



RAFAŁ MIZERSKI

*Test legalności w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*

Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, s. 291

Recenzowana praca podejmuje ważny temat. Chodzi o zastosowanie kryterium legalności w zakresie oceny dopuszczalności ingerencji w prawa człowieka dokonywanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz). Sprawa jest o tyle istotna, że większość zagwarantowanych w konwencji uprawnień nie jest absolutna i może podlegać ograniczeniom. Test legalności wymaga, aby takie ograniczenia wynikały z prawa spełniającego określone kryteria jakościowe. Ma to znaczenie z punktu widzenia przeciwdziałania arbitralności państwa, bowiem wymusza m.in. odpowiedni poziom legislacji, a także dostarcza adresatom, wypracowanych przez ETPCz, standardowych podstaw do kwestionowania konkretnych przejawów stosowania konwencyjnych mechanizmów ograniczających ich prawa. W tej sytuacji instytucja o takiej charakterystyce powinna być bezsprzecznie znana podmiotom zaangażowanym w proces tworzenia i stosowania prawa. W piśmiennictwie polskim brakowało takiej pozycji, stąd recenzowana praca wypełnia ważną lukę. Prawidłowa rekonstrukcja testu legalności wymagała od Autora przeprowadzenia studium strasburskiego *case law*. W jego ramach ocenione zostało odformalizowane podejście do prawa, wpływające w zasadniczy sposób na dzisiejsze rozumienie legalności ingerencji w prawa człowieka. ETPCz rozumie prawo w sensie materialnym, a nie formalnym. R. Mizerski wskazał na ułomności takiego stanowiska, obniżające wartość gwarancyjną standardów wypracowanych przez Trybunał na bazie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) i uznał to za „zasadniczy motyw” swej publikacji (s. 6).

W rozdz. 1 został przedstawiony aspekt historycznoprawny testu legalności. Ukazane zostały zarówno prawne antecedencje tego testu (s. 15), a także kształtowanie się tej kwestii w pracach przygotowawczych do EKPCz (s. 29).

Rozdz. 2 jest poświęcony aspektowi aksjologicznemu testu legalności. Autor zidentyfikował zarówno podstawy aksjologiczne systemu EKPCz, a szczególne znaczenie przywiązał do rządów prawa zarówno w ujęciu doktrynalnym (s. 57), jak i orzecznictwa strasburskiego (s. 65).

Kluczowe znaczenie ma rozdz. 3, gdzie poddany został analizie aspekt instytucjonalny testu legalności. Punktem odniesienia są tu w szczególności metody ograniczenia praw człowieka w systemie EKPCz. Uwzględnione tu zostały: klauzule imitacyjne (s. 95), klauzula derogacyjna (s. 108), zastrzeżenia (s. 122), wyjątki *ex definitione* (s. 125) i ograniczenia dorozumiane (s. 134).

Istotne znaczenie praktyczne ma rozdz. 4, gdzie omówiono aspekty proceduralne testu legalności. Ukazane zostały zwłaszcza gwarancje proceduralne systemu EKPCz (s. 144), a także szeroko zaprezentowany został system skargowy EKPCz, a zwłaszcza przekształcenie procedury skargowej i jego obecna postać (s. 157). Stworzyło to podstawę do ukazania znaczenia testu legalności (s. 168), a także miejsca testu legalności w działaniach kontrolnych EKPCz (s. 170) i wpływu stosowanych reguł na test legalności (s. 177). Zamieszczone tu też zostały rozważania dotyczące zakresu kontroli prawa krajowego.

Wreszcie ostatni, 5 rozdział, zawiera analizę aspektu substancjalnego testu legalności. Chodzi tu zarówno o podstawy prawne ingerencji (s. 190), jak i o problem jakości prawa: jego dostępności (s. 226), przewidywalności (s. 231) i efektywności (s. 247). Ukoronowaniem tych rozważań jest ocena strasburskiego testu legalności (s. 255).

Układ pracy można uznać za spójny i logiczny. Monografia daje interesujący obraz zarówno genezy testu legalności, jak i jego kluczowych aspektów: instytucjonalnego i proceduralnego. Zawiera też istotne obserwacje dotyczące aspektu substancjalnego. Można jedynie zastanawiać się, czy niezbyt skromnie został uwzględniony aspekt porównawczy. Książka co prawda przygotowana została przed wejściem w życie traktatu z Lizbony, na podstawie którego Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej uzyskała moc prawnie wiążącą, ale rola Karty była już znana od 2000 r. i mocno eksponowany był w piśmiennictwie problem, jakie konsekwencje niesie współistnienie dwu systemów ochronnych: Rady Europy i Unii Europejskiej. Oczywiście, Autor musiał się skoncentrować na systemie RE, ale pewne pogłębione zasygnalizowanie tego problemu na styku orzecznictwa ETPCz i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunału Sprawiedliwości UE) mogłoby stanowić podstawę do interesujących rozważań o konsekwencjach dualizmu ochronnego praw człowieka (praw podstawowych) dla praktycznego funkcjonowania testu legalności.

Można też pytać, czy – identyfikując podstawy aksjologiczne systemu EKPCz (s. 40) – Autor trafnie się ograniczył do Statutu Rady Europy. Wszak na system aksjologiczny Rady Europy składają się zarówno akty prawne prawnie wiążące (konwencje RE), ale też istotne znaczenie mają instrumenty z obszaru tzw. miękkiego prawa (np. zalecenia Komitetu Ministrów RE), niosące szereg istotnych standardów, które powinny być przestrzegane w RE jako „organizacji wartości”. Nie ma więc powodów, by aspekt aksjologiczny zawężać tylko do aktów prawnych z tej pierwszej grupy. Dotyczy to m.in. omawianych w pracy obszarów: demokracji (s. 50) i rządów prawa (s. 58).

Autor trafnie uważa, że ocena strasburskiego testu legalności wymaga wyważonego podejścia. Nie powinno to oznaczać skoncentrowania się na ocenie jego poszczególnych elementów, ale również uwzględnienie wszelkich obiektywnych czynników oddziałujących na jego obecny kształt. Wygłaszana w literaturze krytyka testu legalności wymierzona jest przede wszystkim we wspieraną przez Trybunał szeroką koncepcję prawa, akceptującą różne jego formy. Dla E.A. Alekny takie podejście jest lakoniczne i niesatysfakcjonujące, ponieważ od przyjętej koncepcji prawa zależy w dużej mierze bezpieczeństwo prawne, które konwencja miała zagwarantować. Obawy te podzielają P. van Dijk i G.J.H van Hoof, którzy jednak skłonni są szerzej zakreślać krąg podmiotów uprawnionych do tworzenia prawa. Ich zdaniem, nawet bez delegacji parlamentarnej kompetencja ta powinna się rozciągać na wszelkie ciała ustawodawcze w rozumieniu art. 3 Protokołu 1 (s. 255). Autor przyznaje, że rozdzźwięk między strasburską koncepcją prawa a ideą demokracji jest rzeczywiście wyraźny. Pyta jednak: Czy można rozsądnie oczekiwać jego uniknięcia? Odpowiedź jest twierdząca, jeśli się przyjmie założenia van Dijka i van Hoofa co do *common law*, bo wówczas nie traktuje się następczego charakteru legitymacji demokratycznej prawa niepisanego jako zbyt wielkiego odstępstwa od demokratycznego ideału kontroli procesu prawotwórczego przez ciało przedstawicielskie. Takie założenie jest jednak istotne również z innych względów. Zarówno w konwencji, jak i dokumentach przygotowawczych brakuje jakichkolwiek przejawów woli stron co do uznania *common law* za niemieszczące się w koncepcji wspólnego dziedzictwa, o którym wspomina preambuła. Trudno też oczekiwać od Trybunału – złożonego w ogromnej większości z przedstawicieli systemu kontynentalnego – aby w ramach wykładni ewolucyjnej dokonywał krytycznej oceny istoty systemu *common law*, czym w gruncie rzeczy byłoby odrzucenie prawa niepisanego jako podstawy ingerencji w gwarancje konstytucyjne. Akceptacja *common law* – jak zauważa R. Mizerski – „nie może być jednak rozumiana jako przyzwolenie na niższy standard dostępności i przewidywalności prawa. To zaś oznacza stosowanie tych samych reguł oceny w sytuacji, gdy ingerencja oparta jest na orzeczeniu precedensowym zapadłym w rozpatrywanej właśnie sprawie” (s. 256).

Autor ma natomiast mniej zrozumienia dla ETPCz w kwestii formy prawa w pozostałym zakresie. Wątpliwości są ugruntowane nie tylko w aksjologii systemu EKPCz, lecz również w subsydiarności oferowanej przezeń ochrony. Artykuł 53 konwencji zakazuje bowiem takiego interpretowania jej postanowień, które by mogły ograniczyć bądź wyłączyć prawa człowieka uznane w prawie krajowym lub w innych umowach międzynarodowych. Jeśli zatem, zgodnie z regulacjami wewnętrznymi, ingerencja w prawa człowieka musi mieć ustawową podstawę, a Trybunał w swoim materialnym podejściu do prawa zaakceptuje również akty niższego rzędu, to – w przekonaniu Autora – ustanawia standard niższy od krajowego, co kłóci się z art. 53. Podobna konkluzja dotyczy braku głębszego zainteresowania zachowaniem przez akt normatywny granic delegacji ustawowej

czy też charakterem prawnym wyroków sądowych w systemach kontynentalnych. R. Mizerski zdaje sobie sprawę, że Trybunałowi towarzyszy obawa przed wchodzeniem w rolę sądu konstytucyjnego czuwającego nad przestrzeganiem formalnej strony systemu źródeł prawa krajowego w poszczególnych państwach, ale jednocześnie zauważa, że „Trybunał nie wyrzekł się kontroli nad stosowaniem tego prawa, co wiąże się z podobnymi trudnościami” (s. 257).

Za błędną i nieuzasadnioną uważa Autor także praktykę nieprzywiązywania wagi do tego, aby normy prawne stanowiące podstawę ingerencji w gwarancje konwencyjne miały generalny i abstrakcyjny charakter. Co prawda Trybunał zdaje się nie podważać tych cech, ale jednocześnie ich nie wyzyskuje, choć miewa ku temu okazje (s. 258). Zwraca przy tym uwagę na to, że poważne traktowanie generalności i abstrakcyjności podstawy ingerencji może też służyć ekonomicznej procesowej. Nie sposób bowiem wykluczyć, że w konkretnej sprawie ustalenie braku tych przymiotów będzie prostsze niż wykazanie nieodpowiedniej jakości prawa bądź niespełnienia innych przesłanek dopuszczalności ograniczeń. Trybunał może praktycznie przywrócić wspomniane wymogi testowi legalności nie tylko przez korektę stosowania warunku podstawy prawnej ingerencji, ale również poprzez zinterpretowanie warunku jakości prawa w świetle zasady rządów prawa. Generalność jest bowiem jednym z podstawowych postulatów formułowanych na jej tle (s. 259–260).

R. Mizerski zauważa, że orzecznictwo strasburskie przeniosło środek ciężkości konwencyjnego testu legalności z aspektów formalnych (charakter i forma podstawy prawnej ingerencji) na materialne (dostępność i przewidywalność prawa, efektywny środek kontroli). Znalaziono dzięki temu bardziej autonomiczny (tzn. niezwiązany z kształtem porządków wewnętrznych), a tym samym bardziej uniwersalny punkt odniesienia dla oceny prawa upoważniającego do wkraczania w sferę praw człowieka. Przeprowadzona przez Autora analiza prowadzi jednak do wniosku, że nie odbyło się to bez strat dla waloru gwarancyjnego tej instytucji. Stawia w związku z tym pytanie: Czy wobec tego rodzajem rekompensaty jest przyjęcie wysokiego standardu jakości podstawy prawnej? i odpowiada: Na pewno nie można tu mówić o ekwiwalentności w sensie dosłownym. Z jednej strony – dostępna i przewidywalna może być także norma indywidualna i konkretna zawarta w okólniku któregoś z organów władzy wykonawczej. Z drugiej zaś – obu tych przymiotów może brakować normie generalnej i abstrakcyjnej pomieszczonej w ustawie, nieco inaczej przedstawia się wówczas sytuacja efektywnego środka kontroli, który powinien mieć „swoją podstawę w prawie obowiązującym i ewentualnie towarzyszącym mu orzecznictwie sądowym” (s. 260).

Autor zwraca uwagę, że materialne podejście do prawa ma pewne zalety. Niewątpliwie ułatwia Trybunałowi ocenę legalności ingerencji, a dodatkowo dowartościowuje judykaturę na poziomie krajowym. Adaptowanie prawa do zmieniających się okoliczności i poddawanie go ewolucyjnej zmianie stanowią walory „prawa orzeczniczego”, nieobojętne także z perspektywy praw człowieka.

Przede wszystkim jednak we właściwym ukierunkowanym materialnym podejściu do prawa R. Mizerski widzi szansę na przeciwstawienie się bezbronności jednostki wobec zjawiska inflacji prawa. Nawet formalnie promulgowany akt prawny, zawierający normy o dużym poziomie szczegółowości, nie musi być bowiem odpowiednio dostępny i przewidywalny, jeśli np. przed wejściem w życie był wielokrotnie nowelizowany, ale nie został ujednoczony (s. 261). Trybunał zwraca przy tym w orzecznictwie uwagę na stan świadomości ofiary ingerencji. Do tej pory czynił to tylko w celu wsparcia konkluzji o dostępności bądź przewidywalności prawa. Jednakże w materialnym podejściu do prawa mieściłoby się również użycie tego argumentu do wsparcia wniosków przeciwnych, lecz – jak podkreśla Autor – jedynie w sytuacjach skrajnych. Utrzymywanie tu pewnej fikcji nieznamośności prawa (*ignorantia iuris nocet*) jest tu nie do uniknięcia. Chodzi więc o przypadki „rażącej niedbałości legislatora, które jednocześnie nie wchodzą w konflikt z klasycznie rozumianymi kategoriami dostępności i przewidywalności”. Nawet bowiem sporadyczna interwencja ETPCz w sprawach tego rodzaju działa dyscyplinująco na prawodawcę krajowego (s. 262–263).

Autor zaznaczył, że powyższa opinia nie oznacza zanegowania krytycznego wydzwiku wcześniejszych uwag na temat odformalizowanego podejścia do prawa. Jest jedynie ich uzupełnieniem i nie pozostaje z nimi w sprzeczności. Poziom formalizmu – o który się upomina R. Mizerski – ma zagwarantować tylko to, aby „strasburska koncepcja praw nie oferowała niższego standardu ochrony niż ten, na który może liczyć jednostka w porządku krajowym” (s. 262).

Właściwy test legalności jest tylko jednym z elementów triady warunków rządzących ograniczeniami uprawnień zagwarantowanych w konwencji i protokołach dodatkowych. Na ich tle właściwy test legalności jawi się jako standard najbardziej jednorodny i stabilny, z zawsze obecnym elementem podstawy prawnej i jej jakości. Dalsze sprecyzowanie pozycji testu legalności zależy od metody ograniczenia praw człowieka, w ramach której zostanie on zastosowany (klauzuli limitacyjnej, wyjątków *ex definitione*). Test legalności wpisuje się bowiem w taką sekwencję działań kontrolnych Trybunału, która jest właściwa dla danego mechanizmu (s. 266–267).

Charakter i właściwości prawa mogącego być podstawą ingerencji determinuje proklamowane przez Trybunał pojmowanie go „w jego materialnym”, a nie „formalnym” sensie. W tej sytuacji następuje przeniesienie ciężaru orzekania z wymogu istnienia podstawy prawnej na płaszczyznę jej jakości, co pociąga za sobą pomniejszenie wartości ochronnej tego pierwszego elementu. W tym duchu ETPCz zdaje się nie przywiązywać wagi do generalnego i abstrakcyjnego charakteru norm prawnych stanowiących podstawę ingerencji. Ambiwalencją nacechowany jest sposób ujmowania tak fundamentalnej właściwości prawa, jak jego moc prawna. Trybunał nie wyklucza całkowicie retroaktywnej podstawy ingerencji, np. w sferze cywilnoprawnej czy podatkowej, zwłaszcza gdy adresatom towarzyszy świadomość możliwości wydania prawa z mocą wsteczną. Tam jednak, gdzie

ingerencja przybiera charakter sankcji karnej, przeważa zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* (s. 268-269).

Z orzecznictwa ETPCz Autor wyprowadził standard odpowiedniej jakości podstawy prawnej ingerencji, składający się z wymogu jej dostępności, przewidywalności oraz efektywności. Dostępność oznacza „możliwość uzyskania informacji, wystarczającej w danych okolicznościach, na temat norm prawnych mających zastosowanie w określonej sytuacji”. Przewidywalność prawa wymaga jego sformułowania z precyzją „umożliwiającą obywatelowi regulowanie swojego postępowania” (Trybunał nie wymaga, aby prawo pozwalało przewidzieć jego skutki z całą pewnością; przy rozważaniu jakości określonego unormowania brane jest pod uwagę towarzyszące mu orzecznictwo sądów krajowych). Zakres przewidywalności zależy od treści i dziedziny regulacji oraz liczebności i statusu adresatów. Szczególne warunki dotyczą prawa normującego korzystanie przez władze publiczne z kompetencji dyskrejonalnych, zwłaszcza działań inwigilacyjnych (s. 270–272).

Powyższe obserwacje R. Mizerskiego zasługują na aprobatę. Nie ulega wątpliwości, że Autor dokonał precyzyjnej rekonstrukcji testu legalności w świetle orzecznictwa ETPCz. Uwzględnił przy tym nie tylko orzecznictwo, ale sięgnął po szeroką literaturę przedmiotu. Jego analiza cechuje się przy tym klarownym językiem. Swe konkluzje sformułował w sposób precyzyjny i wyważony. Nie zawahał się, tam gdzie to uznał za stosowne, wejść w polemikę z Trybunałem, a także z wybitnymi znawcami jego działalności. Powstało w wyniku tego oryginalne dzieło, które w pierwszej kolejności będzie służyć tym, którzy kierują skargi do ETPCz, szukając źródeł wiedzy o kierunkach jego orzecznictwa i preferowanej polityce odczytania konwencji. Należy się jednak spodziewać, że książka spotka się z szerokim zainteresowaniem również twórców prawa, a także służb legislacyjnych. Wiele uwag Trybunału, również krytycznie postrzeganych, ma bowiem istotne znaczenie w procesie poszukiwania „dobrego prawa” i podnoszenia jego jakości, stąd zasługuje na przemyślenie i stosowne wykorzystanie.

*Jerzy Jaskiernia*