

Jeszcze wokół koncepcji *margin of appreciation* w kontekście Protokołu nr 15 do EKPCz

W 2024 r. minęło 35 lat od czasu czerwcowych wyborów z 1989 r. – rocznica ta sprzyja także refleksjom dotyczącym transformacji prawnej. Proces transformacji był procesem politycznym, ale był on również procesem brzemiennym w skutki prawne i to skutki prawne oddziałujące na wiele podmiotów¹. Jedną z takich dziedzin była szeroko pojęta sfera praw człowieka. Termin „prawa człowieka” w momencie przełomu stał się swoistym słowem-wytrychem, które znamionowało nową rzeczywistość, dawało nowe spojrzenie na miejsce jednostki w społeczeństwie, oznaczało otwarcie się na nowy, oparty na innej aksjologii system prawny. U podstaw zmian leżało głębokie przekonanie o odwróceniu punktów ciężkości w procesie ochrony praw człowieka, czyli uczynienie człowieka i jego godności punktem odniesienia, a nie państwa z jego „wszechmocną” wolą². Zmiany wymagało postrzeganie przedmiotu ochrony³. Istotne było wprowadzenie do systemu prawnego mechanizmów gwarancyjnych, które wzmacniały ten kierunek myślenia. Do takich mechanizmów niewątpliwie należały międzynarodowe akty dotyczące praw człowieka. Kształtowały one typ myślenia, że w sferze praw człowieka władza państwowa nie jest absolutna, że są standardy, które przekraczają granice państwa.

¹ Pisałam o tym zarówno w raporcie przygotowanym na VIII Międzynarodowe Kolokwium poświęcone Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jakie miało miejsce w Budapeszcie we wrześniu 1995 r. (H/Coll(95)4), jak i w: *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawo wewnętrzne państw-członków Rady Europy – wzajemne zależności* [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, kom. red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 443–458.

² Por. Z. Kędzia, *An East-European Perspective on an All-European System of Human Rights Protection* [w:] *Perspectives of an all-European System of Human Rights Protection: The Role of the Council of Europe, the CSCE, and the European Communities: Proceedings and Recommendations of an International Conference*, Poznań, Poland, 8–11 October 1990, s. 190; R. Wieruszewski, *Human Rights and current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries* [w:] *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralist Democracy*, eds. A. Rosas, J. Helgesen, Dordrecht–Boston–London 1992, s. 194.

³ Jak trafnie pisał W. Osiatyński: „Socjalistyczny konstytucjonalizm odrzucił zasadę przyrodzonych (*innate*) praw człowieka i traktował prawa indywidualne jako rodzaj dobra gwarantowanego przez państwo w zamian za wypełnienie obowiązków obywatelskich” – *idem*, *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, „Columbia Human Rights Law Review” 1994, vol. 26, s. 112.

Kluczowe w tym zakresie było przystąpienie Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴. Był to wyraźny efekt prawny likwidowania podzielonej Europy, polegający m.in. na zerwaniu z podwójnym standardem praw człowieka, zmierzający w kierunku osadzenia praw człowieka w ramie humanistycznych, ogólnoeuropejskich wartości.

Przystąpienie do EKPCz było wyraźnym wskazaniem na potrzebę przełamania istniejącego dualizmu i stworzenia jednolitych standardów w zakresie ochrony praw człowieka dla obu części Europy. Wówczas jednak pojawiły się pytania związane z określeniem, doprecyzowaniem tego, co nazywamy standardem europejskim. Ideą przewodnią było zachowanie homogeniczności europejskiego systemu prawnego w warunkach rozszerzania Rady Europy (dalej: RE). Równocześnie jednak pojawiały się pytania o zakres regulacji, o zakres tej homogeniczności i sposób jej rozumienia w konkretnych warunkach danego państwa. Sprowadzały się one w swojej istocie do dookreślenia relacji zasady uniwersalności i subsydiarności w systemie konwencyjnym. Nie było to zagadnienie nowe w systemie Rady Europy. Jednakże w tzw. nowych demokracjach przystępujących w początkach lat 90. do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, z całym bagażem minionego systemu, ale i swoich tradycji prawnych, pytanie to wybrzmiewało dość mocno. Można było obserwować wyrażane w różnych państwach, nie tylko w Polsce, obawy przed zbyt daleko idącą „uniformizacją” prawa i ograniczaniem dopiero co odzyskanej suwerenności. Obawy te udało się w dużej mierze w tym pierwszym okresie rozproszyć, ale pojawiały się one nadal, a także powracały w kolejnych latach.

Proces rozszerzania Rady Europy spowodował, że zwiększeniu uległa nie tylko jej heterogeniczność kulturowa, ale i prawna. Europejski system ochrony jest subsydiarny w stosunku do systemów ochronnych państw, systemów zakorzenionych w różnych tradycjach kulturowych i prawnych. Proces realizowania „jednolitego standardu” ochrony praw człowieka musi być jednak stopniowy, ponieważ ramy prawne RE opierają się na kruchych podstawach zgody państw członkowskich.

Pytanie zasadnicze zatem, stale powracające dotyczyło tego, czy w ramach systemu tworzenia europejskich standardów i jednolitego systemu ochrony jest miejsce na zróżnicowanie, a jeśli tak, to w jakich obszarach. Wydaje się oczywiste, że system Rady Europy zapewnia standard minimum. Dopuszcza zatem współistnienie wspólnych standardów podstawowych i krajowych „swoistości”. Kluczowe jest jednak rozumienie tych „swoistości”. Odwoływanie się do niektórych „krajowych swoistości” mogłoby bowiem skutkować rozbiciem całego systemu europejskiego. Było zatem zrozumiałe, że proces uwzględniania tych odrębności nie mógł prowadzić do podważenia jednolitego rozumienia i poszanowania europejskich standardów ochrony praw człowieka, np. w takim obszarze, jak kwestie niezawisłości sędziowskiej⁵.

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: EKPCz lub Konwencja). Polska ratyfikowała Konwencję w dniu 19 stycznia 1993 r.

⁵ Można tu przytoczyć orzeczenie pochodzące ze znacznie późniejszego okresu, będące wyrazem tego stanowiska: „*Grzęda v. Poland* [GC], no. 43572/18, 15 March 2022, a case concerning the prema-

Problem jest zatem niezwykle delikatny. Istnieje bowiem swoiste napięcie między zasadą subsydiarności a zasadą uniwersalności. Ponadto obejmowanie przez prawa człowieka nowych kwestii, nowych obszarów tematycznych, zwłaszcza z zakresu szeroko pojętej moralności i religii, sprawia, że wyzwania dotyczące homogeniczności i jej rozumienia są stale aktualne. Pojawiały się one już wcześniej i dotyczyły „starej” Rady Europy w nieposzerzonym kształcie.

I to właśnie w tamtej sytuacji pomocą w przewyciężaniu tych obaw stała się koncepcja *margin of appreciation* wyprowadzona przez organ sądowy RE.

Na temat tej koncepcji istnieje bardzo bogata literatura⁶. Mimo to stale istnieją wokół niej kontrowersje i zróżnicowane oceny co do jej znaczenia. Mój głos zatem traktuję jako kolejny w tym dyskursie, podkreślający znaczenie tej koncepcji, zwłaszcza w warunkach wyraźnie obserwowanej tendencji coraz szerszego zakresu regulacji kwestii o charakterze moralnym, a także stosowania rozszerzającej interpretacji zastanych pojęć z tego obszaru.

Koncepcja marginesu oceny jest uważana za jedną z najważniejszych konstrukcji prawnych w europejskim orzecznictwie praw człowieka⁷. Z uwagi na jej genezę określa się ją raczej jako doktrynę czy koncepcję, a nie zasadę⁸. Wpłynęła ona w istotnym stopniu na sposób argumentowania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał) i w dużej mierze zdefiniowała stosunki Trybunału z państwami związanymi Konwencją. Odnosi się ona do pola manewru, jakie organy strasburskie są skłonne przyznać władzom krajowym, z uwagi na ich „swoistości” rozwiązań prawnych, w wypełnianiu ich obowiązków wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁹.

Margines oceny został po raz pierwszy oficjalnie przyjęty przez Europejską Komisję Praw Człowieka w raporcie z 1958 r. w sprawie wniesionej przez Grecję przeciwko Wielkiej Brytanii w związku z domniemanymi naruszeniami praw człowieka podczas operacji antyrebelianckich na Cyprze. Do końca lat 90. XX w. koncepcja ta została potwierdzona przez liczne decyzje Komisji i wyrażona w ponad siedmiuset wyrokach Trybunału¹⁰.

ture termination of a Supreme Administrative Court judge's term of office as member of the National Council of the Judiciary, the Court relied on Protocol No. 15 to emphasise the importance of shared responsibility and how this is linked to judicial independence. It noted that national authorities and courts must interpret and apply domestic law in a manner that gives full effect to the Convention and underscored that the Convention system cannot function properly without independent judges (§ 324). The Court underlined that the Contracting Parties' task of ensuring judicial independence was thus of crucial importance for the functioning of the Convention system".

⁶ Nie sposób wymienić tutaj wszystkich publikacji, które ukazały się na ten temat. Wybrane z nich znajdują się w przypisach do niniejszego tekstu.

⁷ Zob. szerzej A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

⁸ S. Greer, *The interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle of margin of appreciation*, „UCL Human Rights Review” 2010, vol. 3, s. 2.

⁹ https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp [dostęp: 5.05.2024].

¹⁰ *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, „Human Rights Law Journal” 1998, vol. 19, no. 1.

Genezę tej koncepcji łączy się powszechnie z orzeczeniem *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1976 r. Podstawą, dla której w tej sprawie dopuszczono zastosowanie *margin of appreciation*, była ochrona moralności, a równocześnie brak jednej wspólnej europejskiej koncepcji moralności (*the lack of a European conception of morals*). Warunkiem zatem zastosowania w danej sprawie tej koncepcji jest brak powszechnej zgody państw co do określonej dziedziny¹¹. W świetle tego orzeczenia państwom pozostawiono szeroki margines oceny w odniesieniu do ochrony moralności, ponieważ pojęcie to, jak i jego zakres, różni się w poszczególnych państwach członkowskich¹².

Brak zatem wzorca, który można by uznać za europejski standard, dopuszczał zastosowanie swobody oceny, a zdaniem Trybunału nie jest możliwe znalezienie w prawach państw-stron Konwencji uniwersalnej koncepcji moralności, bo należy ona do kategorii wartości subiektywnych, poddawanych ocenie przy uwzględnieniu różnych okoliczności.

Granice zaś stosowania marginesu oceny bywają różne. Jest on stopniowalny w zależności od wielu czynników, takich jak natura danego prawa, znaczenie tego prawa dla jednostki, charakter ingerencji, realizowany cel¹³. Można tu przytoczyć także orzeczenie późniejsze z 1992 r., w którym Trybunał stwierdził, że „władze krajowe korzystają z szerokiego marginesu oceny w kwestiach moralnych, zwłaszcza w obszarze, który dotyka kwestii przekonań dotyczących natury ludzkiego życia”¹⁴. Kolejny raz zatem Trybunał uznał, że kwestie moralne są tymi, co do których stanowiska państw mogą być i są zróżnicowane.

Innym, jeszcze z lat 70. orzeczeniem, które zaznaczyło się wyraźnie w ewolucji koncepcji marginesu oceny jest wyrok w sprawie *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1979 r. W orzeczeniu tym Trybunał po raz pierwszy zauważył, że granice marginesu oceny są zmienne¹⁵.

W tym kontekście też wypracowane zostały kluczowe elementy, można nawet powiedzieć zasady, stanowiące rdzeń koncepcji *margin of appreciation*. Jak podkreśla się w literaturze¹⁶, kluczową jest zasada proporcjonalności, która odnosi się do prawnych

¹¹ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 67–71.

¹² „The Court did not find a violation of Art. 10 on the ground that the state had a legitimate aim to protect morals. The Court could not identify a uniform conception of morals in the domestic law of the various Member States because »the requirements of morals vary from time to time and from place to place, especially in our era, which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject«” (*Handyside v. The United Kingdom*, judgment of 07.12.1976, § 48).

¹³ W. Józwicki, *Ograniczenia w korzystaniu z praw zagwarantowanych w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych a koncepcja marginesu swobody oceny* [w:] *Między prawem a polityką. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Hannie Suchockiej*, red. B. Kaniewska, T. Wasilas, K. Urbaniak, Poznań 2023, s. 970.

¹⁴ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, judgment of 29.10.1992.

¹⁵ Wyrok ETPCz z dnia 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 6538/74, HUDOC, pkt 59. Zob. też A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 64.

¹⁶ A. Łukaszczyk, *Ograniczanie wolności wypowiedzi i wyrażania opinii w wybranych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 126, seria: Acta Universitatis Wratislaviensis, nr 4056.

możliwości wprowadzania ograniczeń. Argumenty przemawiające za ograniczeniem danej swobody muszą być istotne i wystarczające (proporcjonalne) do uprawnionego celu, a więc nie mogą być wprowadzone ponad miarę. Kolejną zasadą jest celowość (konieczność, niezbędność) wprowadzanych ograniczeń w demokratycznym państwie prawnym, uzasadniana także jako „pilna potrzeba społeczna” takiej ingerencji. Jak podkreśla Agnieszka Łukaszczyk, elementy składające się na warunek „pilnej potrzeby społecznej” w odniesieniu do filarów demokratycznego społeczeństwa to względ na pluralizm, tolerancję i otwartość, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje¹⁷.

Margines oceny wiąże się zatem z poszanowaniem odrębności kulturowych, ale i w jakimś stopniu politycznych występujących w systemach prawnych różnych państw¹⁸ i pozwala zapewnić pewną elastyczność niezbędną do uniknięcia szkodliwych konfrontacji między ETPCz a państwami członkowskimi. Ponadto umożliwia Trybunałowi zrównoważenie suwerenności państw członkowskich z ich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji¹⁹. Samo jednak precyzyjne zdefiniowanie tej koncepcji nie jest łatwe. Trudność ta wynika również z faktu, że wcześniej ani Komisja, ani Trybunał nie podjęły się zdefiniowania marginesu oceny, traktując tę koncepcję w sposób funkcjonalny, na potrzeby rozpatrywania przez nie poszczególnych spraw²⁰.

Sens zatem koncepcji *margin of appreciation* leży w tym, iż pozwala ona na pewne „zróżnicowane” zachowanie w zależności od tego, do czego odnosi się dany problem. Dotyczy to przede wszystkim najdelikatniejszych sfer działania człowieka, a więc sytuacji, kiedy prawo może spotkać się ze sprzeciwem sumienia obywateli²¹. Nieistnieniu europejskiego konsensusu w danej sprawie będzie zwykle towarzyszył szerszy margines oceny przyznany państwu²². W sprawach, w których Trybunał przyznaje państwu szeroki margines uznania, zasadniczo akceptuje on wybory dokonane przez władze krajowe. Zatem standard „konsensusu europejskiego” jest ważną przesłanką, jaką posługuje się Trybunał w swojej ocenie. Nie ulega jednak wątpliwości, że mimo tej przesłanki ETPCz będzie zawsze w swojej ocenie uwzględniał koncepcję proporcjonalności w celu zapewnienia, że prawa ustanowione w Konwencji nie są nadmiernie omijane czy też nie jest naruszany minimalny standard. W momencie wejścia w życie Konwencji została uznana za „minimalny standard” przez państwa członkowskie Rady Europy. Oznacza to, że państwa mają możliwość zapewnienia wyższego poziomu

¹⁷ *Ibidem*, s. 7.

¹⁸ L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, EPS 2008, nr 4.

¹⁹ D. Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Paper Series, February 2012.

²⁰ R.St.J. Macdonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the ECHR* [w:] *International Law at the time of its codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Milan 1987, s. 190.

²¹ M. Zubik, *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, wyd. 4, Warszawa 2023, s. 42.

²² Por. I. de la Rasilla del Moral, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, „German Law Journal” 2006, vol. 7, no. 6, s. 617.

ochrony tych praw, a także obowiązek nieobniżania tego standardu we własnych systemach prawnych.

Chociaż teoretycznie nie ma żadnych ograniczeń w jej stosowaniu, Trybunał nie odwoływał się do koncepcji *margin of appreciation* w ocenie praw absolutnych zapisanych w art. 2–4 EKPCz, które chronią prawo do życia, a także wolność od tortur i nie-ludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania oraz wolność od niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej. Do tej kategorii należy zaliczyć także prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPCz).

Zastosowanie koncepcji marginesu oceny odnosi się najczęściej do praw chronionych art. 8, 9 oraz 10 EKPCz. Artykuły te łączy charakterystyczna struktura. W ust. 1 Konwencji uregulowane zostały poszczególne prawa, takie jak prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania oraz prawo do wolności wypowiedzi. Natomiast w ust. 2 zawarte są tzw. klauzule limitacyjne, które pozwalają na ograniczenie korzystania z praw unormowanych w ust. 1 tych postanowień i jednocześnie określają warunki wprowadzania tychże ograniczeń²³.

Istotnym elementem jest obiektywność przedmiotowego ograniczenia. Trybunał dokonał rozróżnienia między obiektywnym charakterem utrzymania autorytetu władzy sądowniczej (co pozostawiło państwu węższy margines oceny) a subiektywnym charakterem ochrony moralności, w przypadku której ETPCz powinien ustosunkować się do poglądów krajowych²⁴.

Przy ocenie tej instytucji od początku zderzały się dwie koncepcje – jedna domagająca się większej uniformizacji i ograniczania *margin of appreciation* z obawy, aby nie pomniejszyć standardów ochrony, druga zaś, wręcz przeciwnie, uważająca, że z uwagi na obejmowanie pojęciem praw człowieka coraz to nowych kwestii szczegółowych stosowanie unormowań europejskich coraz częściej styka się z odrębnościami kulturowymi obecnymi w poszczególnych państwach Rady Europy i tym samym trudno zmierzać do ograniczania marginesu oceny.

System Rady Europy nie opiera się na sztywnej ideologii. Bazuje na wspólnie podzielanej aksjologii, do której należy także pozostawienie pewnej swobody w odniesieniu do podejmowania decyzji przez państwa z uwagi na ich zróżnicowanie kulturowe i tradycję. Najgłośniejsza w ostatnich latach w tym zakresie była sprawa *Lautsi przeciwko Włochom* odnosząca się do obecności krucyfiks w klasie szkolnej²⁵. Sprawa dotyczyła państwa założyciela Rady Europy, tj. Włoch. Stanowisko Trybunału I instancji zostało zakwestionowane i sprawa została skierowana do Wielkiej Izby. Orzeczenie Wielkiej Izby było diametralnie odmienne od orzeczenia I instancji.

Opierając się właśnie na koncepcji marginesu oceny, Wielka Izba oceniała, czy nie doszło do przekroczenia marginesu oceny przez stronę rządową i tym samym naruszenia standardu konwencyjnego. W sprawie *Lautsi przeciwko Włochom* sprowadziło

²³ Zob. szerzej A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*

²⁴ *Müller and others v. Switzerland*, judgment of 24.05.1988.

²⁵ Wyrok ETPCz z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie *Lautsi przeciwko Włochom*, nr skargi 30814/06, HUDOC.

się to do rozstrzygnięcia kwestii, czy obecność krucyfiks w klasie szkoły publicznej ma charakter indoktrynacji uczniów, co byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCz. Wielka Izba odpowiedziała na to pytanie negatywnie, stwierdzając, że w swej istocie krucyfiks na szkolnej ścianie ma charakter symbolu pasywnego, którego wpływ nie może być porównywalny do nauczania religii w szkole czy do udziału uczniów w obrzędach religijnych. Krucyfiks jako taki, przez swoją obecność na szkolnej ścianie, nie narusza zasady neutralności w wykonywaniu funkcji edukacyjnych przez państwo. Z uwagi na brak konsensusu europejskiego w tej sprawie państwa korzystają ze stosunkowo szerokiego marginesu oceny. Analiza porównawcza obu orzeczeń wydanych przez Izbę i Wielką Izbę wyraźnie wskazuje, jak istotne znaczenie dla osiągnięcia odmiennych rozstrzygnięć ma kwestia podejścia do marginesu oceny jako jednej z kluczowych metod interpretacyjnych EKPCz²⁶.

Czy zatem w tym świetle można zasadnie postawić pytanie co do celowości tej instytucji i pojawiającego się zarzutu, że już samo jej istnienie, a zwłaszcza poszerzanie zakresu *margin of appreciation* nie zrelatywizuje, a w ostateczności nie podważa fundamentów wspólnego europejskiego systemu ochrony jednostki? Mechanizm ten został określony przez jednego z autorów jako „śliski i nieuchwytny jak węgorz”²⁷ i skrytykowany za jego niejasny charakter i nieprzewidywalność.

W literaturze podkreśla się pozytywne płynące z tej koncepcji i jej przydatności na płaszczyźnie międzynarodowej. Jak wskazuje Adam Wiśniewski: „pozwala ona bowiem na wyważanie praw jednostek z podstawami ich ograniczeń przez różne państwa, a także daje możliwość mediacji pomiędzy różnymi koncepcjami moralności”²⁸. Sądzę, że wspomniana w tym kontekście kwestia mediacji jest bardzo istotna. Kluczowe bowiem w obecnych warunkach staje się poszukiwanie takich rozwiązań w relacjach pomiędzy trybunałami europejskimi a krajowymi, które nie będą prowadziły do tzw. ostatniego słowa, ale do dialogu wynikającego z *shared responsibility*²⁹.

Nie ulega wątpliwości, że krytyczna ocena tej instytucji nie została podzielona przez autorów Protokołu nr 15 do EKPCz. Podczas konferencji w Brighton w 2012 r. na temat przyszłości Trybunału, mającej na celu opracowanie strategii dla długoterminowej przyszłości systemu Konwencji, państwa członkowskie przyjęły Protokół nr 15³⁰.

²⁶ M. Kowalski, *Powrót czarnoksiężnika – uwagi na tle wyroku Wielkiej Izby ETPCz z 18.03.2011 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, FP 2011, nr 4–5(6–7), s. 29.

²⁷ A. Lester, *Universality vs. Subsidiarity: A reply*, „European Human Rights Law Review” 1998, no. 1, s. 73 i 75.

²⁸ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 442–443.

²⁹ W. Jóźwicki, *Ultra vires and constitutional identity control – apples and oranges or two drops of water? Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the „sequential” model of adjudication on art. 4(2) TEU*, Verfassungsblog, 15 June 2020, <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/> [dostęp: 5.05.2024]; H. Suchocka, *Zmieniająca się funkcja idei tożsamości konstytucyjnej* [w:] *Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza*, red. A. Kozłowski, Wrocław 2022, s. 229–239.

³⁰ Protokół nr 15 zmieniający Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Strasburgu dnia 24 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1879).

Został on otwarty do podpisu 24 czerwca 2013 r. Ponieważ dokument ten wprowadził znaczące zmiany do systemu Konwencji, zgoda wszystkich 47 państw członkowskich stała się warunkiem jego wejścia w życie. Polska ratyfikowała Protokół w 2015 r. W dniu 21 kwietnia 2021 r. ratyfikowały go Włochy i były one ostatnim państwem Rady Europy, którego podpis był wymagany, aby Protokół mógł wejść w życie – stało się to 1 sierpnia 2021 r.

Jednym z głównych ustaleń zapisanych w Deklaracji przyjętej na konferencji w Brighton było włączenie zasady pomocniczości i marginesu oceny do tekstu preambuły Konwencji. Znamienne jest oświadczenie zawarte w Deklaracji, że członkowie konferencji „z zadowoleniem przyj[mują] rozwój przez Trybunał w swoim orzecznictwie zasad takich jak pomocniczość i margines oceny oraz zachęca[ją] Trybunał do nadania dużego znaczenia i konsekwentnego stosowania tych zasad w swoich wyrokach” (§ 12)³¹. Oświadczenie to pokazuje znaczenie, jakie przywiązuje się do tej koncepcji we współczesnych warunkach. Nie zdezaktualizowała się ona w wyniku poszerzenia Rady Europy, a wręcz przeciwnie, zyskała na znaczeniu. Z instytucji zatem wywodzącej się i zakorzenionej w orzecznictwie Trybunału stała się instytucją zakotwiczoną w tekście prawnym, przyjętą w wyniku *stricte* określonej procedury prawnej. Zamieszczenie jej w preambule świadczy o trwałości i potrzebie posiadania takiego mechanizmu w systemie RE. Można oczywiście odwoływać się do dyskusji, jaki charakter prawny ma preambuła aktu prawnego. Stanowiska w doktrynie są na ten temat podzielone. Widać jednak wyraźną ewolucję poglądów w kierunku podkreślania prawnego znaczenia preambuły. Nawet jeśli są to zróżnicowane poglądy co do jej charakteru, to nie ulega wątpliwości, że wskazane w preambule zasady i wartości mają istotne znaczenie jako dyrektywy interpretacyjne aktu. Zatem przeniesienie koncepcji *margin of appreciation* do pisanego tekstu Konwencji, a nie tylko traktowanie jej jako instytucji ukształtowanej orzecznictwem stabilizuje jej rolę w systemie konwencyjnym Rady Europy. Wybrana zatem w latach 70. droga orzecznicza została potwierdzona.

Trudno w tym miejscu dokładnie przewidzieć, jak zmieni się rola tego mechanizmu w związku z jego jurydyzacją. Niekiedy wspomina się tylko o symbolicznym znaczeniu tej zmiany bez istotnych konsekwencji prawnych. Osobiście nie podzielam takiego poglądu. Sądzę, że w dobie zaostrzających się konfliktów ideologicznych, moralnych i religijnych, czego jesteśmy świadkami, i powstających w ich ramach sporów dotyczących zakresu ograniczeń czy poszerzania rozumienia praw zawartych w Konwencji znaczenie koncepcji *margin of appreciation* może ulec zwiększeniu. Napięcia w kwestiach moralnych wykazują wyraźną dynamikę, zaś przywołana wcześniej sprawa *Lautsi przeciwko Włochom* jest tu tylko jednym z najwymowniejszych przykładów ostatnich lat. Inne orzeczenia dotyczą spraw odnoszących się do definicji małżeństwa. Są to kwestie związane z tym, co można nazwać tworzeniem europejskiego standardu w obszarze moralności. Odpowiedzi na te dylematy udzielało już orzecznictwo ETPCz jeszcze przed wejściem w życie Protokołu nr 15. W swoim orzeczeniu z dnia 24 czerwca 2010 r.

³¹ ECourTHR, *Revisiting subsidiarity in the age of shared responsibility*, Judicial Seminar 2024, 15 January 2024, Background Document, s. 3.

w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* Trybunał uznał, że: „chociaż instytucja małżeństwa przeszła poważne zmiany społeczne od czasu przyjęcia Konwencji, to nie ma europejskiego konsensusu w sprawie małżeństw osób tej samej płci”³². W świetle tego stanowiska uznano, że ta dziedzina, tj. definicja małżeństwa, jest tą, w której z uwagi na brak ustalonego konsensusu nie ma jednolitego standardu europejskiego. W związku z tym państwa mogą korzystać ze swobody oceny w zakresie tej regulacji, jeśli nie dochodzi do dyskryminacji innych osób. Tym bardziej, że Karta praw podstawowych UE³³ w art. 9 w zakresie regulacji tych kwestii odsyła do ustawodawstwa krajowego.

Podobne oceny pojawiają się w opiniach Komisji Weneckiej mających charakter *soft law*. I tak np. w swojej opinii w odniesieniu do propozycji poprawki do Konstytucji Macedonii w 2014 r. definiującej małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny Komisja odwołała się do orzecznictwa ETPCz ze względu na brak w tym zakresie jednolitego standardu³⁴.

Sytuacja jest jednak dynamiczna i w ostatnich latach stanowisko Trybunału ewoluje w kierunku zawężania w tych kwestiach stosowania marginesu oceny. Zatem jurydyzacja tej koncepcji otwiera nowe możliwości w utrzymywaniu równowagi w obliczu nieuniknionych, jak się wydaje, antynomii i związanych z nimi dylematów, przed którymi staje ETPCz, stosując Konwencję i rozwijając europejskie standardy praw człowieka³⁵.

Można oczywiście dyskutować, czy zmiany wprowadzone przez Protokół nr 15 będą miały znaczący wpływ na funkcjonowanie Trybunału i zmianę orzecznictwa. To pokaże dopiero czas. Wiele zależy od tego, w jaki sposób ETPCz zastosuje nowo dodane zasady i czy nada im większą wagę teraz, gdy zostały one włączone do preambuły Konwencji³⁶.

³² ECHR App. No. 301414-04.

³³ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389).

³⁴ Komisja, odwołując się do orzecznictwa ETPCz, stwierdziła, że: „Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) konsekwentnie orzekł, że art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) („Prawo do zawarcia związku małżeńskiego”), w obecnym stanie rzeczy, pozostawia takie kwestie regulacji prawa krajowego państw członkowskich. Ponadto w niedawnej sprawie *Hämäläinen przeciwko Finlandii* Wielka Izba orzekła, że art. 8 EKPCz nie może być interpretowany jako nakładający na państwa obowiązek zapewnienia parom tej samej płci dostępu do małżeństwa. Wydaje się, że istnieją różne tendencje w definiowaniu małżeństw w krajowym porządku prawnym” – CDL-AD(2014)026, Opinion on the seven amendments to the Constitution of „the Former Yugoslav Republic of Macedonia”. Należy dodać, że dokonując tych poprawek do Konstytucji Macedonii, czyli wprowadzając definicję małżeństwa wyłącznie jako związku heterogenicznego, ustrojodawca dopuścił zarazem tworzenie związków jednopłciowych, ale wyraźnie nadał im w Konstytucji inną nazwę niż małżeństwo. Zob. też opinię Komisji Weneckiej dotyczącą poprawek do Konstytucji Węgier – CDL-AD(2011)016, § 50. Brak ogólnoeuropejskiego konsensusu w tej sprawie był także podkreślany w opinii Komisji Weneckiej na temat „draft law on the review of the Constitution of Romania” – CDL-AD(2014)010, § 86.

³⁵ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 445.

³⁶ D. Stanculescu, *Subsidiarity and the margin of appreciation in Protocol 15 of the ECHR: Substantial or symbolic change?*, 5 July 2021, <https://www.publicinternationalallawandpolicygroup.org/lawyer-ing-justice-blog/2021/7/5/subsidiarity-and-the-margin-of-appreciation-in-protocol-15-of-the-echr-substantial-or-symbolic-change> [dostęp: 5.05.2024].

Wprowadzenie zasady subsydiarności i marginesu oceny do preambuły podkreśla zasadę, że to władze krajowe są przede wszystkim odpowiedzialne za ochronę praw człowieka (*shared responsibility*). Są one również odpowiedzialne za zapewnienie środków zaradczych w przypadku naruszenia praw. Dialog sądowy może zachęcić władze krajowe do odgrywania bardziej aktywnej roli w rozwiązywaniu kwestii związanych z prawami człowieka na szczeblu krajowym, zanim trafią one do ETPCz.

W 2012 r. przewodniczący Trybunału, sędzia Dean Spielmann postawił zasadnicze pytanie, a mianowicie: „czy dopuszczając jakiegokolwiek margines oceny, Trybunał Europejski po prostu rzeka się swoich uprawnień kontrolnych, czy też przypisuje odpowiedzialność sądom krajowym w interesie zdrowej pomocniczości (*healthy subsidiarity*)?”³⁷. Analiza sytuacji od tamtego czasu, dynamika orzecznictwa, a także zmiany, jakie zostały wprowadzone w Protokole do Konwencji, dają jednoznaczną odpowiedź. Dokonane zmiany to właśnie poszukiwanie balansu między sądami europejskimi a krajowymi, nawet poprzez zwiększenie roli sądów krajowych, aby zapewnić możliwość realizacji tej „zdrowej subsydiarności”. Można zakładać, że jednym z argumentów na rzecz takiego rozumienia koncepcji *margin of appreciation* i jej roli jest obserwacja praktyki orzeczniczej ETPCz. Obserwujemy tu zjawisko obejmowania coraz szerszą ochroną międzynarodową praw człowieka prowadzącą do tego, że Trybunał może nie spełniać już tylko roli subsydiarnej. Cały bowiem szereg orzeczeń z ostatnich lat powoduje, iż mamy do czynienia niejednokrotnie z bardzo szczegółowym „*sui generis* ustawodawstwem” strasburskim. I w tym kontekście *margin of appreciation* jest narzędziem gwarantującym zbalansowanie tych ról. Ostateczna decyzja o tym, ile swobody należy przyznać władzom krajowym, zależy od wagi, jaką Trybunał przywiązuje do takich czynników, jak konsensus na poziomie europejskim, charakter prawa i cel, do którego dąży kwestionowany środek.

Należy się zatem zgodzić ze Stevenem Greerem, że doktryna marginesu oceny jest integralną i istotną częścią systemu zasad interpretacyjnych Konwencji, ale jednocześnie pozostawiającą pewną przestrzeń interpretacyjną państwom członkowskim. Równocześnie zakres marginesu oceny jest ograniczony poprzez podporządkowanie go podstawowym zasadom EKPCz, a w szczególności zasadzie proporcjonalności. Pozwala to na zagwarantowanie uniwersalności, ale zarazem i możliwości zróżnicowanej interpretacji w określonych sytuacjach w kontekście krajowym³⁸. Niemniej jednak „odkodowanie” sposobu, w jaki margines oceny ma zastosowanie, ma ogromne znaczenie, biorąc pod uwagę, że Konwencja nie została stworzona w interesie państw, ale dla dobra ich obywateli.

³⁷ D. Spielmann, *Allowing the Right Margin...*

³⁸ S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 17, Strasbourg 2000, s. 14.

Literatura

- Garlicki L., *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4.
- Greer S., *The interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle of margin of appreciation*, „UCL Human Rights Review” 2010, vol. 3.
- Greer S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 17, Strasbourg 2000.
- Jóźwicki W., *Ograniczenia w korzystaniu z praw zagwarantowanych w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych a koncepcja marginesu swobody oceny* [w:] *Między prawem a polityką. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Hannie Suchockiej*, red. B. Kaniewska, T. Walas, K. Urbaniak, Poznań 2023.
- Jóźwicki W., *Ultra vires and constitutional identity control – apples and oranges or two drops of water? Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the „sequential” model of adjudication on art. 4(2) TEU*, *Verfassungsblog*, 15 June 2020, <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/>.
- Kędzia Z., *An East-European Perspective on an All-European System of Human Rights Protection* [w:] *Perspectives of an all-European System of Human Rights Protection: The Role of the Council of Europe, the CSCE, and the European Communities: Proceedings and Recommendations of an International Conference*, Poznań, Poland, 8–11 October 1990.
- Kowalski M., *Powrót czarnoksiężnika – uwagi na tle wyroku Wielkiej Izby ETPCz z 18.03.2011 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 4–5(6–7).
- Lester A., *Universality vs. Subsidiarity: A reply*, „European Human Rights Law Review” 1998, no. 1.
- Łukaszczyk A., *Ograniczanie wolności wypowiedzi i wyrażania opinii w wybranych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 126, seria: *Acta Universitatis Wratislaviensis*, nr 4056.
- Macdonald R.St.J., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the ECHR* [w:] *International Law at the time of its codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Milan 1987.
- Osiatyński W., *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, „Columbia Human Rights Law Review” 1994, vol. 26.
- de la Rasilla del Moral I., *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, „German Law Journal” 2006, vol. 7, no. 6.
- Spielmann D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Paper Series, February 2012.
- Stanculescu D., *Subsidiarity and the margin of appreciation in Protocol 15 of the ECHR: Substantial or symbolic change?*, 5 July 2021, <https://www.publicinternationallawandpolicygroup.org/lawyering-justice-blog/2021/7/5/subsidiarity-and-the-margin-of-appreciation-in-protocol-15-of-the-echr-substantial-or-symbolic-change>.
- Suchocka H., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawo wewnętrzne państw-członków Rady Europy – wzajemne zależności* [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, kom. red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996.
- Suchocka H., *Zmieniająca się funkcja idei tożsamości konstytucyjnej* [w:] *Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza*, red. A. Kozłowski, Wrocław 2022.

The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice, „Human Rights Law Journal” 1998, vol. 19, no. 1.

Wieruszewski R., *Human Rights and current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries* [w:] *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralist Democracy*, eds. A. Rosas, J. Helgesen, Dordrecht–Boston–London 1992.

Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

Zubik M., *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, wyd. 4, Warszawa 2023.

Streszczenie

Hanna Suchocka

Jeszcze wokół koncepcji *margin of appreciation* w kontekście Protokołu nr 15 do EKPCz

Jedną z ważniejszych, a zarazem wywołujących wiele dyskusji instytucją w systemie Rady Europy jest koncepcja *margin of appreciation*. Proces rozszerzania Rady Europy spowodował, że zwiększeniu uległa nie tylko heterogeniczność kulturowa, ale i prawna RE. Europejski system ochrony jest subsydiarny w stosunku do systemów ochronnych państw, systemów zakorzenionych w różnych tradycjach kulturowych i prawnych. Równocześnie przystąpienie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oznacza poszukiwanie jednolitego wspólnego standardu ochrony praw człowieka. Pytanie zasadnicze zatem, stale powracające dotyczyło tego, czy w ramach systemu tworzenia europejskich standardów i jednolitego systemu ochrony jest miejsce na zróżnicowanie, a jeśli tak, to w jakich obszarach. Odpowiedzią na te kwestie była rozwijająca się już od lat 70. w orzecznictwie Rady Europy koncepcja *margin of appreciation*. W 2012 r. została wprowadzona przez Protokół nr 15 do preambuły EKPCz. Z instytucji orzeczniczej stała się instytucją zakorzenioną w akcie Konwencji. Podkreśla to znaczenie, jakie przypisuje się koncepcji *margin of appreciation* w relacjach pomiędzy ETPCz i państwami członkowskimi, a jednocześnie ma na celu wzmocnienie zasady subsydiarności. Pytanie, jakie w tym kontekście powstaje, dotyczy tego, czy zmiany wprowadzone przez Protokół nr 15 będą miały znaczący wpływ na funkcjonowanie Trybunału i orzecznictwo. To pokaże dopiero czas. Wiele zależy od tego, w jaki sposób Trybunał zastosuje nowo dodane zasady i czy nada im większą wagę teraz, gdy zostały one włączone do preambuły Konwencji.

Słowa kluczowe: swoboda oceny, prawa człowieka, Europejska Konwencja Praw Człowieka, uniwersalność, subsydiarność, proporcjonalność.

Summary

Hanna Suchocka

Further Discussion Relating to the Concept of Margin of Appreciation in the Context of Protocol No. 15 to the ECHR

One of the most important and yet much-debated institutions in the Council of Europe system is the concept of margin of appreciation. The expansion process of the Council of Europe has increased the cultural and legal heterogeneity of the Council of Europe. The European system of protection is subsidiary to states' protection systems, which are rooted in different cultural and legal traditions. At the same time, accession to the European Convention on Human Rights entails the search for a uniform common standard of human rights protection. The fundamental and constantly recurring question, therefore, was whether, within the framework of the system of creating European standards and a unified system of protection, there is room for differentiation, and if so, in what areas. The answer to these questions was the concept of margin of appreciation, developed since the 1970s in the jurisprudence of the Council of Europe. In 2012, it was introduced by Protocol 15 of the Council of Europe into the preamble of the Convention. It went from being a jurisprudential institution to one that is rooted in the text of the Convention itself. This underscores the importance attributed to the concept of margin of appreciation in the relationship between the European Court and States, while also seeking to strengthen the principle of subsidiarity. The question that arises in this context is whether the changes introduced by Protocol 15 will have a significant impact on the functioning of the Court and will lead to a change in jurisprudence. Only time will tell. Much depends on how the Court will apply the newly added principles and whether it will give them more weight now that they have been incorporated into the preamble of the Convention.

Keywords: margin of appreciation, human rights, Convention on Human Rights, universality, subsidiarity, proportionality.