynie prawa konstytucyjnego mianem zakazu nadmiernej ingerencji (*Übermassverbot*), wymaga, aby każda ingerencja ustawodawcy w prawa podstawowe spełniała przesłanki przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*.

Sam zamysł, aby konstytucyjne prawa jednostki były – wobec ograniczającego je ustawodawcy – chronione co do swej istoty, wywodzi się z Niemiec, z teorii prawa państwowego Republiki Weimarskiej. Jak podkreśla K. Stern, pomimo tego że już w art. 28 Konstytucji Argentyny z dnia 1 maja 1853 r. znalazła się podobna regulacja, nie miała ona charakteru wzorca dla rozwoju omawianej idei w Niemczech⁵. Niewątpliwie negatywne doświadczenia braku dostatecznego zabezpieczenia praw podstawowych oraz narastająca tendencja do ich podważania w późnym okresie Republiki Weimarskiej niejako dopomogły tej idei przebić się w działaniach ustrojodawczych, jakie podjęto po 1945 r.⁶ Począwszy od roku 1946, w szeregu konstytucji krajowych znaleźć można było rozmaite regulacje, stanowiące o nienaruszalności istoty praw zasadniczych. Na przykład art. 21 zd. 1 Konstytucji kraju Saary stanowi: „Prawa zasadnicze są w swej istocie niezmiennialne”. Z kolei zgodnie z art. 63 ust. 1 Konstytucji Hesji: „O ile ta konstytucja dopuszcza ograniczenia powyższych praw zasadniczych w drodze ustawy, lub gdy ustawie pozostawia ich bliższe ukształtowanie, prawo zasadnicze jako takie musi pozostać nienaruszone”.

Realizację omawianej idei przewidywał także ekspercki wstępny projekt konstytucji opracowany przez Konwent Konstytucyjny obradujący w dniach od 10 do 25 sierpnia 1948 r. na bawarskiej wyspie Chiemsee. Projekt ten połączył sformułowania zawarte w konstytucjach bawarskiej i heskiej. Artykuł 21 przedmiotowego projektu zawierał dwa postanowienia, które można traktować jako gwarancje nienaruszalności istoty praw podstawowych. Zgodnie

⁴ Zasadniczą treść zasady państwa prawa wyrażają art. 20 UZ, w szczególności jego ust. 3, a także art. 28 UZ.

⁵ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, München 1994, s. 838.

⁶ P. M. Huber, [w:] *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, wyd. H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Stark, 6. Auflage, art. 19, Nb. 105.

z art. 21 ust. 1 projektu: „Prawa podstawowe (...) nie mogą być wyeliminowane. Zmierzające ku temu wnioski są niedopuszczalne”. Natomiast art. 21 ust. 4 projektu stanowił: „Ograniczenie praw podstawowych jest dopuszczalne tylko ustawą i pod warunkiem, że wymaga tego bezwzględnie bezpieczeństwo publiczne, dobre obyczaje lub zdrowie publiczne. Ograniczenie prawa podstawowego lub jego bliższe ukształtowanie przez ustawę musi prawo podstawowe jako takie pozostawić nienaruszone⁷”. W ramach prac Rady Parlamentarnej, a więc organu ustrojodawczego, kwestią warunków dopuszczalności ograniczania praw podstawowych zajmowała się w pierwszej kolejności Komisja ds. Zasad. Przewodniczącym tej komisji był H. v. Mangoldt, najzagorzalszy orędownik wprowadzenia do nowej ustawy zasadniczej – proponowanej przez art. 21 ust. 4 projektu z Chiemsee – gwarancji nienaruszalności praw podstawowych w istocie ich treści. H. v. Mangoldt uznał wręcz za nieodzowne wprowadzenie przepisu chroniącego substancję podstawowych praw jednostki przed zagrożeniami ze strony ustawodawcy ograniczającego te prawa. Na szóstym posiedzeniu Komisji ds. Zasad, które odbyło się dnia 7 października 1948 r., stwierdził: „Zawsze mówiliśmy (...), to podstawowe prawo obywatelskie mieści się w ramach interesów ogółu, a teraz dla ochrony interesów ogółu zaistniała w pewnym sensie skonkretyzowana możliwość ingerowania w te prawa przez ustawę. Należy dać wyraz temu, że to ustawodawstwo nigdy nie może posunąć się do atakowania substancji tego prawa podstawowego⁸”.

Z kolei przejście do ustawy zasadniczej art. 21 ust. 1 projektu z Chiemsee nie było – zdaniem H. v. Mangoldta – konieczne, ponieważ zgodnie z art. 1 projektowanej ustawy zasadniczej, sformułowanie katalogu praw podstawowych opierało się na założeniu, że poszczególnych regulacji tych praw nie należy rozumieć jako zapisu dotyczącego prawa naturalnego. Ponadto, zdaniem powołanego Autora, trudno byłoby zdefiniować wiążąco kwestię zmienności tych praw⁹.

Do warunków dopuszczalności ograniczania praw podstawowych nie wprowadzono ostatecznie także ogólnej klauzuli dopuszczalności ograniczania praw podstawowych, proponowanej w art. 21 ust. 4 zd. 1 projektu

⁷ G. Leibholz, H. v. Mangoldt, *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band 1, 1951, s. 176–177.

⁸ Ibidem, s. 177.

⁹ Ibidem, s. 177–178.

z Chiemsee. Komisja ds. Zasad za rozwiązanie optymalne, zapewniające lepsze zabezpieczenie praw podstawowych, uznała zróżnicowane skonkretyzowanie tych praw.

Na ósmym posiedzeniu Komisji ds. Zasad zaproponowano wprowadzenie art. 20 o następującym brzmieniu: „Jeżeli zgodnie z postawieniami niniejszej Ustawy Zasadniczej prawo podstawowe może być ograniczone, nie może być naruszona jego istotna treść”¹⁰. Od tego momentu, pomimo szeregu perturbacji związanych z propozycjami dotyczącymi innych warunków dopuszczalności ograniczania praw podstawowych, jak również związanych ze zmianami w systematyce projektu, zamysł gwarancji nienaruszalności istoty praw podstawowych pozostał bez zmian. W dniu 8 maja 1949 r. Komisja Główna w trzecim czytaniu przyjęła 53 głosami za przy 12 głosach przeciwnych ostateczną wersję Ustawy Zasadniczej, której art. 19 ust. 2 brzmiał i brzmi do dnia dzisiejszego: „W żadnym przypadku nie może zostać naruszona istota treści prawa podstawowego”.

Należy zauważyć, że prace Rady Parlamentarnej w kontekście gwarancji nienaruszalności istoty praw podstawowych nie opierały się na pogłębionym merytorycznym dyskursie nad jej praktycznym znaczeniem dogmatycznym. To wymagałoby z pewnością rozważenia w pierwszej kolejności kwestii dotyczących samego pojęcia „praw podstawowych”, których istota została objęta gwarancją nienaruszalności, a także problemu, czym jest „istota treści” praw podstawowych i jak ją określać. Niestety, kwestie te Rada Parlamentarna niejako przekazała do rozstrzygnięcia doktrynie i orzecznictwu.

Niestety, jak dotąd – a należy brać pod uwagę duży wpływ czasu, który upłynął od uchwalenia Ustawy Zasadniczej RFN – kontrowersje dotyczące właściwego odczytywania art. 19 ust. 2 UZ nadal nie ustają. Nawet Federalny Trybunał Konstytucyjny [dalej: FTK], który szczególnie w początkowym okresie obowiązywania Ustawy Zasadniczej bardzo często analizował znaczenie art. 19 ust. 2 UZ, w nowszych orzeczeniach przywołuje go raczej informacyjnie. Właściwego rozumienia omawianej gwarancji nie ułatwia ponadto fakt braku jednolitości stanowisk w orzecznictwie FTK co do zasadniczych zagadnień przesądzających o jej rzeczywistym znaczeniu prawnym. Tym samym, na szczęście tylko w części, potwierdziła się wyrażona w 1967 r. przez H. Jäckel obawa, że gwarancja, której treści są i pozostają nie-

¹⁰ Ibidem, s. 178.

jasne, sporne i wieloznaczne co najmniej traci swą siłę wyznaczania kierunku, o ile w ogóle nie grozi jej to, że obróci się w swoje przeciwieństwo¹¹.

Zakaz naruszania istoty treści praw podstawowych służy materialnemu zabezpieczeniu tych praw ma je chronić przed ich podważeniem. W ten sposób Ustawa Zasadnicza zapobiega nadmiernemu uzależnieniu praw podstawowych od ustaw, które było charakterystyczne dla weimarskiego rozumienia praw podstawowych i doprowadziło do wykształcenia się pojęcia „bezproduktywnego” prawa podstawowego. Gwarancja nienaruszalności istoty praw podstawowych działa jak „bariera barier”, jest swoistą „normą obronną” służącą wzmocnieniu praw podstawowych¹². Opiera się przy tym na prymarnym założeniu, w myśl którego każde prawo podstawowe posiada pewne elementy podstawowe – „jądro” („istotę treści” – *Wesensgehalt*) oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę). Elementy składające się na jądro danego prawa są tymi, bez których nie może ono istnieć. Dlatego też muszą być one objęte prawną gwarancją nienaruszalności. Z kolei elementy dodatkowe (otoczkę) prawa podstawowego mogą być modyfikowane przez prawodawcę zwykłego.

Zakaz naruszania istoty praw podstawowych wbrew ewidentnemu związaniu go z pojęciem „ograniczania”, o którym mowa w art. 19 ust. 1 UZ, nie odnosi się wyłącznie do tych praw podstawowych, których konstrukcje *prima facie* wyznaczone są przez Ustawę Zasadniczą, ale także, w sposób pośredni, do tych praw podstawowych, których zasadnicze konstrukcje mają zostać wyznaczone dopiero przez ustawodawcę zwykłego. Innymi słowy, gwarancja nienaruszalności istoty praw podstawowych nie dotyczy tylko „ograniczania” praw podstawowych podlegających ograniczeniom, ale także „kształtowania” zakresu i treści poszczególnych praw przez ustawodawcę, co ma miejsce w przypadkach określonych w Ustawie Zasadniczej¹³. A zatem Ustawa Zasadnicza nie przyznaje ustawodawcy zwykłemu, w przypadku praw podstawowych gwarantowanych co prawda na poziomie

¹¹ H. Jäckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG.*, Berlin 1967, s. 12.

¹² G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, „Archiv des öffentlichen Rechts” nr 81, 1956, s. 117, 147.

¹³ Na przykład, zgodnie z art. 14 ust. 1 UZ: „Gwarantuje się prawo własności i dziedziczenie. Ich treść i granice określają ustawy”. W orzeczeniu FTK 58, 300, 348 stwierdzono jednoznacznie, że ustawodawca kształtujący treść praw gwarantowanych w art. 14 ust. 1 zd. 1 UZ jest związany art. 19 ust. 2 UZ.

konstytucyjnym, ale jedynie w granicach ustaw, absolutnej swobody w zakresie kształtowania ich ustawowych konstrukcji. W przypadku kształtowania ustawowych konstrukcji wskazanych praw ustawodawca jest związany odpowiednio art. 19 ust. 2 UZ. Wskazane rozwiązanie wydaje się jedynym słusznym, ponieważ gdyby przyjąć rozwiązanie przeciwnie, dalece wątpliwy byłby sens konstytucjonalizacji praw, których treść i zakres Ustawa Zasadnicza przekazuje do regulacji ustawodawcy. Dyspozycja zawarta w treści art. 19 ust. 2 UZ wykracza zatem poza jego dosłowne brzmienie i, jak podkreśla P. M. Huber, wiąże się z „każdym efektywnym ograniczeniem zakresu ochrony prawa zasadniczego¹⁴”.

Powszechnie przyjmuje się, że adresatem zakazu naruszania istoty treści praw podstawowych są wszystkie władze państwowe. Wniosek taki wywodzony jest z zawartego w art. 19 ust. 2 UZ sformułowania „w żadnym wypadku”. Ponieważ jednak art. 19 ust. 2 UZ normuje „barierę barier” dla ograniczania praw podstawowych, a kompetencję do wprowadzania przedmiotowych ograniczeń posiada wyłącznie ustawodawca, zatem to on jest właściwym i głównym adresatem zakazu, o którym mowa w art. 19 ust. 2 UZ.

W stosunku do egzekutywy zakaz naruszania istoty praw podstawowych nie odgrywa jednak w co do zasady praktycznej roli, w związku z tym, że wszelkie ingerencje organów władzy wykonawczej i administracji, niezależnie od ich formy prawnej (typu aktu), wymagają zawsze odpowiedniego upoważnienia ustawowego. Art. 19 ust. 2 UZ może zatem zyskać znaczenie jedynie w ramach dokonywania zgodnej z konstytucją wykładni norm upoważniających¹⁵. Istnieje jednak taka płaszczyzna działania władzy wykonawczej, na której zakaz sformułowany w art. 19 ust. 2 UZ nabiera bardzo istotnego znaczenia. Chodzi tu o współdziałanie Rządu Federalnego i przedstawicieli landów w pracach nad ustawodawstwem unijnym w Radzie Unii Europejskiej. Owo współdziałanie jest wykonywaniem niemieckiej władzy państwowej, a przedstawiciele Niemiec są przy tym związani Ustawą Zasadniczą. Na unijne akty prawne, które naruszają istotę treści praw podstawowych, nie tylko nie mogą wyrazić swej zgody – lecz są w tym zakresie wręcz

¹⁴ P. M. Huber, *Kommentar...*, Nb. 114.

¹⁵ Ibidem, Nb. 118, 120.

zobowiązani uczynić użytek z posiadanego prawa weta, stosownie do zasad Kompromisu Luksemburskiego¹⁶.

Dla władzy sądowniczej konstytucyjna gwarancja nienaruszalności istoty treści praw podstawowych może mieć praktyczne znaczenie w szczególności w sytuacji niedookreślonego ustawowo i w pewnym sensie pozanormatywnego rozwiązywania kolizji praw podstawowych, tzn. w ramach „uzupełniającego” orzecznictwa sądowego.

W każdym przypadku, gdy ustawa bądź innych akt władzy publicznej o charakterze generalno-abstrakcyjnym narusza istotę treści prawa podstawowego, jest on tym samym sprzeczny z prawem i jako taki jest nieważny.

II.

W doktrynie niemieckiego prawa konstytucyjnego rozważania nad znaczeniem zakazu naruszania istoty treści praw podstawowych prowadzone są często w kontekście jego pozycji w strukturze Ustawy Zasadniczej. Podkreśla się przede wszystkim istnienie ścisłych powiązań pomiędzy zakazem naruszania istoty treści praw podstawowych (art. 19 ust. 2 UZ) a zasadą poszanowania i ochrony godności człowieka (art. 1 ust. 1 UZ). Ów ścisły związek znajduje już pewien wyraz w konstytucyjnej redakcji wskazanych przepisów, ze względu na to, że w obu przepisach zastosowane zostało pojęcie sygnalizujące najwyższą możliwą intensywność ochrony, czyli „nienaruszalność”. Zgodnie z art. 1 ust. 1 UZ: „Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych”. Z kolei na gruncie art. 19 ust. 2 UZ najwyższa intensywność ochrony istoty treści poszczególnych praw podstawowych jest dekodowana ze sformułowania „w żadnym wypadku”. Wskazane regulacje chronią w sposób absolutny odpowiednio „godność człowieka” oraz „istotę treści praw podstawowych”. Niewątpliwie celem zarówno art. 1 ust. 1 UZ, jak i art. 19 ust. 2 UZ jest objęcie definitywną ochroną najistotniejszego zakresu praw człowieka. Jednak kwestia, czy nienaruszalność godności człowieka i nienaruszalność istoty praw podstawowych należy ze sobą zrównać, pozostaje w doktrynie i orzecznictwie kwestią sporną.

¹⁶ BVerfGE 89, 155, 184; BVerfGE 92, 203, 237.

Odpowiedź na pytanie, czy poszczególne prawa podstawowe zawierają odniesienie do godności człowieka, wydaje się oczywista, choć przeciwstawia się panującym poglądom doktryny i orzecznictwa. W moim przekonaniu należy przywołać tu stanowisko M. Stelzera, zgodnie z którym: „Jeżeli w art. 1 ust. 1 rozpoznaje się jednak fundamentalną normę państwa, która dla wszystkich innych gwarancji zapewnionych w konstytucji stanowi wytyczną i cel, to zrozumiałe jest, żeby wszystkim prawom podstawowym przydać także atrybut godności człowieka”¹⁷. Wszelkie próby treściowego wzbogacania gwarancji godności człowieka są zasadniczo, z punktu widzenia jednostki, pożądane. Zdaniem P. M. Hubera: „Wyrażony w art. 1 ust. 1 wymóg respektu państwa dla indywidualnego kształtowania życia byłby pozbawiony treści, gdyby się nie odnosił do określonych sfer życia, do wolności religii, poglądów, sztuki i nauki, gromadzenia i zrzeszania się, wolności wykonywania zawodu czy prawa własności, tzn. tych wszystkich obszarów życia, które Ustawa Zasadnicza w artykułach od 1 do 19 obejmuje szczególną ochroną przez tematycznie ograniczone konstrukcje praw podstawowych”¹⁸. Z kolei w wypadku, gdy owo minimum w wymienionym w Ustawie Zasadniczej obszarze nie jest (już) gwarantowane, dane prawo podstawowe traci swą funkcję, co oznacza utratę zabezpieczenia danego obszaru ludzkiej zdolności do projektowania, skutkiem czego jednostka może stać się (w tym obszarze) obiektem działań państwa¹⁹.

Dalece posuniętą paralelność gwarancji istoty treści praw podstawowych i godności człowieka ukazuje orzecznictwo FTK. Na przykład w orzeczeniu dotyczącym kwestii dopuszczalności wykorzystywania zapisów z pamiętnika w postępowaniu karnym FTK wskazuje, iż ochrona istoty prawa do indywidualnego kształtowania życia (art. 2 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 UZ) wynika „z jednej strony z gwarancji nienaruszalności praw zasadniczych w swej istotnej treści (art. 19 ust. 2 UZ), a z drugiej wywodzi się z tego, że istota osobowości poddana jest ochronie przez nienaruszalność godności człowieka (art. 1 ust. 1 UZ)”²⁰. Podobnie w orzeczeniu dotyczącym tzw. „wielkiego podsłuchu” (*Grosser Lauschangriff*) FTK, rozpatrując kwestię konstytucyjności zmian art. 13 UZ, stwierdza: „Naruszenie istoty praw zasadniczych w rozu-

¹⁷ M. Stelzer, *Das Wesengehaltsargument...*, s. 277.

¹⁸ P. M. Huber, *Kommentar...*, Nb. 127.

¹⁹ G. Dürig, *Der Grundrechtssatz...*, s. 117, 127 ff.

²⁰ BVerfGE 80, 367, 373.

mieniu art. 19 ust. 2 (...) w odosobnionym [a więc „wyjątkowym” – A. N.-M.] przypadku mogłoby równocześnie zaszkodzić chronionej przez art. 79 ust. 3 UZ nienaruszalności godności człowieka gwarantowanej przez normę podstawową²¹. Teza FTK wskazuje jednak nie tylko na mocne powiązania gwarancji nienaruszalności godności człowieka oraz gwarancji nienaruszalności istoty praw podmiotowych, ale sugeruje – o czym będzie jeszcze szczegółowo mowa – że ochrona istoty treści praw podstawowych wynikająca z art. 79 ust. 3 UZ (statuujuącego relatywną niezmienność zasady poszanowania i ochrony godności człowieka) jest mniej intensywna od ochrony wynikającej z art. 19 ust. 2 UZ.

Jak ukazują powyższe rozważania, nie można mieć wątpliwości co do tego, że gwarancja godności człowieka oraz gwarancja istoty treści praw podstawowych co najmniej się krzyżują. Pozostaje jednak w dalszym ciągu pytanie o to, czy art. 19 ust. 2 UZ zawiera gwarancje wykraczające poza zakres gwarantowania nienaruszalności godności człowieka. Przeciwno tezie o zrównaniu przedmiotowych gwarancji wysuwane są argumenty systematyczne, z których w pierwszej kolejności podnoszone są:

1. brak bezpośredniego odniesienia się art. 19 ust. 2 UZ do zasady poszanowania i ochrony godności człowieka;
2. zróżnicowanie adresatów art. 19 ust. 2 i art. 1 ust. 1 UZ, bowiem zasada poszanowania i ochrony godności jest – co wynika z art. 1 ust. 1 w zw. z art. 79 ust. 3 UZ – adresowana także do prawodawcy konstytucyjnego²², podczas gdy zakaz naruszania istoty treści praw podstawowych nie jest adresowany do prawodawcy konstytucyjnego.
3. pozbawienie art. 19 ust. 2 UZ funkcji, a tym samym samoistnego znaczenia dogmatycznego, gdyby uznać, że tożsama gwarancja nienaruszalności praw podstawowej w ich istotnej treści wynika z art. 1 ust. 1 UZ²³.

Większość autorów wyraża zatem pogląd, że gwarancja nienaruszalności istoty treści praw podstawowych wykracza poza zakres – nakreślonej gwarancją nienaruszalności godności człowieka – treści minimalnej poszczegól-

²¹ BVerfGE 109, 279, 311.

²² A. Herdemerten, *Grundgesetz Kommentar*, Band 1: bis 1 zu 19; I. von Munch, (Hrsg.), 1974, art. 1, s. 47–48.

²³ Wskazane argumenty przytacza P. M. Huber, choć ten sam autor uznaje, iż gwarancje nienaruszalności istoty praw podstawowych nie wykraczają ponad zakres gwarancji ochrony godności człowieka. Zob. P. M. Huber, *Kommentar...*, Nb. 126, 136.

nych praw podstawowych²⁴, co należy rozumieć w ten sposób, iż gwarancja nienaruszalności istoty praw podstawowych obejmuje również przypadki, w których nie dochodzi do naruszenia godności jednostki. Kwestią prymarną dla tych rozważań jest zresztą oczywiste stwierdzenie, iż nie każde naruszenie istoty treści danego prawa podstawowego będzie jednocześnie stanowiło naruszenie godności człowieka. Co więcej, jak to zaznaczył FTK, jednoczesne naruszenie art. 1 ust. 1 i art. 19 ust. 2 UZ będzie miało miejsce „w odosobnionych przypadkach”, a więc bardzo rzadko.

Niestety, przedstawiona powyżej trafna – zdaniem wielu autorów – koncepcja nie znajduje jednomyślnego odbicia na orzecznictwie FTK. Jako przykład zajęcia przez FTK stanowiska wyrażającego koncepcję zrównania gwarancji z art. 1 ust. 1 i art. 19 ust. 2 UZ posłużyć może orzeczenie z 1993 r., dotyczące kompromisu azylowego, w którym FTK stwierdza, że gwarancja godności człowieka wymaga wprawdzie zapewnienia azylu, ale nie gwarantuje ochrony wynikającej z gwarancji praw podstawowych. P. M. Huber podkreśla, iż to, że godność człowieka zapewnia jako prawo podstawowe minimum roszczenia o azyl, bez konieczności posiadania jakości prawa podstawowego, jest w oczywisty sposób sprzeczne samo w sobie, niemniej jednak powoduje zrównanie gwarancji, o których mowa²⁵.

Według części przedstawicieli niemieckiej doktryny prawa konstytucyjnego istnieje istotny związek pomiędzy art. 19 ust. 2 UZ a art. 79 ust. 3 UZ²⁶. Swoistym katalizatorem tego związku jest art. 1 ust. 1 UZ, którego powiązania z art. 19 ust. 2 UZ nie budzą wątpliwości, a do którego w sposób bezpośredni odwołuje się art. 79 ust. 3 UZ. Istota tego związku sprowadza się do tezy, w myśl której istota treści poszczególnych praw podstawowych jest objęta tzw. gwarancją wieczystą statuowaną przez art. 79 ust. 3 UZ. Artykuł 79 ust. 3 UZ stanowi: „Zmiana niniejszej Ustawy Zasadniczej, która naruszała-

²⁴ G. Dürig, *Der Grundrechtssatz...*, Nb. 127 ff.

²⁵ P. M. Huber, *Kommentar...*, Nb. 132 ff.

²⁶ Zgodnie z poglądami G. Düriga art. 19 ust. 2 UZ stanowi część składową tzw. trójgłosu, którą to nazwę wskazany autor sformułował już w 1956 r. Ta koncepcja potrójnej ochrony istoty praw podstawowych była wprawdzie i nadal jest poddawana w wątpliwość, ma jednak pewne systematyczne i teleologiczne argumenty. W pojedynczych przypadkach można ją nawet wykazać w oparciu o orzecznictwo FTK. Na przykład w orzeczeniu w sprawie reformy rolnej FTK wyraźnie uznaje, że wynikająca z prawa konstytucyjnego gwarancja własności jest w swej istotnej treści zapewniona na podstawie art. 79 ust. 3 UZ. G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, T. Maunz, G. Dürig, Art. 1, Nb. 81, 85.

by podział Federacji na kraje związkowe, zasadnicze współdziałanie krajów w ustawodawstwie, lub zasady określone w art. 1 i 20 jest niedopuszczalna”. Powołany przepis wprowadza do Ustawy Zasadniczej tzw. postanowienia relatywnie niezmiennie, tj. takie postanowienia, które nie mogą być dowolnie zmieniane przez ustrojodawcę. Przepis art. 79 ust. 3 UZ nie statuuje absolutnego zakazu dokonywania wszelkich modyfikacji postanowień objętych klauzulą niezmienności. Postanowienia te mogą podlegać zmianom, ale tylko takim zakresie, w jakim nie powoduje to naruszenia istoty tych postanowień. W orzeczeniu z dnia 15 grudnia 1970 r. FTK stwierdza: „Sens art. 79 ust. 3, jako bariery ograniczającej wprowadzanie poprawek do konstytucji, polega na zapobieżeniu przekreślenia istoty i podstaw obowiązującego porządku konstytucyjnego poprzez formalnie legalną drogę poprawki konstytucyjnej. (...) Przepis art. 79 ust. 3 zakazuje więc całościowego odstąpienia od wskazanych w nim zasad. Modyfikacja danej zasady nie oznacza jej «naruszenia», jeżeli ogólna treść tej zasady pozostaje nadal zachowana, a zmiany dotyczą tylko sytuacji szczególnej, odpowiadają jej specyfice i znajdują oparcie w oczywiście uzasadnionych powodach. Formuła, że zasady te «nie mogą zostać naruszone», nie ma więc bardziej kategorycznego charakteru niż pokrewne stwierdzenie w art. 19 ust. 2 UZ zakazujące naruszania «istotnej treści» poszczególnych praw podstawowych”²⁷.

Koncepcja ochrony istoty treści praw podstawowych przez art. 79 ust. 3 UZ bazuje, po pierwsze, na związku gwarancji nienaruszalności istotnej treści praw podstawowych z gwarancją ochrony i poszanowania godności człowieka; po drugie, na rozszerzającej -instrumentalnej wykładni 79 ust. 3 UZ. Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych kwestii, należy przychylić się do zdania P. M. Hubera, który zauważa że tylko uznanie zrównania ze sobą gwarancji istoty praw podstawowych i zasady godności człowieka upoważnia do postawienia hipotezy o tym, że istota treści praw podstawowych jest w pełnym zakresie chroniona przez art. 79 ust. 3 UZ²⁸. Jeżeli jednak uznajemy, że wskazane gwarancje jedynie się krzyżują, tj. każda z nich wychodzi poza obszar wspólnie chroniony, to musimy skonstatować, że istotna treść praw podstawowych nie jest w pełnym zakresie objęta tzw. gwarancją

²⁷ BVerfGE 30, 1, 24. Podaję przekład za: L. Garlicki, *Konstytucyjność zmiany konstytucji – Niemcy (I)*, wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 15 grudnia 1970 r., „Przegląd Sejmowy” nr 5, 2000, s. 147.

²⁸ P. M. Huber, *Kommentar...*, s. 1748–1749, Nb. 136.

wieczystą. Wówczas poza oddziaływaniem art. 79 ust. 3 UZ pozostanie zabezpieczenie istotnej treści prawa podstawowych wykraczające ponad gwarancje wynikające z art. 1 ust. 1 UZ. Przychylając się do drugiego z przedstawionych stanowisk, możemy co najwyżej stwierdzić, że gwarancja wieczysta z art. 79 ust. 3 UZ obejmuje istoty treści poszczególnych praw podstawowych wyłącznie w takim zakresie, w jakim realizują zasadę godności człowieka. W takim wypadku jednak pozostały zakres istoty treści praw podstawowych nie jest chroniony przez art. 79 ust. 3 UZ – powstaje błędne koło rozumowania i nie można mówić o jakimkolwiek związku pomiędzy art. 19 ust. 2 UZ a art. 79 ust. 3 UZ²⁹.

Tezy, w myśl której istota poszczególnych praw podstawowych jest objęta gwarancją wieczystą, można jeszcze starać się bronić, powołując się fakt, że – jak na to wskazuje orzecznictwo FTK – relatywna niezmienność zasad wymienionych w art. 79 ust. 3 UZ wykracza poza ich literalne brzmienie. Co prawda w orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 1991 r. FTK stwierdza, że art. 79 ust. 3 UZ gwarantuje zachowanie takiego zakresu praw podstawowych, jaki jest niezbędny do utrzymania porządku ustrojowego, odpowiadającego wymaganiom z art. 1 ust. 1 i 2 UZ³⁰, jednak również wskazane rozumowanie sprowadza się *de facto* do wniosku, iż jedyną ostateczną miarę kontroli wobec ograniczania przez ustrojodawcę poszczególnych praw podstawowych stanowi godność człowieka. W tym kontekście można mówić, iż z zasad statutowanych w art. 1 UZ, w tym w pierwszym rzędzie z zasady godności człowieka, wynikają minimalne standardy praw podstawowych, które obowiązany jest zachować ustrojodawca.

Niewątpliwie konstytucyjne konstrukcje poszczególnych praw podstawowych mogą być zawężane, tj. ustrojodawca może wprowadzać ograniczenia podmiotowe i przedmiotowe względem treści obowiązujących dotychczas poszczególnych praw podstawowych. Może również wprowadzać albo modyfikować szczegółowe klauzule limitacyjne w taki sposób, aby rozszerzyć możliwość ograniczania poszczególnych praw podstawowych przez ustawodawcę zwykłego. Jest przy tym związany przede wszystkim wynikającym

²⁹ K.-E. Hain, *Kommentar zum Grundgesetz*, H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck, Band 2, München 2005, art. 79 ust. 3, Nb. 67.

³⁰ BVerfGE 84, 90. Tak: L. Garlicki, *Konstytucyjność...*, s. 232. Rozszerzającą interpretację relatywnie niezmiennych zasad konstytucyjnych zawierają też między innymi: BVerfGE 113, 273 i BVerfGE 89, 155.

z art. 79 ust. 3 UZ nakazem zachowania gwarancji godności człowieka. Ponadto takie negatywne – z punktu widzenia jednostki – modyfikacje obowiązujących zakresów praw podstawowych muszą czynić zadość wymogom proporcjonalności. Ustrojodawca modyfikujący poszczególne prawa podstawowe nie jest jednak związany nakazem zachowania istoty treści poszczególnych praw podstawowych, o którym mowa w art. 19 ust. 2 UZ. Wynika to jednoznacznie z wywodów FTK dotyczących zgodności z art. 79 ust. 3 UZ zmian Ustawy Zasadniczej skutkujących obniżeniem dotychczasowego poziomu gwarancji konkretnych praw podstawowych³¹. Na przykład w orzeczeniu z dnia 3 marca 2004 r.³² dotyczącym konstytucyjności zmian art. 13 UZ, wprowadzających do jego ust. 3 instytucję akustycznego systemu nadzoru (podśluchu) pomieszczeń mieszkalnych dla celów ścigania karnego, tj. tzw. „wielkiego podśluchu” (*Grosser Lauschangriff*)³³, FTK, podejmując

³¹ Pierwsza taka zmiana dotyczy art. 10 UZ. Została dokonana Siedemnastą ustawą o zmianie Ustawy Zasadniczej z dnia 24 czerwca 1968 r. Skutkuje konkretyzacją, ale i pogłębieniem możliwości ograniczania tajemnicy komunikowania się oraz niewątpliwie redukuje dotychczasowy poziom gwarancji tej wolności. Art. 10 UZ w brzmieniu pierwotnym stanowił: „Tajemnica korespondencji, jak również tajemnica poczty i telekomunikacji jest nienaruszalna. Ograniczenia mogą być zarządzane tylko w drodze ustawy”. Zgodnie z brzmieniem nadanym przedmiotową zmianą: „Jeżeli ograniczenie służy ochronie istnienia lub zabezpieczeniu Federacji lub któregoś z krajów związkowych, ustawa może stanowić, że ograniczenie to nie będzie podane do wiadomości zainteresowanemu i że w miejsce drogi sądowej nastąpi kontrola przez organy powołane przez przedstawicielstwo narodu i organy pomocnicze”.

Druga zmiana polegała z kolei na dodaniu Ustawą o zmianie Ustawy Zasadniczej z dnia 28 czerwca 1993 r., art. 16a modyfikującego pierwotnie sformułowane w art. 16 ust. 2 UZ prawo do azylu osób prześladowanym ze względów politycznych. Ust. 3 art. 19a przewiduje możliwość uchwalenia ustawy wymagającej zgody Bundesratu, określającej państwa co do których – na podstawie sytuacji prawnej, stosowania prawa i ogólnych warunków politycznych – wydaje się pewne, że nie mają tam miejsca prześladowania polityczne ani niehumanitarne albo poniżające traktowanie. Wprowadza ponadto domniemanie, że cudzoziemiec z takiego państwa nie jest prześladowany, dopóki nie przedstawi faktów przeciwnych. Tymczasem art. 19a ust. 4 zd. 1 brzmi: „Wykonanie działań, mających na celu zakończenie pobytu w przypadku określonym w ust. 3 oraz w innych przypadkach, które w sposób oczywisty są nieuzasadnione lub mogą za takie uchodzić, może być wstrzymane przez sąd tylko w razie poważnych wątpliwości co do legalności tych działań; zakres kontroli może być ograniczony, a opóźnione przedstawienie okoliczności – nieuwzględnione”. Regulacja art. 16 a UZ ogranicza gwarantowany pierwotnie przez ustrojodawcę podmiotowy i przedmiotowy zakres prawa do azylu.

³² BVerfG 1 BvR 2378/98.

³³ Zmieniony art. 13 ust. 3 UZ brzmi: „Jeżeli określone fakty uzasadniają podejrzenie, że ktoś popełnił określone w ustawie szczególnie ciężkie przestępstwo, w celu ścigania sprawy na podstawie zarządzenia sędziego mogą zostać zastosowane środki techniczne

kwestię granic dokonywania zmian Ustawy Zasadniczej, jako ich miarę powołuje zasadniczą myśl przewodnią wolności zakorzenioną w art. 1 ust. 1. Zdaniem FTK wobec znaczenia celów, jakie mają być osiągnięte przy pomocy tej regulacji (zabezpieczenie funkcjonalności ścigania karnego w przypadku szczególnie ciężkich przestępstw, zapobieganie popełnianiu kolejnych takich przestępstw), rozważenie wolności jednostki oraz wartości ogólnospołecznych uzasadniających taką ingerencję, pomimo bardzo znaczącej jej intensywności – zwłaszcza w wolność nie podejrzanych a dotkniętych nią osób trzecich – nie prowadzi do konkluzji, że podsłuch pomieszczeń mieszkalnych, zgodnie z warunkami materialnymi, formalnymi i proceduralnymi przewidzianymi przez art. 13 ust. 3 w nowej wersji, narusza art. 1 ust. 1 UZ ze względu na niedotrzymanie minimalnych standardów wolności.

W tym miejscu można jeszcze przytoczyć stanowisko P. M. Hubera, który podnosi, że także popierane przez niego zrównanie ze sobą gwarancji zasady godności człowieka i istoty treści praw podstawowych nie prowadzi do pełnego zabezpieczenia gwarancji nienaruszalności istoty praw podstawowych przez art. 79 ust. 3 UZ przed ingerencją ze strony prawodawcy konstytucyjnego. Powodów ograniczonej ochrony istoty praw podstawowych należy doszukiwać się – zdaniem tego autora – przede wszystkim w braku bezpośredniego zaliczenia art. 19 ust. 2 UZ do relatywnie niezmiennych postanowień konstytucyjnych wymienionych w art. 79 ust. 3 UZ, a także z zawartej w art. 79 ust. 3 UZ relatywizacji związania prawodawcy konstytucyjnego tylko zasadą wyrażoną w art. 1 ust. 1, a nie do samego art. 1 ust. 1 UZ³⁴. Z powyższego wynika – a potwierdza to, niestety, orzecznictwo FTK – że prawodawca konstytucyjny może, w przeciwieństwie do ustawodawcy zwykłego, znajdującą swój wyraz w danym prawie podstawowym godność człowieka poddawać ważeniu i w przypadku takiej konieczności modyfikować ją. Jednak w przypadku, gdy dochodzi już do takiego ważenia, jego skutkiem nie może być ograniczenie godności człowieka, a jedynie konieczna w kon-

umożliwiające podsłuch mieszkań, w których przypuszczalnie przebywa podejrzany, gdyby badanie stanu faktycznego w inny sposób było nadmiernie utrudnione lub niemożliwe. Środki te mogą być zastosowane w określonym terminie. Zarządzenie wydawane jest przez trzyposobowy sędziowski skład orzekający. Przy niebezpieczeństwie zwłoki zarządzenie może być wydane także przez jednego sędziego”.

³⁴ P. M. Huber, *Kommentar...*, s. 1748–1749, Nb. 136 ff.

kretnym przypadku modyfikacja jej immanentnych barier³⁵. Taka sytuacja może zaistnieć w przypadku kolizji z innymi dobrami chronionymi przez art. 79 ust. 3 UZ. W takim przypadku poszczególne pozycje, a nawet całe prawo podstawowe w istocie treści może zostać okrojone bądź wręcz usunięte, o ile nie zostanie naruszona zasada poszanowania i ochrony godności człowieka bądź inna relatywnie niezmienna zasada konstytucyjna³⁶. Zasada poszanowania i ochrony człowieka nie zostanie z kolei naruszona wtedy, gdy jednostce zapewni się w sferze objętej dotychczas treściami o charakterze subiektywnoprawnym odpowiedni zakres gwarancji o charakterze obiektywnoprawnym.

Uwzględniając powyższe rozważania należy stwierdzić, że argumenty świadczące na rzecz uznania, iż nie tylko ustawodawca zwykły w ramach ingerencji w prawa podstawowe – co wynika bezpośrednio z art. 19 ust. 2 UZ – ale także prawodawca konstytucyjny jest związany zakazem naruszania istoty treści praw podstawowych przy dokonywaniu zmian Ustawy Zasadniczej – co miałyby wynikać z art. 79 ust. 3 UZ w zw. z art. 1 ust. 1 UZ – powinno się uznać za nieprzekonujące. Prawa podstawowe mogą podlegać ograniczeniom ze strony ustrojodawcy w oparciu o art. 79 ust. 3 UZ w dalej idącym zakresie niż ze strony ustawodawcy zwykłego, który jest związany

³⁵ Z kolei R. Alexy wyróżnia w tym kontekście zasadę godności, która podlega waznieniu (ograniczana) oraz będącą niejako wynikiem tego waznienia absolutną regułą godności. Zob. R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 94.

³⁶ Wskazane tezy mogą wydawać się dalece kontrowersyjne, stoją bowiem w oczywistej opozycji do adresowanej do wszelkich władz państwowych zasady poszanowania i ochrony nienaruszalnej godności osobowej człowieka. Dlatego też w tym miejscu konieczne jest ogólne zobrazowanie uznawanej przez dużą część przedstawicieli niemieckiej doktryny konstytucyjnej koncepcji dotyczącej treści i struktury zasady poszanowania i ochrony godności człowieka. Gwarancja godności osobowej człowieka przejęta do prawa pozytywnego jest niewątpliwie myślą przewodnią całego porządku konstytucyjnego RFN. Zasadnicza zdolność człowieka do samostanowienia jest elementem determinującym przypisywanie mu cechy godności. Za zasadnicze treści zasady poszanowania i ochrony godności uznaje się równość i wolność wszystkich ludzi. O ile na metapłaszczyźnie jest do wyobrażenia funkcjonowanie absolutnej wolności i równości wszystkich ludzi bez napięć i sprzeczności, o tyle w przypadku konkretyzacji tej myśli przewodniej w warunkach świata rzeczywistego, pomiędzy poszczególnymi wolnościami oraz pomiędzy wolnością a równością w sposób nieunikniony dochodzi do napięć. Problem ten wyodrębnia się jeszcze bardziej, jeżeli uznaje się, że gwarancja godności człowieka obejmuje minimalne, konieczne treści poszczególnych praw podstawowych. Dlatego też zgodnie z prezentowaną koncepcją godność człowieka podlega waznieniu tylko tyle, że jego skutkiem może być nie jej ograniczenie, a tylko modyfikacja jej immanentnych granic.

nie tylko zakazem nadmiernej ingerencji (*Übermassverbot*), ale jest również obowiązany do bezwzględnego poszanowania całego zakresu istoty treści praw podstawowych (tj. art. 19 ust. 2 UZ).

III.

Gdy chodzi o interpretację treści gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych, a więc art. 19 ust. 2 UZ, to rozbieżne stanowiska i wątpliwości przedstawicieli doktryny prawa kumulują się wokół samego przedmiotu omawianej gwarancji – odnoszą się zasadniczo do pojęcia „istoty treści” poszczególnych praw podstawowych. W ramach tej problematyki wyodrębnia się dwa zasadnicze zagadnienia, których rozstrzygnięcie przesądza dopiero o rzeczywistej normatywnej treści omawianego zakazu. Pierwsze z nich posiada charakter prymarny względem drugiego i dotyczy tego, czy termin „prawo podstawowe” (*das Grundrecht*), użyty w treści art. 19 ust. 2 UZ, oznacza prawo podstawowe w jego aspekcie przedmiotowym czy również podmiotowym, co przekłada się bezpośrednio na odnoszenie pojęcia „istoty treści” tylko do strony przedmiotowej poszczególnych praw podstawowych – tzw. teoria obiektywna – bądź zarówno do ich strony podmiotowej, jak i przedmiotowej – tzw. teoria subiektywna. Drugie zagadnienie aktualizuje się przy uznaniu założeń teorii subiektywnej, a dotyczy bezpośrednio charakteru „istoty” praw podstawowych, w tym sposobu ustalania czy też wskazywania istoty treści tych praw. Możliwe jest tutaj zasadniczo albo przyjęcie założenia o relatywnym, zmiennym charakterze istoty treści poszczególnych praw podstawowych – tzw. teoria relatywna – albo uznanie absolutnego, niezmiennego charakteru istoty poszczególnych praw podstawowych – tzw. teoria absolutna.

Pomimo jednoznacznego sformułowania art. 19 ust. 2 UZ, który stanowi: „W żadnym wypadku nie może zostać naruszona istota treści prawa podstawowego” oraz ewidentnych przesłanek zakodowanych na poziomie systematyki niemieckiej Ustawy Zasadniczej w doktrynie niemieckiego prawa konstytucyjnego od kilkadziesiąt lat prowadzony jest spór o to, czy przedmiotem gwarancji z art. 19 ust. 2 UZ są jedynie prawa podstawowe w znaczeniu przedmiotowym, czy też prawa podstawowe w znaczeniu podmioto-

wym³⁷. Chodzi tu zatem o kwestię, czy art. 19 ust. 2 UZ zabrania naruszenia jądra – istoty treści danego prawa podstawowego jako takiego (co mogłoby nastąpić na przykład wskutek praktycznego zniesienia danej ogółowi gwarancji zakotwiczonej w Ustawie Zasadniczej), czy też zabrania całkowitego pozbawienia danego prawa podstawowego w pojedynczym przypadku³⁸. Z punktu widzenia podejścia do wskazanego zagadnienia można wyróżnić odpowiednio obiektywne i subiektywne interpretacje gwarancji istoty treści praw podstawowych.

Odnoszenie gwarancji nienaruszalności istoty treści wyłącznie do przedmiotowej płaszczyzny praw podstawowych jest charakterystyczne dla instytucjonalnego podejścia do tych praw, które afirmuje ich znaczenie ogólnospołeczne kosztem ich funkcji *stricte* personalnej. W celu uzasadnienia swoich poglądów zwolennicy teorii obiektywnej opierają się przede wszystkim na treści art. 19 ust. 2 UZ, który mówi o „prawie podstawowym”, a nie o chronionych przez poszczególne prawa podstawowe dobrach czy interesach. Kwestię tę podejmuje P. M. Huber, który zaznacza, że art. 19 ust. 2 UZ gwarantuje nienaruszalność istoty treści prawa podstawowego, a nie sedno chronionego przez to prawo dobra³⁹. Jako argument ostateczny przedstawiciele obiektywnej interpretacji art. 19 ust. 2 UZ wskazują, co również wyeksponował FTK, że zawsze mogą zdarzyć się takie sytuacje, w których interes chroniony prawem podstawowym może zostać usunięty, zaniechany lub złożony w ofierze – na przykład w razie zabicia człowieka w wyjątko-

³⁷ Podmiotowa strona konstytucyjnych praw jednostki to prawa podmiotowe służące jednostce wobec państwa (często także wobec innych niż państwo podmiotów) wynikające z norm prawnych ustanowionych w celu ochrony wartości mających fundamentalne znaczenie dla rozwoju jednostki. Z kolei przedmiotowa strona praw podstawowych kumuluje ogólnospołeczne znaczenie danego prawa poprzez poddanie pod ochronę całego porządku prawnego określonej wartości leżącej u podstaw tego prawa. Z każdego prawa podstawowego w znaczeniu przedmiotowym wynika dla organów państwowych obowiązek realizacji i ochrony konkretnych wartości, a zatem normy prawne, które nakazują lub zakazują tym organom podejmowanie określonych działań. Na przykład wolność sztuki w ujęciu przedmiotowym oznacza normę prawną, która zakazuje organom państwowym przekreślanie lub utrudnianie tworzenia wszelkiego rodzaju dzieł artystycznych, jak również ich prezentowania, a jednocześnie poddaje wskazane działania pod ochronę.

³⁸ Tak ujął wskazany problem FTK w orzeczeniu z dnia 7 maja 1953; BVerfGE 2, 266, 50 ff.

³⁹ Wskazany autor przywołuje również słowa P. Lerche, który utrzymuje, że: „Art. 19 ust. 2 ma na myśli nie to, co chronione [*das Geschützte*], lecz to co w sposób typowy ma ochronie podlegać [*das zu Schützende*]” (P. M. Huber, *Kommentar...*, Nb. 153 ff.).

wym wypadku przewidzianym ustawą o policji lub w razie skazania na karę dożywotniego więzienia⁴⁰. Wyklucza to – ich zdaniem – możliwość poszukiwania istoty praw podstawowych w elementach subiektywnych⁴¹. Takie poglądy reprezentuje między innymi F. Klein, którego zdaniem gwarancja nienaruszalności istoty treści praw podstawowych odnosi się wyłącznie do obiektywnego stanu ich normowania. Jak stwierdza wskazany autor, art. 19 ust. 2 UZ zabrania, „aby obowiązywanie prawa podstawowego zostało tak pomniejszone, że może stracić swe znaczenie dla wszystkich jednostek lub tylko dla większej części z nich, lub w ogóle dla życia społecznego”⁴². Takie stanowisko wyraża również P. Häberle. Zdaniem tego autora gwarancja z art. 19 ust. 2 UZ jest zapewniona, jeżeli zdecydowana większość członków wspólnoty prawnej posiada możliwość korzystania z danego prawa podstawowego, żeby możliwość ta znajdowała odzwierciedlenie w rzeczywistości⁴³. Także H. von Mangoldt wskazywał, że art. 19 ust. 2 UZ gwarantuje obowiązywanie istoty treści praw podstawowych jako takich, podając jako przykład, że gwarancja ta nie ochrania istoty treści wolności osobistej określonej jednostki, ale jedynie abstrakcyjne obowiązywanie tej zasady, tj. zasadniczo gwarantuje jednostce wolność osobistą z art. 2 zd. 2 UZ. Mangoldt w późniejszym okresie odszedł jednak od powyższych poglądów na rzecz subiektywnej interpretacji art. 19 ust. 2 UZ⁴⁴.

Reasumując, w ramach omawianej interpretacji treści gwarancji z art. 19 ust. 2 UZ istota treści praw podstawowych umiejscowiona jest wyłącznie w przedmiotowej płaszczyźnie tych praw, a więc w treści tych norm prawa przedmiotowego, które realizują wynikający z normy prawa podstawowe-

⁴⁰ BVerfGE 45, 187, 222

⁴¹ Takie instytucjonalne podejście do praw podstawowych dobrze ilustruje orzeczenie FTK dotyczące materialnej legalności zmian Ustawy Zasadniczej polegających na podmiotowym i przedmiotowym ograniczeniu prawa do azylu, w którym stwierdza się, iż w szczególności uzasadnionych wypadkach dopuszczalne – w świetle art. 79 ust. 3 w zw. z art. 1 ust. 1 UZ – jest nawet zawężenie dotychczasowego kręgu podmiotów tego prawa, a więc pozbawienie określonej grupy podmiotów prawa do azylu, pod warunkiem zachowania odpowiedniego poziomu ochrony prawa do azylu na poziomie przedmiotowym (BVerfGE 94, 49).

⁴² F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, H. von Mangoldt, F. Klein (Hrsg.), Art. 19, V 2a.

⁴³ P. Häberle, *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1983, s. 44.

⁴⁴ Tak podaje S. Hendricks *Grundgesetz Kommentar* Band 1: Präambel bis Art. 20, wyd. I. von Münch, 1974, art. 19, Nb. 22.

go obowiązek obiektywnej ochrony wartości/dóbr leżących u podstaw tych praw.

Z kolei przedstawiciele subiektywnego podejścia do gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych uważają, że interpretacja obiektywna może wystąpić obok, jednak nie może wyprzeć czy też zastąpić interpretacji subiektywnej⁴⁵. W ramach wskazanego podejścia nienaruszalna istota treści znajduje się jednak przede wszystkim w podmiotowej stronie praw podstawowych.

I. Schneider podnosi, że argument słownego brzmienia „prawa podstawowe”, powoływany przez zwolenników obiektywnego podejścia do gwarancji z art. 19 ust. 2 UZ, jest bezwartościowy, bowiem Ustawa Zasadnicza stosuje pojęcie „prawo podstawowe” co do zasady w sensie podmiotowym (uprawnienia osobistego)⁴⁶. Ustawa Zasadnicza opiera się bowiem na założeniu ukształtowania statusu jednostki przez prawa podstawowe o podwójnej strukturze prawnej, w ramach której jednak dla jednostki fundamentalne znaczenie posiada prawo podmiotowe. To właśnie personalistyczna funkcja praw podstawowych, realizowana przez poszczególne – wpisane w prawa podstawowe – pozycje prawnopodstawowe, jest funkcją eksponowaną przez Ustawę Zasadniczą. I. Schneider trafnie zauważa, że już z samej treści art. 19 ust. 2 UZ wynika, iż pomiędzy obiektywnym sposobem interpretacji omawianej gwarancji a (również) zawartym w art. 19 ust. 2 UZ zaleceniem, zgodnie z którym prawo podstawowe w zakresie „istoty treści”, „w żadnym wypadku” nie może zostać naruszone, istnieje pewny stan napięcia⁴⁷. W konsekwencji za nieuprawnione należy uznać zasadnicze rozdzielenie „prawa podstawowego” i „dobra chronionego prawem podstawowym”. Odnoszenie gwarancji z art. 19 ust. 2 UZ wyłącznie do przedmiotowej płaszczyzny praw podstawowych może być podważone nie tylko w drodze systemowej, ale także historycznej wykładni art. 19 ust. 2 UZ. Pomimo braku pogłębionego merytorycznego dyskursu nad dogmatycznym znaczeniem wprowadzanej gwarancji niewątpliwym zamiarem twórców Ustawy Zasadniczej było zabezpieczenie praw podstawowych w ich aspekcie podmiotowym (prawnopodstawowych pozycji jednostek i obywateli). Dlatego w proponowanym

⁴⁵ R. Alexy, *Teoria...*, s. 228; K. Stern, *Das Staatsrecht...*, s. 869 i n.; I. Schneider, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Berlin 1983, s. 273.

⁴⁶ Ibidem, s. 148 i n.

⁴⁷ Ibidem.

przez zwolenników interpretacji obiektywnej sprowadzeniu pojęcia „praw podstawowych” z art. 19 ust. 2 UZ do ich znaczenia przedmiotowego, utożsamianego z ogólnospołecznym znaczeniem danego prawa, można upatrywać wypaczenia pierwotnego i istniejącego sensu praw podstawowych⁴⁸.

Odnosząc się do przywoływanego przez przedstawicieli „obiektywnej interpretacji” argumentu o nieuchronności występowania pojedynczych przypadków, w których następuje usunięcie interesów chronionych prawami podstawowymi, należy zauważyć, że:

1. Subiektywna interpretacja przedmiotu gwarancji z art. 19 ust. 2 UZ, a więc uznanie, że art. 19 ust. 2 UZ chroni również prawa podstawowe w znaczeniu podmiotowym, nie przesądza jeszcze kwestii niedopuszczalności usuwania interesów chronionych prawami podstawowymi – dla tej kwestii decydujące znaczenie będzie miało dopiero ustalenie, czy istota treści praw podstawowych ma charakter relatywny czy absolutny.
2. Usuwanie pewnych interesów chronionych prawami podstawowymi – którego, co oczywiste, nigdy nie uda się wyeliminować – może mieć, jako wyjątek, swoje odrębne, szczególne podstawy konstytucyjne.

Poza tym, jak podnosi R. Alexy: „Fakt, że problemy gwarancji istoty treści być może łatwiej będzie można rozwiązać w ramach jakiejś teorii obiektywnej, nie jest jednak jeszcze wystarczającym powodem do odrzucenia teorii subiektywnej”⁴⁹.

Również FTK odnosi gwarancję z art. 19 ust. 2 UZ zarówno do przedmiotowej, jak i do podmiotowej strony praw podstawowych⁵⁰. W orzeczeniu dotyczącym sprawy Wolfganga Efesa, odnosząc gwarancję nienaruszalności praw podstawowych w istocie ich treści do ograniczenia prawa do prywatności, FTK prezentuje ewidentnie subiektywne podejście, bowiem wskazuje: „(...) poszczególnym obywatelom mocą konstytucji pozostawiona jest zastrzeżona sfera prywatnego kształtowania życia, a więc ostatni, nienaruszalny obszar wolności człowieka, który jest wyjęty spod wpływu całej władzy publicznej”⁵¹.

⁴⁸ P. M. Huber, op.cit., s. 1756, Nb. 170.

⁴⁹ R. Alexy, *Teoria...*, s. 228.

⁵⁰ BVerfGE 6, 32; BVerfGE 7, BVerfGE 377; BVerfGE 13, 97; BVerfGE 15, 126.

⁵¹ BVerfGE 6, 32, 41.

Kolejne zagadnienie dotyczące charakteru i sposobu wskazywania istoty treści praw podstawowych aktualizuje się – jak to już zostało wskazane – przy uznaniu założeń teorii subiektywnej. Jak wynika z treści art. 19 ust. 2 UZ, uprawnienie ustawodawcy do ograniczania prawa podstawowego, czy też szerzej: do ograniczania jego efektywnego zakresu ochrony, znajduje swą ostateczną granicę w istocie treści tego prawa podstawowego. Dookreślenie charakteru istoty treści praw podstawowych oraz sposobu wskazywania „istoty treści” poszczególnych praw podstawowych, a więc *de facto* sposobu odróżniania jej od tzw. „otoczki”, którą ustawodawca może modyfikować przy zachowaniu pozostałych zdeterminowanych konstytucyjnie warunków, decyduje ostatecznie o rzeczywistym znaczeniu normatywnym art. 19 ust. 2 UZ. W ramach subiektywnego podejścia do gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych wykształciły się dwie zasadnicze teorie – teoria relatywnego charakteru istoty praw podstawowych oraz teoria absolutnego charakteru istoty tych praw⁵². Są one inspirowane mającymi szerszy, generalny kontekst teoriami dotyczącymi kwestii wyznaczania granic praw podstawowych (tj. konstytucyjnych praw podmiotowych), odpowiednio teoria relatywna – tzw. teorią zewnętrzną (*Ausentheorie*)⁵³ – a teoria absolutna – tzw. teorią wewnętrzną (*Innentheorie*)⁵⁴.

⁵² R. Alexy, *Teoria...*, s. 229.

⁵³ Teoria zewnętrzna zakłada, że prawa podstawowe wyznaczają pozycję jednostki w stosunkowo szerokim zakresie, który jednak następnie co do zasady musi ulec zawężeniu. Prawo podmiotowe w kształcie nadanym mu przez konstytucję jest prawem *prima facie*, które dopiero przez dokonanie jego ograniczeń staje się tzw. prawem definitywnym. Innymi słowy, prawa podstawowe są co prawda chronione w swym podstawowym zakresie, jednak definitywna treść każdego z tych praw jest ustalona dopiero wskutek jego ograniczenia, przy czym granice każdego prawa są zdeterminowane z zewnątrz – uzasadnieniem tych ograniczeń są okoliczności faktyczne i prawne, najczęściej związane z koniecznością realizacji innych praw podmiotowych lub zasad o charakterze przedmiotowym. Wyznaczenie definitywnych granic poszczególnych podstawowych praw podmiotowych jest zatem następstwem kolizji występujących pomiędzy prawami *prima facie* bądź pomiędzy tymi prawami a zasadami konstytucyjnymi; M. Borowski, *Grundrechte als principien, Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaren Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden 1998, s. 21; podają za: P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, 2003, s. 144.

⁵⁴ Teoria wewnętrzna zakłada, że prawa podstawowe wyznaczają pozycję prawną jednostki w ten sposób, że jest ona z góry jednoznacznie określona. Innymi słowy, oznacza to, że treść praw podstawowych jest ustalona z góry, a więc już na płaszczyźnie konstytucyjnej mamy do czynienia z pełną, ostateczną treścią praw podmiotowych jednostki. Na gruncie teorii wewnętrznej przyjmuje się założenie tzw. immanentnych granic praw podmiotowych.

Jeżeli chodzi o teorie oparte na relatywnym pojmowaniu „istoty treści” praw podstawowych, to ich wspólnym mianownikiem jest to, że nie traktują istoty treści tych praw jako pewnej wielkości stałej, tylko jako wielkość zmienną. W ujęciu relatywnym „istota treści” prawa podstawowe jest tym, co pozostaje po wyważeniu tego prawa z innym prawem lub zasadą konstytucyjną. Zdaniem zdecydowanej większości przedstawicieli „teorii relatywnej” gwarancja nienaruszalności istoty treści praw podstawowych nie oznacza nic innego jak nakaz zachowania barier ograniczania praw wynikających z zasady proporcjonalności⁵⁵. Zasada proporcjonalności dyktuje wymogi, których spełnienie w danych okolicznościach ma zapewnić, że konkretna ingerencja w prawa zasadnicze nie będzie miała charakteru ani nieuzasadnionego, ani nadmiernego – a co za tym idzie, będzie konstytucyjnie „konieczna”. Są to wymogi: przydatności środka, konieczności (adekwatności) środka oraz proporcjonalności *sensu stricto*. Przy wskazanym podejściu, zakaz naruszania istoty treści praw podstawowych zostaje więc wchłonięty przez szeroko rozumianą zasadę proporcjonalności. Zgodnie z omawianą koncepcją istotę danego prawa podstawowego – jej zakres i treść – uznaje się za pochodną konieczności ograniczenia tego prawa w konkretnym przypadku. W konsekwencji z naruszeniem istoty treści danego prawa podstawowego będziemy mieć – na gruncie omawianej koncepcji – do czynienia tylko w przypadku stwierdzenia nieuzasadnionej lub nadmiernej ingerencji w dane prawo, co ma miejsce wtedy, gdy zostaje naruszony co najmniej jeden z wymogów zasady proporcjonalności, tj. 1) wymóg przydatności – który zostaje naruszony, gdy ograniczenie jest nieprzydat-

Prawa o „przypisanej z góry” treści nie mogą podlegać ograniczeniom, gdyż każde ograniczenie spowodowałoby zmianę natury danego podstawowego prawa podmiotowego – naruszałoby owe immanentne konstytucyjnie wyznaczone granice praw; *ibidem*.

⁵⁵ W szerokim ujęciu z zasady proporcjonalności niemiecka doktryna prawa konstytucyjnego wyprowadza następujące w warunki ograniczania praw zasadniczych: 1) cel dokonywanego ograniczenia ma być celem dozwolonym przez prawo, co oznacza, że w przypadku braku konkretyzacji dozwolonych celów ograniczania praw podstawowych, musi być on co najmniej zgodny z aksjologią konstytucji; 2) ograniczenie jako środek realizacji tego celu; ma być również dozwolony dla ustawodawcy zwykłego tj. zgodny z konstytucyjnym systemem wartości 3) **ograniczenie ma być środkiem rzeczywiście przydatnym dla realizacji zamierzonego przez ustawodawcę celu** (tzw. wymóg przydatności środka – *Gebot der Geeignetheit*); 4) ograniczenie prawa podstawowego musi być możliwie jak najmniej a zarazem przydatne dla realizacji zamierzonego celu (tzw. wymóg niezbędności – *Gebot der Erforderlichkeit*); 5) zachowanie proporcjonalności ograniczenia w relacji do zamierzonego celu (wymóg proporcjonalności *sensu stricto* – *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*).

ne do realizacji zamierzonego celu, 2) wymóg konieczności – który zostaje naruszony, gdy ograniczenie jest nieadekwatne (jest nadmierne w ścisłym tego słowa znaczeniu) do realizacji zamierzonego celu lub 3) wymóg proporcjonalności *sensu stricto* – który zostaje naruszony, gdy stopień uciążliwości wynikający dla jednostki wynikający z ograniczenia nie jest proporcjonalny w stosunku do zamierzonego celu.

Konstatując, zgodnie z teorią relatywnego charakteru istoty treści praw podstawowych, zakazowi z art. 19 ust. 2 UZ czyni się zadość, unikając nieproporcjonalnych ograniczeń tych praw. Na gruncie przedstawionej koncepcji „istota treści” praw podstawowych traci swoje samoistne znaczenie prawne i zostaje *de facto* sprowadzona do roli instrumentu – wielkości zmiennej, którą ustawodawca zwykły może swobodnie kształtować w ramach zachowywania – nieostrych skądinąd – wymogów zasady proporcjonalności. Co więcej – jak wskazuje R. Alexy – ograniczenia odpowiadające zasadzie proporcjonalności nie naruszają gwarancji z art. 19 ust. 2 UZ także wtedy, gdy – co ma miejsce w pojedynczych przypadkach – nie pozostawiają nic z prawa podstawowego⁵⁶. W konsekwencji większość zwolenników teorii relatywnych uznaje, że art. 19 ust. 2 UZ posiada wyłącznie charakter deklaracyjny⁵⁷.

W orzecznictwie FTK znaleźć można rozważania świadczące o relatywnym postrzeganiu „istoty treści” praw podstawowych. Na przykład w orzeczeniu z dnia 15 lipca 1981 r. FTK stwierdza, że powszechne przestrzeganie gwarancji instytucji prawnej własności oraz nakazu zachowania zasady proporcjonalności wyklucza naruszenie gwarancji nienaruszalności praw podstawowych w ich istocie⁵⁸. W sposób jednoznaczny relatywne rozumienie istoty treści praw podstawowych pojawia się także w orzeczeniu FTK z dnia 15 stycznia 1970 r. dotyczącym kwestii dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu dyscyplinarnym urzędnika akt z jego sprawy rozwodowej⁵⁹. W orzeczeniu tym FTK stoi na stanowisku, iż „taka ingerencja w prawo do poszanowania prywatności jest dopuszczalna bez zgody małżonków,

⁵⁶ R. Alexy, *Teoria...*, s. 229.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ BVerfGE 58, 300, 348.

⁵⁹ BVerfGE 27, 344.

tylko wtedy gdy odpowiada zasadzie proporcjonalności. Jeżeli tak nie jest środek ten uchybia art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 i art. 19 ust. 2 UZ⁶⁰.

Poszczególni przedstawiciele teorii relatywnego charakteru istoty praw podstawowych próbują niejako „obejść” to swoiste zrównanie gwarancji nienaruszalności „istoty praw” z zachowaniem wymogów zasady proporcjonalności, w ten sposób, iż bariery ograniczania praw podstawowych wynikające z zasady proporcjonalności przemieszczają przed próg wyznaczony przez art. 19 ust. 2 UZ. Wówczas nie każde nieproporcjonalne ograniczenie narusza istotną treść prawa podstawowego. Z kolei w przypadku ingerencji szczególnie intensywnych zakaz nadmiernej ingerencji ma zmuszać do dokonywania „teleologicznej redukcji” gwarancji nienaruszalności praw podstawowych w ich istocie, z takim skutkiem, że obie instytucje się wówczas jednak pokrywają. Niewiele się na tym zyskuje, a mechanizm, zgodnie z którym prawa podstawowe są tym bardziej odporne na rozważania, im bardziej są tłumione, nie stanowi żadnego dodatkowego ani specyficznego zabezpieczenia tych praw⁶¹.

Z kolei zgodnie z założeniami teorii absolutnej każde prawo podstawowe posiada niezmienny i absolutnie pewny rdzeń czy też jądro, w które to – w świetle art. 19 ust. 2 UZ – w żadnym razie nie wolno ingerować. Rdzeń każdego prawa podstawowego tworzą jego cechy stanowiące jego naturę i substancję podstawową⁶². Ów rdzeń jest nienaruszalny, co oznacza przede wszystkim, że nie podlega wyważaniu w ramach zasady proporcjonalności.

U podstaw teorii bezwzględного charakteru istoty treści praw podstawowych – szczególnie w starszej literaturze – leżało przekonanie, że art. 19 ust. 2 UZ gwarantuje samą istotę dobra chronionego przez dane prawo podstawowe. Co za tym idzie, istoty treści poszczególnych praw upatrywano w pewnym minimalnym, ale nie mogącym ulec naruszeniu, zasobie chronionych interesów należących do zakresu/konstrukcji danego prawa zasadniczego⁶³. W ramach założeń właściwych teorii absolutnej należy zatem zadać pytanie o to, czy w zakresie gwarancji określonego prawa podstawowego, z uwzględnieniem normy, która zostaje poddana badaniu, mieszczą się jeszcze dobra leżące u podstaw tego prawa – czy są one jeszcze – w sposób

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ P. M. Huber, *Kommentar...*, Art. 19 Nb. 145.

⁶² S. Hendricks, *Grundgesetz...*, Art. 19, s. 602.

⁶³ P. M. Huber, *Kommentar...*, Art. 19 Nb. 139.

efektywny – realizowane i chronione. Innymi słowy, czy w zakresie ochrony danego prawa podstawowego pozostało wystarczająco dużo interesów prawnie chronionych, aby dobra leżące u podstaw tego prawa uznawać w dalszym ciągu za chronione tym prawem?

Odnosnie do uzasadnienia teoria bezwzględna powołuje się na apodyktyczne sformułowanie art. 19 ust. 2 UZ – „w żadnym wypadku”, co przemawia za odrzuceniem możliwości relatywizacji wartości w przypadku stosowania tego przepisu.

Słabe strony teorii absolutnej pojawiają się, sytuacji, gdy zachodzi konieczność dookreślenia istoty treści konkretnego prawa podstawowego. Z reguły nie potrafi ona wyjaśnić, jakie to konkretnie interesy podlegają ochronie z tytułu gwarancji nienaruszalności prawa podstawowego w jego istocie. Dlatego też jej przeciwnicy podnoszą, że jest bezradna, gdy chodzi o zindywidualizowane rozumienie czy też zastosowanie art. 19 ust. 2 UZ⁶⁴.

Orzecznictwo FTK w przedmiocie pojmowania „istoty treści” praw podstawowych i szerzej znaczenia gwarancji nienaruszalności praw podstawowych w istocie ich treści wykazuje się pewną niekonsekwencją – można w nim odnaleźć zarówno wypowiedzi świadczące o relatywnym, jak i o absolutnym pojmowaniu „istoty treści” praw podstawowych. Najczęściej jednak – werbalnie, na poziomie wykładni art. 19 ust. 2 UZ – FTK rozumie jego dyspozycję jako absolutny zakaz naruszania pewnego standardu minimalnego. Już w orzeczeniu z dnia 11 czerwca 1958 roku FTK badał kwestię konstytucyjności ograniczeń swobody wykonywania zawodu farmaceuty oraz podejmowania działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki, sprowadzających się między innymi do uzależnienia wydania koncesji od jakże nieostrego kryterium istnienia „zapotrzebowania społecznego na taką działalność w danej miejscowości”. W konkluzjach do uzasadnienia podjętego rozstrzygnięcia FTK stwierdza, że minimalny standard swobody wykonywania zawodu i swobody działalności gospodarczej nie może być „w żadnym wypadku naruszony; pytanie, pod jakimi warunkami taka ingerencja jest mimo to możliwa, jest (w związku z tym) bezprzedmiotowe”⁶⁵. Ewidentnie absolutystyczne podejście FTK do „istoty treści” praw podstawowych przejawia się ponadto w orzeczeniu z dnia 31 stycznia 1973 r. dotyczącym tajnych nagrań magnetofonowych, w którym FTK stwierdza: „Nawet

⁶⁴ P. M. Huber, *Kommentar...*, Nb. 141.

⁶⁵ BVerfGE 7, 377, 411.

przeważające interesy ogółu nie mogą usprawiedliwić ingerencji w absolutnie chronione jądro obszaru życia prywatnego; nie ma miejsca wyważenie stosownie do zasady proporcjonalności⁶⁶. Analogiczne tezy stawia FTK w orzeczeniu z dnia 14 września 1998 r. dotyczącym wykorzystania zapisów z pamiętnika w postępowaniu karnym, przyjmuje bowiem, iż: „Nawet ważne interesy ogółu społeczeństwa nie mogą usprawiedliwiać ingerencji w ten obszar, odnośnie tego obszaru nie następuje rozważenia w myśl zasady proporcjonalności (...). Wynika to z gwarancji istoty treści praw podstawowych (art. 19 ust. 2)”⁶⁷.

Niestety, w tych wypadkach, gdy zachodzi potrzeba jednoznacznego wskazywania „istoty treści” konkretnych praw podstawowych, wobec braku jasnych i precyzyjnych dyrektyw identyfikacji owego nienaruszalnego standardu minimalnego, FTK zazwyczaj zdaje się przyjmować relatywny sposób postrzegania istoty treści tych praw. Można oczywiście wskazać pojedyncze przypadki wskazywania przez FTK elementów składających się na „istotę treści” danego prawa podstawowego (minimum chronionego dobra), którego odebranie powoduje, że całe prawo staje się bezprzedmiotowe. Na przykład w orzeczeniu z dnia 21 czerwca 1977 r. FTK odnośnie do kary dożywotniego pozbawienia wolności stwierdza, że wywodzący się z wolności osobistej jednostki zakotwiczonej w zasadzie godności człowieka wymóg możliwości dokonania korekty orzeczenia należy do minimum, które musi zostać zagwarantowane, aby prawo zawarte w art. 2 ust. 2 UZ nie uległo degeneracji do *nudum ius*. Wskazanej funkcji nie spełnia – zdaniem FTK – instytucja ulaskawienia, jest ona bowiem pozbawiona środków odwoławczych⁶⁸. Tego typu zabiegi FTK, tj. zabiegi polegające na pozytywnym dookreśleniu istoty treści poszczególnych praw podstawowych, nie są na tyle liczne, ażeby móc uznać, iż organ ten jednoznacznie stoi na stanowisku niezmiennego charakteru istoty treści tych praw. Wizualizuje to w dużym stopniu wspomniane powyżej słabe strony absolutystycznego postrzegania „istoty treści” praw podstawowych.

⁶⁶ BVerfGE 34, 238, 30.

⁶⁷ BVerfGE 80, 368, 25.

⁶⁸ BVerfGE 45, 187, 228.

IV.

Na dzień dzisiejszy nie można wywieść jednoznacznych i ostatecznych wniosków co do treści, a więc i normatywnego znaczenia gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych. Nie pozwala na to zbyt duże zróżnicowanie stanowisk zarówno w orzecznictwie FTK, jak i w poglądach doktryny. Paradoksalnie nie zniechęca to prawodawców konstytucyjnych innych państw do sięgania po omówioną konstrukcję w celu zabezpieczenia konstytucyjnych praw człowieka i obywatela przed ingerencjami ze strony ustawodawcy zwykłego.

Teoria absolutna ma po swojej stronie brzmienie i systematykę Ustawy Zasadniczej, jednak jej praktyczne zastosowanie w konkretnym przypadku napotyka ogromne trudności. Nie zmienia to jednak faktu, że tylko w ujęciu opartym na absolutystycznym pojmowaniu istoty treści praw podstawowych, omawiana gwarancja posiada samodzielną treść normatywną i w związku z tym samoistne i realne znaczenie prawne. Tylko wówczas, gdy uznamy, że sensem zakazu naruszania istoty treści praw podstawowych jest wprowadzenie sztywnej granicy, poza którą – bez względu na zachodzącą konieczność – prawodawca nigdy nie może się posunąć przy ingerencji w prawa podstawowe, możemy stwierdzić, że zakaz ten jest rzeczywiście ostateczną barierą barier wobec ingerencji ustawodawcy w prawa podstawowe.

Z kolei teoria relatywna nadaje się, co prawda, do stosowania w konkretnych przypadkach, ale tylko za cenę opróżnienia z samoistnej, dogmatycznej treści gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych (tj. art. 19 ust. 2 UZ). Dla zwolenników teorii relatywnych „istota treści” prawa podstawowego zaczyna się bowiem tam, gdzie kończą się – zróżnicowane – możliwości ograniczenia tego prawa zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Opowiadając się jednoznacznie po stronie zwolenników absolutystycznego ujęcia istoty treści praw podstawowych, chciałabym zaznaczyć, że w moim przekonaniu dla kwestii ustalenia czy też dookreślenia normatywnej treści gwarancji nienaruszalności istoty treści praw podstawowych znaczenie winien mieć nie pragmatyzm – którym ewidentnie kierują się zwolennicy relatywnego ujęcia istoty treści praw podstawowych – ale ogólne przyjęte w Ustawie Zasadniczej założenia dotyczące statusu jednostki w państwie i systemu praw podstawowych. Skoro bowiem Ustawa Zasadnicza eksponu-

je godność człowieka jako najwyższe dobro w obrębie konstytucyjnoprawnego porządku (art. 1 ust. 1 UZ), służebną rolę państwa wobec jednostki (rozdział Prawa podstawowe jest rozdziałem otwierającym postanowienia Ustawy Zasadniczej), a naród niemiecki uznaje nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie (art. 1 ust. 2 UZ), to naturalną tego konsekwencją wydaje się stosowanie rozszerzającej wykładni przepisów kształtujących prawa podstawowe. To z kolei przesądza o tym, że *a contrario* ingerencje ustawodawcy w te prawa powinny być traktowane w kategorii wyjątków, a warunki dopuszczalności ingerencji w prawa podstawowe sformułowane przede wszystkim w art. 19 ust. 1 i 2 UZ winny być interpretowane w sposób zapewniający tym prawom optymalnie intensywną ochronę. Taką ochronę zapewnia właśnie – oparta na założeniach teorii subiektywnej oraz teorii absolutnej – interpretacja art. 19 ust. 2 UZ.

Reasumując, w konsekwencji braku jednolitości w rozumieniu art. 19 ust. 2 UZ gwarancja nienaruszalności istoty praw podstawowych cechuje się niewielkim znaczeniem praktycznym. Przejawia się to głównie tym, że FTK zdaje się unikać rozważań o art. 19 ust. 2 UZ. W piśmiennictwie pojawiają się nawet poglądy o zbędności art. 19 ust. 2 UZ. Z drugiej strony nie brakuje jednak głosów doceniających znaczenie art. 19 ust. 2 UZ dla istnienia, rozumienia i interpretacji praw podstawowych, w tym podkreślających również jego „psychologiczne” oddziaływanie na ustawodawcę. Dlatego też na zakończenie warto przytoczyć opinię, jaką wyraził K. Stern, który nawiązując do braku jednolitości w rozumieniu art. 19 ust. 2 UZ oraz powszechnej niechęci do jego szerszego stosowania, stwierdził iż przepis ten „mimo to wiele zdziałał, bowiem przez ponad czterdzieści lat jego obowiązywania można było albo już na wstępie uniknąć poważnych zagrożeń dla istoty praw podstawowych – bez względu na to jak jest rozumiana – albo zagrożenia takie w ogóle nie wystąpiły”⁶⁹.

⁶⁹ K. Stern, *Das Staatsrecht...*, s. 840.

Summary

The Prohibition of the Violation of the Content of Fundamental Rights in the Basic Law of the Federal Republic of Germany of 1949

The article is an attempt to a comprehensive characteristic of prohibition of violations concerning a substance of fundamental rights. The prohibition is one of the conditions limiting the admissibility of such rights, as formulated in Article 19 paragraph 2 FRG Basic Law of 1949. The starting point for this analysis is to present the genesis of the wording of this prohibition in the constitution and to set out its functions. Another important issue taken into account in the article is to discuss the relation which exists between the prohibition of violations concerning the substance of fundamental rights and the principle of respect and protection of human dignity as enshrined in Article 1 paragraph 1 BL and also a relation between the prohibition of violations of fundamental rights and the provision of Article 79 paragraph 3 BL introducing „provisions relatively unchanged”. The concept of the inviolability of fundamental rights being based on the assumption that within each fundamental right it is possible to extract certain basic elements – the essence (core – the essence of the content), without which it could not exist and a number of additional elements – „a milieu”. While „the milieu” of a fundamental right may be a subject of interference by the legislature so far never – under any circumstances it cannot be the content of the essence of a fundamental right. The actual normative content of the prohibition depends on how is understood the concept of „the essence of content” of a fundamental right, which unfortunately is not uniform among the representatives of the German doctrine of constitutional law, nor the case law of the Federal Constitutional Court of the FRG and hence a crucial part of the article is the characteristic of various theories regarding this „substance” of fundamental rights.