

Milena Korycka-Zirk¹

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Rodzaje testów *judicial review* a zasada proporcjonalności²

1. Wprowadzenie

Orzecznictwo i doktrynalnie kształtowana amerykańska kultura prawna, oparta na zdekoncentrowanej kontroli konstytucyjności prawa (*judicial review*), sformułowała, specyficzne w stosunku do systemów prawnych opartych jedynie na prawie stanowionym, kryteria oceny możliwego wkraczania aktów legislatywy w konstytucyjnie chronione prawa i wolności jednostki. W kulturze prawa stanowionego *expressis verbis* wyrażona klauzula limitacyjna (ograniczająca)³, wyrażająca zasadę proporcjonalności, której treść określająca wymogi formalne i materialne oceny zachowania proporcji jest rozbudowywana i konceptualizowana orzecznictwem⁴ poprzez doktryny rozumienia zasad przydatności, konieczności i sensu stricto proporcjonalności wkroczenia w prawo czy wolność jednostki przez akt legislatywy. Jest to zasadniczo inna perspektywa niż ta kształtowana w amerykańskiej kulturze prawnej. Ta ostatnia kształtuje testy proporcji orzecznictwem, nie mając ku temu podstaw literalnie rozumianego tekstu konstytucji⁵ i kształtuje je nie w postaci generalizującej klauzuli, ale w postaci kryteriów subsydiarnie budowanych w stosunku do materialnie uznawanej za istotną wartości chronionej przez konstytucję. Ranga stopnia istotności postanowień materialnych konstytucji (mających swoje literalne uzasadnienie lub go nieposiadających) jest punktem wyjścia dla właściwości jednego z trzech różnych testów proporcji. Istotne jest przy tym, że waga konstytucyjnej ochrony treści materialnych determinowana jest również orzecznictwem i ma charakter ewolucyjny. Zależność między postanowieniem materialnym a kryteriami właściwego testu proporcji można jednak uznać za względnie stabilną, ale przede wszystkim przez

¹ Numer ORCID: 0000-0001-6441-1747. Adres e-mail: milenakorycka@gmail.com

² Niniejszy artykuł powstał jako rezultat projektu badawczego nr 2017/27/L/HS5/03245 pt. „Constitutional Consciousness as a Remedy for the Crisis of Discourse and Democracy Deficit in the European Union” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie decyzji nr DEC-2017/27/L/HS5/03245.

³ W postaci jednej klauzuli mającej zastosowanie do wszystkich postanowień chroniących prawa podmiotowe jednostki gwarantowane przez dokument, częściej stosowanej w konstytucjach lub w postaci wielu klauzul mających zastosowanie do konkretnych postanowień gwarancyjnych, która jest bardziej popularna w dokumentach międzynarodowej ochrony praw człowieka.

⁴ Na tej podstawie także naukowo – głównie z perspektywy teoretycznoprawnej.

⁵ Co oczywiście skłania do wniosku sformułowanego na gruncie teorii prawa, że stosowanie zasad pociąga za sobą kształtowanie kryteriów ważenia zasad.

zdecydowanie większe doprecyzowanie orzecznicze i konieczność stosowania orzecznictwa w ocenie aktu legislatywy wkraczającego w prawo materialne, swoboda uznania lub nieuznania proporcjonalności tegoż aktu ograniczana jest do minimum. Ta ostatnia cecha amerykańskiego *judicial review* skłania do przyjęcia wniosku, że model ocen testów proporcji wkroczenia aktów niższej rangi w treści konstytucyjnie chroniony jest dla jednostki silniejszym gwarantem faktycznej istotności jej interesów w konfrontacji z aktami w nie wkraczającymi. Przybliżenie techniki i wymogów testów proporcji ukształtowanych w amerykańskim orzecznictwie ma więc na celu wskazanie możliwego kierunku dla polskiej kultury prawnej i orzecznictwa konstytucyjnego, zwłaszcza w procedurze bezpośredniej kontroli w ramach kontroli rozproszonej, dla której właściwa jest ocena *in concreto* również w aspekcie uwzględniania w ramach rozważań prawnych stanu faktycznego sprawy.

2. Testy proporcji ukształtowane w procedurze *judicial review*

Na tle orzecznictwa amerykańskiego ukształtowały się trzy rodzaje testów zachowania proporcji aktów i działań władz wkraczających w konstytucyjnie chronione prawa jednostki:

- 1) test *strict scrutiny* (rygorystyczny test aktu władz);
- 2) test *intermediate scrutiny* (pośredni test aktu władz) określane również jako *heightened standard* albo *rational basis with a bite* (test podwyższonego standardu, albo test oparty na racjonalnej podstawie z dodatkiem);
- 3) test *rational basis* (test oparty na badaniu racjonalnej podstawy aktu władz)⁶.

Wszystkie te testy obejmują: powiązanie z konkretnym rodzajem postanowienia materialnego konstytucji chroniącego jednostkę oraz wskazanie, czym musi charakteryzować się akt władzy publicznej, tj. jakie musi mieć uzasadnienie i jak ma być interpretowany interes publiczny wskazywany jako uzasadnienie wkroczenia w interes jednostkowy. Należy ponadto pamiętać, że *judicial review* jest procedurą niejako wпадkową w całym postępowaniu sądowym⁷, tj. zarzut konstytucyjności nie jest samoistną podstawą wszczęcia postępowania. Zawsze ma więc charakter konkretny w tym rozumieniu, że stroną bezpośrednio dotyka postanowienie bądź działanie władz publicznych, które kształtując czy wpływając na sytuację prawną jednostki rodzi wątpliwość co do naruszania uregulowań konstytucyjnych. Ponadto, o czym była już mowa, kontrolą *judicial review* objęte są nie tylko akty stanowienia prawa, ale także wszelkie inne działania władz⁸. Łącznie te

⁶ W polskiej terminologii proponowanej przez Stanisława Frankowskiego, Rogera Goldmana i Ewę Łętowską operuje się terminami: „ściśle badanie”, „pośrednie badanie”, „badanie oparte na racjonalnych podstawach”. Zob. S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA: prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997, s. 87 i n.

⁷ Jest to koncepcja *real case and controversy clause* wywodzona z art. III ust. 2 Konstytucji USA. Sprawą istotną dla podbudowy doktrynalnej dla tej koncepcji była sprawa *Muskat v. United States* (1911). Przywoływane w artykule orzeczenia z lat: 1791–1995, <https://catalog.archives.gov/id/1524561>, dostęp: 20.03.2022 r.; z lat: 2021–2022, <https://www.supremecourt.gov/orders/ordersofthecourt/20>, dostęp: 20.02.2022 r. Szerzej na temat orzecznich kontrowersji wokół klauzuli zob. E.J. Pfander, *Standing, Litigable Interests, and Article III's Case-or-Controversy Requirement*, „UCLA Law Review” 2018/64, s. 178. W literaturze polskiej zob. W. Szyszowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969, s. 144–145. Autor wskazuje, że nie są objęte kontrolą nawet sprawy pozorne, w których spór inicjowany jest tylko na potrzeby wniesienia zarzutu niekonstytucyjności.

⁸ Dla wykreowania zasady, że przedmiotem kontroli konstytucyjności objęte są wszelkie działania władz, tj. prawo tworzone przez władze, w tym reguły *common law* (czyli sądowe tworzenie prawa) niezależnie od przybranej formy, w jakiej przejawiała się władza, jeśli władza była wykonana (*exercised*), istotne były sprawy *N.Y. Times Co. v. Sullivan* (1964), a wcześniej *Shelley v. Kreamer* (1948), w przypadku której użyto określenia *state actor*, czyli podmiot działający władczą,

dwie cechy *judicial review* tworzą kompleks ochrony trudny do „obejścia” przez władze publiczne, zwłaszcza przez działania, w tym stosowanie prawa, które – abstrakcyjnie rozumiane – problemów niekonstytucyjności rodzić nie muszą⁹.

3. *Strict scrutiny test*

Ocena proporcji ograniczenia konstytucyjnie chronionego interesu jednostkowego w ramach *strict scrutiny* – jak w każdym z testów – dotyczy trzech aspektów związanych z oceną:

- 1) aspektu wagi określonego typu prawa czy wolności konstytucyjnej, tj. tego, czy dany typ prawa lub wolności ograniczanej ma większą czy mniejszą ochronę konstytucyjną;
- 2) aspektu interpretacyjnego, tj. tego, czy interes publiczny jest interpretowany we właściwy sposób;
- 3) aspektu wagi interesu publicznego, tj. tego, czy interes wskazywany przez władze publiczne jako reprezentujący wartość będącą podstawą ograniczenia prawa czy wolności konstytucyjnej jest interesem spełniającym standard właściwy dla określonego testu.

Każdy z aspektów oceny konstytucyjności ograniczenia kształtowany jest ewolucyjnie¹⁰, wyznacza więc swoiste trzy standardy zasady proporcjonalności. Odnosnie do standardu proporcji test *strict scrutiny* wyznacza następujące aspekty kontroli konstytucyjności: prawo czy wolność konstytucyjna, których limitacja wymaga stosowania *strict scrutiny*, to po pierwsze, te, co do których można podnieść zarzut naruszenia zasady równej ochrony (*equal protection*) wynikający albo z naruszenia prawa fundamentalnego, albo z zastosowania różnicowania sytuacji adresatów prawa ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, religię bądź ze względu na status cudzoziemca (orzecznictwo traktuje te podstawy różnicowania jako „podejrzaną klasyfikację” – *suspect classification*), oraz po drugie te, co do których można podnieść zarzut ograniczenia przez władzę wolności słowa ze względu na treść wypowiedzi (*content-based speech*). Interes publiczny, na który powołuje się władza uzasadniając ograniczenie, musi być interpretowany literalnie (ściśle – *narrowly tailored*), co ma oznaczać, że jego realizacja jest konieczna (*necessary*), a sam interes publiczny musi być klasyfikowany jako przekonujący czy przymuszający interes (*compelling governmental interest*).

mający umocowanie władz. Zob. na ten temat: A. Lehari, *Judicial Review of Judicial Lawmaking*, „Minnesota Law Review” 2011/96, s. 522, 534–535. Szeroki zakres kontroli (obejmujący wszelkie prawa) uzasadniany jest konstytucyjną klauzulą supremacji. Na temat przedmiotu kontroli rozproszonej w polskiej literaturze zob. np. L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1992, s. 97. Obecnie doktryna *state action* poddawana jest analizie naukowej głównie z punktu widzenia możliwej jej szerszej interpretacji, tak aby mogła zyskać wymiar horyzontalny. Oznacza to bowiem, że konstytucyjne gwarancje będące wzorem kontroli obejmują kontrolę działań publicznych jednostek, tj. realizujących przede wszystkim lub substancjalnie działanie publiczne. Zob. A.D. Vikram, *The NCAA as Regulator, Litigant and State Action*, „Boston College Law Review” 2001/52, s. 415, 417.

⁹ Klasycznym sposobem w systemie Kelsenowskiej scentralizowanej ochrony konstytucyjności, obejmującej w założeniach jedynie teksty prawne, jest orzecznictwo wprowadzanie instytucji orzeczeń interpretacyjnych, w pewnym sensie też zakresowych.

¹⁰ Richard H. Fallon wskazuje na brak podstaw tekstualnych w Konstytucji USA czy oryginalistycznych historycznych źródeł (tj. odwołujących się do woli ojców założycieli) dla testu *strict scrutiny* i wskazuje, że jest to formuła ukształtowana przez praktykę sądową. Zob. R.H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, „UCLA Law Review” 2007/54, s. 1267.

Opisana wyżej współczesna koncepcja *strict scrutiny*¹¹ w orzecznictwie amerykańskim pojawiła się w latach 60. ub. w.¹² i można powiązać jej korzenie, acz w sposób niejasny, ze sprawami związanymi z zarzutem naruszenia równej ochrony opartej na czynniku, jakim jest rasa bądź na zarzucie naruszenia wolności słowa (choć w doktrynie pogląd o tych dwóch sferach ochrony jako korzeniach dla testu *strict scrutiny* dominuje)¹³. Test ten rozwijał się jako bardziej agresywna formuła kontroli aniżeli test racjonalnej podstawy (*rational basis test*) i związany był z erą Earla Warrena w Sądzie Najwyższym, a więc generalnie z proliberalnym kierunkiem orzekania¹⁴. Mimo nazwy – *strict scrutiny*, czyli ścisły, precyzyjny – test krytykowany jest jednak za zbyt mało precyzyjną formułę, w istocie bowiem pozostawia swobodę uznania sędziemu co do wagi prawa konstytucyjnie chronionego, a sama formuła pojawia się w orzecznictwie w trzech postaciach (choć najczęstsza, scharakteryzowana powyżej, jest doktrynalnie identyfikowana z pojęciem, możliwe jest jej stosowanie jako testu jedynie zapobiegającego katastrofalnej szkodzie na tle prawa konstytucyjnego czy jako testu dotyczącego aktu władz odzwierciedlającego konstytucyjnie zakazany cel)¹⁵. Niezależnie od wątpliwości w zakresie możliwych stosowań formuły w orzecznictwie, osiągnięcie współczesnego standardu tego testu wiąże się przede wszystkim z ciężarem dowodu i w tym się przejawia – poza później wskazanymi – zasadnicza odmienność w stosunku do stosowania polskiej formuły zasady proporcjonalności poddanej, jak każde inne postanowienie konstytucji, domniemaniu konstytucyjności aktów podkonstytucyjnych. Ciężar dowodu w stosowaniu testu *strict scrutiny* nałożony jest na władze publiczne, które w przypadku zamiaru ograniczenia praw czy wolności muszą każdorazowo wykazać, że w danej sytuacji interes publiczny jest istotny, a ograniczenie konieczne¹⁶. Innymi słowy, w orzecznictwie amerykańskim w przypadku zarzutu skutkującego stosowaniem *strict scrutiny* nie funkcjonuje domniemanie co do zgodności takich aktów czy działań władz z konstytucją, choć w przypadku innych testów zwykle akty są podtrzymywane, jeśli korespondują z legitymizowanym interesem publicznym.

Testowi *strict scrutiny* poddawane są jedynie prawa fundamentalne, jeśli zaś prawo nie ma takiego charakteru klasyfikowane jest jako *liberty interest* i poddaje się je testowi opartemu na racjonalnej podstawie legislacji¹⁷ lub testowi pośredniemu. Fundamentalność prawa bowiem, co do zasady, determinowana jest przez podleganie lub niepodleganie ochronie w ramach klauzuli właściwego postępowania władzy wobec jednostki (*due process of law*), ujętej w XIV poprawce do Konstytucji USA¹⁸. W orzecznictwie można zaobserwować dwa zasadnicze stanowiska w zakresie determinacji: czy dane prawo

¹¹ Na temat wcześniejszych spraw kształtujących tendencje orzecznicze dla powstania formuły *strict scrutiny* zob. D.E. Bernstein, *The Conservative Origins of Strict Scrutiny*, „Geo. Mason Law Review” 2012/19, s. 864 i n. Autor wskazuje, że źródłem dla ukształtowania tego testu były zarzuty oparte na naruszeniu klauzuli *due process of law* (XIV poprawka) gwarantującej ochronę praw fundamentalnych.

¹² Choć samo określenie pojawiło się w sprawie *Skinner v. Oklahoma* (1942), to najistotniejsze były sprawy: *McLaughlin v. Florida* (1964) (choć użyto w niej terminu *necessity test*), *Sherbert v. Verner* (1963), *Griswold v. Connecticut* (1965) – na sprawy te wskazuje R.H. Fallon. Zob. R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1267.

¹³ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1266.

¹⁴ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1267.

¹⁵ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1267. Scharakteryzowana powyżej najczęstsza formuła jest doktrynalnie identyfikowana z analizowanym pojęciem. Możliwe jest jej stosowanie jako testu jedynie zapobiegającego katastrofalnej szkodzie na tle prawa konstytucyjnego, czy jako testu dotyczącego aktu władz odzwierciedlającego konstytucyjnie zakazany cel.

¹⁶ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1273.

¹⁷ J.E. Fleming, *The Myth of Strict Scrutiny for Fundamental Rights*, „The Dartmouth Law Journal” 2014/12, s. 2.

¹⁸ Takie źródło oceny fundamentalności prawa podaje chociażby S.R. Richardson, *Strict Scrutiny, Biracial Children, and Adoption*, „Boston University Public Interest Law Journal” 2002–2003/12, s. 222.

ma charakter fundamentalny i korzysta z ochrony wynikającej z testu *strict scrutiny*, czy nie ma charakteru fundamentalnego, i w związku z tym jego ograniczenie skutkuje oceną wynikającą z pozostałych testów. Stanowisko wąsko interpretujące pojęcie prawa fundamentalnego łączone jest źródłowo z sędzią Johnem Marshalllem Harlanem i jego opinią (*dissenting opinion*) wyrażoną w sprawie *Shapiro v. Thompson* (1969), a uzasadniane niebezpieczeństwem „super ochrony” dla praw nieujętych w Konstytucji Federalnej interpretacyjnie potraktowanych za fundamentalne ze względu na przyjmowanie tym samym przez sąd roli nadzwyczajnego „superlegislatora”¹⁹, i zaburzenie podstaw federalizmu przez poddawanie stanów kontroli federalnej na podstawie szeroko rozumianej ochrony wynikającej z *equal protection*²⁰. Stanowisko rozszerzające pojęcie fundamentalnych praw wymaga wskazania takiego charakteru prawa, mimo braku podstaw w literze konstytucji, i w konsekwencji aplikacji *strict scrutiny* do kontroli ograniczenia tego prawa. Podejście to uzasadniane jest albo używaniem w konstytucjach stanowych formuł szerszych dla ochrony prawa aniżeli w konstytucji federalnej, albo kontynuacją sposobu interpretacji pojęcia przyjmowanego przez Sąd Najwyższy w erze Earla Warrena, opartego na koncepcji fundamentalnego interesu²¹. Szersze wykorzystywanie testu *strict scrutiny* w istocie pojawiało się w sytuacjach uzasadnianych nie tylko prawnonaturalnym poszukiwaniem źródeł praw uznawanych za fundamentalne, ale także poprzez stosowanie czegoś w rodzaju hybrydowego rozwiązania między testem *strict* i *intermediate*, określanym jako „*intermediate-intermediate scrutiny*” wymagającym szczególnego („*exceedingly persuasive*”) uzasadnienia interesu publicznego²².

Istotą testu – oczywiście poza orzecznictwem wskazaniem, jakie materialne prawa są tak ważne konstytucyjnie, że podlegają testowi *strict scrutiny* – jest określenie, jak należy oceniać *compelling interest* i jego konieczność. Wymóg wąskiej interpretacji interesu publicznego (*narrowly tailored*) nie powinien być alienowany od wymogu konieczności. Powinny być one spełnione łącznie²³, bowiem dopiero razem tworzą jeden z aspektów właściwej proporcji ograniczenia. Obowiązek ścisłego dopasowania środka do interesu publicznego wymaga więc oceny konieczności zastosowania tego środka, tj. wykluczenia istnienia alternatywnych rozwiązań prawodawczych. Niemniej jednak elementem wymogu ścisłego dopasowania, poza koniecznością, jest to, że akt legislacji nie może mieć mniejszego zakresu zastosowania niż wskazano (*underinclusiveness inquiry*) lub większego niż wskazano (*overinclusiveness inquiry*)²⁴. Wymóg konieczności

¹⁹ Zob. szerzej M.I. Morgan, *Fundamental State Rights: A New Basis for Strict Scrutiny in Federal Equal Protection Review*, „Georgia Law Review” 1982–1983/17, s. 85–86.

²⁰ Stanowisko wskazane w sprawie *School District v. Rodriguez* (1973). Zob. M.I. Morgan, *Fundamental...*, s. 90.

²¹ Stanowisko takie proponowane przez sędziów Williama Brennana i Thurgood Marshalla, określane jako *nexus theory*, oparte było na założeniu, że mimo iż prawo nie ma podstaw literalnych w konstytucji, to może być istotnie z nią powiązane. Zob. M.I. Morgan, *Fundamental...*, s. 82, 95–96, 101. Z kolei rozróżnienie na fundamentalne prawo i fundamentalny interes autorka tłumaczy jako polegające na połączeniu prawa ze standardem jego kontroli w razie jego ograniczenia (*fundamental right*), natomiast fundamentalny interes jest prawem żądania najwyższego standardu ochrony (*fundamental interest*). Zob. M.I. Morgan, *Fundamental...*, s. 77. Ponadto era sądu Warrena to okres wprowadzenia formuły *narrowly tailored* (od 1964 r.), nie powstała jednak jeszcze w tym czasie formuła przekonującego interesu powiązanego z klauzulą *equal protection*. Zob. S.A. Siegel, *The Origin of Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, „American Journal of Legal History” 2006/48, s. 398.

²² Pierwsze określenie użyte przez sędziego Antonina Scalię w sprawie *Madsen v. Woman's Health Center, Inc.* (1994), drugie przez tego sędziego w sprawie *Unites States v. Virginia* (1996). Sprawy przywołuje, wskazując na podwyższony pośredni test, Jay D. Wexler. Zob. J.D. Wexler, *Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism*, „The Georg Washington Law Review” 1998/66, s. 301–302.

²³ Wskazują na to następujące prace: G.R. Spece, D. Yokum, *Scrutinizing Strict Scrutiny*, „Vermont Law Review” 2015/40, s. 285, a także I. Ayres, *Narrow Tailoring*, „UCLA Law Review” 1996/43, s. 1789.

²⁴ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1326–1327.

oznacza, że naruszenie prawa, aby było uzasadnione, musi być konieczne, tzn. środki ograniczające prawo muszą być możliwie najmniej restrykcyjne²⁵. Mniejszy lub większy zakres zastosowania wpływa na ocenę konieczności, np. bowiem ograniczenie w prawie do przemieszczania się z psem w środkach komunikacji, polegające na obowiązku trzymania psa na smyczy i w kagańcu, ze względu na interes publiczny w postaci bezpieczeństwa innych współpasażerów, w istocie jest rozszerzający, ponieważ obejmuje wszystkie psy, a przynajmniej część z nich, np. chore, niedołążne, nieprzytomne, bo wiezione do weterynarza, takiego zagrożenia dla bezpieczeństwa nie stwarzają. Innymi słowy, niemożliwy jest szerszy lub węższy rezultat oceny konieczności wkroczenia, aniżeli ten wynikający z litery prawa w zakresie realizacji interesu publicznego.

Ostatni z aspektów *strict scrutiny* dotyczy charakteru interesu publicznego, który może uzasadniać ograniczenie prawa fundamentalnego. Określany jest jako przekonujący czy przemożny interes (*compelling interest*, czasem określany jako *overriding interest*, tak jak synonimicznie *strict scrutiny* – choć rzadziej – nazywany jest *exacting scrutiny*)²⁶. Zarówno w teście *strict scrutiny*, jak i w dwóch pozostałych, aby ocenić dostępne alternatywy realizacji interesu publicznego i sprawdzić, czy wybrane zostały najmniej rygorystyczne, kontrola sądowa musi ujawnić i poddać analizie wszystkie inne możliwe sposoby realizacji interesu publicznego²⁷. Samo istnienie mniej rygorystycznego dla prawa jednostki rozwiązania nie determinuje jednak automatycznie niekonstytucyjności aktu władz, albowiem w ocenie uwzględniana jest również efektywność możliwych środków, ich praktyczne zastosowanie i koszty, które za sobą ponoszą, a stosowanie testu wymusza też wzięcie pod uwagę także tych aspektów analizy²⁸. Reasumując, wymóg wąskiego interpretowania interesu publicznego (*narrow tailoring*) oznacza, że środek musi pasować do przemożnego interesu władz w taki sposób, aby nie pozostawiać jakiegokolwiek przestrzeni dla oparcia ograniczenia na czymkolwiek innym jak tylko ten interes²⁹.

Wymóg przekonującego (przemożnego) interesu oznacza natomiast konieczność wykazania takiego celu (interesu), który w sposób przekonujący uzasadnia środek do jego realizacji jakim jest limitacja prawa fundamentalnego. Ocena, czy interes publiczny ma taki charakter uzasadniana jest zasadniczo dwojako: albo przez zakorzenienie tegoż interesu w tekście konstytucji, co oznacza, że jest on wysłowiony w konstytucji bądź jest środkiem do realizacji celu w niej wyrażonego³⁰ (np. ograniczenia wolności słowa w celu realizacji uczciwych wyborów, i te ostatnie mają taką podstawę) albo mimo bardzo słabego lub całkowitego braku tekstualnego uzasadnienia interes publiczny potraktowany zostanie jako przekonujący ze względu na zgodę co do jego wagi (np. zdrowie kobiety ciężarnej)³¹. Nierzadko jednak konsensus w sądzie jest trudny

²⁵ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1326.

²⁶ Na temat nazewnictwa zob. D.M. Bunker, E. Erickson, *The Jurisprudence of Precision: Contrast Space and Narrow Tailoring in First Amendment Doctrine*, „Communication Law and Policy” 2001/6(2), s. 264.

²⁷ D.M. Bunker, E. Erickson, *The Jurisprudence...*, s. 265.

²⁸ D.M. Bunker, E. Erickson, *The Jurisprudence...*, s. 266.

²⁹ A.L. Kelly, *Strict Scrutiny in Race-Based Government Contracts: As-Applied Challenges Require More Than a Narrow Tailoring Analysis Comment*, „Seton Hall Circuit Review” 2010/7, s. 441. Autorka, odwołując się do sprawy *City of Richmond v. Croson* (1989), istotę kontroli w zakresie *narrow tailoring* odnośnie do ograniczeń praw opartych na rasie, wskazuje, że to dopasowanie środka i celu (interesu władz) nie może pozostawiać marginesu dla stereotypów czy uprzedzeń (przywołując słowa sędzi Sandry Day O'Connor w sprawie *Adarand v. Peña* [1995]).

³⁰ Zob. E.L. Ngov, *War and Peace Between Title VII's Disparate Impact Provision and Equal Protection Clause: Battling for Compelling Interest*, „Loyola University Chicago Law Review” 2010/42(1), s. 83. Autor cytuje w tym zakresie następującą pozycję: S.E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Analyzed Term in Constitutional Adjudication*, „B. U. Law Review” 1988/68, s. 917, 919.

³¹ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1321–1322.

do osiągnięcia i na ogół kontrowersja wokół oceny wagi interesu publicznego łączy się z kontrowersją wokół oceny prawa jako fundamentalnego³², np. rasowa integracja jako uzasadnienie akcji afirmatywnych (*affirmative actions*), tj. pozytywnej dyskryminacji. W praktyce przekonujący interes kontrastowany jest z istotnym interesem właściwym dla testu pośredniego³³ – ten pierwszy musi być dostatecznie godny pochwały³⁴. Władza publiczna musi wykazać (ciężar dowodu) w sposób przekonujący i mający moc dowodową, że jej interes ma charakter przemożny³⁵. Badając interes publiczny, sąd nie odkrywa jednak ani nie ocenia motywów legislatora, ale wydaje ocenę uzasadniającego charakteru kosztów ponoszonych przez jednostkę³⁶.

Stosowanie rygorystycznego testu (*strict scrutiny*) oceniane jest nierzadko jako nieoparte na balansowaniu³⁷. Test ten, wyznaczając ocenę koniecznej zależności środka i celu jakim jest przekonujący interes, niezmnijający i niezwiększający zakresu zastosowania w stosunku do wymogów aktu władz, i wykluczający istnienie mniej restrykcyjnego środka wprowadzającego limitację prawa fundamentalnego tworzy formalnie ściśle określoną procedurę. Niemniej jednak równie silnie eksponowany jest pogląd, że *strict scrutiny* jest *strict* (rygorystyczny) w teorii, a w mniejszym stopniu w konfrontacji z faktami³⁸, judykatura zaś często nie jest jednolita w zakresie wskazanych wyżej aspektów kontroli składających się na rygorystyczny test³⁹. W pełnej współczesnej formule test rygorystyczny, uwzględniający trzy analizowane aspekty: *fundamental right*, *narrowly tailored*, *compelling interest*, przybrał kompleksowy charakter – za sprawą ostatniego aspektu – w sprawach dotyczących wolności wypowiedzi, a dopiero później – w sprawach opartych na różnicowaniu sytuacji prawnej⁴⁰.

4. *Intermediate test*

Sprawą wiodącą dla ukształtowania testu pośredniego (*intermediate test*) była sprawa związana z różnicowaniem sytuacji prawnej opartej na orientacji seksualnej⁴¹, w której formuła tego testu została wywiedziona z testu opartego na racjonalnej podstawie, z jednoczesnym wzmocnieniem standardu ochrony. Test pośredni charakteryzują dwie zasadnicze cechy: sięga on do prawnonaturalnych uzasadnień ochrony określonego prawa jako chronionego konstytucją (czyli podstawą do stosowania tego testu jest limitacja prawa często niewyrażonego *expressis verbis* w konstytucji) i w największym stopniu pozostawia sędziemu uznanie w zakresie wagi kolidujących interesów. Jest więc

³² R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1322–1323.

³³ R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1267.

³⁴ A. Samardzich, *Protecting Race-Exclusive Scholarships from Extinction With an Alternative Compelling State Interest*, „Indiana Law Journal” 2006/81(3), s. 1122–1123.

³⁵ A.K. Jordan, *The Contraceptive Mandate: Compelling Interest for Ideology*, „Journal of Legislation” 2014–2015/41(1), s. 1. Autorka wskazuje, że istotne aspekty procesowe w tym zakresie wynikają ze spraw: *Sherbert v. Verner* (1963) i *Wisconsin v. Yoder* (1972). Zob. A.K. Jordan, *The Contraceptive Mandate...*, s. 8–9.

³⁶ Tak rozumie określenie *cost-justification* używane przez S.A. Siegel, *The Origin...*, s. 396.

³⁷ Zob. np. E. Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny Essay*, „University of Pennsylvania Law Review” 1996/144, s. 2439. Autorka w ramach tego testu postrzega balansowanie jako starające się godzić żądania stron, jeśli jednak interes jest przekonujący i jest interpretowany wąsko (*narrowly tailored*) balansowania nie ma.

³⁸ Nie dosłownie przywoływane słowa sędzi S.D. O'Connor w sprawie *Gruter v. Bollinger* (2003), cyt. za: A. Samardzich, *Protecting...*, s. 1122.

³⁹ Zob. R.H. Fallon, *Strict Judicial...*, s. 1267.

⁴⁰ S.A. Siegel, *The Origin...*, s. 402. Autor wskazuje, że jest to często mylona kolejność typów spraw, w których standard *strict scrutiny* nabrał współczesnego, kompleksowego kształtu.

⁴¹ Zob. J.E. Fleming, *The Myth...*, s. 2. Autor przywołuje sprawę *Lawrence v. Texas* (2003).

testem w najmniejszym stopniu zdeterminowanym co do wymogów w zakresie oceny prawa podlegającego ochronie w zastosowaniu tego testu i samego procesu ważenia interesów, nie ma bowiem tak silnie i formalistycznie kształtowanego *stare decisis* w ramach tych dwóch kryteriów⁴².

Podobnie jak test *strict scrutiny*, również test *intermediate* polega na analizie trzech aspektów zachowania proporcji ograniczenia prawa, dla którego właściwy jest przedmiotowy test:

- 1) akt władz dotyczyć musi negatywnie prawa, które chronione jest poprzez klauzulę równej ochrony prawnej (*equal protection*), różnicuje więc sytuację podmiotów prawa;
- 2) środki stosowane przez władzę mogą być zakwalifikowane jako istotnie powiązane z celem, tj. interesem publicznym (*substantially related*);
- 3) władze muszą wykazać istotny interes w ograniczeniu prawa (*important interest*).

W stosunku do poprzedniego testu różnica polega zasadniczo na innym rodzaju praw poddawanych testowi (nieklasyfikowanych jako fundamentalne), a wymóg konieczności (*necessity*) powiązania środka w postaci ograniczenia prawa z interesem publicznym w teście *strict scrutiny* jest zastąpiony w teście pośrednim wymogiem istotnego (znacznego) powiązania (*substantially related*) środka w postaci ograniczenia z interesem publicznym. Ponadto przekonujący (przełożony) interes publiczny zastępowany jest w teście pośrednim istotnym interesem władz publicznych (*important interest*). Typem spraw inicjujących ukształtowanie przez orzecznictwo testu pośredniego były sprawy, w których zarzucano władzy publicznej różnicowanie sytuacji prawnej ze względu na płeć (*gender*)⁴³. Ten typ testu orzecznictwo ukształtowało najpóźniej. Mimo początkowych kontrowersji co do tego, na kim spoczywa ciężar dowodu uzasadnienia konstytucyjności albo niekonstytucyjności ograniczenia, orzecznictwo, podobnie jak w teście *strict scrutiny*, obarczyło nim władze publiczne i procesowo jest to podstawowa cecha różnicująca ten test od testu opartego na racjonalnej podstawie, z którego test pośredni wyewoluował⁴⁴. Inną różniącą te dwa testy cechą jest to, że test *intermediate* nie jest właściwy w tzw. ekonomicznej legislacji⁴⁵, w której granice swobody kształtowania sytuacji prawnej adresatów – co do zasady – są kompetencją legislatywy. Mimo źródłowego oparcia go na podstawach naruszenia *equal protection clause* ze względu na płeć, zasięg stosowania testu pośredniego wykracza poza tę podstawę klasyfikacji podmiotów. Test ten ma w założeniu kształtować po stronie władz publicznych wymóg szczególnej uwagi w sytuacji wkraczania w prawa podmiotów o „specyficznych cechach” po to, aby podmioty te lepiej chronić⁴⁶. Oprócz kryterium płci, klasy podmiotów objętych tą szczególną uwagą wyróżniane były w orzecznictwie

⁴² Zob. szerzej J.D. Wexler, *Defending...*, s. 300–303.

⁴³ M.P. Witt, *Intermediate Scrutiny for Economic Development Takings: Proposing a New Test Based on Justice Kennedy's Kelo Concurrence*, „Thomas Jefferson Law Review” 2009/31(2), s. 444. Autor wskazuje jako wiodącą sprawę *Craig v. Boren* (1976).

⁴⁴ M.P. Witt, *Intermediate Scrutiny...*, s. 445.

⁴⁵ G.L. Pettinga, *Rational Basis with a Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, „Indiana Law Journal” 1987/62(3), s. 802; podobnie W. Clark, *Intermediate Scrutiny as a Solution to Economic Protectionism in Occupational Licensing*, „Saint Louis University Law Journal” 2016/60(2), s. 351. W sprawach angażujących rozwiązania ekonomiczne właściwy jest test racjonalnej podstawy.

⁴⁶ M. Appleby, *The Mentally Retarded: The Need for Intermediate Scrutiny*, „Boston College Third World Law Journal” 1987/7(1), s. 110.

także ze względu na pochodzenie pozamałżeńskie oraz bycie cudzoziemcem (*alien*)⁴⁷. Mimo, a może z powodu, najmniej determinujących kryteriów testu skutkujących „niezależną sądową kontrolą konstytucyjności” (*independent judicial review*)⁴⁸, zwłaszcza w sądach niższych, test pośredni stosowany jest w sposób uznawany za niewłaściwy, nie dość silnie uwzględniający poważne konsekwencje różnicowania sytuacji podmiotów prawa ze względu na płeć⁴⁹. Niedookreśloność standardu testu pośredniego została nieco zminimalizowana przez przyjęcie, że w pewnej kombinacji czynników, w sytuacji wkroczenia w prawa „grup wrażliwych”, stosowanie podwyższonego standardu jest konieczne, czyli w sytuacji zaistnienia jednocześnie sytuacji odmowy ochrony interesu takiej grupy, a interes ten klasyfikowany jest jako – łącznie – ważny i mający bliskie powiązanie (*close nexus*) z konstytucyjnymi prawami⁵⁰. Oparcie zarzutu na różnicowaniu sytuacji prawnej podmiotów prawa (*equal protection*), czyli dyskryminacyjnym charakterze aktu lub działań władz, co daje się zaobserwować, potencjalnie może się wiązać z zastosowaniem jednego z trzech testów (*strict, intermediate* lub *rational basis*). Istotą ich stosowania w sprawach dyskryminacyjnych jest kształtowana orzecznictwo koncepcja dotycząca tego, czy dany typ różnicowania sytuacji odnosi się do określonego typu prawa. Gdy ma cechy podejrzanego klasyfikacji (*suspected classification*), właściwy jest test *strict scrutiny* (np. różnicowanie ze względu na rasę), gdy ma cechy quasi-podejrzanego klasyfikacji (*quasi-suspect classification*), zastosowanie ma *intermediate test* (np. różnicowanie ze względu na płeć), natomiast, gdy klasyfikacja podmiotów (różnicowanie ich) nie jest oparte na cesze uznawanej w orzecznictwie za podejrzaną, sądy stosują test racjonalnej podstawy⁵¹. Jak podnosi doktryna, kryteria oceny, czy dana klasa podmiotów w razie różnicowania jej sytuacji jest traktowana jako klasyfikacja podejrzana czy niepodejrzana, czy też quasi-podejrzana, nie są ani koherentne, ani nie tworzą precyzyjnego katalogu⁵².

Test pośredni stosowany jest również dla kontroli aktów władz wkraczających w wolność słowa, a dotyczących tzw. *neutral-based speech*⁵³, częściej określanej jako *content-neutral speech*. Regulacja ma charakter neutralny (nie jest *content-based*), ale godzi w wolność ekspresji. Regulacja określana jako *content-neutral speech* nie odnosi się więc do treści czy przesłania wypowiedzi, ale do kwestii technicznych niematerialnych z nią związanych, a więc np. określenia czasu czy miejsca możliwej wypowiedzi. Ocena konstytucyjności ograniczenia wolności tego rodzaju wymaga wykazania znacznego interesu (*significant interest*), samego zaś ograniczenia musi dokonać konstytucyjnie legitymowany autorytet. Podobnie jak w sprawach dotyczących równej ochrony prawnej, także w tego typu sprawach często nie można znaleźć jasnych kryteriów dla stosowania *strict* albo *intermediate scrutiny*⁵⁴.

⁴⁷ M. Appleby, *The Mentally Retarded...*, s. 110–111.

⁴⁸ M. Appleby, *The Mentally Retarded...*, s. 111.

⁴⁹ D. Brake, D. Lenhoff, S.E. Rush, E.M. Schneider, *Two Decades of Intermediate Scrutiny: Evaluating Equal Protection for Women Centennial Panel*, „American University Journal of Gender and the Law” 1997/6, s. 24.

⁵⁰ Kryteria te wskazano w sprawie *Plyer v. Doe* (1982). Zob. szerzej Editors, *Intermediate Equal Protection Scrutiny of Welfare Laws That Deny Subsistence*, „University of Pennsylvania Law Review” 1983–1984/132(6), s. 1550.

⁵¹ Zob. M. Strauss, *Reevaluating Suspect Classification*, „Seattle University Law Review” 2011/35, s. 136–137.

⁵² M. Strauss, *Reevaluating...*, s. 138. Marcy Strauss cytuje w tym zakresie autora wskazującego, że czynnik rozróżnienia między podejrzaną klasyfikacją i innymi jest elementem „odkrycia” (*discovery*) w danym orzeczeniu sądu. Zob. T. Simon, *Suspect Class Democracy: A Social Theory*, „University of Miami Law Review” 1990/45, s. 107, 141.

⁵³ Zob. R.A. Smolla, *The Free Exercise of Religion After the Fall: The Case for Intermediate Scrutiny*, „William and Mary Law Review” 1998/39, s. 938.

⁵⁴ Zob. szerzej J.J. Kippen, *Sexually Explicit Speech*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2001/28, s. 800.

5. *Rational basis test*

Kryteria stosowania testu opartego na racjonalnej podstawie (*rational basis*) są kolejnym stopniem poluzowania trzech aspektów kontroli stosowanych w ocenie proporcji limitacji praw. W ramach tego testu trzy zasadnicze aspekty stosowania testu kształtują się następująco: prawo podlegające ochronie uznawane jest za dotknięte przez większość w akcie władzy (ma charakter dyskryminacyjny, ale nie jest oparte na czynniku uważanym za podejrzany lub quasi-podejrzany, np. dotyczy osób umyślowo niepełnosprawnych albo dotyka praw socjalnych i ekonomicznych), środek ograniczenia prawa musi być racjonalnie powiązany z interesem publicznym (*rationally related*), a sam interes publiczny powinien mieć charakter zasadny, w rozumieniu „zgodny z prawem” (*legitimate*).

Ten typ kontroli stosowany jest, gdy władza publiczna realizuje zastrzeżone dla siebie kompetencje konstytucyjne, przyjmując w ocenie tych zastrzeżonych kompetencji, że żadne prawa indywidualne nie są dotykane⁵⁵. Jest to test najłagodniejszy w tym sensie, że podważenie aktu jako niekonstytucyjnego jest rzadkie⁵⁶, zwłaszcza gdy ingerencja dotyczy praw ekonomicznych i społecznych, a nie osobistych⁵⁷. Akt władzy nie musi spełniać wysublimowanego standardu, aby być uznany za nienaruszający norm konstytucyjnych. Generalnie, w przeciwieństwie do dwóch wcześniejszych testów, ta formuła nie jest kojarzona ze ścieżką do kształtowania ruchu społecznego zmierzającego do sukcesu poprzez orzecznictwo Sądu Najwyższego⁵⁸. Innymi słowy, walka o relewancję w porządku prawnym określonego prawa czy wolności przez kontrolę konstytucyjności aktów władz zmierza do podnoszenia w postępowaniu potrzeby stosowania podwyższonego standardu kontroli. Tylko jego zastosowanie może zakończyć się sukcesem, czyli podważeniem aktów władzy, choć z historycznego punktu widzenia punktem wyjścia „walki” na sali sądowej, zwłaszcza w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć, pozamałżeńskie pochodzenie dziecka czy orientację seksualną, był trzeci z testów⁵⁹. Dwa pierwsze czynniki uznano w orzecznictwie za wymagające *intermediate test*, trzeci czynnik różnicujący sytuację nadal kontrolowany jest na podstawie *rational basis test*.

Niemniej jednak w literaturze podnoszony jest pogląd, że ten test w największym stopniu realizuje cele demokracji w postaci stwarzania podstaw do dyskursu w sytuacji kolizji praw mniejszości z większością mającą reprezentację w aktach władz. W ramach tego testu bowiem większość „siada do stołu z mniejszością” w przeciwieństwie do dwóch pierwszych, a zwłaszcza testu *strict scrutiny*, który w istocie wyklucza jakąkolwiek możliwość wkroczenia w prawo fundamentalne w sytuacji oparcia go na czynniku podejrzanym, eliminuje więc możliwość regulacji przez większość sytuacji prawnej grup mniejszościowych⁶⁰,

⁵⁵ B.F. Klein, *Rational Basis? Strict Scrutiny? Intermediate Scrutiny: Judicial Review in the Abortion Cases*, „Oklahoma City University Law Review” 1983/9, s. 322.

⁵⁶ K.R. Eyer, *The Canon of Rational Basis Review*, „Notre Dame Law Review” 2018/93, s. 1319. Autorka wskazuje, że jedynie podwyższenie tego standardu do *rational basis with a bite* (czyli w istocie do *intermediate test*) lub stosowanie doktryny *animus* („niechęci”), czyli w wąskich okolicznościach, kiedy sąd podejrzewa niechęć do określonych adresatów, może obalić akt władzy.

⁵⁷ E. Bernick, *Subjecting Rational Basis Test to Constitutional Scrutiny*, „Georgetown Journal of Law and Public Policy” 2016/14, s. 352.

⁵⁸ K.R. Eyer, *The Canon...*, s. 1320.

⁵⁹ Zob. szerzej K.R. Eyer, *The Canon...*, s. 1326 i n. Autorka przywołuje sprawę *Reed v. Reed* (1971) jako tę, od której rozpoczęła się walka z dyskryminacją ze względu na płeć, walka wygrana na podstawie *rational basis test*.

⁶⁰ Zob. szerzej M.O. McGowan, *Lifting the Veil on Rigorous Rational Basis Scrutiny*, „Marquette Law Review” 2012/96, s. 378.

zamyka bowiem proces balansowania⁶¹ w tym zakresie. Z drugiej jednak strony, to faktyczne wykluczanie „demokratycznego” balansowania służy wzmocnieniu gwarancji jednostek czy mniejszości. Test racjonalnej podstawy (analizując pierwszy z aspektów testu) stosowany jest do klas podmiotów nieskategoryzowanych jako podlegające ochronie (np. dzieci pozamałżeńskie, cudzoziemcy) w sytuacji naruszenia praw niezuananych za fundamentalne⁶².

Racjonalne powiązanie środka w postaci ograniczenia prawa z interesem publicznym (drugi aspekt testu) ma mieć charakter racjonalny, tzn. niearbitralny, i musi opierać się na uczciwej i istotnej relacji do celu realizowanego przez władze⁶³. Racjonalne powiązanie wymaga czegoś w rodzaju konkretnego powiązania pomiędzy regulacją i jej skutkiem, dopuszczane jest przy tym *over-* i *underinclusiveness* (w przeciwieństwie do *testu strict scrutiny*)⁶⁴, tj. akt legislacji może ujawniać szerszy lub węższy zakres zastosowania w stosunku do abstrakcyjnej oceny. Co więcej, racjonalność aktu czy działań władz oceniana jest przez realizację postanowień aktów, nawet jeśli ich rezultat może budzić wątpliwości⁶⁵. Relacja między środkiem i celem ma mieć charakter instrumentalny (choć są wyjątki), musi istnieć zależność między nimi, ale sam cel też jest badany i oceniany, nawet jeśli jest zewnętrzny wobec systemu prawnego (np. jest jakimś społecznym celem i zasadniczo musi być racjonalnie zasadny)⁶⁶. Instrumentalność nie oznacza jedynie, że środek ten jest w stanie doprowadzić do celu i w tym sensie jest przydatny, za tak rozumianą relację należałoby bowiem uznać sytuację, w której ktoś podpala dom, aby upiec obiad – oczywiście jest w stanie doprowadzić do celu, jakim jest przygotowanie obiadu, ale trudno uznać tę relację środek – cel za mającą racjonalny charakter⁶⁷. Generalnie cel oceniany jest z perspektywy utylitarystycznej, niemniej na tle prawa karnego rozbieżność poglądów co do sposobu uzasadnienia celu jest stałym punktem debaty konstytucyjnej (tj. rozbieżność między utylitarystycznymi celami regulacji prawnokarnej, np. odstraszanie i niemającymi takiego uzasadnienia, np. rehabilitacja sprawcy)⁶⁸. Nie zawsze jednak racjonalność relacji środek – cel jest efektem instrumentalnej relacji (rzecz jasna z uwzględnieniem problemów wskazanych powyżej i oceny samego celu jako racjonalnego), np. system konstytucyjnego wyboru senatorów w Stanach Zjednoczonych (dwóch na stan) nie ujawnia żadnej instrumentalnej zależności, jak liczba ludności czy wielkość stanu jako determinanty⁶⁹. Racjonalność może więc mieć charakter *value-rationality*⁷⁰, tj. środek może realizować określoną wartość.

Trzeci z aspektów kontroli w ramach testu racjonalnej podstawy to wymóg istnienia legitymizowanego interesu władz. Za legitymizowany uważany jest taki interes, który jest prawnie dopuszczalny, którego konstytucja nie wyklucza – za takie uznawane były

⁶¹ Na konieczność balansowania w dyskursie konstytucyjnym i niezbędność *rational basis test* zwraca również uwagę Erwin Chemerinsky. Zob. E. Chemerinsky, *The Rational Basis Test is Constitutional (Desirable)*, „Georgetown Journal of Law and Policy” 2016/14(2), s. 403.

⁶² K.R. Eyer, *The Canon...*, s. 1339.

⁶³ K.R. Eyer, *The Canon...*, s. 1327. Autorka przywołuje w tym zakresie słowa sędziego Warrena E. Burgera wypowiedziane w sprawie *Reed v. Reed* (1971).

⁶⁴ T.B. Nachbar, *The Rationality of Rational Basis Review*, „Virginia Law Review” 2016/102, s. 1650–1651.

⁶⁵ Zob. szerzej T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1652.

⁶⁶ T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1660–1661, 1664.

⁶⁷ T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1665. Autor przywołuje przykład Johna Daweya dla wskazania problemu związanego z oceną instrumentalnej zależności.

⁶⁸ T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1662–1663.

⁶⁹ T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1666.

⁷⁰ T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1668–1669. Autor, korzystając z terminologii Johna R. Searle’a, określa te cele (wartości) jako konstytutywne w przeciwieństwie do regulujących (te pierwsze kreują stan rzeczy, drugie – odtwarzają go).

przez orzecznictwo np. zdrowie publiczne, moralność, publiczne bezpieczeństwo, prawo i porządek⁷¹. Mimo że cele te nie zostały w orzecznictwie enumeratywnie wymienione, raczej od sprawy do sprawy określony cel deklarowany był jako legitymizowany, niemniej orzecznictwo trafniej zidentyfikowało cele niemające legitymizującego charakteru (wnioskując więc *a contrario*, można mieć przynajmniej wyobrażenie co do istoty celu legitymizowanego), np. nie były uznane jako legitymowane prawnie: obnażona potrzeba władz wyrządzenia szkody politycznie niepopularnej grupie, akt niechęci wobec określonej grupy⁷², ograniczenie wykonywania praw fundamentalnych, dyskryminacja ze względu na cele wzmacniające postawy i stereotypy dyskryminacyjne⁷³. Interes – co do zasady – powinien być konkretny (tj. aktualny), a nie hipotetyczny.

6. Zasada proporcjonalności a amerykańskie testy proporcji⁷⁴

Istotna doktryna zasady proporcjonalności ujawniająca się w orzecznictwie europejskich sądów konstytucyjny została w sposób abstrahujący (tj. uogólniający w stosunku do specyfiki poszczególnych krajów) ujęta w model teoretycznoprawny przez Roberta Alexego⁷⁵. Podobnie jak w doktrynie amerykańskiej, formuła balansowania⁷⁶ ma, co do zasady, charakter następczy w stosunku do działalności judykatury⁷⁷, choć perspektywa teorii prawa pozwala przedstawić stosowanie zasady proporcjonalności w sposób koherentny do podłoża filozofii politycznej (dla kolizji interesu jednostkowego i większościowego), ale także wypracowanych na tle tej nauki koncepcji adiudykacji na podstawie zasad prawnych i ich specyfiki jako norm.

Nie koncentrując się na całościowym scharakteryzowaniu doktryny konstytucyjnej zasady proporcjonalności (bogato opisanej w doktrynie teorii i filozofii prawa i przytaczanej równie często w orzecznictwie), wskażę jej cechy istotnie różnicujące wobec amerykańskiej koncepcji. Przede wszystkim zasada proporcjonalności demonstrowana jest jako zdeterminowana faktycznymi i prawnymi możliwościami⁷⁸ stosowania zasady chroniącej interes jednostkowy (na ogół znajdujący podstawy w tekście konstytucji), ujawniającymi się na tle konkretnego stanu faktycznego⁷⁹. Oznacza to, że, co do zasady,

⁷¹ E. Chemerinsky, *The Rational Basis Test...*, s. 410. Autor przywołuje te klauzule za sprawą *Berman v. Parker* (1954).

⁷² E. Chemerinsky, *The Rational Basis Test...*, s. 411. Autor przywołuje sprawę *Romer v. Evans* (1996) – jest to doktryna *animus*.

⁷³ T.B. Nachbar, *The Rationality...*, s. 1654–1655.

⁷⁴ W tym punkcie wykorzystuję swoje badania ujęte w monografii: M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, odsyłając jednocześnie do analizowanej tam literatury.

⁷⁵ Najistotniejsze cechy tej koncepcji to: łączenie koncepcji balansowania z koncepcją zasady jako realizacji wymogu optymalizacji; poddanie balansowania prawu kolizji, czyli oparcie go na koncepcji kolizji zasad jako norm, i *in concreto* zastosowanie prawa kolizji skutkujące powstaniem nakazu optymalizacji (*optimize command*) mającego charakter reguły, wyrażającego rezultat zastosowanej preferencji. Zob. R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000/13, s. 294–304.

⁷⁶ Balansowanie interesów jednostkowego i publicznego R. Alexy postrzega jako podlegające prawu kolizji zasad (co oznacza, że zasady o różnym statusie w abstrakcji, w konkretnej sytuacji zyskują określoną wagę). Istotą stosowania prawa kolizji jest więc ustalenie warunkowej (tzn. ograniczonej do faktów sprawy) preferencji. Zob. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Nowy Jork 2002, s. 50–52.

⁷⁷ Autor posiłkuje się w tym zakresie orzecznictwem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesgerichtshof*). Jeśli chodzi o polski Trybunał Konstytucyjny, to interpretacja zasady proporcjonalności jest wzorowana na pierwowzorze niemieckim.

⁷⁸ Według Tomasza Gizberta-Studnickiego prawną możliwością jest to, co nie jest zakazane, a więc inne normy mające w danym stanie faktycznym pierwszeństwo. Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988/43(3), s. 26.

⁷⁹ Sąd definiowanie przez R. Alexy’ego zasad jako *prima facie* praw. Zob. szerzej M. Korycka, *Teoria zasad prawnych Roberta Alexy’ego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2010/1, s. 53.

tak rozumiana zasada proporcjonalności nie rodzi roszczenia do kontynuacji linii orzeczniczej, a na pewno nie wymusza *ratio decidendi* nawet bardzo wąsko wskazanych orzeczniczo typów naruszeń praw jednostkowych jak ma to miejsce w przypadku naruszeń praw fundamentalnych na gruncie amerykańskim⁸⁰. Czynnikiem decydującym dla tej zasadniczej różnicy gwarancji w bardzo istotnych postanowieniach konstytucyjnych nie jest, w mojej ocenie, precedensowy charakter amerykańskiego systemu prawnego, zwłaszcza że w stosunku do testu racjonalnej podstawy nie obserwujemy szczególnej ochrony orzeczniczej określonych typów praw jednostki.

Teoretycznoprawnie określone jako faktyczne i prawne możliwości stosowania zasady prawnej, będące kryteriami zachowania proporcji w przypadku jej kolizji z innymi normami znajdującymi konstytucyjne uzasadnienie, w orzecznictwie są konceptualizowane w postaci trzech podzasad zasady proporcjonalności, które sąd rozstrzygający kolizję zasad konstytucyjnych powinien przeanalizować. Na analizę zasady proporcjonalności składają się: zasada przydatności (bezsposornie o charakterze faktycznym), zasada konieczności (tu w mojej ocenie angażowane są oba kryteria oceny możliwości stosowania zasady) i proporcjonalności sensu stricto (będące istotą ważenia wartości umacniających wagę konstytucyjną określonej zasady i angażującej ocenę prawnych możliwości)⁸¹.

Co do zasady, konstytucyjne roszczenie do zachowania proporcji ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jednostki (mających *expressis verbis* podstawę w tekście konstytucji w postaci klauzuli ograniczającej, co należy rozumieć, że zasadą jest ochrona prawna tych praw, a nie ich ograniczenie) jest koherentne z teoretycznoprawnym założeniem optymalizującego charakteru zasad konstytucyjnych chroniących jednostkę. Innymi słowy, jednoznacznie ujęta w tekstach konstytucji zasada proporcjonalności i jej nadbudowa doktrynalna w postaci charakterystyki stosowania zasad chroniących prawa jednostki jako stosowania optymalnego – tworzą łącznie kulturowy koncept balansowania jako warunku koniecznego stosowania zasad konstytucyjnych. Ma to oczywiście swoje dobre strony, ponieważ takie podejście koresponduje z teoretycznoprawną koncepcją zasady prawnej jako stosowanej „mniej – bardziej”, a nie „wszystko albo nic”, co z politycznego punktu widzenia wymusza przeprowadzenie procesu ważenia, czyli relewancji w każdym przypadku konstytucyjnego prawa jednostkowego, niemniej jednak pozostawia duże pole uznania dla orzecznictwa angażującego kontrolę konstytucyjności aktów podkonstytucyjnych.

Przydatność rozumiana w sposób zbliżony do instrumentalnej zależności relacji środek–cel (podobieństwo do *rationally related* z testu *rational basis test*), konieczność jako wybór rozwiązania najmniej ingerującego w prawa jednostki (w praktyce stwarzającego tendencję do interpretacji utylitarystycznych, innymi słowy – bardziej inwazyjne rozwiązanie dla mniejszej grupy może okazać się bardziej konieczne niż mniej inwazyjne dla większej), proporcjonalność sensu stricto, czyli ocena wagi „prawnej” (ukształtowanej w ramach kultury prawnej wagi poszczególnych wartości tkwiących u podstaw zasad) interesu jednostkowego i większościowego, który jest wyrażony w kontrolowanym akcie podkonstytucyjnym – nie stwarzają łącznie silnych kryteriów ochrony. Słabość europejskiej zasady proporcjonalności tkwi w braku budowania specjalnych kryteriów dla

⁸⁰ Nie zmienia tego faktu wypracowywanie w orzecznictwie przez procedury limitacyjne czegoś w rodzaju nienaruszalnego rdzenia czy jądra prawa, którego naruszenie byłoby w istocie zniweczeniem prawa jednostki. Na temat możliwego rozumienia pojęcia „rdzeń prawa” zob. R. Alexy, *A Theory...*, s. 192–195.

⁸¹ Zob. szerzej M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 192–196. Przy czym dla R. Alexy’ego zasada konieczności jest elementem kontroli wymogu faktycznego. Zob. R. Alexy, *A Theory...*, s. 67.

precyzyjnie wskazanych typów naruszeń. Innymi słowy, onnipotencja balansowania, w orzecznictwie amerykańskim praktycznie ograniczona do minimum w przypadku ograniczeń na podstawie czynników uznanych za podejrzane i dotyczących praw fundamentalnych (co jest właściwe testowi *strict scrutiny*), narzuca orzekaniu na podstawie konstytucji określoną wagę prawną określonej zasady. Ważenie nie ma więc miejsca i tym samym wyklucza zmniejszenie standardu ochrony jednostki. Nie jest to wynik kształtowania poprzez precedens *de iure* wagi materialnego postanowienia konstytucyjnego, ale przede wszystkim wynik obostrzenia i doprecyzowywania kryteriów testu proporcji stosowanych w ramach testu *strict scrutiny*. Najbliższa europejskiej koncepcji zasady proporcjonalności jest koncepcja *rational basis test*, będąca pierwotnie ukształtowaną koncepcją balansowania interesów na tle orzecznictwa amerykańskiego.

Bardziej wymagające testy, czyli test pośredni i test rygorystyczny, zostały ukształtowane głównie ze względu na potrzebę szczególnie wnikliwej kontroli w przypadku naruszeń określonych typów praw lub różnicowania sytuacji podmiotów prawa na podstawie czynnika nieakceptowalnego przez kulturę prawną, a często charakteryzującego większość społeczeństwa. Ostrzejsze kryteria, nawet eliminujące balansowanie na korzyść interesu większościowego nie miały w tym sensie „demokratycznej” (w rozumieniu demokracji totalnej) legitymacji. Spełniały natomiast istotę kontroli konstytucyjności jako gwarancji konstytucyjnej autonomii jednostki i sądu konstytucyjnego jako organu realizującego ten priorytet konstytucyjny, czyli niebędącego powieleniem władzy politycznej dla której właściwe jest też balansowanie (dyskurs), choć faktycznie zdominowane przez roszczenia większości. Niższy standard ochrony w zastosowaniu zasady proporcjonalności może ponadto wynikać z uznania w orzecznictwie za relewantne dla stosowania balansowania właściwemu tej zasadzie jedynie praw i wolności jednostkowych *expressis verbis* wyrażonych w konstytucji, czy jeszcze węższej w określonej jej części, jak w polskim orzecznictwie konstytucyjnym, z często dość szeroką interpretacją interesu publicznego uzasadniającego ograniczenie (nawet jeśli wyrażony jest w postaci klauzul generalnych jak w polskiej konstytucji⁸²)⁸³. Teoretycznoprawna koncepcja R. Alexy’ego w starciu z orzecznictwem zostaje bowiem pozbawiona roszczenia do słuszności (*claim to correctness*) immanentnie tkwiącego w normie konstytucyjnej, wynikającego z koniecznej według tego autora tezy o podwójnym charakterze prawa, czyli jako posiadającego wymiar moralności opartej na preferencji dla prawa jednostkowego⁸⁴.

Istotnym procesowym aspektem ograniczającym możliwy standard ochrony prawa jednostkowego jest wynikająca z Kelsenowskiego modelu kontrola konstytucyjności, zakładana jako logiczna wzajemna współzależność (zgodność) norm. Hierarchiczna struktura systemu prawnego skutkująca różną mocą prawną norm prawnych, oparta w istotny sposób na aspekcie dynamicznym, tj. wynikającym z umocowania organu stanowiącego określony rodzaj aktu łączy wyższość normy z autorytetem określonego rodzaju władzy. Innymi słowy, modelowi Kelsenowskiej zależności norm podkonstytucyjnych od normy konstytucyjnej, po pierwsze, właściwe jest eksponowanie autorytetu

⁸² Ustawa z 2.04.1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁸³ Szerzej na temat ograniczania podstaw dla oceny stosowania zasady proporcjonalności w polskim orzecznictwie konstytucyjnym zob. M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa...*, s. 180–185. Przywołuję tam jako wiodące orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: z 23.11.1998 r. (SK 7/98), Dz. U. z 1998 r. Nr 145, poz. 944 oraz z 3.11.1998 r. (Ts 116/98), OTK 1999/1, poz. 10. Na temat rozszerzającej interpretacji interesu publicznego zob. M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa...*, s. 197–198.

⁸⁴ Zob. szerzej R. Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin’s Critique*, „Ratio Juris” 2000/17, s. 138–143.

konstytucji ze względu na organ ją konstytuujący (w małym stopniu ze względu na jej treść), a po drugie – jej hierarchiczna wyższość jest przede wszystkim efektem równie zhierarchizowanej struktury organów państwa. Wyższa moc prawna i autorytatywność normy konstytucyjnej, nawet jeśli model w systemach europejskich nie został zaadaptowany w sposób niezmodyfikowany, jest zakładana jako logiczna konsekwencja stopniowości w ramach systemu norm, za którym stoi stopniowalny autorytet organów państwa. Innymi słowy, właściwe europejskiej kulturze pokelsenowskiej jest nieizolowane (nie tylko treściowe) analizowanie norm potencjalnie kolidujących. Skutkuje to generalnym założeniem, że alogiczne jest tworzenie normy sprzecznej z nomą o wyższej mocy prawnej, bo niosłoby ze sobą podważenie autorytetu organu w strukturze wyżej usytuowanego.

Nie bez powodu Hans Kelsen, analizując hierarchiczną kolizję, dużo uwagi poświęcał głównie nieaktom, tj. sytuacji wydania aktu przez organ nieposiadający do tego kompetencji (autorytetu)⁸⁵. Takie postrzeganie zależności norma wyższa – norma niższa skutkuje domniemaniem konstytucyjności aktów podkonstytucyjnych, skutkującym dla aspektów procesowych kontroli konstytucyjności przerzuceniem ciężaru dowodu na stronę podnoszącą zarzut niekonstytucyjności aktu podkonstytucyjnego. Oczywiście, nawet literalnie analizując konstrukcję zasady proporcjonalności (czy analogicznie klauzul limitacyjnych w dokumentach międzynarodowej ochrony praw jednostki), deklarującej, że prawo czy wolność mogą być ograniczone „tylko”, jeśli jest to „konieczne” czy „niezbędne” dla... i tu następuje wskazanie interesu publicznego, należy dojść do konkluzji, że założenie domniemania konstytucyjności aktów podkonstytucyjnych wkraczających w prawo czy wolność konstytucyjną koliduje z preferencją dla ochrony, a nie ograniczenia prawa jednostkowego. Wkroczenie bowiem powinno skutkować obowiązkiem dowiedzenia konieczności limitacji. W tym zakresie orzecznictwo amerykańskie (konstytuujące normę konstytucyjną jako najwyższą ze względu na treść i mającą silną konotację z prawnonaturalnym uzasadnieniem) tworzy również podwyższony standard ochrony jednostki, i jedynie test racjonalnej podstawy w tym zakresie jest zbliżony do europejskich zasad proporcjonalności (ale nawet w ramach tego testu doktrynalnie formułowane są odmienne postulaty).

7. Podsumowanie

Zestawienie amerykańskich testów *judicial review* i zasady proporcjonalności właściwej konstytucjom europejskim pozwala stwierdzić, że w toku ewolucji orzecznictwo sądów amerykańskich systematycznie zmierzało do obostrzania aspektów kontroli, co z kolei skutkowało wyemancypowaniem się z testu racjonalnej podstawy dwóch bardziej wymagających testów kontroli: testu rygorystycznego i testu pośredniego. Zaostrzanie kryteriów polega zarówno na marginalizacji podstaw ograniczenia, czyli dookreśleniu jakiego rodzaju interes publiczny może być podstawą ograniczenia (przemozny lub istotny), ścisłym wskazaniu jakiego typu relacja musi łączyć środek w postaci ograniczenia prawa jednostkowego i cel, jakim jest realizacja interesu publicznego (*narrowly tailored* lub *substantially related*), oraz na kazuistycznej determinacji, jakiego typu prawa lub jakiego

⁸⁵ Zob. szerzej M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności prawa*, Toruń 2017, s. 109–138. Zob. też D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oksford 1999, s. 116. Źródłowo zob. H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiewicz w: Biuro Trybunału Konstytucyjnego, *Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego*, t. 31, Warszawa 2009, s. 15–18, 27.

typu różnicowania w posiadaniu prawa (tj. na podstawie jakiego czynnika) wymagają któregoś z dwóch podwyższonych standardów kontroli. Z podwyższonym standardem orzecznictwo połączyło również zasadniczo inaczej narzucony ciężar dowodu – limitację prawa uzasadnić ma władza publiczna. Jeśli połączymy to z cechami zasadniczymi *judicial review*: poddaniem kontroli nie tylko aktów, ale i działań władz oraz brakiem koniecznego związku między tekstem konstytucji i pojęciem konstytucyjnie chronionych praw i wolności (za sprawą poważnie – *seriously* – traktowanej IX poprawki), to otrzymamy standard ochrony, w ramach którego trudniej jest zrobić „krok do tyłu” niż w ramach standardu zasady proporcjonalności (tekstowych klauzul ograniczających).

Types of Judicial Review Tests and the Principle of Proportionality

Abstract: Judicial review in the jurisprudence of the US Supreme Court can take the form of one of three formulas for examining an act or action of an authority (strict scrutiny test, intermediate scrutiny test, or rational basis test). In the context of the constitutional review each of these tests requires an analysis, of three essential aspects: what kind of individual interest is limited, what form of public interest legitimation is required, and how the means and the purpose so indicated are related. A detailed analysis of these standards of proportion, jurisprudentially developed and evolutionarily tightened, in confrontation with the principle of proportionality used in European constitutions (and documents on international protection of human rights) allows to formulate theses about which standard is stronger, which one creates a barrier providing better protection of individual autonomy, and which is more resistant to ‘steps backwards’ in this respect.

Keywords: judicial review (of constitutionality of statutes), principle of proportionality, strict scrutiny test, intermediate scrutiny test, rational basis test

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Alexy, R. (2000). On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris* 17(2), 133–137.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2010). On the Structure Of Legal Principles. *Ratio Juris* 13(3), 294–304.
- Appleby, M. (1987). The Mentally Retarded: The Need for Intermediate Scrutiny. *Boston College Third World Law Journal* 7(1), 109–132.
- Ayres I., Narrow Tailoring. *UCLA Law Review* 43(6), 1781–1838.
- Bernick, E. (2016). Subjecting Rational Basis Test to Constitutional Scrutiny. *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 14(2), 347–354.
- Bernstein, D.E. (2012). The Conservative Origins of Strict Scrutiny. *Geo. Mason Law Review* 19, 861–871.
- Brake, D., Lenhoff, D., Rush, S.E., Schneider, E.M., Two Decades of Intermediate Scrutiny: Evaluating Equal Protection for Women Centennial Panel. *American University Journal of Gender and the Law* 6(1), 1–30.
- Bunker, D.M., Erickson, E. (2001). The Jurisprudence of Precision: Contrast Space and Narrow Tailoring in First Amendment Doctrine. *Communication Law and Policy* 6(2), 259–286.
- Chemerinsky, E. (2016). The Rational Basis Test is Constitutional (Desirable). *Georgetown Journal of Law and Policy* 14(2), 401–416.
- Clark, W. (2016). Intermediate Scrutiny as a Solution to Economic Protectionism in Occupational Licensing. *Saint Louis University Law Journal* 60(2), 345–362.

- Dyzenhaus, D. (1999). *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Helmer in Weimar*. Oxford: Oxford University Press.
- Editors (1983–1984). Intermediate Equal Protection Scrutiny of Welfare Laws That Deny Subsistence. *University of Pennsylvania Law Review* 132(6), 1547–1576.
- Eyer, K.R. (2018). The Canon of Rational Basis Review. *Notre Dame Law Review* 93, 1317–1370.
- Fallon, R.H. (2007). Strict Judicial Scrutiny. *UCLA Law Review* 54, 1267–1337.
- Fleming, J.E. (2014). The Myth of Strict Scrutiny for fundamental Rights. *The Dartmouth Law Journal* 12(1), 1–11.
- Frankowski, S., Goldman, R., Łętowska, E. (1997). *Sąd Najwyższy USA: prawa i wolności obywatelskie*. Warszawa: Biuro Instytucji Demokratycznych i praw Człowieka OBWE.
- Garlicki, L. (1992). *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: konstytucja–polityka–prawa obywatelskie*. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk: PWN.
- Gizbert-Studnicki, T. (1988). Zasady i reguły prawne. *Państwo i Prawo* 43(3), 16–26.
- Gottlieb, S.E. (1988). Compelling Governmental Interests: An Essential but Analyzed Term in Constitutional Adjudication, *B. U. Law Review* 68.
- Jordan, A.K. (2014–2015). The Contraceptive Mandate: Compelling Interest for Ideology. *Journal of Legislation* 41(1), 1–64.
- Kelly, A.L. (2010). Strict Scrutiny in Race-Based Government Contracts: As-Applied Challenges Require More Than a Narrow Tailoring Analysis Comment. *Seton Hall Circuit Review* 7, 417–444.
- Kelsen, H. (2009). *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*. Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego t. 31. Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego.

- Kippen, J.J. (2001). Sexually Explicit Speech. *Hastings Constitutional Law Quarterly* 28(4), 799–828.
- Klein, B.F. (1983). Rational Basis? Strict Scrutiny? Intermediate Scrutiny: Judicial Review in the Abortion Cases. *Oklahoma City University Law Review* 9(2), 317–353.
- Korycka, M. (2010). Teoria zasad prawnych Roberta Alexy’ego. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1(1), 48–63.
- Korycka-Zirk, M. (2012). *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*. Warszawa: LexisNexis.
- Korycka-Zirk, M. (2017). *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności prawa*. Toruń: TNOiK.
- Lehavi, A. (2011). Judicial Review of Judicial Lawmaking. *Minnesota Law Review* 96(2), 520–583.
- McGowan, M.O. (2012). Lifting the Veil on Rigorous Rational Basis Scrutiny, *Marquette Law Review* 96(2), 377–460.
- Morgan, M.I. (1982–1983). Fundamental State Rights: A New Basis for Strict Scrutiny in Federal Equal Protection Review. *Georgia Law Review* 17(1), 77–108.
- Nachbar, T.B. (2016). The Rationality of Rational Basis Review. *Virginia Law Review* 102(7), 1627–1690.
- Ngov, E.L. (2010). War and Peace Between Title VII’s Disparate Impact Provision and Equal Protection Clause: Battling for Compelling Interest. *Loyola University Chicago Law Review* 42(1), 1–88.
- Pettinga, G.L. (1987). Rational Basis with a Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name. *Indiana Law Journal* 62(3), 779–804.
- Pfander, E.J. (2018). Standing, Litigable Interests, and Article III’s Case-or-Controversy Requirement. *UCLA Law Review* 65(1), 170–231.

- Richardson, S.R. (2002–2003). Strict Scrutiny, *Biracial* Children, and Adoption. *Boston University Public Interest Law Journal* 12(1), 203–222.
- Samardzich, A. (2006). Protecting Race-Exclusive Scholarships from Extinction With an Alternative Compelling State Interest. *Indiana Law Journal* 81(3), 1121–1138.
- Siegel, S.A. (2006). The Origin of Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny. *American Journal of Legal History* 48(4), 355–407.
- Simon, T. (1990). Suspect Class Democracy: A Social Theory. *University of Miami Law Review* 45(1), 107–158.
- Smolla, R.A. (1998). The Free Exercise of Religion After the Fall: The Case for Intermediate Scrutiny. *William and Mary Law Review* 39(3), 925–944.
- Spece, G.R., Yokum, D. (2015). Scrutinizing Strict Scrutiny. *Vermont Law Review* 40(2), 285–352.
- Strauss, M. (2011). Reevaluating Suspect Classification. *Seattle University Law Review* 35, 135–174.
- Szyszkowski, W. (1969). Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego). Warszawa: PWN.
- Vikram, A.D. (2001). The NCAA as Regulator, Litigant and State Action. *Boston College Law Review* 52(2), 415–438.
- Volokh, E. (1996). Freedom fo Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny Essey. *University of Pennsylvania Law Review* 144(6), 2417–2462.
- Wexler, J.D. (1998). Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism. *The George Washington Law Review* 66, 300–352.
- Witt, M.P. (2009). Intermediate Scrutiny for Economic Development Takings: Proposing a New Test Based on Justice Kennedy’s Kelo Concurrence. *Thomas Jefferson Law Review* 31(2), 431–460.