

## PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

MARCIN GÓRSKI

Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Łódzkiego

### Sędziowski aktywizm ETPC a deficyty strukturalne systemu Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

**Słowa kluczowe:** Europejski Trybunał Praw Człowieka, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Aktywizm sędziowski, Protokół nr 15 zmieniający Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

#### 1. Wstęp

Aktywizm sędziowski bywa postrzegany jako negatywna cecha orzekania przez sądy międzynarodowe<sup>1</sup>. Podstawowym zarzutem, jaki można postawić aktywizmowi sędziowskiemu, jest oskarżenie o naruszenie granic, jakie decydent polityczny (w tym przypadku strony umowy międzynarodowej) pozostawia rozstrzygnięciu sędziowskiemu<sup>2</sup>. Zarzut ten ma więc dwa wymiary. Z jednej strony, odnosi się on do zagadnienia politycznej legitymizacji decyzji sędziowskiej, z drugiej zaś do kwestii podziału władzy pomiędzy organ sądowy i decydenta politycznego (w przypadku Konwencji chodzi tu o państwa będące jej stronami).

Nie rozważamy tutaj szerzej istoty aktywizmu sędziowskiego, bowiem poświęcono temu zagadnieniu odrębne opracowania<sup>3</sup>. Przyjmijmy zatem na wstępie, że aktywizm sędziowski jako cecha orzekania sądów międzynarodowych

---

<sup>1</sup> Zob. literaturę powołaną w A. Wyrozumska, *Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice* [w:] A. Wyrozumska (red.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014, s. 4, przyp. 4.

<sup>2</sup> K. Roosevelt, negując samo pojęcie aktywizmu sędziowskiego używane w dogmatyce amerykańskiej w odniesieniu do rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, wskazuje na zarzut przekroczenia granic pozostawionych przez władzę polityczną jako źródło krytyki aktywizmu sędziowskiego, uznając jednocześnie, że właśnie aktywizm sędziowski jest najlepszym dowodem niezawisłości sędziów (zob. K. Roosevelt, R. W. Garnett, *Judicial Activism and Its Critics*, "University of Pennsylvania Law Review" 2006, Vol. 155, s. 112–128).

<sup>3</sup> Szerzej A. Wyrozumska (red.), op. cit., i przytoczona tam literatura.

jest różnie definiowany<sup>4</sup>, przy czym cechą wspólną tych definicji wydaje się być dokonanie zmiany dotychczasowego standardu (rozumianego jako sposób wykładni umowy międzynarodowej, mieszczącej się w granicach zmiennego konsensusu interpretacyjnego<sup>5</sup>. Dodajmy, że w tym rozumieniu orzeczenie, które nie mieści się w granicach konsensusu interpretacyjnego, jest błędne, a nie aktywistyczne. Należy też od razu zasygnalizować, że aktywistycznym może być więc zarówno orzeczenie, które rozwija dotychczasowy standard wykładni, jak i takie, które go redukuje<sup>6</sup>. To drugie ujęcie aktywizmu sędziowskiego nie spotyka się jednak na ogół z krytyką z pozycji politycznych, skoro prowadzi do rozszerzenia pola decyzji politycznej. W niniejszym artykule skupimy się zatem na tej postaci aktywizmu sędziowskiego, która prowadzi do rozwinięcia dotychczasowego standardu wykładni przyjętego w orzecznictwie ETPC, i tak też pojęcie aktywizmu na użytek przyjętych tu rozważań będzie rozumiane.

Europejski Trybunał Praw Człowieka zwykle się uważa za sąd aktywistyczny<sup>7</sup>, a wypowiedzi krytykujące jego pasywizm sędziowski zdarzają się rzadko<sup>8</sup>. Powstaje oczywiście pytanie, jaką miarę zastosować dla oceny, czy orzeczenie ETPC ma charakter aktywistyczny, czy też stanowi jedynie zastosowanie utrwalonego standardu do okoliczności faktycznych danej sprawy. Jeśli uznać, że najbardziej miarodajnym źródłem wiedzy o aktywistycznym albo wstrzemięźliwościowym charakterze wyroku są sami sędziowie ETPC, to można odwołać się do ich opinii odrębnych i, analizując ich treść, ustalić, czy krytykują oni orzeczenie jako nadmiernie aktywistyczne, czy też nadmiernie powściągliwe. Dokonanie takiej kwerendy w odniesieniu do wyroków Wielkiej Izby ETPC<sup>9</sup> pokazuje, że pogląd o nasilonym aktywizmie orzecznictwem ETPC wydaje się nieco przesadzony. Otrzymujemy bowiem następujący diagram<sup>10</sup>:

---

<sup>4</sup> Zob. F. Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, Journal of International Dispute Settlement 2012, Vol. 3, nr 2, s. 247–278.

<sup>5</sup> M. Górski, *Polityczna rola sądów międzynarodowych i jurydyzacja polityki* [w:] A. Wyrzumska (red.), op. cit., s. 163.

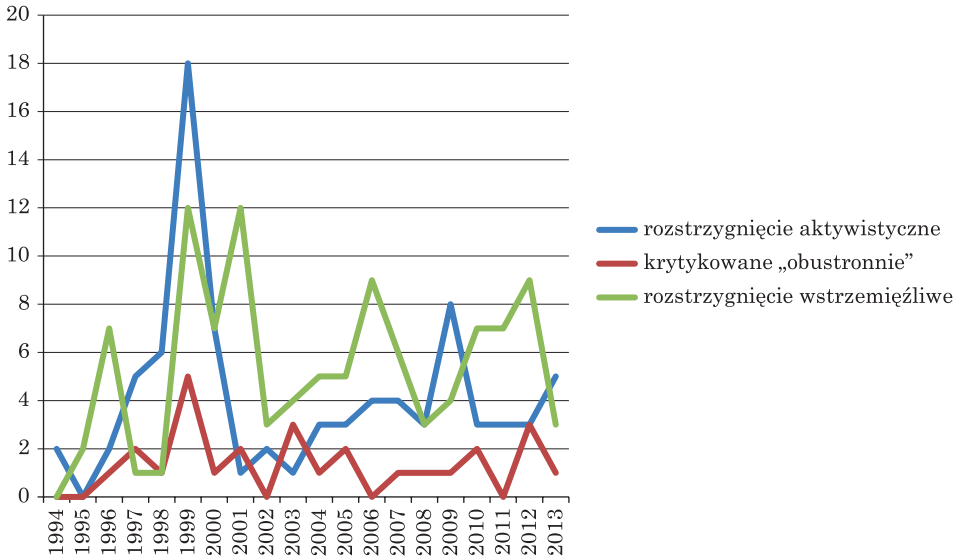
<sup>6</sup> Taki typ aktywizmu nosi znamiona tego samego „kryptoprawotwórstwa”, by użyć określenia T. Staweckiego (T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 94), jakim cechuje się aktywizm rozwijający dotychczasowy standard wykładni.

<sup>7</sup> D. Popovic, *Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Creighton Law Review 2009, nr 42, s. 361–396.

<sup>8</sup> P. Thielbörger, *Judicial passivism at the European Court of Human Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2012, Vol. 19, nr 3, s. 342.

<sup>9</sup> Wydaje się, że wyroki Wielkiej Izby można uznać, z uwagi na jej kompozycję i zakres jurysdykcji, za reprezentatywne dla całego orzecznictwa Trybunału.

<sup>10</sup> Za: M. Górski, *Polityczna rola sądów międzynarodowych i jurydyzacja polityki*, [w:] A. Wyrzumska (red.), op. cit., s. 175.



Nietrudno zauważyć, że na przestrzeni 20 badanych lat, orzeczenia krytykowane jako wstrzemiężliwe na ogół dominowały w praktyce Wielkiej Izby ETPC. Każę to poddać w wątpliwość tezę o dominacji postawy aktywistycznej nad wstrzemiężliwością w orzecznictwie ETPC.

## 2. Czym nie jest sędziowski aktywizm?

Niekiedy jako aktywistyczne wskazuje się takie orzeczenia ETPC, które wydają się nie tyle rozwinięciem ugruntowanego standardu wykładni Konwencji, ile po prostu wątpliwym rozstrzygnięciem stosującym przyjęty standard interpretacyjny do okoliczności, w których nie powinien on być zastosowany. Przykładem błędnego – w tym znaczeniu – orzeczenia ETPC może być wyrok w sprawie *Pla i Puncernau przeciwko Andorze*<sup>11</sup>. Skarżącymi w tym postępowaniu byli matka i jej adoptowane dziecko. Jego ojciec był spadkobiercą testamentowym po swojej matce, która w testamencie określiła, że ma on przekazać spadek swojemu „synowi albo wnukowi ze zgodnego z prawem i kanonicznego małżeństwa” (ang. „*the future heir to the estate must leave it to a son or grandson of a lawful and canonical marriage*”). Trybunał stwierdził naruszenie art. 14 w zw. z art. 8 EKPC polegające na uznaniu braku praw do spadku po stronie skarżącego. Argumentował w tym względzie następująco:

<sup>11</sup> Wyrok ETPC z 13 lipca 2004 r. w sprawie *Pla i Puncernau przeciwko Andorze*, skarga nr 69498/01.

Konwencja, będąc tekstem dynamicznym i zakładającym pozytywne obowiązki państw, jest żywym instrumentem wymagającym wykładni w świetle współczesnych warunków, a wielką wagę przywiązuje się obecnie w państwa Rady Europy do kwestii równości pomiędzy dziećmi narodzonymi w ramach i poza węzłem małżeńskim, jeśli chodzi o ich cywilne uprawnienia. Dlatego też, nawet zakładając, że sporne rozrządzenie testamentowe wymagało interpretacji ze strony sądów krajowych, interpretacja ta nie powinna być dokonywana wyłącznie w świetle uwarunkowań społecznych istniejących w dacie sporządzenia testamentu czy też śmierci testatorki, tj. w roku 1939 i 1949, w szczególności skoro upłynęło 57 lat od dnia sporządzenia testamentu do dnia przejścia masy spadkowej na spadkobierców. Wobec upływu tak długiego czasu, w ciągu którego zaszły głębokie zmiany społeczne, gospodarcze i prawne, sądy nie mogą ignorować nowej rzeczywistości. To samo dotyczy testamentów: jakkolwiek interpretacja, jeśli jest konieczna, powinna mieć na celu ustalenie woli testatora i zapewnienie jej skuteczności, mając też na względzie, że „testator nie może być uważany za sądzącego coś, czego nie powiedział”, zarazem zaś nie przecozając wagi interpretacji rozrządzenia testamentowego w sposób jak najbliższy prawu krajowego oraz Konwencji interpretowanej zgodnie z orzecznictwem Trybunału.

Trybunał nie podzielił więc argumentów rządu andorskiego, zgodnie z którymi sądy krajowe musiały uwzględniać stan prawa andorskiego obowiązującego w dacie sporządzenia testamentu, to zaś nie zrównywało w owym czasie praw dzieci adoptowanych i biologicznych.

Opinie odrębne do tego wyroku złożyli sędziowie Bratza i Garlicki. Systemowo szersze stanowisko zajął sędzia Garlicki, który podkreślił, że w jego ocenie autorzy Konwencji nie mieli zamiaru nadania jej skuteczności wobec stron trzecich (ang. *third-party effect*). Zdaniem sędziego Garlickiego, istotną była okoliczność, że sama idea testamentu polega na tym, że testator dyskryminuje niektórych spośród spadkobierców ustawowych. Sędzia dopuścił ingerencję w wolę testatora w nadzwyczajnych przypadkach, takim jednak nie była, jego zdaniem, materialna sprawa. W ocenie autora opinii odrębnej, sporna decyzja testatorki była być może niesprawiedliwa, ale nie można jej było uznać za niemożliwą do pogodzenia z podstawowymi założeniami Konwencji albo w inny sposób destruktywną dla praw chronionych Konwencją.

W tym przypadku trudno doszukać się w ogóle jednoznacznego stanowiska, znajdującego potwierdzenie w analizie komparatywnej, które wskazywałoby, że ochrona woli testatora powinna ustąpić zasadzie niedyskryminacji. Celna jest bowiem uwaga sędziego Garlickiego, że samo sporządzenie testamentu opiera się na arbitralnej ze swej istoty decyzji testatora, który w danym momencie uznaje, że określone osoby zasługują na obdarzenie ich spadkiem, inne zaś na to nie zasługują. Wydaje się, że wyrok w sprawie *Pla i Puncernau przeciwko Andorze* sprowadzał się do ustalenia konsensusu tam, gdzie go w ogóle nie było. Wyrok ten jest więc nie tyle aktywistyczny, ile zwyczajnie obarczony błędem. Aktywizm sędziowski ETPC nie polega przecież na orzekaniu w oderwaniu od konsensusu interpretacyjnego, ale w jego granicach, które jednak są zmienne i to właśnie ta zmienność pozwala Trybunałowi na wydanie rozstrzygnięcia aktywistycznego, czyli rozwijającego dotychczasowy standard wykładni Konwencji.

Klasycznym przykładem orzeczenia ETPC, które było komentowane jako aktywistyczne<sup>12</sup>, był wyrok Wielkiej Izby z 6 października 2005 r. w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>13</sup>, dotyczący wyłączenia czynnego prawa wyborczego osób pozbawionych wolności wskutek skazania wyrokiem sądu. Trybunał uznał regulację brytyjską<sup>14</sup> za wykraczającą poza granicę marginesu uznania państw (uznanego zresztą za szeroki) co do określania ograniczenia czynnego prawa wyborczego osób skazanych, chronionego przez art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC. Opinie odrębne złożyło 5 sędziów: Costa oraz (wspólnie) Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler i Jebens. Sędziowie zwrócili uwagę na sposób sformułowania przepisu (inaczej niż w przypadku innych postanowień Konwencji – nie przewiduje on nadania jakichkolwiek praw indywidualnych) oraz wczesną praktykę Komisji, która traktowała ten przepis jako nienadający bezpośrednio praw jednostkom. Podkreślili oni, akceptując występującą niekiedy potrzebę „dynamicznej i ewoluującej” wykładni Konwencji, że należy pamiętać, iż „Trybunał nie jest normodawcą i musi zważać na to, aby nie uzurpować sobie funkcji prawodawczej. Ewolucyjna i dynamiczna wykładnia musi mieć wystarczające podstawy w zmieniających się uwarunkowaniach społeczeństw Umawiających się Stron, włączając w to narastający konsensus, co do standardów, które mają być osiągnięte”. Odnosząc te uwagi do realiów sprawy poddanej osądowi, sędziowie zaznaczyli, że nie dostrzegają tego rodzaju podejścia w stanowisku większości w materialnej sprawie. Sędzia Costa dodatkowo zacytował w swojej opinii odrębnej stanowisko ETPC wyrażone w sprawie *Py przeciwko Francji*<sup>15</sup>, w którym Trybunał uznał, że nie wykracza poza margines uznania przepis wymagający 10-letniego domicyliu jako warunku, od spełnienia którego zależy czynne prawo wyborcze w Nowej Kaledonii, jak również wyrok w sprawie *Hilbe przeciwko Liechtensteinowi*<sup>16</sup>, potwierdzający prawo tego państwa do pozbawienia prawa wyborczego osoby zamieszkałej w Szwajcarii – a następnie skonfrontował te stanowiska z zajęтым w sprawie *Hirst*.

Powstaje jednak pytanie, czy w sprawie *Hirst* mieliśmy do czynienia z wyrokiem aktywistycznym, tzn. zmieniającym wykładnię Konwencji, czy raczej z błędnym – zdaniem niektórych – odczytaniem konsensusu interpretacyjnego, wynikającego z ustalenia granic marginesu uznania, przysługującego Umawiającym się Stronom? Błędne ustalenie marginesu uznania, a w konsekwencji błędne ustalenie konsensusu interpretacyjnego, powinno skutkować rozstrzygnięciem budzącym sprzeciw części stron Konwencji.

---

<sup>12</sup> Zob. szerzej: E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, *International Organization* 2007, nr 61, s. 669–701.

<sup>13</sup> Skarga nr 74025/01.

<sup>14</sup> Chodzi tu o art. 3 *Representation of the People Act* z 1983 r., stanowiący: “A convicted person during the time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence ... is legally incapable of voting at any parliamentary or local election”.

<sup>15</sup> Wyrok z 11 stycznia 2005 r., skarga nr 66289/01.

<sup>16</sup> Wyrok z 7 września 1999 r., skarga 31981/96.

Dobrym przykładem orzeczenia, które w gruncie rzeczy nie wydaje się aktywistyczne, a za takie uchodziło<sup>17</sup>, był wyrok Izby w sprawie *Lautsi przeciwko Włochom*<sup>18</sup>. Trybunał bardzo dokładnie odczytał dotychczasowy i utrwalony w orzecznictwie standard wykładni art. 2 Protokołu nr 1 do EKPC<sup>19</sup>. Przypomniał również wcześniejsze stanowisko, zajęte w decyzji Komisji w sprawie *Karaduman przeciwko Turcji* (dotyczącej noszenia chust religijnych w świeckich uniwersytetach w Turcji), zgodnie z którym „w szczególności w państwach, w których zdecydowana większość populacji jest wierna jednej, określonej religii, manifestacja symboli tej religii, bez ograniczeń co do miejsca i sposobu, może wywierać nacisk na studentów, którzy tej religii nie praktykują albo mają inne wyznanie”<sup>20</sup>. Czy w świetle takiego wcześniejszego stanowiska interpretacyjnego można przyjąć, że wyrok Izby w sprawie *Lautsi* był aktywistyczny?

Nie należy zatem mylić takich rozstrzygnięć, które opierają się na błędnym odczytaniu konsensusu interpretacyjnego, a w konsekwencji, rozwijają standard wykładni, pomimo braku oparcia w zmianie tego konsensusu, z orzeczeniami aktywistycznymi. Nie są również aktywistycznymi takie rozstrzygnięcia, które stosują już istniejący standard wykładni Konwencji do nowych okoliczności, a są krytykowane z powodów czysto politycznych. Aktywizm jest więc tam, gdzie jest, a nie tam, gdzie go chcą widzieć politycy.

### 3. Dlaczego Trybunał w Strasburgu ma „gen aktywizmu”?

Krytyka aktywizmu sędziowskiego Trybunału strasburskiego wydaje się o tyle chybiona, że Europejski Trybunał Praw Człowieka został zaprojektowany przez jego twórców jako sąd aktywistyczny. Pogląd ten można uzasadnić następująco. Do interpretacji Konwencji stosujemy ogólną regułę interpretacji traktatów, skodyfikowaną w art. 31 KWPT. Jak zauważył Trybunał w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>21</sup>, istotne znaczenie dla ustalenie przedmiotu i celu EKPC, w rozumieniu art. 31 ust. 1 KWPT, ma treść jej preambuły. Ta zaś kładzie nacisk na „osiągnięcie większej jedności” członków

<sup>17</sup> Por. G. Puppink, *The case of Lautsi v. Italy: a synthesis*, „BYU Law Review” 2012, nr 3, pre-edycja, s. 37.

<sup>18</sup> Wyrok Drugiej Izby ETPC z 3 listopada 2009 r. w sprawie *Lautsi przeciwko Włochom*, skarga nr 30814/06.

<sup>19</sup> Por. § 47 wyroku Drugiej Izby w sprawie *Lautsi*.

<sup>20</sup> Decyzja Komisji Praw Człowieka z 3 maja 1993 r. w sprawie *Karaduman przeciwko Turcji*, s. 108 w akapicie 4.

<sup>21</sup> Wyrok ETPC z 21 lutego 1975 r. w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, zob. pkt 34. Zob. też szerzej nt. interpretacji Konwencji w M. A. Nowicki, *Wprowadzenie do interpretacji EKPCz*, Europejski Przegląd Sądowy, styczeń 2010, s. 4–11. Zob. też L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden – Boston 2007, s. 8–15, a także G. Lestas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oksford 2007 oraz E. Dubout, *Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l’homme*, „Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme” 2008, nr 74, s. 383–418.

Rady Europy, do czego środkiem jest „ochrona oraz rozwój<sup>22</sup> praw człowieka i podstawowych wolności” gwarantowanych w Konwencji, a także na „jednolite pojmowanie i wspólne poszanowanie praw człowieka”, jak też wreszcie na działania Państw Stron EKPC „w tym samym duchu” oraz w oparciu o „wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa”.

Dwa elementy w treści preambuły są więc uwypuklone: po pierwsze, wspólnota wartości, które stanowią fundament systemu Konwencji, po drugie zaś pojmowanie Konwencji jako instrumentu służącego nie petryfikacji rozumienia praw podstawowych w sposób przyjęty w momencie podpisania Konwencji, lecz ich rozwijaniu, który służy osiągnięciu „pewnego stopnia innowacyjności i kreatywności, które mogą poszerzać zakres gwarancji konwencyjnych”<sup>23</sup>. Powtórzmy zatem, że Konwencja ma na celu nie utrwalenie standardu ochrony praw i wolności człowieka w rozumieniu z 1950 r., lecz ich rozwijanie w zmieniających się realiach społecznych. To zaś wiedzie nas do wniosku, że Strony Konwencji nałożyły na ETPC **obowiązek aktywizmu sędziowskiego**, rozumianego jako powinność dynamicznej wykładni Konwencji, zgodnie ze zmieniającym się konsensusem interpretacyjnym. Wskazuje na to również rola ETPC, określona w art. 19 Konwencji jako „zapewnienie przestrzegania zobowiązań wynikających dla Wysokich Układających się Stron z Konwencji i jej protokołów”, a także ciążąca na Trybunale powinność zapewnienia Konwencji rzeczywistej skuteczności, zgodnie z ogólną zasadą efektywności, obecną w międzynarodowym prawie praw człowieka<sup>24</sup>.

Jednocześnie, skoro preambuła Konwencji wskazuje, że jej celem jest „ochrona oraz rozwój” praw i wolności podstawowych, to zmiana konsensusu interpretacyjnego, polegająca na zredukowaniu poziomu ochrony tych wartości, nie może prowadzić do redukcyjnej wykładni w rozstrzygnięciach ETPC. Stąd też należy wywieść, że Europejski Trybunał Praw Człowieka jest zobowiązany rozwijać poziom ochrony praw podstawowych, nie może zaś go redukować. Aktywizm ETPC jest więc wyłącznie aktywizmem rozwoju, a nie redukcji chronionych przez Konwencję wartości. Metodą stosowaną dla osiągnięcia rezultatu w postaci

---

<sup>22</sup> Konwencja została sporządzona w językach angielskim i francuskim jako jednakowo autentycznych. W brzmieniu francuskim preambuła deklaruje, że „*considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales*”. W wersji angielskiej użyto natomiast zwrotu „*further realisation*”, przy czym wydaje się, że znaczenie jest tożsame i odnosi się do rozwijania praw człowieka w wymiarach materialnym i instytucjonalnym.

<sup>23</sup> W ten sposób sędzia Tulken w częściowo odrębnej opinii do wyroku Wielkiej Izby ETPC z 7 lipca 2011 r. w sprawie *Stummer przeciwko Austrii*, skarga nr 37452/02, w pkt. 3.

<sup>24</sup> Zob. G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge 1986, s. 345–346.

orzeczenia aktywistycznego jest pojmowanie Konwencji jako „żywego instrumentu”, którego znaczenie zmienia się w ewoluujących realiach społecznych<sup>25</sup>.

#### 4. Granice aktywizmu ETPC

Należy wobec tego postawić pytanie, czy ETPC może rozwijać standard ochrony praw podstawowych gwarantowanych Konwencją także wtedy, kiedy taki rozwój nie miałby oparcia w zmianie konsensusu interpretacyjnego, czyli występowałby pomimo braku zmian otoczenia prawnego, w którym interpretowana jest Konwencja? Pytanie to należy postawić w świetle brzmienia preambuły, która nakłada – jak ustaliliśmy – obowiązek „rozwoju praw człowieka i podstawowych wolności”. Na to pytanie należy odpowiedzieć negatywnie, ponownie odwołując się do treści preambuły, a także art. 1 Konwencji. Z końcowej części preambuły wynika, że Konwencja jest środkiem „zbiorowego zagwarantowania” praw i wolności podstawowych. A zatem należy widzieć Konwencję jako, ujmując rzecz obrazowo, soczewkę, w której skupia się promień ochrony emitowany przez instrumenty ochrony praw podstawowych (zwłaszcza prawodawstwo krajowe) obowiązujące w Państwach Stronach EKPC. Jednocześnie nie można pominąć zasady subsydiarności, wbudowanej w system Konwencji za sprawą jej art. 1<sup>26</sup>, która to zasada zakłada nie tylko pierwszoplanową rolę państw członkowskich w zapewnianiu ochrony wynikającej z Konwencji, ale też taką samą ich rolę w rozwijaniu praw i wolności podstawowych<sup>27</sup>.

Kolejne pytanie, które należy postawić, dotyczy tego, czy w ustalaniu konsensusu interpretacyjnego obowiązuje zasada „najmniejszego wspólnego mianownika”, co oznaczałoby, że rozwój standardu wykładni Konwencji jest możliwy dopiero wówczas, kiedy wystąpi pełny konsensus interpretacyjny, a więc wszystkie Strony Konwencji zaaprobuja określony sposób rozumienia Konwencji i dadzą temu normatywny wyraz w prawie lub praktyce krajowej. Jakkolwiek praktyka potwierdzałaby odpowiedź negatywną<sup>28</sup>, to jednak odpowiedzi na to

---

<sup>25</sup> G. Letsas, *The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy* [w:] G. Ulfstein, A. Follesdal, B. Peters (red.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge 2013, s. 106–141.

<sup>26</sup> Wyrok ETPC z 5 maja 2015 r. w sprawie *Melnichuk i in. przeciwko Rumunii*, skargi nr 35279/10 i 34782/10, w § 77. Zob. też S. Cassese, *Ruling indirectly. Judicial subsidiarity in the ECtHR*, źródło: [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20150130\\_Seminar\\_Cassese\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_Cassese_ENG.pdf) [dostęp: 4.09. 2016 r.], także A. Mowbray, *Subsidiarity and the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2015, Vol. 15, s. 313–341.

<sup>27</sup> M. E. Villiger, *The Principle of Subsidiarity in the European Convention of Human Rights* [w:] M. G. Cohen (red.), *La Promotion de la Justice, Des Droits de L’homme Et Du Règlement Des Conflicts par le Droits International*, Leiden 2007, s. 623–637.

<sup>28</sup> Zob. np. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 16 grudnia 2010 r. w sprawie *A, B i C przeciwko Irlandii*, skarga nr 25579/05, w którym uznał on istnienie konsensusu co do zgody na przerywanie ciąży ze względów społecznych (zob. pkt. 235–237), czy też wyrok Wielkiej Izby ETPC z 6 października 2005 r. w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (nr 2)*, skarga nr 74025/01, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC polegające



pytanie należy udzielić opierając się nie na samej praktyce, ale na treści Konwencji. Zgodnie z preambułą EKPC, jej fundamentem jest „jednolite pojmowanie” praw podstawowych. Powstaje wobec tego pytanie, czy oznacza to, że dla rozwoju standardu wykładni Konwencji konieczne jest zaistnienie „jednolitego pojmowania” określonego prawa czy wolności chronionej Konwencją, a zatem dopóki nie jest ono jednolite, państwo ma prawo do marginesu oceny<sup>29</sup>, czy też wyeliminowanie marginesu oceny państwa następuje już wówczas, kiedy przeważająca liczba Państw Stron jest zgodna co do określonego „pojmowania” prawa lub wolności chronionej EKPC?

Zaprobowanie drugiego z proponowanych podejść interpretacyjnych czyniłoby system Konwencji nieefektywnym, a zatem należy to podejście wykluczyć, skoro Strony w treści preambuły podkreśliły, że Konwencja ma zapewnić „efektywne stosowanie” praw wynikających z Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i powtórzonych w Konwencji. Gdyby bowiem to podejście zaaprobować, to należałoby również zgodzić się, że jednostronne ograniczenie materialnego zakresu określonego prawa lub wolności miałyby wpływ na treść zobowiązań wynikających z Konwencji dla wszystkich jej Stron. Podobnie, jeśli np. Federacja Rosyjska neguje bezwzględny skutek orzeczeń ETPC<sup>30</sup>, to nie oznacza to, że doszło do zmiany sposobu rozumienia art. 1 i art. 46 EKPC w stosunku do przyjętego dotąd sposobu dekodowania norm wyrażonych w tych przepisach<sup>31</sup>.

Prowadzi to do wniosku, że w systemie Konwencji nie obowiązuje zasada „najmniejszego wspólnego mianownika”, a dla wyznaczenia treści konsensusu interpretacyjnego relewantna jest najszerzej przyjęta praktyka rozumienia

---

na blankietowym odebraniu prawa wyborczego osadzonemu, pomimo tego, że ograniczenia dotyczące tego prawa, o różnym zakresie, występowały w niektórych państwach Konwencji (zob. pkt 81 wyroku). W ten sam sposób należałoby widzieć wyroki potwierdzające prawo do formalizacji związków osób tej samej płci, np. wyrok ETPC z 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04 i wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21 lipca 2015 r. w sprawie *Oliari i in. przeciwko Włochom*, skarga nr 18766/11 i 36030/11. Cechą wspólną cytowanych orzeczeń jest ustalenie istnienia konsensusu interpretacyjnego na podstawie dominującej, ale jednak nie w pełni jednolitej praktyki Państw Stron EKPC.

<sup>29</sup> Zob. szeroko A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

<sup>30</sup> Zob. szerzej M. Górski, *Dialogue between national courts of selected Central and Eastern European States and the ECtHR concerning the ECHR*, [w:] A. Wyrozumska (red.), *Eastern Europe and Judicial Dialogue on International Law*, Łódź 2016, s. 14–15.

<sup>31</sup> W. A. Schabas wskazuje, że art. 1 EKPC stał się dla Trybunału podstawą do przyjęcia, że Konwencja zakłada, iż Państwa Strony muszą zapewnić możliwość skutecznego dochodzenia praw chronionych EKPC przez jednostki (W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oksford 2015, s. 90 i orzeczenia cytowane tamże w przypisie 53). Artykuł 46 EKPC zakłada obowiązek wykonania wyroku, jakkolwiek sposób jego wykonania pozostawiony jest swobodzie wyboru Państwa, o ile tylko sposób wykonania będzie w pełni skuteczny (zob. W. A. Schabas, op. cit., s. 861 i 867–869), przy czym podstawowym sposobem wykonania orzeczenia jest *restitutio in integrum*, (zob. L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. II, *Komentarz*, Warszawa 2011, s. 356. Zob. też O. Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2015, s. 29 i nast.

określonego prawa lub wolności, nie zaś sposób jego rozumienia w państwie zapewniającym najwyższą ochronę.

Konsensus interpretacyjny, w prezentowanym wyżej ujęciu, w połączeniu z zasadą subsydiarności wyznaczają wobec tego granice aktywizmu sędziowskiego ETPC.

## 5. Sędziowski aktywizm ETPC a niektóre deficyty strukturalne europejskiego systemu ochrony praw podstawowych

Jako roboczą hipotezę tej pracy przyjęto istnienie następujących deficytów strukturalnych europejskiego systemu ochrony praw podstawowych, na który składają się przede wszystkim trzy elementy wymienione według skali oddziaływania, tj. mechanizm EKPC, mechanizm UE i mechanizmy krajowe, wynikające w pierwszym rzędzie z działalności sądów konstytucyjnych:

- a) deficyt skuteczności
- b) deficyt legitymizacji politycznej
- c) deficyt legitymizacji powszechnej (ludowej)
- d) deficyt niezależności politycznej
- e) deficyt współpracy (dialogu)

Powyższe wyliczenie nie jest wyczerpujące, ale pretenduje do bycia wskazaniem deficytów najistotniejszych. Każdy z powyższych deficytów ma kilka wymiarów, które zostaną omówione poniżej w odniesieniu do systemu Konwencji.

### Ad a. Deficyt skuteczności

Deficyt skuteczności ETPC będzie tu rozumiany jako rozbieżność pomiędzy zakładanym modelem a jego rzeczywistą realizacją. Deficyt skuteczności, przynajmniej w powszechnej percepcji, dotyczy sądownictwa w ogóle, a to z tego powodu, że z samej swojej natury władza sądów oparta jest na legalizmie. Jednak z uwagi na to, że władza sądów krajowych wynika z zasady suwerennej równości państw i, już w ramach państwa, z zasady trójpodziału i równowagi władz<sup>32</sup>, a władza sądów międzynarodowych (tylko) z woli państw<sup>33</sup>, które na płaszczyźnie faktycznej mogą uznać skutki orzeczeń sądu międzynarodowego albo nie, ten deficyt w największym stopniu odnosi się do międzynarodowych elementów systemu, takich jak ETPC, i przejawia się w następujących wymiarach:

<sup>32</sup> Zgodnie z zasadą suwerennej równości państw, to państwo jest na swoim terytorium władzą najwyższą, pełną i wyłączną. Zasada trójpodziału i równowagi władz zakłada natomiast, że sądy stanowią władzę równą pozostałym elementom „władczego trójkąta”.

<sup>33</sup> N. Grossman, *The Normative Legitimacy of International Courts*, „Temple Law Review” 2013, Vol. 86, s. 65 i cytowane tam piśmiennictwo.

i) niewystarczające tempo osiągania założonego przez Państwa–Strony EKPC stopnia harmonizacji (czy wręcz unifikacji) percepcji praw podstawowych chronionych w systemie EKPC,

ii) zaniechanie realizacji, na poziomie krajowym, standardu wykładni, wynikającego z orzecznictwa europejskich Trybunałów w obszarze ochrony praw podstawowych,

iii) przewlekłość postępowań.

Aktywizm sędziowski ETPC sprzyja rozwijaniu deficytu skuteczności z tego powodu, że recepcja nowego standardu interpretacyjnego Konwencji, wynikającego z orzeczenia aktywistycznego, będzie wymagała czasu, nadto zaś, do chwili utrwalenia standardu w praktyce krajowej, może napotykać opór ze strony sądów krajowych. W opinii publicznej przejawia się to przekonaniem, że orzeczenia strasburskie są „odległe” i nie mają bezpośredniego wpływu na kształtowanie się standardu wykładni w sądach krajowych. Dla przykładu, Europejski Trybunał Praw Człowieka już w 2003 r. w sprawie *Karner przeciwko Austrii*<sup>34</sup> ustalił, że z uwagi na art. 8 EKPC homoseksualny partner najemcy lokalu mieszkalnego ma prawo wstąpienia w stosunek najmu po śmierci najemcy, jeżeli prawo to przyznaje się osobie żyjącej w związku różnopłciowym, jednak dopiero w 2012 r. polski Sąd Najwyższy recypował ten standard w polskim orzecznictwie, przelamując stanowisko przeciwne, dotąd dominujące w polskiej praktyce orzeczniczej<sup>35</sup>.

## Ad b. Deficyt legitymizacji politycznej

Deficyt legitymacji politycznej przejawia się w kontestowaniu rozstrzygnięć ETPC przez polityków oraz w pewnym lekceważeniu znaczenia tych rozstrzygnięć w procesie stanowienia prawa krajowego, za który odpowiadają władze polityczne państwa.

Można tu postawić tezę, że omawiany deficyt jest naturalnym składnikiem systemu Konwencji, a nawet stwierdzić, że sąd zajmujący się ochroną praw i wolności jednostek jest immanentnie narażony na kontestację ze strony władz politycznych, a brak takiej kontestacji jest znakiem osłabienia ochronnej funkcji sądu.

Aktywizm sędziowski ETPC sprzyja, jak się wydaje, nasileniu deficytu legitymizacji politycznej, czego rezultatem jest próba osłabienia aktywizmu poprzez przyjęcie Protokołu nr 15 do EKPC<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Wyrok ETPC z 24 lipca 2003 r. w sprawie *Karner przeciwko Austrii*, skarga nr 40016/98.

<sup>35</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 28 listopada 2012 r., sygn. III CZP 65/12.

<sup>36</sup> Protokół nr 15 zmieniający Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Strasburgu 24 czerwca 2013 r. Ustawą z 9 kwietnia 2015 r. o ratyfikacji Protokołu nr 15 zmieniającego Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonego w Strasburgu 24 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 8 czerwca 2015 r. poz. 763) Sejm upoważnił Prezydenta RP do ratyfikowania Protokołu. Dokument ratyfikacyjny Polska złożyła 10 września 2015 r. jako 21. państwo.

### Ad c. Deficyt legitymizacji powszechnej (ludowej)

Relatywna przewlekłość postępowań przed ETPC i rozczarowująca część opinii publicznej wstrzeźliwość, a niekiedy rozczarowujący inną część opinii publicznej aktywizm ETPC, powodują osłabienie legitymizacji powszechnej, rozumianej jako zaufanie pokładane w ETPC jako instytucji zapewniającej skuteczną ochronę praw i wolności podstawowych. Tymczasem opinia publiczna i jej reprezentanci w postaci organizacji pozarządowych i grup aktywistów powoływanych *ad hoc* okazały się historycznie bardzo istotne dla wzrostu znaczenia Trybunału, zwracając uwagę na doniosłość orzeczeń strasburskich i angażując się w litygację<sup>37</sup>.

Voeten podaje, że istnieje statystyczna korelacja pomiędzy zaufaniem opinii publicznej do instytucji krajowych (w tym sądów) i zaufaniem pokładanym w sądach, czy szerzej instytucjach międzynarodowych<sup>38</sup>. Skoro w państwach europejskich występuje współcześnie generalny spadek zaufania do instytucji władzy publicznej, objawiający się narastaniem ekstremizmu, to taki sam spadek zaufania dotyczy również ETPC.

Remedium na przewlekłość postępowań powinno jednak być widziane nie w mechanizmie surowszej selekcji skarg (mechanizm „absence of significant disadvantage” – art. 35 ust. 3 EKPC zmieniony przez Protokół Nr 14 do EKPC), lecz w powiększeniu liczby sędziów, aby móc rozpoznawać sprawy szybciej. Jeśli zaś chodzi o problem akceptacji stanowiska zajętego przez Trybunał, to wydaje się, że rozwiązaniem może być dokładniejsza analiza w celu ustalenia konsensusu interpretacyjnego Konwencji oraz dokładne przytaczanie jej wyników w uzasadnieniach wyroków. Wreszcie, niezbędne wydaje się także skuteczne komunikowanie treści wyroków, w tym ich tłumaczenie na języki Państw Stron oraz rozpowszechnianie wiedzy o zapadłych orzeczeniach.

Jak się wydaje, zarówno aktywizm sędziowski, jak i sędziowska wstrzeźliwość ETPC mogą prowadzić do deficytu legitymizacji powszechnej Trybunału. Opinia publiczna ulegnie podzieleniu zarówno wobec orzeczeń aktywistycznych, jak i wobec cechujących się wstrzeźliwością. A zatem z punktu widzenia deficytu legitymizacji powszechnej, aktywizm i wstrzeźliwość sędziowska mogłyby być neutralne. Tak jednak nie jest, bo w dłuższej perspektywie postawa wstrzeźliwościowa prowadzi do powstania w opinii publicznej wrażenia nieprzydatności Trybunału jako instytucji ochrony praw podstawowych.

---

<sup>37</sup> Zob. R. A. Cichowski, *Civil Society and the European Court of Human Rights*, [w:] J. Christoffersen, M. Rask Madsen (red.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford 2013, s. 77–97.

<sup>38</sup> E. Voeten, *Public Opinion and the Legitimacy of International Courts*, “Theoretical Inquiries in Law” 2013, Vol. 14, s. 411–436.

### Ad d. Deficyt niezależności politycznej

ETPC, a też i szerzej sądy, w tym sądy międzynarodowe, są instytucjami *par excellence* politycznymi<sup>39</sup>. Można wskazać kilkanaście co najmniej wymiarów ich politycznych uwarunkowań i powiązań<sup>40</sup>. Polityczne znaczenie orzeczenia, a nawet występowanie silnie obecnego elementu politycznego (*political question*) w układzie faktyczno-prawnym sprawy poddanej osądowi, nie powinno stanowić przeszkody dla orzekania<sup>41</sup>. Nie oznacza to jednak, że sąd chroniący prawa człowieka powinien ulegać wpływom natury politycznej. Przeciwnie, każdy sąd, ale zwłaszcza ten, którego przedmiotem jest ochrona praw podstawowych, powinien unikać poddawania się politycznym wpływom. W przypadku ETPC można obawiać się występowania politycznego wpływu na funkcjonowanie Trybunału, co wiąże się ze sposobem kształtowania jego składu<sup>42</sup>.

Patrząc długofalowo, sędziowska wstrzeźliwość jest przejawem wpływu konsyderacji politycznych na orzekanie, skoro wstrzeźliwością tą zainteresowane są Państwa Strony EKPC i ich władze polityczne, pożądamy marginesu swobody oceny. Aktywizm natomiast jest manifestacją odporności na wpływ polityczny, czy też na wrażliwość na polityczne konsekwencje orzeczeń.

### Ad e. Deficyt współpracy (dialogu)

Dialog sędziowski jest elementem spajającym system prawny. Sądy nie działają w prawnej i orzeczniczej próżni, lecz w permanentnym wzajemnym dialogu, który redukuje ryzyko błędnej interpretacji prawa i zwiększa szanse na uznanie orzeczenia za sprawiedliwe (tj. zgodne z prawem, a zwłaszcza zasadami, na których się ono opiera), a tym samym na legitymizację rozstrzygnięcia, jak i wreszcie przeciwdziałania fragmentacji systemu i – choćby subiektywnemu – poczuciu nierówności wobec prawa. Jeżeli można widzieć europejskie normy ochrony praw podstawowych jako jeden system<sup>43</sup>, to dialog sędziowski jest jego impregnatorem. Opisanie norm i mechanizmów chroniących prawa podstawowe

<sup>39</sup> W ten sposób N. L. Maveety, *The Pioneers of Judicial Behaviour*, Michigan 2003, s. 390.

<sup>40</sup> Zob. szerzej M. Górski, *Polityczna rola sądów międzynarodowych...*, s. 148–224.

<sup>41</sup> Jak zauważyła R. Higgins w odniesieniu do MTS, „Trybunał nie powinien powstrzymać się od wykonywania swojej jurysdykcji, zarówno w opiniach doradczych, jak i w sprawach spornych, wyłącznie z tego powodu, że sprawa ma charakter polityczny” (R. Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, „International and Comparative Law Quarterly” 1968, Vol. 17, nr 1, s. 83).

<sup>42</sup> Zob. E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, „International Organization” 2007, nr 61, s. 669–701. Autor dość otwarcie wskazuje na polityczne konsyderacje jako podłoże nominacji sędziów oraz na polityczne konsekwencje takich nominacji.

<sup>43</sup> A wydaje się, że można przyjąć, iż w przypadku norm chroniących prawa i wolności fundamentalne w Europie możliwe jest do zastosowania pojęcie systemu prawa w ujęciu Harta (zob. H. L. A. Hart, *The Concept of Law. Third Edition*, Oksford 2012). Lenaerts używa pojęcia „systemu” dla opisanego zbioru norm chroniących prawa podstawowe w Unii Europejskiej (zob. K. Lenaerts, *EU Values and Constitutional Pluralism: The EU System of Fundamental Rights Protection*, „Polish Yearbook of international Law” 2014, Vol. XXXIV, s. 135–160).

w Europie jako systemu<sup>44</sup> prowadzi nas do wniosku, że mamy do czynienia z fenomenem zarówno stabilnym, jak i z założenia doskonałym (całościowym). System powinien bowiem umieć i móc zareagować na każde wyzwanie, jakie przed nim stawia np. środowisko polityczne, zmiany społeczne czy postęp technologiczny. Dialog sędziowski jest więc tego systemu lepszycem, gdyż poprzez sięgnięcie do orzecznictwa innych sądów pozwala wypełniać pozorne luki, które mogą się w systemie niekiedy ujawniać.

Niestety, rzeczywistość dialogu sędziowskiego nie wydaje się realizować wystarczająco postulatu dialogu. Badania prowadzone w ramach międzynarodowego projektu badawczego, w którym uczestniczy Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego UŁ, dowodzą, że dialog sądów krajowych z ETPC w państwach Europy Wschodniej (Czechy, Litwa, Polska, Rosja, Ukraina i Węgry) ma najczęściej charakter pozorny<sup>45</sup>. Z badań wynika, że brakuje narzędzi (przede wszystkim technicznych *sensu largo*) skłaniających sędziów do dialogu z sądami międzynarodowymi, a zarazem hermetyczność językowa orzeczeń wydawanych przez sądy w tych państwach praktycznie uniemożliwia sięgnięcie do ich dorobku przez tTrybunały europejskie. To z kolei kreuje ryzyko fragmentacji systemu: wykładnia sądowa w państwach Europy Wschodniej wykazuje niekiedy kierunki dewiacyjne, jeśli widzieć je z perspektywy ogólnoeuropejskiej, zarazem zaś wykładnia przyjmowana przez trybunały europejskie podąża niekiedy w kierunkach biegunowo odmiennych od tych, które przyjmują sądy krajowe. Brak dialogu utrudnia percepcję i recepcję orzeczeń Trybunałów europejskich, zaś orzecznictwo krajowe pozostaje bez zauważalnego wpływu na kształtowanie się standardu europejskiego.

Można zatem postawić tezę, że im silniejszy jest aktywizm rozwijający wykładnię Konwencji, tym trudniej jest sądom krajowym recypować zmieniający się standard wykładni. Dlatego aktywizm sędziowski ETPC może utrudniać dialog pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi.

## **6. Podsumowanie. Konsekwencje sędziowskiego aktywizmu ETPC w kontekście deficytów strukturalnych systemu Konwencji**

Prostą reakcją na zjawisko aktywizmu sędziowskiego ETPC – a raczej, jak wykazano, na pewną percepcję zakładającą, nie do końca słusznie, istnienie aktywizmu, bardziej niż na aktywizm rzeczywiście występujący – jest reakcja polityczna w postaci próby wbudowania w system Konwencji mechanizmów „powściąagających”, czyli mających wywołać sędziowską wstrzemięźliwość. Im silniejsze jest wrażenie orzeczniczko-aktywistycznego bodźca, tym mocniejsza

<sup>44</sup> W rozumieniu przedstawionym w H.L.A. Hart, *The Concept of Law. Third Edition*, Oxford 2012.

<sup>45</sup> Zob. m.in. M. Górski, *Dialogue between national courts...*, s. 1–61.

jest reakcja. Jej przykładem może być niedawno uchwalona ustawa rosyjska<sup>46</sup>. A zatem aktywizm ETPC może spowodować reakcję w postaci osłabienia legitymizacji politycznej Trybunału i, w konsekwencji, prowadzić do osłabienia efektywności systemu Konwencji, przynajmniej w tym jej wymiarze, który polega na stanowieniu prawa zgodnego ze standardem wykładni Konwencji. Będziemy mieli zatem do czynienia z pogłębieniem deficytu legitymizacji politycznej oraz systemowej skuteczności, a także z problemami na płaszczyźnie recepcji standardu wykładni, czyli nasilenie deficytu dialogu.

Jednak z drugiej strony, postawa wstrzemięźliwościowa może spowodować pogłębienie się deficytu legitymizacji powszechnej oraz wrażenie pogłębienia deficytu niezależności politycznej. W skrajnym przypadku może też dojść do pogłębienia deficytu dialogu, jeśli sądy krajowe uznają utratę doniosłości orzeczeń strasburskich, zwłaszcza w tych państwach, które najszerzej chronią prawa podstawowe. Warto przywołać w tym miejscu niesłychanie ostrożne, by użyć najdelikatniejszego określenia, stanowisko ETPC w sprawie *Janowiec i in. przeciwko Rosji*<sup>47</sup> i wątpliwości towarzyszące braku stwierdzenia tzw. „genuine connection”<sup>48</sup>, a także niezastosowaniu domniemania faktycznego<sup>49</sup>. Trudno

<sup>46</sup> Artykuł 104 § 4 rosyjskiej konstytucyjnej ustawy federalnej o Sądzie Konstytucyjnym Federacji Rosyjskiej, w brzmieniu ustalonym ustawą z 14 grudnia 2015 r. stanowi, że „b случае, если Конституционный Суд Российской Федерации принимает постановление, предусмотренное пунктом 2 части первой настоящей статьи, какие-либо действия (акты), направленные на исполнение соответствующего решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, в Российской Федерации не могут осуществляться (приниматься)”. Zob. też decyzję Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej nr 12-П/2016 z 19 kwietnia 2016 r. („по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации”), dotyczącą przepisów ograniczających prawa wyborcze osób skazanych, w której rosyjski Sąd Konstytucyjny podkreślił, że, chociaż „Rosja była i jest integralną częścią europejskiej przestrzeni prawnej, z czego wynika dialog oparty na równości i gotowości do kompromisu. Rosyjski Sąd Konstytucyjny zawsze odgrywał wiodącą rolę w integrowaniu rozstrzygnięć ETPC w rosyjskim systemie prawnym”, a „środki mające na celu zapewnienie rzetelności, proporcjonalności i powściągliwego stosowania ograniczeń praw wyborczych osób skazanych, zgodne z wyrokiem ETPC, są możliwe i osiągalne w rosyjskich przepisach i praktyce sądowej”, to jednak równocześnie „ustawodawca federalny ma prawo do zoptymalizowania systemu sankcji kryminalnych”.

<sup>47</sup> Wyrok ETPC z 16 kwietnia 2012 r. w sprawie *Janowiec i in. przeciwko Rosji*, skargi nr 55508/07 i 29520/09. Zobacz zwłaszcza opinię odrębną sędziów Spielmanna, Villigera i Nussbergera, a także krytyczną analizę J. Czepka, *Wyrok ETPC w sprawie Rodzin Katyńskich – wątpliwości na tle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału*, [w:] N. Sitek, T. Jasudowicz, M. Seroła (red.), *Fides et bellum: księga poświęcona pamięci księdza biskupa, profesora, generała śp. Tadeusza Płoskiego*, Olsztyn 2012, s. 105–116 oraz M. Górski, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dn. 16 kwietnia 2012 r. w sprawie Janowiec i inni przeciwko Rosji, skargi nr 55508/07 i 29520/09*, Lex/el. 2012.

<sup>48</sup> Zob. wyrok ETPC z 9 kwietnia 2007 r. w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii*, skarga nr 71463/01.

<sup>49</sup> Ta metoda została zastosowana przez ETPC w wielu orzeczeniach, np. w wyrokach *Shuvalov przeciwko Rosji*, wyrok z 18 października 2011 r., skarga nr 38047/04, *Filatov przeciwko Rosji*, wyrok z 8 listopada 2011 r., skarga nr 22485/05, *Akhmadov przeciwko Rosji*, wyrok z 14 listopada 2008 r., skarga nr 21586/02, *Dzhambekova et al. przeciwko Rosji*, wyrok

uznać, aby orzeczenia tego rodzaju budowały autorytet Trybunału i sprzyjały wierze w immunizację ETPC na uwarunkowania polityczne. Zauważmy też, że powściągliwość odzwierciedlona w rozstrzygnięciu wydanym w sprawie *Janowiec* nie zapobiegła erozji skuteczności orzecznictwa strasburskiego w Federacji Rosyjskiej, o czym wspomniano powyżej.

Powstaje wobec tego pytanie, które z ryzyk związanych z pogłębianiem deficytów jest – w dłuższej perspektywie – istotniejsze i dotkliwsze dla spójności systemu Konwencji? Paradoksalnie, może się okazać, że jest to jednak ryzyko postawy wstrzemięźliwościowej. Warto odwołać się w tym miejscu ponownie do najświeższych polskich doświadczeń, dotyczących polskiego kryzysu konstytucyjnego, zastrzegając jednocześnie ograniczoną tylko porównywalność sytuacji TK i ETPC. Polski kryzys konstytucyjny jest oprószony przyciągającym wzrok brokatem politycznego zamieszania. W ten sposób kryzys ten widziany jest również w dominującej perspektywie doktrynalnej<sup>50</sup>. Ale czy nie jest jednak tak, że korzenie tego kryzysu są dużo głębsze i wyrastają z gleby, na którą złożyło się szereg orzeczeń TK<sup>51</sup>, które cechowały się przyznaniem ustawodawcy relatywnie szerokiego „margin of appreciation”, innymi słowy, cechowały się przewagą wstrzemięźliwości sędziowskiej nad aktywizmem? Jeśli niektórzy politycy otwarcie stawiają Trybunałowi Konstytucyjnemu zarzut braku bezstronności politycznej (skądinąd nietrafny o tyle, że przecież Trybunał Konstytucyjny jest instytucją polityczną w tym znaczeniu, że jego orzeczenia mają skutki polityczne i stanowią reakcję na uwarunkowania polityczne, z tych ostatnich bowiem wynika wszak prawo jako przedmiot kontroli sprawowanej przez TK), to przecież zarzut taki, niezależnie od oceny jego trafności, jest uczynionym na użytek polityki

z 12 marca 2009 r., skargi nr 27238/03 i 35078/04, *Dzhabrailova przeciwko Rosji*, wyrok z 9 kwietnia 2009 r., skarga nr 1586/05, *Tekin przeciwko Turcji*, 9<sup>th</sup> June 1998, skarga nr 22496/93.

<sup>50</sup> Zob. np., jako reprezentatywne, stanowisko przedstawione w: L. Garlicki, *Sądy a konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy”, sierpień 2016 r., s. 7–25, zwłaszcza s. 7–12, na których autor omawia stadia zakłócenia działalności Trybunału Konstytucyjnego.

<sup>51</sup> Zob. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14 (sprawa *otwartych funduszy emerytalnych*), z 6 października 2015 r., sygn. SK 54/13 (sprawa *art. 196 k.k. penalizującego obrazę uczuć religijnych*), z 19 grudnia 2012 r., sygn. K 9/12 (sprawa *kwotowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych*), z 10 grudnia 2014 r., z 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09 (sprawa *odpowiedzialności karnej za publiczne znieważenie prezydenta – art. 135 § 2 k.k.*), z 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14 (sprawa *skutków braku notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych*), z 21 października 2015 r., sygn. P 32/12 (sprawa *stosowania kar kryminalnej i administracyjnej za naruszenie ustawy o grach hazardowych*); z 22 października 2015 r., sygn. SK 28/14 (sprawa *dwuinstancyjności postępowania w sprawie ze skargi na przewlekłość postępowania*), z 21 września 2015 r., sygn. K 28/13 (sprawa *penalizacji demonstracyjnego okazywania w miejscu publicznym lekceważenia Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom*), z 12 marca 2014 r., sygn. P 27/13 (sprawa *odpowiedzialności za wykroczenie polegające na niewskazaniu na żądanie uprawnionego organu, komu właściciel-posiadacz pojazdu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie*). W każdym z tych orzeczeń TK zajął stanowisko uznające zgodność albo brak niezgodności badanych przepisów z wzorcami kontroli. Każde z tych orzeczeń spotykało się z krytyką części opinii publicznej, a także niektórych przedstawicieli doktryny.



sparafrazowaniem tezy o zbyt szerokim „margin of appreciation”, przyznanym władzy ustawodawczej czy wykonawczej. Można się obawiać, że za pewien czas taka sama teza zostanie postawiona w odniesieniu do ETPC, skoro już obecnie podnosi się szereg argumentów przeciwko doktrynie marginesu oceny<sup>52</sup>.

Dlatego też z niepokojem należy przyjąć aktualnie dokonujące się próby zahamowania (przecenianego zresztą, jak wykazano powyżej) aktywizmu ETPC poprzez przyjęcie Protokołu nr 15 do Konwencji, mającego za cel silniejsze zagwarantowanie państwom marginesu oceny<sup>53</sup>. Może się okazać, że powściągnięcie aktywizmu doprowadzi do osłabienia roli Trybunału i przez to do naruszenia skuteczności Konwencji.

## JUDICIAL ACTIVISM OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE STRUCTURAL DEFICITS OF THE ECHR SYSTEM

**Key words:** European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Judicial activism, Protocol No 15 amending the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

### Summary

This contribution aims to persuade that judicial activism – occurring in the ECtHR less often than commonly perceived – is an inherent feature of the Court in accordance with the original intention of the Parties to the Convention. In this contribution the notion of judicial activism is understood as referring to the instances of changing the existing interpretative standard of the convention within the limits of interpretative consensus. This contribution enumerates some of the structural deficits of the ECHR system and analyses the impact of the judicial activism thereon. The conclusion highlights the risk of – quite frequently advocated recently – restraining the judicial activism of the ECtHR, referring also to Protocol No 15 amending the ECHR.

---

<sup>52</sup> Zob. argumenty zebrane w: M. Kopa, *The Algorithm of the Margin of Appreciation Doctrine in Light of the Protocol No. 15 Amending the European Convention on Human Rights*, ICLR 2014, Vol. 14, nr 1, s. 38–39.

<sup>53</sup> Zob. House of Commons' Library note No. SN/IA/7053 z 4 grudnia 2014 r., s. 3.