

prof. Marek Smolak
Adam Mickiewicz University in Poznań
Faculty of Law and Administration, Poland

Polish attitude/contribution to the doctrine of the margin of appreciation

1. Mik C., *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1993. s. 236

- Koncepcję poszanowania marginesu oceny uznaje C. Mik za dyrektywę wykładni i sytuuje ją w rzędzie specyficznych metod wykładni Konwencji, będących przedłużeniem metody teleologicznej;
- Wskazuje na dwa uwarunkowania marginesu: zasadę subsydiarności konwencyjnego systemu ochrony praw człowieka oraz doktrynę powściągliwości organów europejskich, która wyraża się w przekonaniu, że do organów krajowych należy przede wszystkim interpretowanie prawa krajowego;
- Autor zauważa, że margines uznaje się za zmienną władzę dyskrecyjną, zależną od charakteru prawa chronionego oraz od okoliczności faktycznych sprawy
- „Margines uznania” stosowany jest zwykle wtedy, gdy Konwencja dozwala na ograniczenie z korzystania z praw i wolności indywidualnych, zauważa, że sporne jest jego stosowanie w sytuacji, gdy Konwencja nie daje wyraźnej kompetencji do ograniczania wykonywania praw lub zawieszania ich gwarancji; jak jednak konkluduje: „Wydaje się, że niezależnie od słuszności argumentów przeciwników poszerzania działania marginesu oceny, nieuchronne jest jego stosowanie przy okazji pojęć elastycznych znaczeniowo.”(237)
- Organy europejskie posługują się tzw. „pewnym” i „szerokim” marginesem oceny; „pewny” margines przysługuje w związku z określeniem, czy ograniczenie wykonywania prawa było proporcjonalne do chronionego prawem celu i konieczne; podczas gdy „szeroki” przysługuje wtedy, gdy ustala się, czy zachowano „rozsądny stosunek proporcjonalności” między użytymi środkami i celem chronionym (różnica zakresu swobody);
- Stosunki między metodami wykładni: „(...) metody tekstualne zdają się być istotnym wsparciem metody poszanowania marginesu oceny, stanowiąc niejednokrotnie przeszkodę dla zastosowania metod rozszerzających ochronę praw i wolności jednostki (zwłaszcza metoda gramatyczno-językowa i historyczna). Inaczej natomiast układają się relacje między metodami ewolucyjną i autonomiczną a poszanowania marginesu oceny. Ta ostatnia zajmuje mianowicie w zasadzie antagonistyczną pozycję wobec dwóch poprzednich, wówczas, gdy nie stwierdzono consensusu, wspólnego

mianownika większości systemów prawnych, co z kolei jest podstawa stosowania metod ewolucyjnej i autonomicznej.”

Mizerski R., Doktryna „margin of appretiation” – między konieczną elastycznością a niebezpiecznym relatywizmem europejskiego systemu ochrony praw człowieka w: Dynia E., Człowiek a tożsamość w procesie integracji Europy, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2004 (s. 347-357)

- Organy strasburskie dopuszczają za pomocą doktryny możliwość niejednolitego skutku tego samego zobowiązania w różnych państwach związanych Konwencją;
- Wskazuje na brak klarownych i spójnych kryteriów stosowania doktryny *margin*
- Początkową, substancjalną bazę dla *margin* stanowił art. 15 Konwencji, potem przestrzeń operowania doktryny znacząco się poszerzała; rozległość potencjalnego obszaru oddziaływania doktryny;
- Zewnętrzną granicą jej zastosowania należy wyznaczać w oparciu o takie prawa absolutne, których realizacja nie pociąga za sobą obowiązków pozytywnych;
- Problematyczność wyznaczenia wewnętrznych granic doktryny; ostateczne rozstrzygnięcie o zgodności podjętych przez państwo środków z wymaganiami EKPC pozostaje domeną Trybunału, opierającego się w tej mierze przede wszystkim na szeroko rozumianym „teście rozsądnosci” (np. *Dudgeon vs UK*)
- Uzasadnienie doktryny: argumentacja formalnoprawna (zasada subsydiarności), utylitarna (lepsza pozycja władz krajowych w ocenie konkretnych sytuacji) i społeczno-polityczna (znaczenie kontekstu społeczno-politycznego danego państwa); często występujące równolegle
- Zwrócenie uwagi na to, że odrębne, „narodowe” podejście do niektórych kwestii nie przesądza o zastosowaniu doktryny marginesu oceny; są bowiem sprawy, w których Trybunał nie widzi miejsca na dyskrecjonalność władz krajowych; wskazanie na tendencję do poszerzania marginesu w przypadku braku „europejskiego konsensusu” w sprawie;
- Zauważa żywe zainteresowanie doktryną w literaturze przedmiotu i jej skłonność do powodowania rozbieżnych ocen;
- Autor wypowiada się co do zarzutów stawianych doktrynie:
 - Sprzeczność doktryny marginesu z koncepcją uniwersalności praw człowieka – powołując się na pkt 5 Wiedeńskiej Deklaracji i Programu Działania z 25.06.1993 r. R. Mizerski stwierdza, że: „Uniwersalność zatem to nie jednolitość, chociaż pamiętać trzeba, że doniosłość pkt 5 tej deklaracji wynika przede wszystkim z odrzucenia w nim przez państwa z różnych regionów świata koncepcji relatywizmu w ochronie praw człowieka, wykorzystywanej jako zgrabny argument uzasadniający ich naruszenie. Trzeba uczciwie powiedzieć, że ryzyko wystąpienia podobnego w charakterze, choć nie w rozmiarze, niepożądanego skutku jest także wpisane w doktrynę *margin of appretiation*. Niemniej jednak twierdzenie, że ze swej istoty doktryna ta jest sprzeczna z uniwersalnością praw człowieka jest, jak widać, błędne.”
 - Brak niezbędności doktryny, podważanie pozycji Trybunału, „podwójne standardy” – Mizerski uważa, że nie należy lekceważyć tych tendencji, ale

zwraca raczej uwagę na drugą stronę dyskusji i stwierdza, że ponieważ system konwencyjny nie jest idealnym, akademickim modelem ochrony praw człowieka, jego urzeczywistnianie musi uwzględniać realny skutek stosowania mechanizmów konwencyjnych; wskazuje na terytorialny aspekt obowiązywania Konwencji powodujący na różnice społeczne w odbiorze pewnych aspektów ochrony praw człowieka.

- „Za dobre podsumowanie tej części wyводу i trafny pogląd uznać należy postrzeganie doktryny *margin of appreciation* jako potencjalnej wartości dla przyszłego międzynarodowego trybunału praw człowieka wyposażonego w jurysdykcję o zasięgu uniwersalnym”
- Autor uważa, że akceptacja doktryny marginesu oceny nie powinna wiązać się z zaprzeczeniem roli Trybunału jako organu ujednociającego standardy ochrony praw człowieka, ale przy zachowaniu standardów rozsądności, ostrożności i dobrej wiary.

3. Kapelańska-Pręgowska J., *Koncepcja tzw. marginesu oceny w orzecznictwie ETPC, Państwo i Prawo 12/2007 (s. 87 - 99)*

- Wątpliwości, czy margines oceny należy zaliczyć do metod wykładni stosowanych w praktyce orzeczniczej ETPC, czy też jest to innego rodzaju instrument wykorzystywany przez Trybunał; autorka zastanawia się, czy trybunał rzeczywiście „ustala znaczenie przepisu prawnego”, ponieważ Trybunał pełni rolę nadzorczą, tj. interpretatora „finalnego”;
- „margines oceny nie jest metodą wykładni, lecz podejściem do implementacji i interpretacji Konwencji Europejskiej, czy też oceną ich zgodności z określonymi regułami (...)”; autorka powołuje się na P. van Dijka i G.J.H. Hooka, którzy margines uznają za „doktrynę rewizyjną” (*review doctrine*), wykorzystywaną przez Trybunał do określania i uzasadniania natężenia kontroli uznanej za właściwą w rozstrzyganej sprawie;
- U podstaw doktryny leżą zasady subsydiarności i sytuacyjności;
- Podkreślenie tzw. europejskiego konsensu jako szczególnego kryterium kształtowania doktryny marginesu uznania; wskazanie na jego niewymierność
- „Koncepcja godzi suwerenność państw-członków z fundamentalnym celem zachowania „trzonu” europejskich wartości”. Stanowi także praktyczne odzwierciedlenie zasady subsydiarności mechanizmu konwencyjnego oraz przekonania, że organy krajowe są bardziej predysponowane do oceny lokalnych warunków i potrzeb”.

4. Wiśniewski A., *W sprawie koncepcji marginesu oceny w orzecznictwie strasburskim, Państwo i Prawo 12/2008, polemika (97-104)*

- Koncepcja marginesu oceny jako najbardziej kontrowersyjny instrument wykorzystywany w procesie interpretacji i stosowania EKPCz;

- Polemika z artykułem J. Kapelańskiej – Pręgowskiej, która przyjmuje, że margines oceny nie jest metodą wykładni, ale „podejściem do implementacji i interpretacji, czy też ocena ich zgodności z określonymi regulami”; potem autorka odwołuje się do marginesu jako „metody interpretacyjnej” – wskazuje na konieczność rozróżnienia marginesu oceny jako dyskrecjonalność organów państwowych przy stosowaniu postanowień Konwencji od koncepcji marginesu oceny jako konstrukcji umożliwiającej Trybunałowi na uwzględnienie tej dyskrecjonalności;
- Osobną sprawą jest samo rozważenie, czy margines rzeczywiście tą metodą wykładni jest; tak przykładowo C. Mik (jw.)
- A. Wiśniewki stwierdza, że „Moim zdaniem, zaleczanie słynnej strasburskiej doktryny do metod wykładni jest, co do zasady, trafne, z tym jednak zastrzeżeniem, że funkcja interpretacyjna jest jedna z wielu, jakie doktryna pełni w orzecznictwie strasburskim. Jeśli przyjąć rozumienie doktryny marginesu oceny proponowane przez C. Mika, doktryna ta może być postrzegana jako metoda interpretacji zakładająca, iż ustalanie znaczenia postanowień materialnych EKPC powinno być dokonywane z uwzględnieniem dyskrecjonalności władz krajowych.”; ustalanie zakresu obowiązków państw-stron
- Konieczność uwzględnienia specyfiki stosowania Konwencji w modelu argumentacyjnym;
- Autor nie zgadza się ze stwierdzeniem, że koncepcja marginesu oceny „jest efektywnym narzędziem precyzowania działań i zachowań wyraźnie chronionych oraz poszerzania tym samym zakresu praw fundamentalnych”; uważa raczej, że doktryna wprowadza element relatywizacji w ustalaniu dopuszczalnych działań państw-stron, zastępowania kryteriów „identyczności” kryteriami „zbliżenia”; autor powtarza argumenty, że doktrynie zarzuca się „nadmierne ustępowanie” wobec władz krajowych, a także podważanie skuteczności prowizji konwencyjnych, prowadząc do osłabienia autorytetu Trybunału;
- „Trzeba też zauważyć, że koncepcja marginesu oceny nie jest kojarzona z poszerzaniem zakresu chronionych praw. Jest ona raczej instrumentem w rękach zwolenników ideologii sądowej wstrzemięzliwości albo samoograniczenia (judicial self-restraint), konkurującej z ideologią sądowej aktywności (judicial activism). To właśnie ta ostatnia, preferując metode wykładni ewolucyjnej, sprzyja rozwijaniu standardów Konwencji. W tym sensie strasburska koncepcja jawi się jako spełniająca rolę wręcz hamująca zbyt progresywne, przekształcające się w prawotwórstwo, rozwijanie strasburskich standardów.”
- A. Wiśniewski zgadza się z Kapelańską-Pręgowską, że istnieje związek między doktryną marginesu a zasadą konsensu, co może prowadzić do napięcia między zasadą konsensu a zasadą uwzględniania specyfiki krajowej (lokalnej);
- „Analiza funkcji pełnionych przez strasburską koncepcję pokazuje zatem, iż może ona być wykorzystywana zarówno w sposób zasługujący na ocenę krytyczną (np. funkcja retoryczna), jak i pozytywną (np. funkcja poszanowania pluralizmu).”
- „Koncepcja marginesu oceny, mimo licznych i niekiedy bardzo poważnych zarzutów pod jej adresem, na trwałe wpisała się do kanonów interpretacji i stosowania EKPC przez Trybunał, nabywając status zasady w procesie implementacji Konwencji i jej protokołów. Z perspektywy Trybunału koncepcja ta jest wyrazem „uświadomionej konieczności”, tj. uznania, że nie jest możliwe stosowanie ogólnych, ramowych norm

Konwencji oraz rozstrzyganie trudnych przypadków (...), bez dopuszczenia dyskrecjonalności władz krajowych.”

5. Garlicki L., *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, Europejski Przegląd Sądowy 4/2008

- Garlicki wskazuje przede wszystkim na ogólny charakter sformułowania prowizji konwencyjnych i trudność we wskazaniu na ich podstawie normy postępowania, możliwej do zastosowania w konkretnym przypadku; ponadto wskazuje na ponadnarodowy charakter Trybunału, który jest organem realnie wyznaczającym treść i zakres zastosowania poszczególnych materialnych postanowień Konwencji; oprócz tego Konwencja stanowi tzw. „żywy instrument” i jej postanowienia podlegają wykładni ewolucyjnej – na tym tle szczególnie zaznacza się problem należytego rozdziału kompetencji między szczeblem narodowym a ponadnarodowym;
- Jednoczesne stosowanie zasad subsydiarności i uniwersalności wymaga narzędzia rozwiązywania kontrowersji tworzących się w tzw. „szarej strefie” ich wyważania, wyznaczania między obiema zasadami linii granicznej – tę funkcję spełnia *margin of appreciation*;
- Doktryna wynika z samej istoty zasady subsydiarności, ale uformowała się jako czysty twór „prawa sędziowskiego”; dlatego to ETPC pozostaje jedynym organem, który ostatecznie decyduje, jaki jest zakres samodzielności władz narodowych w poszczególnych dziedzinach stosowania praw człowieka
- Idea marginesu swobody jest starsza od EKPCz i wyrosła z doktryny prawa administracyjnego, wyznaczającej granice swobody uznania administracyjnego, bazując zwłaszcza na orzecznictwie francuskiej Rady Stanu; potem pojawił się w kontekście stosowania art. 15 EKPCz. Trybunał po raz pierwszy odwołuje się do doktryny w wyroku *Handyside* z 1976 r.;
- „[doktryna] stanowi obecnie jedno z podstawowych narzędzi dokonywania wykładni Konwencji”; nie przywołuje sporów co do umocowania doktryny. Wskazuje jednak, że Trybunał w zakresie dokonywania wykładni przyjmuje cztery założenia: 1) Konwencja ustanawia standardy o charakterze uniwersalnym – i w tych ramach przyzwala państwom członkowskim na wybór sposobu ich realizacji; 2) Trybunał powinien respektować taki wybór, dopóki działania władz krajowych nie popadną w kolizję z uniwersalnymi standardami; 3) zakres kwestii pozostawionych owemu wyborowi nie ma charakteru jednolitego i zależy od wielu czynników – w efekcie, niekiedy władzom krajowym może przysługiwać „szeroki” lub jedynie „pewien” margines swobody, w innych będzie znikomy a w jeszcze innych nie przysługiwać będzie wcale; 4) ustalenie wymiaru marginesu jest zawsze dokonywane przez Trybunał w relacji od faktów konkretnej skargi;
- „Doktryna „marginesu swobody” pozostawia więc znaczny element elastyczności w odnoszeniu do generalnych standardów do konkretnych sytuacji i na tym m.in. polega jej atrakcyjność i użyteczność. Niemniej, częstotliwość powoływania jej w orzecznictwie ETPCz pozwala na wskazanie pewnych ogólniejszych prawidłowości jej stosowania.” (s. 5)
- Garlicki wyróżnia sześć czynników wyznaczających zakres (wymiar) marginesu swobody, wewnątrz którego wybór sposobu działania zostaje pozostawiony władzom

krajowym: 1) natura (treść) prawa bądź wolności, której dotyczyła ingerencja; 2) natura (treść) obowiązków spoczywających na władzach krajowych (rozdzielenie na zobowiązania pozytywne i negatywne); 3) charakter celu, jakiemu służy podejmowana przez władze krajowe ingerencja w prawa czy wolności jednostki (istnienie tzw. „celów legitymowanych”); 4) okoliczności stanowiące kontekst ingerencji (np. stany nadzwyczajne); 5) istnienie „wspólnego podejścia”, konsensusu w ustawodawstwie państw członkowskich; 6) istnienie powszechnie akceptowanego, kulturowego kontekstu funkcjonowania danego prawa czy wolności;

- Konieczność uwzględnienia pluralizmu poglądów, ale i poszanowania opinii ze sobą sprzecznych, rozwijających się w wymiarze horyzontalnym;
- Następnie rozważa sposób zastosowania doktryny marginesu oceny w odniesieniu do konkretnych przykładów z orzecznictwa ETPCz: w kontekście wolności wypowiedzi, ochrony prywatności, problemu szczególnych „narodowych kontekstów kulturowych”, prawa do życia (w kontekście prawa do życia doktryny marginesu swobody Trybunał nie stosuje; pojawia się on jednak w kontekście problemów, które wykraczają poza wymiar, w jakim postrzegali prawo do życia twórcy Konwencji, czyli eutanazji i aborcji);
- Garlicki stwierdza, że „(...) Trybunał nie stworzył dotąd (i nie zamierza też tego czynić w przyszłości) generalnej teorii „marginesu swobody”, tym samym więc pytanie to można analizować tylko na tle konkretnych przykładów z orzecznictwa ETPCz”; (s. 7)
- Wsuwa stąd Garlicki cztery następujące konkluzje: 1) przywołania doktryny marginesu swobody są stale widoczne w orzecznictwie strasburskim; klasycznie stosuje się ją do praw z art. 8-11, prawa własności i praw wyborczych, rysuje się jednak tendencja do nawiązywania do doktryny w kontekście interpretacji innych praw konwencyjnych, przy okazji dokonywania oceny proporcjonalności; 2) zmienia się funkcja doktryny marginesu oceny: początkowo Trybunał przywoływał doktrynę dla uznania, że państwo pozwane nie naruszyło Konwencji, tak z biegiem czasu analiza krajowego marginesu swobody doprowadziła Trybunał do konstatacji, że został on w danej sprawie przekroczony; 3) istotą tej doktryny jest zachowanie pewnej elastyczności i dlatego trudno jest ująć ją w precyzyjne kategorie doktrynalne; 4) interpretacja marginesu swobody ma charakter dynamiczny.
- „Mogą wreszcie powstawać sytuacje, gdy zmiana kontekstu politycznego i kulturowego będzie wymagała uwzględnienia nowo powstającej specyfiki niektórych państw, a więc uelastyczenia dotychczasowego pojmowania wymagań Konwencji (...). Te zmiany kontekstu przybrały szczególnie wyraźny charakter w momencie wejścia nowych państw do systemu Rady Europy. Nadało to odmienną identyczność całej Wspólnocie, ale wyraźniej niż niegdyś zarysowało niebezpieczeństwo tworzenia się „podwójnych standardów”, co może doprowadzić do zniszczenia całej logiki, na której oparta jest Konwencja. Trybunał musi stawić czoło tym wyzwaniom, a doktryna marginesu swobody – widoczna zwłaszcza gdy w tle pojawia się komponent kulturowy – może mu służyć jako pożyteczne narzędzie.”

6. Wiśniewski A., *Uwagi o zastosowaniu koncepcji marginesu oceny w prawie międzynarodowym* w: Dynia E. (red.) *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe wobec*

wyzwań współczesnego świata, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2009, s. 330-346.

- doktryna związana tradycyjnie przede wszystkim z działalnością orzeczniczą organów strasburskich (Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz Trybunału Praw Człowieka), niewyrażona w treści EKPCz;
- przyjmuje się, że koncepcja wywodzi się z koncepcji prawa krajowego dotyczących uznania administracyjnego i dyskrecjonalności sędziowskiej;
- **A. Wiśniewski uznaje margines oceny za pewną konstrukcję „stworzoną na potrzeby orzecznictwa strasburskiego przez organy zajmujące się kontrolą przestrzegania tej Konwencji, która pozwala tym organom (obecnie ETPCz) na uwzględnienie dyskrecjonalności władz krajowych w procesie kontroli stosowania Konwencji i jej protokołów przez państwa – strony”;**
- w swojej monografii dotyczącej marginesu oceny (*Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Wydawnictwo Fundacji Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008, s. 55-76) A. Wiśniewski przyjmuje, że można mówić o koncepcji marginesu oceny w sensie **pewnego zespołu powiązanych ze sobą elementów-założeń;**
- L. Garlicki (*Wartości...*) – czysty twór „prawa sędziowskiego”;
- na doktrynę *margin of appreciation* powołują się także międzynarodowe organy implementacyjne praw człowieka, takie jak organy implementacyjne Europejskiej Karty Społecznej; także Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka, Komitet Praw Człowieka ONZ (poza systemami ochrony praw człowieka – orzecznictwo Wspólnot Europejskich (np. ETS), w niewielkim zakresie MTS w Hadze);
- autor podejmuje pytanie o możliwość ogólnej aplikacji doktryny w prawie międzynarodowym; za taką aplikacją przemawiałoby bowiem występowanie w tym dziale prawa trzech rodzajów norm, które cechuje brak pewności w związku z ich stosowaniem i które uzasadniają zastosowanie w stosunku do nich doktryny *margin...* – „Pierwszy typ to normy nazywane standardowymi (*standard-type norms*) w odróżnieniu od norm reguł (*rule-type norms*). Zalicza się tu normy, które operują pojęciami otwartymi, takimi jak *konieczność*, *proporcjonalność*, *dobra wiara* czy określeniem *rozsądny*”- są to często normy stanowiące klauzule limitacyjne, zapewniające elastyczność norm konwencyjnych; - drugi rodzaj norm to normy uznaniowe (*discretionary norms*), które mogą składać się zarówno z norm typu standardowego, jak i z norm – reguł. Ich cechą jest to, iż w sposób wyraźny bądź dorozumiany uzależniają swoje stosowanie od wykonywania dyskrecjonalności przez państwa-strony; świadoma preferencja twórców norm na rzecz niejednolitego ich stosowania; - trzeci rodzaj norm to normy zorientowane na rezultat (*result-oriented norms*) – szeroka dyskrecjonalność co do sposobu osiągnięcia celu;
- autor wskazuje na konieczność rozróżnienia między marginesem oceny władz krajowych, w znaczeniu pewnej ich swobody czy też dyskrecjonalności (*margin of discretion*) przy stosowaniu postanowień EKPCz od koncepcji marginesu oceny, rozumianej jako forma, w której Trybunał (wcześniej także Komisja) uznaje tę dyskrecjonalność i uwzględniają ją przy wykonywaniu nadzoru nad realizacją przez państwa-strony ich konwencyjnych zobowiązań;

- początek stosowania doktryny - *Lawless vs Ireland* z 1959 r. (Komisja); załączki w tzw. *sprawie cypryjskiej*;
- uzasadnieniem *margin of appreciation* jest udzielenie władzom krajowym pewnego zakresu swobody wynikającego z ich „lepszego pozycji” w zakresie znajomości mających znaczenie faktów, lokalnych czynników oraz wyważania istotnych racji czy interesów występujących w danej sytuacji;
- margines przysługuje zwykle tylko przy stosowaniu określonej części postanowienia materialnego;
- dyskrecjonalność organów państw-stron jest oczywiście ograniczona, ETPCz stwierdza, czy organy działały w granicach marginesu oceny;
- „Nadzór nad marginesem oceny wiąże się jednak z pewnym zakresem ustępowania wobec władz krajowych (*a certain degree of deference*) oraz poszanowaniem ich dyskrecjonalności (*respect their discretion*). Wyrazem tego są artykułowane w orzecznictwie strasburskim zasady *niezastępowania oceny władz krajowych* oraz *poszanowania oceny władz krajowych*”
- na państwach – stronach spoczywa ciężar dowodowy w związku z korzystaniem przez nie z marginesu oceny (w zależności od artykułu Konwencji kryteria oceny mogą dokonanej ingerencji mogą być różne, np. może to być podjęcie środków *istotnych* oraz *wystarczających* (jak w przypadku art. 10) czy nadzwyczajnie nieodparte przyczyny w przypadku art. 8 – /de facto kryteria nieostre do ograniczania pojęć nieostrych/);
- szerokość marginesu uzależniona jest od istnienia europejskiego konsensu w sprawie;
- w toku rozwoju doktryna zaczęła pełnić różne funkcje: poza dopuszczeniem dyskrecjonalności, pełni rolę modyfikującą sposób nadzoru przez ETPC nad realizacją zobowiązań wynikających z Konwencji; funkcję umożliwiającą Trybunałowi elastyczne określenie jego roli w procesie stosowania Konwencji na styku kompetencji Trybunału oraz władzy suwerennych państw – stron EKPCz. Za funkcje tej koncepcji można uznać także takie jej działanie, którego skutkiem jest poszanowanie wyborów w ramach procesów demokratycznych przebiegających w danym państwie; poszanowanie pluralizmu. *Margin...* spełnia też jednak fasadową funkcję retoryczną, jako namiastka autentycznej argumentacji, dla uzasadnienia przez ETPCz braku jednoznacznego stanowiska w kontrowersyjnych sprawach;
- **koncepcja może być więc wykorzystywana w sposób zasługujący na ocenę krytyczną (f. retoryczna) jak i pozytywną (f. ochrony pluralizmu);**
- **kontrowersyjny instrument stosowania EKPCz;**
- przytaczane zwykle zarzuty: doktryna wątpliwa z punktu widzenia *pacta sunt servanda*; zacieranie się granic legalności; inflacja prawa międzynarodowego; sprzeczność z założeniem o uniwersalności praw człowieka; niebezpieczeństwo nadużywania doktryny i istnienia podwójnych standardów;
- **istnieją dwa założenia, które umożliwiają właściwe stosowanie marginesu oceny: założenie o tym, że korzystać będą z niego państwa o ustroju demokratycznym oraz że państwa będą korzystały z dyskrecjonalności w dobrej wierze;**
- „Wydaje się, że granicą zakresu zastosowania doktryny marginesu oceny powinny być normy *ius cogens* ze względu zwłaszcza na ich niederogowalny charakter oraz fundamentalne znaczenie” niektórzy autorzy utrzymują, że niektóre z tych norm nie

mają jednoznacznej treści”; A. Wiśniewski nie podziela tych opinii i przypomina założenia o ustroju demokratycznym i dobrej wierze;

- Mik, s. 238 – C. Mik określa relacje pomiędzy zasada marginesu oceny a metodami ewolucyjną i autonomiczną mianem „jednostronnie antagonistycznej”
- **zwrócenie uwagi na konkurencyjność metod wykładni ETPCz;**
- autor ma sceptyczny stosunek co do powstania ogólnej doktryny marginesu oceny w prawie międzynarodowym;
- **„Doświadczenia ze strasburską doktryną pokazują, iż koncepcja ta, aczkolwiek jest zapewne w jakimś stopniu niezbędna w orzecznictwie ETPC, to jej aplikacja w praktyce wiąże się z licznymi problemami.”;**
- autor widzi pozytywne funkcje – ochronę pluralizmu
- „Rozwijanie doktryny marginesu oceny przez poszczególne sądy międzynarodowe, nie tylko te zajmujące się ochroną praw człowieka, powinno następować ze świadomością pewnego rysującego się dylematu. Z jednej bowiem strony, występowanie dyskrecjonalności przy wykonywaniu niektórych przynajmniej norm prawa międzynarodowego wydaje się do pewnego stopnia nieuniknione. Z drugiej jednak strony, oficjalne dopuszczanie i uwzględnianie tej dyskrecjonalności w procesie kontrolowania wykonywania zobowiązań wynikających z instrumentów międzynarodowych przez różne organy implementacyjne może wiązać się z obawą o jej nadużywanie oraz z ryzykiem nadmiernej erozji międzynarodowych standardów i podważania pewności w stosowaniu prawa międzynarodowego.”
- **ostatecznie postuluje ostrożność, wynikającą ze świadomości zagrożeń.**

7. Płoszka A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zarys problematyki* [w:] A. Garnuszek, P Sosnowski (red.), *Rola Trybunałów i Doktryny w Prawie Międzynarodowym*, Warszawa 2010

- „Rozważając możliwość aplikacji koncepcji marginesu oceny przez inne sądy międzynarodowe można zwrócić uwagę na następująca zależność. Mianowicie, im większa liczba państw-stron danej umowy, tym należy spodziewać się większej różnorodności, a tym samym większych możliwości dla stosowania koncepcji marginesu oceny. W przypadku, gdy grono państw jest homogeniczne, koncepcja marginesu oceny znajdzie większy zakres zastosowania”
- Autor przedstawia trzy zarzuty, stawiane zwykle koncepcji: brak umocowania w tekście Konwencji, rezygnacja przez Trybunał z zasady uniwersalności na rzecz relatywizmu kulturowego, kształtowanie stanu niepewności prawa

8. Garlicki L., *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka - przygotowania i problemy*, Europejski Przegląd Sądowy, 1/2011

- Wydaje się, że Garlicki postrzega w pozytywny sposób możliwe zastosowanie doktryny marginesu oceny w kontekście przystąpienia UE do Konwencji: „Wydaje się więc, że – z momentem przystąpienia – UE zostanie związana wszystkimi standardami uniwersalnymi wynikającymi z EKPCz. Dotyczyć to będzie, w

szczególności, standardów o bezwzględny charakterze, które nie pozostawiają stronom EKPCz żadnej swobody implementacyjnej. Standardy takie odnoszą się przede wszystkim do art. 2-4 EKPCz³. Zarazem trzeba pamiętać, że w bardzo wielu materiałach standardy strasburskie mają charakter ramowy (zwłaszcza wyznaczając pewne minimum), a sposób ich implementacji pozostaje – w mniejszym bądź większym stopniu – w sferze „marginesu oceny” pozostawionego poszczególnym państwom-stronom EKPCz. Przy wyznaczaniu owego „marginesu oceny” istotne znaczenie ma ustalenie, czy określone unormowania lub działania władz krajowych pozostają w ramach rozwiązań powszechnie przyjętych w Europie. Powiązanie z takim europejskim „wspólnym podejściem” legitymizuje działania władz krajowych. Na tym tle może powstać pytanie, jak oceniać sytuację, gdy określony akt lub działanie zostaną podjęte przez organy UE, a więc – niejako z założenia – wyraża wspólną decyzję 27 państw członkowskich Unii, czyli także wspólną decyzję większości państw Rady Europy. Gdyby przyjąć, że tworzy to domniemanie istnienia „wspólnego podejścia”, można byłoby oczekiwać od ETPCz poszanowania przyjętych w nim ustaleń. Akty i działania Unii (a w każdym razie te, które stanowiłyby w sposób oczywisty wyraz wspólnej decyzji wszystkich państw członkowskich), zyskiwałyby w ten sposób szczególną legitymizację. Mogłoby to uzasadniać odrębności w zakresie i intensywności kontroli strasburskiej i nie można wykluczać, że prowadziłyby to do utrzymania sytuacji, jaka wynika dzisiaj ze stosowania koncepcji „ekwiwalentnej ochrony”.