



Emil Śliwiński

Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, Polska

ORCID: 0000-0002-5910-9030

e.sliwinski@uw.edu.pl

Opinie doradcze ETPC na podstawie Protokołu nr 16. Ocena efektywności procedury po 5 latach od jego wejścia w życie¹

Advisory opinions of ECtHR under Protocol no. 16: The assessment of effectiveness of the procedure after 5 years from its entry into force

Abstract: The article presents the assessment of effectiveness of the procedure established by the Protocol no. 16 to the European Convention on Human Rights, which enables the highest domestic courts to refer to the European Court of Human Rights to issue advisory opinion. Until the end of 2023, ECtHR issued seven advisory opinions. The article discusses all seven advisory opinions, as well as previous and subsequent case-law of ECtHR and domestic courts. It enables to assess that application of Protocol no. 16 up to now has fulfilled the aims of advisory procedure to a moderate extent. Moreover, some risks have materialised, namely the risk of objectification of advisory procedure by the domestic courts and its use in the process of execution of judgments of ECtHR.

Keywords: advisory opinions, advisory procedure, Protocol No. 16, European Court of Human Rights

¹ Artykuł powstał w ramach projektu badawczego nr 2020/37/B/HS5/00792 finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

Abstrakt: W artykule przedstawiono ocenę efektywności procedury przewidzianej w Protokole nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, na podstawie której umożliwiono najwyższym sądom krajowym składanie do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wniosków o wydanie opinii doradczych. W artykule przedstawiono siedem opinii doradczych, tzn. wszystkie wydane od wejścia w życie Protokołu nr 16 do końca 2023 r., wraz z wcześniejszym i późniejszym orzecznictwem zarówno ETPC, jak i sądów krajowych. Pozwala to na ocenę, że dotychczasowe stosowanie Protokołu nr 16 realizuje cele procedury doradczej w umiarkowanym stopniu. Ponadto uwidoczniły się ryzyka w postaci instrumentalizacji procedury doradczej przez sądy krajowe oraz jej stosowania w toku wykonania wyroków ETPC.

Słowa kluczowe: opinie doradcze, procedura doradcza, Protokół nr 16, Europejski Trybunał Praw Człowieka

1. Wprowadzenie

System ochrony praw człowieka Rady Europy przewiduje kilka podstaw prawnych wydawania przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) opinii doradczych: art. 47 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka² (dalej: EKPC), art. 29 Konwencji z Oviedo³ oraz Protokół nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Protokół nr 16). O ile tryby wydawania opinii na podstawie dwóch pierwszych wymienionych przepisów odnoszą

² Tylko dwukrotnie ETPC wydał opinie doradcze na tej podstawie i obydwie dotyczyły zagadnień związanych z wyborem sędziów do Trybunału (opinia doradcza ETPC z 12 lutego 2008 r., A47-2008-001, HUDOC oraz opinia doradcza ETPC z 22 stycznia 2010 r., A47-2010-001, HUDOC). Opinie te nie mogą bowiem dotyczyć treści i zakresu praw i wolności określonych w EKPC i jej protokołach oraz jakichkolwiek innych zagadnień, które ETPC lub Komitet Ministrów mógłby rozpatrywać w wyniku postępowania podjętego na podstawie postanowień EKPC (art. 47 ust. 2 EKPC). Z tego względu w postanowieniu z 2 czerwca 2004 r., A47-2004-001, HUDOC Trybunał odmówił rozpoznania pytania Komitetu Ministrów, czy procedura ochrony praw człowieka przewidziana w systemie Wspólnoty Niepodległych Państw jest „inną międzynarodową procedurą dochodzenia lub rozstrzygnięcia” (art. 35 ust. 2 lit. b EKPC). Zob. także omówienie: M. Kowalski, *Pierwsza opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 7, s. 49–55.

³ Postanowieniem z 15 września 2021 r., A47-2021-001, HUDOC ETPC odmówił rozpoznania pytania postawionego na podstawie Konwencji z Oviedo, gdyż uznał, że byłoby to ominięcie art. 47 EKPC. Zakończyło to jedyną do tej pory procedurę doradczą prowadzoną na podstawie Konwencji z Oviedo.

się do relacji między odpowiednio Komitetem Ministrów, Komitetem utworzonym na podstawie Konwencji z Oviedo oraz rządami państw a ETPC, o tyle procedura wprowadzona na podstawie Protokołu nr 16 pozwala na bezpośredni dialog między najwyższymi sądami krajowymi a ETPC w toku rozpoznawania spraw na poziomie krajowym, jeszcze przed ewentualnym poddaniem ich procedurze spornej na poziomie międzynarodowym. Sama procedura przewidziana w Protokole nr 16 przypomina postępowanie prejudycjalne przed TSUE⁴.

Protokół nr 16 wszedł w życie 1 sierpnia 2018 r., trzy miesiące po ratyfikacji przez 10 państw Rady Europy. Obecnie (według stanu na 1 stycznia 2024 r.) jest wiążący dla 22 krajów, choć należy zauważyć, że większość największych ludnościowo państw europejskich (Niemcy, Wielka Brytania, Hiszpania, Włochy, Polska, Turcja) – poza Francją i Ukrainą – nie jest stroną Protokołu nr 16, co poniekąd może tłumaczyć niewielką na razie popularność przewidzianej w nim procedury. Dotychczas złożono bowiem 8 wniosków o wydanie opinii doradczej: 2 z Francji (z Rady Stanu i Sądu Kasacyjnego), 2 z Armenii (z Sądu Konstytucyjnego i Sądu Kasacyjnego), 1 z Litwy (z Naczelnego Sądu Administracyjnego), 1 ze Słowacji (z Sądu Najwyższego), 1 z Finlandii (z Sądu Najwyższego), 1 z Belgii (z Rady Stanu). W stosunku do jednego wniosku (ze Słowacji) Panel Wielkiej Izby odmówił przyjęcia sprawy do rozpoznania⁵; wszystkie pozostałe sprawy zakończyły się wydaniem opinii doradczej.

Celem tego artykułu jest analiza postępowań o wydanie opinii doradczej na podstawie Protokołu 16 pod kątem ich efektywności⁶, tj. realizacji celów procedury doradczej określonej w Protokole nr 16, a więc – jak to zostanie szerzej przeanalizowane niżej – z perspektywy zarówno ETPC, sądów krajowych,

⁴ Zresztą należy zaznaczyć, że m.in. brak rozstrzygnięcia kolizji między procedurą prejudycjalną (art. 267 TFUE) oraz procedurą doradczą z Protokołu nr 16 legł u podstaw negatywnej opinii TSUE o przystąpieniu UE do EKPC (zob. opinia doradcza TS z 18 grudnia 2014 r., 2/13, pkt 196–199, EU:C:2014:2454 oraz omówienie w A. Płoszka, *Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w świetle opinii Trybunału Sprawiedliwości* 2/13, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 12, s. 50–55).

⁵ Postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, HUDOC. Trybunał uznał, że rozpoznanie sprawy przez sąd krajowy nie wymaga udzielenia wskazówek przez ETPC.

⁶ Podobne zadanie, z nieco inaczej określonymi celami (tj. czy instytucja opinii doradczych była potrzebna i sprawdziła się w praktyce), postawił przed sobą A. Wiśniewski, *Nowa instytucja opinii doradczych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwagi po czterech latach od wejścia w życie Protokołu nr 16 do EKPC*, „Prawo i Więź” 2022, nr 4, s. 47–71, <https://doi.org/10.36128/pr.wi.42.535>. W swoim artykule opieram się na pogłębionej metodologii, uwzględniając w szerszym stopniu cele procedury doradczej oraz dokonuję analizy niektórych skutków wydanych opinii (np. orzeczenia sądów krajowych).

jak i jednostek. Aby ocenić zatem tak określoną⁷ efektywność, konieczne jest w pierwszej kolejności zrekonstruowanie celów i funkcji procedury doradczej ukształtowanej na podstawie Protokołu nr 16. Następnie w artykule zostaną krótko przedstawione opinie doradcze wraz z kontekstem krajowym oraz powiązaniem z nimi orzecznictwem ETPC. Ponieważ cele procedury doradczej, szerzej opisane w następnym punkcie, zakładają wpływ na rozstrzygnięcie sprawy na poziomie krajowym, jak i na kształtowanie się standardu orzeczniczego ETPC, przedstawienie takiego kontekstu pozwoli na ocenę jej efektywności. Jednak należy zaznaczyć, że nie przy wszystkich opiniach doradczych przedstawienie takiego kontekstu jest możliwe, zwłaszcza jeżeli zostały one wydane niedawno i dotyczą szczegółowych problemów; nie jest możliwa wówczas ocena wpływu na dalsze orzecznictwo ETPC, a czasami nawet na sprawę na poziomie krajowym (bowiem nie została ona jeszcze zakończona lub też dotarcie do zagranicznego orzeczenia jest utrudnione lub w ogóle - niemożliwe).

W ostatniej części – o charakterze analitycznym – zostanie zwrócona uwaga na pewne problemy i wyzwania wyłaniające się z dotychczasowej praktyki.

2. Procedura doradcza z Protokołu nr 16 i jej cele

Cele procedury doradczej przewidzianej w Protokole nr 16⁸ mogą być dekodowane ze wszystkich części tego Protokołu, a zwłaszcza z jego preambuły, która odsyła m.in. do opinii nr 285 (2013) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy⁹. Ponadto Raport Wyjaśniający do Protokołu¹⁰ oraz Wytyczne

⁷ Można także oceniać efektywność, np. z perspektywy czasu trwania procedury. W tym kontekście należy wskazać, że czas rozpatrywania wniosków o wydanie opinii doradczej wyniósł (odpowiednio w stosunku do wszystkich procedur zakończonych wydaniem opinii, w porządku chronologicznym): 180, 301, 568, 448, 454, 192 i 254 dni, tj. średnio 342 dni. Biorąc pod uwagę powszechnie znany czas procedowania spraw przez ETPC, należy uznać, że procedura doradcza jest dość efektywna pod kątem czasowym.

⁸ Zob. także szersze omówienie w A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie doradcze w świetle Protokołu nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 15–23; A. Płoszka, *Nowa opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 10, s. 89–100.

⁹ <https://pace.coe.int/pdf/c300b44c90a80190353b154641ebd164042ffe7dfcc346b5f255ca16e6662ef6/opinion%20285.pdf> [dostęp: 1.01.2024], dalej: opinia nr 285.

¹⁰ *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, <https://rm.coe.int/16800d383e> [dostęp: 1.01.2024], dalej: Raport wyjaśniający. ETPC używa w swojej praktyce orzeczniczej raportów wyjaśniających do innych protokołów, np. Protokołu nr 7 (zob. np. wyrok ETPC z 30 czerwca 2020 r., 50514/13, *Saqueti Iglesias p. Hiszpanii*, pkt 36, 38, 53, 54, HUDOC).

ETPC w zakresie implementacji procedury wprowadzonej na podstawie Protokołu nr 16¹¹ mogą przyczynić się do ustalenia celów procedury doradczej. Należy także założyć, że cele tej procedury wpisują się w ogólne cele EKPC oraz samej Rady Europy jako organizacji międzynarodowej, którymi są osiągnięcie większej jedności między członkami RE, także poprzez przestrzeganie i rozwój praw człowieka oraz podstawowych wolności¹².

W Preambule do Protokołu nr 16 wskazano, że „rozszerzenie właściwości Trybunału w zakresie wydawania opinii doradczych wzmocni współdziałanie między Trybunałem i władzami państwowymi oraz ugruntuje wdrażanie Konwencji zgodnie z zasadą subsydiarności”. W opinii nr 285 podniesiono również, że Protokół nr 16 prawdopodobnie poprawi „interakcję między Trybunałem i władzami krajowymi przez stworzenie platformy sędziowskiego dialogu, w ten sposób ułatwiając stosowanie orzecznictwa Trybunału przez sądy krajowe”. W Raporcie Wyjaśniającym zauważono z kolei, że wymogi proceduralne „odzwierciedlają cel procedury, którym nie jest przekazanie sporu do Trybunału, lecz raczej udzielenie pytającemu sądowi lub trybunałowi wskazówek co do zagadnień związanych z Konwencją w kontekście rozpoznania sprawy przed tym sądem lub trybunałem”¹³.

Ponadto w opinii nr 285 wyjaśniono także, że Protokół nr 16 prawdopodobnie ułatwi „przesunięcie – z etapu *ex post* do *ex ante* – rozwiązania wielu kwestii interpretacyjnych związanych z Konwencją na planie krajowym, oszczędzając – w dłuższym okresie – cenne zasoby Trybunału; szybsze rozpoznawanie podobnych spraw na poziomie krajowym także wzmocni zasadę subsydiarności”. Myśl ta została rozwinięta w Raporcie Wyjaśniającym: „Art. 5 przewiduje, że opinie doradcze nie są wiążące. Są one wydawane w toku dialogu sądowego między Trybunałem a sądami i trybunałami krajowymi. W konsekwencji sąd wnioskujący o wydanie opinii doradczej decyduje o skutkach jej wydania w postępowaniu krajowym. To, że Trybunał wydał opinię doradczą w kontekście postępowania krajowego, nie stanowi przeszkody dla strony tego postępowania do skorzystania z prawa do skargi indywidualnej

¹¹ https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf [dostęp: 1.01.2024], dalej: Wytyczne.

¹² Zob. art. 1 lit. a i b Statutu Rady Europy oraz Preambuła do EKPC. W tym kontekście wypada wspomnieć także o konieczności interpretowania EKPC w sposób, który czyni prawa praktycznymi i efektywnymi (zob. wyrok ETPC z 8 listopada 2016 r., 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottság p. Węgrom*, pkt 121, HUDOC) oraz o doktrynie „żyjącego instrumentu”, która ma doprowadzać do ewolucyjnego zwiększania standardu ochrony praw człowieka (zob. wyrok ETPC z 26 lipca 2005 r., 73316/01, *Siliadin p. Francji*, pkt 121, HUDOC).

¹³ Raport wyjaśniający, pkt 11. Takie wskazówki muszą być konieczne do rozpoznania sprawy (zob. postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, pkt 17 z odesłaniem do Wytycznych, pkt 6.2).

na podstawie art. 34 Konwencji [...]. Jednakże, jeżeli skarga została wniesiona po postępowaniu krajowym, w którym uwzględniono opinię doradczą, oczekuje się, że elementy skargi odnoszące się do kwestii rozpatrzonej w opinii doradczej będą uznane za niedopuszczalne. Opinie doradcze wydane na podstawie tego Protokołu nie będą miały bezpośredniego wpływu na dalsze skargi. Będą jednak stanowiły część orzecznictwa Trybunału łącznie z wyrokami i postanowieniami. Interpretacja Konwencji oraz jej Protokołów zawarta w opinii doradczej będzie analogiczna co do skutków z elementami interpretacyjnymi w wyrokach i postanowieniach ETPC¹⁴. W konsekwencji więc opinie doradcze wydane na podstawie Protokołu nr 16 będą miały – podobnie jak wyroki i postanowienia ETPC – moc *res interpretata*¹⁵.

W Wytycznych wskazano z kolei, że warunkiem skierowania wniosku o wydanie opinii doradczej jest stwierdzenie, że ze sprawy zawisłej przed sądem krajowym wynika nowe zagadnienie dla stosowania Konwencji lub też fakty tej sprawy nie pozwalają na zastosowanie wprost dotychczasowego orzecznictwa ETPC, albo że orzecznictwo to nie jest jednolite¹⁶. W konsekwencji więc pośrednio za cel procedury doradczej może być uważane rozstrzygnięcie przypadków nowych lub niejednoznacznych albo też ujednolicanie orzecznictwa ETPC¹⁷.

Podsumowując, za cele procedury doradczej na podstawie Protokołu nr 16 można uznać w szczególności: (1) przestrzeganie i rozwój praw człowieka (jako cel najogólniejszy, charakterystyczny dla całej Rady Europy) – w nowatorskiej formie, tj. stworzenie platformy sędziowskiego dialogu¹⁸, (2) skuteczniejsza

¹⁴ Raport wyjaśniający, pkt 25–27. Co do mocy wiążącej opinii doradczej zob. także A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie...*, s. 21.

¹⁵ M. Wąsek-Wiaderek, *Advisory opinions of the European Court of Human Rights: Do national judges really need this new forum of dialogue?*, [w:] P.P. de Albuquerque, K. Wojtyczek (red.), *Judicial Power in Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, Springer, Berlin 2019, s. 650, https://doi.org/10.1007/978-3-030-20744-1_38; L. Glas, J. Krommendijk, A. Strasbourg *Story of swords and shields: National courts' motives to request an advisory opinion from the ECtHR Under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2022, nr 3, s. 331, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10042>; K. Lemmens, *Protocol No 16 to the ECHR: Managing backlog through complex judicial dialogue?*, „European Constitutional Law Review” 2019, nr 4, s. 702, <https://doi.org/10.1017/S1574019619000373>; implicite zdanie odrębne sędziego Krenca do wyroku ETPC z 22 listopada 2022 r., 58817/15 i in., D.B. i inni p. Szwajcarii, pkt 13–17, HUDOC.

¹⁶ Wytyczne, pkt 5. Zob. także postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, pkt 23, w którym odrzucono wniosek o opinię doradczą głównie z powodu jasności i dostateczności standardu w dotychczasowym orzecznictwie.

¹⁷ Można w tym upatrywać funkcji konstytucyjnej ETPC (w odróżnieniu od funkcji rozstrzygania indywidualnych sporów), tj. wpływu na kształtowanie się standardów (zob. szerzej J. Jahn, *Normative guidance from Strasbourg through advisory opinions*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2014, t. 74, s. 831–843).

¹⁸ Można w tym kontekście wskazać zasadnicze zastrzeżenie, a mianowicie, że procedura sporna przed ETPC w sposób wystarczający gwarantuje dialog sądowy i to zgodnie z jasnym podziałem

implementacja standardu konwencyjnego na poziomie krajowym – poprzez udzielenie sądom krajowym wskazówek co do interpretacji i stosowania EKPC – a przez to (3) redukcja liczby spraw wpływających do ETPC¹⁹, względnie (4) możliwość załatwienia tych spraw odmownie, zgodnie z wydaną wcześniej opinią doradczą, a także (5) rozstrzyganie przypadków nowych lub niejednoznacznych²⁰, względnie (6) ujednolicanie orzecznictwa.

3. Przegląd wydanych opinii doradczych

Do końca 2023 r. ETPC wydał siedem opinii doradczych, które dotyczyły: rozpoznania przez państwo więzi między „planowaną” matką a dzieckiem urodzonym w wyniku surogacji²¹, standardu przewidywalności i nieretroaktywności prawa karnego w kontekście zarzutu obalenia porządku konstytucyjnego²², utraty biernego prawa wyborczego po procedurze *impeachmentu*²³, potencjalnego umorzenia postępowania z powodu przedawnienia przestępstw stanowiących tortury²⁴, różnicy w traktowaniu pewnych stowarzyszeń opartej na dacie powstania²⁵, praw proceduralnych biologicznej matki dorosłego

ról (w tym kierunku K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, „Legal Studies” 2014, nr 3, s. 444–468, <https://doi.org/10.1111/lest.12025>). Z drugiej strony warto odnotować, że trudno to uznać za prawdziwy dialog (tak M. Wąsek-Wiaderek, *Advisory...*, s. 639–642). Na pewno jednak celem Protokołu nr 16 było przyznanie bardziej podmiotowej roli sądom krajowym (zgodnie z zasadą subsydiarności) i rozwój dialogu w ten sposób (w tym kierunku T. Voland, B. Schiebel, *Advisory opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the system of human rights protection in Europe?*, „Human Rights Law Review” 2017, nr 1(17) s. 80, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw034>, ze wskazaniem, że pośrednio przyczyni się to także do zwiększenia legitymizacji ETPC).

¹⁹ Oczywiście samo wskazanie w art. 5 Protokołu nr 16, że opinie doradcze nie są wiążące, ma przełożenie na realizację celu w postaci redukcji spraw przed ETPC (T. Voland, B. Schiebel, *Advisory...*, s. 83).

²⁰ A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie...*, s. 20 podnoszą, że „ważną kwestią” w rozumieniu Protokołu nr 16 może być także zagadnienie „aktualności poglądu wyrażonego w orzecznictwie strasburskim, od którego ETPCz dotąd wyraźnie nie odstąpił, wywołującego zarazem uzasadnione wątpliwości w świetle koncepcji EKPCz jako żywego instrumentu”.

²¹ Opinia doradcza ETPC z 10 kwietnia 2019 r., P16-2018-001, HUDOC; dalej: pierwsza opinia doradcza.

²² Opinia doradcza ETPC z 29 maja 2020 r., P16-2019-001, HUDOC; dalej: druga opinia doradcza.

²³ Opinia doradcza ETPC z 8 kwietnia 2022 r., P16-2020-002, HUDOC; dalej: trzecia opinia doradcza.

²⁴ Opinia doradcza ETPC z 26 kwietnia 2022 r., P16-2021-001, HUDOC; dalej: czwarta opinia doradcza.

²⁵ Opinia doradcza ETPC z 13 lipca 2022 r., P16-2021-002, HUDOC; dalej: piąta opinia doradcza.

dziecka w postępowaniu o adopcję²⁶ oraz odmowy udzielenia licencji na pracę jako ochroniarz ze względu na związek z salafickim ruchem religijnym²⁷.

3.1. Pierwsza opinia doradcza

Pierwsza opinia doradcza została wydana w 2019 r. na tle następującego stanu faktycznego. Państwo Mennesson, małżeństwo Francuzów żyjących we Francji, w 2000 r. zawarło umowę o surogację w stanie Kalifornia, gdzie było to zgodne z prawem. Gamety męskie zostały pobrane od pana Mennessona, natomiast komórka jajowa pochodziła od dawczyni z Kalifornii. Po urodzeniu bliźniąt stan Kalifornia wydał akt urodzenia, w którym wskazano pana Mennessona jako ojca i panią Mennesson jako matkę. Początkowo akt ten został transkrybowany we francuskim rejestrze stanu cywilnego, ale później transkrypcję cofnięto ze względu na sprzeczność umowy surogacji z francuskim porządkiem prawnym.

W postępowaniu spornym *Mennesson przeciwko Francji* ETPC wskazał m.in., że – biorąc pod uwagę brak jakiegokolwiek uznania więzi między córkami państwa Mennesson oraz nimi samymi (a zwłaszcza z biologicznym ojcem²⁸) przez władze francuskie, co mogło mieć wpływ na ustalenie obywatelstwa, możliwość dziedziczenia etc. – doszło do naruszenia praw dzieci do poszanowania ich życia prywatnego (art. 8 EKPC)²⁹.

Po wznowieniu postępowania przed sądem krajowym po wyroku w sprawie *Mennesson* organ ten uznał za stosowne zwrócenie się do ETPC z wnioskiem o wydanie opinii doradczej. W toku postępowania przed sądem krajowym podstawowym problemem był właściwy sposób uznania przez państwo więzi między państwem Mennesson a ich dziećmi. Sąd m.in. zadał pytanie, czy mieści się w marginesie oceny państwa odzwierciedlenie w transkrybowanym akcie urodzenia jedynie ojca biologicznego oraz umożliwienie jego żonie adopcji dzieci.

²⁶ Opinia doradcza ETPC z 13 kwietnia 2023 r., P16-2022-001, HUDOC; dalej: szósta opinia doradcza.

²⁷ Opinia doradcza ETPC z 14 grudnia 2023 r., P16-2023-001, HUDOC; dalej: siódma opinia doradcza.

²⁸ W tym kontekście należy wskazać, że po zmianach ustawowych we Francji pozwalających na częściową transkrypcję aktu urodzenia Komitet Ministrów uznał, że wyrok *Mennesson p. Francji* został wykonany (Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 21 września 2017 r. (1294. spotkanie), nr CM/ResDH(2017)286 w przedmiocie wykonania czterech wyroków przeciwko Francji, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-177626%22%5D%7D>) [dostęp: 1.01.2024]) i w 2017 r. zamknął procedurę nadzoru.

²⁹ Wyrok ETPC z 26 czerwca 2014 r., 65192/11 i in., *Mennesson p. Francji*, pkt 96–100, HUDOC.

Trybunał w odpowiedzi wskazał, że sztywny i absolutny zakaz uznania więzi między dziećmi a żoną biologicznego ojca narusza najlepszy interes dziecka³⁰. Niepewność co do statusu dziecka powinna trwać jak najkrócej³¹. Nie jest jednak wymagana forma transkrypcji aktu urodzenia, a – w zależności od okoliczności sprawy – dopuszczalna jest forma adopcji, o ile procedura jest odpowiednio ukształtowana i pozwala na uznanie takiej więzi, z uwzględnieniem interesu dziecka³².

Po sporządzeniu opinii doradczej przez ETPC sąd krajowy wydał wyrok³³, w którym stwierdził, że więź między biologicznym ojcem a dziećmi musi zostać uznana w formie transkrypcji aktu urodzenia. Jeżeli zaś chodzi o relację żony ojca z dziećmi, stwierdzono, że byłoby nieproporcjonalne – w świetle czasu, który upłynął od początku sporu – wymagać od niej wykorzystania ścieżki adopcji. W konsekwencji sąd nakazał transkrypcję aktu urodzenia, w którym państwo Mennesson będą wskazani jako rodzice.

Warto zaznaczyć, że opinia doradcza nie doprowadziła do sformułowania wyraźnego standardu w zakresie dopuszczalności odmowy uznania skutków umowy o surogację³⁴. Trybunał uznał w dalszym orzecznictwie, że w przypadku żony ojca nie jest konieczna pełna adopcja, a jedynie przyznanie prawa do opieki nad dzieckiem³⁵. Możliwe jest także odmówienie adopcji³⁶. Standard rozszerzono następnie na pary jednopłciowe³⁷.

³⁰ Pierwsza opinia doradcza, pkt 42.

³¹ Tamże, pkt 49.

³² Tamże, pkt 49–54.

³³ Wyrok Sądu Kasacyjnego Francji z 4 października 2019 r., 10-19.053, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039213459/> [dostęp 01.01.2024].

³⁴ Tak też L. Bracken, *The ECtHR's first advisory opinion: Implications for Cross-Border Surrogacy Involving Male Intended Parents*, „Medical Law International” 2021, nr 1(21), s. 4, <https://doi.org/10.1177/09685332211002592>. Zwrócono także uwagę na lakoniczność opinii, a przez to jej nieprzydatność dla kształtowania dalszego dialogu sądowego (A. Wiśniewski, *Nowa instytucja...*, s. 55; A. Margaria, *Parenthood and Surrogacy: What is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, „Medical Law Review” 2020, nr 2(28), s. 421, <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwz042>).

³⁵ Wyrok ETPC z 6 grudnia 2022 r., 25212/21, *K.K. i inni p. Danii*, HUDOC. Podobnie w wyroku ETPC z 18 maja 2021 r., 71552/17, *Valdís Fjólánsdóttir i inni p. Islandii*, HUDOC, gdzie odmowa adopcji (z przyznaniem statusu rodziny zastępczej dwójce rodziców, z których żadne nie było biologicznie spokrewnione z dziećmi) nie naruszała art. 8 EKPC.

³⁶ Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 30254/18, *A.M. p. Norwegii*, HUDOC. W tej sprawie ojciec biologiczny zaoponował przeciwko adopcji, a ETPC uznał, że sądy krajowe właściwie wyważyły sprzeczne interesy.

³⁷ Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 29775/18 i in., *C.E. i inni p. Francji*, HUDOC; wyrok ETPC z 22 listopada 2022 r., 58817/15 i in., *D.B. i inni p. Szwajcarii*, HUDOC. Jest to stanowisko odmienne od wcześniejszego orzecznictwa (zob. wyrok ETPC z 15 marca 2012 r., 25951/07, *Gas i Dubois p. Francji*, HUDOC).

3.2. Druga opinia doradcza

Druga opinia doradcza³⁸ została wydana w kontekście skomplikowanej rzeczywistości politycznej w Armenii. W 1998 i 2003 r. Robert Koczarian został wybrany na Prezydenta Armenii. W 2008 r. doszło do wyborów prezydenckich, w których startował Serż Sarkisjan, reprezentant tej samej opcji politycznej co Koczarian. Ogłoszenie wygranej Sarkisjana wywołało protesty na dużą skalę, które zostały brutalnie stłumione przez siły bezpieczeństwa. W późniejszej ocenie ETPC przy tłumieniu protestów doszło do naruszeń art. 3, 5, 6 i 11 EKPC³⁹. Po zmianie władzy w wyniku bezkrwawej rewolucji z 2018 r., Robert Koczarian został oskarżony o usiłowanie obalenia konstytucyjnego ustroju Armenii (art. 300[1] armeńskiego kodeksu karnego⁴⁰). Przed rozpoznaniem zarzutów sąd pierwszej instancji zwrócił się z pytaniem prawnym do Sądu Konstytucyjnego, czy wspomniany wyżej przepis spełnia wymogi zasady określoności.

Sąd Konstytucyjny⁴¹ z kolei zdecydował się złożyć wniosek do ETPC o wydanie opinii doradczej w przedmiocie dopuszczalności stosowania znamienia blankietowego w prawie karnym oraz kryteriów służących do porównania różnych stanów prawnych (w chwili orzekania oraz w chwili popełnienia czynu)⁴². Kwestia porównania dwóch stanów prawnych była – jak się wydaje – uboczną⁴³

³⁸ Zob. także omówienie: N. Vogiatzis, *The Second Advisory Opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2021, nr 1(3), s. 135–152, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10021>.

³⁹ Zob. m.in. wyrok ETPC z 20 września 2018 r., 23086/08, *Mushegh Saghatelyan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 25 kwietnia 2019 r., 36469/08, *Ter-Petrosyan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 44841/08 i in., *Jhangiryan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 49021/08, *Smbat Ayvazyan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 15 października 2020 r., 49020/08 *Myasnik Malhasyan p. Armenii*, HUDOC.

⁴⁰ Zob. tekst tego przepisu w drugiej opinii doradczej, pkt 26.

⁴¹ Zob. także szerokie rozważania dotyczące relacji kontroli konstytucyjności i zgodności z EKPC oraz roli pełnionej przez sądy powszechne oraz sądy konstytucyjne w M. Dicosola i in., *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” 2015, nr 6(16), s. 1387–1428, <https://doi.org/10.1017/S2071832200021192>.

⁴² Sąd Konstytucyjny Armenii chciał także wiedzieć, czy pojęcie „prawa” w rozumieniu art. 7 EKPC i art. 8–11 EKPC obejmuje takie same, czy jednak inne wymogi jakościowe. Jest to problem bardzo interesujący (z perspektywy tego, czy prawo karne musi spełniać wyższe wymogi precyzji niż inne gałęzie prawa ingerujące w wolności człowieka) i wydaje się, że nigdy nie był rozstrzygnięty wprost przez ETPC. Trybunał uznał, że nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przed Sądem Konstytucyjnym (druga opinia doradcza, pkt 52–56).

⁴³ Można się zastanawiać, czy w ogóle miała znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed Sądem Konstytucyjnym, skoro to do sądu karnego należy *in concreto* zbadanie, czy oskarżony wypełnił znamiona czynu zabronionego zarówno według ustawy obowiązującej w chwili popełnienia czynu zabronionego, jak i znamiona czynu zabronionego według ustawy obowiązującej

wobec problemu jakościowych wymogów właściwych dla prawa karnego, ale Trybunał stwierdził, że porównania dwóch stanów prawnych należy dokonywać *in concreto*, w odniesieniu do danego stanu faktycznego⁴⁴.

Co do standardu przewidywalności ETPC wskazał, że może on zależeć od charakteru przepisu, dobra, jakie ma chronić oraz statusu i liczby osób, do których jest adresowany⁴⁵. Trybunał odwołał się także do swojego wcześniejszego orzecznictwa, w którym uznawał przepisy blankietowe odsyłające do ogólnych norm konstytucyjnych za nienaruszające art. 7 EKPC⁴⁶. W sentencji wskazano, że blankietowy przepis karny nie jest niezgodny z art. 7 EKPC, o ile przepis odsyłający i przepis, do którego się odsyła, są jasne i pozwalają na przewidzenie, jakie czyny podlegają odpowiedzialności karnej. To do sądu krajowego należy zastosowanie obydwu tych przepisów oraz ocena, czy odpowiedzialność karna była przewidywalna.

Wydaje się, że ETPC wyraźnie zasugerował, że możliwe jest sądenie Roberta Koczariana na podstawie dość ogólnego przepisu karnego odsyłającego do bardzo szeroko sformułowanych norm konstytucyjnych. Sąd Konstytucyjny Republiki Armenii uznał jednak, że przepis art. 300[1] armeńskiego kodeksu karnego jest niezgodny z zasadą proporcjonalności i pewności prawa (art. 78 i 79 Konstytucji Republiki Armenii)⁴⁷. W konsekwencji sąd karny uniewinnił Roberta Koczariana⁴⁸, zapewniając mu tym samym bezkarność za udział w tłumieniu protestów w 2008 r.

później. Zwłaszcza że art. 169 Konstytucji Armenii przewiduje – podobnie jak jest to w Polsce – abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności norm. Sąd Konstytucyjny Armenii – w wyroku po wydaniu opinii doradczej przez ETPC – zasadniczo to stwierdza (zob. wyrok Sądu Konstytucyjnego Armenii z 26 marca 2021 r., ՍԳՈ-1586 [SDV-1586], pkt 6.2, <https://www.concourt.am/decision/decisions/sdv-1586.pdf> [dostęp: 1.01.2024]). O kwestii podziału kompetencji sądów powszechnych i sądów konstytucyjnych w kontekście procedury doradczej oraz stosowania konstytucji i EKPC zob. M. Dicosola i in., *The Prospective Role...*, s. 1399–1401.

⁴⁴ Mimo odwołania się do obszernego orzecznictwa (zob. druga opinia doradcza, pkt 75–92), nie wydaje się, aby teza o konieczności przeprowadzenia „podwójnego wyrokowania” była przełomem w zakresie interpretacji art. 7 EKPC, choć należy docenić wypowiedzenie jej wprost.

⁴⁵ Druga opinia doradcza, pkt 61. Od polityków, w szczególności sprawujących wysoki urząd, oczekuje się bardziej ostrożnego zachowania, a zatem przepisy regulujące ich czyny mogą być mniej precyzyjne (druga opinia doradcza, pkt 68).

⁴⁶ Druga opinia doradcza, pkt 63–68 z odesłaniem do wyroku ETPC z 19 lutego 2008 r., 74357/01, *Kuolelis, Bartoševičius i Burokevičius p. Litwie*, HUDOC oraz wyroku ETPC z 23 listopada 2017 r., 66847/12, *Haarde p. Islandii*, HUDOC. Wyrok w sprawie *Kuolelis i inni* dotyczył właśnie kwestii obalenia ustroju siłą.

⁴⁷ Wyrok Sądu Konstytucyjnego Armenii z 26 marca 2021 r., ՍԳՈ-1586 [SDV-1586].

⁴⁸ Armenia: Appeals Court Upholds Acquittal of Kocharyan, <https://hetq.am/en/article/138344> [dostęp: 1.01.2024].

Jeżeli zaś chodzi o późniejsze orzecznictwo ETPC, to wypada wskazać, że w niektórych wyrokach odsyłano do drugiej opinii doradczej jako podsumowującej dorobek orzeczniczy⁴⁹, ale także przy ogólnych *passusach* dotyczących nieretroaktywności prawa karnego⁵⁰. Warto także wspomnieć o sprawie *Mørck Jensen przeciwko Danii*⁵¹, w której – jak się wydaje – doszło do (na razie jednorazowego) odstąpienia przez ETPC od standardu sformułowanego w drugiej opinii doradczej. W realiach tej sprawy na podstawie przepisu kodeksu karnego przewidziano karę kryminalną za wjazd na terytorium określone w rozporządzeniu ministra sprawiedliwości. Oskarżony wjechał do prowincji Al-Raqqa w Syrii w momencie, kiedy to terytorium zostało wskazane w rozporządzeniu, jednakże w chwili orzekania było już odmiennie. W świetle drugiej opinii doradczej zasada konkretyzacji porównania dwóch stanów prawnych wymaga stwierdzenia, czy dany czyn wypełniał znamiona przestępstwa zarówno w momencie popełnienia tego czynu, jak i na podstawie późniejszego stanu prawnego⁵², biorąc pod uwagę nie tylko przepisy kodeksu karnego, ale także przepisy, do których kodeks karny odsyła⁵³. W tym kontekście zachowanie skarżącego Jensena było kryminalizowane w chwili czynu, ale już nie w chwili orzekania. Pan Jensen został jednak skazany, a ETPC uznał, iż doszło jedynie do zmiany stosunków faktycznych uzasadniających wykreślenie ww. prowincji z listy, a przepisy ustawy pozostały niezmienione, co zaważyło na braku naruszenia art. 7 EKPC⁵⁴. Rzecz jasna, można dyskutować, do jakiego stopnia zachodzi podobieństwo między stanem faktycznym z drugiej opinii doradczej i sprawą *Mørck Jensen*, jednakże w obydwu tych sprawach chodziło o kumulację dwóch problemów: istnienia znamienia blankietowego oraz standardu *lex mitior agit*. Kwestia kolizji między tymi dwoma sprawami nie została jeszcze podjęta w późniejszym orzecznictwie ETPC.

⁴⁹ Zob. wyrok ETPC z 19 listopada 2020 r., 2953/14, *Pantolon p. Chorwacji*, pkt 45, HUDOC; postanowienie ETPC z 30 listopada 2021 r., 41126/13, *Artsruni p. Armenii*, pkt 47, HUDOC; wyrok ETPC z 20 stycznia 2022 r., 33351/20, *Milanković p. Chorwacji*, pkt 50, HUDOC.

⁵⁰ Zob. wyrok ETPC z 6 października 2020 r., 75882/13, *Pfenning Distributie S.R.L. p. Rumunii*, pkt 43, HUDOC; wyrok ETPC z 24 maja 2022 r., 74536/10, *Sinan Çetinkaya i Ağyar Çetinkaya p. Turcji*, pkt 36, HUDOC; wyrok ETPC z 12 lipca 2022 r., 38825/16, *Kotlyar p. Rosji*, pkt 28, HUDOC; wyrok ETPC z 4 lipca 2023 r., 13451/15, *Tristan p. Mołdawii*, pkt 48, HUDOC.

⁵¹ Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, HUDOC.

⁵² Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, pkt 44 z odesłaniem do drugiej opinii doradczej, pkt 81: „Jeżeli istnieją różnice między prawem karnym obowiązującym w momencie popełnienia czynu i późniejszym prawem karnym uchwalonym aż do wydania prawomocnego wyroku, sądy muszą stosować przepisy prawa najkorzystniejsze dla oskarżonego”. Nie ma wątpliwości, że ta zasada odnosi się nie tylko do karalności, ale także do przestępności (druga opinia doradcza, pkt 90).

⁵³ Zob. *implicite* druga opinia doradcza, pkt 91.

⁵⁴ Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, pkt 52.

3.3. Trzecia opinia doradcza

Trzecia opinia doradcza może być z kolei postrzegana jako kontynuacja sprawy *Paksas przeciwko Litwie*⁵⁵. Wówczas w wyroku kończącym tę sprawę ETPC stwierdził, że permanentne i nieodwracalne pozbawienie biernego prawa wyborczego prezydenta po jego impeachmentie było nieproporcjonalne⁵⁶. Warto wskazać, że litewski Sąd Konstytucyjny dwukrotnie (w 2004 r. i w 2012 r.) stwierdził, że takie (dożywotnie) pozbawienie prawa wyborczego wynika z litewskiej Konstytucji i opatrywanie go jakimkolwiek limitem czasowym jest sprzeczne z normami konstytucyjnymi⁵⁷. W drugim z wyroków Sąd Konstytucyjny wskazał, że właściwym sposobem na wykonanie orzeczenia ETPC w sprawie *Paksas* jest zmiana Konstytucji, co próbowano zresztą robić kilkukrotnie (od 2013 r.), ale do czasu wydania opinii doradczej wysiłki te nie zostały zakończone sukcesem⁵⁸. Ostatecznie jednak krótko po wydaniu trzeciej opinii doradczej litewski Sejm uchwalił poprawkę do Konstytucji, w której przewidziano, że pozbawienie biernego prawa wyborczego obejmuje okres 10-letni od *impeachmentu*⁵⁹, co zresztą pozwoliło zamknąć procedurę wykonania wyroku przed Komitetem Ministrów we wrześniu 2022 r.⁶⁰.

Na takim tle prawnym, w trzeciej opinii doradczej ETPC zajmował się sprawą N.V., która została wybrana do Sejmu w 2012 r., a następnie pozbawiona mandatu (na podstawie tych samych przepisów Konstytucji co użyte w sprawie *Paksas*) w 2013 r., po ucieczce do Stanów Zjednoczonych z powodu toczącego się przeciwko niej postępowania karnego. Po skazaniu i odbyciu kary N.V. chciała kandydować w wyborach parlamentarnych w 2020 r., ale litewska komisja wyborcza odmówiła jej rejestracji. Po jej odwołaniu do litewskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego sąd ten wniósł do ETPC prośbę o wydanie opinii doradczej w przedmiocie kryteriów, które sąd powinien wziąć pod uwagę przy

⁵⁵ Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, HUDOC.

⁵⁶ Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, pkt 109, 112.

⁵⁷ Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, pkt 34; trzecia opinia doradcza, pkt 31. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że relewantne przepisy Konstytucji Litwy (art. 59 i 74) są dość wieloznaczne i niekoniecznie narzucają interpretację, że pozbawienie biernego prawa wyborczego obejmuje także kolejne kadencje (a nie tylko tę, w której dana osoba została usunięta ze stanowiska).

⁵⁸ Trzecia opinia doradcza, pkt 32–40.

⁵⁹ Art. 74 ust. 2 Konstytucji Litwy.

⁶⁰ Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 22 września 2022 r. (1443. spotkanie), nr CM/ResDH(2022)253 w przedmiocie wykonania wyroku ETPC *Paksas p. Litwie*, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-220578> [dostęp: 1.01.2024]. N.V. będzie zatem mogła kandydować w wyborach parlamentarnych w 2024 r.

ocenie proporcjonalności takiego środka, a także sposobu rozstrzygnięcia kolizji między EKPC a prawem konstytucyjnym⁶¹.

Trybunał w pierwszej kolejności wskazał zasady rządzące interpretacją art. 3 Protokołu nr 1, a mianowicie: w zakresie praw wyborczych państwom-stro-
nom EKPC przysługuje szeroki margines oceny, a na zakres tego marginesu
mogą wpływać czynniki związane z historią i systemem politycznym danego
państwa, natomiast katalog legitymowanych podstaw ograniczeń tych praw
jest otwarty, choć z drugiej strony muszą istnieć także zabezpieczenia proce-
duralne przeciwko arbitralnej ingerencji w prawa wyborcze⁶². ETPC stwierdził
również, że uzasadnienie obowiązywania środków o charakterze generalnym
wpływających na prawa wyborcze maleje z upływem czasu⁶³. Trybunał wskazał,
że dopuszczalne jest zarówno sztywne, niepodlegające kontroli sądowej pozba-
wienie praw wyborczych na mocy decyzji legislatury albo też dożywotni zakaz
pełnienia funkcji z możliwością kontroli sądowej⁶⁴. Skoro celem pozbawienia
biernego prawa wyborczego jest ochrona instytucji, do której dana osoba kan-
dyduje, systemu konstytucyjnego i demokratycznego ustroju państwa, to przy
ocenie proporcjonalności należy brać pod uwagę nie tylko naturę przewinienia
danej osoby, ale także stabilność danego organu, jego zadania, a także prawdo-
podobieństwo, że dana osoba zakłóci działania tej instytucji oraz demokracji
w danym kraju oraz lojalność danej osoby wobec systemu państwa (wyrażająca
się poszanowaniem Konstytucji, praw, instytucji lub niepodległości)⁶⁵.

Po wydaniu opinii doradczej przez ETPC litewski NSA wydał wyrok, w któ-
rym utrzymał w mocy decyzję komisji wyborczej⁶⁶, stosując kryteria wskazane
przez ETPC, biorąc pod uwagę stan prawny z 2020 r. (a nie z 2022 r.) i wskazu-
jąc, że N.V. nie podniosła żadnych okoliczności, które umożliwiłyby uchylenie
zakazu kandydowania. Trzecia opinia doradcza w zasadzie nie jest cytowana
w orzecznictwie ETPC⁶⁷, być może ze względu na specyfikę rozstrzyganego
w niej problemu.

⁶¹ Na to ostatnie pytanie ETPC nie uznał za zasadne odpowiedzieć (trzecia opinia doradcza, pkt 97–100).

⁶² Trzecia opinia doradcza, pkt 78–89.

⁶³ Tamże, pkt 90–91.

⁶⁴ Tamże, pkt 92.

⁶⁵ Tamże, pkt 94–95.

⁶⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego Litwy z 29 czerwca 2022 r., R-1-602/2022, <https://www.lvat.lt/veikla/teismu-praktika/kreipimai-i-europos-zmogaus-teisiu-teisma/882> [dostęp: 1.01.2024].

⁶⁷ Zob. jedynie bardzo ogólne odniesienie w wyroku ETPC z 6 grudnia 2022 r., 14581/20, *Kalda p. Estonii* (nr 2), pkt 50, HUDOC.

3.4. Czwarta opinia doradcza

W czwartej opinii doradczej ETPC zajmował się kolejną kwestią związaną z wykonaniem wyroku ETPC na tle następującego stanu faktycznego. W kwietniu 2004 r. pan Virabyan został zatrzymany i pobity przez policjantów na komisariacie. W 2012 r. ETPC stwierdził, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC zarówno w wymiarze materialnym, jak i proceduralnym⁶⁸. Po wydaniu tego orzeczenia wszczęto postępowanie przygotowawcze i skierowano do sądu akt oskarżenia przeciwko policjantom. Oskarżono ich o nadużycie funkcji (armieński kodeks karny nie przewidywał przestępstwa tortur), mimo że termin przedawnienia już upłynął. W toku postępowania sądy pierwszej i drugiej instancji umarzały postępowanie z powodu przedawnienia. Sąd Kasacyjny natomiast zwrócił się do ETPC z wnioskiem o wydanie opinii doradczej, czy z art. 3 EKPC wynika obowiązek niestosowania terminu przedawnienia do przestępstw stanowiących tortury.

Trybunał w tym kontekście potwierdził – na podstawie obszernego orzecznictwa – że umorzenie postępowania karnego z powodu przedawnienia w sprawach dotyczących art. 2 i 3 EKPC (prawo do życia i wolność od tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, lub karania) może prowadzić do naruszenia tych przepisów⁶⁹. Z drugiej jednak strony ukaranie osoby za przestępstwo, co do którego termin przedawnienia już upłynął, stanowi naruszenie art. 7 EKPC⁷⁰. A zatem dochodzi do kolizji wymogów z art. 3 EKPC (po stronie ofiary) oraz art. 7 EKPC (po stronie sprawcy)⁷¹. W tym kontekście

⁶⁸ Wyrok ETPC z 2 października 2012 r., 40094/05, *Virabyan p. Armenii*, HUDOC.

⁶⁹ Czwarta opinia doradcza, pkt 61–63.

⁷⁰ Tamże, pkt 76 z odesłaniem do wyroku ETPC z 18 czerwca 2020 r., 7523/10, *Antia i Khupenia p. Gruzji*, pkt 38–43, HUDOC. Zob. jednak późniejszy wyrok ETPC z 3 listopada 2022 r., 49812/09, *Vegotex International S.A. p. Belgii*, pkt 116, HUDOC, dotyczący „uchylenia” przez legislaturę terminu przedawnienia sankcji administracyjnej, który już upłynął. Skargę wniesiono na podstawie art. 6 EKPC, skupiając się na problemie interwencji legislacyjnej, a nie na podstawie art. 7 EKPC. W wyroku Wielkiej Izby stwierdzono brak naruszenia art. 6 EKPC, ale siedmiu sędziów złożyło zdanie odrębne – z obszernym powołaniem na czwartą opinię doradczą (pkt 27–28 zdania odrębnego) – w której stwierdzili, że standardy nie mogą być różne na gruncie art. 6 i 7 EKPC.

⁷¹ W przypadku kolizji art. 2 i 3 EKPC z art. 4 Protokołu nr 7 (który jest podobny do art. 7 EKPC, w tym sensie, że jest niederogowalny i nie podlega limitacji, a jedynie ściśle określonym wyjątkom) Trybunał rozstrzygał odmiennie. W wyroku ETPC z 27 maja 2014 r., 4455/10, *Marguš p. Chorwacji*, pkt 139–141, HUDOC, Wielka Izba rozpoznawała sprawę chorwackiego zbrodniarza wojennego, który został objęty amnestią, w wyniku czego postępowanie karne przeciwko niemu umorzono, jednakże był on sądzony ponownie. Trybunał stwierdził, że gwarancja z art. 4 Protokołu nr 7 musi ustąpić wobec obowiązku proceduralnego z art. 2 i 3 EKPC. W wyroku ETPC z 6 kwietnia 2021 r., 35623/11, *Tsonyo Tsonev p. Bułgarii (nr 4)*, pkt 65, HUDOC, Trybunał z kolei przesądził,

Trybunał wskazał, że „nieakceptowalne byłoby naprawienie przez władze krajowe uchybienia pozytywnym obowiązkom wynikającym z art. 3 EKPC jednocześnie naruszeniem gwarancji z art. 7 EKPC [...] Nie wynika z dotychczasowego stanu orzecznictwa Trybunału, aby państwo-strona było zobowiązane do niezastosowania terminów przedawnienia⁷²”. Trybunał uznał jednak, że prawo międzynarodowe i konstytucyjne może przewidywać uchylenie terminu przedawnienia, o ile jest to przewidywalne⁷³.

Baza armeńskiego Sądu Kasacyjnego nie zawiera orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, w której żądano wydania opinii doradczej, a zatem trudno jest ocenić wpływ opinii doradczej na konkretne postępowanie krajowe. Tę opinię doradczą cytuje się jednak w dalszym orzecznictwie ETPC⁷⁴, wskazując m.in. na niezgodność karania po upływie przedawnienia z art. 7 EKPC⁷⁵, a z drugiej strony naruszenie art. 2 i 3 EKPC poprzez doprowadzenie przez władze krajowe do przedawnienia przestępstw stanowiących poniżające lub nieludzkie traktowanie lub karanie albo tortury⁷⁶, a także na niemożność naprawienia naruszenia art. 14 w zw. z art. 2 EKPC naruszeniem art. 7 EKPC⁷⁷.

że wprowadzie skazanie wyrokiem sądu karnego po nałożeniu sankcji administracyjnej za ten sam czyn narusza zasadę *ne bis in idem*, ale państwo – biorąc pod uwagę obowiązki pozytywne z art. 3 EKPC (sprawa dotyczyła pobicia) – ma interes w utrzymaniu w mocy późniejszej sankcji karnej.

⁷² Czwarta opinia doradcza, pkt 65–66.

⁷³ Tamże, pkt 78.

⁷⁴ Zob. np. wyrok ETPC z 7 września 2023 r., 17053/20, *Bavcar p. Słowenii*, pkt 143, HUDOC, w którym wskazuje się, że standardy dotyczące wymogu pewności i przewidywalności prawa karnego zostały ostatnio zebrane w czwartej opinii doradczej. Zob. także bardzo ogólne odwołania w postanowieniu ETPC z 22 listopada 2022 r., 74017/17, *Martins Pereira Penedos p. Portugalii*, pkt 90, HUDOC; postanowieniu ETPC z 6 grudnia 2022 r., 83460/17, *Răducan p. Rumunii*, pkt 51, HUDOC; wyroku ETPC z 15 grudnia 2022 r., 35511/20, *Gherardi Martini p. San Marino*, pkt 114, HUDOC; postanowieniu ETPC z 19 września 2023 r., 64144/14, *Costa Santos p. Portugalii*, pkt 76, HUDOC; wyroku ETPC z 26 września 2023 r., 15669/20, *Yüksel Yalçinkaya p. Turcji*, pkt 241, HUDOC.

⁷⁵ Zob. wyrok ETPC z 9 maja 2023 r., 6959/17, *Cetinja p. Chorwacji*, pkt 13, HUDOC.

⁷⁶ Zob. wyrok ETPC z 7 lipca 2022 r., 32715/19, *M.S. p. Włochom*, pkt 137, HUDOC; wyrok ETPC z 13 czerwca 2023 r., 28215/11, *Badalyan p. Armenii*, pkt 67, HUDOC.

⁷⁷ Zob. wyrok ETPC z 14 czerwca 2022 r., 56070/18, *Stoyanova p. Bułgarii*, pkt 71, HUDOC. W tej sprawie syn skarżącej został zamordowany z motywów homofobicznych, jednakże nie znalazło to stosownego odzwierciedlenia w kwalifikacji prawnej czynu sprawców i w wymiarze kary (z powodu wadliwego ustawodawstwa, względnie wadliwej praktyki sądów), co stanowiło naruszenie art. 14 EKPC w zw. z art. 2 EKPC. Trybunał *implicite* jednak wskazał, że nie byłoby właściwe wznowienie postępowania i zaostrożenie wymiaru kary na podstawie przepisów, które nie istniały w chwili popełnienia czynu.

3.5. Piąta opinia doradcza

Piąta opinia doradcza zapadła na tle problemu okręgów łowieckich we Francji, który był wcześniej przedmiotem kilku orzeczeń ETPC⁷⁸. Dotyczyła zróżnicowania traktowania stowarzyszeń właścicieli ziemskich w zależności od momentu założenia stowarzyszenia – przed utworzeniem zrzeszenia myśliwskiego i po utworzeniu takiego zrzeszenia. Jeżeli stowarzyszenie właścicieli ziemskich powstało po utworzeniu okręgu łowieckiego, musiało tolerować polowanie na własnym terenie. Deklarowanym celem takiego zróżnicowania było zachowanie integralności zrzeszeń myśliwskich już istniejących. Spór przed francuską Radą Stanu dotyczył jedynie praw łowieckich, a prawo własności nieruchomości w żaden inny sposób nie było ograniczane.

W opinii Trybunał stwierdził, że zróżnicowanie opierające się na momencie założenia organizacji może stanowić inną przyczynę, o której mowa w art. 14 EKPC⁷⁹. Sąd krajowy musi mieć kompetencję do oceny, czy sytuacja jest wystarczająco podobna, aby mówić o zróżnicowanym traktowaniu w świetle art. 14 EKPC⁸⁰. Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, Trybunał wskazał, że nie da się wyprowadzić prawa do polowania z Konwencji, ale ochrona środowiska (której realizacji mogą służyć polowania organizowane przez zrzeszenia łowieckie) jest częścią interesu publicznego uzasadniającego ingerencję w prawo chronione na podstawie art. 1 Protokołu nr 1. Władze krajowe dysponują w tym zakresie szerokim marginesem oceny⁸¹. W szczególności mogą one uregulować daną kwestię w określony sposób, nawet jeśli rozwiązania alternatywne wydają się bardziej optymalne⁸². Przy ocenie proporcjonalności ingerencji w prawo chronione na podstawie art. 1 Protokołu nr 1 należy brać pod uwagę kryterium „oczywistej bezpodstawności”⁸³, zwłaszcza w kontekście możliwości uzyskania odszkodowania⁸⁴, a retroaktywność ingerencji jest zasadniczo dopuszczalna⁸⁵.

⁷⁸ Wyrok ETPC z 29 kwietnia 1999 r., 25088/94, *Chassagnou i inni p. Francji*, HUDOC; postanowienie ETPC z 6 grudnia 2007 r., 25708/03 i in., *Baudinière i Vauzelle p. Francji*, HUDOC; wyrok ETPC z 22 września 2011 r., 29953/08, *A.S.P.A.S. i Lasgerazas p. Francji*, HUDOC; wyrok ETPC z 4 października 2012 r., 57412/08, *Chabauty p. Francji*, HUDOC. Pierwszy i ostatni wyrok zostały wydane w składzie Wielkiej Izby.

⁷⁹ Piąta opinia doradcza, pkt 62.

⁸⁰ Tamże, pkt 66–69.

⁸¹ Tamże, pkt 80–83.

⁸² Tamże, pkt 101–105.

⁸³ Tamże, pkt 93–97.

⁸⁴ Tamże, pkt 106–110.

⁸⁵ Tamże, pkt 86–92.

Po wydaniu przez ETPC opinii doradczej Rada Stanu wydała wyrok, w którym oddaliła skargę stowarzyszenia właścicieli ziemskich. Opierając się (w dość skrótowy sposób) na standardach wskazanych przez ETPC, uznała, że nie doszło do dyskryminacji⁸⁶.

Jeżeli zaś chodzi o wpływ na dalsze orzecznictwo ETPC, to należy stwierdzić, że Trybunał kilkakrotnie już cytował tę opinię doradczą, zazwyczaj w kontekście wskazywania ogólnego standardu stosowanego do oceny potencjalnego naruszenia art. 14 EKPC⁸⁷. Pojawiały się także bardziej incydentalne nawiązania⁸⁸, w szczególności w zakresie zasady subsydiarności, a zwłaszcza tego, że sądy krajowe są bardziej przygotowane do przeprowadzenia takiej oceny⁸⁹. Do tej pory jednak nie zostały wydane wyroki, w których ten sam problem (zrzeszeń właścicieli ziemskich i myśliwych) byłby przedmiotem analizy (być może z uwagi na jego specyfikę). Można zatem stwierdzić, że w uzasadnieniu piątej opinii doradczej zebrano dotychczasowy standard orzeczniczy, a sama opinia doradcza jest cytowana zamiast wielu wyroków i postanowień ETPC.

3.6. Szósta opinia doradcza

W szóstej opinii doradczej ETPC rozpatrywał kwestię praw proceduralnych biologicznego rodzica dorosłego dziecka w procedurze adopcji. W stanie faktycznym sprawy B chciała zaadoptować swojego 25-letniego siostrzeńca C, nad którym wcześniej sprawowała pieczę. Fińskie prawo dopuszcza możliwość adopcji osoby dorosłej. Od wyroku sądu pierwszej instancji zezwalającego na adopcję apelację wywiodła A, biologiczna matka C, ale jej apelacja została odrzucona jako wniesiona przez osobę niebędącą stroną w postępowaniu.

⁸⁶ Wyrok Rady Stanu Francji z 23 marca 2023 r., 439036, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043385968> [dostęp: 1.01.2024].

⁸⁷ Najpełniej w wyroku ETPC z 14 września 2023 r., 56928/19 i in., *Valiullina i inni p. Łotwie*, pkt 182, HUDOC, gdzie zacytowano aż 6 punktów z uzasadnienia opinii doradczej, dotyczących ogólnych standardów niedyskryminacji. Należy podkreślić, że sprawa *Valiullina* dotyczyła zarzucanego zróżnicowania w dostępie do edukacji, a zatem dziedziny odległej od analizowanej w piątej opinii doradczej. Zob. także wyrok ETPC z 16 listopada 2023 r., 225/20 i in., *Džibuti i inni p. Łotwie*, pkt 130, HUDOC, dotyczący podobnego problemu (dostępu do edukacji prywatnej na Łotwie), gdzie także odwoływano się do piątej opinii doradczej.

⁸⁸ Zob. np. wyrok ETPC z 4 października 2022 r., 8701/21, *Pinkas i inni p. Bośni i Hercegowinie*, pkt 58, HUDOC; wyrok ETPC z 13 października 2022 r., 12456/19, *Zeggai p. Francji*, pkt 55, HUDOC; wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 61721/19 i in., *Kubát i inni p. Czechom*, pkt 116, HUDOC.

⁸⁹ Zob. wyrok ETPC z 10 listopada 2022 r., 2317/20, *The Karibu Foundation p. Norwegii*, pkt 93, HUDOC; wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 23851/20 i in., *X i inni p. Irlandii*, pkt 94, HUDOC; wyrok ETPC z 27 czerwca 2023 r., 11643/20, *Ispirayan p. Armenii*, pkt 95, HUDOC; *implicite* wyrok ETPC z 11 lipca 2023 r., 10934/21, *Semenya p. Szwajcarii*, pkt 161, HUDOC.

Fiński Sąd Najwyższy – w toku rozpoznawania zażalenia – zwrócił się z wnioskiem do ETPC, czy tego typu osobie należy udzielić statusu strony – w świetle art. 6 i 8 EKPC.

W odpowiedzi Trybunał podkreślił, że relacja między rodzicami a dorosłymi dziećmi, o ile nie ma dodatkowego czynnika zależności, nie wchodzi w zakres życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC⁹⁰, choć postępowanie w sprawie o adopcję może ingerować w życie prywatne rodzica biologicznego⁹¹. Musi być to jednak skonfrontowane z życiem prywatnym oraz autonomią dorosłego dziecka⁹². A zatem istnieje szeroki margines oceny w zakresie zarówno uregulowania relacji między dorosłym dzieckiem a biologicznym rodzicem⁹³, jak i w zakresie praw proceduralnych biologicznego rodzica. W konsekwencji więc uprawnione jest tylko przesłuchanie biologicznego rodzica, bez przydawania mu statusu strony⁹⁴.

Biorąc pod uwagę niedawne wydanie tej opinii doradczej (kwiecień 2023 r.), a także specyfikę problemu, nie jest na razie możliwa ocena jej wpływu na dalsze orzecznictwo ETPC. Do tej pory opinia była cytowana tylko raz, zresztą jako element utrwalonej już wcześniej linii orzeczniczej dotyczącej adopcji niepełnoletnich dzieci⁹⁵. Ponadto baza danych fińskiego Sądu Najwyższego nie zawiera informacji o orzeczeniu w postępowaniu krajowym, w ramach którego wnioskowano o wydanie opinii doradczej.

3.7. Siódma opinia doradcza

Siódma opinia doradcza zapadła na tle sporu prawnego związanego z uzyskaniem licencji ochroniarza. W prawie belgijskim przyznanie licencji jest uwarunkowane uprzednią decyzją ministra spraw wewnętrznych, wydawaną z kolei po stwierdzeniu między innymi, że dana osoba szanuje wartości demokratyczne i nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa. S.B. chciał uzyskać taką licencję, jednakże organ odmówił jej przyznania ze względu na związki zainteresowanego z „naukowym” nurtem salafizmu. W ocenie belgijskich organów bezpieczeństwa państwa ten

⁹⁰ Szósta opinia doradcza, pkt 50.

⁹¹ Tamże, pkt 55.

⁹² Tamże, pkt 56.

⁹³ Tamże, pkt 59.

⁹⁴ Tamże, pkt 61–62. W pkt 66 ETPC także zasugerował, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania, bowiem prawo krajowe nie przewiduje jakiegokolwiek „prawa” dla biologicznego rodzica. Tę kwestię pozostawiono jednak do rozstrzygnięcia sądowi krajowemu.

⁹⁵ Zob. wyrok ETPC z 10 października 2023 r., 37031/21, *I.V. p. Estonii*, pkt 74, HUDOC.

odłam salafizmu, chociaż teoretycznie ograniczający się do pokojowego nawracania, stanowił zagrożenie dla Belgii w dłuższym terminie, a to ze względu na dążenie do stworzenia równoległego społeczeństwa, brak poszanowania praw człowieka (w szczególności równości płci) oraz zachodnich wartości, a także pochwalanie nienawiści. W toku postępowania udowodniono jedynie przynależność S.B. do tych środowisk, a także dzielenie się w Internecie treściami salafistycznymi, ale żadnych konkretnych nagannych czynów. Belgijska Rada Stanu, do której odwołał się S.B., wystąpiła do ETPC z wnioskiem o wydanie opinii doradczej, czy sam fakt przynależności skarżącego do tego typu nurtu stanowi wystarczającą przesłankę ingerencji w prawo określone w art. 9 EKPC.

W opinii doradczej ETPC w pierwszej kolejności wskazał, że w odróżnieniu od prawa do posiadania poglądów religijnych (mających charakter absolutny), prawo do manifestowania religii – będące ważnym elementem prawa z art. 9 EKPC – może podlegać ograniczeniom⁹⁶, które muszą jednak mieścić się w zakresie wąsko określonych przesłanek w art. 9 ust. 2 EKPC⁹⁷. Ingerencja w wolność wyznania musi mieć podstawę prawną o odpowiedniej jakości i dostępności pozwalającej jednostkom na dostosowanie do niej własnego zachowania⁹⁸. W dalszej kolejności Trybunał wskazał, że odmowa przyznania licencji jest środkiem prewencyjnym; powstaje zatem pytanie, czy jest on uzasadniony w świetle wymogu konieczności ingerencji. W tym kontekście wskazano na wcześniejsze orzecznictwo, w którym dopuszczano taką możliwość, jeżeli chroni to demokratyczne społeczeństwo⁹⁹. Trybunał uznał jednak, że przy ocenie dopuszczalności i proporcjonalności środka prewencyjnego muszą być wzięte pod uwagę następujące kryteria: charakter wyznawanej ideologii lub religii i stopień stwarzanego przez nią zagrożenia dla dóbr prawnych¹⁰⁰; stopień przywiązania

⁹⁶ Siódma opinia doradcza, pkt 69–71.

⁹⁷ Tamże, pkt 78.

⁹⁸ Tamże, pkt 77 oraz pkt I sentencji.

⁹⁹ Tamże, pkt 86–92 oraz pkt III sentencji. Warto zwrócić uwagę, że w całej opinii doradczej powoływano się szczególnie często na dwa orzeczenia: postanowienie ETPC z 14 października 1999 r., 40130/98 *C.R. p. Szwajcarii*, HUDOC (dotyczące środków prewencyjnych nałożonych na agencję ochroniarską ze względu na przynależność jej założycieli do sekty) oraz wyrok ETPC z 2 lutego 2016 r., 18650/05, *Sodan p. Turcji*, HUDOC (w którym uznano, że oskarżenia o fundamentalizm religijny wobec urzędnika oparte wyłącznie na jego zachowaniu w życiu prywatnym, które potem posłużyły do przeniesienia na inne stanowisko służbowe, doprowadziły do naruszenia art. 8 EKPC).

¹⁰⁰ Tamże, pkt 95–96, 103–104. Chociaż państwo może interweniować zanim ruch stanie się realnie groźny dla społeczeństwa, to jednak sąd krajowy musi ocenić, czy taki ruch podjął już pierwsze kroki w tym kierunku (pkt 107–109). Z drugiej strony, brak rozwiązania takiego ruchu (względnie nałożenia zakazu działalności) nie ma charakteru decydującego (pkt 102).

skarżącego do takiego ruchu i pełniona w nim funkcja¹⁰¹; przeszłe zachowania skarżącego¹⁰²; charakter powierzonych zadań w ramach pracy w ochronie¹⁰³; potencjalne istnienie dostosowania do sytuacji po stronie pracodawcy w celu minimalizacji ryzyka¹⁰⁴. Ocena taka powinna być przeprowadzona w ramach kontroli sądowej¹⁰⁵ i wymagane są odpowiednie zabezpieczenia proceduralne¹⁰⁶.

Tak jak w przypadku szóstej opinii doradczej, biorąc pod uwagę czas wydania tej opinii doradczej (grudzień 2023 r.), nie jest możliwa ocena wpływu na dalsze orzecznictwo, zarówno krajowe, jak i zagraniczne.

4. Opinie doradcze ETPC a wykonywanie wyroków ETPC

W kontekście wyżej przedstawionego wyводу da się stwierdzić, że aż trzy z siedmiu (pierwsza, trzecia i czwarta) analizowanych opinii doradczych zostało wydanych w dość ścisłym związku z innym, wcześniejszym orzeczeniem ETPC. Należy w tym miejscu poczynić pewną uwagę o charakterze terminologicznym. Przez wykonywanie wyroków ETPC rozumiem działania władz krajowych (w tym władzy sądowniczej) nakierowane na naprawienie naruszenia Konwencji stwierdzonego wyrokiem Trybunału lub zapobieżenie takiemu naruszeniu w sprawie konkretnego skarżącego albo też w sprawie innych osób w analogicznej sytuacji¹⁰⁷. Odróżnić należy tak rozumiane wykonanie wyroku ETPC od procedury nadzoru Komitetu Ministrów nad wykonaniem tego wyroku; państwo-strona Konwencji może bowiem przyjmując środki będące wykonaniem wyroku, których jednak Komitet Ministrów nie uważał za konieczne do zamknięcia procedury nadzoru. Tak stało się w sprawie *Mennesson*, w której procedurę nadzoru zamknięto po przyjęciu stosownych zmian legislacyjnych, umożliwiających m.in. wznowienie postępowania w sprawie transkrypcji aktu stanu cywilnego; Komitet Ministrów nie czekał jednak na rozstrzygnięcie tego postępowania (w ramach którego, *nota bene*, złożono wniosek o wydanie pierwszej opinii doradczej). Nie można

¹⁰¹ Siódma opinia doradcza, pkt 95, 110.

¹⁰² Tamże, pkt 98 oraz pkt II sentencji.

¹⁰³ Tamże, pkt 93, 99.

¹⁰⁴ Tamże, pkt 115.

¹⁰⁵ Tamże, pkt 111–112.

¹⁰⁶ Tamże, pkt 116–117 oraz pkt V sentencji.

¹⁰⁷ W tym kierunku A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, s. 72–74.

jednak stwierdzić, że wznowione postępowanie krajowe nie było elementem wykonania wyroku *Mennesson* w aspekcie indywidualnym¹⁰⁸. W kontekście trzeciej opinii doradczej należy zwrócić uwagę na kontekst sprawy przed sądem krajowym: w istocie chodziło o zapobieżenie tożsamemu naruszeniu jak w sprawie *Paksas*, co można uznać za próbę wykonania wyroku *Paksas* w wymiarze generalnym przez sąd krajowy¹⁰⁹.

Sam Trybunał zauważył, że „Protokół nr 16 nie był przewidziany jako instrument używany w kontekście wykonywania wyroków”¹¹⁰. Art. 46 EKPC przewiduje bowiem dla Komitetu Ministrów kompetencję w zakresie nadzoru nad wykonywaniem wyroków, z ewentualną możliwością złożenia wniosku przez ten Komitet do ETPC, że dane państwo uchybiło zobowiązaniom wynikającym z tego wyroku (art. 46 ust. 4 EKPC). Warto zaznaczyć, że z takiej możliwości Komitet Ministrów skorzystał tylko dwukrotnie¹¹¹. W tym kontekście należy także wskazać, że w przypadku sprawy, w ramach której złożono wnioski o wydanie czwartej opinii doradczej, Komitet Ministrów uprzednio wezwał do wznowienia postępowań karnych przeciwko sprawcom tortur na skarżącym w sprawie *Virabyan*¹¹². A zatem, w odróżnieniu od dwóch pozostałych spraw (do których odnosiły się pierwsza i trzecia opinia doradcza), postępowanie krajowe, w ramach którego zwrócono się o opinię doradczą, było koniecznym elementem wykonania wyroku ETPC.

Warto wskazać, że wnioskowanie o wydawanie opinii doradczych w ramach postępowań krajowych mających na celu wykonanie wcześniejszego wyroku ETPC na pewnym poziomie nie przyczynia się do realizacji celów stawianych przed Protokołem nr 16, skoro w zasadzie ETPC nie rozstrzyga

¹⁰⁸ O wznowieniu postępowania jako indywidualnym środkiem wykonania wyroku ETPC A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 156–160.

¹⁰⁹ Warto zaznaczyć, że podstawowym kryterium przy uznaniu wyroku *Paksas* za wykonany przez Komitet Ministrów była przede wszystkim zmiana Konstytucji Litwy, jednakże ponownie trudno uznać, aby postępowanie w sprawie N.V. i kroki podjęte przez Naczelny Sąd Administracyjny Litwy nie były elementem wykonania wyroku ETPC. O zmianie praktyki stosowania i interpretacji prawa jako generalnym środkiem wykonania wyroków ETPC A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 172–175.

¹¹⁰ Trzecia opinia doradcza, pkt 63.

¹¹¹ Pierwsza sprawa zakończyła się wyrokiem ETPC z 29 maja 2019 r., 15172/13, *Ilgar Mammadov p. Azerbejdżanowi*, HUDOC, w którym stwierdzono naruszenie art. 46 ust. 1 EKPC przez Azerbejdżan. W zdaniach odrębnych wskazano na różne mankamenty takiego ukształtowania procedury. Druga sprawa zakończyła się wyrokiem ETPC z 11 lipca 2022 r., 28749/18, *Kavala p. Turcji*, HUDOC.

¹¹² Zob. uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 5 marca 2020 r. (1369. spotkanie), nr CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2, nadzór nad wykonywaniem orzeczeń ETPC, *grupa Virabyan p. Armenii*, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2020\)1369/H46-2E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2E), pkt 2 [dostęp: 1.01.2024]. Warto zaznaczyć, że w tej uchwale Komitet Ministrów przestrzegał przed upływem terminu przedawnienia karalności, co – jak się potem okazało – ostatecznie nastąpiło.

przypadków „nowych”, a ponadto – ze względu na znaczną złożoność i niekiedy szczególną specyfikę problemów prawnych – ma nikły potencjał w zakresie ograniczania wpływu nowych spraw spornych do ETPC. Z drugiej jednak strony warto wskazać, że pierwsza, trzecia i czwarta opinia doradcza miały jednak pewien wkład w orzecznictwo. Na przykład w trzeciej opinii przesądzono, że tylko dożywotni i niepodlegający żadnej następczej kontroli proporcjonalności zakaz pełnienia funkcji jest nieproporcjonalny, a w czwartej – wprost wskazano sposób rozstrzygnięcia kolizji między art. 3 i 7 EKPC.

Trzeba jednak zaznaczyć, że konieczności wydawania opinii doradczych można było uniknąć, gdyby w pierwotnych wyrokach (zwłaszcza *Mennesson* i *Paksas*) ETPC – poza stwierdzeniem naruszenia – wyraźnie także oznaczył sytuacje, które należy uważać za proporcjonalne i dopuszczalne ograniczenie praw jednostek. Z kolei w stosunku do czwartej opinii doradczej być może wskazane byłoby, aby ETPC wcześniej – w swoim obszernym zresztą orzecznictwie na temat obowiązków pozytywnych z art. 3 EKPC – określił na podstawie art. 46 ust. 1 EKPC sposób wykonania wyroku¹¹³ i przesądził, że nie jest konieczne ściganie sprawcy z powodu upływu terminu przedawnienia.

Być może zatem jest tak, że wnioski o wydanie opinii doradczej w toku wykonania wyroków ETPC świadczą o istnieniu potrzeby władczego rozstrzygnięcia przez instancję sądową pewnych kwestii, co poniekąd może być świadectwem niechęci do zasady subsydiarności ze strony sądów krajowych, a także nieadekwatności politycznej procedury nadzoru nad wykonaniem wyroków przed Komitetem Ministrów w kontekście współczesnych realiów ochrony praw człowieka¹¹⁴. W tym świetle opinie doradcze mogą być postrzegane jako sposób na wzmocnienie sądowego dialogu między ETPC a sądami państw-stron (co jest jednym z celów Protokołu nr 16).

¹¹³ Mimo że w doktrynie niekiedy uznaje się oznaczanie sposobu wykonania wyroku przez ETPC za wkroczenie przez Trybunał w kompetencje Komitetu Ministrów. Zob. A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 207–208, jednak stało się to stałą praktyką ETPC zob. np. wyrok ETPC z 26 września 2023 r., 15669/20, *Yüksel Yalçinkaya p. Turcji*, pkt 404–408, HUDOC, w zasadzie niekwestionowaną przez państwa-strony, zob. A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 83.

¹¹⁴ Warto na marginesie zaznaczyć, że kolejnym problemem jest potencjalna niedopuszczalność skargi wniesionej po wznowieniu postępowania krajowego wywołanego wyrokiem ETPC. Na przykład w wyroku ETPC z 11 lipca 2017 r., 19687/12, *Morreira Ferreira p. Portugalii* (nr 2), HUDOC oraz wyroku ETPC z 6 kwietnia 2021 r., 35623/11, *Tsonyo Tsonev p. Bułgarii* (nr 4) uznawano takie skargi za dopuszczalne, ale tylko niewielką większością, a mniejszość w zdaniach odrębnych powoływała się na rozdział kompetencji między ETPC a Komitet Ministrów, uznając, że takie skargi byłyby w istocie skargą na niewykonanie uprzedniego wyroku ETPC.

5. Potencjał instrumentalizacji procedury przez sądy krajowe

Kolejnym zagadnieniem, które może negatywnie oddziaływać na realizację celów Protokołu nr 16 (w szczególności przestrzegania i rozwoju praw człowieka), jest potencjał instrumentalizacji procedury przez sądy krajowe¹¹⁵. Taki potencjał widać szczególnie w przypadku trzech pierwszych opinii (o surogacji, przewidywalności odpowiedzialności karnej oraz skutkach *impeachmentu*). Oczywiście trudno jest jednoznacznie wskazać motywy, którymi kierowały się sądy krajowe, natomiast na podstawie przebiegu tych postępowań można wyrazić co do tego pewne przypuszczenia.

O ile postępowanie po pierwszej opinii doradczej skończyło się pomyślnie dla stron, warto zaznaczyć, że francuska Rada Stanu wyszła poza to, co ETPC wprost uznał za konieczne. Trybunał wskazał bowiem, że w przypadku żony biologicznego ojca dzieci poczętych w wyniku surogacji dopuszczalne jest pozostawienie tylko ścieżki adopcji, bez konieczności pełnej transkrypcji aktu urodzenia (zgodnie zresztą z konkluzjami Komitetu Ministrów co do wykonania wyroku *Mennesson*). Rada Stanu natomiast uznała, że – ze względu na upływ czasu – należy dokonać pełnej transkrypcji aktu urodzenia. Należy zadać zatem pytanie, jaki był cel skierowania wniosku o opinię doradczą przez Radę Stanu, skoro najwyraźniej istniała po stronie sądu krajowego preferencja dla pewnego rozwiązania, tj. pełnej transkrypcji aktu urodzenia.

Pojawia się także wątpliwość co do celu składania wniosku o wydanie trzeciej opinii doradczej, skoro litewski NSA czuł się związany przepisami konstytucyjnymi z 2020 r. Wydaje się, że sąd krajowy chciał znać kryteria konwencyjne, aby móc je zastosować i nie narazić się na zarzut naruszenia EKPC¹¹⁶. Oczywiście trudno to krytykować¹¹⁷, ale istnieje wątpliwość, czy NSA w ogóle rozważał możliwość uchylenia decyzji komisji wyborczej, czy raczej potrzebował uzasadnienia dla wcześniej podjętej decyzji, która miała pogodzić wymogi zarówno Konstytucji, jak i Konwencji (co w zasadzie wydawało się sprzeczne). W 2020 r. problem dożywotniego i niepoddającego się modyfikacji zakazu pełnienia funkcji nie był jeszcze rozwiązany i nadal obowiązywał stan prawny sprzeczny z Konwencją. Gdyby N.V. złożyła skargę do ETPC, Trybunał

¹¹⁵ T. Voland, B. Schiebel, *Advisory...*, s. 86 wskazywali, że sądy krajowe – ze względu na brak mocy wiążącej opinii – mogą je ignorować.

¹¹⁶ Zob. wyrok ETPC z 7 lutego 2012 r., 40660/08, *Von Hannover p. Niemcom* (nr 2), pkt 107, HUDOC: „Jeżeli ważenie zasad zostało podjęte przez władze krajowe zgodnie z kryteriami sformułowanymi w orzecznictwie Trybunału, ETPC będzie potrzebował bardzo istotnych argumentów, aby zastąpić taką ocenę swoim własnym poglądem”.

¹¹⁷ Zob. J. Jahn, *Normative...*, s. 825.

byłby postawiony przed trudnym zadaniem oceny, czy stwierdzić naruszenie art. 3 Protokołu nr 1, skoro obowiązuje dożywotni i niemodyfikowalny zakaz pełnienia funkcji, ale sąd ocenił proporcjonalność ingerencji przy użyciu kryteriów wskazanych przez ETPC¹¹⁸.

Największe jednak wątpliwości pojawiają się co do drugiej opinii doradczej. Wydaje się bowiem, że ETPC dopuścił możliwość uznania dość ogólnych przepisów konstytucyjnych jako podstawy odpowiedzialności karnej prezydenta. Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego Republiki Armenii obrało jednak odmienny kierunek. O ile można także postrzegać to rozstrzygnięcie jako korzystne dla oskarżonego (a zatem prowadzące do zmniejszenia wpływu do ETPC o przynajmniej tę jedną sprawę), to jednak należy zauważyć, że w procesie karnym miała zostać wyjaśniona rola, jaką Robert Koczarian odegrał w brutalnym tłumieniu protestów w 2008 r. (które to działanie – jak to stwierdził sam ETPC – charakteryzowało się licznymi naruszeniami praw człowieka). Oczywiście ofiary nie mają żadnego prawa podmiotowego do tego typu sprawiedliwości o charakterze quasi-naprawczym, jednakże wydaje się, że lepiej – z perspektywy przestrzegania i rozwoju praw człowieka – byłoby, gdyby Robert Koczarian odpowiedział przed sądem i wyjaśnił swoją rolę w tamtych wydarzeniach.

6. Czy procedura doradcza realizuje stawiane przed nią cele?

Poza dwoma wyżej przedstawionymi obserwacjami można także zadać ogólniejsze pytanie o to, czy i jak procedura doradcza przed ETPC – na przykładzie siedmiu ww. opinii doradczych – realizuje stawiane przez nią cele. Warto w tym miejscu przypomnieć wymienione już wcześniej cele, tj. (1) przestrzeganie i rozwój praw człowieka; (2) skuteczniejszą implementację standardu konwencyjnego na poziomie krajowym; (3) rozwój sędziowskiego dialogu; (4) potencjalną redukcję spraw wpływających do ETPC lub możliwość za-

¹¹⁸ Choć należy stwierdzić, że w późniejszym orzecznictwie zaakceptowano podobne rozwiązanie w stosunku do Estonii. Pewien więzień został pozbawiony prawa do głosowania na podstawie przepisów, które przewidywały taki zakaz dla wszystkich więźniów, niezależnie od długości wyroku (podobne przepisy w Wielkiej Brytanii zostały uznane wyrokiem ETPC z 6 października 2005 r., 74025/01, *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu*, HUDOC za naruszające art. 3 Protokołu nr 1). Estoński Sąd Najwyższy przeprowadził indywidualną kontrolę konstytucyjności (stwierdzając, że nie może oceniać takiego zakazu głosowania z perspektywy abstrakcyjnej) i stwierdził proporcjonalność tego środka, biorąc pod uwagę, że skarżący był skazany za bardzo poważne przestępstwa. W wyroku ETPC z 6 grudnia 2022 r., 14581/20, *Kalda p. Estonii (nr 2)* stwierdzono brak naruszenia art. 3 Protokołu nr 1. Zob. jednak zdania odrębne do tego wyroku, słusznie krytykujące takie podejście.

łatwienia ich w uproszczony sposób; (5) rozstrzyganie przypadków nowych i niejednoznacznych; (6) ujednolicanie orzecznictwa.

Warto rozpocząć od ostatniego celu, tj. ujednolicania orzecznictwa. Wydaje się, że ten cel przez powyższe siedem opinii nie został osiągnięty, z różnych zresztą względów. W niektórych opiniach doradczych (drugiej i piątej) w zasadzie syntetycznie powtórzono wskazówki wynikające z z wcześniejszego orzecznictwa. Inne opinie (trzecia, czwarta, szósta i siódma) dotyczyły albo bardzo szczególnych okoliczności (zwłaszcza trzecia), albo bardzo rzadko stosowanych instytucji (adopcja dorosłego, *impeachment*). Trudno się tutaj zatem dopatrywać ujednolicenia w ścisłym znaczeniu (jako rozstrzygnięcie rozbieżności), chociaż konsolidacja orzecznictwa, względnie jego zastosowanie do nowego przypadku można jednak uznać za formę potwierdzenia obowiązywania pewnego standardu, co należy ocenić pozytywnie. Rozbieżne orzecznictwo wydawane na gruncie problemu surogacji po wydaniu opinii doradczej dowodzi, że pierwsza opinia doradcza nie doprowadziła do ujednolicenia orzecznictwa. Być może ten cel jest trudny do osiągnięcia ze względu na fakt, że w wielu tych sprawach (zwłaszcza w pierwszej, trzeciej, piątej i szóstej opinii doradczej) margines oceny państwa jest raczej szeroki¹¹⁹. Z drugiej jednak strony sformułowanie w trzeciej opinii doradczej standardu przy zakazie pełnienia funkcji publicznych wydaje się być kryterium na przyszłość, które będzie zdadne do jednolitego stosowania.

Jeżeli chodzi o cel rozstrzygania przypadków nowych i niejednoznacznych, warto zaznaczyć, że skoro trzy opinie zostały wydane w ramach postępowań, które można postrzegać jako element wykonywania uprzedniego wyroku ETPC, to są to niewątpliwie sprawy, którymi Trybunał już się zajmował, a zatem trudno uznać, aby były to przypadki nowe. Piąta opinia doradcza została z kolei wydana w kontekście kilku wcześniejszych orzeczeń ETPC, w którym problem okręgów łowieckich był rozstrzygany; nie jest to więc także sytuacja nowa (można na tym tle dojść do wniosku, że opinia doradcza jest wynikiem braku definitywnego rozstrzygnięcia ETPC tego problemu we wcześniejszym orzecznictwie). Tam, gdzie zagadnienie prawne było bardzo szczegółowe (w czwartej, szóstej i siódmej opinii doradczej), można uznać, że ETPC wniósł pewien wkład w rozstrzygnięcie przypadku nowego i niejednoznacznego (tj. odstąpienia od stosowania przepisów o przedawnieniu, statusu proceduralnego matki biologicznej w przypadku adopcji dorosłego dziecka oraz odmowy przyznania licencji ze względu

¹¹⁹ O relacji między marginesem oceny, subsydiarnością i opiniami doradczymi zob. T. Moonen, L. Lavrysen, *Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol no 16 to the ECHR*, „Human Rights Law Review” 2021, nr 3(21), s. 780–781, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa065>.

na związki z salafizmem)¹²⁰. Jeżeli – jak wskazano wyżej w odniesieniu do niektórych spraw – państwo ma szeroki margines oceny (a zatem więcej niż jedno rozwiązanie jest prawidłowe w świetle poszanowania praw człowieka), to trudno także uznać, że są to przypadki niejednoznaczne z punktu widzenia Konwencji.

Przechodząc do kwestii wpływu na skargi przedstawiane do rozpoznania przez ETPC oraz sposobu ich załatwienia, nie wydaje się, żeby obecna procedura była efektywna¹²¹. Z pewnością to, że trzy z siedmiu opinii doradczych były powiązane z kwestią wykonania wcześniejszego wyroku, nie jest przesunięciem „z etapu *ex post* do *ex ante* – rozwiązania wielu kwestii interpretacyjnych związanych z Konwencją na planie krajowym”. W przypadku kwestii surogacji – jak wskazano wyżej – wiele spraw zostało rozpoznanych przez ETPC, niekiedy wniesionych już po wydaniu pierwszej opinii doradczej, a więc trudno uznać, aby ETPC przesądził zagadnienia związane z surogacją w sposób, który reduktowałby wpływ nowych spraw do ETPC. Trudno dopatrywać się tam także uproszczonej analizy, opartej na pierwszej opinii doradczej. Ponadto stopień szczegółowości niektórych problemów (druga, trzecia, czwarta i szósta opinia doradcza) sprawia, że być może w tych konkretnych sprawach nie dojdzie do wniesienia sprawy, ale raczej nie będzie to miało zasadniczego wpływu na redukcję rozpoznawanych przed ETPC spraw.

Tutaj uwidacznia się zresztą pewien paradoks: im większa jest szczegółowość i złożoność problemu prawnego, tym większe prawdopodobieństwo, że będzie to problem „nowy”, który ETPC swoją opinią rozwiąże, ale jednocześnie mniejszy będzie potencjalny wpływ na redukcję spraw rozpoznawanych przez ETPC. Na tym tle należy wskazać, że chyba największy potencjał w zakresie efektywności na tym polu ma siódma opinia doradcza, która z jednej strony dotyczyła problemu „nowego” (tj. odmowy przyznania licencji jako środka prewencyjnego), a jednocześnie niekoniecznie bardzo szczegółowego (zagrożenie nurtami skrajnymi, także o charakterze islamistycznym, jest w Europie Zachodniej poważne i różnego rodzaju środki prewencyjne, o ile już nie są stosowane, to z pewnością wkrótce będą).

Jeżeli zaś chodzi o rozwój sędziowskiego dialogu, to pominąwszy przypadki potencjalnej instrumentalizacji procedury, wydaje się, że ten cel jest realizowany, zwłaszcza jeśli sprawa zawisła przed sądem krajowym dotyczy zagadnienia

¹²⁰ O napięciu między nadmierną abstrakcyjnością opinii, która nie będzie pomocna dla sądu krajowego, a jej nadmierną konkretnością (*notabene* będzie w zasadzie przenosiła spór na poziom ETPC). Zob. L. Glas, J. Krommendijk, *A Strasbourg Story...*, s. 327.

¹²¹ W doktrynie niespecjalnie wierzone w realizację tego celu zob.: T. Voland, B. Schiebel, *Advisory...*, s. 85–86).

na tyle szczegółowego, że możliwe jest precyzyjne zadanie pytania i – w związku z tym – względnie precyzyjne udzielenie odpowiedzi. Wydaje się, że czwarta, szоста, a zwłaszcza siódma (wymieniająca krok po kroku rozliczne kryteria, które muszą zostać zbadane przez sąd krajowy) opinia doradcza były pod tym względem przypadkiem udanego dialogu. Można się jednak zastanawiać, czy poza jakościową oceną, dialog ten rozwinął się także pod kątem ilościowym: ostatecznie tylko siedem opinii doradczych wydanych w ciągu pięciu lat nie jest wynikiem imponującym, zwłaszcza wobec liczby innych orzeczeń ETPC w tym okresie¹²². Rzecz jasna wpływ na to może mieć niska liczba ratyfikacji, a także potencjalna nieznajomość tej procedury przez sędziów krajowych.

Co do celu skuteczniejszej implementacji na poziomie krajowym, wydaje się, że sentencje opinii doradczych w większości przypadków były formułowane jako ogólne kryterium na gruncie konkretnego przepisu Konwencji¹²³, co może nie było zbyt przydatne do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, ale taki *passus* może być w późniejszym orzecznictwie krajowym (jak i strasburskim) używany do rozstrzygania innych spraw, jako jeden z argumentów¹²⁴. Być może w tym należy upatrywać przestrzeni dla redukcji wpływu skarg do ETPC¹²⁵. Paradoksalnie zatem, im bardziej szczegółowa jest odpowiedź

¹²² Z drugiej jednak strony obawiano się przeciążenia ETPC koniecznością wydawania opinii doradczych (zob. K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *Advisory...*, s. 444–468 w kontekście procedury prejudycjalnej przed TSUE). A. Płoszka, *Nowa...*, s. 98 podaje jednak przykład interamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka, gdzie takich opinii wydano 21 (do 2013 r.). Obecnie (koniec 2023 r.) jest to 30 opinii od 1979 r. (roku założenia interamerykańskiego trybunału). Z drugiej jednak strony to, że procedura doradcza przed ETPC trwa około roku (co w zasadzie i tak jest dobrym rezultatem na tle postępowań spornych przed ETPC), może zniechęcać sądy krajowe do jej inicjowania (tak L. Glas, J. Krommendijk, *A Strasbourg Story...*, s. 322–325).

¹²³ Na przykład w drugiej opinii doradczej sformułowano dość wyraźnie standard oceny przewidywalności i nieretroaktywności odpowiedzialności karnej (o bardziej ogólnym charakterze drugiej opinii doradczej względem pierwszej zob. T. Moonen, L. Lavrysen, *Abstract but Concrete...* s. 781–782). W piątej opinii doradczej z kolei przewidziano kryteria oceny legalności i proporcjonalności zróżnicowanego traktowania ochrony własności w kontekście upływu czasu. W przypadku sentencji siódmej opinii doradczej można postawić jej jednak zarzut, że w zasadzie powieliła jedynie ogólny schemat legalności ingerencji (podstawa prawna o odpowiedniej dostępności i przewidywalności, istnienie zabezpieczeń proceduralnych, legitymowany cel, proporcjonalność), jednakże uzasadnienie niewątpliwie wymienia kryteria, które relatywizują taką ocenę do konkretnego przypadku (tj. odmowy przyznania licencji ochroniarskiej z powodu przynależności do ruchu salafistycznego).

¹²⁴ W tym kierunku chyba także C. Giannopoulos, *Considerations on Protocol no. 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” 2015, nr 2(16), s. 350, <https://doi.org/10.1017/S2071832200020873>, a także J. Jahn, *Normative...*, s. 827–829.

¹²⁵ A. Margaria, *Parenthood...*, s. 421 zauważa, że chociaż sąd krajowy musi zadać pytanie na tle konkretnej sprawy, to ETPC nie musi się ograniczyć w swojej odpowiedzi do tej konkretnej sprawy, ale może udzielić odpowiedzi szerszej, także kształtującej bardziej ogólny standard.

ETPC, tym większą ma użyteczność w kontekście konkretnego postępowania przed sądem krajowym, ale tym mniejszą w zakresie kształtowania standardu na przyszłość¹²⁶. Poza tym należy jednak zauważyć – choć pozostaje poza zakresem tego artykułu – że na ocenę realizacji celu skutecznej implementacji na poziomie krajowym bardziej wpływa to, w jakich sprawach nie wnoszono o wydanie opinii doradczej i dlaczego¹²⁷.

Jeżeli chodzi o przestrzeganie i rozwój praw człowieka, to z pewnością to kryterium efektywności najtrudniej jest ocenić. Jeżeli za rozwój praw człowieka uznać stopniowe poszerzanie zakresu autonomii jednostki (rozumiane jako „korzystne” dla jednostki rozstrzygnięcie sporu na poziomie krajowym), to trudno uznać, iż taki cel został spełniony. W przypadku pierwszej opinii doradczej ETPC nie wymagał bowiem otwarcia możliwości adopcji dla żony ojca dzieci z surogacji (co jednak uczynił sąd krajowy, idąc dalej niż ETPC wymagał). Szósta opinia doradcza z kolei pozwalała na odmówienie statusu strony rodzicowi biologicznemu dorosłego dziecka w postępowaniu o adopcję. W pozostałych pięciu opiniach trudno uznać, aby w jakiś sposób poszerzyła się przestrzeń gwarancyjności dla zainteresowanych.

7. Podsumowanie

Podsumowując, wydaje się, że procedura doradcza nie spełnia deklarowanych celów w wysokim stopniu. Ponadto ujawniły się niekorzystne zjawiska (składanie wniosków o opinię w ramach próby wykonania wyroku na poziomie krajowym, potencjalna instrumentalizacja procedury), które zasadniczo nie mieszczą się w deklarowanych funkcjach opinii doradczych. Co do zasady jednak sądy krajowe dostosowują się do litery opinii doradczej, nawet jeżeli rozstrzygnięcie sporu niekoniecznie musi być postrzegane jako właściwe. Wydaje się, że niekiedy wkład w rozwiązanie konkretnych, szczegółowych problemów lub lepsze sformułowanie kryteriów mających zastosowanie do danej sytuacji mają charakter istotny¹²⁸. Mimo pewnych trudności z implementacją standardów w późniejszych sprawach, relatywnie częste odwoływanie się przez

¹²⁶ Podobnie T. Moonen, L. Lavrysen, *Abstract but Concrete...*, s. 785.

¹²⁷ L. Glas, J. Krommendijk, *A Strasbourg Story...*, s. 335–347 analizują w takim kontekście przykład Holandii i postępowania, w których rozważano tę kwestię.

¹²⁸ W tym kontekście można też uznać, że celem procedury doradczej jest rozstrzyganie spraw „ważnych”, które niekoniecznie muszą być (całkowicie) nowe lub (całkowicie) niejednoznaczne (w tym kierunku A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie...*, s. 19).

ETPC do opinii doradczych sprawia, że stały się one częścią orzeczniczego krajobrazu systemu strasburskiego. Wypada mieć nadzieję, że w toku dalszego stosowania Protokołu nr 16 wyżej wymienione wady zostaną wyeliminowane, natomiast zalety procedury uwypuklone, jednakże obecnie trudno uznać Protokół nr 16 za szczególnie przełom w funkcjonowaniu systemu konwencyjnego.

Bibliografia

Akty prawne

- Statut Rady Europy, przyjęty w Londynie dnia 5 maja 1949 r., Dz.U. 1994 nr 118, poz. 565.
- 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 [Europejska Konwencja Praw Człowieka], Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284.
- Protokół nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. [Protokół nr 1], Dz.U. 1995 nr 36, poz. 175.
- Protokół nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony dnia 22 listopada 1984 r. w Strasburgu [Protokół nr 7], Dz.U. 2003 nr 42, poz. 364.
- Konstytucja Republiki Litewskiej z dnia 6 listopada 1992 r. [Konstytucja Litwy], <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192> [dostęp: 1.01.2024].
- Konstytucja Republiki Armenii z dnia 5 lipca 1995 r. [Konstytucja Armenii], <https://www.president.am/en/constitution-2015/> [dostęp: 1.01.2024].
- Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie, otwarta do podpisu w Oviedo dnia 4 kwietnia 1997 r. [Konwencja z Oviedo], Council of Europe Treaty Series Nr 164.
- Kodeks karny Republiki Armenii z 18 kwietnia 2003 r. [armieński kodeks karny], [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)022-e) [dostęp: 1.01.2024].
- Protokół nr 16 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzony dnia 2 października 2013 r. w Strasburgu [Protokół nr 16], Council of Europe Treaty Series Nr 214.

Orzecznictwo sądów międzynarodowych

Wyrok ETPC z 29 kwietnia 1999 r., 25088/94, *Chassagnou i inni p. Francji*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 14 października 1999 r., 40130/98, *C.R. p. Szwajcarii*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 2 czerwca 2004 r., A47-2004-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 26 lipca 2005 r., 73316/01, *Siliadin p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 października 2005 r., 74025/01, *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 6 grudnia 2007 r., 25708/03 i in., *Baudinière i Vauzelle p. Francji*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 12 lutego 2008 r., A47-2008-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 19 lutego 2008 r., 74357/01, *Kuolelis, Bartoševičius i Burokevičius p. Litwie*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 22 stycznia 2010 r., A47-2010-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 7 lutego 2012 r., 40660/08, *Von Hannover p. Niemcom (nr 2)*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 września 2011 r., 29953/08, *A.S.P.A.S. i Lasgerazas p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 15 marca 2012 r., 25951/07, *Gas i Dubois p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 2 października 2012 r., 40094/05, *Virabyan p. Armenii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 4 października 2012 r., 57412/08, *Chabauty p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 27 maja 2014 r., 4455/10, *Marguš p. Chorwacji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 26 czerwca 2014 r., 65192/11 i in., *Menesson p. Francji*, HUDOC.

Opinia doradcza TS z 18 grudnia 2014 r., 2/13, EU:C:2014:2454.

Wyrok ETPC z 2 lutego 2016 r., 18650/05, *Sodan p. Turcji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 8 listopada 2016 r., 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottság p. Węgrom*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 11 lipca 2017 r., 19687/12, *Morreira Ferreira p. Portugalii (nr 2)*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 23 listopada 2017 r., 66847/12 *Haarde p. Islandii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 20 września 2018 r., 23086/08, *Mushegh Saghatelian p. Armenii*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 10 kwietnia 2019 r., P16-2018-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 25 kwietnia 2019 r., 36469/08, *Ter-Petrosyan p. Armenii*, HUDOC.

- Wyrok ETPC z 29 maja 2019 r., 15172/13, *Ilgar Mammadov p. Azerbejdżanowi*, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 29 maja 2020 r., P16-2019-001, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 18 czerwca 2020 r., 7523/10, *Antia i Khupenia p. Gruzji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 30 czerwca 2020 r., 50514/13, *Saqueti Iglesias p. Hiszpanii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 6 października 2020 r., 75882/13, *Pfenning Distributie S.R.L. p. Rumunii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 44841/08 i in., *Jhangiryan p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 49021/08, *Smbat Ayvazan p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 15 października 2020 r., 49020/08 *Myasnik Malhasyan p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 19 listopada 2020 r., 2953/14, *Pantaloni p. Chorwacji*, HUDOC.
- Postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 6 kwietnia 2021 r., 35623/11, *Tsonyo Tsonev p. Bułgarii (nr 4)*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 18 maja 2021 r., 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir i inni p. Islandii*, HUDOC.
- Postanowienie ETPC z 15 września 2021 r., A47-2021-001, HUDOC.
- Postanowienie ETPC z 30 listopada 2021 r., 41126/13, *Artsruni p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 20 stycznia 2022 r., 33351/20, *Milanković p. Chorwacji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 29775/18 i in., *C.E. i inni p. Francji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 30254/18, *A.M. p. Norwegii*, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 8 kwietnia 2022 r., P16-2020-002, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 26 kwietnia 2022 r., P16-2021-001, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 24 maja 2022 r., 74536/10, *Sinan Çetinkaya i Ağyar Çetinkaya p. Turcji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 14 czerwca 2022 r., 56070/18, *Stoyanova p. Bułgarii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 7 lipca 2022 r., 32715/19, *M.S. p. Włochom*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 11 lipca 2022 r., 28749/18, *Kavala p. Turcji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 12 lipca 2022 r., 38825/16, *Kotlyar p. Rosji*, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 13 lipca 2022 r., P16-2021-002, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 4 października 2022 r., 8701/21, *Pinkas i inni p. Bośni i Hercegowinie*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 13 października 2022 r., 12456/19, *Zeggai p. Francji*, HUDOC.
Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 3 listopada 2022 r., 49812/09, *Vegotex International S.A. p. Belgii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 10 listopada 2022 r., 2317/20, *The Karibu Foundation p. Norwegii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 listopada 2022 r., 58817/15 i in., *D.B. i inni p. Szwajcarii*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 22 listopada 2022 r., 74017/17, *Martins Pereira Penedos p. Portugalii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 grudnia 2022 r., 14581/20, *Kalda p. Estonii (nr 2)*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 grudnia 2022 r., 25212/21, *K.K. i inni p. Danii*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 6 grudnia 2022 r., 83460/17, *Răducan p. Rumunii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 15 grudnia 2022 r., 35511/20, *Gherardi Martini p. San Marino*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 13 kwietnia 2023 r., P16-2022-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 9 maja 2023 r., 6959/17, *Cetinja p. Chorwacji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 13 czerwca 2023 r., 28215/11, *Badalyan p. Armenii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 61721/19 i in., *Kubát i inni p. Czechom*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 23851/20 i in., *X i inni p. Irlandii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 27 czerwca 2023 r., 11643/20, *Ispirian p. Armenii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 4 lipca 2023 r., 13451/15, *Tristan p. Mołdawii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 11 lipca 2023 r., 10934/21, *Semenya p. Szwajcarii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 7 września 2023 r., 17053/20, *Bavčar p. Słowenii*, HUDOC.

Wyroku ETPC z 14 września 2023 r., 56928/19 i in., *Valiullina i inni p. Łotwie*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 19 września 2023 r., 64144/14, *Costa Santos p. Portugalii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 26 września 2023 r., 15669/20, *Yüksel Yalçinkaya p. Turcji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 10 października 2023 r., 37031/21, *I.V. p. Estonii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 16 listopada 2023 r., 225/20 i in., *Džibuti i inni p. Łotwie*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 14 grudnia 2023 r., P16-2023-001, HUDOC.

Orzecznictwo sądów krajowych (zagranicznych)

- Wyrok Sądu Kasacyjnego Francji z 4 października 2019 r., 10-19.053, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039213459/> [dostęp: 1.01.2024].
- Wyrok Sądu Konstytucyjnego Armenii z 26 marca 2021 r., ՄՂՈ-1586 [SDV-1586], <https://www.concourt.am/decision/decisions/sdv-1586.pdf> [dostęp: 1.01.2024].
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego Litwy z 29 czerwca 2022 r., R-1-602/2022, <https://www.lvat.lt/veikla/teismu-praktika/kreipimaisi-i-europos-zmogaus-teisiu-teisma/882>, [dostęp: 1.01.2024].
- Wyrok Rady Stanu Francji z 23 marca 2023 r., 439036, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043385968> [dostęp: 1.01.2024].

Dokumenty urzędowe

- Opinia nr 285 (2013) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 28 czerwca 2013 r. [opinia nr 285], <https://pace.coe.int/pdf/c300b44c90a-80190353b154641ebd164042ffe7dfcc346b5f255ca16e6662ef6/opinion%20285.pdf> [dostęp: 1.01.2024].
- Raport wyjaśniający do Protokołu nr 16 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 2 października 2013 r. [Raport Wyjaśniający], <https://rm.coe.int/16800d383e> [dostęp: 1.01.2024].
- Wytyczne dotyczące implementacji procedury opinii doradczej, zaakceptowane przez Zgromadzenie Ogólne Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w dniu 18 września 2017 r. [Wytyczne], https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guidelines_P16_ENG [dostęp: 1.01.2024].
- Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 21 września 2017 r. (1294. spotkanie), nr CM/ResDH(2017)286 w przedmiocie wykonania czterech wyroków przeciwko Francji, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177626> [dostęp: 1.01.2024].
- Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 5 marca 2020 r. (1369. spotkanie), nr CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2, nadzór nad wykonywaniem orzeczeń ETPC – grupa *Virabyan p. Armenii*, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2020\)1369/H46-2E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2E) [dostęp: 1.01.2024].
- Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 22 września 2022 r. (1443. spotkanie), nr CM/ResDH(2022)253 w przedmiocie wykonania wyroku ETPC *Paksas p. Litwie*, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-220578> [dostęp: 1.01.2024].

Publikacje

- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.
- Bracken L., *The ECtHR's first advisory opinion: Implications for Cross-Border Surrogacy Involving Male Intended Parents*, „Medical Law International” 2021, nr 1(21), s. 3–18, <https://doi.org/10.1177/09685332211002592>.
- Dicosola M. i in., *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” 2015, nr 6(16), s. 1387–1428, <https://doi.org/10.1017/S2071832200021192>.
- Dzehtsiarou K., O'Meara N., *Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: a Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control?*, „Legal Studies” 2014, nr 3(34), s. 444–468, <https://doi.org/10.1111/lest.12025>.
- Giannopoulos C., *Considerations on Protocol no. 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” 2015, nr 2(16), s. 337–350, <https://doi.org/10.1017/S2071832200020873>.
- Glas L., Krommendijk J., *A Strasbourg Story of Swords and Shields: National Courts' Motives to Request an Advisory Opinion from the ECtHR Under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2022, nr 3(3), s. 311–349, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10042>.
- Jahn J., *Normative Guidance from Strasbourg through Advisory Opinions*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2014, t. 74, s. 821–846.
- Kowalski M., *Pierwsza opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 7, s. 49–55.
- Lemmens K., *Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?*, „European Constitutional Law Review” 2019, nr 4(15), s. 691–713, <https://doi.org/10.1017/S1574019619000373>.
- Margaria A., *Parenthood and Surrogacy: What is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, „Medical Law Review” 2020, nr 2(28), s. 412–425, <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwz042>.
- Moonen T., Lavrysen L., *Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol no 16 to the ECHR*, „Human Rights Law Review” 2021, nr 3(21), s. 752–785, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa065>.

- Paprocka A., Ziółkowski M., *Opinie doradcze w świetle Protokołu nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 15–23.
- Ploszka A., *Nowa opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 10, s. 89–100.
- Ploszka A., *Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w świetle opinii Trybunału Sprawiedliwości 2/13*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 12, s. 50–55.
- Vogiatzis N., *The Second Advisory Opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2021, nr 1(3), s. 135–152, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10021>.
- Voland T., Schiebel B., *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, „Human Rights Law Review” 2017, nr 1(17), s. 73–95, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw034>.
- Wąsek-Wiaderek M., *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Do National Judges Really Need This New Forum of Dialogue?* [w:] Paolo Pinto de Albuquerque, Krzysztof Wojtyczek (red.), *Judicial Power in Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, Springer, Berlin 2019, s. 637–652, https://doi.org/10.1007/978-3-030-20744-1_38.
- Wiśniewski A., *Nowa instytucja opinii doradczych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwagi po czterech latach od wejścia w życie Protokołu nr 16 do EKPC*, „Prawo i Więź” 2022, nr 4, s. 47–71, <https://doi.org/10.36128/priw.vi42.535>.

Źródła internetowe

- Armenia: Appeals Court Upholds Acquittal of Kocharyan, <https://hetq.am/en/article/138344> [dostęp: 1.01.2024].