

AGNIESZKA WEDEŁ-DOMARADZKA  
Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

## Opinie odrębne i ich znaczenie dla praktyki orzeczniczej ETPC – uwagi na tle doświadczeń w sprawach dotyczących początku życia ludzkiego

**Słowa kluczowe:** Europejski Trybunał Praw Człowieka, opinie odrębne, reforma Trybunału, bioetyka, różnica poglądów

### Geneza i znaczenie instytucji opinii odrębnych

Mechanizm opinii odrębnych ma swoje źródło w praktyce anglosaskiej, a głównie w praktyce orzeczniczej brytyjskiej Izby Lordów. Tym samym dla większości państw europejskich jest to mechanizm implementowany z praktyki odrębnego systemu prawa. W prawie międzynarodowym mechanizm opinii odrębnej pojawił się na początku dwudziestego wieku na etapie prac nad statutem Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM). Tworzący podstawy praktycznego funkcjonowania STSM zastanawiali się jednak, czy wprowadzenie tego mechanizmu nie będzie w przyszłości stanowiło zagrożenia dla zasady zachowania tajemnicy sędziowskiej. Dlatego też w pierwotnej wersji, o ile dopuszczono formułowanie opinii odrębnej, o tyle uznano, że powody jej sformułowania nie będą ujawniane publicznie. Na skutek międzynarodowej dyskusji, inspirowanej głównie wystąpieniami delegata brytyjskiego, dokonano finalnie zmiany w brzmieniu artykułu pozostawiając prawo do wyrażenia częściowo lub całkowicie odrębnej opinii i jednocześnie nie wprowadzono ograniczania co do możliwości jej publikacji<sup>1</sup>.

Problematyka opinii odrębnych to również problematyka definicji tegoż mechanizmu. Ogólnie można uznać, że opinia odrębna (*separate opinion, opinion, séparée*) jest oficjalnym, urzędowym stanowiskiem danego sędziego zaprezentowanym na piśmie, w sposób właściwy i przemyślany<sup>2</sup>. Współcześnie

---

<sup>1</sup> Permanent Court of International Justice, documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under article 14 of the covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of Permanent Court, s. 138, dostępne: Audiovisual Library of International Law, <http://legal.un.org/avl/ha/sicj/sicj.html> [dostęp: 20.9.2016 r.].

<sup>2</sup> F. Riviere, *Les opinions séparées des juges à la Cour a la Cour Européenne des Droits de L'Homme*, Bruksela, 2004, s. 5.

opinie odrębne są immanentnym elementem orzeczeń sądowych, w szczególności sądów wyższych instancji i sądów międzynarodowych. Jak wskazał P. Spender, w samej naturze rzeczy leży różne podejście do problemów, a problemy prawne nie są od tej różnorodności żadnym wyjątkiem<sup>3</sup>. Tym samym problem będzie tak rozwiązany, jak rozwiązanie to widzi i jak stosuje prawo osoba rozwiązująca problem. W działalności sądów międzynarodowych występuje element kreacji prawa, a podstawy prawne orzekania charakteryzuje dynamiczna interpretacja (*living instrument*) mogąca być przyczyną kontrowersji. Kontrowersje te mogą być szczególnie widoczne w sytuacji, gdy sprawa będąca przedmiotem orzecznictwa sądu międzynarodowego jest nowa, nie ma ustalonej praktyki, charakteryzuje się odrębnym podejściem państw w zakresie wypracowywanego standardu czy zróżnicowanym prawodawstwem wewnętrznym.

Do tego właśnie typu spraw należą sprawy bioetyczne związane z początkiem życia ludzkiego. Wyzwaniem dla rozstrzygających tego typu sprawy sędziów jest również fakt, iż charakteryzują się one koniecznością przeprowadzenia zarówno refleksji prawnej, jak i etycznej<sup>4</sup>, jak też tym, że brakuje norm prawnych, na których można byłoby oprzeć własne rozstrzygnięcie<sup>5</sup>. W takiej sytuacji, jak sugeruje M. Safjan, istnieją trzy możliwości zachowania się sędziego<sup>6</sup>. Po pierwsze, przyjąć postawę sędziego dogmatyka. Sędzia taki orzeka w duchu pozytywizmu, czyli postrzega rzeczywistość w kontekście obowiązującego prawa pozytywnego. Drugą postawę reprezentuje sędzia funkcjonalista. Jest on otwarty na analogię, a jego poszukiwania odpowiedzi na pytania stawiane podczas orzekania polegają na odwoływaniu się do celów i funkcji poszczególnych instytucji prawnych. Trzecia postawa to postawa „sędziego moralisty” (aksjologiczna). Sędzia ten z uwagi na brak jasnych odniesień normatywnych dążyć będzie do szukania odpowiedzi w regułach pozasystemowych, próbując je podciągnąć bądź podłączyć pod ogólne reguły systemu zawarte w zasadach podstawowych czy klauzulach generalnych. Sędzia ten będzie więc najbardziej kreatywny, ale jednocześnie najbardziej narażony na subiektywizm.

W pewnym sensie instytucja opinii odrębnych pozwałaby więc sędziemu na podkreślenie trudności, jakie ma w sformułowaniu orzeczenia. W przypadku *bioethical cases* sędzia nie zawsze będzie w stanie oprzeć rozstrzygnięcie o jednoznaczną normę prawną<sup>7</sup>. Jego podejście musi być szersze i obejmować wiele aspektów. Orzekając w sprawach o charakterze bioetycznym sędzia wpisuje się w publiczną debatę na ich temat. Wydawane orzeczenia, a więc i opinie

<sup>3</sup> P. Spender, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, judgment of 15 June 1962, dissenting opinion of Sir Percy Spender, s. 99, podano za <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4885pdf> [dostęp: 20.9.2016 r.].

<sup>4</sup> A. Brezcko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 75–76.

<sup>5</sup> O. Nawrot, *Wykładnia antropologiczna bioprawa – zarys koncepcji*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosak, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 47.

<sup>6</sup> M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 204–205.

<sup>7</sup> Pod pojęciami odrębne rozumieć należy łącznie: opinie częściowo zgodne, częściowo sprzeczne i sprzeczne.

odrębne, oceniane są nie tylko w kategoriach prawnych, ale również w kategoriach etycznych<sup>8</sup>. Z punktu widzenia spraw bioetycznych właśnie trzeci typ sędziego wydaje się być najbardziej pożądany. Trzeba jednak pamiętać, że jego sytuacja jest bardzo złożona – orzekając może się okazać, że będzie musiał określić ramy prawne dla zdarzenia, które nastąpiło w efekcie naruszenia obowiązujących zasad prawnych<sup>9</sup>. Tym samym możliwość sformułowania opinii odrębnej stanowić będzie dla sędziego „aksjologicznego” bardzo pożądany element głębszych rozważań. Sędzia ten ma możliwość wyrażenia wątpliwości, sformułowania swoich postulatów czy też sugestii legislacyjnych.

Odnosząc się do opinii odrębnych należy zwrócić uwagę na głosy krytyczne w stosunku do tej instytucji<sup>10</sup>. Pierwszym zarzutem, jaki można postawić tym opiniom, jest kwestia braku zgody między sędziami i tym samym zwiększenie prawdopodobieństwa sytuacji, w której dochodziłoby do zaostrzenia sporu. Takie postępowanie nie sprzyja realizacji podstawowego zadania sędziego, jakim jest złagodzenie czy też rozwiązanie sytuacji spornej. Po drugie, zwrócić należy uwagę, że brak jednomyślności sędziów nie służy sądowi, w którym dany sędzia orzeka i prowadzi do powstania sytuacji, w której brakuje solidarności orzekających. Trzecim zarzutem wobec opinii odrębnych jest ewentualna podatność na wpływy wynikająca z faktu, że sędzia jest delegowany do zajmowania stanowiska w sądzie międzynarodowym przez własne państwo. Tym samym nie jest łatwo być obiektywnym sędzią i mieć świadomość późniejszej konieczności powrotu do życia zawodowego. Jako czwarty zarzut wskazać można fakt, że opinie odrębne mogą stać się nawykiem sędziego. Przyczyny tego zjawiska mogą być zróżnicowane: chęć zaistnienia w środowisku, pochodzenie z państwa, którego standardy są najmniej spójne z standardami pozostałych państw–stron statutu sądu międzynarodowego czy też po prostu cechy osobowościowe. Ten ostatni zarzut jest szczególnie poważny, gdyż jego konsekwencją jest to, że może powstać przeświadczenie, że prawo jest złe, o ile nie jest zgodne z opinią danego sędziego.

Należy również wskazać na elementy pozytywne, występujące w praktyce funkcjonowania opinii odrębnych. Zalicza się do nich między innymi to, że opinie odrębne często są ferowane przez sędziów krajowych w sprawach, w których rozstrzygana jest kwestia uchybienia zobowiązaniom państwa, z którego pochodzą. W konsekwencji pozwala to traktować je jako element, dzięki któremu państwa reprezentowane w sądzie nie zatraciłyby swojej odrębności przez dominację większości. Jest to realizacja jednej z podstawowych zasad orzeczniczych ETPC, jaką jest margines oceny. O pozytywnym wpływie opinii odrębnych na sądownictwo międzynarodowe świadczy też fakt, że pozwalają one danemu sędziemu w pełniejszy sposób wyrazić swoje zdanie, a jego prezentacja oraz konieczność uzasadnienia cechuje większa odpowiedzialność i rozważa

<sup>8</sup> M. Safjan, op. cit., s. 200.

<sup>9</sup> M. Safjan, op. cit., s. 206.

<sup>10</sup> I. Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Dordrecht 1984, s. 2–4.

w zakresie przyjętej argumentacji. Wreszcie, za element niezwykle istotny – z punktu widzenia znajomości orzecznictwa sądu międzynarodowego – należy uznać fakt, że opinie odrębne pozwalają na lepsze zrozumienie argumentacji, jaką przywołał w swoim wyroku sąd międzynarodowy oraz w pełniejszy sposób wyjaśniają kwestie szczegółowe. Ten ostatni aspekt wbrew pozorom podnosi prestiż sądu międzynarodowego, gdyż adresat – nawet niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia – ma świadomość, że sprawa została przeanalizowana gruntownie i wieloaspektowo. Z uwagi na fakt, że opinie odrębne zazwyczaj prezentują odrębny sposób analizy tej samej sprawy, nie można pominąć ich aspektu inspirującego czy też pozwalającego na głębsze przemyślenia co do ewentualnych rozstrzygnięć podobnej sprawy w przyszłości<sup>11</sup>. Ma to szczególne znaczenie w przypadku spraw, w których standard konwencyjny jeszcze się nie ukształtował a do tych właśnie należą sprawy związane z początkiem ludzkiego życia. Zdania odrębne pełnią wówczas funkcję pozwalającą na wyrażenie kierunku, jaki należy nadać tym przyszłym standardom. W odniesieniu do spraw o charakterze bioetycznym ten wpływ na kształtowanie się linii orzeczniczej jest jednym z tych aspektów, które wymagać będą analizy w kontekście omawianych w dalszej części spraw. W kontekście opinii odrębnych podnosi się również argument wskazujący, że prezentowane przez sędziów osobiste głosy stanowią mogą antidotum na coraz bardziej schematyczny styl rozumowania prezentowany w wyrokach Trybunału<sup>12</sup>. Ten ostatni wątek jest szczególnie ważny w odniesieniu do opinii odrębnych polskiego sędziego Wojtyczka. Nie miał on wprawdzie okazji zaprezentować swojego stanowiska w sprawach stanowiących przedmiot powyższych rozważań, jednak w jednej ze swoich opinii odrębnych zaakcentował, że Trybunał wydał orzeczenie bazując na niezbyt adekwatnych do rozpatrywanej sprawy cytatach z wcześniejszego orzecznictwa<sup>13</sup>.

## Opinie odrębne w systemie EKPC

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności przewiduje możliwość zgłoszenia opinii odrębnej przez sędziów biorących udział w procedurze orzeczniczej. Prawo do przedstawienia opinii przysługuje każdemu sędziemu, o ile wyrok nie zawiera ich jednomyślnego stanowiska<sup>14</sup>. Pewne doprecyzowanie tego prawa znajdujemy w zasadach pracy Trybunału<sup>15</sup>. W katalogu elementów,

---

<sup>11</sup> J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester 1995, s. 39.

<sup>12</sup> R. C. A. White, I. Boussiakou, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, "Human Rights Law Review" 2009, Vol. 9, s. 60.

<sup>13</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Ziemiński przeciwko Polsce* z 5.7.2016 r., nr 1799/07, pkt 9 i 27 opinii odrębnej sędziów Wojtyczka i Kūris.

<sup>14</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, otwarta do podpisu 4 listopada 1950 r., tekst polski: Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284, ze zm., art. 45.

<sup>15</sup> Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, tłum. M. Nowakowska, Lex, Dz.U.1993.61.284/1, ze zm., art. 74.

które powinny składać się na prawidłowo wydane orzeczenie znajduje się również uprawnienie do zmanifestowania opinii odrębnej wraz z uzasadnieniem lub też jedynie wyrażenie swojego braku akceptacji dla wyroku nie zawierającego uzasadnienia. Należy zwrócić uwagę, że pojęciowo zachodzą jednak różnice między opiniami pojawiającymi się w orzeczeniach Trybunału a praktyką sądów krajowych czy innych sądów międzynarodowych. Ta niejednorodność ma swoje źródło w zróżnicowanej siatce pojęciowej, jaką posługują się państwa–strony EKPC oraz wynika z faktu, że jak wspomniano sama instytucja ma swoje źródła w systemie *common law*, co utrudnia jej swobodne przeniesienie na grunt prawa kontynentalnego.

W konsekwencji w praktyce orzeczniczej Trybunału można wyróżnić kilka typów opinii odrębnych. W przypadku, gdy sędzia formułując opinię odrębną potwierdza stanowisko większości, aczkolwiek kieruje się przy tym innymi motywami, mówimy o opinii przyłączającej się czy też zbieżnej (*concurring opinion, opinion concordante*). Natomiast, gdy sędzia odrzuca zarówno samą decyzję, jak i motywy jej podjęcia – mamy do czynienia z opinią odrębną (*dissenting opinion, opinion dissidente*). Takie podejście stwarza problem pojęciowy, gdyż w języku polskim jako opinię (zdanie) odrębną tłumaczy się ogólny mechanizm załączenia opinii, w których wyjaśnia się swoje stanowisko. W tym kontekście wydaje się, że z bardziej poprawnym pojęciowo uregulowaniem instytucji opinii odrębnych mieliśmy do czynienia w początkowej wersji regulaminu Trybunału. W wersji francuskiej posługiwano się pojęciem „opinii indywidualnych”<sup>16</sup>. Pomimo uzasadnionej poprawności wydaje się jednak, że występowanie długotrwałej praktyki posługiwania się terminem „zdanie odrębne” nie doprowadzi do zmiany stanowiska w tym zakresie.

W pewnym sensie kreatywność sędziów w odniesieniu do opinii odrębnych wpłynęła też na kreatywne podejście do samych typów opinii. Wynika to z faktu, iż w praktyce – poza wskazanymi dwoma typami – mogą się również pojawić opinie częściowo zbieżne lub częściowo odrębne (*partly concurring opinion; partly dissenting opinion*). Ten typ opinii nie jest wprawdzie przewidziany bezpośrednio ani przez Konwencję, ani przez regulamin pracy ETPC, można ją jednak zauważyć w praktyce w wielu orzeczeniach.

Orzecznictwo Trybunału nie zawiera natomiast rozbudowanej praktyki w zakresie przedstawiania przez sędziów sprzeciwu wobec wyroku, który to sprzeciw nie zawierałby uzasadnienia<sup>17</sup>. Choć formalnie rozwiązanie takie jest

<sup>16</sup> Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, article 51, dostępne [http://www.echr.coe.int/Documents/Archives\\_1959\\_Rules\\_Court\\_BIL.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1959_Rules_Court_BIL.pdf) [dostęp: 20.9.2016 r.]; F. Riviere, op.cit., s. 51–52. Przyjęte wówczas rozwiązanie było również zgodne z pojęciem przyjętym w Regulaminie postępowania przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości, Rules of court (1978) adopted on 14 April 1978 and entered into force on 1 July 1978. Zob. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> [dostęp: 20.9.2016 r.], także: G. Hernandez *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford 2014, s. 110–111.

<sup>17</sup> Sytuacja taka miała miejsce jedynie w 14 sprawach: wyrok ETPC w sprawie *Battista przeciwko Włochom* z 2.12.2014 r., nr 43978/09; wyrok ETPC w sprawie *Ramadan przeciwko Malcie* z 21.6.2016 r., nr 76136/12; wyrok ETPC w sprawie *Maslov przeciwko Austrii* z 22.3.2007 r.,

dopuszczalne, wydaje się, że sędziowie nie chcą z tego prawa korzystać z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, brak zamieszczenia opinii odrębnej nie stanowi jakiegokolwiek wskazówki dla prac Trybunału, bo skoro nie ma rozważań, nie ma też wskazania ewentualnych alternatyw czy też postulatów. Po drugie, wydaje się, że sędziowie postrzegają sprzeciw jako obniżenie autorytetu sędziowskiego. Skoro uczestniczyli w posiedzeniach, zapoznali się z dokumentacją i stanowiskami stron, jako praktykujący prawnicy muszą mieć jakieś zdanie na temat sprawy, zwłaszcza że zdania odrębne stanowią integralną część wyroku a wszelkie dopuszczalne stanowiska sędziów są wraz z tymi wyrokami publikowane.

Dopuszczalność sformułowania opinii odrębnych odnosi się do wszystkich wyroków (zarówno na poziomie Izby, jak i Wielkiej Izby) oraz do opinii doradczych. Nie mogą jej natomiast zawierać postanowienia. W praktyce jednak główną płaszczyzną przedstawiania opinii jest Wielka Izba. Z pewnością wynika to z faktu, że ma ona za zadanie rozstrzygać sprawy bardziej skomplikowane, istotne z punktu widzenia „bytu” Konwencji, jak również te, co do których istniały podstawy do przekazania sprawy do rozstrzygnięcia Wielkiej Izbie, a tym samym zawierały aspekty niejednoznaczności. Jeśli chodzi o opinie doradcze, to z uwagi na ich marginalne wykorzystanie trudno wskazać obecnie, czy ich wpływ na interpretację i stosowanie Konwencji mógłby być znaczący. Z pewnością w tym zakresie pewną dynamikę wprowadzi wejście w życie Protokołu 16 do Konwencji, który rozszerzy krąg podmiotów uprawnionych do kierowania opinii o państwa–strony. W analizie opinii odrębnych prezentowanych przez sędziów ETPC nie bez znaczenia jest kwestia czy i na ile uwagi dotyczące opinii odrębnych o charakterze ogólnym mogą mieć przełożenie na realizowanie tego mechanizmu w ramach Konwencji.

## Analiza wybranego orzecznictwa ETPC

Wbrew pozorom kwestie dotyczące kwestii bioetycznych nie należą do spraw dzielących sędziów ETPC. Rzadko zdarza się, by w tego typu sprawach zapadały wyroki graniczne. Nie oznacza to jednak, że nie pojawiają się w nich

---

nr 1638/03; wyrok ETPC w sprawie *Firat Can przeciwko Turcji* z 24.05.2011 r., nr 6644/08; wyrok ETPC w sprawie *Yüksel Erdoğan i inni przeciwko Turcji* z 15.2.2007 r., nr 57049/00; wyrok ETPC w sprawie *J.K. i inni przeciwko Szwecji* z 4.6.2015 r., nr 59166/12; wyrok ETPC w sprawie *Gerda de Petri Testafferrata Bonici Ghaxaq przeciwko Malcie* z 3.9.2013 r., nr 26771/07; wyrok ETPC w sprawie *Siemianowski przeciwko Polsce* z 6.9.2005 r., nr 45972/99; wyrok ETPC w sprawie *Camilar przeciwko Turcji* z 10.11.2015 r., nr 28226/04; wyrok ETPC w sprawie *Mesut Yurtsever i inni przeciwko Turcji* z 20.1.2015 r., nr 14946/08, 21030/08, 24309/08, 24505/08, 26964/08, 26966/08, 27088/08, 27090/08, 27092/08, 38752/08, 38778/08, 38807/08; wyrok ETPC w sprawie *Gözüm przeciwko Turcji* z 20.1.2015 r., nr 4789/10; wyrok ETPC w sprawie *Gutiérrez Suárez przeciwko Hiszpanii* z 1.6.2010 r., nr 16023/07; wyrok ETPC w sprawie *Gregório de Andrade przeciwko Portugalii* z 14.11.2006 r., nr 16023/07; wyrok ETPC w sprawie *Tendam przeciwko Hiszpanii* z 28.6.2011 r., nr 25720/05. Sędziowie zazwyczaj wskazują jedynie na fakt, że nie mogą zgodzić się z interpretacją pozostałych członków Trybunału.

opinie odrębne i to zarówno o charakterze zbieżnym, jak i sprzecznym z kierunkiem rozważań większości sędziów. Grupą spraw, która może podlegać analizie z uwagi na rozbudowaną praktykę orzeczniczą liczne opinie odrębne dotyczą kwestii związanych z początkiem życia ludzkiego.

Pierwszą ze spraw, na którą należy zwrócić uwagę i która obfitowała w opinie odrębne, dotyczące początku ludzkiego życia, była sprawa *Vo przeciwko Francji*<sup>18</sup>. W tej dość znanej sprawie skarżąca, której lekarz przez pomyłkę wykonał niewłaściwy zabieg medyczny, na skutek czego jej ciąża nie mogła być już kontynuowana, domagała się stwierdzenia naruszenia art. 2 czyli prawa do życia.

W orzeczeniu nie stwierdzono naruszenia prawa do życia, z uwagi na fakt istnienia w systemie proceduralnych gwarancji pozwalających na pociągnięcie lekarza do odpowiedzialności. Jednak gwarancje te oparte były o procedurę administracyjną i cywilną, a nie – jak chciała tego powódka – o procedurę karną. Sam Trybunał konsekwentnie starał się uniknąć odpowiedzi na pytania o status prawny nienarodzonego dziecka. Co więcej, dodał, że dotychczasowe orzecznictwo nie daje podstaw prawnych do uznania, że nienarodzone dziecko jest chronione bezpośrednio przez art. 2 jeśli już przysługuje mu ochrona pośrednia w kontekście praw i wolności matki<sup>19</sup>. Teza ta została uznana za kontrowersyjną, a samo orzeczenie część sędziów uznała za zachowawcze. Stało się to przyczyną sformułowania w tej sprawie aż 10 opinii odrębnych, z których w 7 sędziowie głosowali podobnie jak większość, jednak uznali za stosowne przedstawić swoje opinie odrębne w uzasadnieniu decyzji o braku naruszenia, natomiast 3 sędziów przedstawiło opinie uznające, że doszło do naruszenia prawa do życia. Sędziowie, którzy wprawdzie nie stwierdzili naruszenia art. 2, sformułowali jednak szereg krytycznych uwag wobec zapadłego orzeczenia. Stwierdzili, że wprawdzie nie ma równości między prawem do życia dziecka nienarodzonego a prawem do życia dziecka po urodzeniu, to jednak nie oznacza to, że dziecko nienarodzone nie korzysta z żadnej formy zabezpieczenia<sup>20</sup>. Zdaniem sędziów Rozakisa, Mr Cafilischa, Fischbacha, Lorenzena oraz sędzi Thomassen zarówno prawodawstwo państw europejskich, jak i umowy zawarte między państwami wskazują, że życie nienarodzone należy uznawać za godne ochrony. Sędzia Costa łącznie z sędzią Traja wskazali, iż Trybunał nie ocenia spraw z punktu widzenia filozoficznego lecz prawnego. Natomiast sędzia wyrażając swoją opinię na gruncie art. 45 nie musi już tak restrykcyjnie z tego ograniczenia korzystać. W jego opinii sprawa *Vo* dotyczy osobistych przekonań każdej jednostki, a tym samym czuje się on uprawniony do jej oceny również z tego punktu widzenia. Podkreślił, że obecny brak porozumienia co do tego czym jest osoba i komu przysługuje

<sup>18</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji* z 8.7.2004 r., nr 53924/00.

<sup>19</sup> *Vo przeciwko Francji*, § 80.

<sup>20</sup> Zob. J.Pichon, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, "German Law Review" Vol.7 no 4, 2006, s. 437 oraz A. Plomer, *Foetal Right to Life? The Case of Vo. v France*, "Human Rights Law Review" Vol. 5 No 2, 2005, s. 331 i nast.

ochrona Konwencji na gruncie art. 2 nie zwalnia Trybunału od powinności określenia tych terminów. Wskazał również, że w jego osobistej ocenie istnieje życie przed narodzeniem i życie to zasługuje na ochronę. W opinii znalazło się również twierdzenie, że szczególnym momentem dla możliwości określenia tej ochrony na gruncie Konwencji była właśnie *sprawa Vo*, gdyż nawet jeśli ochrona na gruncie art. 2 nie może zostać uznana za absolutną, to akurat w tej sprawie można ją było rozszerzyć. Jeszcze surowiej ocenione zostało postępowanie Trybunału w opinii sędziów, którzy nie zgodzili się z brakiem naruszenia. Wskazali oni, że ochrona życia ludzkiego opierająca się o postępowania administracyjno-prawne powoduje, że życie to nie jest odpowiednio zabezpieczone i chronione. Co więcej, Konwencja będąca „żywym instrumentem” wymaga interpretacji w świetle aktualnych warunków w danym społeczeństwie. Tym samym zarzucono ETPC brak ewolucyjnego podejścia do interpretacji Konwencji, której konieczność w tym przypadku determinowana jest rozwojem nauk medycznych. Nie bez znaczenia są również aspekty odnoszące się do proporcji w wyrażonych w opiniach odrębnych stanowiskach. W zdaniach odrębnych dziesięciu sędziów znalazły się podstawy do zastosowania do nienarodzonego dziecka ochrony na gruncie art. 2<sup>21</sup>. Jednak sama treść wyroku tego aspektu jednak nie zawierała. Powstaje wobec tego pytanie, jak należy rozumieć opinię większości, skoro tak naprawdę w zakresie tego zagadnienia wyrok przedstawia opinię jaką na temat statusu nienarodzonego dziecka mają sędziowie pozostający w mniejszości. Być może odpowiedzią na to pytanie jest niechęć Trybunału do angażowania się w debatę publiczną, dotyczącą zakresu ochrony dziecka poczętego, którą trybunał reprezentuje konsekwentnie od lat 70<sup>22</sup>.

Kontrowersje odzwierciedlone w opiniach odrębnych uwidoczniły się również w sprawie *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*. Sprawa dotyczyła możliwości wykorzystania przez kobietę zarodków, które zostały przez nią i jej partnera J. zdeponowane celem wykorzystania po zakończonym przez nią leczeniu nowotworu. Z uwagi na to, że po jakimś czasie związek ten się rozpadł, jej były partner zażądał zniszczenia zdeponowanych zarodków. Pani Evans domagała się jednak ich dalszego przechowywania w celu późniejszej implementacji. Z uwagi na brak uzyskania zabezpieczenia na poziomie krajowym wniosła skargę do Trybunału w oparciu o art. 2, 8 i 14 Konwencji. W składzie orzekającym w ramach Izby<sup>23</sup> Trybunał jednogłośnie orzekł, iż nie zachodzi naruszenie art. 2 i 14, natomiast w odniesieniu do art. 8 wyrok zapadł większością 5 do 2. Sędziowie nieakceptujący wyroku złożyli wspólne zdanie odrębne, w którym zawarli szereg uwag szczegółowych. Stwierdzili, że Trybunał nienależycie zaakcentował wyjątkową sytuację skarżącej, która nie miała innych możliwości na posiadania genetycznie powiązanego dziecka, a sama decyzja Trybunału definitywnie pozbawiała

<sup>21</sup> J. Pichon, op. cit., s. 439 i 444.

<sup>22</sup> Tamże, s. 444.

<sup>23</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.3.2006 r., nr 6339/05.



ją szans na zostanie matką. W ocenie sporządzających opinię odrębną takie postępowanie jest nie do pogodzenia z systemem ochrony w ramach Konwencji. Zasugerowali również, że Trybunał powinien skorzystać z rozwiązań, jakie w trudnych sprawach wykorzystują sądy krajowe USA i Izraela, w szczególności poprzez użycie „testu najmniejszej krzywdy”<sup>24</sup>. Zdaniem sporządzających opinie jest oczywiście uzasadnione, aby prawo chroniło interesy osoby, która nie chce zostać ojcem, gdyż zmuszanie kogokolwiek do prokreacji jest sprzeczne z interesem publicznym, jednak prawo do posiadania dziecka przy wykorzystaniu metod wspomaganego rozrodu również jest warte ochrony. Podkreślono również, że partner skarżącej nie miał podstaw do jakichkolwiek obaw, że jego materiał genetyczny zostanie wykorzystany niewłaściwie, gdyż skarżąca nie chciała korzystać z matki zastępczej, chciała natomiast sama poddać się wszczęciu zarodków. Brak europejskiego konsensusu co do momentu początkowego ochrony zarodka nie usprawiedliwia odejścia od oceny indywidualnych przypadków. Nie usprawiedliwia również tego, że prawodawstwo wewnętrzne nie zapewniło odpowiedniej równowagi między prawami jednostek, a sama ustawa brytyjska z 1990 roku nie zawierała rozwiązań dla wielu potencjalnych dylematów związanych z wykorzystaniem zarodków. W podsumowaniu podniesiono, że o ile co do zasady interesy strony, która decyduje się na wycofanie zgody i zniszczenie zarodków powinny przeważać nad ich utrzymaniem, jednak może to mieć miejsce jedynie w trzech sugerowanych przez sporządzających opinię odrębną sytuacjach. Zaliczono do nich: brak możliwości posiadania przez drugą stronę dziecka pochodzącego od niej genetycznie, brak możliwości posiadania dzieci w ogóle oraz brak możliwości odwołania się do pomocy matki zastępczej w procesie implementacji. Wyrok wydany przez Wielką Izbę<sup>25</sup> pomimo znacznej wrażliwości Trybunału na sytuację pani Evans, również zakończył się dla niej niekorzystanie – podtrzymaniem stwierdzenia braku naruszenia Konwencji, z tym, że w odniesieniu do art. 8 i art. 14 wyrok nie zapadł jednogłośnie. W sporządzonej wspólnie opinii odrębnej<sup>26</sup> wyraźnie podkreślono, że prawo Natallie Evans do zastania matką należało uznać za silniejsze niż prawo jej partnera J. do niebycia ojcem<sup>27</sup>. Wskazano, że niechęć Trybunału do zapewnienia w tego typu sprawach minimalnego poziomu ochrony<sup>28</sup>, jak i na to, że niezależnie od marginesu swobody, jakim dysponuje państwo, nie powinien on stanowić o braku kontroli ETPC. Podobnie jak w opinii odrębnej do wyroku Izby wykazano zrozumienie dla poszanowania prawa J. do bycia rodzicem, pomimo to

<sup>24</sup> Test ten został wykorzystany w podobnej sprawie, którą rozstrzygał Sąd Najwyższy Izraela. Zob. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Nachmani przeciwko Nachmani* z 12.9.1996 r., nr CFH 2401/9, Israel Law Reports, 1995–6.

<sup>25</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 10.4.2007 r., nr 6339/05.

<sup>26</sup> Opinię odrębną sporządziło 4 sędziów: Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann oraz Ziemele.

<sup>27</sup> Zob. O. Ben-Naftali, I. Canor, *Evans v. United Kingdom*, “The American Journal of International Law” Vol. 102, No. 1, Jan., 2008, s. 130.

<sup>28</sup> L. Bosek, *Medycznie wspomagana prokreacja*, [w:] M. Safjan (red.) *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 125.

stwierdzono, że o ile ingerencja, jakiej dokonało państwo, była przewidziana przez prawo i miała słuszny cel to jednak należy odmówić jej koniecznej proporcjonalności. Ma to szczególne znaczenie w kontekście przyszłych możliwości prokreacyjnych skarżącej i jej byłego partnera. O ile J. będzie miał jeszcze możliwość, aby zostać rodzicem własnego dziecka, o tyle skarżąca została jej definitywnie pozbawiona. Co więcej, podkreślono, że działania z zakresu medycznie wspomaganey prokreacji podjęte zostały z inicjatywy i za zgodą skarżącej i jej partnera. Natallie Evans na etapie podejmowania decyzji o zamrożeniu zarodków była pewna, że J. chce być ojcem jej dziecka. Gdyby tak nie było, mogła zadecydować o innym sposobie postępowania (przechowaniu samych komórek jajowych), który pozwoliłby jej zostać matką bez konieczności wykorzystania materiału genetycznego J. Zdaniem sporządzających opinię odrębną w przypadku, gdy zarodek jako efekt wspólnych działań dwojga osób zostałby zniszczony z inicjatywy jednej z nich, druga będzie tym faktem dotknięta, gdyż również jej materiał genetyczny zostanie utracony. Odnosząc się do poglądów doktryny<sup>29</sup> sędziowie wskazali, że psychiczne i emocjonalne cierpienie w sytuacji pani Evans wymaga innego traktowania i innej oceny niż w przypadku jej partnera.

W 2007 roku przed ETPC zawisła sprawa *Alicji Tysiąc przeciwko Polsce*<sup>30</sup>. Sprawa ta dotyczyła niezapewnienia kobiecie ciężarnej możliwości odwołania się od decyzji lekarzy, którzy odmówili jej prawa do dokonania aborcji. Aborcja ta w przypadku pani Tysiąc miała być uzasadniona względami zdrowotnymi. Skarżąca zarzuciła w konsekwencji naruszenia art. 3, 8, 13 i 14 EKPC. Rozstrzygając tę sprawę Trybunał ograniczył się do analizy naruszenia na gruncie art. 8 i takież naruszenie stwierdził, uznając jednocześnie, iż nie ma potrzeby badania naruszeń pozostałych praw. Z punktu widzenia tej sprawy niezwykle istotne jest dołączone do niej zdanie odrębne sędziego Borrego Borrego, który jako jedyny sprzeciwił się uznaniu naruszenia. Zdanie to – w swej wymowie niezwykle emocjonalne – opierało się w głównej mierze na analizie kontekstu krajowego kwestii aborcyjnych oraz krytyce wywarzenia interesów płodu oraz matki. W opinii sędziego Borrego Borrego podejście Trybunału do zakresu ochrony życia nienarodzonego jest niekonsekwentne: w przywołanej przez niego sprawie *D przeciwko Irlandii*<sup>31</sup> podejście to charakteryzowała wrażliwość, szacunek i uwzględnienie kontekstu debaty krajowej, natomiast w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce* skupiono się jedynie na przanalizowaniu wypełnienia przez państwo pozytywnych obowiązków na gruncie art. 8. Sędzia skrytykował również brak rozważań odnoszących się do zrównoważenia praw do życia matki i nienarodzonego dziecka. Za negatywne uznał również niejednolite podejście<sup>32</sup> do cierpienia i obaw

<sup>29</sup> C. Packer, *Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice*, "Nordic Journal of International Law", 1998, s. 77–95.

<sup>30</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce* z 20.3.2007 r., nr 5410/03.

<sup>31</sup> Decyzja ETPC w sprawie *D przeciwko Irlandii* z 27.6.2006 r., nr 26499/02, szczególnie par. 90.

<sup>32</sup> W sprawach *D przeciwko Irlandii* i *Tysiąc przeciwko Polsce*.

związanych z sytuacją osobistą skarżących. W sprawie *D przeciwko Irlandii*<sup>33</sup> cierpienia skarżącej nie zwalniały jej z obowiązku wyczerpania drogi krajowej, podczas gdy w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*<sup>34</sup> obawa skarżącej dotycząca zagrożenia dla jej wzroku została uznana za uzasadnioną. Nie bez znaczenia w opinii sędziego były również aspekty dotyczące wypowiedzi lekarzy. Zdumiewa fakt, że Trybunał większą wagę przyłożył do opinii internisty niż do opinii ośmiu specjalistów<sup>35</sup>, którzy nie dostrzegli bezpośredniego związku między ciążą a pogorszeniem się wzroku skarżącej. Sędzia słusznie podkreślił, że nie znajduje uzasadnienia usprawiedliwianie opinii lekarskich faktem, iż wykonanie zabiegu przerwania ciąży – poza wypadkami przewidzianymi przez polskie prawo – jest przestępstwem. Wyrażona przez Trybunał sugestia nie tylko jest wątpliwą zarówno faktycznie, jak i moralnie oceną środowiska lekarskiego, ale sugerować również może trudności w dostępie do legalnych zabiegów przerwania ciąży. Tym samym Trybunał z góry uznaje, Polska jako państwo podejmuje działania niesprzyjające przestrzeganiu obowiązującego prawa. Co więcej, Trybunał wskazuje na konieczność wdrożenia procedur, które ułatwić mają dostęp do zgodnej z prawem aborcji. W opinii sędziego Borrego Borrego sugestia wprowadzenia bardziej liberalnych rozwiązań wykracza poza kompetencje ETPC<sup>36</sup>. Wskazując, że zatrważający jest skutek orzeczenia, w efekcie którego w Polsce żyje dziecko urodzone w wyniku naruszenia Konwencji, sędzia podkreślił, że ochrona przyznana przez Trybunał skarżącej była zbyt daleko idąca.

Istotne dla analizy mechanizmu funkcjonowania zdań odrębnych w sprawach dotyczących początku życia zagadnienie pojawiło się również w sprawie *S. H. i inni przeciwko Austrii*. Zdania odrębne dołączone zostały zarówno do orzeczenia, które zapadło w Izbie jak i w Wielkiej Izbie Trybunału. Skarżący w tej sprawie uznali, że doszło do naruszenia ich prawa gwarantowanego przez art. 8 oraz art. 14 Konwencji z uwagi na fakt, że odmówiono im prawa do skorzystania z metod sztucznej prokreacji. W przypadku pierwszych skarżących nie mieli oni możliwości posiadania własnego dziecka z uwagi na to, że oboje byli bezpłodni, natomiast w przypadku drugich skarżących sytuacja wyglądała w ten sposób, że ich schorzenia pozwalały jedynie na poczęcie dziecka z komórki jajowej obcej dawczyni i nasienia skarżącego. Dawstwo komórek jajowych było jednak niezgodne z prawodawstwem krajowym.

Orzekając jako Izba<sup>37</sup> Trybunał stwierdził, że w obu przypadkach doszło do naruszenia art. 14, przy czym zaniechał rozważań dotyczących art. 8. Swoje opinie do wyroku złożyło dwóch sędziów: austriacka sędzia Steiner oraz norweski

<sup>33</sup> *D przeciwko Irlandii*, § 101.

<sup>34</sup> *Tysiąc przeciwko Polsce*, § 119.

<sup>35</sup> Łącznie w postępowaniu wypowiedziało się: czterech okulistów, dwóch ginekologów, endokrynologię i specjalista medycyny sądowej.

<sup>36</sup> W tym kontekście z pewnością podobnie krytycznie wypowiedziałby się sędzia Wojtyczek, podkreślający w swoich opiniach odrębnych znaczenie suwerenności władzy państwowej oraz konieczność uwzględniania kontekstu kulturowego.

<sup>37</sup> Wyrok ETPC w sprawie *S. H. i inni przeciwko Austrii* z 1.4.2010 r., nr 57813/00.

sędzia Jebens. W swojej częściowo zgodnej opinii sędzia Steiner nie zgodziła się, że doszło do naruszenia Konwencji w stosunku do drugiej pary skarżących. Podjęła się, formułując opinię, szerokiej analizy prawodawstwa wewnętrznego i niejako prób wytłumaczenia, dlaczego przyjęta regulacja krajowa jest optymalnym rozwiązaniem w świetle obecnego stanu zaawansowania procedur medycznych. Wskazała, że tym, co motywowało austriackiego prawodawcę, była chęć zachowania podobieństw do prokreacji naturalnej oraz potrzeba wyeliminowania sytuacji, w której powstawałby dylemat czy mamy do czynienia z matką–genetyczną, czy z matką–rodzicielką. Podkreśliła również, że ustawodawca starał się nie dopuścić do sytuacji, w której społeczeństwo musiałoby zmagać się z kwestiami bardzo wrażliwymi z punktu widzenia etyki i moralności. Ma to miejsce zwłaszcza wtedy, gdy brak jest międzynarodowego konsensusu co do tego, kiedy zgoda na wykorzystanie materiału genetycznego może zostać cofnięta, a sama Austria nie jest jedynym państwem, w którym zakaz dawstwa w takiej formie obowiązuje. W jej opinii władze państwowe zachowały się zgodnie z przyznanym im zakresem marginesu oceny<sup>38</sup>. Drugi z sędziów zgłaszających zdanie odrębne całkowicie nie zgodził się z uznaniem naruszenia art. 8 i 14 Konwencji w stosunku do obu par. W swojej opinii zaprezentował podobne argumenty, w szczególności brak konsensusu międzynarodowego oraz prawo państwa do regulowania kwestii kontrowersyjnych z zachowaniem szerokiego marginesu oceny. Zdaniem sędziego Jebensa działania legislacyjne państwa ograniczające możliwości sztucznej prokreacji mieściły się w dopuszczalnych przez Konwencję ograniczeniach, uzasadnionych „ochroną zdrowia i moralności” oraz „ochroną praw i wolności innych osób”.

Wyrok Wielkiej Izby<sup>39</sup> był oparty na zdecydowanie odmiennych postawach. Sędziowie zdecydowali, że w powyższej sprawie nie miało miejsca naruszenie art. 8, w związku z czym nie ma potrzeby, by odnosić się do tego, czy naruszono art.14. Również do tego wyroku zostały sporządzone dwie opinie odrębne. Pierwszą z nich przedstawił sędzia De Gaetano, który co do konkluzji zgodził się z większością, jednak uznał za istotne zwrócić uwagę na kilka kwestii, które nie były podniesione w rozważaniach Trybunału. Stwierdził on, że podstawowym zagadnieniem, od którego należy rozpocząć rozważania w tej sprawie, jest kwestia ludzkiej godności. To właśnie ona powinna determinować ocenę całej sytuacji, która powinna być przeprowadzona w ten sposób, aby umiejętnie ocenić, czy dane działania lub zaniechania zwiększają czy też umniejszają poszanowanie godności ludzkiej. W analizowanej sprawie trzeba wziąć pod uwagę fakt, że ani art. 8, ani art. 12 EKPC nie przyznają komukolwiek prawa do posiadania dziecka za wszelką cenę. Gdyby tak było, mielibyśmy do czynienia z poświęceniem godności dziecka na rzecz pragnień jego rodziców. Druga z opinii odrębnych

<sup>38</sup> Zob. O. Nawrot, *Glosa do wyroku ETPCz z 1 kwietnia 2010 roku w sprawie S.H. i inni przeciw Austrii, skarga nr 57813/00*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 2, s. 81–82.

<sup>39</sup> Wyrok ETPC (Wielka Izba) w sprawie *S. H. i inni przeciwko Austrii* z 3.11.2011 r., nr 57813/00.

była opinią łączną sporządzoną przez cztery sędzię: Tulkens, Hirvelä, Lazarová-Trajkovská i Tsotsorię. Sporządzające opinię wypowiedziały się negatywnie na temat orzeczenia, które – ich zdaniem – powinno stwierdzać naruszenia art. 8. Podkreśliły, po pierwsze, że Trybunał powinien uwzględnić znaczący dla rozwoju nauk medycznych czas, jaki upłynął między złożeniem wniosku do Trybunału – 2000 rok, a wydaniem orzeczenia – 2010 rok. Ponadto wskazano, że w 1998 roku, kiedy Rada Europy prowadziła badania porównawcze, dotyczące metod wspomaganej prokreacji, dawstwo komórek zabronione było w 8 krajach, a dawstwo nasienia w 5 na 39 objętych badaniem. Przy takich proporcjach trudno zgodzić się z twierdzeniem Trybunału, że nie miało miejsce wykształcenie się żadnego standardu, gdyż wiedza o przyjętych rozwiązaniach jest zbyt odległa w kontekście dynamiki rozwoju medycyny. Nie bez znaczenia dla formułujących opinię odrębną była również skala problemu, jaką jest nieplodność. Podkreślono, że problem ten dotyka 1 na 10 par i jest źródłem cierpienia zarówno kobiet, jak i mężczyzn. To nowe wyzwanie wymaga więc stosowania nowych rozwiązań, zwłaszcza że – odwołując się do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPPSiK) – każdy ma prawo do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego oraz korzystania z postępu naukowego i jego zastosowań<sup>40</sup>. Zwrócono też uwagę na podnoszony przez rząd i w żaden sposób nieskrytykowany przez Trybunał argument mówiący o możliwości wyjazdu za granicę w celu leczenia nieplodności z wykorzystaniem technik sztucznej prokreacji, na które nie zezwala prawodawstwo Austrii. Przypomniano również fakt, że rząd austriacki podkreślił, iż dzieci urodzone za pomocą wspomaganých technik prokreacyjnych za granicą na mocy kodeksu cywilnego mają zagwarantowane prawa dotyczące ustalenia macierzyństwa i ojcostwa. Wedle stanowiska sędziów sporządzających opinie odrębne taka argumentacja zasługuje na szczególną krytykę, po pierwsze, z uwagi na praktyczną i finansową trudność takiego postępowania, a po drugie z uwagi na wynikającą z takiego dopuszczenia iluzoryczność ochrony i fikcyjność regulacji prawnych. Sam wyrok oraz opinie odrębne do niego załączone w tej sprawie pokazały, że pomimo prób uregulowania kwestii prokreacyjnych Trybunał nadal (podobnie jak było to w *sprawie Vo*) stara się postępować bardzo ostrożnie, co, niestety, może wpływać na jego autorytet jako podmiotu tworzącego standardy europejskie.

Do postępowania z zarodkami przeznaczonymi do zapłodnienia *in vitro*, która była przedmiotem rozważań Wielkiej Izby, odnosiła się również sprawa *Parrillo przeciwko Włochom*<sup>41</sup>. Przedmiotem sprawy wniesionej, co ciekawe, na podstawie art. 1 I Protokołu Dodatkowego do Konwencji, czyli chroniącego prawo własności, była kwestia dysponowania prawem do zarodków. Skarżąca Adelina Parrillo wraz z partnerem chciała skorzystać z zapłodnienia *in vitro*.

<sup>40</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38 poz. 169), art. 12 i 15.

<sup>41</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Parrillo przeciwko Włochom* z 27.8.2015 r., nr 46470/11.

W tym celu przygotowanych zostało pięć zarodków. Zanim jednak doszło do ich implementacji jej partner zmarł, a ona sama zdecydowała się nie kontynuować procedury medycznej. Zadeklarowała natomiast chęć przeznaczenia zarodków na potrzeby prowadzonych badań naukowych. Jednak z uwagi na włoskie prawodawstwo, zakazujące eksperymentów na zarodkach, okazało się to niemożliwe. W jej opinii taki zakaz narusza prawo do życia prywatnego oraz prawo własności zarodków. Natomiast w opinii Trybunału prawo do prywatności nie zostało naruszone (orzeczenie zapadło większością 16 do 1) z uwagi na fakt, że rząd włoski działał w ramach przysługującego mu w sprawach etycznie skomplikowanych i charakteryzujących się brakiem konsensusu szerokiego marginesu oceny. Trybunał podkreślił, że zakaz wprowadzony w prawodawstwie krajowym należy uznać za „konieczny w demokratycznym społeczeństwie”. W zakresie prawa własności jednogłośnie uznano skargę za niedopuszczalną *ratione materiae* głównie ze względu na fakt, że treść i zakres ochrony art. 1 I Protokołu mają raczej zakres gospodarczy i materialny, a status ludzkiego zarodka i wszystko co się z nim wiąże nie może zostać zredukowane do „mienia”. Pomimo dużej zgodności w wydanym wyroku, 14 sędziów zdecydowało się w sześciu różnych konfiguracjach przedstawić swoje opinie odrębne. Opinie te rozłożyły się następująco: sędzia Pinto de Albuquerque i sędzia Dedov przedstawili każdy własną opinię zbieżną, sędziowie Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou i Dedov przedstawili wspólną częściowo zbieżną opinię, sędziowie Casadevall, Ziemele, Power–Forde, De Gaetano i Yudkivska przedstawili wspólną częściowo odrębną opinię, sędzia Nicolaou przedstawił opinię częściowo odrębną natomiast sędzia Sajo opinię odrębną. W pierwszej opinii sędzia Pinto de Albuquerque przedstawił bardzo rozbudowaną analizę obowiązujących standardów międzynarodowych odnoszących się do statusu zarodków zarówno w aspekcie regulacji uniwersalnych, jak i regionalnych. Sędzia odniósł się do samego orzeczenia Trybunału wytykając mu brak odwołania do wcześniejszego orzecznictwa i opracowanych na jego podstawie standardów (w tym omawianych *spraw Evans i Vo*). Krytyce poddany został również paragraf 158 orzeczenia, w którym to uznał, że musi „mieć na uwadze związek istniejący pomiędzy osobą, która poddała się zapłodnieniu *in vitro* i zarodkami, które w ten sposób powstały, co wynika z faktu, że zarodki zawierają materiał genetyczny danej osoby i w związku z tym stanowią składową część materiału genetycznego tej osoby i tożsamości biologicznej”. Zdaniem sędziego Pinto de Albuquerque, taka interpretacja jest niedopuszczalna zarówno z punktu widzenia ontologicznego, jak i biologicznego, gdyż zasada godności ludzkiej nakazuje szanować „wyjątkowość i różnorodność” oraz traktować człowieka jako coś więcej niż tylko unikalną kombinację informacji genetycznych, które przekazali mu przodkowie. Podobnie jak sędziowie w sprawie *S.H. przeciwko Austrii* sędzia Pinto de Albuquerque wskazał, że mimo szerokiego marginesu oceny w sprawach odnoszących się do moralności i etyki, Trybunał nie powinien traktować tego marginesu jako czynnika ograniczającego jego własne kompetencje. Konkludując podkreślił, że nie ma w jego opinii różnicy między nienarodzonym

a narodzonym ludzkim życiem gdyż obydwie formy muszą być traktowane z szacunkiem dla ludzkiej godności. Kwestia badań nad tą godnością nie przeważa i nie usprawiedliwia jej naruszenia, zwłaszcza że wskazuje tylko dwa wyjątki dopuszczalności badań na zarodkach. Sędzia Dedov rozpoczął swoje rozważania od uwagi, która pośrednio wynikała również z wcześniejszej opinii odrębnej, a mianowicie, że decydując się na mało dogłębne dociekania prawne na bazie tej sprawy Trybunał stracił możliwość pełniejszego wypowiedzenia się na temat kwestii początku ludzkiego życia. W jego opinii również stwierdzenie o statusie zarodka byłoby kwestią podstawową dla rozstrzygnięcia omawianej sprawy, co więcej, gdyby zostało powzięte wcześniej, istotnie wpłynęłoby na wcześniejsze orzecznictwo, w tym na sprawy: *Vo przeciwko Francji*, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* i *S.H. przeciwko Austrii*. Z negatywną oceną sędziego spotkało się również przywołanie w wyroku sprawy *Murillo i inni przeciwko Kostaryce*<sup>42</sup>, w której stwierdzono, że z poczęciem mamy do czynienia dopiero po implementacji zarodka w macicy. Brak jednoznaczności w ustalaniu granic marginesu oceny i standardu konwencyjnego czyni w opinii sędziego Dedova przyszłe wyroki, dotyczące spraw związanych z biotechnologią, nieprzewidywalnymi. W wspólnej, częściowo zbieżnej opinii sędziowie Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou i Dedov – odmiennie niż w pozostałych opiniach – skupili się jedynie na aspekcie proceduralnym i wskazaniu nie do końca właściwego rozstrzygnięcia Trybunału w kwestii podnoszonego przez rząd włoski argumentu o niewyczerpaniu drogi krajowej. W pierwszej z częściowo odrębnych opinii – wspólnej sędziów Casadevall, Ziemele, Power–Forde, De Gaetano i Yudkivska podniesiono, że sama sprawa nie powinna stanowić przedmiotu rozważań Trybunału jako niezgodna *ratione materiae* z postanowieniami Konwencji. Wskazali oni ponadto na niebezpieczeństwo jakie rodzi się w efekcie przyjętego orzeczenia, a mianowicie za uznanie – jako wchodzącego w zakres prawa do życia prywatnego – prawa do „decydowania o losie” lub „wykorzystania” zarodków ludzkich. Podkreślono, że przyjęcie, iż ludzkie zarodki nie są niczym więcej niż tylko częściami składowymi innej osoby stoi w sprzeczności z faktem istnienia wielu raportów, rekomendacji, konwencji i protokołów, które odnoszą się do ich ochrony i odzwierciedlają akceptację społeczności ludzkiej dla stwierdzenia, że zarodki są czymś więcej niż tylko „rzeczami”. Jeśli chodzi o częściowo odrębną opinię sędziego Nicolaou to skupił się on również na kwestii proceduralnej, uznając skargę za złożoną po terminie z uwagi na czas, jaki minął między otrzymaniem przez skarżącą negatywnej odpowiedzi co do możliwości decydowania o zarodkach a skierowaniem sprawy do Trybunału. W jego opinii trudno jest też znaleźć związek między przekazaniem zarodków a życiem prywatnym. Ostatnia z opinii to przygotowana z licznymi odniesieniami do aktów międzynarodowych – tak wiążących jak i o charakterze *soft-law* – opinia odrębna sędziego Sajó. Jego zdaniem analizowana sprawa nie dotyczy praw rodzicielskich czy nawet możliwych praw płodu, a jedynie możliwości podjęcia

<sup>42</sup> Wyrok MTPC *Murillo i inni przeciwko Kostaryka* z 28.11.2012 r., p. 223.

przez jednostkę decyzji co do losów jej materiału genetycznego. Sędzia odniósł się również do tego, że skarżąca nie miała zbyt wielu alternatyw dla podjęcia właściwej decyzji. Mogła ona wykorzystać zarodki (zważywszy na ich liczbę, a także wiek skarżącej było to niemożliwe), przekazać je do wykorzystania przez inną parę (co z kolei było wykluczone z punktu widzenia medycznego) lub pozostawić je na czas nieokreślony. Jedynym wyjściem dla skarżącej było zabronić wykorzystania jej zarodków do celów prokreacyjnych. Zdaniem sędziego Sajó, decyzja skarżącej podyktowana była słusznymi przesłankami i stanowiła w jej odczuciu wybór mniejszego zła: wolała, aby zarodki posłużyły celom medycznym niż pozostały niewykorzystane. Nie można więc z góry przyjąć, że ochrona potencjalnego życia przeważa nad interesem wnioskodawcy w użyciu zarodków w celu ratowania życia, gdyż takie postępowania nie będzie zgodne z koniecznością przeanalizowania sprawy zgodnie z zasadą proporcjonalności.

## Wnioski

Odnosząc się do przeanalizowanego orzecznictwa należy stwierdzić, że sędziowie Trybunału dość często sięgają do rozwiązań, jakie zostały dla nich przewidziane przez art. 45 Konwencji. Znamienne jest, że już w pierwszej rozstrzyganej przez Trybunał sprawie<sup>43</sup> pojawiła się opinia odrębna. Wyznaczono tym samym początek pewnego trendu, który z czasem przerodził się w stałą praktykę. W przypadku spraw dotyczących kwestii związanych z początkiem życia ludzkiego opinie odrębne występuje często, przy czym raczej nie są to orzeczenia zapadające granicznymi stosunkami głosów. Sama opinia wyraża więc odrębny sposób myślenia jedynie kilku sędziów, natomiast w dużej mierze sami sędziowie decydują się na opracowanie opinii zbieżnych w celu doprecyzowania rozważań Trybunału czy też podkreślenia wybranego aspektu w treści wyroku. Taki mechanizm jest stosunkowo prosty do zastosowania, gdyż sędzia nie ma obowiązku odnosić się do całości wyroku, może jedynie zaakcentować jedną lub kilka kwestii, które jego zdaniem są istotne. Analizując opinie odrębne można również zauważyć, że choć przygotowywanie opinii odrębnej nie jest wymagane, to sędziowie, którzy nie zgadzają się z przyjętym przez Trybunał rozstrzygnięciem, czują się w obowiązku do napisania jej<sup>44</sup>, aby uzasadnić swoją decyzję.

Analizowany zakres spraw nie pozwala na stwierdzenie, jakoby poglądy wyrażane w opiniach odrębnych wpływały na kształtowanie się linii orzeczniczej. W kontekście analizy konsekwencji opinii odrębnych, jakie mogą wystąpić

<sup>43</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Lawless przeciwko Irlandii* z 14.12.1960 r., nr 332/57.

<sup>44</sup> R. Degener, L. Garlicki, P. Hofmański, I. Kondak, M. Krzyżanowska-Mierzewska, K. Ryngielewicz, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. II. Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, Warszawa 2011, s. 346.



w orzecznictwie, wskazać należy na rozważania dotyczące statusu nienarodzonego dziecka. Po pierwsze, w opiniach przewija się kwestia podstaw prawnych, na jakich powinny być rozpatrywane sprawy z tego zakresu. Jak podkreślił w swojej opinii odrębnej w sprawie *R.R. przeciwko Polsce* sędzia De Gaetano: „Poprzez powołanie się na artykuł 8 (jak Wielka Izba uczyniła również w sprawie *A, B and C przeciwko Irlandii*, nr 25579/05, 16 grudnia 2010), Trybunał utrudnia sobie zadanie w odniesieniu do kwestii określenia początku życia oraz ochrony dziecka nienarodzonego zgodnie z „bardziej fundamentalnym” postanowieniem Konwencji, tj. artykułem 2”<sup>45</sup>. Dowodem na niezbyt trafny dobór podstawy orzeczniczej jest również większa tendencja do sporządzania opinii odrębnych, występująca w sprawach rozpatrywanych a gruncie art. 8<sup>46</sup>. Po drugie, zwraca się uwagę w sprawach odnoszących się do początku ludzkiego życia na brak powiązania sytuacji matki i dziecka nienarodzonego. Ja trafnie zauważa sędzia De Gaetano, w obecnym orzecznictwie brakuje odwołania się jednoznacznie do stwierdzenia Komisji zawartego w sprawozdaniu Brüggemann i Scheuten przeciwko Niemcom<sup>47</sup>, stanowiącego że „[...] ciąży nie można uznać za związaną wyłącznie ze sferą życia prywatnego. Zawsze w przypadku ciąży kobiety jej życie prywatne staje się ściśle związane z rozwijającym się płodem”<sup>48</sup>. Na brak tej relacji wyraźnie podkreślił również sędzia Borrego Borrego w swojej opinii odrębnej w sprawie *Vo*.

W odróżnieniu od wyroków, opinie odrębne nie mają przyjętej systematyki. Tym samym nie wymaga się od sędziów, by prowadzili swoje rozważania w taki sposób, jak przedstawia je wyrok. Można jednak dostrzec pewne elementy wspólne, jak chociażby prowadzenie analizy w oparciu o testy legalności, celowości i proporcjonalności. Z analizy opinii odrębnych wynika również brak jakichkolwiek wymogów co do ich obszerności. Zdarzają się więc opinie zarówno kilkudzaniowe, jak i niemal równoważące swoją objętością wydany wyrok, czego przykładem może być opinia sędziego Pinto de Albuquerque w sprawie *Parrillo przeciwko Włochom*. Nie ma również wymagań co do jakości i rzetelności sporządzenia opinii. Daje się jednak zauważyć, że im trudniejsza i bardziej kontrowersyjna sprawa, tym rozważania podjęte w opinii odrębnej cechuje większa staranność i próba uzasadnienia własnych tez. W przypadku tej ostatniej sytuacji sędziom zdarzają się również wypowiedzi emocjonalne, jak stwierdzenie sędziego Dedov w sprawie *Parrillo przeciwko Włochom*, że „życie zarodka nie może zostać poświęcone na potrzeby międzypaństwowej konkurencji w biomedycynie”, czy niemal całość opinii sędziego Borrrego Borrego w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*.

<sup>45</sup> Wyrok ETPC w sprawie *R.R. przeciwko Polsce* z 26.5.2011 r., nr 27617/04.

<sup>46</sup> R. C. A. White, I. Boussiakou, op. cit. s. 58.

<sup>47</sup> Raport Komisji w sprawie *Brüggemann i Scheuten przeciwko Niemcom* z 12.7.1977 r., nr 6959/75.

<sup>48</sup> *Brüggemann i Scheuten przeciwko Niemcom* § 59, także *R.R. przeciwko Polsce*.

W opiniach odrębnych pojawiają się też odniesienia do wcześniejszych wyroków Trybunału mające na celu pokazanie pewnego trendu orzeczniczego czy wskazanie, że Trybunał odstępuje od przyjętej linii orzeczniczej. Analizie poddawane są również różnego typu umowy międzynarodowe, których treść może mieć wpływ na Konwencję z uwagi na konieczność interpretowania jej zgodnie z obowiązującymi normami prawa międzynarodowego<sup>49</sup>. Sędziowie nie unikają również poszukiwania właściwych uzasadnień swoich wypowiedzi poprzez stosowanie standardów *soft-law* czy prowadzenie analiz porównawczo-prawnych, jak również odwoływanie się do opracowań naukowych. Co ciekawe, zdarzało się, że przygotowując opinię odrębną sędziowie prezentowali nie tylko poglądy doktryny, ale również wcześniejsze opinie odrębne. Świadczy o to o tym, że sama opinia może być również elementem uzupełniającym rozważania w innych sprawach dotyczących tej samej tematyki. Tak szeroki zakres analiz poprzedzających opinię ma miejsce właśnie w sprawach, co do których w państwach europejskich brakuje konsensusu. Sędziowie często podkreślają również znaczenie marginesu oceny, co świadczy o ich profesjonalnym podejściu – nie nadużywają tego sędziowie *ad hoc*, ale raczej pozostali członkowie składu orzekającego.

Należy również zauważyć, że nie ma prostego przełożenia między sformulowaniem zdań odrębnych w danej sprawie a podjęciem decyzji o przekazaniu sprawy do rozstrzygnięcia przez Wielką Izbę. Analizowane sprawy w większości rozstrzygane były na poziomie Izby i mimo sformułowanych opinii odrębnych i zawartej w nich argumentacji nie decydowano się na dalsze procedowanie. Jeśli już Wielka Izba wypowiadała się w przywoływanych sprawach to raczej w oparciu o procedurę zrzeczenia się kompetencji przez Izbę<sup>50</sup>. Nie można więc – przynajmniej w analizowanym zakresie – uznać, że zdania odrębne i wyrażone w nich argumenty znajdują odzwierciedlenie w wnioskach o przekazaniu sprawy do Wielkiej Izby. Taka konkluzja wydaje się być demotywująca w kontekście samego formułowania opinii odrębnych, jednak ich znaczenie w innych aspektach wydaje się równoważyć tę sytuację i – jak się okazuje – w żaden sposób nie wpływa na zmniejszenie się ilości formułowanych opinii, co jest szczególnie istotne w kontekście zwiększenia się liczby spraw rozstrzyganych przez Trybunał<sup>51</sup>.

Odnosząc się do przyszłości instytucji opinii odrębnej należy stwierdzić, iż z pewnością będzie ona nadal szeroko wykorzystywana, szczególnie w sprawach

<sup>49</sup> B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 321, także: L. Wiśniewski, *Wolność sumienia i wyznania w europejskiej konwencji praw człowieka i w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 8, s. 15–16.

<sup>50</sup> Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Vo przeciwko Francji* i *Parrillo przeciwko Włochom*, jak również w innej dotyczącej dopuszczalności aborcji – wyrok ETPC w sprawie *A, B i C przeciwko Irlandii* z 16.12.2010 r., nr 25579/05; jedynie sprawa *S. H. i inni przeciwko Austrii* rozpatrywana była przez Izbę i Wielką Izbę.

<sup>51</sup> R. C. A. White, I. Boussiakou, op. cit., s. 60.

o kontrowersyjnym charakterze. Rozwój medycyny z jednej strony a niedoskonałość prawodawcza państw członkowskich z drugiej strony powodować mogą kolejne spory, w których sędziowie będą czuli się w obowiązku przedstawić ETPC i adresatom wyroków swoje własne poglądy. Opinie odrębne mają również szanse zaistnieć w kontekście przyszłych zmian w funkcjonowaniu Trybunału, szczególnie w kontekście możliwości wydawania przez ETPC opinii doradczych z inicjatywy krajowych sądów i trybunałów. Zgodnie z art. 4 Protokołu Dodatkowego nr 16 do EKPC w przypadku, gdy opinia doradcza nie będzie w całości lub części reprezentatywna dla wydającego ją składu, sędziowie będą mieli prawo do złożenia opinii odrębnej, przy czym przedstawiona opinia odrębna będzie wymagała od sędziego uzasadnienia, czyli w przeciwieństwie do orzeczeń nie będzie możliwe poprzestanie jedynie na wyrażeniu swojego sprzeciwu. W opinii Trybunału takie rozwiązanie wpisuje się w naturę dialogu międzysędziowskiego z uwagi na to, że to sąd zadający pytanie powinien mieć prawo zadecydowania o jego stosowaniu, a ponadto pozwoli na wniesienie sprawy do organów strasburskich w przypadku niezadowolenia strony<sup>52</sup>. Należy jednak podkreślić, że zarówno charakter niewiążący jak i możliwość formułowania opinii odrębnych może powodować istotne komplikacje. Po pierwsze, nadanie opiniom doradczym aspektu jedynie „konsultacyjnego” może w naturalny sposób osłabiać wolę jej zastosowania przez sąd krajowy. Po drugie, w przypadku, gdy do opinii załączone będzie zdanie odrębne może skutkować ono niechęcią do zastosowania opinii doradczej jako opinii niejednoznacznej, bądź posiadającej mniejsze znaczenie. Wprawdzie w swojej opinii do treści Protokołu 16 Trybunał zaznaczył, że będzie starał się „mówić jednym głosem”<sup>53</sup>, to jednak praktyka innych organów międzynarodowych wskazuje, że już sama możliwość skorzystania z opinii odrębnej pozwala na jej sporządzenie<sup>54</sup>. Po trzecie, w sprawach o charakterze trudnym, do których należą sprawy bioetyczne, w tym dotyczące początku życia ludzkiego, kwestia wykorzystania opinii doradczej może pozostawać w związku z zastosowaniem szerokiego marginesu oceny. W takim przypadku, gdy któryś z sędziów przygotowujących opinię odrębną do opinii doradczej wskaże właśnie na ten margines, sędzia będący adresatem opinii doradczej może mieć większą pokusę uchylenia się od jej zastosowania z uwagi na chęć zmanifestowania własnej niezależności.

Pomimo krytycznych uwag należy uznać wartość opinii doradczych. Mogą one w sposób znaczący przyczynić się do dialogu między sędziami krajowymi

<sup>52</sup> Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention, przyjęta przez posiedzenie plenarne Trybunału w dniu 6.5.2013, pkt 12.

<sup>53</sup> Ibidem, pkt 11, zob. także M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, „German Law Journal”, Vol. 16 No. 6, s. 1410.

<sup>54</sup> Sędziowie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka sporządzili opinie odrębne w 8 na 22 wydane opinie doradcze.

i sędziami ETPC, a w konsekwencji podnieść poziom znajomości standardów strasburskich i pomóc lepiej zrozumieć standardy praw człowieka<sup>55</sup>. W przypadku spraw bioetycznych taka wrażliwość i współpraca wydaje się być szczególnie istotna.

**SEPARATE OPINIONS AND THEIR RELEVANCE  
TO THE JUDICIAL PRACTICE OF THE ECHR  
– SOME REFLECTIONS BASED ON THE JURIDICAL  
EXPERIENCE RELATING TO THE BEGINNING  
OF HUMAN LIFE AND PLANNED REFORMS**

**Key words:** European Court of Human Rights, separate opinions, the reform of the Court, bioethics, judicial dissent

**Summary**

Although separate opinions are not specific to the continental system they exists in the jurisprudence of international courts and in the ECHR. The aim of this paper is to answer the question how these opinions are formed in relation to matters related to the beginning of human life. The analysis includes the presentation of the institution of separate opinion as such and its function on the basis of the ECHR. The content and distinctive elements of the separate opinions prepared in matters of bioethics were also emphasized. The importance of judges' argumentation, the materials used by them, and the elements they tried to complete in judgments had also been analyzed. The final part includes the challenges for institution of separate opinion which may appear in the context of the entry into force the Additional Protocol No 16 and the admissibility of the preparation of advisory opinions. From bioethical issues point of view and wide margin of appreciation in bioethical cases these challenges appear to be particularly serious.

---

<sup>55</sup> Ch. Giannopoulos, Considerations on Protocol N°16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?, "German Law Journal", Vol. 16 No. 2, p. 350.