



Adam Wiśniewski

Uniwersytet Gdański

praaw@wp.pl

PROPORCJONALNOŚĆ I *FAIR BALANCE* W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Wstęp

O proporcjonalności ani też pojęciu *fair balance* nie wspomniano wprost w postanowieniach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC lub Konwencja) ani w żadnym z protokołów dodatkowych do tej Konwencji. Tym niemniej należą one bodajże do najczęściej przywoływanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Zarówno proporcjonalność, jak i *fair balance* zasłużyły z pewnością na miano zasad z uwagi na ich szczególne znaczenie w procesie wykładni i stosowania Konwencji¹. Są to przy tym zasady wyprowadzane z postanowień EKPC, gdzie nie zostały wprost wyrażone, w orzecznictwie Trybunału strasburskiego.

Zasada proporcjonalności zaliczana jest do jednego z najważniejszych narzędzi interpretacyjnych stosowanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka². Jednak orzecznictwo ETPC jest stosunkowo kazuistyczne i trudno w nim odnaleźć podłoże do konceptualizacji tej zasady. Istotną rolę w tym zakresie może odegrać doktryna praw człowieka. Blisko związane ze stosowaniem zasady proporcjonalności pozostaje pojęcie *fair balance* pojawiające się w orzecznictwie strasburskiego Trybunału. Kwestią dyskusyjną jest status *fair balance*. Według niektórych autorów jest to odrębna zasada³, zdaniem innych jest

¹ Zob. S. Greer, *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, OJLS 2003, vol. 23, no. 3, s. 408–410.

² J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden–Boston, 2009, s. 1.

³ Zob. np. A. Mowbray, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2010, vol. 10, no. 2, s. 289–317.

ona swego rodzaju „testem”⁴ lub po prostu szerokim ujęciem zasady proporcjonalności. Nie przesądzając kwestii statusu obu zasad, zauważyć w tym miejscu należy, iż trudno z pewnością prowadzić rozważania na temat zasady proporcjonalności w oderwaniu od zasady *fair balance*.

Stosowaniu zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi w orzecnictwie ETPC, ich relacjom w odniesieniu do innych zasad i metod wykładni towarzyszy wiele znaków zapytania. Ograniczone ramy tego opracowania nie pozwalają na przeanalizowanie wszystkich aspektów obu zasad. Tym niemniej zastosowanie zasady proporcjonalności oraz właściwej równowagi na gruncie EKPC wymaga w szczególności wyjaśnienia ich znaczenia, określenia kryteriów służących ustaleniu, czy została zachowana właściwa równowaga lub proporcjonalność, rozważenia relacji pomiędzy tymi zasadami a pozostającą z nimi w ścisłym związku doktryną marginesu oceny oraz określenia roli zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi w procesie interpretacji i stosowania Konwencji.

1. Znaczenie zasad proporcjonalności i *fair balance*

Zasada właściwej (słusznej, stosownej) równowagi (*fair balance*) dotyczy przede wszystkim relacji pomiędzy wymaganiami ogólnego interesu społeczności i potrzebą ochrony fundamentalnych praw jednostki. W orzeczeniu z 1968 r. w *belgijskiej sprawie językowej* Trybunał stwierdził, iż „z Konwencji wynika właściwa równowaga pomiędzy ogólnym interesem społeczeństwa a poszanowaniem w odniesieniu do fundamentalnych praw człowieka przy przywiązaniu szczególnej wagi do tych ostatnich”⁵, a w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPC uznał, iż „całą Konwencję przenika poszukiwanie właściwej równowagi pomiędzy potrzebami ogólnego interesu społeczności oraz wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki”⁶.

Omawiana tu zasada sięga do fundamentalnego dylematu związanego z ochroną praw człowieka dotyczącego napięcia pomiędzy potrzebą ochrony praw jednostki z jednej strony, a z drugiej, interesami zbiorowymi, interesem państwa czy społeczeństwa⁷. Zasada równoważenia interesów indywidualnych

⁴ J. Christoffersen, *Fair Balance...*, s. 27.

⁵ Wyrok ETPC z dnia 23 lipca 1968 r. w *belgijskiej sprawie językowej* (*Belgian Linguistic Case*) – sprawa „dotycząca pewnych aspektów praw o stosowaniu języków w edukacji w Belgii” *przeciwko Belgii*, 1474/62 i in., par. B.5.

⁶ Wyrok ETPC z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 14038/88, par. 89.

⁷ Zob. np. L. Morawski, *Prawa jednostki a dobro ogólne (liberalizm versus komunitaryzm)*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 11.

lub zbiorowych zakłada, iż stosunki między jednostką a wspólnotami nie mogą być postrzegane w sposób spolaryzowany, czyli taki, aby orzekać autorytatywnie, iż w każdej sytuacji priorytet należy dać interesom jednostki, albo odwrotnie – wspólnoty⁸. Dążyć zatem należy do tego, aby utrzymać słuszną, właściwą równowagę pomiędzy tymi interesami. Tak rozumiana zasada została wykształcona, jak pisze Cezary Mik, zwłaszcza w systemie europejskim na szerokiej podbudowie orzeczniczej⁹. Autor ten zauważa ponadto, iż na gruncie EKPC zasada ta pełni funkcję reguły kolizyjnej nakazującej poszukiwanie słusznej równowagi w przypadku konfliktu pomiędzy wartościami społeczeństwa demokratycznego a wartościami indywidualnymi. Nie przyznaje ona priorytetu jednemu rodzajowi wartości, ale nakazuje je ważyć w konkretnych sprawach¹⁰.

Zasada ta odgrywa także szczególną rolę przy wyprowadzaniu pozytywnych obowiązków państwa z postanowień Konwencji, kiedy to zdaniem Trybunału należy mieć na względzie „właściwą równowagę pomiędzy interesem ogólnym społeczeństwa a interesem jednostki”¹¹.

Jak już wspomniano na wstępie, kwestia wyodrębnienia zasad *fair balance* oraz proporcjonalności jako odrębnych zasad pozostaje kontrowersyjna. Niekiedy bowiem proporcjonalność w szerokim znaczeniu łączona jest właśnie z wyważaniem konkurencyjnych interesów czy też wartości przy orzekaniu o naruszeniu jednego z praw przewidzianych w Konwencji. Przykładowo w sprawie *Ezelin* ETPC stwierdził z kolei, iż zasada proporcjonalności wymaga odszukania równowagi pomiędzy konkurującymi interesami oraz właściwej równowagi pomiędzy z jednej strony wymogami generalnego interesu społeczeństwa a z drugiej – wymogami ochrony fundamentalnych praw¹².

Orzecznictwo strasburskie odwołuje się również często do zasady proporcjonalności (*proportionality principle*) rozumianej *sensu stricte* w kontekście relacji pomiędzy realizowanym celem oraz środkami użytymi do osiągnięcia tego celu¹³. Tak rozumiana zasada proporcjonalności znajduje najczęściej zastosowanie w tych przypadkach, gdzie Konwencja przewiduje możliwość wprowadzania ograniczeń wykonywania praw i wolności. Dotyczy to przede wszystkim praw z grupy artykułów 8 do 11 Konwencji oraz art. 2 Protokołu 4, gdzie w klauzulach

⁸ C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992, s. 237.

⁹ *Ibidem*, s. 237.

¹⁰ Zob. C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 239.

¹¹ Zob. np. w odniesieniu do art. 8 Konwencji wyrok ETPC z dnia 17 października 1986 r. w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 9532/81, par. 37.

¹² Wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 1991 r. w sprawie *Ezelin przeciwko Francji*, 11800/85, par. 52.

¹³ Niektórzy autorzy wskazują, iż zasada proporcjonalności dotyczy potrzeby odnalezienia właściwej równowagi pomiędzy różnymi konkurującymi interesami, stawiając tym samym znak równości pomiędzy zasadami proporcjonalności oraz właściwej równowagi, zob. P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Haga–Boston–London 1998, s. 80.

limitacyjnych zawartych w ustępach drugich tych artykułów (w przypadku art. 2 Protokołu 4 jest to ust. 3) przewidziany został test konieczności. Zasada proporcjonalności stanowi jeden z elementów czy też cząstkowy składnik tego testu, obok m.in. wymogu ustalenia „naglącej potrzeby społecznej”, a także „istotnego i wystarczającego usprawiedliwienia zastosowania ingerencji władzy publicznej”¹⁴. Zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie także m.in. w wypadku art. 14 Konwencji, przy stosowaniu klauzuli derogacyjnej zawartej w art. 15 ust. 1 EKCP, a także np. w odniesieniu do art. 2 Protokołu 1¹⁵.

O ile przyjąć, iż zasada proporcjonalności oraz właściwej równowagi to dwie powiązane ze sobą, ale jednak różne zasady, pojawia się pytanie o relację pomiędzy nimi. Stanowisko Trybunału nie jest tu jednolite. Z niektórych orzeczeń można wywnioskować, iż zasada *fair balance*, zwana też „testem właściwej równowagi”, stanowi składnik testu konieczności, a nie oddzielną zasadę. Na przykład w sprawie *Lithgow i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* EPTC uznał, iż środek polegający na pozbawieniu osoby jej własności nie tylko powinien realizować uprawniony cel, ale także „powinna zachodzić rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami oraz realizowanym celem. Ten ostatni wymóg został wyrażony w innych słowach we wspomnianej sprawie *Sporrong i Lönnroth* dzięki pojęciu właściwej równowagi (*fair balance*), jaka musi zostać osiągnięta pomiędzy wymaganiami ogólnego interesu społeczeństwa a wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki. Wymagana równowaga nie zostanie osiągnięta, jeżeli jednostka będzie musiała ponieść jednostkowy i nadmierny ciężar”¹⁶. Z kolei w sprawie *Young, James i Webster przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał stwierdził, iż uszczerbek poniesiony przez skarżących „przekroczył poza to, co było wymagane, aby osiągnąć właściwą równowagę pomiędzy pozostającymi w konflikcie interesami i nie może być uznawany za proporcjonalny do realizowanych celów”¹⁷. Również w doktrynie można spotkać stanowisko, iż zarówno *fair balance*, jak i *proportionality* dotyczą tej samej zasady proporcjonalności¹⁸.

¹⁴ Zob. szerzej T. Jasudowicz, *Standard konieczności we współczesnym prawie międzynarodowym ze szczególnym uwzględnieniem międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka* [w:] *Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Symonidesowi*, red. E. Haliżak, R. Kuźniar, Warszawa 2003, s. 74–76.

¹⁵ Dokonując przeglądu zakresu zastosowania zasady proporcjonalności, M.A. Eissen zauważa, że zasada ta znajduje zastosowanie m.in. także do art. 4, 6 oraz 12 EKPC, art. 2 i 3 Protokołu 1, zob. szerzej M.A. Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights* [w:] *The European System for the Protection of Human Rights*, eds R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, London 1993, s. 125–146.

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lithgow i i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 9006/80 i in., par. 120.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 13 sierpnia 1981 r. w sprawie *Young, James i Webster przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 7601/76 i in., par. 65.

¹⁸ Zob. m.in. J.J. Cremona, *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* [w:] *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, hrsg. v. U. Beyerlin et al., Berlin 1995, s. 323–330; także Y. Arai-Takahashi, *The Mar-*

Warto jednak zauważyć, że z niektórych orzeczeń dotyczących np. art.1 Protokołu 1 wynika, że zasada proporcjonalności jest traktowana nie jako tożsama z zasadą właściwej równowagi, ale raczej jako jeden z jej elementów czy też przejawów. Na przykład w sprawie *Broniowski* w jednym z punktów uzasadnienia wyroku zatytułowanym „zasada właściwej równowagi” (*principle of a fair balance*) Trybunał stwierdził m.in., iż „zarówno ingerencja w spokojne korzystanie z własności, jak i powstrzymanie się od działania powinny odpowiadać równowadze, jaką należy osiągnąć pomiędzy wymaganiami ogólnego interesu społeczeństwa a wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki [...]. Troska o osiągnięcie tej równowagi została odzwierciedlona w strukturze artykułu 1 Protokołu 1 jako całości. W szczególności powinna zachodzić rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami oraz celem realizowanym jakimikolwiek środkami stosowanymi przez państwo”¹⁹.

Wydaje się, iż zasada właściwej równowagi powinna być ujmowana jako zasada o bardziej podstawowym charakterze, sięgająca fundamentalnych napięć towarzyszących stosowaniu postanowień EKPC – zasada proporcjonalności natomiast może być postrzegana jako wyraz zasady *fair balance* w jej zastosowaniu zwłaszcza do relacji środek–cel. Ze względu na to, że zasada właściwej równowagi dotyczy szerszej perspektywy, określenie właściwej relacji pomiędzy środkami a celami powinno następować w kontekście relacji jednostka–interes ogółu lub innych jednostek.

2. Kryteria służące ustaleniu, czy została zachowana właściwa równowaga i proporcjonalność

Jednym z najtrudniejszych zagadnień związanych ze stosowaniem zasad właściwej równowagi oraz proporcjonalności wiąże się z kwestią określenia parametrów lub też innymi słowy, warunków progowych, od których spełnienia zależy, czy właściwa równowaga czy proporcjonalność zostanie zachowana. Typowe sytuacje, w której zasada *fair balance* znajduje zastosowanie, wiążą się z koniecznością wyważania różnych konkurujących wartości, interesów. Już na wstępie można zauważyć, iż próby określenia w sposób precyzyjny kryteriów, które pozwalałyby jasno określać zachowanie lub też nie proporcjonalności jest o tyle rzeczą niemożliwą, iż niemożliwe jest określenie za pomocą jednoznacznych parametrów, o ile jedno dobro czy wartość jest ważniejsza od drugiego. Proces wyważania jest zatem w tym sensie nieunikniony, decydowanie bowiem

gin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Antwerp–Oxford–New York 2002, s. 14–15 oraz P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 80.

¹⁹ Wyrok ETPC z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce*, 31443/9, par. 150.

o tym, która z konkurujących wartości powinna w danej sytuacji wziąć górę, zależy od konfiguracji czynników występujących w danej sytuacji, zatem określenie proporcjonalności musi przebiegać *ad casum* z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy.

W przypadku oceny stosowanych ograniczeń w orzecznictwie Trybunału wymaga się przedstawienia zastosowanych środków. Władze krajowe powinny przedstawić „wystarczające przyczyny” uzasadniające proporcjonalność tych środków w stosunku do uprawnionego celu. Uznaje się przy tym, iż najbardziej intensywny standard proporcjonalności związany jest ze stosowaniem testów „mniej restrykcyjnej” lub też „najmniej restrykcyjnej alternatywy”, według której państwa-strony Konwencji powinny zastosować najmniej uciążliwy środek, który w równym stopniu może prowadzić do osiągnięcia realizowanego celu²⁰. Warto przy tym zwrócić uwagę, że test mniej uciążliwego środka stosowany jest także w odniesieniu do tych postanowień, w których nie występuje typowa klauzula limitacyjna. Przykładowo, rozpatrując zgodność pozbawienia wolności osoby z art. 5 ust. 1 EKPC Trybunał, uznając, iż „zatrzymanie jest tak poważnym środkiem, że jest usprawiedliwione jedynie, gdy mniej uciążliwe środki zostały rozważone i uznane za niewystarczające do zabezpieczenia jednostkowego lub publicznego interesu, który mógłby wymagać zatrzymania danej osoby”²¹.

W swoim orzecznictwie Trybunał nie jest jednak konsekwentny, jeśli idzie o stosowanie tego testu. Zwraca się uwagę, iż już w *Belgijskiej sprawie językowej* Trybunał uznał, że cel zastosowanych środków krajowych był „sam w sobie wiarygodny” oraz, że „nie jest zadaniem Trybunału ustalać, czy jest możliwe zrealizowanie tego celu w innych sposób”²². Podobnie test mniej uciążliwego środka został odrzucony w sprawie *James i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w której skarżący podnosili, że wywłaszczenie było środkiem zbyt dalego idącym, ponieważ zastosowane przepisy mogłyby uznać za proporcjonalne tylko wówczas, gdyby nie istniał „mniej drastyczny środek” dostępny dla władz krajowych²³. Trybunał uznał jednak, iż dostępność alternatywnych rozwiązań nie czyni zastosowanej reformy niesprawiedliwą. „Dostępność ta stanowi jedynie jeden z czynników istotnych dla ustalenia, czy wybrane środki można uznać za uzasadnione i dostosowane do osiągnięcia zamierzonego celu zgodnego z prawem, biorąc pod uwagę potrzebę osiągnięcia »właściwej równowagi«. Pod warunkiem, że ustawodawca pozostał w tych granicach, to Trybunał nie powinien określać, czy ustawodawstwo w tym przypadku stanowi najlepsze rozwiązanie dla potrzeb rozwiązania problemu transakcji lub czy dyskrecjonalność władzy

²⁰ Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 15.

²¹ Wyrok ETPC z dnia 4 kwietnia 2000 r. w sprawie *Litwa przeciwko Polsce*, 26629/95, par. 78

²² Wyrok ETPC z dnia z dnia 23 lipca 1968 r. w *belgijskiej sprawie językowej*, par. 13.

²³ Wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1986 r. w sprawie *James i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 8793/79, par. 51.

legislacyjnej mogła zostać wykonana w inny sposób”²⁴. Takie podejście Trybunału słusznie poddawane jest krytyce. Jak słusznie zauważa Jonas Christoffersen, trudno wyobrazić sobie proporcjonalność, jeżeli test mniej uciążliwych środków nie musi być stosowany²⁵. Brak konsekwencji Trybunału w tym przypadku osłabia znaczenie zasad właściwej równowagi oraz proporcjonalności, co w połączeniu z często niejasnym zastosowaniem doktryny marginesu oceny czyni jego orzecznictwo niejednokrotnie mało przewidywalnym.

Przy ocenie spełnienia kryterium oceny proporcjonalności ETPC sięga także do praktyki państw członkowskich Rady Europy w ramach tzw. podejścia komparatystycznego. Aczkolwiek komparatystyce stosowanej przez Trybunał zarzuca się niejednokrotnie powierzchowność i ograniczanie się do ogólnikowych stwierdzeń, np. o obecności lub braku konsensusu w prawie państw-stron²⁶, to jednak stanowi ona nierzadko istotny czynnik przy ocenie konieczności zastosowania danego środka²⁷. Metoda komparatystyczna może być w takich przypadkach stosowana łącznie z metodą wykładni dynamicznej²⁸.

Przy ocenie proporcjonalności Trybunał odwołuje się również do tzw. doktryny odstraszonego efektu (ang. *the chilling efekt doctrine*), co jest widoczne zwłaszcza w sprawach dotyczących wolności wypowiedzi. Doktryna ta polega na przyjęciu swoistego domniemania niezgodności z art. 10 Konwencji tych ograniczeń, które mogą potencjalnie skutkować odstraszeniem czy też zniechęceniem do udziału w debacie publicznej. Tym samym zostaje ograniczony margines oceny władz krajowych w tym zakresie. Przykładem zastosowania tej doktryny może być orzeczenie w sprawie *Lingens przeciwko Austrii*, gdzie ETPC stwierdził, iż sankcja karna za publikację artykułu w kontekście debaty politycznej „mogłaby odstraszyć dziennikarzy od udziału w dyskusji publicznej na tematy mogące oddziaływać na życie społeczeństwa. Taka sankcja mogłaby zatem stanowić przeszkodę dla prasy przy wykonywaniu przez nią funkcji dostarczyciela informacji lub strażnika publicznego”²⁹. Uznanie w orzecznictwie strasburskim szczególnej funkcji prasy w demokratycznym społeczeństwie tłumaczy wąski margines oceny, jaki jest pozostawiany państwom przy wprowadzaniu środków dotyczących samych podstaw wolności prasy, takich jak wprowadzanie uprzednich

²⁴ *Ibidem*, par. 66.

²⁵ J. Christoffersen, *Fair Balance...*, s. 111.

²⁶ Np. w sprawie *Sunday Times* ETPC ograniczył się do stwierdzenia, iż „krajowe prawo i praktyka w tej sferze wykazuje całkiem istotny stopień podobieństwa”. Wyrok ETPC w sprawie *Sunday Times*, pkt 59.

²⁷ Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 194.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lingens przeciwko Austrii*, 9815/82, par. 44.

ograniczeń wolności wypowiedzi³⁰, ograniczenie poufności źródeł informacji³¹ oraz ingerencja państwa w wybór technik przekazu dziennikarskiego³².

W orzecznictwie ETPC widać ścisły związek zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi z doktryną marginesu oceny, co uzasadnia bliższe przyznanie się temu zagadnieniu w odrębnym punkcie.

3. Zasada proporcjonalności a doktryna marginesu oceny

W orzecznictwie strasburskim zauważyć można związek pomiędzy zasadą proporcjonalności a marginesem oceny. Zdaniem Franza Matschera funkcję czynnika korygującego i ograniczającego zasadę marginesu oceny pełni zasada proporcjonalności³³. Według niektórych autorów proporcjonalność należy traktować wręcz jako drugą stronę marginesu oceny³⁴. Teza ta wynika ze stwierdzonej prawidłowości, że im bardziej intensywny standard proporcjonalności, tym węższy staje się margines oceny przyznawany państwom. W związku z tym proponuje się, aby zasadę proporcjonalności uczynić podstawowym narzędziem służącym do stwierdzania, czy władze krajowe przekroczyły swój margines oceny. Jeżeli zatem, jak pisze Yutaka Arai Takahashi, zostaje osiągnięta rozsądna równowaga pomiędzy zastosowanymi środkami a realizowanym uprawnionym celem, uznaje się, iż władze krajowe pozostały w ramach marginesu oceny³⁵. Intensyfikacja kontroli marginesu oceny przez Trybunał oznacza, zdaniem Y. Arai-Takahashiego, stosowanie „intensywniejszego standardu proporcjonalności”, co z kolei skutkuje zawężeniem marginesu przyznawanego władzom krajowym³⁶. Najbardziej intensywny standard proporcjonalności związany jest ze stosowaniem doktryny „mniej restrykcyjnej alternatywy”. Według niej państwa-strony Konwencji powinny zastosować najmniej uciążliwy środek, który w równym stopniu może prowadzić do osiągnięcia realizowanego celu³⁷.

³⁰ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie *Observer i Guardian przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 13585/88, par. 60.

³¹ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 28957/95, par. 39 i 40.

³² Zob. np. wyrok ETPC z dnia 23 września 1994 r. w sprawie *Jersild przeciwko Danii*, 15890/89, par. 31; zob. szerzej S.C. Prebensen, *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, „Human Rights Law Journal” 1998, vol. 19, no. 1, , s. 14.

³³ F. Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* [w:] *The European System for the Protection of Human Rights*, eds R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht 1993, s. 79.

³⁴ Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 14, 15.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 14.

³⁷ *Ibidem*, s. 15.

Działanie zasady proporcjonalności jest zauważalne w wypadku ograniczania marginesu oceny przy stosowaniu testu konieczności, gdyż zasada ta jest jednym z jego elementów (ustępy 2 art. 8, 9, 10, 11 oraz art. 2 Protokołu 4). Stosowana jest ona także w przypadku art. 1 Protokołu 1, a także m.in. jako jedno z kryteriów oceny ingerencji w tzw. *implied rights*, tj. prawa, które nie zostały przewidziane w Konwencji *expressis verbis*, ale są wyprowadzane z jej postanowień w drodze wykładni (np. prawo dostępu do sądu wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC).

Nie można też zapomnieć, iż zasada właściwej równowagi kształtuje granice marginesu oceny przy realizacji pozytywnych obowiązków spoczywających na państwach i przy regulacji konfliktów pomiędzy interesami jednostki i społeczeństwa oraz interesami jednostki i osób trzecich. W orzecznictwie uznaje się bowiem, że obowiązki pozytywne nie powinny być interpretowane jako nakładające niemożliwy lub nieproporcjonalny ciężar na władze krajowe³⁸.

W sprawach dotyczących art. 8, 9, 10 oraz 11 Konwencji oraz art. 2 Protokołu 4 obowiązkiem państwa jest zatem „wykazanie, iż konieczność ingerencji w korzystanie z prawa rzeczywiście istniała, tj. wykazanie nie tylko proporcjonalności, ale szerzej – istnienia naglącej potrzeby społecznej”³⁹, a także, że przyczyny przywołane dla usprawiedliwienia zaskarżonych środków były „istotne i wystarczające”⁴⁰ albo też przedstawienie „przekonujących przyczyn” przemawiających za ingerencją w chronione prawo⁴¹.

Zasada „właściwej równowagi” znajduje natomiast, jak już wspomniano, zastosowanie do marginesu oceny władz krajowych przy realizacji przez nie zarówno obowiązków negatywnych, jak i obowiązków pozytywnych, które wynikają z art. 8 Konwencji⁴². W pierwszym przypadku stanowi ona kryterium przy badaniu testu konieczności wynikającego z art. 8 ust. 2⁴³. W drugim natomiast służy Trybunałowi przy ocenie realizacji przez władze krajowe ich pozytywnych obowiązków zgodnie z ustępem pierwszym tego artykułu⁴⁴. W obu przypadkach zasada ta stanowi wiodącą dyrektywę dotyczącą procesu wyważania kon-

³⁸ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 29 października 1998 r. w sprawie *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 116.

³⁹ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 12 listopada 2002 r., w sprawie *Płoski przeciwko Polsce*, 9532/81, par. 35.

⁴⁰ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 7 sierpnia 1996 r. w sprawie *Johansen przeciwko Norwegii*, 17383/90, par. 73.

⁴¹ Wyrok w sprawie ETPC z dnia 2 grudnia 1995 r. Z. *przeciwko Finlandii*, 22009/93, par. 113.

⁴² Zob. np. wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1990 r. w sprawie *Powell i Rayner przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 9310/8, par. 41 oraz z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie *von Hannover przeciwko Niemcom*, 59320/00, par. 57.

⁴³ Zob. m.in. wyrok ETPC z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie *López Ostra przeciwko Hiszpanii*, 16798/90, par. 51.

⁴⁴ *Ibidem*.

kurujących względów. Z orzecznictwa strasburskiego wynika, że to od władz krajowych wymaga się, aby dokonały „wyważenia” konkurujących interesów⁴⁵. Konkurujące interesy w sprawach dotyczących art. 8 Konwencji dotyczą przy tym nie tylko relacji: interes jednostki–interes publiczny. W sprawach dotyczących praw rodzicielskich i dostępu do dziecka rodziców naturalnych chodzi np. o wyważanie pomiędzy interesem rodziców naturalnych oraz interesem ich dziecka. Jeżeli np. kontakty z rodzicami mogą zagrozić interesom dziecka, do władz krajowych należy znalezienie właściwej równowagi pomiędzy interesami rodziców oraz dziecka⁴⁶. Wyważanie to może dotyczyć także interesów związanych z prawami chronionymi przez Konwencję i pozostającymi w danej sprawie ze sobą w konflikcie. W sprawie *von Hannover przeciwko Niemcom* Trybunał uznał, iż „sądy niemieckie nie osiągnęły »właściwej równowagi« pomiędzy konkurującymi interesami” związanymi z ochroną prawa do prywatności z jednej strony oraz z wolnością wypowiedzi z drugiej⁴⁷.

Wprawdzie władzom krajowym pozostawia się zarówno ocenę proporcjonalności jako składowego elementu testu konieczności w ramach dokonywania „początkowej” oceny „konieczności” ingerencji⁴⁸, jak i ustalenie właściwej równowagi pomiędzy konkurującymi ze sobą interesami, to jednak ostateczna weryfikacja spełnienia tych kryteriów zastrzeżona jest, co do zasady, do kompetencji Trybunału w ramach jego kompetencji nadzorczej⁴⁹.

Pomimo pełnienia funkcji czynnika korygującego granice marginesu oceny zasada proporcjonalności nie powinna być traktowana jako główny miernik marginesu oceny⁵⁰. Podejście takie prowadzi bowiem do pomniejszania czy też zacierania znaczenia innych, istotnych czynników determinujących krajową dyskrecjonalność oraz jej granice w świetle nadzoru nad nią sprawowanego przez ETPC. Czynniki te działają na różnych płaszczyznach, w tym m.in. na płaszczyźnie zasad oraz metod interpretacji i stosowania Konwencji. Istotne znaczenie ma też działanie zasady priorytetu praw i związanej z nią zasady efektywności, a także metod wykładni ewolucyjnej i autonomicznej w wypadku czynników, które można zaliczyć do płaszczyzny zasad oraz metod interpretacji i stosowania Konwencji. Przykładowo w przypadku spraw dotyczących naruszeń art. 10

⁴⁵ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie *Chapman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 27238/95, par. 104 i 114; z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie *von Hannover von przeciwko Niemcom*, 59320/00, par. 57, 58 i 79; a także z dnia 21 lutego 1990 r. w sprawie *Powell i Rayner*, par. 41; *Keegan*, par. 49 oraz z dnia 27 kwietnia 2000 r. w sprawie *K. i T przeciwko Finlandii*, 25702/94, par. 164.

⁴⁶ Zob. wyrok ETPC z dnia 27 kwietnia 2000 r. w sprawie *K. i T.*, par. 164.

⁴⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie *von Hannover*, par. 76–79.

⁴⁸ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 25 września 1996 r. w sprawie *Buckley przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 20348/92, par. 74.

⁴⁹ Zob. m. in. wyrok ETPC z dnia 22 października 1981 r. w sprawie *Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 7525/76, par. 59 oraz z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie *Chapman*, par. 114.

⁵⁰ Zob. Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 14–15.

czy 11 EKPC na zawężenia granic marginesu oceny władz krajowych wpływa w dużym stopniu zasada społeczeństwa demokratycznego. Istotne znaczenie korygujące szerokość marginesu oceny ma też działanie zasady priorytetu praw i związanej z nią zasady efektywności, a także metod wykładni ewolucyjnej i autonomicznej⁵¹.

4. Rola zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi w procesie interpretacji i stosowania Konwencji

Zasada proporcjonalności odgrywa ważną rolę przy rozstrzygnięciu przez Trybunał, czy doszło do naruszenia Konwencji. Stwierdzenie braku proporcjonalności pomiędzy realizacją uprawnionego celu a zastosowanym środkiem skutkuje wnioskiem, że doszło do naruszenia Konwencji⁵². Zasady proporcjonalności oraz właściwej równowagi, jak już wspomniano, pełnią funkcję czynnika korygującego i ograniczającego margines. Skłania to niektórych autorów do tego, aby zasadę proporcjonalności uznawać za posiadającą kluczowe znaczenie przy ustalaniu, czy władze krajowe przekroczyły granice przysługującego im marginesu oceny⁵³.

Rozpatrując znaczenie obu zasad, należy przede wszystkim zauważyć, iż proces rozstrzygnięcia spraw przez ETPC bardziej zbliża się raczej do modelu argumentacyjnego niż sylogistycznego. Wyrazem tego jest sięganie przez Trybunał do wyważania, w ramach którego jest dokonywana kumulatywna ocena argumentów *pro* oraz *contra*, przy uwzględnieniu ogółu mających znaczenie w sprawie czynników i kontekstu sprawy, a także wchodzących w grę w danej sprawie zasad i metod interpretacji. Wyważanie przeprowadzane w ramach strasburskiego systemu ochrony praw człowieka powinno, co do zasady, opierać się na preferencji interesów jednostki. Jednakże, jak pokazuje orzecznictwo strasburskie, przyznawanie preferencji interesom zbiorowym czy też publicznym wcale nie należy do rzadkości⁵⁴. Prawa chronione przez Konwencję nie mają bowiem najczęściej charakteru absolutnego i muszą niekiedy ustąpić przed interesem ogółu. Wiodącą regułą kolizyjną w procesie wyważania jest zasada „słusznej równowagi” (*fair balance*). Wyważanie przeprowadzane przez ETPC wykazuje cechy wyważania opartego na zasadach oraz na wcześniejszych orzeczeniach traktowanych jako precedensy, wprawdzie niewiążące, ale jednak wytyczające uporządkowany

⁵¹ Zob. szerzej A Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 360–377.

⁵² Zob np. wyrok ETPC z dnia 26 września 1995 r. w sprawie *Vogt przeciwko Niemcom*, A/323, par. 68.

⁵³ Zob. np. Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 192.

⁵⁴ C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 233.

kierunek orzecznictwa⁵⁵. Warto zauważyć, że krytykom metody *balancing* nie udało się jednak zaproponować innej metody rozstrzygania w obliczu antynomii występujących w sprawach rozstrzyganych przez strasburski Trybunał⁵⁶. Wydaje się zatem, że wyważanie jest, z jednej strony, nieuniknione, a z drugiej może być postrzegane jako wyraz dążenia do zapewnienia, na ile to jest możliwe, spójności rozstrzygnięcia z zasadami systemu EKCP oraz dotychczasowym orzecznictwem w konkretnych okolicznościach danej sprawy.

Zasada właściwej równowagi ma szczególne znaczenie w procesie interpretacji i stosowania Konwencji, a zwłaszcza w procesie tzw. wyważania. Przy podejmowaniu rozstrzygnięć przez Trybunał istotną rolę odgrywa przede wszystkim dokonywanie argumentacyjnie uzasadnionych wyborów⁵⁷, odbywających się właśnie w procesie wyważania sprzecznych interesów i wartości⁵⁸.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się dwa rodzaje wyważania: oparte na zasadach (*principled balancing*) oraz wyważanie *ad hoc*⁵⁹. O wyważaniu opartym na zasadach mówimy w wypadku, gdy jego podstawą jest formuła, która może być zastosowana w podobnych sprawach⁶⁰, podczas gdy wyważanie *ad hoc* nie opiera się na żadnej ogólnej formule. Uznaje się, iż wyważanie oparte na zasadach powinno być preferowane przed wyważaniem *ad hoc*⁶¹. Wydaje się, iż wyższość wyważania opartego na zasadach polega przede wszystkim na tym, iż jest ono, przynajmniej w pewnym stopniu, przewidywalne. Wyważanie przeprowadzane przez ETPC wykazuje cechy wyważania opartego na zasadach pozwalających prognozować, do pewnego przynajmniej stopnia, wynik procesu *balancing*. Warto w tym kontekście również pamiętać o roli ukształtowanych w orzecznictwie standardów w procesie wyważania. Trybunał odwołuje się do swoich rozstrzygnięć w podobnych sprawach, traktując swoje orzeczenia jako precedensy, wprawdzie niewiążące, ale jednak wytyczające uporządkowany kierunek orzecznictwa. Odstąpienie od precedensu jest wyraźnie akcentowane i musi być uzasadnione „przekonującymi przyczynami” związanymi w szczególności

⁵⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 27 września 1990 r. w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 10843/84, par. 35; zob. także M. Balcerzak, *Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka a zagadnienia wybrane* [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, red. C. Mík, Toruń 2005, s. 77–91.

⁵⁶ Zob. np. B. Cali, *Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions*, „*Human Rights Quarterly*” 2007, vol. 29, no. 1, s. 251–270.

⁵⁷ Zob. T. Morawski, *Główne problemy...*, s. 199.

⁵⁸ Zob. np. B. Cali, *Balancing...*, s. 251–270.

⁵⁹ A. Barak, *The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice* [w:] *Judicial Discretion in European Perspective*, ed. O. Wiklund, Stockholm 2003, s. 25.

⁶⁰ Formuła wyważania odzwierciedla względny charakter konkurujących wartości, zob. *ibidem*.

⁶¹ A. Barak, *The Nature...*, s. 25..

z zapewnieniem, iż interpretacja Konwencji „odzwierciedla zmiany społeczne oraz pozostaje w zgodzie z aktualnymi warunkami”⁶².

Zasada *fair balance* nie jest zasadą o znaczeniu materialnym, tak jak zasada społeczeństwa demokratycznego czy zasada praw człowieka, które odgrywają wiodącą rolę w ramach wykładni teleologicznej. Jednak w przypadku nieuchronnych konfliktów pomiędzy tymi zasadami, to właśnie zasada właściwej równowagi, wsparta bogatymi standardami orzecznictwymi, ukierunkowuje sposób rozwiązania zaistniałego konfliktu w procesie wyważania.

Wnioski

Trudno przecenić znaczenie zasad proporcjonalności oraz *fair balance* – przenikają one bowiem cały proces interpretacji Konwencji. Pomimo że w świetle orzeczeń EPTC można niejednokrotnie odnieść wrażenie, iż obie zasady się pokrywają – to za uzasadniony można uznać postulat ich wyodrębnienia. W proponowanym w niniejszym opracowaniu ujęciu zasada właściwej równowagi powinna być ujmowana jako zasada o bardziej podstawowym charakterze, która odnosi się do fundamentalnych napięć towarzyszących stosowaniu postanowień EKPC. Z kolei zasada proporcjonalności powinna być postrzegana *sensu stricto* w kontekście relacji pomiędzy realizowanym celem oraz środkami użytymi do osiągnięcia tego celu.

Słusznie zwraca się uwagę, iż w całej strukturze Konwencji istnieje rodzaj wbudowanego mechanizmu wyważania⁶³. Proces wyważania odgrywa często kluczową rolę w rozumowaniu ETPC zawartym w uzasadnieniach jego orzeczeń. W obliczu nieuniknionych, jak się wydaje, antynomii i związanych z nimi dylematów, przed którymi staje ETPC, stosując Konwencję i rozwijając europejskie standardy praw człowieka, omawiane tu zasady mogą być postrzegane jako jeden z podstawowych instrumentów służących osiągnięciu właściwej równowagi pomiędzy konkurującymi interesami. Można je w związku z tym zaliczyć do naczelných zasad wykładni EKPC⁶⁴.

Krytyka stosowania obu zasad wiąże się z widocznym niekiedy brakiem konsekwencji po stronie Trybunału, co przejawia się w szczególności w odrzucaniu tzw. testu mniej restrykcyjnych środków. Tymczasem ETPC, który jak się wydaje, powinien podążać w kierunku sądu konstytucyjnego Europy, powinien używać tak istotnych zasad w sposób rozważny, konsekwentny i spójny zasadami, na

⁶² Zob. wyrok ETPC z dnia 27 września 1990 r. w sprawie *Cossey*, par. 35. Na temat znaczeniu precedensu w orzecznictwie strasburskim zob. także M. Balcerzak, *Precedens w prawie międzynarodowym...*, s. 77–91.

⁶³ J.J. Cremona, *The Proportionality Principle...*, s. 323.

⁶⁴ Zob. P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 80–81.

jakich oparty jest cały system EKPC. Od strasburskiego Trybunału zatem zależy nadanie obu zasadom takiej rangi w procesie stosowania i interpretacji Konwencji, na jaką zasługują.

Adam Wiśniewski

PROPORTIONALITY AND FAIR BALANCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The principles of proportionality and *fair balance* can be said to permeate the whole process of the Convention's interpretation. Although in the light of the ECtHR's rulings it often seems that these principles overlap, in this study the Author proposes to treat them separately. According to the approach proposed by the Author, the principle of a proper balance should be recognized as a more fundamental principle which refers to the fundamental tensions accompanying the application of ECHR provisions. On the other hand, the principle of proportionality should be perceived in a strict sense, in the context of the relationship between the pursued objective and the means used to achieve this goal.

The criticism concerning the application of both principles is connected with the apparent lack of consistency on the part of the Strasbourg Court, which is manifested in particular in the rejection of the so-called less restrictive measures. The ECtHR, which seems to be evolving towards being the constitutional court of Europe, should use such important principles in a prudent and consistent manner, on the basis of the principles on which the entire ECHR system is based. It is therefore up to the Strasbourg Tribunal to give both principles such importance in the process of applying and interpreting the Convention as they deserve.

The balancing process often plays a key role in the reasoning of the ECtHR included in the justifications of its rulings. In the face of the seemingly inevitable antinomies and related dilemmas faced by the ECtHR while applying the Convention and developing European human rights standards, the principles discussed by the Author can be perceived as one of the basic instruments to strike the right balance between competing interests. They can therefore be included in the guiding principles of the ECHR.