



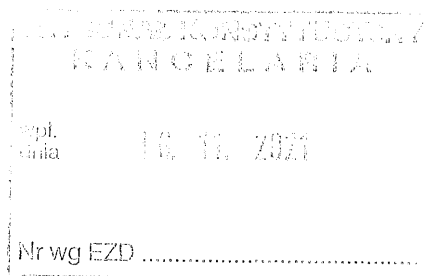
RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 16.11.2021

Marcin Wiącek

VII.510.75.2021.PF

**Trybunał Konstytucyjny
w Warszawie**



sygn. akt K 6/21

Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich

W nawiązaniu do pisma Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) z dnia 4 listopada 2021 r., uzasadniającego stanowisko w sprawie z wniosku Prokuratora Generalnego (PG) z dnia 27 lipca 2021 r., zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym (TK) o sygn. akt K 6/21, Rzecznik pragnie poinformować, że już po przedłożeniu Trybunałowi wspomnianego uzasadnienia wpłynęła do RPO ekspertyza dotycząca zastosowania art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) do sądów konstytucyjnych Państw-Stron.

W świetle tej ekspertyzy, art. 6 EKPC odzwierciedla szeroką koncepcję „sądu” („trybunału”), ukształtowaną już w latach 80. XX wieku. Pojęcie „sądu” ma charakter autonomiczny – to czy dany organ jest „sądem” w rozumieniu art. 6 EKPC nie zależy od jego klasyfikacji w prawie krajowym. Przeciwnie, na gruncie art. 6 EKPC, pojęcie „sądu” ma znaczenie materialne, które związane jest z wykonywaniem przez organ funkcji sądowej, tzn. rozstrzyganiem spraw w ramach przyznanych prawem kompetencji i po przeprowadzeniu postępowania w określony sposób (s. 9). Pojęcie to może zatem obejmować różne organy wykonujące funkcję sądową, i wszystkie one powinny odpowiadać wymogom art. 6 EKPC, w tym również w zakresie składu organu i gwarancji

niezawisłości czerpiących z procedury mianowania przeprowadzonej zgodnie z prawem, w której powołane zostaną osoby na podstawie kryteriów merytorycznych: kompetencji technicznej i nieskazitelności moralnej (s. 10).

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie dokonywał już oceny postępowań przed sądami konstytucyjnymi w świetle art. 6 EKPC. Dotyczyło to m.in. niemieckiego *Bundesverfassungsgericht*, austriackiego *Verfassungsgerichtshof*, francuskiej *Conseil constitutionnel*, szwajcarskiego *Bundesgericht*, czeskiego *Ústavní soud*, hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego, czy chorwackiego *Ustavnom sudu*. ETPC wielokrotnie wyjaśniał, że charakterystyka organu jako sądu konstytucyjnego nie jest sama w sobie wystarczająca do niestosowania art. 6 ust. 1 EKPC do postępowań przed tymi organami (s. 11–12).

Odnosnie do natury postępowań przed sądami konstytucyjnymi Trybunał w Strasburgu nie wykluczył możliwości, że art. 6 EKPC może nie mieć zastosowania do niektórych postępowań przed sądami konstytucyjnymi, a ocena tego powinna następować w konkretnej sprawie (s. 12). Zaś za rozstrzygający przyjął następujący test: czy rezultat postępowania przed sądem konstytucyjnym może mieć decydujący wpływ na wynik sporu przed sądami powszechnymi (s. 12–13).

W wyroku ETPC w sprawie *Xero Flor* Trybunał zastosował do oceny sprawy ukształtowaną wcześniej definicję sądu oraz kryterium objęcia postępowania przed sądem konstytucyjnym wymogami art. 6 Konwencji. Szczegółowo przy tym rozważył argumenty Rządu RP (s. 14–16).

W świetle sprawy *Xero Flor* art. 6 EKPC ma zastosowanie do postępowań przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym, gdy dotyczą one praw o charakterze cywilnym. Nie oznacza to jednak, że wszystkie rodzaje postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym będą objęte wymogami art. 6 EKPC, zwłaszcza gdy Trybunał ten orzeka o hierarchicznej zgodności norm w trybie kontroli abstrakcyjnej. (s. 18–19). Gdy kontrola abstrakcyjna, rozumiana jest wąsko, jako niezwiązana z konkretnymi prawami o charakterze cywilnym lub odpowiedzialnością karną jednostek, tj. gdy Trybunał Konstytucyjny rozstrzyga wyłącznie o „hierarchicznej zgodności przepisów i aktów normatywnych określonych w konstytucji”, to jego działalność nie wchodzi w zakres art. 6 EKPC i gwarancji rzetelnego

procesu, gdyż postępowania takie nie mają – zgodnie z tym, co stwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka – skutku „bezpośrednio rozstrzygającego” dla praw dochodzonych przez jednostki (s. 19).

W ocenie RPO omawiana ekspertyza powinna stanowić dowód w sprawie o sygn. akt K 6/21, i służyć wszechstronnej, wyważonej i obiektywnej analizie zagadnień prawnych, które w niej się rodzą, zgodnie z wynikającym z art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej jako: ustawa o TK) obowiązkiem Trybunału Konstytucyjnego zbadania w toku postępowania wszystkich istotnych okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy. Z tego powodu Rzecznik Praw Obywatelskich, jako uczestnik postępowania, pragnie przedłożyć ją uprzejmie Trybunałowi Konstytucyjnemu w niniejszej sprawie. Rzecznik realizuje tym samym obowiązek wynikający z art. 69 ust. 2 ustawy o TK, zgodnie z którym „[u]czestnicy postępowania są obowiązani do składania Trybunałowi wszelkich wyjaśnień i udzielania informacji dotyczących sprawy oraz przedstawiania wniosków dowodowych, potrzebnych do jej rozstrzygnięcia”.

[Signature]

Załączniki:

- 1) Ekspertyza dotycząca zastosowania artykułu 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka do sądów konstytucyjnych Państw-Stron – tłumaczenie na język polski;
- 2) Expert analysis of the applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights to the constitutional courts of the States Parties – oryginał w języku angielskim.

**Ekspertyza dotycząca zastosowania artykułu 6 Europejskiej
Konwencji Praw Człowieka do sądów konstytucyjnych
Państw-Stron, sporządzona na prośbę Rzecznika Praw
Obywatelskich w kontekście sprawy K 6/21
rozpoznawanej przez Trybunał Konstytucyjny**

4 listopada 2021



Podsumowanie

W ekspertyzie rozważono możliwość zastosowania art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) do sądów konstytucyjnych Państw-Stron. Artykuł 6 EKPC gwarantuje jednostkom prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przed sądem ustanowionym ustawą za każdym razem, gdy w grę wchodzi kwestia ich praw i obowiązków o charakterze cywilnym lub odpowiedzialności karnej. Państwa-Strony Konwencji wyraźnie przyznały Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka kompetencję do dokonywania wykładni i stosowania tego przepisu. W rezultacie, Trybunał ma uprawnienie do kontroli zgodności krajowych systemów sądownictwa z art. 6 EKPC. Obok innych wymogów, sąd lub trybunał musi być niezależny i bezstronny, wolny od nieuzasadnionej ingerencji ze strony władzy wykonawczej, a także musi składać się z osób o najwyższych kwalifikacjach wybranych zgodnie z prawem krajowym.

W utrwalonym orzecznictwie, sięgającym lat dziewięćdziesiątych XX wieku, Trybunał w Strasburgu wypowiedział się jasno, że pomimo szczególnej roli, sądy konstytucyjne będą wchodziły w zakres pojęcia „sądu” za każdym razem, gdy wykonują funkcję sądową. W orzeczeniach dotyczących m.in. sądów konstytucyjnych w Niemczech, Francji, Austrii czy Szwajcarii, uznano, że sądy te będą podlegały wymogom z art. 6 EKPC w każdym przypadku, gdy postępowanie ma decydujące znaczenie dla praw lub obowiązków jednostki lub może mieć wpływ na wynik sporu przed sądami powszechnymi. Kryterium „sądu ustanowionego ustawą” dotyczy powoływania sędziów i wymaga, by takie powołania były zgodne z prawem krajowym.

W ekspertyzie stwierdzono, że Trybunał Konstytucyjny objęty jest pojęciem „sądu” za każdym razem, gdy orzekanie przez ten organ o hierarchicznej zgodności przepisów i aktów normatywnych z konstytucją ma decydujące znaczenie dla praw i obowiązków jednostki – co oznacza, że w sprawach, które dotyczą tych kwestii, wchodzi on w zakres zastosowania art. 6 EKPC. Jednocześnie zgodność z polskimi wymogami konstytucyjnymi powołań sędziów do Trybunału Konstytucyjnego ma zasadnicze znaczenie dla zapewnienia prawa do rzetelnego procesu sądowego.

O Bingham Centre for the Rule of Law

Bingham Centre for the Rule of Law jest niezależną i bezstronną organizacją, której celem jest promowanie rządów prawa na całym świecie. Powołane w 2010 roku, jako część *British Institute for International and Comparative Law* (BIICL), *Bingham Centre* realizuje inspirującą misję Toma Bingham – świata, w którym każde społeczeństwo rządzi się zasadami praworządności „w interesie dobrego sprawowania władzy oraz pokoju w kraju i na świecie”. Rt Hon. Lord Bingham of Cornhill KG był najwybitniejszym brytyjskim sędzią swojego pokolenia, który zwińczył swoją karierę pozostawiając nam prawdopodobnie najlepsze świadectwo tego, co rządy prawa znaczą w praktyce i dlaczego są tak ważne w każdym cywilizowanym społeczeństwie – zbyt ważne, by pozostać wyłącznie domeną sądów i prawników. Jednym z naszych strategicznych celów jest ożywienie dyskusji na temat znaczenia i wagi rządów prawa w procesie politycznym.

- Prowadzimy niezależne, skrupulatne i wysokiej jakości badania i analizy najistotniejszych obecnie kwestii związanych z rządami prawa, w tym zagrożeń dla praworządności – zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i na świecie.
- Wnosimy strategiczny i bezstronny wkład w tworzenie polityk, stanowienie prawa czy podejmowanie decyzji w celu obrony i rozwoju praworządności, przedstawiając praktyczne zalecenia i wnioski oparte na naszych badaniach.
- Organizujemy wydarzenia, takie jak wykłady, konferencje, „okrągłe stoły”, seminaria czy webinaria, w celu pobudzania, informowania i kształtowania debaty na temat rządów prawa jako praktycznego konceptu wśród osób zaangażowanych w tworzenie polityk, stanowienie prawa i podejmowanie decyzji, a także szerszej publiczności.
- Budujemy potencjał państwa prawa na wiele sposobów, w tym poprzez prowadzenie szkoleń, doradztwo, ekspercką pomoc techniczną czy kultywowanie przywództwa w dziedzinie praworządności.
- Przyczyniamy się do budowania i utrzymywania społeczności rządów prawa – zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i na świecie.

www.binghamcentre.biicl.org

Niniejsza opinia została przygotowana przez pracowników Bingham Centre for the Rule of Law: dra Olivera Garnera, Maurice Wohl Research Fellow in European Rule of Law oraz Patryka Wachowca, Research Fellow and Training Co-ordinator in European Rule of Law, we współpracy z prof. drem Rickiem Lawsonem, profesorem prawa europejskiego na Uniwersytecie w Lejdzie (Niderlandy).

Spis treści

Podsumowanie	2
1. Wstęp	5
Stan faktyczny	5
Struktura ekspertyzy	5
2. Ramy prawne	6
Polska jako Wysoka Umawiająca się Strona Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	6
Konwencja oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka	6
Deklaracja Kopenhaska (2018)	7
Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów	8
3. Prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC): uwagi ogólne	8
Znaczenie prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC)	8
Szeroka definicja „sądu” lub „trybunału” w rozumieniu art. 6 EKPC	9
Skład „sądu” lub „trybunału” w rozumieniu art. 6 EKPC	10
Sądy konstytucyjne jako „sądy” w rozumieniu art. 6 EKPC	11
Obowiązek odwołania do sądu lub trybunału konstytucyjnego w kontekście wymogu wyczerpania krajowych środków zaskarżenia	13
4. Zastosowanie art. 6 EKPC do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym ..	14
Wyrok w sprawie <i>Xero Flor</i> i szeroka definicja sądu lub trybunału	14
Rozważania na temat powołań sędziów w sprawie <i>Xero Flor</i>	16
Czy art. 6 EKPC ma zastosowanie do wszystkich rodzajów postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym?	18
5. Wnioski końcowe	19

1. Wstęp

Stan faktyczny

7 maja 2021 r. Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wydała wyrok w sprawie *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce*¹. Trybunał stwierdził, że doszło do dwóch naruszeń prawa skarżącego do rzetelnego procesu sądowego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC). Po pierwsze, naruszenie to miało miejsce na skutek nierozpoznania przez polskie sądy zarzutów dotyczących niekonstytucyjności prawa mającego zastosowanie w sprawie, a tym samym przez niewywiązanie się z obowiązku uzasadnienia rozstrzygnięcia. Po drugie, Trybunał w Strasburgu uznał również, że doszło do naruszenia gwarantowanego w art. 6 ust. 1 EKPC prawa do „sądu ustanowionego ustawą” z powodu nieprawidłowości przy powołaniu jednego z sędziów Trybunału Konstytucyjnego, który brał udział w rozpoznaniu sprawy skarżącego. Polski rząd nie zdecydował się na złożenie wniosku o skierowanie sprawy do Wielkiej Izby, w związku z czym wyrok ten stał się ostateczny 7 sierpnia 2021 roku².

24 listopada 2021 roku Trybunał Konstytucyjny rozpozna sprawę z wniosku Prokuratora Generalnego zarejestrowaną pod sygnaturą K 6/21. We wniosku zwrócono się o zbadanie zgodności z przepisami Konstytucji RP: (1) zakresu w jakim pojęcie „sądu”, o którym mowa w art. 6 ust. 1 EKPC, obejmuje Trybunał Konstytucyjny; (2) zrównania gwarancji rozpatrzenia indywidualnej sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności oskarżenia w sprawie karnej, w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, z kompetencją Trybunału Konstytucyjnego do orzekania o hierarchicznej zgodności przepisów i aktów normatywnych określonych w konstytucji; oraz (3) objęcia przez art. 6 ust. 1 EKPC oceny przez ETPC legalności procesu powoływania sędziów Trybunału Konstytucyjnego.

31 października 2021, Rzecznik Praw Obywatelskich skierował do *Bingham Centre for the Rule of Law* prośbę o sporządzenie ekspertyzy dotyczącej zastosowania art. 6 EKPC do sądów konstytucyjnych Państw-Stron, w kontekście sprawy K 6/21 rozpoznawanej przez Trybunał Konstytucyjny, w której Rzecznik jest uczestnikiem postępowania. Odpowiadając na tę prośbę, w analizie rozważono wszystkie trzy kwestie: czy Trybunał Konstytucyjny, jako jeden z sądów konstytucyjnych, mieści się w definicji sądu w rozumieniu art. 6 EKPC; czy postępowanie przed tym organem dotyczy praw i obowiązków o charakterze cywilnym oraz odpowiedzialności karnej; a także czy jego skład może podlegać kontroli. Wszystkie te zagadnienia są ze sobą wzajemnie powiązane i odnoszą się do analizy możliwości zastosowania art. 6 EKPC do sądów konstytucyjnych w kontekście postępowania w sprawie K 6/21.

Struktura ekspertyzy

W rozdziale 2 przedstawiono ogólne ramy prawne istotne z punktu widzenia możliwości zastosowania art. 6 EKPC do sądów konstytucyjnych Państw-Stron. W pierwszej części omówiono kontekst Polski jako Wysokiej Układającej się Strony EKPC; druga część dotyczy podstaw mocy wiążącej Konwencji i wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; w trzeciej części omówiono niedane potwierdzenie tych zobowiązań w Deklaracji Kopenhaskiej z 2018 roku; czwarta część dotyczy znaczenia Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów.

Rozdział 3 prezentuje ogólne rozważania na temat prawa do rzetelnego procesu sądowego, o którym mowa w art. 6 EKPC. W pierwszej części szczegółowo omówiono znaczenie prawa do rzetelnego procesu sądowego; w drugiej wyjaśniono szerokie pojęcie „sądu” lub „trybunału”

¹ Skarga nr 4907/18.

² Na podstawie art. 44 EKPC.

w rozumieniu art. 6 EKPC; trzecia część omawia szczegółowo zastosowanie tego szerokiego pojęcia do sądów konstytucyjnych; w czwartej części opisano obowiązek odwołania do sądu lub trybunału konstytucyjnego w kontekście wymogu wyczerpania środków odwoławczych.

W rozdziale 4 rozważono zastosowanie art. 6 EKPC do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym. Pierwsza część dotyczy objęcia szerokim pojęciem „sądu” lub „trybunału” Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Xero Flor*; w drugiej omówiono włączenie procesu powoływania sędziów do wymogów prawa do „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu art. 6 EKPC; w części trzeciej rozważono czy wymogi art. 6 EKPC mają zastosowanie do wszystkich rodzajów postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Rozdział 5 zawiera konkluzje ekspertyzy i podsumowuje nasz pogląd na możliwość zastosowania art. 6 EKPC do sądów konstytucyjnych.

2. Ramy prawne

Polska jako Wysoka Układająca się Strona Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Rzeczpospolita Polska przystąpiła do Rady Europy, poprzez ratyfikację jej Statutu, 26 listopada 1991 roku. W ten sposób zaakceptowała, zgodnie z art. 3 Statutu, zasady rządów prawa oraz korzystania przez wszystkie osoby znajdujące się pod jej jurysdykcją z praw człowieka i podstawowych wolności, a także zobowiązała się do szczerej i skutecznej współpracy w realizacji celów Rady Europy. Omawiając wniosek Polski o członkostwo w Radzie Europy, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wyraziło pozytywną opinię, zauważając m.in., że nowelizacja konstytucji z 7 kwietnia 1989 roku „utorowała drogę dla szeregu reform, które [...] usuwają przeszkody uniemożliwiające Polsce przystąpienie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”³. Oczywiście polska konstytucja zmieniała się od tego czasu, jednak warto zauważyć, że Zgromadzenie Parlamentarne oparło swoją zgodę na przystąpienie Polski do Rady Europy na założeniu, że nie występuje już sprzeczność między EKPC a konstytucją. Jakiegokolwiek późniejsze zmiany w prawie krajowym nie mogły wpłynąć na tę ocenę.

Rzeczywiście, 26 listopada 1991 roku Polska podpisała Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – zwaną powszechnie jako Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej jako EKPC lub Konwencja). 19 stycznia 1993 roku Polskę ratyfikowała Konwencję, w rezultacie czego w tym dniu Konwencja weszła w życie w stosunku do Polski⁴. Jak zauważył Europejski Trybunał Praw Człowieka: „[...] ratyfikacja Konwencji przez państwo zakłada, że wszelkie prawo obowiązujące w tym momencie na jego terytorium powinno być zgodne z Konwencją. Gdyby tak nie było, dane państwo ma możliwość złożenia zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych przepisów Konwencji (lub Protokołów), których nie jest w stanie przestrzegać z powodu dalszego obowiązywania swojego prawa”⁵. Polska nie dokonała żadnych zastrzeżeń. Ponadto, na żadnym etapie procesu zmierzającego do ratyfikacji Konwencji przez Polskę, nie zidentyfikowano, a nawet nie podnoszono kwestii potencjalnej sprzeczności między Konwencją a polską konstytucją.

Konwencja oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka

Zgodnie z art. 1 EKPC: „Wysokie Układające się Strony zapewniają każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w Rozdziale I niniejszej Konwencji”. W celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań Wysokich Umawiających się

³ PACE, *Report „Poland's application for membership of the Council of Europe”*, dokument nr 6289, 19 sierpnia 1990 r., pkt 7. Zob. również Opinię nr 154 z 2 października 1990 r.

⁴ W kolejnych latach Polska ratyfikowała także wszystkie protokoły do Konwencji, z wyjątkiem Protokołu 12 i 16.

⁵ Decyzja ETPC z 23 stycznia 2002, *Silvenko i inni przeciwko Łotwie* (skarga nr 48321/99), pkt 60.

Stron, art. 19 Konwencji przewiduje ustanowienie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Właściwość Trybunału, jak wynika z art. 32 EKPC, rozciąga się na wszystkie sprawy dotyczące interpretacji i stosowania Konwencji.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 Konwencji, Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami. Tym samym, z chwilą ratyfikacji Konwencji, państwo przyjmuje na siebie bezwarunkowy obowiązek przestrzegania ostatecznych wyroków Trybunału w Strasburgu, a więc stosowania standardów konwencyjnych zgodnie z wykładnią Trybunału.

„Ostateczne wyroki” zdefiniowane są w art. 44 EKPC; należą do nich wyroki Wielkiej Izby, a także wyroki Izby, o ile w ciągu trzech miesięcy nie złożono wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby, względnie gdy taki wniosek został odrzucony. Możliwość złożenia wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby, po wydaniu wyroku przez Izbę, reguluje art. 43 EKPC. Procedura ta umożliwia każdej ze stron postępowania podniesienie, że w sprawie w grę wchodzi „poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji lub jej Protokołów lub istotna kwestia o znaczeniu ogólnym” (ust. 2). Jeśli taki wniosek zyska akceptację, wyrok Izby zostaje uchylony w celu zastąpienia go nowym, ostatecznym, wyrokiem Wielkiej Izby⁶. Oczywiście zdarzają się sytuacje, w których strona postępowania – skarżący lub pozwany rząd – zdecydowanie nie zgadza się z ustaleniami Izby. Procedura przekazania z art. 43 jest przeznaczona właśnie dla takich sytuacji. Jeśli jednak strona nie skorzysta z prawa do złożenia wniosku o przekazanie sprawy, należy przyjąć, że akceptuje ona wyrok Izby, który w związku z tym staje się „ostateczny” i wiążący. Każda inna konkluzja podważałaby zasadę pewności prawa i w istocie sam system ustanowiony w celu zbiorowego egzekwowania zobowiązań podjętych przez Wysokie Umawiające się Strony.

Wykonywanie wyroków nadzorowane jest przez Komitet Ministrów. W ramach procesu monitoringu przez Komitet Ministrów, pozwane państwo zachowuje swobodę wyboru środków, za pomocą których wywiąże się ze swoich zobowiązań określonych w art. 46, o ile środki te są zgodne z wnioskami zawartymi w wyroku Trybunału⁷. W swoim orzecznictwie Trybunał podkreślał znaczenie skutecznego wykonywania jego wyroków w dobrej wierze oraz w sposób zgodny z „wnioskami i duchem” tych wyroków⁸. Jeśli Komitet Ministrów uzna, że państwo odmawia podporządkowania się ostatecznemu wyrokowi w sprawie, w której jest stroną, może skorzystać z postępowania przeciwnaruszeniowego (art. 46 ust. 4 EKPC).

Deklaracja Kopenhaska (2018)

Na przestrzeni lat państwa Rady Europy organizowały szereg konferencji wysokiego szczebla w celu przeglądu skuteczności systemu przewidzianego przez Konwencję. Ostatnia z takich konferencji miała miejsce w Kopenhadze w 2018 roku. W deklaracji, która została przyjęta przy tej okazji, państwa członkowskie „potwierdziły swoje głębokie i trwałe zobowiązanie do przestrzegania konwencji” (pkt 1). Zauważyły, że obecnie Konwencja włączona jest do krajowych porządków prawnych Państw-Stron (pkt 8) i podkreśliły „odpowiedzialność organów krajowych za zagwarantowanie praw i wolności określonych w Konwencji” (pkt 9). W związku z tym, w deklaracji wezwano Państwa-Strony do „dalszego wzmacniania wdrażania Konwencji na poziomie krajowym [...] w szczególności poprzez [...] tworzenie i ulepszanie krajowych środków odwoławczych” (pkt 16). Jeśli chodzi o rolę Trybunału, w deklaracji stwierdzono, że:

⁶ Wyrok ETPC z 12 lipca 2001 r., *K i T przeciwko Finlandii* (skarga nr 25702/94), pkt 140.

⁷ Wyroki ETPC: z 29 maja 2019, *Ilgar Mammadov przeciwko Azerbejdżanowi (postępowanie przeciwnaruszeniowe)* (skarga nr 15172/13), pkt 147–156; z 22 czerwca 2004 r., *Broniowski przeciwko Polsce* (skarga nr 31443/96), pkt 192.

⁸ Wyrok ETPC z 11 października 2011 r., *Emre przeciwko Szwajcarii (nr 2)* (skarga nr 5056/10), pkt 75.

26. Trybunał [...] wiążąco interpretuje Konwencję zgodnie z odpowiednimi normami i zasadami międzynarodowego prawa publicznego, a w szczególności w świetle Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, uwzględniając odpowiednio współczesne uwarunkowania.

W ten sposób rola Trybunału w zakresie wiążącej wykładni Konwencji, określona w art. 32 EKPC, została ponownie uznana na najwyższym politycznym szczeblu.

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów z 23 maja 1969, do której odwołuje się Deklaracja Kopenhaska, została po raz pierwszy przywołana przez Trybunał w 1975 roku. Zawarte w niej reguły interpretacji stanowiły dla Trybunału wskazówkę do wykładni art. 6 EKPC sprawie *Golder*⁹. Konwencja wiedeńska – do której Rzeczpospolita Polska przystąpiła 2 lipca 1990 roku – zawiera również kilka postanowień istotnych z punktu widzenia niniejszej ekspertyzy:

Preambuła, paragraf trzeci

*Stwierdzając, że zasady dobrowolnej zgody i dobrej wiary oraz *pacta sunt servanda* są powszechnie uznane,*

Artykuł 26: *Pacta sunt servanda*

Każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być wykonywany w dobrej wierze.

Artykuł 27: Prawo wewnętrzne a przestrzeganie traktatów

Strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu.

Wykonywanie zobowiązań międzynarodowych wynikających z traktatu wiążącego dane państwo spoczywa na państwie jako całości, tj. na wszystkich jego organach. W istocie, zgodnie z ugruntowanymi zasadami prawa międzynarodowego dotyczącymi odpowiedzialności państwa, wszystkie organy państwowe mogą naruszyć prawo międzynarodowe¹⁰. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu, zgodnie z którym nie rozróżnia się rodzaju danego przepisu lub środka; żadna część „jurysdykcji” państw członkowskich nie jest wyłączona spod kontroli na podstawie Konwencji. „To zatem w odniesieniu do ich »jurysdykcji« jako całości – która zazwyczaj wykonywana jest w pierwszej kolejności przez konstytucję – od Państw-Stron wymaga się działania zgodnie z Konwencją”¹¹.

3. Prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC): uwagi ogólne

Znaczenie prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC)

Prawo do rzetelnego procesu sądowego, wyrażone w art. 6 EKPC, zajmuje ważne miejsce w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jest ono istotne w sensie ilościowym, gdyż jest powoływane najczęściej przed Trybunałem w Strasburgu; znacznie ponad 25 proc. naruszeń stwierdzonych przez Trybunał dotyczy art. 6. Prawo do rzetelnego

⁹ Wyrok ETPC z 21 lutego 1975 r., *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 4451/70), pkt 29 i nast.

¹⁰ *Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts* (ARSIWA, 2001), art. 4: „Działanie każdego organu państwa uważa się za działanie tego państwa w świetle prawa międzynarodowego, niezależnie od tego, czy organ ten pełni funkcje ustawodawcze, wykonawcze, sądownicze czy jakiegokolwiek inne [...]”.

¹¹ Wyrok ETPC z 30 stycznia 1998 r., *Zjednoczona Komunistyczna Partia Turcji i inni przeciwko Turcji* (skarga nr 19392/92), pkt 29.

procesu sądowego jest także ważne z punktu widzenia jego znaczenia zarówno dla jednostki, jak i całego społeczeństwa. Jest ono jednym z podstawowych elementów składających się na rządy prawa, których akceptacja, jak już wskazano, jest jednym z warunków członkostwa w Radzie Europy¹². Trybunał zawsze uznawał, że w społeczeństwie demokratycznym „fundamentalne znaczenia ma to, aby sądy cieszyły się zaufaniem publicznym”¹³. Prawie 40 lat temu, w 1982 roku, Trybunał zauważył, że „sądy, aby mogły wzbudzać niezbędne zaufanie w społeczeństwie, należy również wziąć pod uwagę kwestię ich wewnętrznej organizacji”¹⁴. Mając na względzie znaczenie prawa do rzetelnego procesu, Trybunał wielokrotnie podkreślał, że „artykuł 6 ust. 1 nakłada na Państwa-Strony obowiązek zorganizowania systemu sądownictwa w taki sposób, aby ich sądy mogły spełniać każdy z jego wymogów”¹⁵.

Gwarancje, które składają się na prawo do rzetelnego procesu sądowego mają zastosowanie we wszystkich sprawach dotyczących sporów (fr. *contestations*) w zakresie praw i obowiązków o charakterze cywilnym lub w przypadku rozstrzygania zarzutów karnych. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, aby art. 6 ust. 1 miał zastosowanie w jego aspekcie cywilnym, musi istnieć „spór” co do „prawa”, o którym można powiedzieć, przynajmniej na podstawie argumentów niepozbawionych podstaw, że jest uznawane w prawie krajowym – niezależnie od tego, czy jest chronione na mocy samej Konwencji. Spór ten musi być rzeczywisty i poważny; może odnosić się nie tylko do faktycznego istnienia prawa, ale także do jego zakresu lub sposobu wykonywania; i wreszcie wynik postępowania musi być bezpośrednio decydujący dla danego prawa – jedynie luźne powiązanie lub odległe konsekwencje nie będą wystarczające do zastosowania art. 6 ust. 1¹⁶. Należy podkreślić, że niektóre kluczowe pojęcia, takie jak „prawa i obowiązki o charakterze cywilnym”, „oskarżenie w sprawie karnej” mają autonomiczne znaczenie, tzn. rozumiane są odrębnie na gruncie EKPC, którą ostatecznie i wiążąco interpretuje Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁷.

Szeroka definicja „sądu” lub „trybunału” w rozumieniu art. 6 EKPC

Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału, sięgającym lat osiemdziesiątych, pojęcie „sądu” ma charakter autonomiczny – to czy dany organ jest „sądem” w rozumieniu art. 6 EKPC nie zależy od jego klasyfikacji w prawie krajowym. Przeciwnie, na gruncie art. 6 EKPC, pojęcie „sądu” ma znaczenie materialne, które związane jest z wykonywaniem przez organ funkcji sądowej, tzn. rozstrzyganiem spraw w ramach przyznanych prawem kompetencji i po przeprowadzeniu postępowania w określony sposób¹⁸. Podejście to oznacza, że „sąd”, w autonomicznym rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, obejmuje szereg organów wykonujących funkcje sądowe. Stąd wymogi art. 6 EKPC, odnoszące się np. do bezstronności, mają zastosowanie także do ławników¹⁹. W podobnym duchu Trybunał uznał, że prawo dostępu do sądu, wynikające z art. 6 EKPC, niekoniecznie musi być rozumiane jako dostęp do sądu w jego klasycznym rozumieniu, tj. organu włączonego w standardowy system sądowniczy danego państwa. „Sądem” może być zatem organ powołany do rozstrzygania ograniczonej

¹² Zob. również Komisja Wenecka, *Rule of Law checklist*, CDL-AD(2016)007rev, 2016, s. 20–28.

¹³ Zob. np. wydane przez lata wyroki ETPC: z 24 maja 1989 r., *Hauschildt przeciwko Danii* (skarga nr 10486/83), pkt 48; z 26 lutego 1993 r., *Padovani przeciwko Włochom* (skarga nr 13396/87), pkt 27; z 3 lipca 2012 r., *Mariusz Lewandowski przeciwko Polsce* (skarga nr 66484/09), pkt 41; z 16 lutego 2021, *Meng przeciwko Niemcom* (skarga nr 1128/17), pkt 42.

¹⁴ Wyrok ETPC z 1 października 1982 r., *Piersack przeciwko Belgii* (skarga nr 8692/79), pkt 30.

¹⁵ Zamiast wielu zob. wyroki ETPC: z 27 lutego 1992, *Tusa przeciwko Włochom* (skarga nr 13299/87), pkt 17; z 30 kwietnia 2020 r., *Keaney przeciwko Irlandii* (skarga nr 72060/17), pkt 87.

¹⁶ Zamiast wielu zob. wyroki ETPC: z 6 kwietnia 2000 r., *Athanassoglou i inni przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 27644/95), pkt 43; z 25 września 2018 r., *Denisov przeciwko Ukrainie* (skarga nr 76639/11), pkt 44.

¹⁷ Zamiast wielu zob. wyrok ETPC z 28 czerwca 1978 r., *König przeciwko Niemcom* (skarga nr 6232/73), pkt 88.

¹⁸ Zob. np. wyroki ETPC: z 22 października 1984 r., *Sramek przeciwko Austrii* (skarga nr 8790/79), pkt 36; z 30 listopada 1987 r., *H. przeciwko Belgii* (skarga nr 8950/80), pkt 50; z 29 kwietnia 1988, *Belilos przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 10328/83), pkt 64.

¹⁹ Zamiast wielu zob. wyroki ETPC: z 10 czerwca 1996 r., *Pullar przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 22399/93), pkt 30; z 9 maja 2000 r., *Sander przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 34129/96), pkt 22.

liczby konkretnych spraw, pod warunkiem, że zawsze spełnia on odpowiednie gwarancje²⁰. Podobnie, przyjęto, że w pewnych okolicznościach także sądy arbitrażowe powinny spełniać wymogi przewidziane w art. 6 ust. 1 Konwencji²¹.

Skład „sądu” lub „trybunału” w rozumieniu art. 6 EKPC

Zgodnie z art. 6 EKPC, „sąd” lub „trybunał” musi spełniać szereg dalszych wymogów. Powinien być ustanowiony na mocy ustawy, co dotyczy także jego składu²²; powinien być niezależny, w szczególności od władzy wykonawczej, i bezstronny; powinny istnieć gwarancje przeciwko naciskom z zewnątrz; uwzględnia się także długość kadencji jego członków²³. W celu zapewnienia, że autonomia sądownictwa nie jest zagrożona przez nieuzasadniony wpływ z zewnątrz lub z wewnątrz, muszą istnieć odpowiednie zabezpieczenia proceduralne. Dlatego też decyzje wpływające na karierę sędziów, takie jak przeniesienie do sądu niższej instancji w drodze postępowania dyscyplinarnego, powinny co do zasady podlegać kontroli sądowej²⁴.

W jednym z ostatnich wyroków Wielka Izba dodała, że nieodłącznym elementem samego pojęcia „sądu” jest to, że w jego składzie zasiadają sędziowie, którzy spełniają wymagania kompetencji technicznych i nieskazitelnosci moralnej do wykonywania funkcji sądowych wymaganych w państwie opartym na praworządności. Trybunał podkreślił ogromne znaczenie rygorów procesu mianowania zwykłych sędziów w celu zapewnienia, by na stanowiska sędziowskie mianowani byli najlepiej wykwalifikowani kandydaci – zarówno pod względem kompetencji technicznych, jak i moralnej nieskazitelnosci. Jak zauważył Trybunał, nie ulega wątpliwości, że im sąd jest wyżej umiejscowiony w hierarchii sądowej, tym bardziej rygorystyczne kryteria wyboru należy stosować. Ponadto oczywiste jest, że sędziowie niezawodowi mogą podlegać innym kryteriom wyboru, szczególnie jeśli chodzi o wymagane kompetencje techniczne. W opinii Trybunału, taki wybór oparty na kompetencjach nie tylko zapewnia zdolność techniczną organu sądowego do sprawowania wymiaru sprawiedliwości jako „sąd”, ale ma również zasadnicze znaczenie dla zapewnienia zaufania publicznego do wymiaru sprawiedliwości i służy jako dodatkowa gwarancja osobistej niezawisłości sędziów²⁵.

Na przestrzeni lat skład sądu był przedmiotem wielu skarg. Przykładowo, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził naruszenie art. 6 EKPC w ponad 100 sprawach dotyczących składów Sądów Bezpieczeństwa Państwowego w Turcji²⁶; uznał, że doszło do naruszenia w odniesieniu do składu sądów wojskowych w Zjednoczonym Królestwie²⁷; stwierdził również

²⁰ Wyrok ETPC z 8 lipca 1986 r., *Lithgow i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 9006/80), pkt 201.

²¹ Wyrok ETPC z 20 maja 2021 r., *Beg S.p.a. przeciwko Włochom* (skarga nr 5312/11), pkt 143.

²² Zob. np. wyrok ETPC z 28 lutego 2002 r., *Lavents przeciwko Łotwie* (skarga nr 58442/00), pkt 114. Warto przytoczyć w całości ten fragment: „Trybunał przypomina, że zgodnie z art. 6 ust. »sąd« musi być zawsze »ustanowiony ustawą«. Wyrażenie to odzwierciedla zasadę rządów prawa, wpisaną w cały system Konwencji i jej Protokołów. W istocie organ, który nie został ustanowiony zgodnie z wolą ustawodawcy, sąd nieustanowiony zgodnie z intencją ustawodawcy będzie w nieunikniony sposób pozbawiony legitymacji wymaganej w społeczeństwie demokratycznym do rozstrzygania spraw jednostek. Wyrażenie »ustanowiony ustawą« odnosi się nie tylko do podstawy prawnej samego istnienia sądu, ale także do składu orzekającego w każdej sprawie [...]. »Ustawa«, o której mowa w tym przepisie, to zatem nie tylko przepisy dotyczące ustanawiania i właściwości organów sądowych, ale także wszelkie inne przepisy prawa krajowego, których nieprzestrzeganie powoduje, że udział jednego lub kilku sędziów w rozpatrywaniu sprawy jest nieprawidłowy. Obejmują one przepisy odnoszące się do przepisów dotyczące niezależności członków sądu, długości ich mandatów oraz bezstronności [...]. Nieprzestrzeganie przez sąd powyższych przepisów będzie w zasadzie oznaczało naruszenie art. 6 ust. 1 [...]. Trybunał jest zatem właściwy do orzekania w tej kwestii o zgodności z przepisami prawa krajowego. Jednakże, biorąc pod uwagę ogólną zasadę, że interpretacja ustawodawstwa krajowego należy przede wszystkim do samych sądów krajowych, Trybunał uważa, że powinien kwestionować ich ocenę jedynie w przypadkach rażącego naruszenia tego ustawodawstwa [...]».

²³ Zob. np. wyrok ETPC z 29 kwietnia 1988, *Belilos przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 10328/83), pkt 64.

²⁴ Wyrok ETPC z 9 marca 2021 r., *Bilgen przeciwko Turcji* (skarga nr 1571/07), pkt 96.

²⁵ Wyrok ETPC z 1 grudnia 2020 r., *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (skarga nr 26374/18), pkt 220–222.

²⁶ Zaczynając od wyroku ETPC z 9 czerwca 1998 r., *Incal przeciwko Turcji* (skarga nr 22678/93), pkt 65–73.

²⁷ Zaczynając od wyroku ETPC z 25 lutego 1997 r., *Findlay przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 22107/93), pkt 70–80.

naruszenia w całej gamie spraw, w których udział jednego lub kilku sędziów w składzie był sprzeczny z prawem krajowym²⁸.

Sądy konstytucyjne jako „sądy” w rozumieniu art. 6 EKPC

Biorąc pod uwagę powyższe, nie jest zaskoczeniem, że także sądy i trybunały konstytucyjne mogą być objęte pojęciem „sądu” w rozumieniu art. 6 EKPC²⁹. Chociaż konkretne funkcje sądów konstytucyjnych różnią się w zależności od państwa, odgrywają one szczególną rolę i cieszą się specjalnym statusem. Z utrwalonego orzecznictwa strasburskiego, sięgającego lat dziewięćdziesiątych, wynika jednak, że wspomniana charakterystyka sądów konstytucyjnych nie jest sama w sobie wystarczająca do niestosowania art. 6 ust. 1 EKPC do postępowań przed tymi organami³⁰.

W istocie, w orzecznictwie można znaleźć wiele przykładów, w których Trybunał w Strasburgu oceniał postępowania przed sądami konstytucyjnymi z punktu widzenia art. 6 EKPC:

- zarówno postępowania wszczęte z inicjatywy jednostek, jak i wnioski sądów składane do niemieckiego *Bundesverfassungsgericht*³¹;
- postępowania przed austriackim *Verfassungsgerichtshof*³²;
- postępowania przed francuską *Conseil constitutionnel*³³;
- skargi konstytucyjne (*staatsrechtliche Beschwerde*) rozpoznawane przez szwajcarski *Bundesgericht*³⁴;
- skargi konstytucyjne (*ústavní stížnost*) rozpoznawane przez czeski *Ústavní soud*³⁵;
- zarówno postępowania, w których sądy mogą kierować pytania w sprawie zgodności z konstytucją (*cuestión de inconstitucionalidad*)³⁶, jak postępowania zainicjowane indywidualną skargą (*amparo*)³⁷ przed hiszpańskim Trybunałem Konstytucyjnym;
- skargi konstytucyjne przed chorwackim *Ustavnom sudu*³⁸.

Nie oznacza to jednak, że nigdy nie kwestionowano możliwości zastosowania art. 6 EKPC do sądów konstytucyjnych. Szczególnie w połowie lat dziewięćdziesiątych Trybunał w Strasburgu zajmował się sprawami, w których niektóre pozwane rządy twierdziły, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania do „ich” sądów konstytucyjnych. Zasadniczo wysuwano dwa argumenty. Pierwszy z nich odnosił się do tego, że sądy konstytucyjne, ze względu na swój charakter, strukturę i właściwość, nie są objęte zakresem zastosowania art. 6 ust. 1 EKPC. Argument ten sam w sobie nigdy nie okazał się skuteczny. W tym względzie znamienne jest podejście Trybunału w sprawie, która dotyczyła słoweńskiego Sądu Konstytucyjnego:

²⁸ Na przykład wyrok ETPC z 30 maja 2013 r., *Zeynalov przeciwko Azerbejdżanowi* (skarga nr 31848/07), pkt 29–32 i cytowane tam orzecznictwo.

²⁹ Takie jest w istocie założenie Komisji Weneckiej, *Rule of Law checklist*, CDL-AD(2016)007rev, 2016, s. 28: „Prawo do rzetelnego procesu sądowego nakłada obowiązek wykonywania orzeczeń wszystkich sądów, w tym tych właściwych w sprawach konstytucyjnych”.

³⁰ Wyrok ETPC z 27 lipca 2000 r., *Klein przeciwko Niemcom* (skarga nr 33379/96), pkt 29.

³¹ Wyroki ETPC: z 16 września 1996 r., *Süssmann przeciwko Niemcom* (skarga nr 20024/92), pkt 34–41; z 1 lipca 1997 r., *Pammel przeciwko Niemcom* (skarga nr 17820/91), pkt 53; decyzje ETPC: z 4 października 2001 r., *Teuschler przeciwko Niemcom* (skarga nr 47636/99); z 12 maja 2009 r., *Greenpeace e.V. przeciwko Niemcom* (skarga nr 18215/06).

³² Wyrok ETPC z 28 maja 1997 r., *Pauger przeciwko Austrii* (skarga nr 16717/90), pkt 47–49.

³³ Wyrok ETPC z 21 października 1997 r., *Pierre-Bloch przeciwko Francji* (skarga nr 24194/94), pkt 48.

³⁴ Wyrok ETPC z 3 marca 2000 r., *Kraska przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 13942/88), pkt 26.

³⁵ Wyroki ETPC: z 3 marca 2000 r., *Krčmář i inni przeciwko Republice Czeskiej* (skarga nr 35376/97), pkt 36; z 21 czerwca 2005 r., *Milátová i inni przeciwko Republice Czeskiej* (skarga nr 61811/00), pkt 36.

³⁶ Wyrok ETPC z 23 czerwca 1993 r., *Ruiz-Mateos przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 12952/87), pkt 35 i 55–60.

³⁷ Wyrok ETPC z 25 listopada 2003 r., *Soto Sanchez przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 66990/01), pkt 35.

³⁸ Decyzja ETPC z 12 października 2010 r., *Jankoović przeciwko Chorwacji* (skarga nr 43440/98), s. 6–7.

36. Trybunał przypomina, że jest w pełni świadomy szczególnej roli i statusu sądu konstytucyjnego, którego zasnaniem jest czuwanie nad przestrzeganiem Konstytucji przez władzę ustawodawczą, wykonawczą i sadowniczą, i który w tych państwach, które przewidziały prawo do indywidualnej skargi, zapewnia obywatelom dodatkową ochronę ich konstytucyjnych praw na poziomie krajowym [...].

37. Trybunał badał kwestię zastosowania art. 6 ust. 1 Konwencji do postępowań przed sądem konstytucyjnym w wielu sprawach i konsekwentnie utrzymywał, że postępowanie przed tym sądem co do zasady nie wykracza poza zakres art. 6 ust. 1 [...].³⁹

Drugi argument przeciwko zastosowaniu art. 6 do sądów konstytucyjnych dotyczy tego, że ani nie rozstrzygają one, w odniesieniu do jednostek, o ich „prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym”, ani o odpowiedzialności karnej. Uzasadnia się to w ten sposób, że rola sądów konstytucyjnych polega raczej na ogólnym zapewnieniu przestrzegania prawa konstytucyjnego, co ma miejsce poprzez kontrolę na poziomie „abstrakcyjnym”. Jeśli argument ten byłby słuszny, to prowadziłoby on do wniosku, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania do postępowań przed tym organem. Trybunał w Strasburgu nie wykluczył możliwości, że artykuł 6 EKPC nie ma zastosowania do niektórych postępowań przed sądami konstytucyjnymi, jednak ocenia ten zasadność tego argumentu indywidualnie w konkretnej sprawie.

W sprawie *Ruiz-Mateos* z 1993 roku, ustawa przewidywała wyłączenie grupy spółek wymienionych w załączniku do niej. Akcjonariusze tych spółek argumentowali, że środek ten miał charakter konkretny i szczególny, pomimo że jego źródłem była ustawa. Skarżący podkreślali, że nie mogliby kwestionować wyłączenia w sądach cywilnych, chyba że ustawa została uznana za nieważną, zaś rozstrzygnąć o tym mógł jedynie Sąd Konstytucyjny po przekazaniu mu zagadnienia przez sąd powszechny. W tej konkretnej sytuacji Trybunał w Strasburgu zauważył, że stwierdzenie przez Sąd Konstytucyjny nieważności zaskarżonych przepisów doprowadziłoby sądy cywilne do uwzględnienia roszczeń skarżących. W tej sprawie zarówno postępowanie cywilne, jak i przed Sądem Konstytucyjnym wydawały się ze sobą na tyle powiązane, że rozpatrywanie ich oddzielnie byłoby sztuczne i znacznie osłabiłoby ochronę praw skarżących. Trybunał zauważył, że podnosząc kwestie zgodności z konstytucją, skarżący korzystali z jedynej, i pośredniego, dostępnego im środka zaskarżenia ingerencji w prawo własności. W związku z tym art. 6 znalazł zastosowanie⁴⁰.

Trzy lata później, w sprawie *Süssmann* z 1996 roku, wnioskodawca zaskarżył obniżenie dodatkowej emerytury. W trakcie postępowania w Niemczech złożył skargę do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*) dotyczącą niektórych zmian w regulaminie funduszu emerytalnego. W Strasburgu argumentował, że Federalny Trybunał Konstytucyjny nie rozpatrzył jego sprawy w rozsądnym terminie. Rząd niemiecki podnosił, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania do tego postępowania. Istniejąca wówczas Europejska Komisja Praw Człowieka była innego zdania – uznała, że jeśli w państwie utworzono sąd konstytucyjny, państwo to ma obowiązek zapewnienia stronom postępowania przed tym organem podstawowych gwarancji określonych w art. 6. Trybunał orzekł, że odpowiednim testem, jaki ma zastosowanie w tym przypadku jest to „czy rezultat postępowania przed sądem konstytucyjnym może mieć wpływ na wynik sporu przed sądami powszechnymi”. Trybunał uznał następnie, że:

³⁹ Wyrok ETPC z 12 czerwca 2001 r., *Tričković przeciwko Słowenii* (skarga nr 39914/98), pkt 36–37.

⁴⁰ Wyrok ETPC z 23 czerwca 1993 r., *Ruiz-Mateos przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 12952/87), pkt 35 i 55–60.

42. Spór o wysokość emerytury skarżącego miał charakter majątkowy i bezspornie dotyczył prawa o charakterze cywilnym w rozumieniu art. 6 [...] Jedyną drogą, na której pan Süßmann mógł dochodzić dalszego rozstrzygnięcia tego sporu, była skarga, w której podnosił naruszenie konstytucyjnego prawa do własności. Postępowanie przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym dotyczyło więc sporu o prawo o charakterze cywilnym.

[...] W niniejszej sprawie, gdyby Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał, że zmiany w systemie dodatkowych świadczeń emerytalnych dla członków służby cywilnej naruszyły konstytucyjne prawo do własności i uchylił zaskarżone decyzje, prawa pana Süßmanna zostałyby przywrócone. W ten sposób otrzymałby pełną kwotę początkowej emerytury dodatkowej.

44. Postępowanie przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym było zatem bezpośrednio rozstrzygające dla sporu dotyczącego prawa skarżącego o charakterze cywilnym⁴¹.

Trybunał uznał zatem, że art. 6 ust. 1 miał zastosowanie w tym postępowaniu. To samo podejście zastosowano w późniejszych sprawach, np. w 2001 roku w odniesieniu do postępowania przed Sądem Konstytucyjnym Słowenii:

39. Trybunał zauważa, że zaskarżone postępowanie dotyczyło wniosku skarżącego o zaliczkę na poczet emerytury wojskowej. Trybunał powtarza, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem miarodajnym testem przy ustalaniu czy postępowanie wchodzi w zakres art. 6 ust. 1, nawet jeśli ma miejsce przed sądem konstytucyjnym, jest to, czy jego wynik ma decydujące znaczenie dla określenia praw i obowiązków o charakterze cywilnym dla skarżącego⁴².

Jest zatem oczywiste, że sam fakt, iż postępowanie toczyło się przed sądem konstytucyjnym nie wystarcza do wyłączenia go z zakresu zastosowania art. 6 ust. 1. Istotne jest to, czy jego wynik ma „decydujące znaczenie” dla „praw i obowiązków o charakterze cywilnym” lub „może mieć wpływ na wynik sporu przed sądami powszechnymi”.

Obowiązek odwołania do sądu lub trybunału konstytucyjnego w kontekście wymogu wyczerpania krajowych środków zaskarżenia

W związku z powyższym zrozumiałe jest, że rządy argumentowały, iż jednostki powinny kierować skargi do krajowego sądu konstytucyjnego, aby spełnić wymóg wyczerpania krajowych środków zaskarżenia (art. 35 ust. 1 EKPC). Zarzut ten podnoszony był przez rządy Turcji⁴³, Albanii⁴⁴, Niemiec⁴⁵ (także w 2021 roku)⁴⁶, a także, i to stosunkowo często, przez Polskę⁴⁷. Zasadność tego zarzutu zależy od dostępności i skuteczności środków odwoławczych w danej sprawie.

⁴¹ Wyrok EKPC z 16 września 1996 r., *Süssmann przeciwko Niemcom* (skarga nr 20024/92), pkt 42–44.

⁴² Wyrok ETPC z 12 czerwca 2001 r., *Tričković przeciwko Słowenii* (skarga nr 39914/98), pkt 36–39.

⁴³ Zob. np. decyzja ETPC z 29 stycznia 2019 r., *Elçi przeciwko Turcji* (skarga nr 63129/15), pkt 39–56.

⁴⁴ Zob. np. decyzja ETPC z 1 grudnia 2009 r., *Jakupi przeciwko Albanii* (skarga nr 11186/03).

⁴⁵ Zob. np. wyrok ETPC z 22 marca 2012 r., *Osternmünchner przeciwko Niemcom* (skarga nr 36035/04), pkt 51.

⁴⁶ Decyzja ETPC z 7 września 2021 r., *Köhler przeciwko Niemcom* (skarga nr 3443/18).

⁴⁷ Decyzje ETPC: z 11 czerwca 2002 r., *Paśławski przeciwko Polsce* (skarga nr 38678/97) („Rząd stwierdził ponadto, że skarga konstytucyjna była »najwłaściwszym« środkiem odwoławczym w niniejszej sprawie. Została ona wprowadzona do prawa krajowego 17 października 1997 roku, gdy weszła w życie nowa konstytucja. Rząd podkreślił, że jeśli skarżący był niezadowolony z wyniku postępowania przed sądami cywilnymi, mógł złożyć skargę do Trybunału Konstytucyjnego. Gdyby wygrał sprawę, Trybunał Konstytucyjny mógłby unieważnić zaskarżone przepisy, które naruszały prawa skarżącego przyznane w Konwencji, a on sam mógłby złożyć wniosek

4. Zastosowanie art. 6 EKPC do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym

Wyrok w sprawie *Xero Flor* i szeroka definicja sądu lub trybunału

W wyroku w sprawie *Xero Flor*⁴⁸, Europejski Trybunał Praw Człowieka powtórzył, a w konsekwencji zastosował do Trybunału Konstytucyjnego swoją utrwaloną, szeroką definicję „sądu” lub „trybunału” w rozumieniu art. 6 EKPC. Rząd polski nie wystąpił o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby. Należy to oceniać jako wyraz akceptacji tego wyroku, niezależnie od jakiegokolwiek politycznej krytyki jego następstw.

191. Trybunał przypomina, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w tej kwestii, odpowiednim kryterium do ustalenia, czy postępowanie objęte jest zakresem art. 6 ust. 1 Konwencji, nawet jeśli jest prowadzone przed sądem konstytucyjnym, jest odpowiedź na pytanie, czy jego wynik ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym skarżącego [...] ⁴⁹.

194. Trybunał przyjmuje do wiadomości argumenty Rządu dotyczące statusu i kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Prawdą jest, że zgodnie z Konstytucją Trybunał Konstytucyjny nie sprawuje wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie Konstytucja definiuje Trybunał Konstytucyjny jako organ sądowy, którego głównym zadaniem jest kontrola zgodności prawa z Konstytucją. Jego sędziowie są niezawisli w sprawowaniu swojego urzędu (zob. art. 195 ust. 1 Konstytucji). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, „sąd” (*tribunal*) w materialnym znaczeniu tego terminu charakteryzuje jego funkcja sądowa, to znaczy rozstrzyganie spraw należących do jego właściwości na podstawie przepisów prawa, po postępowaniu prowadzonym w przepisany sposób. Musi również spełniać szereg dalszych wymagań, takich jak „niezależność, w szczególności od władzy wykonawczej; bezstronność; czas trwania kadencji jego członków” [...]. Trybunał nie ma wątpliwości, że Trybunał Konstytucyjny powinien być traktowany jako „sąd” (*tribunal*) w autonomicznym znaczeniu art. 6 ust. 1⁵⁰.

Trybunał przedstawił argumenty polskiego rządu, które Prokurator Generalny stara się obecnie podnieść w dwóch pierwszych zarzutach swojego wniosku do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/21:

Konstytucja celowo rozróżnia sądy i trybunały (por. art. 10 ust. 2 i art. 173) oraz przyznaje im odrębne funkcje i kompetencje. W Konstytucji użyto odrębnego nazewnictwa w odniesieniu do tych organów, zaś w rozdziale VIII, zatytułowanym „Sądy i trybunały”, znalazły się przepisy wspólne dla obu grup (art. 173–174), a także przepisy szczególne dla sądów (art. 175–185), dla Trybunału Konstytucyjnego (art. 188–197) oraz dla Trybunału Stanu (art. 198–201)⁵¹.

o wznowienie postępowania na podstawie art. 401 Kodeksu postępowania cywilnego. Sądy cywilne mogłyby wówczas przyznać mu odszkodowanie, gdyż zaskarżone przepisy już by nie obowiązywały.”). W orzecznictwie Trybunału można znaleźć wiele podobnych argumentów podnoszonych przez polski rząd, zob. decyzje ETPC: z 9 października 2003 r., *Szott-Medyńska przeciwko Polsce* (skarga nr 47414/99); z 8 listopada 2005 r., *Pachla przeciwko Polsce* (skarga nr 8812/02); z 17 stycznia 2006 r., *Wiącek przeciwko Polsce* (skarga nr 19795/02); z 21 listopada 2006 r., *Tereba przeciwko Polsce* (skarga nr 30263/04); z 15 stycznia 2008 r., *Łaszkiewicz przeciwko Polsce* (skarga nr 28481/03), pkt 68; z 16 marca 2010 r., *Liss przeciwko Polsce* (skarga nr 14337/02); z 7 września 2010 r., *Urban przeciwko Polsce* (skarga nr 29690/06); z 7 października 2014 r., *Hösl-Daum i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 10613/07), pkt 42.

⁴⁸ Wyrok ETPC z 7 maja 2021 r., *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga nr 4907/18).

⁴⁹ *Ibid.*, pkt 191 (pominięto odesłania).

⁵⁰ *Ibid.*, pkt 194 (pominięto odesłania).

⁵¹ *Ibid.*, pkt 178.

Jednakże, jak już zauważono, Trybunał w Strasburgu już w latach osiemdziesiątych przyjął podejście materialne, czy też funkcjonalne, zgodnie z którym o tym, czy dany organ kwalifikuje się jako podlegający wymogom prawa do rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1 EKPC, nie decyduje stosowane nazewnictwo. Co istotne, ETPC nie uznaje również rozdziału między „rozstrzygnianiem o prawach lub obowiązkach o charakterze cywilnym” – co polski rząd określał w sprawie *Xero Flor* jako „sprawowanie wymiaru sprawiedliwości” – a rolą sądu konstytucyjnego polegającą na orzekaniu o „hierarchicznej zgodności przepisów i aktów normatywnych określonych w Konstytucji RP”. Uznaje się bowiem, że także wykonywanie tej drugiej funkcji może być niezbędne dla zapewnienia realizacji tej pierwszej przy rozstrzygnięciu o prawach jednostek o charakterze cywilnym:

Na wstępie Trybunał zauważa, że zgodnie z prawem polskim wniesienie skargi konstytucyjnej jest dopuszczalne w celu zakwestionowania zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach jednostki albo o jej obowiązkach określonych w Konstytucji (zob. art. 79 Konstytucji). Zauważa też, że art. 79 Konstytucji regulujący prawo do skargi konstytucyjnej znajduje się w podrozdziale „Środki ochrony wolności i praw” rozdziału II Konstytucji zatytułowanego „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, co sugeruje, że ma on służyć jako środek prawny przeciwko naruszeniom konstytucyjnych praw i wolności. Ponadto jest to środek prawny powiązany z konkretną decyzją sądową lub administracyjną, której podstawa prawna rzekomo naruszyła owe prawa i wolności⁵².

W konkretnym stanie faktycznym w sprawie *Xero Flor*, w której zarzucono, że określenie wysokości odszkodowania w formie rozporządzenia narusza wymóg ustawowej regulacji ograniczeń konstytucyjnego prawa do własności (art. 64 ust. 3 Konstytucji RP), ETPC uznał, że spełniona została przesłanka warunkująca możliwość zastosowania art. 6 EKPC (tj. rozstrzygnięcie jest decydujące dla praw i obowiązków o charakterze cywilnym). Bazując na utrwalonym orzecznictwie, przedstawionym wyżej, Trybunał uznał, że:

Mając na uwadze powyższe, Trybunał stwierdza, że podnoszona kwestia zgodności powołanych przepisów z Konstytucją była nierozdzielnie związana z roszczeniem skarżącej spółki, a zatem miała znaczenie dla rozstrzygnięcia o jej prawach o charakterze cywilnym⁵³.

[...] Rząd nie wykazał, iż orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność powołanego przepisu [art. 5 rozporządzenia] nie wpłynęłoby na prawo skarżącej spółki do odszkodowania⁵⁴.

Mając na uwadze powyższe, Trybunał stwierdza, że postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym miało charakter bezpośrednio decydujący dla prawa cywilnego dochodzonego przez skarżącą spółkę. W związku z tym Trybunał stwierdza, że w niniejszej sprawie art. 6 ust. 1 miał zastosowanie do postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym⁵⁵.

W sprawie *Xero Flor*, Europejski Trybunał Praw Człowieka – stosując swoje orzecznictwo dotyczące art. 6 EKPC i sądów konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego – doszedł do konkluzji, że organ ten jest objęty wymogiem przestrzegania prawa do rzetelnego procesu sądowego, kiedy orzeka o konstytucyjności przepisów, które mogą mieć bezpośredni wpływ

⁵² *Ibid.*, pkt 196.

⁵³ *Ibid.*, pkt 203.

⁵⁴ *Ibid.*, pkt 207.

⁵⁵ *Ibid.*, pkt 209.

na prawa i obowiązki o charakterze cywilnym skarżących. Wniosek, jaki należy wyciągnąć z tego wyroku dla postępowania w sprawie K 6/21 jest taki, że Trybunał Konstytucyjny musi być *prima facie* uznany za „sąd” dla celów art. 6 EKPC, biorąc pod uwagę jego definicję, charakter i funkcje określone w Konstytucji RP.

Rozważania na temat powołań sędziów w sprawie *Xero Flor*

Po ustaleniu, że Trybunał Konstytucyjny spełnia definicję „sądu” z art. 6 EKPC, Europejski Trybunał Praw Człowieka rozważył czy doszło do naruszenia wymogu „ustanowienia ustawą” w związku z procesem powoływania członków Trybunału Konstytucyjnego. Dla ustalenia tej kwestii, Trybunał w Strasburgu zastosował trójstopniowy test – ustanowiony we wcześniejszym orzecznictwie⁵⁶ – na który składają się następujące elementy: (1) czy naruszenie prawa krajowego miało charakter oczywisty; (2) jeśli tak, to naruszenie to musi być oceniane w świetle przedmiotu i celu, jakim jest zapewnienie zdolności wykonywania swoich zadań przez sądy bez nadmiernej ingerencji; oraz (3) jak skuteczna była kontrola przez sądy krajowe konsekwencji prawnych naruszeń przepisów dotyczących powoływania sędziów, o ile taka kontrola miała miejsce⁵⁷?

Stosując pierwszy element testu do Trybunału Konstytucyjnego, ETPC uznał, że doszło do rażącego naruszenia polskich przepisów dotyczących nominacji sędziowskich:

268. [...] Trybunał stwierdza, że wybór trzech sędziów, w tym sędziego M.M., do Trybunału Konstytucyjnego w dniu 2 grudnia 2015 r. nastąpił z naruszeniem art. 194 ust. 1 Konstytucji, czyli zasady, zgodnie z którą sędzia powinien być wybrany przez Sejm, w którego kadencji przypada dzień wystąpienia wakatu na stanowisku sędziowskim⁵⁸.

Trybunał w Strasburgu oparł swoje rozważania na wyrokach Trybunału Konstytucyjnego dotyczących procedury powoływania jego sędziów. ETPC uznał, że skutkiem wyroków TK z 2015 i 2016 roku nie było jedynie formalne stwierdzenie niezgodności przepisów z Konstytucją RP, ale także uznanie na gruncie faktów, że powołania trzech sędziów, którzy nie zostali dopuszczeni do orzekania, były ważne, a w konsekwencji nieważne był kolejne powołania.

260. [...] Trybunał stwierdza, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 grudnia 2015 r. (sygn. K 34/15) miał kluczowe znaczenie dla określenia zasad prawnych mających zastosowanie do sporu wokół wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego.

267. W tym kontekście Trybunał przywiązuje szczególną wagę do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 sierpnia 2016 r. (sygn. K 39/16). W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ustawowa zasada nakazująca Prezesowi Trybunału Konstytucyjnego dopuszczenie do składu orzekającego trzech sędziów wybranych w dniu 2 grudnia 2015 r. byłaby równoznaczna z działaniem sprzecznym z wcześniejszymi wyrokami Trybunału [...]. W ten sposób Trybunał Konstytucyjny wyraźnie wskazał – wbrew temu, co twierdził Rząd – że skutkiem orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego było uznanie ważności wyboru trzech sędziów w dniu 8 października 2015 r.

⁵⁶ Test ten został ustanowiony w wyroku ETPC z 1 grudnia 2020 r., *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (skarga nr 26374/18), pkt 243.

⁵⁷ Wyrok ETPC z 7 maja 2021 r., *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga nr 4907/18), pkt 249–251.

⁵⁸ *Ibid.*, pkt 268.

Należy zauważyć, że ETPC przyznał także, że ustawa z 25 czerwca 2025 roku, przyjęta przez Sejm VII kadencji, która umożliwiła wybór dwóch sędziów, których kadencja upłynęła już po wyborach parlamentarnych, była niekonstytucyjna.

264. [Trybunał Konstytucyjny] [s]twierdził też, że podstawa prawna wyboru pozostałych dwóch sędziów w dniu 8 października 2015 r. była niezgodna z Konstytucją, gdyż zezwoliła ustępującemu Sejmowi na obsadzenie miejsc zwalnianych już po wygaśnięciu kadencji tego Sejmu. Stwierdzenie to zostało oparte na zasadzie wynikającej z art. 194 ust. 1 Konstytucji, że sędziego Trybunału Konstytucyjnego wybiera Sejm tej kadencji, w trakcie której przypada data wystąpienia wakatu na danym stanowisku sędziowskim. Trybunał zauważa w związku z tym, że Sejm VII kadencji przekroczył swoje uprawnienia przy wyborze dwóch sędziów na stanowiska zwalniane w grudniu 2015 r. [...].

Można zatem przyjąć, że gdyby doszło do sytuacji przeciwnej, w której wszystkich pięciu sędziów wybranych przez Sejm VII kadencji objęłoby swoje mandaty, to taki skład Trybunału Konstytucyjnego nie spełniłby o najmniej pierwszego elementu omawianego testu *Ástráðsson*.

Następnie, ETPC stwierdził, że drugi etap testu związany z przeciwdziałaniem nadmiernemu wpływowi [na sąd] także został spełniony za sprawą sposobu, w jaki doszło do powołania sędziów.

279. Trybunał zauważa, że wybór trzech sędziów w dniu 2 grudnia 2015 r. oraz ich zaprzysiężenie miały miejsce tuż przed wydaniem przez Trybunał Konstytucyjny wyroku w sprawie o sygn. K 34/15. Jego zdaniem przyspieszone działania Sejmu VIII kadencji i Prezydenta RP, którzy byli świadomi nieuniknionego wydania orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny, budzą wątpliwości jako nieprawidłowa ingerencja tych organów w proces wyboru sędziów konstytucyjnych⁵⁹.

281. Trybunał uważa, że nieprzestrzeganie przez organy ustawodawcze i wykonawcze odpowiednich orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dotyczących ważności wyboru sędziów sądu podważyło cel wymogu „ustanowionego ustawą” polegający na ochronie sądownictwa przed bezprawnymi wpływami zewnętrznymi. [...]⁶⁰.

Wreszcie, Trybunał uznał, że także trzeci etap testu – dotyczący tego, czy kwestia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” została skutecznie zbadana przez sądy krajowe, i czy zapewniono środki odwoławcze – został spełniony z uwagi na to, że „w prawie polskim nie istniała żadna procedura, zgodnie z którą skarżąca spółka mogłaby kwestionować zarzucane uchyczenia w procesie wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego [...]. Nie zapewniono zatem żadnych środków odwoławczych”⁶¹. ETPC stwierdził zatem, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, ponieważ:

skarżącej spółce odmówiono prawa do „sądu ustanowionego ustawą” z powodu udziału w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym sędziego M.M., którego wybór dotknięty był poważnymi nieprawidłowościami naruszającymi istotę tego prawa⁶².

Ocena powołań sędziowskich w kontekście ustalenia, czy prawo do rzetelnego procesu sądowego z art. 6 EKPC zostało naruszone, jest kluczowym elementem badania czy sąd

⁵⁹ *Ibid.*, pkt 279.

⁶⁰ *Ibid.*, pkt 281.

⁶¹ *Ibid.*, pkt 288.

⁶² *Ibid.*, pkt 290.

został „ustanowiony ustawą”⁶³. Ta część orzeczenia w sprawie *Xero Flor* nie stanowiła nowości – wcześniej w sprawie *Ástráðsson* Wielka Izba uznała, że zignorowanie przez ministra wymogu podjęcia decyzji o nominacji sędziego po przeprowadzeniu odpowiedniego postępowania i oceny stanowiło poważną nieprawidłowość, która naruszyła istotę prawa do sądu ustanowionego ustawą. Trybunał w Strasburgu podsumował te rozważania, łączące powołania sędziów i art. 6, w sprawie *Xero Flor*.

245. W odniesieniu do wyrażenia „ustanowiony” Trybunał odniósł się do celu tego wymogu, jakim jest ochrona sądownictwa przed bezprawnymi wpływami zewnętrznymi, w szczególności ze strony władzy wykonawczej, ale także władzy ustawodawczej, lub wpływami w ramach samego wymiaru sprawiedliwości. W związku z tym uznał, że procedura powoływania sędziów stanowi nieodłączny element pojęcia „ustanowiony ustawą” i wymaga ścisłej kontroli. [...] ⁶⁴.

ETPC włącza również do wspomnianego testu element kontroli prowadzonej przez sądy krajowe:

251. [...] ewentualna kontrola przez sądy krajowe skutków prawnych naruszenia przepisów krajowych dotyczących powoływania sędziów – z punktu widzenia praw jednostki wynikających z Konwencji – odgrywa istotną rolę w ustalaniu, czy takie naruszenie stanowiło naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, a zatem stanowi element testu. Ocena skutków prawnych takiego naruszenia musi być dokonana przez sądy krajowe na podstawie odpowiedniego orzecznictwa dotyczącego Konwencji i wywodzonych z niej zasad [...].

Wyjaśnia to, dlaczego ocena nominacji sędziowskich z punktu widzenia art. 6 ust. 1 EKPC przez Trybunał nie jest sprzeczna z konstytucjami Państw-Stron, lecz działa jako uzupełnienie procedur krajowych, które zapewniają niezależne i bezstronne sądownictwo celem zagwarantowania każdemu prawa do rzetelnego procesu.

Czy art. 6 EKPC ma zastosowanie do wszystkich rodzajów postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym?

Sprawę *Xero Flor* można uznać za jednoznaczne potwierdzenie, że art. 6 EKPC ma zastosowanie do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym, gdy dotyczą one praw o charakterze cywilnym lub odpowiedzialności karnej jednostek. Pojawia się jednak pytanie, czy oznacza to, że prawo do rzetelnego procesu sądowego ma zastosowanie do wszystkich rodzajów postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym. Zgodnie ze swoim wcześniejszym orzecznictwem, ETPC potwierdził możliwość zastosowania art. 6 EKPC do różnych środków umożliwiających jednostce skierowanie skargi do Trybunału Konstytucyjnego:

189. Nie ma zatem znaczenia w tym zakresie, czy Trybunał Konstytucyjny rozpatrzył sprawę w następstwie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (pytania prawnego) [...], czy też skargi konstytucyjnej przeciwko orzeczeniu sądu [...].

190. To samo dotyczy sytuacji, gdy Trybunał Konstytucyjny bada skargę wniesioną bezpośrednio przeciwko przepisom prawa, jeżeli ustawodawstwo krajowe przewiduje taki środek [...] ⁶⁵.

Nie wyczerpuje to jednak rodzajów postępowań, w jakich Trybunał Konstytucyjny może orzekać o hierarchicznej zgodności przepisów i aktów normatywnych z konstytucją. Artykuł

⁶³ Wyrok ETPC z 1 grudnia 2020 r., *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (skarga nr 26374/18).

⁶⁴ Wyrok ETPC z 7 maja 2021 r., *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga nr 4907/18), pkt 245.

⁶⁵ *Ibid.*, pkt 189–190.

191 ust. 1 Konstytucji RP wskazuje podmioty, które mogą występować do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskami w sprawach określonych w art. 188 [ust. 1]⁶⁶. Jedyny warunek merytoryczny określony jest w ust. 2, z którego wynika, że „podmioty, o których mowa [wyżej], mogą wystąpić z takim wnioskiem, jeżeli akt normatywny dotyczy spraw objętych ich zakresem działania”⁶⁷. W art. 192 doprecyzowano ponadto, że z wnioskami w sprawach określonych w art. 189, dotyczących sporów kompetencyjnych między centralnymi konstytucyjnymi organami państwa, wystąpić mogą Prezydent Rzeczypospolitej, Marszałek Sejmu, Marszałek Senatu, Prezes Rady Ministrów, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego i Prezes Najwyższej Izby Kontroli. Wreszcie, podobny przykład można znaleźć w art. 122 ust. 3 Konstytucji RP – na który powołuje się Prokurator Generalny – zgodnie z którym „Przed podpisaniem ustawy Prezydent Rzeczypospolitej może wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem w sprawie zgodności ustawy z Konstytucją”⁶⁸.

Te przykłady kontroli „abstrakcyjnej” można teoretycznie rozumieć wąsko, jako niezwiązane z żadnymi konkretnymi prawami o charakterze cywilnym lub odpowiedzialnością karną jednostek, ponieważ są one odrębne od postępowań toczących się przed „normalnymi” sądami. Można twierdzić, że kiedy Trybunał Konstytucyjny rozstrzyga wyłącznie o „hierarchicznej zgodności przepisów i aktów normatywnych określonych w konstytucji”, to jego działalność nie wchodzi w zakres art. 6 EKPC i gwarancji rzetelnego procesu, gdyż postępowania takie nie mają – zgodnie z tym, co stwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka – skutku „bezpośrednio rozstrzygającego” dla praw dochodzonych przez jednostki. Jednakże nie można wykluczyć, że podmioty niepaństwowe – ogólnokrajowe organy związków zawodowych oraz ogólnokrajowe władze organizacji pracodawców i organizacji zawodowych, a także kościoły i inne związki wyznaniowe – kierując wnioski do Trybunału Konstytucyjnego, mogą dążyć do rozstrzygnięcia co najmniej ich praw o charakterze cywilnym. W takim przypadku postępowania te mogą być również postrzegane jako objęte zakresem zastosowania art. 6 EKPC.

5. Wnioski końcowe

Ratyfikacja przez Polskę Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w 1993 roku – bez składania zastrzeżeń – zakłada, że wszelkie prawo obowiązujące na terytorium państwa musi być zgodne z Konwencją. Ratyfikacja oznacza także uznanie właściwości Europejskiego Trybunału Praw Człowieka we wszystkich sprawach dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji. Tak, jak inne Wysokie Umawiające się Strony, Polska zobowiązana są do przestrzegania ostatecznych wyroków Trybunału. Jak miało to miejsce w sprawie *Xero Flor*, jeśli strona nie skieruje wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby, należy uznać, że zaakceptowała ostateczny wyrok. W swoim orzecznictwie Trybunał w Strasburgu podkreślił, że prawo do rzetelnego procesu sądowego, o którym mowa w art. 6 EKPC, oznacza nałożenie obowiązku na państwa do zorganizowania ich systemów sądownictwa w taki sposób, aby spełniały wymogi tego przepisu, co dotyczy także kwestii ich organizacji wewnętrznej.

W orzecznictwie sięgającym lat osiemdziesiątych ETPC uznał, że termin „sąd” w rozumieniu art. 6 EKPC ma znaczenie autonomiczne i odnosi się do wykonywania przez organ funkcji sądowej. Stąd, w licznych sprawach Trybunał w Strasburgu uznał, że sądy konstytucyjne mogą mieścić się w tej definicji. Pomimo ich szczególnej roli i statusu, w tym kompetencji do abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności prawa krajowego, Trybunał stwierdził, że postępowania przed sądami konstytucyjnymi są objęte zakresem zastosowania art. 6 EKPC, gdy są rozstrzygające dla praw i obowiązków o charakterze cywilnym lub mogą wpływać na

⁶⁶ Artykuł 191 ust. 1 Konstytucji RP.

⁶⁷ Artykuł 191 ust. 2 Konstytucji RP.

⁶⁸ Artykuł 122 ust. 3 Konstytucji RP.

wyniki sporów przed sądami powszechnymi. W konsekwencji, kiedy Trybunał Konstytucyjny ocenia zgodność przepisów i aktów normatywnych z konstytucją w sprawach, których wynik będzie miał wpływ na prawa i obowiązki jednostek o charakterze cywilnym – tak, jak w sprawie *Xero Flor* – organ ten będzie się jednoznacznie mieścił w ramach definicji „sądu” dla celów art. 6 EKPC.

Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził również, że na spełnianie wymogu „sądu ustanowionego ustawą”, o którym mowa w art. 6 EKPC, może mieć wpływ proces powoływania sędziów. W wyroku w sprawie *Xero Flor* zastosowano ustanowiony wcześniej trójstopniowy test, na który składa się: (1) oczywiste naruszenie prawa krajowego; (2) naruszenie, które wpływa na zdolność sądownictwa do wykonywania swoich funkcji bez nieuzasadnionej ingerencji ze strony innych władz; oraz (3) istnienie kontroli sądowej w zakresie skutków prawnych takiego naruszenia. W sprawie *Xero Flor* nie ustanowiono żadnych nowych zasad – zastosowano jedynie wcześniejsze standardy, zgodnie z którymi, aby organ mógł być uznany za „sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, sam proces powoływania sędziów musi być zgodny z krajowymi wymogami konstytucyjnymi gwarantującymi poszanowanie rządów prawa i podział władz.

**Expert analysis of the applicability of Article 6 of
the European Convention on Human Rights to the
constitutional courts of the States Parties,
requested by the Polish Commissioner for Human
Rights in the context of the case K 6/21 pending
before the Polish Constitutional Tribunal**

4 November 2021



Executive Summary

This expert analysis considers the applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) to the constitutional courts of the States Parties. Article 6 ECHR guarantees the right to a fair trial before a tribunal established by law for individuals whenever their civil rights and obligations or criminal liabilities are in question. The States Parties to the Convention have explicitly granted the European Court of Human Rights the competence to interpret and apply this provision. As a result it has the authority to review the internal arrangements of the judiciary under Article 6 ECHR. A court or tribunal must, among other requirements, be independent and impartial, free of undue influence from the executive, and composed of appointees of the highest merit who have been selected in accordance with the domestic rules.

In settled case-law dating back to the 1990s, the Strasbourg Court has been clear that, despite their special role, constitutional courts will fall within the scope of a “tribunal” whenever they exercise judicial functions. The Court’s case-law regarding constitutional courts in Germany, France, Austria and Switzerland, amongst others, has clarified that constitutional courts will be subject to the obligations of Article 6 ECHR whenever their proceedings are decisive for individual rights and obligations or capable of affecting the outcome of the dispute before ordinary courts. The condition of a “tribunal established by law” includes judicial appointments, and requires that such appointments are in conformity with domestic law.

The expert analysis concludes that the Polish Constitutional Tribunal falls under the definition of a “tribunal” whenever the exercise of its function in determining the hierarchical compliance of provisions and normative acts with the Constitution is decisive for civil rights and obligations, thus bringing it within the remit of Article 6 in such cases. The legality of appointments to the Tribunal in accordance with Poland’s own constitutional rules are essential for compliance with the right to a fair trial.



About the Bingham Centre for the Rule of Law

The Bingham Centre is an independent, non-partisan organisation that exists to advance the Rule of Law worldwide. Established in 2010 as part of the British Institute of International and Comparative Law (BIICL), the Centre was brought into being to pursue Tom Bingham's inspiring vision: a world in which every society is governed by the Rule of Law "in the interests of good government and peace at home and in the world at large." The Rt Hon Lord Bingham of Cornhill KG was the pre-eminent UK judge of his generation, who crowned his judicial career by leaving us arguably the best account of what the Rule of Law means in practice and why it is so important in any civilised society – too important to remain the exclusive preserve of courts and lawyers. One of our strategic aims is to increase discussion about the meaning and importance of the Rule of Law in the political process.

- We carry out independent, rigorous and high quality research and analysis of the most significant Rule of Law issues of the day, both in the UK and internationally, including highlighting threats to the Rule of Law.
- We make strategic, impartial contributions to policy-making, law making or decision-making in order to defend and advance the Rule of Law, making practical recommendations and proposals based on our research.
- We hold events such as lectures, conferences, roundtables, seminars and webinars, to stimulate, inform and shape debate about the Rule of Law as a practical concept amongst law makers, policy makers, decision-makers and the wider public.
- We build Rule of Law capacity in a variety of ways, including by providing training, guidance, expert technical assistance, and cultivating Rule of Law leadership.
- We contribute to the building and sustaining of a Rule of Law community, both in the UK and internationally.

www.binghamcentre.biicl.org

The present opinion was prepared by staff members of the Bingham Centre for the Rule of Law Dr. Oliver Garner, Maurice Wohl Research Fellow in European Rule of Law and Patryk Wachowiec, Research Fellow and Training Co-ordinator in European Rule of Law, in collaboration with Prof. Dr. Rick Lawson, Professor of European Law at the University of Leiden.

Table of Contents

Executive Summary	2
1. Introduction	5
The background facts	5
Structure of this expert analysis	5
2. Overall legal framework	6
Poland as a High Contracting Party to the European Convention on Human Rights.....	6
The Convention and the European Court of Human Rights.....	7
The Copenhagen Declaration (2018)	7
The Vienna Convention on the Law of Treaties.....	8
2. The right to a fair trial (Article 6 ECHR) – general considerations	9
The importance of the right to a fair trial (Article 6 ECHR)	9
The wide concept of a “court” or “tribunal” within the meaning of Article 6 ECHR.....	9
The composition of a “court” or “tribunal” within the meaning of Article 6 ECHR	10
Constitutional courts as “tribunals” within the meaning of Article 6 ECHR.....	11
The obligation to appeal to a constitutional court or tribunal in the context of the requirement to exhaust domestic remedies.....	14
4. The applicability of Article 6 ECHR to proceedings before the Constitutional Tribunal of Poland	14
The <i>Xero Flor</i> judgment and the wide concept of court or tribunal.....	14
The consideration of judicial appointments in <i>Xero Flor</i>	16
Is Article 6 ECHR applicable to all forms of proceedings before the Constitutional Tribunal?	19
5. Conclusion	20

1. Introduction

The background facts

On 7 May 2021, the European Court of Human Rights (ECtHR) gave its Chamber judgment in *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*.¹ The Court found that there had been two violations of the applicant's right to a fair trial under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). First, there had been a violation of the right to a fair hearing as a result of the Polish courts not answering arguments that the law applied in the case had been incompatible with the Constitution, and therefore failing in their duty to provide reasoned decisions. Secondly, the Strasbourg court also found that there had been a violation of the right guaranteed by Article 6 § 1 ECHR to a "tribunal established by law" due to irregularities in the appointment of one of the judges of the Constitutional Tribunal that heard the applicant's case. The Polish Government decided not to request that the case be referred to the Grand Chamber and the judgment therefore became final on 7 August 2021.²

On 24 November 2021, the Polish Constitutional Tribunal will hear the K 6/21 application lodged by the Prosecutor General of Poland. The application has requested compliance testing with provisions of the Polish Constitution of: (1) the extent to which the term "tribunal" as used in Article 6 § 1 ECHR includes the Constitutional Tribunal; (2) the equation in Article 6 § 1 ECHR of the guarantees of an individual case being examined within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law when deciding on civil rights and obligations or merits of a criminal accusation with the competence of the Constitutional Tribunal to adjudicate on the hierarchical compliance of provisions and normative acts, as specified in the Constitution; and (3) the inclusion under Article 6 § 1 ECHR of assessment by the ECtHR of the legality of the process of selecting judges of the Constitutional Tribunal.

On 31 October 2021, the Polish Commissioner for Human Rights requested the Bingham Centre for the Rule of Law to prepare an expert analysis of the applicability of Article 6 of the ECHR to the constitutional courts of the States Parties to the Convention, in the context of the case K 6/21 pending before the Polish Constitutional Tribunal, to which the Commissioner is a party. In responding to the request, this analysis considers all three questions of whether the Polish Constitutional Tribunal, as an example of a constitutional court, falls within the definition of a tribunal under Article 6 ECHR, whether its proceedings concern civil rights and obligations and criminal liabilities, and whether its composition can be subject to review. All three questions are interrelated in the task of providing an analysis of the applicability of Article 6 ECHR to constitutional courts specifically in the context of the K 6/21 proceedings.

Structure of this expert analysis

Section 2 of the analysis presents the overall legal framework relevant to the applicability of Article 6 ECHR to constitutional courts of the States Parties. The first sub-section presents the background of Poland as a High Contracting Party to the ECHR; the second sub-section describes the fundamentals of the binding operation of the Convention and the European Court of Human Rights; the third sub-section outlines the recent re-affirmation of these commitments in the 2018 Declaration of Copenhagen; and the fourth sub-section explains the relevance of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

¹ Application No. 4907/18.

² Under Article 44 ECHR.

Section 3 outlines general considerations on the right to a fair trial under Article 6 ECHR. The first sub-section details the importance of the right to a fair trial; the second sub-section explains the wide concept of a “court” or “tribunal” within the meaning of Article 6 ECHR; the third sub-section details the application of this wide concept to encompass constitutional courts; and the fourth sub-section describes the obligation to appeal to a constitutional court or tribunal in the context of the requirement to exhaust domestic remedies.

Section 4 discusses the applicability of Article 6 ECHR to proceedings before the Constitutional Tribunal of Poland. The first sub-section explains the application of the wide concept of “court” or “tribunal” to include the Polish Constitutional Tribunal in *Xero Flor*; the second sub-section discusses the ECtHR’s inclusion of judicial appointments within the requirements of the right to a “tribunal established by law” under Article 6 ECHR; and the third sub-section considers whether these Article 6 ECHR requirements apply to all forms of proceedings before the Constitutional Tribunal.

Section 5 concludes the expert analysis, and summarises our view on the applicability of Article 6 ECHR to constitutional courts.

2. Overall legal framework

Poland as a High Contracting Party to the European Convention on Human Rights

The Republic of Poland became a member of the Council of Europe, by ratifying its Statute, on 26 November 1991. In doing so it accepted, as is set out in Article 3 of the Statute, the principles of the rule of law and the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and it undertook to collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aims of the Council of Europe. When discussing Poland’s application for membership of the Council of Europe, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe expressed a favourable opinion, noting, *inter alia*, that the constitutional amendment of 7 April 1989 “paved the way for a series of reforms which are ... removing the obstacles which prevented Poland from acceding to the European Convention on Human Rights”.³ Of course, the Polish Constitution has changed since, but the important thing to note is that the Parliamentary Assembly based its consent to the Polish accession to the Council of Europe on the understanding that there were no more contradictions between the ECHR and the Polish Constitution. Any later changes in the domestic law could not affect that situation.

Indeed, on 26 November 1991 Poland signed the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – commonly known as the European Convention on Human Rights (hereafter referred to as ECHR or the Convention). Poland ratified the Convention on 19 January 1993 and, as a result, the Convention entered into force for Poland on that date.⁴ As the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court) has noted: “... ratification of the Convention by a State presupposes that any law then in force in its territory should be in conformity with the Convention. If that should not be the case, the State concerned has the possibility of entering a reservation in respect of the specific provisions of the Convention (or Protocols) with which it cannot fully comply by reason of the continued existence of the law in question.”⁵ Poland did not make any reservations. No issues of potential contradiction between the Convention and the Polish Constitution were

³ PACE, Report “Poland’s application for membership of the Council of Europe” (Doc. 6289 of 19 September 1990), para. 7 See also Opinion 154 of 2 October 1990.

⁴ Over the years Poland also ratified all protocols to the Convention, with the exception of Protocols 12 and 16.

⁵ ECtHR, decision of 23 January 2002, *Slivenko and Others v. Latvia* (appl. no. 48321/99), § 60.

identified or even raised at any stage during the process leading up to the ratification by Poland of the Convention.

The Convention and the European Court of Human Rights

Article 1 ECHR provides that “[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.” In order to ensure the observance of the engagements of the High Contracting Parties, Article 19 of the Convention provides for the establishment of the European Court of Human Rights. The Court’s jurisdiction extends, according to Article 32 ECHR, to all matters concerning the interpretation and application of the Convention.

Pursuant to Article 46 § 1 of the Convention, the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. Thus, upon ratification of the Convention, a State assumes the unequivocal legal obligation to comply with the final judgments of the Strasbourg Court, and hence to apply the Convention standards as interpreted by the Court.

“Final judgments” are defined in Article 44 ECHR: these are the judgments of the Grand Chamber, as well as judgments of a Chamber if reference of the case to the Grand Chamber has not been requested within three months or if such a request has been rejected. The possibility to request a referral of a case to the Grand Chamber, after a Chamber has delivered judgment in that case, is introduced in Article 43 ECHR. This procedure allows any party to that case to argue that “a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto, or a serious issue of general importance”(paragraph 2) is at stake. If such a request for referral has been accepted, the judgment of the Chamber will be set aside in order to be replaced by a new – and final – judgment of the Grand Chamber.⁶ Clearly there will be situations in which a party to a case – the applicant or the respondent government – strongly disagrees with the findings of a Chamber. The referral procedure of Article 43 is meant exactly for that situation. If, however, a party does *not* avail itself of its right to request a referral, it must be assumed that it acquiesces in the Chamber judgment which, accordingly, becomes “final” and binding. Any other conclusion would undermine the principle of legal certainty and indeed the very system set up for the collective enforcement of the engagements undertaken by the High Contracting Parties.

The execution of judgments is supervised by the Committee of Ministers. Subject to this process of monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment.⁷ In its case-law the Court has underlined the importance of the effective execution of its judgments, in good faith and in a manner compatible with the “conclusions and spirit” of those judgments.⁸ If the Committee of Ministers finds that a State refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may resort to infringements proceedings (Article 46 § 4, ECHR).

The Copenhagen Declaration (2018)

Over the years, the Member States of the Council of Europe have held a series of high-level conferences to review the effectiveness of the Convention system. The most recent of these

⁶ ECtHR, judgment of 12 July 2001, *K. and T. v. Finland* (appl. no. 25702/94), § 140.

⁷ ECtHR, judgment of 29 May 2019, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan (infringement proceedings)* (appl. no. 15172/13), §§ 147-156; judgment of 22 June 2004, *Broniowski v. Poland* (appl. no. 31443/96), § 192.

⁸ ECtHR, judgment of 11 October 2011, *Emre v. Switzerland (no. 2)* (appl. no. 5056/10), § 75.

conferences was held in Copenhagen, in 2018. In the Declaration that was adopted on this occasion, the Member States “reaffirm(ed) their deep and abiding commitment to the Convention” (para. 1). They observed that nowadays the Convention is incorporated into the domestic legal order of the States Parties (para. 8) and underlined “the responsibility of national authorities to guarantee the rights and freedoms set out in the Convention” (para. 9). In this connection, the Declaration called upon the States Parties “to continue strengthening the implementation of the Convention at the national level ... in particular by ... creating and improving effective domestic remedies” (para. 16). As to the role of the Court, the Declaration states that

26. The Court ... authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular, in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, giving appropriate consideration to present-day conditions.

Thus the Court’s role to give authoritative interpretations of the Convention, as set out in Article 32 ECHR, was once again acknowledged at the highest political level.

The Vienna Convention on the Law of Treaties

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, to which the Copenhagen Declaration refers, was first relied upon by the Court in 1975: the Vienna Convention’s rules on interpretation guided the Court in the case of *Golder* in its interpretation of Article 6 ECHR.⁹ The Vienna Convention – to which the Republic of Poland acceded on 2 July 1990 – also contains several provisions which are relevant for present purposes:

Preamble, third paragraph

Noting that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognised,

Article 26 - *Pacta sunt servanda*

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27 - Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.

The execution of international obligations stemming from a treaty in force for a certain State is incumbent upon the State as a whole, i.e. all State bodies. Indeed, according to the well-established international legal principles of State responsibility, all State organs can breach international law.¹⁰ This is reflected in the case-law of the Strasbourg Court, according to which no distinction is made as to the type of rule or measure concerned; no part of the Member States’ “jurisdiction” is excluded from scrutiny under the Convention: “It is, therefore, with respect to their ‘jurisdiction’ as a whole – which is often exercised in the first place through the Constitution – that the States Parties are called on to show compliance with the Convention”.¹¹

⁹ ECtHR, judgment of 21 Feb. 1975, *Golder v. UK* (appl. no. 4451/70), § 29 et seq.

¹⁰ Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts (ARSIWA, 2001), Article 4: “The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions...”.

¹¹ ECtHR, judgment of 30 January 1998, *United Communist Party of Turkey a.o. v. Turkey* (appl. no. 19392/92), § 29.

2. The right to a fair trial (Article 6 ECHR) – general considerations

The importance of the right to a fair trial (Article 6 ECHR)

The right to a fair trial, enshrined in Article 6 ECHR, holds a prominent place in the case-law of the European Court of Human Rights. It is important in a quantitative sense, in that this is the right most often invoked in Strasbourg – well over 25% of the violations found by the European Court concern Article 6. The right to a fair trial is also important in a substantive sense, both for the individual and for the society at large. It is one of the core elements making up the rule of law, the acceptance of which, as was noted above, is one of the conditions for membership of the Council of Europe.¹² The Court has always acknowledged that it is of “fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public”.¹³ Almost forty years ago, in 1982, the Court observed that “in order that the courts may inspire in the public the confidence which is indispensable, account must also be taken of questions of internal organisation”.¹⁴ Reflecting the importance of the right to a fair trial, the Court has emphasised time and again that “Article 6 § 1 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet each of its requirements”.¹⁵

The guarantees that make up the right to a fair trial apply in all cases about disputes (“*contestations*”) over civil rights and obligations or where criminal charges are determined. According to well-established case law, for Article 6 § 1 in its civil limb to be applicable, there must be a “dispute” regarding a “right” which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether it is protected under the Convention. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right, but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, as mere tenuous connections or remote consequences are not sufficient to bring Article 6 § 1 into play.¹⁶ It is important to point out that several key concepts, such as “civil rights and obligations” and “criminal charge” have an “autonomous” meaning – that is, they have a particular meaning under the ECHR, of which the European Court of Human Rights is the definitive and authoritative interpreter.¹⁷

The wide concept of a “court” or “tribunal” within the meaning of Article 6 ECHR

According to the Court’s settled case-law, which goes back to the 1980s, the concept of a “tribunal” has an autonomous meaning: whether a particular body qualifies as a “tribunal” within the meaning of Article 6 ECHR does not depend on its categorisation under domestic law. Instead, the concept of a “tribunal” within the meaning of Article 6 ECHR is characterised in the substantive sense of the term by the nature of its judicial function, that is to say, determining matters within its competence on the basis of legal rules and after

¹² See also Venice Commission, *Rule of Law checklist* (doc. CDL-AD(2016)007rev, 2016), pp. 20-28.

¹³ See over the years for instance ECtHR, judgment of 24 May 1989, *Hauschildt v. Denmark* (appl. no. 10486/83), § 48; judgment of 26 February 1993, *Padovani v. Italy* (appl. no. 13396/87), § 27; judgment of 3 July 2012, *Mariusz Lewandowski v. Poland* (appl. no. 66484/09), § 41; judgment of 16 February 2021, *Meng v. Germany* (appl. no. 1128/17), § 42.

¹⁴ ECtHR, judgment of 1 October 1982, *Piersack v. Belgium* (appl. no. 8692/79), § 30.

¹⁵ See, among many other authorities, ECtHR, judgment of 27 February 1992, *Tusa v. Italy* (appl. no. 13299/87), § 17; judgment of 30 April 2020, *Keaney v. Ireland* (appl. no. 72060/17), § 87.

¹⁶ See, among many other authorities, ECtHR, judgment of 2000, *Athanassoglou a.o. v. Switzerland* (appl. no. 27644/95), § 43; judgment of 25 September 2018, *Denisov v. Ukraine* (appl. no. 76639/11), § 44.

¹⁷ See, among many other authorities, ECtHR, judgment of 28 June 1978, *König v. Germany* (appl. no. 6232/73), § 88.

proceedings conducted in a prescribed manner.¹⁸ It follows from the Court's substantive approach that the concept of a "tribunal", within the autonomous meaning of Article 6 § 1 ECHR, covers a wide variety of bodies exercising a judicial function. Hence the requirements of Article 6, for instance those relating to impartiality, apply also to juries.¹⁹ In a similar vein the Court has held that the right of access to a court, which is included in Article 6 ECHR, is not necessarily to be understood as access to a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country; thus, the "tribunal" may be a body set up to determine a limited number of specific issues, provided always that it offers the appropriate guarantees.²⁰ Likewise it has been accepted that, under certain circumstances, arbitral tribunals have to afford the safeguards provided for under Article 6 §1 of the Convention.²¹

The composition of a "court" or "tribunal" within the meaning of Article 6 ECHR

According to Article 6 ECHR a "court" or "tribunal" must satisfy a series of further requirements. It should be established by law, which implies that its composition should be in accordance with the law too;²² it should be independent, in particular from the executive, and impartial; there should be guarantees against outside pressure; and the duration of its members' terms of office is taken into account as well.²³ Procedural safeguards must exist in order to ensure that judicial autonomy is not jeopardised by undue external or internal influences. Hence decisions affecting the careers of judges – such as a transfer to a lower ranking court by way of disciplinary measure – should in principle be subject to judicial review.²⁴

In a recent judgment the Grand Chamber added that it is inherent in the very notion of a "tribunal" that it is composed of judges selected on the basis of merit – that is, judges who fulfil the requirements of technical competence and moral integrity to perform the judicial functions required of it in a State governed by the rule of law. The Court went on to underline the paramount importance of a rigorous process for the appointment of ordinary judges to ensure that the most qualified candidates – both in terms of technical competence and moral

¹⁸ See e.g. ECtHR, judgment of 22 October 1984, *Sramek v. Austria* (appl. no. 8790/79), § 36; judgment of 30 November 1987, *H. v. Belgium* (appl. no. 8950/80), § 50; judgment of 29 April 1988, *Belilos v. Switzerland* (appl. no. 10328/83), § 64.

¹⁹ See, among many other authorities, ECtHR, judgment of 10 June 1996, *Pullar v. UK* (appl. no. 22399/93), § 30; judgment of 9 May 2000, *Sander v. UK* (appl. no. 34129/96), § 22.

²⁰ ECtHR, judgment of 8 July 1986, *Lithgow a.o. v. UK* (appl. no. 9006/80), § 201.

²¹ ECtHR, judgment of 20 May 2021, *Beg S.p.a. v. Italy* (appl. no. 5312/11), § 143.

²² See e.g. ECtHR, judgment of 28 February 2002, *Lavents v. Latvia* (appl. no. 58442/00), § 114. Only a French version of this judgment exists, but it is worth including the passage in full: "La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1, un « tribunal » doit toujours être « établi par la loi ». Cette expression reflète le principe de l'Etat de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses protocoles. En effet, un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers. L'expression « établi par la loi » concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire (...). La « loi » visée par cette disposition est donc non seulement la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également toute autre disposition du droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire. Il s'agit notamment des dispositions relatives aux mandats, aux incompatibilités et à la récusation des magistrats (...). Le non-respect, par un tribunal, des dispositions susvisées, emporte en principe violation de l'article 6 § 1 (voir *Zand c. Autriche*, requête no 7360/76, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, DR 15, p. 70, §§ 68-71, et *Rossi c. France*, requête no 11879/85, décision de la Commission du 6 décembre 1989, DR 63, p. 105). La Cour a donc compétence pour se prononcer sur le respect des règles du droit interne sur ce point. Toutefois, vu le principe général selon lequel c'est en premier lieu aux juridictions nationales elles-mêmes qu'il incombe d'interpréter la législation interne, la Cour estime qu'elle ne doit mettre en cause leur appréciation que dans des cas d'une violation flagrante de cette législation (...)."

²³ See e.g. ECtHR, judgment of 29 April 1988, *Belilos v. Switzerland* (appl. no. 10328/83), § 64.

²⁴ ECtHR, judgment of 9 March 2021, *Bilgen v. Turkey* (appl. no. 1571/07), § 96.

integrity – are appointed to judicial posts. It goes without saying, the Court observed, that the higher a tribunal is placed in the judicial hierarchy, the more demanding the applicable selection criteria should be. It is further evident that non-professional judges could be subject to different selection criteria, particularly when it comes to the requisite technical competencies. In the Court's view, such merit-based selection not only ensures the technical capacity of a judicial body to deliver justice as a "tribunal", but it is also crucial in terms of ensuring public confidence in the judiciary and serves as a supplementary guarantee of the personal independence of judges.²⁵

Over the years, the composition of tribunals has been the subject of many complaints. For instance the European Court found violations of Article 6 ECHR in over 100 cases as regards the composition of State Security Courts in Turkey;²⁶ it found violations as regards the composition of courts martial in the UK;²⁷ and it found violations in a whole variety of cases where the participation of one or more judges in the examination of a case was contrary to domestic law.²⁸

Constitutional courts as "tribunals" within the meaning of Article 6 ECHR

Against this background it does not come as a surprise that constitutional courts and tribunals are also capable of falling within the scope of the concept of a "tribunal" within the meaning of Article 6 ECHR.²⁹ Although the specific functions of constitutional courts and tribunals differ from country to country, they do enjoy a special role and status. Yet, it is clear from long established Strasbourg case-law going back to the 1990s that this in itself is not a sufficient ground to deny the applicability of Article 6 § 1 to proceedings before these bodies.³⁰

Indeed, there are many examples in its case-law where the Strasbourg Court reviewed the proceedings before constitutional courts and tribunals under Article 6 ECHR:

- proceedings brought by individuals and references from domestic courts to the German *Bundesverfassungsgericht*;³¹
- proceedings before the Austrian *Verfassungsgerichtshof*;³²
- proceedings before the French *Conseil constitutionnel*;³³
- public-law appeals (*staatsrechtliche Beschwerde*) before the Swiss *Bundesgericht*;³⁴
- constitutional appeals (*ústavní stížnost*) before the Czech *Ústavní soud*;³⁵

²⁵ ECtHR, judgment of 1 December 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (appl. no. 26374/18), §§ 220-222.

²⁶ Starting with ECtHR, judgment of 9 June 1998, *Incal v. Turkey* (appl. no. 22678/93), §§ 65-73.

²⁷ Starting with ECtHR, judgment of 25 February 1997, *Findlay v. UK* (appl. no. 22107/93), §§ 70-80.

²⁸ E.g. ECtHR, judgment of 30 May 2013, *Zeynalov v. Azerbaijan* (appl. no. 31848/07), §§ 29-32, with further references.

²⁹ This is indeed the assumption of the Venice Commission, *Rule of Law checklist* (doc. CDL-AD(2016)007rev, 2016), p. 28: "The right to a fair trial imposes the implementation of all courts' decisions, including those of the constitutional jurisdiction".

³⁰ ECtHR, judgment of 27 July 2000, *Klein v. Germany* (appl. no. 33379/96), § 29.

³¹ ECtHR, judgment of 16 September 1996, *Süssmann v. Germany* (appl. no. 20024/92), §§ 34-41; judgment of 1 July 1997, *Pammel v. Germany* (appl. no. 17820/91), § 53; dec. of 4 October 2001, *Teuschler v. Germany* (appl. no. 47636/99); dec. of 12 May 2009, *Greenpeace e.V. v. Germany* (appl. no. 18215/06).

³² ECtHR, judgment of 28 May 1997, *Pauger v. Austria* (appl. no. 16717/90), §§ 47-49.

³³ ECtHR, judgment of 21 October 1997, *Pierre-Bloch v. France* (appl. no. 24194/94), § 48.

³⁴ ECtHR, judgment of 3 March 2000, *Kraska v. Switzerland* (appl. no. 13942/88), § 26.

³⁵ ECtHR, judgment of 3 March 2000, *Krčmář a.o. v. the Czech Republic* (appl. no. 35376/97), § 36; judgment of 21 June 2005, *Milatová a.o. v. the Czech Republic* (appl. no. 61811/00), § 36.

- proceedings through which domestic courts could raise questions of constitutionality (*cuestión de inconstitucionalidad*)³⁶ as well as individual *amparo* proceedings³⁷ before the Constitutional Court of Spain;
- constitutional appeals before the Croatian *Ustavnom sudu*.³⁸

All this is not to say that the applicability of Article 6 ECHR to constitutional courts has never been contested. Especially in the mid-1990s the Strasbourg Court dealt with cases in which some respondent governments argued that Article 6 ECHR did *not* to apply to 'their' constitutional courts. In essence two arguments were advanced. The first argument was that by reason of their nature, structure and jurisdiction, constitutional courts fell outside the ambit of Article 6 § 1. This argument on its own has never been successful. The approach by the European Court in dealing with a case that involved the Slovenian Constitutional Court is characteristic:

36. The Court recalls that it is fully aware of the special role and status of a Constitutional Court, whose task is to ensure that the legislative, executive and judicial authorities comply with the Constitution and which, in those States that have made provision for a right of individual petition, affords additional legal protection to citizens at national level in respect of their fundamental rights guaranteed by the Constitution (...).

37. The Court has had to examine the question of the applicability of Article 6 § 1 of the Convention to proceedings in a Constitutional Court in a number of cases and has consistently held that Constitutional-Court proceedings do not in principle fall outside the scope of Article 6 § 1 (...).³⁹

The second argument against the applicability of Article 6 to constitutional courts is that they do not rule on the "civil rights and obligations" of individuals or determine criminal cases. Rather they have to ensure, so the argument goes, that general constitutional law is complied with, and they do so by carrying out a review at an "abstract" level. If correct, this argument would lead to the conclusion that Article 6 ECHR is not applicable to the proceedings at hand. The Strasbourg Court has not ruled out the possibility that Article 6 does not apply to some proceedings before constitutional courts, but determines on a case-by-case basis whether the argument is well-founded in the particular case.

In the case of *Ruiz Mateos* (1993) a law provided for the expropriation of a group of companies listed in its annex. The shareholders of the companies argued that this was a concrete and specific measure, despite its status as a formal law. The applicants emphasised that they could not contest the expropriation in the civil courts unless the law was declared invalid; yet such a ruling could only be made by the Constitutional Court, following referral of the matter to it by an ordinary court. In this specific situation, the Strasbourg Court noted that the annulment, by the Constitutional Court, of the contested provisions would have led the civil courts to allow the claims of the applicants. In the present case, the civil and the constitutional proceedings even appeared so interrelated that to deal with them separately would be artificial and would considerably weaken the protection afforded in respect of the applicants' rights. The Court noted that, by raising questions of

³⁶ ECtHR, judgment of 23 June 1993, *Ruiz-Mateos v. Spain* (appl. no. 12952/87), §§ 35, 55-60.

³⁷ ECtHR, judgment of 25 November 2003, *Soto Sanchez v. Spain* (appl. no. 66990/01), § 35.

³⁸ ECtHR, decision of 12 October 2010, *Jankoović v. Croatia* (appl. no. 43440/98), pp. 6-7.

³⁹ ECtHR, judgment of 12 June 2001, *Tričković v. Slovenia* (appl. no. 39914/98), §§ 36-37.

constitutionality, the applicants were using the sole – and indirect – means available to them of complaining of an interference with their right of property. As a result, Article 6 applied.⁴⁰

Three years later, in the case of *Süssmann* (1996) the applicant complained about a reduction in his supplementary pension. Whilst litigating in Germany he had lodged an appeal in the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) concerning certain amendments to his pension fund's rules. In Strasbourg, he argued that the Federal Constitutional Court had failed to deal with his case within a reasonable time. The German government argued that Article 6 ECHR did not apply to these proceedings. The European Commission of Human Rights, which still existed at the time, took a different view: it decided that a State which establishes a constitutional-type court is under a duty to ensure that litigants enjoy in the proceedings before it the fundamental guarantees laid down in Article 6. The Court ruled that the relevant test is “whether the result of the Constitutional Court proceedings is capable of affecting the outcome of the dispute before the ordinary courts”. The Court continued:

42. The dispute as to the amount of the applicant's pension entitlement was of a pecuniary nature and undeniably concerned a civil right within the meaning of Article 6 (...) the only avenue through which Mr Süßmann could pursue further determination of that dispute was by means of an appeal whereby he alleged a breach of his constitutional right of property. The Federal Constitutional Court proceedings therefore concerned a dispute over a civil right.

(...) In the present case, if the Federal Constitutional Court had found that the amendments to the civil servants' supplementary pensions scheme infringed the constitutional right of property and had set aside the impugned decisions, Mr Süßmann would have been reinstated in his rights. Thus he would have received the full amount of his initial supplementary pension.

44. The Federal Constitutional Court proceedings were therefore directly decisive for a dispute over the applicant's civil right.⁴¹

The Court therefore concluded that Article 6 § 1 was applicable to the proceedings in issue. The same approach was followed in later cases, for instance in 2001 as regards proceedings before the Constitutional Court of Slovenia:

39. The Court notes that the proceedings complained of concerned the applicant's claim for an advance on his military pension. The Court reiterates that under its settled case-law the relevant test in determining whether proceedings come within the scope of Article 6 § 1, even if they are conducted before a Constitutional Court, is whether their outcome is decisive for the determination of the applicant's civil rights and obligations (...).⁴²

It is clear, therefore, that the mere fact that proceedings have taken place before a constitutional court does not suffice to remove them from the ambit of Article 6 § 1. What matters is that their outcome is “decisive” for “civil rights and obligations” or “capable of affecting the outcome of the dispute before the ordinary courts”.

⁴⁰ ECtHR, judgment of 23 June 1993, *Ruiz-Mateos v. Spain* (appl. no. 12952/87), §§ 35, 55-60.

⁴¹ ECtHR, judgment of 16 September 1996, *Süssmann v. Germany* (appl. no. 20024/92), §§ 42-44.

⁴² ECtHR, judgment of 12 June 2001, *Tričković v. Slovenia* (appl. no. 39914/98), §§ 36-39.

The obligation to appeal to a constitutional court or tribunal in the context of the requirement to exhaust domestic remedies

In light of the foregoing it is understandable that governments have argued that individuals should submit complaints to the constitutional court or tribunal of their country in order to meet the requirement to exhaust domestic remedies (Article 35 § 1, ECHR). The argument was made, for instance, by the governments of Turkey⁴³, Albania⁴⁴, Germany⁴⁵ (even as recently as 2021)⁴⁶ and indeed, and relatively frequently, Poland.⁴⁷ The success of these preliminary objections depends on the availability and effectiveness of the remedy in the particular case.

4. The applicability of Article 6 ECHR to proceedings before the Constitutional Tribunal of Poland

The *Xero Flor* judgment and the wide concept of court or tribunal

In the *Xero Flor* judgment,⁴⁸ the European Court of Human Rights reiterated and applied its long established wide concept of a “court” or “tribunal” under Article 6 ECHR to the Polish Constitutional Tribunal. The Polish government did not request a rehearing of the case before the Grand Chamber. This must be assumed to demonstrate acquiescence to the judgment, regardless of any political criticism of the outcome.

191. The Court reiterates that according to its well-established case-law on this issue, the relevant test in determining whether proceedings come within the scope of Article 6 § 1 of the Convention, even if they are conducted before a constitutional court, is whether their outcome is decisive for the determination of the applicant’s civil rights and obligations (...).⁴⁹

194. It is true that, in accordance with the Constitution, the Constitutional Court does not administer justice. However, the Constitution defines the Constitutional Court as a judicial authority charged principally with reviewing the constitutionality of the law. Its judges enjoy independence in the exercise of their office (see Article 195 § 1 of the Constitution). According to the Court’s settled case-law, a “tribunal” is characterised in the substantive sense of the term by its judicial functions, that is to say, determining matters within its competence on the basis of legal rules and after proceedings conducted in a prescribed manner. It must also satisfy a series of further

⁴³ For instance ECtHR, decision of 29 January 2019, *Elçi v. Turkey* (appl. no. 63129/15), §§ 39-56.

⁴⁴ For instance ECtHR, decision of 1 December 2009, *Jakupi v. Albania* (appl. no. 11186/03).

⁴⁵ For instance ECtHR, judgment of 22 March 2012, *Ostermünchner v. Germany* (appl. no. 36035/04), § 51.

⁴⁶ ECtHR, decision of 7 September 2021, *Köhler v. Germany* (appl. no. 3443/18).

⁴⁷ ECtHR, decision of 11 June 2002, *Pasławski v. Poland* (appl. no. 38678/97): “The Government further submitted that the constitutional complaint was ‘the most proper’ remedy in the present case. It was introduced in domestic law on 17 October 1997, when the new Polish constitution entered into force. The Government pointed out that if the applicant had been dissatisfied with the outcome of the proceedings before civil courts he could have lodged a complaint with the Constitutional Court. Had he won the case, the Constitutional Court could have quashed the impugned legislation breaching the applicant’s Convention rights and he would be able to apply for the reopening of his case under Article 401 of the Code of Civil Procedure. The civil courts would then be able to award him compensation as the impugned legislation would no longer be in force”. In the Court’s case-law there are many examples of the Polish government making the similar arguments: *Szott-Medyńska v. Poland* (dec.), no. 47414/99, 9 October 2003; *Pachla v. Poland* (dec.), no. 8812/02, 8 November 2005; *Więcek v. Poland* (dec.), no. 19795/02, 17 January 2006 and *Tereba v. Poland* (dec.), no. 30263/04, 21 November 2006; *Łaskiewicz v. Poland*, no. 28481/03, § 68, 15 January 2008; *Liss v. Poland* (dec.), no. 14337/02, 16 March 2010; and *Urban v. Poland* (dec.), no. 29690/06, 7 September 2010; *Hösl-Daum and Others v. Poland* (dec.), no. 10613/07, § 42, 7 October 2014.

⁴⁸ ECtHR, judgment of 7 May 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (appl. no. 4907/18).

⁴⁹ *ibid*, § 191 (references omitted).

requirements, such as “independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members’ terms of office” (...). The Court has no doubt that the Constitutional Court should be regarded as a “tribunal” within the autonomous meaning of Article 6 § 1.⁵⁰

The ECtHR outlined the arguments put forward by the Polish government, which the Prosecutor General now seeks to re-argue before the Constitutional Tribunal in the first two grounds of the application in K 6/21:

“The Constitution deliberately distinguished between courts and tribunals (compare Article 10 § 2 and Article 173) and conferred on them separate functions and competences. The Constitution used separate names to define those bodies and...included provisions common to both groups (Articles 173-174) as well as ones specific to the courts (Articles 175-185), to the Constitutional Court (Articles 188-197) and to the Tribunal of States (Articles 198-201).”⁵¹

However, as was noted above, the Strasbourg Court adopted as long ago as the 1980s a substantive, functional approach, whereby the nomenclature used is not determinative of a body qualifying as being subject to protection of the right to fair trial under Article 6 § 1 ECHR. Crucially, the ECtHR also does not recognise an exclusive demarcation between the judicial roles of “deciding on the rights and obligations of a given entity of a civil nature” – what the Polish government referred to in the *Xero Flor* proceedings as “administering justice” – and the role of a constitutional court of adjudicating on the hierarchical compliance of provisions and normative acts, as specified in the Constitution. Indeed, it is recognised that the latter role of adjudicating on constitutionality may be necessary to ensure the former role of deciding upon the rights of individuals of a civil nature:

“To begin with, the Court notes that under Polish law, a constitutional complaint can be lodged to challenge the constitutionality of a statute or other normative act which constituted the legal grounds for a final individual decision whereby a court or an administrative authority determined constitutional rights and obligations (see Article 79 of the Constitution). It also observes that Article 79 of the Constitution, which regulates the right to a constitutional complaint, is located in the sub-chapter entitled “Means of defending freedom and rights” of Chapter II of the Constitution entitled “The freedoms, rights and obligations of persons and citizens”, which would suggest that it was intended to serve as a remedy against violations of constitutional rights and freedoms. In addition, it is a remedy that is linked to a concrete judicial or administrative decision whose legal basis allegedly infringed those rights and freedoms”.⁵²

On the specific facts in *Xero Flor*, namely the claim that the determination of compensation through a statutory ordinance violated the requirement for restrictions on the constitutional right to property to be regulated by statute (Article 64 § 3 of the Constitution), the ECtHR found that the determinative condition for applicability of Article 6 ECHR (i.e. the outcome being decisive for civil rights and obligations) had been fulfilled. In line with its well-established case-law, outlined above, the Court ruled:

⁵⁰ *ibid.*, § 194 (references omitted).

⁵¹ *ibid.*, § 178,

⁵² *ibid.*, § 196.

In view of the foregoing, the Court considers that the impugned constitutional issue was inseparably linked with the applicant company's claim and was therefore relevant for the determination of its civil rights.⁵³

...the Government have not shown that a decision declaring the provision in question unconstitutional [Paragraph 5 of the Ordinance] would have had no effect on the applicant company's right to compensation.⁵⁴

Having regard to the foregoing, the Court holds that the proceedings before the Constitutional Court were directly decisive for the civil right asserted by the applicant company. It finds accordingly that Article 6 § 1 was applicable to the proceedings before the Constitutional Court.⁵⁵

The European Court of Human Rights' application of its case-law on the position of constitutional courts under Article 6 ECHR to the Polish Constitutional Tribunal in *Xero Flor* led to the conclusion that the tribunal is indeed covered by the requirement to uphold the right to a fair trial when it issues judgments on the constitutionality of provisions that may have a direct effect on the civil rights and obligations of claimants. The conclusion to be drawn from this judgment for the proceedings in case K 6/21 is that the Polish Constitutional Tribunal must be regarded as fulfilling the *prima facie* definition of a "tribunal" for the purposes of Article 6 ECHR on the basis of its definition and the nature of its functions under the Polish Constitution.

The consideration of judicial appointments in *Xero Flor*

Having established that the Polish Constitutional Tribunal fulfilled the definition of a "tribunal" under Article 6 ECHR, the European Court of Human Rights went on to consider whether the requirement of a "tribunal established by law" had been breached by the process of appointments to the Constitutional Tribunal. The Strasbourg Court applied the three-step threshold test that it had developed in its earlier case-law⁵⁶ for such a determination: (1) was there a manifest breach of the domestic law?; (2) if so, the breach must be assessed in light of the object and purpose to ensure the ability of the judiciary to perform its duties free of undue interference; and (3) how effective was the review, if any, conducted by national courts as to the legal consequences of a breach of a domestic rule on judicial appointments?⁵⁷

In its application of the first-stage of the test to the Polish Constitutional Tribunal, the ECtHR found that there had been a manifest breach of domestic Polish law on judicial appointments:

268...[T]he Court finds that the election of the three judges, including Judge M.M., to the Constitutional Court on 2 December 2015 was carried out in breach of Article 194 § 1 of the Constitution, namely the rule that a judge should be elected by the *Sejm* whose term of office covers the date on which his seat becomes vacant.⁵⁸

⁵³ *ibid.*, § 203.

⁵⁴ *ibid.*, § 207.

⁵⁵ *ibid.*, § 209.

⁵⁶ This test was established in ECtHR, judgment of 1 December 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (appl. no. 26374/18) § 243.

⁵⁷ ECtHR, judgment of 7 May 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (appl. no. 4907/18) §§ 249-251.

⁵⁸ *ibid.*, § 268.

The Strasbourg Court based this finding of a breach upon the judgments of Poland's own Constitutional Tribunal on the appointments procedure. The ECtHR found that, functionally, the effect of the 2015 and 2016 Tribunal judgments were not simply to find certain norms in legislation incompatible with the Constitution, but to find materially on the facts that the appointments of the three judges who did not take up their seat were valid, and consequently the subsequent appointments were invalid.

260. The Court finds that the Constitutional Court's judgment of 3 December 2015 (no. K 34/15) was of key significance in setting out the legal principles applicable to the controversy surrounding the disputed election of the Constitutional Court judges.

267. In this context, the Court attaches particular importance to the Constitutional Court's judgment of 11 August 2016 (no. K 39/16). In this judgment, the Constitutional Court found that the statutory rule requiring the President of the Constitutional Court to admit to the bench the three judges elected on 2 December 2015 would amount to an act contrary to the earlier binding judgments of the same court (...). In this way, the Constitutional Court clearly indicated, contrary to what the government have claimed, that the effect of the series of Constitutional Court judgments was recognition of the validity of the elections of the three judges on 8 October 2015.

It is important to note that the ECtHR also recognised that the Act of 25 June 2015 by the seventh-term *Sejm*, which allowed for the election of two judges whose terms of office were scheduled to end after parliamentary elections, was also unconstitutional.

[I]t [the Constitutional Tribunal] declared the legal basis of the election of the other two judges on 8 October 2015 unconstitutional, since it had permitted the outgoing *Sejm* to fill the seats that had become vacant after the *Sejm*'s mandate had expired. That finding was based on the rule deriving from Article 194 § 1 of the Constitution that a judge of the Constitutional Court shall be elected by the *Sejm* whose term of office covers the date on which his seat becomes vacant. In this regard, the Court notes that the seventh-term *Sejm* transgressed its powers when electing two judges to the seats which were vacated in December 2015.

Therefore, it may be extrapolated that if the counter-factual situation had occurred whereby all five of the judges nominated by the seventh-term *Sejm* had taken their seats, then that composition of the Constitutional Tribunal would at least not have fulfilled the first stage of the cumulative three-stage *Guðmundur* test set out above.

Next, the ECtHR found that the second-stage of the test concerning prevention of undue interference had also been breached by the manner in which the judicial appointments had been conducted.

279. The Court notes that the election of the three judges on 2 December 2015 and their swearing-in took place just before the Constitutional Court was to deliver its judgment in case no. K 34/15. In its view, the precipitate actions of the eight-term *Sejm* and the President of the Republic, who were aware of the imminent decision of the Constitutional Court, raise doubts about irregular interference by those authorities in the election process for constitutional judges.⁵⁹

⁵⁹ *ibid.*, § 279.

281. The Court considers that the legislative and executive organs' failure to abide by the relevant Constitutional Court judgments regarding the validity of the election of the court's judges undermined the purpose of the "established by law" requirement to protect the judiciary against unlawful external influence.⁶⁰

Finally, the Court found the third-stage of the cumulative test – whether the right to a "tribunal established by law" was effectively reviewed by the domestic courts and whether remedies were provided – had been fulfilled by virtue of the fact that "there was no procedure under Polish law whereby the applicant company could challenge the alleged defects in the election process for judges of the Constitutional Court...[c]onsequently, no remedies were provided".⁶¹ The ECtHR therefore concluded that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention because

the applicant company was denied its right to a "tribunal established by law" on account of the participation in the proceedings before the Constitutional Court of Judge M.M., whose election was vitiated by grave irregularities that impaired the very essence of the right at issue.⁶²

The assessment of judicial appointments in determining whether a right to a fair trial has been breached under Article 6 ECHR is an essential component of determining whether a tribunal has been "established by law". This part of the determination in *Xero Flor* was not novel, as the Court's Grand Chamber had found in *Guðmundur Andri Ástráðsson* that the disregard by a Minister of the procedural rule to base a decision on judicial appointment on sufficient investigation and assessment amounted to a grave irregularity which impaired the essence of the right to a tribunal established by law.⁶³ The Strasbourg Court summarised the reasoning connecting judicial appointments to Article 6 in *Xero Flor*:

245. As regards the phrase "established", the Court referred to the purpose of that requirement, which was to protect the judiciary against unlawful external influence, in particular from the executive, but also from the legislature or from within the judiciary itself. In this connection, it found that the process of appointing judges necessarily constituted an inherent element of the concept "established by law" and that it called for strict scrutiny.⁶⁴

The ECtHR incorporates the review conducted by national courts into the three-stage test:

251. ...the review conducted by national courts, if any, as to the legal consequences – in terms of an individual's Convention rights – of a breach of a domestic rule on judicial appointments plays a significant role in determining whether such a breach amounted to a violation of the right to a "tribunal established by law", and thus forms part of the test itself. The assessment by the national courts of the legal effects of such a breach must be carried out on the basis of the relevant Convention case-law and the principles derived therefrom.

This explains why the assessment of judicial appointments for the purposes of Article 6 § 1 ECHR by the ECtHR does not run contrary to the constitutions of the States Parties, but

⁶⁰ *ibid.*, § 281.

⁶¹ *ibid.*, § 288.

⁶² *ibid.*, § 290.

⁶³ ECtHR, decision of 1 December 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*. (application no. 26374/18).

⁶⁴ ECtHR, judgment of 7 May 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (appl. no. 4907/18) § 245.

instead acts as a supplement to domestic procedures that ensure an independent and impartial judiciary so that all individuals can be guaranteed a fair trial.

Is Article 6 ECHR applicable to all forms of proceedings before the Constitutional Tribunal?

Xero Flor may be regarded as unequivocal confirmation that Article 6 ECHR applies to Constitutional Tribunal proceedings when they concern the civil rights or criminal liability of individuals. The question arises, however, of whether this means that the right to a fair trial applies for all forms of proceedings that may take place before the Tribunal. In line with its earlier case-law, the ECtHR confirmed the applicability of Article 6 ECHR to the different means by which an individual may see a complaint come before the Constitutional Tribunal:

189. In that connection, it matters little whether the Constitutional Court considered the case following a question being referred for a preliminary ruling (...), or following a constitutional appeal being lodged against judicial decisions (...)

190. The same is true where the Constitutional Court examines an appeal lodged directly against a law, if the domestic legislation provides for such a remedy (...).⁶⁵

These situations do not, however, exhaust the proceedings that are possible before the Polish Constitutional Tribunal to adjudicate upon the hierarchical compliance of provisions and normative acts with the Constitution. Article 191 § 1 identifies specific subjects who may make applications to the Constitutional Tribunal regarding matters in Article 188.⁶⁶ The only substantive condition is specified in the second paragraph: “the subjects ... above, may make such application if the normative act relates to matters relevant to the scope of their activity”.⁶⁷ Article 192 further specifies that, in relation to matters under Article 189 on disputes over authority between central constitutional organs of the State, the President of the Republic, the Marshal of the *Sejm*, the Marshal of the Senate, the Prime Minister, the First President of the Supreme Court, the President of the Supreme Administrative Court and the President of the Supreme Chamber of Control may make applications. Finally, a further example of a similar function may be found in Article 122 § 3 of the Constitution, as cited by the Prosecutor General, whereby “the President of the Republic may, before signing a bill, refer it to the Constitutional Tribunal for adjudication upon its conformity to the Constitution”.⁶⁸

These examples of “abstract review” could theoretically be regarded narrowly as unconcerned with any specific civil rights or criminal liability of individuals, as they are divorced from proceedings taking place within the “normal” courts. The application of the European Court of Human Rights’ condition for constitutional courts to fall under Article 6 ECHR, that such proceedings are “directly decisive” for the rights asserted by a legal person, may mean that, when the Constitutional Tribunal is engaged in a form of review that is *purely* concerned with the “hierarchical compliance of provisions and normative acts, as specified in the Constitution”, then it may be argued that its operation does not fall within the ambit of Article 6 ECHR and its guarantee of the right to a fair trial before an independent and impartial tribunal for natural and legal persons. However, it cannot be excluded that non-State actors, namely trade unions and religious organisations, while initiating constitutional

⁶⁵ *ibid*, § 189 and 190.

⁶⁶ The Constitution of the Republic of Poland, Article 191 § 1.

⁶⁷ *ibid*, Article 191 § 2.

⁶⁸ *ibid*, Article 122 § 3.

review may also seek the determination of at least civil matters. If so, these proceedings may also be viewed as falling within the scope of Article 6 ECHR.

5. Conclusion

The Polish ratification of the European Convention of Human Rights in 1993 without filing reservations presupposes that any law in force in its territory must be in conformity with the Convention. Ratification also implies acceptance of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to all matters concerning the interpretation and application of the Convention. Like the other High Contracting Parties, Poland undertook to abide by the final judgments of the Court. As happened in *Xero Flor*, if a party does not request a re-hearing before the Grand Chamber, it must be assumed that it acquiesces to the final judgment. The Strasbourg Court has insisted in its case-law on the right to a fair trial under Article 6 ECHR that a duty is imposed on the Contracting States to organise their judicial systems so as to meet its requirements, and this also concerns questions of internal organisation.

In case-law going back to the 1980s, the ECtHR has established the autonomous meaning of the concept of a “tribunal” under Article 6 ECHR, which depends upon its judicial function. Accordingly, in numerous cases the Strasbourg court has found that constitutional courts and tribunals are capable of falling within this definition. Despite their special role and status in many jurisdictions, including abstract review of the compliance of domestic law with the constitution, the Court has held that proceedings before constitutional courts will fall under Article 6 ECHR when they are decisive for civil rights and obligations or capable of affecting the outcome of the dispute before the ordinary courts. Consequently, when the Polish Constitutional Tribunal engages in assessment of the hierarchical compliance of provisions and normative acts with the Constitution in cases where the civil rights and obligations of individuals will be affected by the outcome – as in *Xero Flor* – it unequivocally falls under the definition of a “tribunal” for the purposes of Article 6 ECHR.

The European Court of Human Rights has also established that the requirement for a “tribunal established by law” under Article 6 ECHR can be affected by the process by which judicial appointments are made. The *Xero Flor* judgment applied a pre-existing three-stage threshold test: (1) a manifest breach of domestic law; (2) a breach that affects the judiciary’s ability to perform its duties free of undue interference; and (3) the existence of review by national courts as to the legal consequences of such a breach. *Xero Flor* did not establish novel principles of law, but instead applied the pre-existing principle that it is necessary that judicial appointments are in compliance with the national constitution’s own rules that guarantee the rule of law and separation of powers in order for the tribunal composed of such appointees to count as a “tribunal established by law” within the autonomous meaning of Article 6 § 1 ECHR.