

**Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka
na systemy ochrony praw człowieka
oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne**

PRAWA CZŁOWIEKA I PRAWO MIĘDZYNARODOWE (NR 1)

**Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka
na systemy ochrony praw człowieka
oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne**

**Redakcja naukowa
Elżbieta Karska**

Katedra Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

Warszawa 2013

Prawa Człowieka i Prawo Międzynarodowe (nr 1)

Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne

The Impact of the European Convention on Human Rights on Human Rights Protection Systems, and International Criminal and Humanitarian Law

Redaktor naukowy serii
prof. nadzw. dr hab. Elżbieta Karska (UKSW)

Redakcja naukowa tomu
prof. nadzw. dr hab. Elżbieta Karska (UKSW)

Recenzenci
dr hab. Katarzyna Myszone-Kostrzewa (UW)
prof. nadzw. dr hab. Mariusz Muszyński (UKSW)

Korekta, skład i łamanie
Marcin Czajkowski

© Copyright by the Authors, Warszawa 2013

Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

Oficyna Wydawnicza „Mówią Wieki” Sp. z o.o.
ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa
adres do korespondencji: ul. Bema 87, 01-233 Warszawa
tel./fax: +48 (22) 661 52 51
e-mail: mowiawieki@bellona.pl

ISSN 2300-3472
ISBN 978-8-386156-82-5

SPIS TREŚCI

<i>Elżbieta Karska</i>	Słowo wstępne	9
<i>Tadeusz Jasudowicz</i>	Miejsce i rola prawa międzynarodowego w kontekście zakazu retroakcji prawa karnego ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa strasburskiego	14
<i>Marta Szuniewicz</i>	Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na działalność Międzynarodowego Trybunału Karnego dla b. Jugosławii	34
<i>Katarzyna Holy</i>	Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na interpretację zasady równości broni w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym	47
<i>Patrycja Grzebyk</i>	Ochrona życia osób cywilnych w czasie konfliktu zbrojnego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	63
<i>Jakub Czepek</i>	Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kontekście konfliktu zbrojnego na tle spraw czeczeńskich	79
<i>Martyna Bucholc, Jacek Kowalewski</i>	Ocena legalności stosowania uzbrojonych bezzałogowych aparatów latających w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	86
<i>Ireneusz C. Kamiński</i>	Ekstraterytorialne stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. „Formacyjne orzecznictwo” i nowe wyroki	107
<i>Elżbieta Hanna Morawska</i>	Zasady międzynarodowej odpowiedzialności państw za naruszenia praw człowieka dokonane przez podmioty niepaństwowe. Autonomiczność koncepcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	122
<i>Ilona Topa</i>	Prawa ofiar poważnych naruszeń praw człowieka w świetle orzecznictwa regionalnych organów ochrony praw człowieka	144

<i>Agata Skorek</i>	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec szczególnej roli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jej organu sądowego po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego. Aspekty materialne i proceduralne	166
<i>Ewa Olas</i>	Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na wolność wypowiedzi w międzyamerykańskim systemie ochrony praw człowieka	188
<i>Wojciech Hermeliński, Barbara Nita</i>	Pokrzywdzony jako podmiot praw i wolności gwarantowanych przez Europejską Konwencję Praw Człowieka	205
<i>Aleksandra Syryt</i>	Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na działalność orzeczniczą polskiego Trybunału Konstytucyjnego	218
<i>Paweł Jaros</i>	Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemową ochronę praw dziecka w Polsce	236
<i>Szymon Janczarek</i>	Europejska Konwencja Praw Człowieka a kształtowanie się standardu prawa osób pozbawionych wolności do udziału w wolnych wyborach	253
<i>Agnieszka Wedel-Domaradzka</i>	Prawo do kultu osoby zmarłej w kontekście możliwości uczestnictwa w pogrzebie osób pozbawionych wolności. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wobec Polski	271
<i>Marcin Stępień</i>	Postępowanie dowodowe w polskiej procedurze karnej i cywilnej a Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybrane zagadnienia praktyczne	286
<i>Szymon Pawłowski</i>	Standardy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a weryfikacja decyzji rentowej na niekorzyść jednostki. Refleksje w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie <i>Moskal przeciwko Polska</i>	304
<i>Natalia Dampc-Kryspowicka</i>	Prawa transseksualisty w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a oddziaływanie na polski system prawny	328
<i>Grażyna Baranowska</i>	Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na ustawodawstwo w Turcji. Uwagi w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego wolności wyznania	339
	Bibliografia	356

CONTENTS

<i>Elżbieta Karska</i>	Foreword	9
<i>Tadeusz Jasudowicz</i>	Concept of international law in the context of non-retroactivity of criminal law, with emphasis on Strasbourg case-law	14
<i>Marta Szuniewicz</i>	The impact of the European Convention on Human Rights on the activities of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia	34
<i>Katarzyna Holy</i>	The impact of the European Court of Human Rights jurisprudence on the interpretation of the principle of equality of arms in the proceedings before the International Criminal Court	47
<i>Patrycja Grzebyk</i>	Protection of civilian's life in time of armed conflict in the light of judgments of European Court of Human Rights	63
<i>Jakub Czepek</i>	European Court of Human Rights judgments concerning armed conflict in Chechen cases	79
<i>Martyna Bucholc, Jacek Kowalewski</i>	Legality of use of unmanned combat aerial vehicles in the light of the European Court of Human Rights jurisprudence	86
<i>Ireneusz C. Kamiński</i>	Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights. The formative case law and new developments	107
<i>Elżbieta Hanna Morawska</i>	The principles of international responsibility of states for human rights violations by non-state actors. The autonomous nature of the European Court of Human Rights concept	122
<i>Ilona Topa</i>	Rights of the victims of serious human rights violations in the jurisprudence of the regional organs for human rights protection	144

<i>Agata Skorek</i>	European Court of Justice towards a special role of European Convention on Human Rights and its judicial authority after the entry into force of the Lisbon Treaty. Material and procedural aspects	166
<i>Ewa Olas</i>	The impact of the European Convention on Human Rights on freedom of expression in the inter-American system of human rights protection	188
<i>Wojciech Hermeliński, Barbara Nita</i>	Victim as a subject of rights and freedoms guaranteed by the European Convention on Human Rights	205
<i>Aleksandra Syryt</i>	The impact of the European Convention on Human Rights on the judicial activity of Polish Constitutional Tribunal	218
<i>Paweł Jaros</i>	The impact of the European Convention on Human Rights on the rights of the child protection system in Poland	236
<i>Szymon Janczarek</i>	The European Convention on Human Rights and the development of a standard of right to participate in the free elections of persons deprived of liberty	253
<i>Agnieszka Wedek-Domaradzka</i>	The right to worship of deceased opportunities in the context of funeral participation of persons deprived of their liberty. Comments of the background of the European Court of Human Rights case law against Poland	271
<i>Marcin Stępień</i>	Hearing of evidence in Polish civil and criminal procedures in terms of European Convention on Human Rights. Selected issues	286
<i>Szymon Pawłowski</i>	European Convention on Human Rights standards and the verification of the pension decision to disadvantage of an individual. Reflections based on the European Court of Human Rights judgement in the <i>Moskal versus Poland</i> case	304
<i>Natalia Dampc-Kryspowicka</i>	The convention rights of transsexuals and the effectiveness of the European Court of Human Rights jurisprudence in Polish legal system	328
<i>Grażyna Baranowska</i>	The impact of the European Convention on Human Rights on the Turkish legislation. Observations based on the European Court of Human Rights jurisprudence regarding freedom of religion	339
	Bibliography	356

Elżbieta Karska*

Słowo wstępne

Relacje zachodzące między systemem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)¹ a innymi systemami ochrony praw człowieka oraz międzynarodowym prawem karnym i międzynarodowym prawem humanitarnym od dawna stanowią przedmiot analizy w doktrynie, tak prawa krajowego, jak i międzynarodowego. EKPC stanowi właściwie najwyższy wyznacznik współczesnych standardów ochrony istoty ludzkiej. To z tym traktatem – i przyjętym na jej podstawie orzecznictwem Trybunału Strasburskiego – porównuje się poziom praw i wolności, który jest gwarantowany również w innych systemach. Oczywiście największy wpływ wywiera ona na prawo krajowe państw członkowskich Rady Europy – po to konwencja ta została przecież przyjęta. Prawo krajowe każdego państwa musi być bowiem zgodne z jego zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi.

Państwa związane EKPC to jednak także te same państwa, które współtworzą normy międzynarodowego prawa karnego i międzynarodowego prawa humanitarnego. Wysoki konwencyjny poziom standardu ochrony praw człowieka powoduje, że państwa te, kształtując treść innych swoich zobowiązań prawnomiędzynarodowych, nie mają całkowitej swobody. Prawa człowieka, o których mowa w EKPC, realizowane są bowiem nie tylko w wymiarze wewnątrzpaństwowym, ale i na płaszczyźnie działań podejmowanych w formule międzypaństwowej. Rozwój „żywego instrumentu”, jakim jest EKPC, wpływa również na treść prawa międzynarodowego bez konieczności przyjmowania nowych umów międzynarodowych.

Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazywali wręcz, że punktem wyjścia do konstruowania koncepcji praw człowieka były przepisy międzynarodowego prawa karnego. Przykładowo Manfred Lachs wskazywał, że zakaz określonego działania jednostki przeciwko innej jest odzwierciedleniem uniwersalnych praw tej drugiej. W świetle tej koncepcji prawa człowieka w początkowej fazie swojego istnienia miałyby być zatem swoistym lustrem, w którym odbijają się zakazy międzynarodowego prawa karnego².

* Prof. nadzw. dr hab. Elżbieta Karska – kierownik Katedry Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego, Instytut Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.), zmieniona i uzupełniona następnie przyjętymi do niej protokołami (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177; z 1998 r. Nr 147, poz. 962; z 2001 r. Nr 23, poz. 266; z 2003 r. Nr 42, poz. 364; z 2010 r. Nr 90, poz. 587).

² M. Lachs, *Prawne gwarancje praw człowieka*, „Nowa Polska”, 1946, nr 4, s. 241. Por. T. Cyprian, S. Sawicki,

Ten łącznik występował nie tylko w fazie tworzenia praw człowieka. Widzimy go także w działalności orzeczniczej współcześnie funkcjonujących międzynarodowych trybunałów karnych. Jak podkreśla Theodor Meron, „jakkolwiek podstawą ich działania było prawo humanitarne, to w praktyce trybunały uwzględniały również prawa człowieka. Ta praktyka sądowa była częściowo podyktowana koniecznością utworzenia właściwych norm proceduralnych [...]. Jednakże z powodu ogromnego podobieństwa między treścią Wspólnego Artykułu 3 Konwencji Genewskich³ i zbrodniami przeciwko ludzkości z jednej strony oraz prawami człowieka z drugiej, międzynarodowe trybunały karne uciekały się również do stosowania prawa praw człowieka w odniesieniu do istotnych elementów konkretnych przestępstw”⁴.

Theodor Meron dostrzegł, że rozwój praw człowieka poszedł już tak daleko, iż wiele z nich nie jest już tylko odbiciem zakazów międzynarodowego prawa karnego, jak miało to miejsce gdy powstawała koncepcja praw człowieka. Szereg z nich powstało bowiem później, już w oderwaniu od obowiązku niepopelniania zbrodni międzynarodowych. Autor ten dodawał zatem, że wskazane przezeń wcześniej: „Zmiany [...] zwiększyły ochronny charakter zarówno prawa humanitarne, jak i prawa praw człowieka. Przyczyniły się również do uznania ich wzrastającej wymienności oraz zasygnalizowały potrzebę stopniowej eliminacji ich wzajemnie wykluczających się cech. Przykładowo, pogwałcenie praw człowieka nie mogło pociągać za sobą odpowiedzialności karnej. Ponieważ jednak międzynarodowe trybunały karne odwoływały się do praw człowieka, rażące pogwałcenia praw człowieka są teraz po raz pierwszy ścigane wraz z naruszeniami prawa humanitarne”⁵.

Szczególny związek między prawami człowieka a międzynarodowym prawem karnym uchwycił Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w opinii doradczej w sprawie zastrzeżeń do konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa⁶. Odnosząc się do Konwencji o ludobójstwie z 1948 roku⁷, MTS stwierdził, że „w sposób oczywisty została [ona] przyjęta z powodów całkowicie humanitarnych i cywilizacyjnych. [...] Jej przedmiotem jest, z jednej strony, ochrona istnienia określonych grup ludzkich, z drugiej zaś potwierdzenie i wsparcie dla najbardziej podstawowych zasad moralności. Zawierając tego typu konwencję, państwa-strony nie realizują jakiegokolwiek osobistego interesu. Mają wyłącznie jeden wspólny przedmiot zainteresowania, a mianowicie osiągnięcie tych szczytnych celów,

Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy, Warszawa – Kraków 1948, s. 470-481. Na temat koncepcji Lachsa zob. E. Karska, *Manfred Lachs wobec ludobójstwa i zbrodni wojennych*, [w:] *Manfred Lachs – wybitny prawnik świata*, red. Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa, Warszawa 2011, s. 384.

³ Konwencje o ochronie ofiar wojny, podpisane w Genewie 12.08.1949 r. (Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171).

⁴ T. Meron, *Prawo humanitarne a prawa człowieka*, „Państwo i Prawo”, 2009, nr 4, s. 32. Zob. także T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, Toruń 2007, s. 97-137.

⁵ T. Meron, *op. cit.*, s. 32-33.

⁶ Opinia doradcza MTS z 28.05.1951 r. (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*), ICJ Reports 1951, s. 15. Należy także odnotować, że obowiązywanie praw człowieka w czasie wojny znajduje swoje odzwierciedlenie w treści opinii doradczych MTS w sprawie legalności broni nuklearnej oraz w sprawie budowy muru. Opinia doradcza MTS z 8.07.1996 r. (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*), ICJ Reports 1996, s. 226; opinia doradcza MTS z 9.07.2004 r. (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*), ICJ Reports 2004, s. 136.

⁷ Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 9.12.1948 r. (Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9).

które są *raison d'être* konwencji. [...] Szczytne ideały, które zainspirowały opracowanie Konwencji, mocą wspólnej woli stron, są fundamentem i miarą wszystkich jej postanowień”⁸.

Orzeczenie to przywołała aprobująco Europejska Komisja Praw Człowieka w sprawozdaniu w sprawie *Wschodnioafrykańscy Azjaci p. Wielkiej Brytanii*⁹. Argumentem przeciwko restryktywnemu interpretowaniu art. 3 EKPC i za oderwaniem interpretacji tego traktatu od woli jego poszczególnych stron jest – zdaniem Komisji – fakt, iż właśnie oba te akty, tj. EKPC i Konwencja o ludobójstwie, „mają humanitarny charakter”. Jak wskazuje się zatem w doktrynie: „Z tego też powodu Komisja uznała, że przemyślenia MTS, odnoszące się do konwencji dotyczącej zasad odpowiedzialności jednostek za najcięższą zbrodnię międzynarodową, mają także bezpośrednie zastosowanie do konwencji przyznającej jednostkom określone prawa i wolności”¹⁰.

Warto przy tym odnotować interesującą uwagę Romana Kuźniara, który stwierdza: „Coraz częściej uważa się, że prawo humanitarne stanowi część systemu ochrony praw człowieka – mianowicie praw człowieka w okresie konfliktów. W sensie konceptualnym oraz operacyjnym prawo humanitarne i prawa człowieka powoli się do siebie zbliżają, wzajemnie przenikają, a nawet w niewielkim zakresie pokrywają. Wspólne są też korzenie doktrynalne obu dyscyplin, czyli prawo naturalne. Respektowanie człowieczeństwa jednostki i przyrodzonej jej godności (tzw. *minimum d'humanité*) stanowi uniwersalne, wykraczające poza granice państw powołanie”¹¹.

Rację ma zatem Meron, gdy mówi o rosnącej symbiozie praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego oraz dodaje, że „sprzeczności między tymi gałęziami prawa są na szczęście coraz bardziej wypierane przez ich rosnącą komplementarność”¹².

Pewne interakcje zachodzą także między regionalnymi – pozornie tylko odrębnymi – systemami ochrony praw człowieka. Są one ze sobą porównywane. Czyni tak nie tylko doktryna, ale i judykatura, w tym orzecznictwo międzynarodowych organów nadzorujących przestrzeganie praw człowieka. EKPC i powstałe na jej gruncie orzecznictwo, jako źródła standardów co do zasady najwyższych, są przy tym wzorcem, z którym – choć czasem tylko *de lege ferenda* – porównuje się instytucje prawne, które funkcjonują w innych systemach ochrony praw człowieka. Relacja tego typu zachodzi także między płaszczyzną europejską, z którą mamy do czynienia w obrębie państw członkowskich Rady Europy, a uniwersalną.

Warto zatem zastanowić się nad nowym wymiarem wpływu EKPC na systemy ochrony praw człowieka. Po pierwsze wydaje się, że zarysował się on głównie, jak już wskazano, w relacji prawa międzynarodowego do krajowego; po drugie zaś wyznaczył nowe płaszczyzny dla standardów ochrony regulowanych dotąd wyłącznie – lub prawie wyłącznie – międzynarodowym prawem karnym oraz międzynarodowym prawem humanitarnym.

Żadna z dziedzin prawa, która choćby pośrednio reguluje sytuację prawną człowieka, nie może pominąć odniesienia się do EKPC. Jednocześnie proces globalizacji, dynamika rozwo-

⁸ Opinia doradcza MTS z 28.05.1951 r., s. 23.

⁹ *Wschodnioafrykańscy Azjaci p. Wielkiej Brytanii*, sprawozdanie Komisji z 14.12.1973 r., skargi nr 4403/70-4419/70, 4422/70-4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 i 4526/70-4530/70.

¹⁰ K. Karski, *Zbrodnia ludobójstwa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Prawo międzynarodowe – terażniejszość, perspektywy, dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, red. E. Mikos-Skuza, K. Myszona-Kostrzeva, J. Poczobut, Warszawa 2013, s. 149.

¹¹ R. Kuźniar, *Prawa człowieka: Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, wyd. 3, Warszawa 2006, s.151.

¹² T. Meron, *op. cit.*, s. 31.

ju stosunków międzynarodowych, postępujący rozwój prawa międzynarodowego oraz jego fragmentacja stawiają nowe wyzwania dla szeroko rozumianej nauki o prawach człowieka.

W przygotowanej publikacji znalazły zatem odzwierciedlenie relacje, które mają miejsce pomiędzy europejskim systemem ochrony praw człowieka i międzynarodowym prawem karnym. Przeanalizowano je m.in. poprzez takie zagadnienia jak wpływ EKPC na działalność Międzynarodowego Trybunału ds. Zbrodni w byłej Jugosławii oraz na postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. Szczegółowymi aspektami analizy mieszczącymi się w sferze relacji między systemami ochrony praw człowieka i prawa karnego są problemy wynikające z zakazu retroakcji prawa karnego ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa strasburskiego oraz statusu pokrzywdzonego jako podmiotu praw i wolności gwarantowanych w EKPC.

Kompleksowość ochrony przewidzianej przez EKPC szczególnie intensywnie wyraża się w relacji do systemu międzynarodowego prawa humanitarnego. Ten aspekt systemowego badania znalazł m.in. odzwierciedlenie w analizie takiego zagadnienia jak ochrona życia osób cywilnych w czasie konfliktu zbrojnego w świetle orzecznictwa Trybunału Strasburskiego oraz prześledzeniu treści jego wyroków w kontekście spraw czeczeńskich. Interesujące jest również opracowanie dotyczące legalności stosowania uzbrojonych bezzałogowych aparatów latających.

Zainteresowanie rolą EKPC w skali systemów regionalnych, a tym samym jej rolą i wpływem na szeroko rozumianą ochronę międzynarodową, znalazło zaś w szczególności odzwierciedlenie w analizie systemu międzyamerykańskiego, której dokonano na tle szczegółowego zagadnienia, jakim jest wolność wypowiedzi.

W kontekście interakcji na linii EKPC – prawo krajowe opisano m.in. wybrane aspekty postępowania dowodowego w polskiej procedurze karnej. Nie jest to jednak jedyny system krajowy, który został przeanalizowany pod kątem oddziaływania na niego przez system strasburski. Szczególnie interesujące są w tym kontekście rozważania na temat wpływu EKPC na zmianę treści ustawodawstwa w Turcji. Są one dokonane w oparciu o orzecznictwo strasburskie dotyczące wolności wyznania.

Badając relacje, które zachodzą pomiędzy poszczególnymi systemami ochrony, widzimy, że łączą one w sobie aspekt międzynarodowy, krajowy i ponadnarodowy. W tym kontekście poddano analizie działalność orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec szczególnej roli EKPC po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego, zarówno w aspekcie materialnym, jak i proceduralnym, a także wpływ EKPC na taką działalność polskiego Trybunału Konstytucyjnego.

Reasumując, należy stwierdzić, że EKPC w znaczącym stopniu oddziałuje nie tylko na krajowe systemy ochrony praw człowieka państw członkowskich Rady Europy. Jest także standardem, z którym porównywane są inne podobne systemy. Ponadto biorąc pod uwagę fakt, że werbalne brzmienie szeregu praw i wolności jest w tych systemach (w niektórych przypadkach) takie samo lub podobne, to ich rozumienie należy do często przywoływanych w orzecznictwie innych niż strasburskie organów, nadzorujących ochronę praw człowieka, zarówno międzynarodowych, jak i regionalnych oraz krajowych. Należy przy tym zauważyć, że standard strasburski oceniany jest co do zasady jako najwyższy. Prawa człowieka, a wraz z nim także EKPC, mają także wpływ na treść norm międzynarodowego prawa humanitar-

nego. Ze zjawiskiem tym stykamy się coraz częściej i mocniej zwłaszcza od czasu, gdy prawo to reguluje już nie tylko zasady prowadzenia międzynarodowych, ale również i niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Działalność międzynarodowych trybunałów karnych powoduje zaś coraz silniejsze przenikanie się prawnych regulacji z zakresu praw człowieka i międzynarodowego prawa karnego.

Warto te problemy prześledzić. Ma to umożliwić – oczywiście w ograniczonym jej objętością stopniu – ta publikacja.

Miejsce i rola prawa międzynarodowego w kontekście zakazu retroakcji prawa karnego ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa strasburskiego

Art. 7 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – *living provision* czy *dead letter*?

Europejska Konwencja Praw Człowieka – podobnie zresztą jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych¹ – dwukrotnie odwołuje się do prawa międzynarodowego: raz *expressis verbis* w art. 7 ust. 1, uznając, że kwalifikowanie jakiegoś „działania lub zaniechania” jako „czynu zagrożonego karą” (a więc jako przestępstwa kryminalnego) może następować nie tylko „na podstawie prawa krajowego”, ale także „w myśl prawa międzynarodowego”; drugim razem w art. 7 ust. 2, gdy dopuszcza takie kwalifikowanie na podstawie „zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane”².

Podstawowe sprawy strasburskie dotyczące odpowiedzialności karnej za „politykę kontroli granicznej” NRD w związku z Murem Berlińskim, jak również za zbrodnie partyzantów sowieckich popełnione podczas II wojny światowej Europejski Trybunał Praw Człowieka rozstrzygał przyjmując za podstawę werdyktu art. 7 ust. 1 Konwencji i wyraźnie odrzucając potrzebę oceny tych spraw z perspektywy ust. 2 tego postanowienia³. Zdarzało się, że nawet w tych orzeczeniach Trybunał zwracał uwagę na art. 7 ust. 2 i go interpretował, tyle że nie skupiał się na nim, za właściwsze uznając rozstrzygnięcie w oparciu o ust. 1. Nie oznacza to jednak, że ust. 2 pozostaje martwą literą. Już na początku swych doświadczeń orzeczniczych Europejska Komisja Praw Człowieka w decyzji o dopuszczalności skargi z 20 lipca 1957 roku uznała, że art. 7 ust. 2 „dotyczy jedynie praw, które – w zupełnie wyjątkowych okolicznościach w związku z II wojną światową – przyjmowane były dla potrzeb karania zbrodni

* Prof. zw. dr hab. Tadeusz Jasudowicz – kierownik Katedry Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

¹ Por. art. 15 Paktu [w:] *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007.

² W art. 15 ust. 2 Paktu świadomie zrezygnowano z terminu „narody cywilizowane”, preferując zwrot „zasady ogólne prawa uznane przez społeczność międzynarodową”. Świadom jestem tego, że dla wielu autorów ta przemiana sformułowania jest nader istotna; por. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston 1990, s. 365-366. Uważam za cenny ów rzekomy archaizm zachowany w tekście EKPC; por. T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane – garść refleksji*, [w:] *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin profesora Janusza Gilasa*, red. C. Mika, Toruń 1997, s. 145-146.

³ Por.: *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, wyrok ETPC z 22.03.2001 r., pkt 108; *Kononov v. Latvia*, wyrok ETPC (Izba) z 24.07.2008 r., pkt 147 *in fine*, gdzie – moim zdaniem, błędnie – dodał: „nawet zakładając, że ustęp ten znajduje zastosowanie, operacja z 27 maja 1944 roku nie mogłaby zostać uznana za «kryminalną stosownie do zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane»” (cyt. dalej: *Kononov I*). Por. też *Kononov v. Latvia*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 17.05.2010 r., pkt 246 (cyt. dalej: *Kononov II*).

wojennych oraz zdrady lub kolaboracji z nieprzyjacielem, i ani prawnie, ani też moralnie praw takich nie potępia”⁴.

Lata 90. ubiegłego wieku przywracają to postanowienie do życia, co wiąże się m.in. z transformacją polityczno-społeczną i prawną w Europie. W decyzji o dopuszczalności skargi w sprawie *Touvier przeciwko Francji* z 13 stycznia 1997 roku Komisja powtórzyła swoje ustalenie sprzed czterdziestu lat, ponownie podkreślając, że to „wynika z prac przygotowawczych do Konwencji”⁵. Z kolei w decyzji o dopuszczalności skargi z 25 listopada 2001 roku w sprawie Papon Trybunał, przypominając niemal dosłownie sformułowanie art. 7 ust. 2, doprecyzował, że obejmuje ono „zbrodnie przeciwko ludzkości”⁶. Niezwykle istotne jest odnotowanie faktu, że w dwóch sprawach estońskich art. 7 ust. 2, w powiązaniu z koncepcją zbrodni przeciwko ludzkości, został zastosowany wobec zbrodniarzy sowieckich w kontekście mordowania ludności cywilnej oraz przymusowych deportacji na Sybir. Trybunał w sprawie Penarta przypomniał, że „art. 7 ust. 2 Konwencji wyraźnie przewiduje, że artykuł ten nie może stać na przeszkodzie sądzeniu i karaniu osoby za jakiegokolwiek działanie lub zaniechanie, które w czasie jego popełnienia było przestępstwem zgodnie z zasadami ogólnymi prawa uznanymi przez narody cywilizowane. Dotyczy to zbrodni przeciwko ludzkości, w stosunku do których norma, że nie mogą one ulegać przedawnieniu, została ustalona przez Statut Norymberskiego Trybunału Międzynarodowego”⁷.

Nie tylko poszczególni sędziowie w wyroku *Kononov przeciwko Litwie* ustosunkowywali się do art. 7 ust. 2, ale też sama Izba Trybunału jednoznacznie potwierdziła ustalenia Komisji z 1957 roku wraz z odniesieniem go „również do popełnionych w tym okresie zbrodni przeciwko ludzkości (z powołaniem się na decyzje w sprawach Touviere i Papon – pkt. 115b), wskazując nadto, że art. 7 ust. 2 „stanowi odstępstwo od zasady ogólnej ustalonej w ust. 1”; jednakże oba te ustępy „są wzajemnie powiązane i powinny być w spójny sposób interpretowane”⁸. W wyroku z 17 maja 2010 roku Wielka Izba Trybunału w tejże sprawie potwierdziła te słowa, dodając przy tym: „Zważywszy na przedmiot sprawy oraz opieranie się na prawach i zwyczajach wojennych stosowanych przed II wojną światową i podczas niej, Trybunał uważa, że *travaux préparatoires* Konwencji wskazują, iż celem art. 7 ust. 2 było sprecyzowanie, że art. 7 nie godzi w ustawy, które – w zupełnie wyjątkowych okolicznościach końca II wojny światowej – były wydawane dla potrzeb karania *inter alia* zbrodni wojennych, wobec czego

⁴ *X. v. Belgium*, dec. z 20.07.1957 r., [w:] *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, t. I, s. 241.

⁵ *Touvier v. France*, dec. z 13.01.1997 r., [w:] *Decisions and Reports of the European Commission on Human Rights*, t. 88-B, s. 161 (cyt. dalej: DR). Por. wywody sędziów Fure-Sandstroma, Bjorgvinssona i Ziemelego do wyroku *Kononov I*, pkt 2.

⁶ *Maurice Papon v. France*, dec. z 25.11.2001 r. Sędzia Myjer w opinii indywidualnej do wyroku *Kononov I*, pkt 6, widzi to zawężająco: „Ludzie tacy jak Papon byli kolaborantami nazistów i nie mieli prawa czynić zarzutu z faktu, iż mieli proces za zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości wiele lat po zakończeniu II wojny światowej”. Bardziej prawidłowo we wspólnej opinii odrębnej do tegoż wyroku, pkt 3 i w „dopowiedzeniu” sędziego Bjorgvinssona, pkt 3.

⁷ *Vladimir Penart v. Estonia*, dec. z 24.01.2006, pkt 7. Por. *August Kolk and Petr Kislyiy v. Estonia*, dec. z 17.01.2006 r., pkt 7. Szerzej pisze o tym A. Cassese, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, „Journal of International Criminal Justice”, 2006, vol. 4 (2), s. 410 i nn.

⁸ *Kononov I*, pkt 115a (z powołaniem się na wyrok EKPC z 12.12.2002 r. w sprawie *Tess v. Latvia*).

art. 7 nie ma na celu dokonywania w jakikolwiek sposób prawnego ani moralnego osądu takich ustaw”⁹.

Orzecznictwo strasburskie dość ściśle i konsekwentnie trzyma się zatem wąskiego rozumienia ust. 2 i bardzo konkretnie pojmuje *ratio legis* tego postanowienia, pozostając przy wstępnym werdykcie Komisji z 1957 roku. Czy można się więc zgodzić z poglądem Velu i Ergeca, jakoby art. 7 ust. 2 nie stanowił żadnej przeszkody, by „w przyszłości prawodawca w sposób absolutny uświęcił zasadę nieretroakcji prawa karnego”¹⁰? Ograniczę się do spostrzeżenia, że w żadnym ze swoich orzeczeń Trybunał – nawet jeśli nie widział potrzeby uciekania się do osądu z perspektywy art. 7 ust. 2 – nie uznał jednak tego postanowienia za martwą literę prawa ani nie zakwestionował jego przydatności.

Doktryna, zamiast wyjaśnić treść art. 7 ust. 2, jeszcze bardziej ją zaciemnia. Na uzasadnienie tezy, jakoby „mając na myśli przykład Norymbergi, autorzy Konwencji odwołali się do wyjątku sformułowanego w art. 7 ust. 2”, Velu i Ergec przywołują pogląd Van der Merscha: „W prawie międzynarodowym, którego zwyczajowa podstawa stanowi wyraz osądów moralnych cywilizowanego świata, nie ma miejsca na ścisłą zasadę *nullum crimen, nulla poena*”¹¹.

Stosunkowo jasne są wywody van Dijka i van Hoofa, którzy twierdzą, że art. 7 ust. 2 „nie odnosi się tylko do zbrodni wojennych, ale do wszystkich działań lub zaniechań, które podlegają karze «zgodnie z zasadami ogólnymi prawa uznanymi przez narody cywilizowane»”¹². W charakterze takich zasad ogólnych prawa postrzegają zarazem nie tylko zasady wspólne krajowym porządkom prawnym¹³, ale też „wynikające z rozwijającego się prawa międzynarodowego, zwykle za pośrednictwem zawieranych traktatów i/lub praktyki międzynarodowej, która się ukształtowała lub się kształtuje”¹⁴.

Nie zgadzam się jednak z poglądem tych autorów, jakoby wykluczało to „zasady prawa wspólne umawiającym się państwom”, ponieważ – ich zdaniem – „odnośna norma prawna musi być uznana także poza tym kręgiem przez «reprezentatywną» grupę państw”¹⁵. Oznaczałoby to zawężenie „zasad ogólnych prawa” wyłącznie do sfery uniwersalnych, a odrzucenia koncepcji regionalnych, w tym europejskich zasad ogólnych prawa. W systemie źródeł prawa UE wymienia się „zasady ogólne prawa wspólnotowego”; co więcej, taki właśnie status nadaje się prawom człowieka czerpanym m.in. z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁶.

⁹ *Kononov II*, pkt 186. Wyrok skonkretyzował przy tym, że „definicja zbrodni wojennych włączona do art. 6b Statutu Norymberskiego Międzynarodowego Trybunału Wojskowego uważana była za deklarację międzynarodowych praw i zwyczajów wojennych, tak jak były one rozumiane w 1939 roku” – *ibidem*, *in fine*. Na temat definicji poszczególnych zbrodni międzynarodowych w odniesieniu do czynów popełnionych w trakcie II wojny światowej oraz możliwości ich kumulatywnej kwalifikacji zob. np. K. Karski, *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2011, nr 2, s. 51-82; K. Karski, *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle prawa międzynarodowego (W odpowiedzi na polemikę Patrycji Grzebyk)*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2011, nr 2, s. 103-117.

¹⁰ J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, s. 517, pkt 633.

¹¹ *Ibidem*.

¹² P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 365 (ze słusznym wskazaniem źródła w art. 38 ust. 1c Statutu MTS).

¹³ *Ibidem*, s. 366.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Por. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 438-453, pkt 1075-1111, s. 518-519, pkt 1279-1280.

Zauważmy nadto, że np. Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów wyraźnie powołuje się na „cechy tradycji historycznej i wartości cywilizacji afrykańskiej, które powinny inspirować i kształtować koncepcję praw człowieka i ludów”¹⁷. Sama Europejska Konwencja Praw Człowieka w swojej preambule stanowi wręcz zaproszenie do kierowania się filozofią zasad ogólnych prawa wspólnych systemom prawnym państw-stron, skoro mowa tam o „tym samym duchu”, i „wspólnym dziedzictwie tradycji politycznych, ideałów wolności i rządów prawa”¹⁸, zaś Statut Rady Europy akcentuje „niewzruszalne przywiązanie do wartości duchowych i moralnych, które są wspólnym dziedzictwem ich narodów” oraz „urzeczywistnienie jedności między jej Członkami w celu ochrony ideałów i zasad, które stanowią ich wspólne dziedzictwo”¹⁹.

Konkretyzując swoje ustalenia, van Dijk i van Hoof obejmują zakresem art. 7 ust. 2 zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Nie porzeczając na tym, za logiczne uznają nawiązanie do „podstawowych zasad w dziedzinie praw człowieka”, egzemplifikując to „prawem do życia oraz fizycznej i psychicznej integralności osoby, zakazem niewolnictwa i tortur oraz zakazem dyskryminacji rasowej”²⁰. Wszystko wydawałoby się już jasne, gdyby nie końcowe załamanie się koncepcji autorów: „Jednakże w zakresie, w jakim zasady ogólne prawa międzynarodowego [zwraca uwagę, że autorzy nie użyli sformułowania «zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane» – przyp. T.J.] nie zostały w taki czy inny sposób włączone do prawa krajowego, mogą one służyć jako podstawa skazania jednostek jedynie w tych przypadkach, w których naruszenie tych zasad może być kwalifikowane jako «zbrodnia przeciwko ludzkości». W innych przypadkach – naszym zdaniem – indywidualna odpowiedzialność nie jest jeszcze wystarczająco jasno ustalona na podstawie współczesnego prawa międzynarodowego”²¹. To poważna niekonsekwencja, gdyż van Dijk i van Hoof wcześniej obejmowali zakresem art. 7 ust. 2 – poza zbrodniami przeciwko ludzkości – także zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko pokojowi, otwierając się na „elementarne prawa” van Boven.

Najwięcej zamieszania i niejasności w rozumieniu art. 7 ust. 2 wprowadził Piotr Hofmański. Po pierwsze, zupełnie bezpodstawnie w kontekście art. 7 ust. 1 utrzymuje, że „brak jest podstaw, aby pod to pojęcie podciągać prawo inne niż traktatowe”, by z kolei w związku z art. 7 ust. 2 stwierdzić – doprawdy zaskakująco – że „nie chodzi tu także o zakazy wprowadzone przez prawo międzynarodowe”²². Po drugie, razi brak elementarnego poczucia odpowiedzialności terminologicznej. Autor ten zongluje rozmaitymi terminami, nie przeprowadzając żadnego ich rozróżnienia: „ogólne zasady uznane przez narody cywilizowane”²³,

¹⁷ Wstęp, ust. 4. Tekst Karty [w:] *Międzynarodowa ochrona...*, *op. cit.*, s. V, 1.

¹⁸ Wstęp, ust. 5, *ibidem*. Zob. T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 156-158.

¹⁹ Wstęp, ust. 2 oraz art.1a Statutu. Tekst [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, oprac. B. Gro-nowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s.123 i nn.

²⁰ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 366-367. Przypominają przy tym pogląd T. van Boven, na którym sam wcześniej się opierałem. Por. T. van Boven, *Survey of the Positive International Law of Human Rights*, [w:] *The International Dimensions of Human Rights*, ed. by K. Vasak, t. 1, Paris 1982, s. 107 („zasady ogólne prawa oznaczają fundamentalne i ponad-pozytywne normy, które leżą u podłoża społeczności ludzkiej w ogóle”).

²¹ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 367.

²² P. Hofmański, *Komentarz do art. 7*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: *Komentarz do artykułów 1-118*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 468, pkt 7/13, s. 478, pkt 1/37.

²³ *Ibidem*, s. 463, pkt 3, 470, pkt 8/14, s. 478, pkt 1/37.

„zasady akceptowane przez cywilizowane narody”²⁴, „ogólne zasady prawa międzynarodowego”²⁵ oraz „ogólne zasady uznane przez prawo międzynarodowe”²⁶. Szkoda, że autor – którego kompetencji w sferze prawa karnego kwestionować nie podobna – nie postarał się o elementarne przypomnienie sobie litery prawa międzynarodowego według którego termin „zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane” umocowany w art. 38 Statutu MTS to wymagający poszanowania, wystarczająco precyzyjny termin prawny.

Przechodząc do konkretnych postaci „zasad ogólnych prawa”, Hofmański – jak Komisja i Trybunał, kompetentnie powołując się na *travaux préparatoires* Konwencji – uwzględnia kontekst norymberski²⁷. Arbitralnie wciska jednak Trybunałowi założenie dotyczące sytuacji po II wojnie światowej, „gdy niedostatek traktatowych podstaw odpowiedzialności musiałby prowadzić do uwolnienia sprawców ludobójstwa [co wątpliwe – przyp. T.J.], którego dopuścili się naziści”, ale „[Trybunał – przyp. T.J.] nie jest jednak skłonny rozciągać tego wyjątku na inne przypadki”²⁸.

W wyroku Izby w sprawie Kononova, na który Hofmański się powołuje, nie ma nawet wzmianki o ludobójstwie. Co więcej, Trybunał nigdy go nie stwierdził ani się takowym nie zajmował. Ludobójstwo nie figurowało nawet wśród zbrodni i wojennych *sensu largo*, które w art. VI kodyfikował Statut MTW, podobnie jak nie pojawiło się w Wyroku Norymberskim. To dopiero Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 roku skodyfikowała tę zbrodnię, której państwa mają zapobiegać i którą mają karać²⁹. Niemniej doceniam wyjście poza kontekst norymberski i tokijski wraz z interpretacją, że art. 7 ust. 2 „jest także swoistą «klapą bezpieczeństwa» na wypadek, gdyby znowu popełnione zostały czyny, które współcześnie nie mieszczą się w wyobraźni społeczności międzynarodowej i w związku z tym nie mogą być wyraźnie przewidziane jako zbrodnie w traktatach międzynarodowych”³⁰. I chociaż sformułowaniom tym daleko do precyzji, autor stara się konstruować istotne „kryterium dopuszczalności sięgania po wyjątek określony w art. 7 ust. 2”: „Jeżeli bowiem określone zachowanie zabronione jest pod groźbą kary w większości państw uznawanych za cywilizowane, to zasadne być może podjęcie próby wykazania, że sprawca takiego zachowania powinien być sankcjonowany, pomimo iż państwo dopuściło się zaniechania ukształtowania właściwych prawnych podstaw odpowiedzialności karnej. Innymi słowy, obowiązek przestrzegania prawa ma swoje granice tam, gdzie owo prawo traci demokratyczną i akceptowaną przez cywilizowane narody legitymację”³¹. Hofmański widzi

²⁴ *Ibidem*, s. 479, pkt 3/39.

²⁵ *Ibidem*, s. 470, pkt 6/14.

²⁶ *Ibidem*, s. 478, pkt 1/37.

²⁷ *Ibidem*, s. 477, pkt 1/35.

²⁸ *Ibidem*, s. 477, pkt 1/38 *in fine*.

²⁹ Tekst Konwencji [w:] Dz. U. 1952, nr 2, poz. 9. W ust. 1 preambuły pryncypialnie stwierdzono, że „ludobójstwo jest zbrodnią w obliczu prawa międzynarodowego, sprzeczną z duchem i celami Narodów Zjednoczonych i potępioną przez świat cywilizowany”.

³⁰ P. Hofmański, *op. cit.*, s. 477, pkt 1/35 *in fine*. Uwzględnia tu kontekst „skazania za czyny popełnione w państwie rządzonym przez niedemokratyczny reżim, który to reżim wbrew ogólnym zasadom prawa międzynarodowego dopuszcza się grzechu zaniechania poprzez odstąpienie od kryminalizacji pewnych zachowań” – *ibidem*, s. 477, pkt 2/36. Jako przykład podaje zabójstwa przy Murze Berlińskim uciekinierów z NRD, zapominając jednak o tym, że Trybunał rozstrzygał te skargi na podstawie ust. 1, nie zaś ust. 2.

³¹ *Ibidem*, s. 479, pkt 3/39.

zatem sens art. 7 ust. 2 także w przyszłości i nie wyklucza jego przydatności. Do mojej końcowej oceny tego wyjątku powrócę po omówieniu kwestii prawa międzynarodowego, tak jak przedstawia się ona w kontekście art. 7 ust. 1.

Art. 7 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – tylko *durante pace* czy także *durante bello*?

Skoro w związku z II wojną światową i jej konsekwencjami okazał się niezbędny wyjątek sformułowany w art. 7 ust. 2 Konwencji, wąsko interpretowany przez Komisję i Trybunał jako środek zaradczy na potrzeby ścigania i karania zbrodniarzy wojennych, łatwo można by pomyśleć, że zasada umocowana w art. 7 ust. 1 ma na względzie czas pokoju. Tak jednak nie jest i orzecznictwo strasburskie takiego założenia nie potwierdza. Większość spraw, jakie stawały przed Komisją lub Trybunałem, nie miała nic wspólnego z wydarzeniami z okresu II wojny światowej ani jakiegokolwiek wojny w ogóle.

Nie kusząc się o wyczerpującą analizę, wskażę wybiórczo, że Komisja zajmowała się art. 7 ust. 1 – wyłącznie „na podstawie prawa krajowego” – w kontekście ekstradycji³², sprzeciwu sumienia wobec służby wojskowej³³, ścigania w kontekście radiowej działalności nadawczej³⁴ bądź innych przypadków sankcji w sferze wolności ekspresji³⁵, zastosowania łagodniejszej późniejszej kary³⁶, nielegalnych transakcji kupna nieruchomości³⁷, polityki stosowania aktów łaski³⁸, skierowania – zamiast skazania – na przymusowe leczenie psychiatryczne³⁹ itd., itp.

W przeważającej większości przypadków także Trybunał zajmował się sprawami w ogóle nie mającymi żadnego związku z wydarzeniami wojennymi, co więcej, w których nie zastosował oceny „na podstawie prawa międzynarodowego”. Sprawy dotyczyły zaś kryminalizacji niestosownego prozelityzmu⁴⁰, zastosowania późniejszego łagodniejszego ustawodawstwa⁴¹, prolongacji uwięzienia na podstawie ustawy późniejszej⁴², przewidywalności kary⁴³, retroaktywnej konfiskaty⁴⁴, karalności gwałtu w małżeństwie⁴⁵, sankcji w sferze wolności eks-

³² *X. v. the Netherlands*, dec. z 6.07.1976 r., DR 6, s. 185-186.

³³ *X. v. FRG*, dec. z 5.07.1977 r., DR 9, s. 204.

³⁴ *X. v. the Netherlands*, dec. z 12.12.1977 r., DR 11, s. 211.

³⁵ *X. Ltd. and Y. v. the United Kingdom*, dec. z 7.05.1982 r., DR 28, s. 79 i nn.

³⁶ *X. v. FRG*, dec. z 6.03.1978 r., DR 13, s. 70.

³⁷ *G. v. Liechtenstein*, dec. z 3.10.1984 r., DR 38, s. 237-238.

³⁸ *Peter Hogben v. the United Kingdom*, dec. z 3.03.1986 r., DR 46, s. 236.

³⁹ *Sylvain Dhoest v. Belgium*, dec. z 14.05.1987 r., DR 55, s. 27-28.

⁴⁰ *Kokkinakis v. Greece*, wyrok ETPC z 25.05.1993 r., ser. A, t. 260-A, pkt 52.

⁴¹ *G. v. France*, wyrok ETPC z 27.09.1995 r., ser. A, nr 325-B, pkt 24-27. Por. przeciwne stanowisko Trybunału – *Case of Gabarri Moreno v. Spain*, wyrok ETPC z 22.07.2003 r., pkt 22-34 (odmowa zastosowania łagodniejszej późniejszej ustawy).

⁴² *Jamil v. France*, wyrok ETPC z 8.06.1995 r., ser. A, nr 320, pkt 30 i nn. Por. *Veeber v. Estonia (no. 2)*, wyrok ETPC z 21.01.2003 r., pkt 29; *Pubk v. Estonia*, wyrok ETPC z 10.02.2004 r., pkt 24-34; *Affaire Pessino c. France*, wyrok ETPC z 10.10.2006 r., pkt 28-37; *Custers, Deveaux and Turk v Denmark*, wyrok ETPC z 3.05.2007 r., pkt 76-98; *Kafkaris v. Cyprus*, wyrok ETPC z 12.02.2008, pkt 137-152; *Gurguchiani c. Espagne*, wyrok ETPC z 15.12.2009, pkt 43-44.

⁴³ *Grigoriades c. Grece*, wyrok ETPC z 25.11.1997 r., Reports 1997, pkt 49.

⁴⁴ *Welch v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 9.02.1995 r., ser. A, nr 307-A, pkt 27-35.

⁴⁵ *S.W. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 22.11.1995 r., ser. A, nr 335-B, pkt 34-45. Por. identyczną decyzję: *C.R. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 22.11.1995 r., ser. A, nr 335-C, pkt 32-44.

presji⁴⁶, stosowania nowego prawa w przypadku recydywy⁴⁷, braku precyzji przepisu prawa karnego⁴⁸, niedozwolonego przekroczenia granicy⁴⁹ lub retroaktywnego rozciągnięcia prewencyjnej detencji⁵⁰.

Spoglądając z dystansu na orzecznictwo strasburskie na tle art. 7 ust. 1 Konwencji, można pokusić się o jego syntezę: po pierwsze, mocno podkreśla się bezpośrednią więź tej gwarancji z zasadą *rule of law* i niederogowalny charakter zakazu retroakcji⁵¹; po drugie, równie silnie akcentuje się obowiązek interpretacji i stosowania art. 7, „jak to wynika z jego przedmiotu i celu, w taki sposób, by zapewnić skuteczne zabezpieczenia przed arbitralnym ściganiem, sądzeniem i karaniem”⁵²; po trzecie, jeśli chodzi o zakres gwarancji, podkreśla się, że „art. 7 ust. 1 Konwencji nie ogranicza się do zakazu retroaktywnego stosowania prawa na niekorzyść oskarżonego”, lecz obejmuje również „zasadę, zgodnie z którą jedynie prawo może określać przestępstwo i przepisywać karę (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a także zasadę, stosownie do której prawo karne nie może być ekstensywnie ujmowane na niekorzyść oskarżonego, np. w drodze analogii”, a więc „przestępstwo musi być jasno przez prawo określone”⁵³.

Jeśli chodzi o użyte w art. 7 ust. 1 Konwencji pojęcie „prawa”, Trybunał wielokrotnie wyjaśniał, że „art. 7 odnosi się do tej samej koncepcji, do której Konwencja odwołuje się gdzieindziej, a która obejmuje prawo ustawowe i orzecznicze oraz implikuje wymagania jakościowe, w tym wymogi dostępności i przewidywalności”⁵⁴. W sprawie Kafkarisa Trybunał przypomniał, że „zawsze pojmował «prawo» w jego «substancjalnym» a nie «formalnym» sensie”, obejmując tym pojęciem „zarówno akty niższej od ustaw rangi, jak i prawo niepisane”; jego zdaniem „prawo» to obowiązujący przepis, tak jak go interpretują sądy”⁵⁵.

Podobnie jak w stosunku do innych zasadniczych pojęć z art. 7 ust. 1, w odniesieniu do „kary” Trybunał stwierdził, że jest to „autonomiczna koncepcja konwencyjna”, przy czym „dla nadania skuteczności ochronie zapewnianej przez art. 7, Trybunał musi zachowywać

⁴⁶ *Radio France v. France*, wyrok ETPC z 30.03.2004 r., pkt 20. Por. *Gozel et Ozer c. Turquie*, wyrok ETPC z 6.07.2010 r., pkt 68.

⁴⁷ *Achour v. France*, wyrok ETPC z 29.03.2006 r., pkt 53-61.

⁴⁸ *Akin Birdal c. Turquie*, wyrok ETPC z 13.12.2007 r., pkt 52; *Liivik v. Estonia*, wyrok ETPC z 25.06.2009 r., pkt 92-104; *Tuomela and Others v. Finland*, wyrok ETPC z 6.04.2010 r., pkt 20, 67.

⁴⁹ *Andreou Papi v. Turkey*, wyrok 22.09.2009 r., pkt 101-104. Por. wyroki z tegoż dnia: *Strati v. Turkey*, pkt 108-114; *Vrabimi v. Turkey*, pkt 104-110.

⁵⁰ *M. v. Germany*, wyrok ETPC z 17.12.2009 r., pkt 135-137; *O.H. v. Germany*, wyrok ETPC z 24.11.2010 r., pkt 103-108; *Schummer v. Germany*, wyrok ETPC z 13.01.2011 r., pkt 66-68; *Mateos v. Germany*, wyrok ETPC z 13.01.2011 r., pkt 52-56; *Kallweit v. Germany*, wyrok ETPC z 13.01.2011 r., pkt 65-69; *Jendrowiak v. Germany*, wyrok ETPC z 14.04.2011 r., pkt 45-49.

⁵¹ Por. art. 15 ust. 2 EKPC; art. 4 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych; art. 27 ust. 2 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Por. *S.W.*, pkt 34; *C.R.*, pkt 32; *Veeber*, pkt 29; *Gabbari Moreno*, pkt 22; *Pubk*, pkt 24; *Kafkaris*, pkt 137; *Kononov I*, pkt 113; *Kononov II*, pkt 185. Nieco odmiennie: *Liivik*, pkt 92.

⁵² Por. *S.W.*, pkt 34, 44; *C.R.*, pkt 32, 42; *Veeber*, pkt 29; *Gabbari Moreno*, pkt 22; *Kafkaris*, pkt 137; *Liivik*, pkt 92.

⁵³ Por. *Kokkinakis*, pkt 52. Zdaniem Trybunału, „warunek ten zostaje spełniony, gdy jednostka ze sformułowania odnośnego przepisu może wiedzieć – w razie potrzeby z pomocą jego sądowej interpretacji – jakie działania i zaniechania rodzą jej odpowiedzialność”. Por. też: *Kononov I*, pkt 114a-b.

⁵⁴ Por. *Custers, Deveaux and Turk*, pkt 77.

⁵⁵ *Kafkaris*, pkt 139. Por. *Achour*, pkt 33; *Pessino*, pkt 29; *Liivik*, pkt 93; *Kononov I*, pkt 114b.

swobodę wykraczania poza pozory i samodzielnego oceniania, czy konkretny środek w istocie oznacza «karę» w rozumieniu tego postanowienia⁵⁶.

Od czasu wyroków w sprawach brytyjskich dotyczących mężowskiego immunitetu w sprawach gwałtu ukształtowała się też ciągła i spójna linia orzecznicza nie tylko co do uznania, ale zgoła dowartościowania interpretacji sądowej w tym zakresie. W sprawie *S.W. przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał wskazał: „Niezależnie od tego, jak jasno byłby sformułowany przepis prawny, w każdym systemie prawnym, w tym w prawie karnym, wchodzi w grę nieunikniona potrzeba interpretacji sądowej”, „konieczność wyjaśniania punktów wątpliwych i dostosowywania do zmieniających się okoliczności”, zaś „art. 7 nie wolno odczytywać jako zakazującego stopniowego wyjaśniania reguł odpowiedzialności karnej poprzez interpretację sądową od sprawy do sprawy, pod warunkiem, że wynikający stąd rozwój pozostaje w zgodzie z istotą przestępstwa i może być rozsądnie przewidziany⁵⁷”.

Podkreśla się przy tym, że „Trybunał powinien jednak sprawdzić zgodność z Konwencją skutków tego rodzaju interpretacji” przez sądy krajowe. Może się bowiem zdarzyć, że – jak to stwierdzono w sprawie *Liivik przeciwko Estonii* – „przepis prawa karnego i jego interpretacja stanowiły dziedzictwo poprzedniego, sowieckiego systemu prawnego”, przyjęte przez sądy kryteria oceny „znaczącej szkody moralnej dla interesów państwa” „były zbyt niejasne”, a samo ryzyko wcale się nie ziszcilo, skarżący zaś „nie mógł rozsądnie przewidzieć, iż ponosi ryzyko bycia oskarżonym i skazanym⁵⁸”.

Ogromna większość orzeczeń Komisji i Trybunału dotyczących art. 7 ust. 1 Konwencji wiązała się zatem z badaniem spraw na podstawie prawa krajowego, a jak dotąd jedynie cztery – z uwzględnieniem także prawa międzynarodowego.

Ta wzajemna relacja stosunkowo najmniej wyraziście zarysowała się w sprawie *K.H.W. przeciwko Niemcom*. Trybunał odnotował, że „jej podłożem jest przejście pomiędzy dwoma państwami rządzonymi przez dwa odmienne systemy prawne⁵⁹”, jak również znaczenie sformułowanej w Traktacie zjednoczeniowym z 31 sierpnia 1990 roku zasady, że „za czyny popełnione przez obywateli NRD na terytorium NRD znajduje zastosowanie prawo NRD, zaś prawo RFN stosuje się jedynie tam, gdzie jest ono łagodniejsze (*mitius*)⁶⁰”.

Przyjmując jako zasadniczą dla tej sprawy perspektywę prawa krajowego, Trybunał w nim właśnie poszukiwał rozwiązania, uwzględniając w pierwszym rzędzie Kodeks Karny NRD, Ustawę o milicji ludowej i Konstytucję NRD – wszystkie z 1968 roku. Co ciekawe, starannie wyłuskał z tego prawa przepisy, które – będąc krajowymi – tchnęły duchem prawnomiędzynarodowym, i tak, interpretując art. 17 przytoczonej Ustawy, kładł akcent na fundamentalny wymóg zachowywania – na ile to tylko możliwe – życia jednostek i obowiązek udzielania pierwszej pomocy⁶¹. W związku z Kodeksem Karnym akcentował z kolei istnienie w art. 119 przestępstwa „nieudzielenia pomocy osobie znajdującej się w niebezpieczeństwie”

⁵⁶ *Welch*, pkt 27. Por. *Jamil*, pkt 30-31.

⁵⁷ *S.W.*, pkt 36. Por. *C.R.*, pkt 34; *Radio France*, pkt 20; *Gabbarri Moreno*, pkt 24; *Kafkaris*, pkt 141; *Kononov I*, pkt 114c.; *Kononov II*, pkt 185.

⁵⁸ *Liivik*, pkt 97, 100-101.

⁵⁹ *K.H.W. v. Germany*, wyrok ETPC z 14.02.2001 r., pkt 47.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 49.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 55. Uznawał w związku z tym, że przepisy „wyraźnie obejmowały zasadę proporcjonalności i zasadę zachowywania życia ludzkiego” – pkt 56.

oraz sformułowanie z rozdz. I Części szczególnej KK: „Bezlitosne karanie zbrodni przeciwko pokojowi, ludzkości i prawom człowieka stanowi niezbędną przesłankę stabilnego pokoju na świecie, przywrócenia wiary w podstawowe prawa człowieka oraz w godność i wartość istoty ludzkiej, jak również poszanowania praw wszystkich ludzi”⁶². To niby norma prawa krajowego, ale – gdy się w nią wczytać – zdradza ona swe podłoże prawnomiędzynarodowe, jako że jej treść wykazuje zbieżność z ust. 2 Wstępu do Karty Narodów Zjednoczonych i jej art. 1 ust. 3, w związku z art. 55 Karty i ust. 1 Wstępu do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka.

Podobnie Izba akcentowała wagę „zasad wpisanych w samą Konstytucję NRD, w tym: zgodności przepisów prawa z Konstytucją, obowiązku „poszanowania i ochrony godności i wolności osoby”, nienaruszalności „osoby i wolności każdego obywatela” oraz nieuniknioności dopuszczalnych „ograniczeń praw obywateli”⁶³. Izba z całą powagą przepisy te przypominała i wywodziła z nich konsekwencje prawne.

W związku z faktem, że skarżący „nie był ścigany za przestępstwa w NRD”, Izba wyjaśniła, że „było tak z powodu sprzeczności między – z jednej strony – zasadami ustalonymi w Konstytucji NRD i w jej ustawodawstwie, które były bardzo podobne do zasad państwa rządzącego się *rule of law*, a – z drugiej strony – represyjną praktyką reżimu ochrony granicy w NRD i zarządzeniami wydawanymi dla potrzeb ochrony granicy”⁶⁴. Co więcej, w wyroku w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom* Wielka Izba stwierdziła, że „fakt, iż skarżący nie byli w NRD ścigani, [...] w żaden sposób nie oznacza, iżby ich czyny stosownie do prawa NRD nie stanowiły przestępstwa”⁶⁵; zwłaszcza, że „wielka przepaść między ustawodawstwem NRD a jej praktyką w znacznym zakresie była dziełem samych skarżących”⁶⁶, by ostatecznie stwierdzić, że „skarżący, którzy jako liderzy NRD stworzyli pozory legalności emanującej z systemu prawnego NRD, wobec urzeczywistnianej czy kontynuowanej praktyki, która rażąco gwałciła same zasady tego systemu, nie mogą powoływać się na ochronę art. 7 ust. 1 Konwencji”⁶⁷.

Zwraca uwagę dyskwalifikacja prawna wspomnianej praktyki z perspektywy samego art. 7 ust. 1 Konwencji. Trybunał uznał, że „praktyka państwowa – taka jak polityka graniczna NRD – która rażąco narusza prawa człowieka, a nade wszystko prawo do życia, najwyższą wartość w międzynarodowej hierarchii praw człowieka, nie może zostać objęta ochroną art. 7 ust. 1 Konwencji” i „nie może być opisywana jako «prawo» w znaczeniu art. 7 Konwencji”⁶⁸.

⁶² *Ibidem*, pkt 57, por. pkt 55 *in fine*.

⁶³ Chodziło odpowiednio o: art. 89 ust. 3, 19 ust. 2, 30 ust. 1 i 2 Konstytucji NRD – por. *ibidem*, pkt 56. Jak wskazywał w swojej indywidualnej opinii do wyroku w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz* sędzia Levits, „Konstytucja i inne ustawy NRD były dobrze sformułowane w języku podobnym do języka konstytucyjnych i innych przepisów prawnych państw demokratycznych rządzących się *rule of law*”, słusznie zwracając jednak uwagę, że „Przepisy o prawach człowieka w konstytucjach byłych państw socjalistycznych miały charakter raczej propagandowy” – pkt 14 opinii. W wyroku w sprawie *Streletz* wskazywano ponadto na art. 8 Konstytucji NRD – pkt 103.

⁶⁴ *K.H.W.*, pkt 63. Por. też pkt 64.

⁶⁵ *Streletz, Kessler and Krenz*, pkt 79.

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 78.

⁶⁷ Inne myślenie, zdaniem Trybunału, „oznaczałoby wykraczanie poza przedmiot i cel tego postanowienia, którym jest zapewnienie, by nikt nie podlegał arbitralnemu ściganiu, sądzeniu ani karaniu” – *ibidem*, pkt 88.

⁶⁸ *Ibidem*, pkt 87. Zdaniem Trybunału, praktyka ta „pozbawiała jego substancji ustawodawstwo, na którym rzekomo była oparta” i „była narzucona wszystkim organom NRD, w tym jej organom sądowym” – *ibidem*, *in fine*. Por. *ibidem*, pkt 102-103 oraz *K.H.W.*, pkt 66.

Problem transformacji ustrojowej i stosunku nowego systemu demokratycznego do prawa i praktyki poprzedniego reżimu nie był problemem tylko Niemiec. Jak słusznie zauważyła Wielka Izba w wyroku w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom*, „problem, którym miały się zająć Niemcy po ponownym zjednoczeniu, jeśli chodzi o postępowanie w stosunku do osób, które dopuściły się przestępstw w poprzednim reżimie, wynikał również w przypadku szeregu innych państw, które przechodziły do systemu demokratycznego”⁶⁹. Wobec powyższego, Trybunał uznał „za prawowite wszczynanie przez państwo rządzące się *rule of law* postępowania karnego przeciwko osobom, które dopuściły się zbrodni w byłym reżimie”; sądów zaś tego państwa nie wolno krytykować „za stosowanie i interpretowanie przepisów prawnych obowiązujących w odnośnym czasie w świetle zasad rządzących państwem wiernym *rule of law*”⁷⁰.

Sprawa *Kononov* radykalnie różni się od innych rozpatrywanych dotąd przez Trybunał i nie może się sprowadzać tylko do kontekstu transformacji, co słusznie zauważył sędzia Bjorgvinsson, a co do czego nie był pewien sędzia Myjer⁷¹. Trybunał Strasburski (tak jak żaden prawnik) nie może po prostu „umywać rąk” i rezygnować z jakichkolwiek ocen, zwłaszcza wtedy, gdy państwo będące sukcesorem podstawowego winowajcy dziejowego, czyli Rosja, „bez rumieńca wstydu [...] wciska ciemnotę”, zamiast uderzyć się w pierś za zbrodnie dokonane wcześniej pod innym szyldem. Jak słusznie to przedstawiła Litwa w kontekście wyroku w sprawie *Kononov II*, Związek Radziecki po „bezprawnej agresji przeciwko państwom bałtyckim” „nie uzyskał żadnych suwerennych praw do państw bałtyckich, wobec czego w świetle prawa międzynarodowego państwa bałtyckie nie stanowiły prawowitej części ZSRR, a ponadto państwa bałtyckie nadal istniały jako międzynarodowe osoby prawne po agresji ZSRR z 1940 roku, która zaowocowała nielegalną okupacją państw bałtyckich”⁷².

Warto spojrzeć na cztery badane wyroki ETPC z perspektywy podstaw kwalifikacji prawnej czynów skarżących jako przestępczych i podlegających karze. W sprawie *K.H.W. przeciwko Niemcom* Trybunał bazuje na prawie krajowym NRD i w oparciu o nie osądza reżim kontroli granicznej, bo ten „rażąco naruszał prawa podstawowe wpisane w art. 19 i 30 Konstytucji NRD, które zasadniczo były potwierdzone w Kodeksie karnym NRD (art. 213) i w kolejnych ustawach o granicach (...)”⁷³. Co więcej, Trybunał na końcu swoich konkluzji zwrócił uwagę na to, że „Taka praktyka państwowa stanowiła również naruszenie obowiązku poszanowania życia ludzkiego oraz innych zobowiązań międzynarodowych NRD”, która ratyfikowała Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, „uznając prawo do życia i wolność przemieszczania się, uwzględniając też fakt, że dla zwykłych obywateli niemożnością niemal było zgodne z prawem opuszczenie NRD”⁷⁴.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 80.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 81. Por. stwierdzenie Wielkiej Izby w wyroku *Kononov II*, pkt 241. Uznała też, że ściganie skarżącego „nie może być uznane za nieprzewidywalne” – *ibidem*, pkt 243. Por. też stanowisko Izby w wyroku *Kononov I*, pkt 114f.

⁷¹ *Kononov I*, pkt 2 opinii sędziego Bjorgvinssona oraz pkt 9-10 opinii sędziego Myjera.

⁷² *Kononov II*, pkt 179. Odsyłam do moich wywodów – T. Jasudowicz, *Widmo krąży po Europie. Bezprawie paktu Ribbentrop-Mołotow*, Toruń 1993, zob. rozdz. II: *Ku aneksji państw bałtyckich*, s. 81 i nn.

⁷³ *K.H.W.*, pkt 67.

⁷⁴ *Ibidem*.

W sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom* – również dotyczącej kontroli granicznej NRD – Trybunał nie ogranicza się do wstępnego wskazania, że „w czasie, gdy skarżący dopuszczali się swoich czynów, stanowiły one przestępstwa zdefiniowane z wystarczającą dostępnością i przewidywalnością w prawie NRD”⁷⁵, lecz uznaje, że „jest również jego obowiązkiem zbadanie niniejszej sprawy ze stanowiska zasad prawa międzynarodowego, zwłaszcza dotyczących międzynarodowej ochrony praw człowieka, tym bardziej, że sądy niemieckie używały argumentacji na tych zasadach opartej”⁷⁶. Dalsze rozumowanie Trybunału idzie dwoma torami wskazanymi na końcu konkluzji w wyroku w sprawie *K.H.W. przeciwko Niemcom*: prawa do życia i wolności przemieszczania się.

Trybunał uwzględni międzynarodowe podstawy normatywne prawa do życia, wcześniej zaakcentowawszy uznanie w nich „prymatu prawa do życia”, które postrzega jako „niezbyszalny atrybut istot ludzkich” i „najwyższą wartość w hierarchii praw człowieka”; wykorzystuje zarazem argument oparty na tak rozumianym prawie do życia do dyskwalifikacji systemu kontroli granicznej NRD, m.in. negując dopuszczalność wykorzystywania art. 2 ust. 2 Konwencji co do przypadków „użycia siły absolutnie koniecznej”⁷⁷. Trybunał uwzględni również międzynarodowe podstawy normatywne wolności przemieszczania się, wskazując, że „reżim policji granicznej NRD” nie znajduje w nich usprawiedliwienia⁷⁸. W rezultacie Trybunał dochodzi do wniosku, że „w czasie ich popełnienia czyny skarżących stanowiły także przestępstwa określone z wystarczającą dostępnością i przewidywalnością przez normy prawa międzynarodowego o ochronie praw człowieka”⁷⁹.

Wniosek wydaje się kontrowersyjny, ale Trybunał wcześniej wyjaśnił: „Zakładając nawet, że takiej odpowiedzialności nie dałoby się wywieść z wyżej wymienionych dokumentów międzynarodowych o ochronie praw człowieka, można jednak tego dokonać, gdy są one odczytywane wraz z art. 95 Konstytucji NRD, który wyraźnie przewidywał, że indywidualna odpowiedzialność karna ma być ponoszona przez osoby, które naruszały zobowiązania międzynarodowe NRD albo prawa człowieka i podstawowe wolności”⁸⁰. Prawo krajowe wsparło zatem międzynarodowe. Co znaczące w kontekście sprawy łotewskiej, Trybunał uznał za zbędne nie tylko badanie, czy skazanie skarżących „było usprawiedliwione na podstawie art. 7 ust. 2 Konwencji”, ale także badanie „ze stanowiska innych norm prawa międzynarodowego, zwłaszcza norm dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości”⁸¹.

W sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom* ocena z perspektywy międzynarodowo chronionych praw człowieka zajmuje zatem miejsce pierwszoplanowe i w najwyższym stopniu uwzględnia wywody Trybunału, ale punktem wyjścia i ostatecznym odniesieniem dla specyficznego prawa międzynarodowego pozostaje prawo krajowe, które udziela praktycznego wsparcia. Normy prawa międzynarodowego praw człowieka nie stanowią bowiem wystarczająco precyzyjnej podstawy, by spełnić wyższe wymogi – co do ich precyzji, do-

⁷⁵ *Streletz, Kessler and Krenz*, pkt 89.

⁷⁶ *Ibidem*, pkt 90; zob. też pkt 91. Por. stanowisko Federalnego Trybunału Sprawiedliwości i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego [w:] *K.H.W.*, pkt 60, ust. 3-4.

⁷⁷ *Ibidem*, odpowiednio – pkt 103 (por. pkt 92, 94), 95-96 oraz pkt 100 *in fine* i pkt 102.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 98; por. pkt 100-101.

⁷⁹ *Ibidem*, pkt 105.

⁸⁰ *Ibidem*, pkt 104.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 108; por. pkt 106.

stępnosci i przewidywalności – „prawa” w kontekście art. 7 ust. 1 niż wynika to z kontekstu rozstrzygnięcia o granicach dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w korzystanie z praw człowieka⁸².

W badanej sprawie łotewskiej wszystko wygląda inaczej. Przypomnijmy, że w sprawie Kononowa mamy do czynienia z dwoma wyrokami: Izby z 2008 roku i Wielkiej Izby z 2010 roku⁸³. Są one do siebie podobne pod względem sposobu postrzegania zobowiązań wynikających z art. 7 ust. 1 w świetle dotychczasowego orzecznictwa strasburskiego⁸⁴. Identyczne też oceniają, że zadaniem Trybunału nie jest „orzekanie o indywidualnej odpowiedzialności karnej skarżącego”, lecz „zbadanie sprawy z perspektywy art. 7 ust. 1 Konwencji”⁸⁵. Sposób wykonania tego zadania jest jednak w każdym z wyroków postrzegany inaczej.

W wyroku w sprawie *Kononov I* Izba szuka odpowiedzi, „czy 27 maja 1944 roku czyny skarżącego stanowiły przestępstwa, które były określone z wystarczającą dostępnością i przewidywalnością przez prawo krajowe lub prawo międzynarodowe”⁸⁶. Tymczasem Wielka Izba podkreśla dwuwymiarowość swojej funkcji: „po pierwsze, zbadać, czy istniała wystarczająco jasna podstawa prawna – zważywszy na stan prawa na dzień 27 maja 1944 roku – dla skazywania skarżącego za przestępstwa zbrodni wojennych; po drugie, [...] czy przestępstwa te były określone przez prawo z wystarczającą dostępnością i przewidywalnością, tak, by skarżący mógł wiedzieć 27 maja 1944 roku, jakie działania i zaniechania czyniłyby go karnie odpowiedzialnym za takie zbrodnie i odpowiednio regulować swoje postępowanie”⁸⁷.

W obu wyrokach uznano, że sprawa odpowiedzialności karnej skarżącego „w pierwszym rzędzie należy do oceny przez sądy krajowe”, przy czym Wielka Izba zaznaczyła, że „nie jest funkcją Trybunału zajmowanie się rzekomymi błędami popełnionymi przez sąd krajowy, chyba że w takim zakresie, w jakim mogą one naruszać prawa i wolności chronione przez Konwencję”⁸⁸. Dodała przy tym: „Nie ma powodu, by negować faktyczny opis wydarzeń z 27 maja 1944 roku, jak jest on ustalony w orzeczeniach sądów krajowych”⁸⁹.

Zupełnie inaczej, wbrew własnej deklaracji, postępowwała Izba. Najpierw silnie zaakcentowała ona rzekomą potrzebę dokonywania „ważnego rozróżnienia między istnieniem faktów a ich prawną charakteryzacją”, przyznając sobie „swobodę przypisywania faktom sprawy [...] charakteryzacji prawnej odmiennej od dawanej przez skarżącego”⁹⁰. W istocie jednak o wiele bardziej przyjmowała stronę skarżącego, absolutnie zaś nie podzielała ani ustaleń faktycznych, ani ich oceny przez sądy krajowe. W ten sam sposób postrzegała „inkorporację Łotwy w skład Związku Radzieckiego” jako „czysto historyczny fakt, który nie podlega jej jurysdykcji”, tym bardziej, że – jej zdaniem – „te zagadnienia [...] nie są ani rozstrzygające,

⁸² Szerzej na ten temat M. Balcerzak, T. Jasudowicz, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, zob. rozdział *Granice korzystania z praw człowieka*, s. 115 i nn.

⁸³ Por. przyp. 3.

⁸⁴ *Kononov I*, pkt 114a-f; *Kononov II*, pkt 185-186.

⁸⁵ *Kononov I*, pkt 116; *Kononov II*, pkt 188.

⁸⁶ *Kononov I*, pkt 116 (z powołaniem się na *K.H.W.*, pkt 46).

⁸⁷ *Kononov II*, pkt 188 (z identycznym powołaniem się na *K.H.W.*, pkt 46, ale też na *Streletz, Kessler i Krenz*, pkt 51).

⁸⁸ *Kononov I*, pkt 116; *Kononov II*, pkt 189.

⁸⁹ *Kononov II*, pkt 190. Wskazała przy tym na „wyrok Działu Spraw Karnych z 20 kwietnia 2004 roku, podtrzymany w apelacji przez Senat Sądu Najwyższego”.

⁹⁰ *Kononov I*, pkt 111.

ani nawet istotne”⁹¹. To „grzech pierworodny” Izby, który pociąga bardzo istotne konsekwencje, co czego jeszcze powrócę.

Ponieważ przepis kodeksu karnego powoływał się na „odnośne konwencje międzynarodowe”, w obu wyrokach uznano, że „skazanie oparte było raczej na międzynarodowym, nie zaś na krajowym prawie”, wobec czego „musi być badane właśnie z tej perspektywy”⁹². W zupełnym odróżnieniu od wcześniej omawianych spraw niemieckich, właściwym obszarem badawczym staje się międzynarodowe prawo humanitarne i międzynarodowe prawo karne, nie zaś międzynarodowo chronione prawa człowieka.

Wyrok w sprawie *Kononov I* jest skandaliczny.

Po pierwsze, chodzi o generalną ocenę stanu międzynarodowego prawa humanitarnego w czasie II wojny światowej, a bardziej konkretnie – na dzień 27 maja 1944 roku, kiedy to skarżący jako sowiecki dowódca partyzancki kierował ekspedycją karną na wieś Mazie Bati, w wyniku której zginęło 6 mężczyzn i 3 kobiety, w tym jedna w zaawansowanej ciąży. Według Izby „ani ZSRR, ani Łotwa nie byli sygnatariuszami Konwencji Haskiej z 1907 roku”, która „zgodnie z klauzulą «powszechnego uczestnictwa» zawartą w art. 2 nie stosowała się do danego konfliktu zbrojnego”⁹³. Izba powinna wiedzieć, że Rosja carska była stroną Konwencji i Regulaminu Haskiego z 1907 roku, a ZSRR jako jej sukcesor także był związany ich postanowieniami, co formalnie potwierdził w 1925 roku. Klauzula *si omnes* figurowała co prawda w art. 2 Konwencji, tyle że dalszy rozwój zwyczajowy prawa ją wyeliminował; nie było też dla niej już miejsca w dwóch Konwencjach Genewskich z 1929 roku. Można by zatem powiedzieć – używając terminologii typowej dla europejskiego systemu ochrony praw człowieka – że Konwencja i Regulamin z 1907 roku powinny być postrzegane jako *living instruments*, które pod wpływem dalszego rozwoju traktatowego i zwyczajowego wyzbyły się klauzuli *si omnes* i jej konsekwencji dla zakresu zastosowalności norm do konfliktów zbrojnych.

Po drugie, chociaż Izba formalnie odrzuciła argumentację skarżącego co do niezastosowalności KH z 1907 roku *ratione personae*, ponieważ zabici wieśniacy nie byli „nieprzyjaciółmi” w rozumieniu Konwencji Haskiej, lecz jego „współobywatelami”⁹⁴, w istocie postrzegając ich jako „współobywateli” kolaborujących „z nazistami”, w związku z czym przypominała, że „narodowy socjalizm sam w sobie jest zupełnie sprzeczny z najbardziej fundamentalnymi wartościami leżącymi u podłoża Konwencji”⁹⁵, odrzuciła możliwość uznania wieśniaków za „osoby cywilne”, tym bardziej, że „nadużyły swego statusu «osoby cywilnej», przy czym „nie ma niczego, co by wskazywało, że na podstawie *jus in bello* istniejącego w 1944 roku osoba, która nie spełniała formalnych warunków dla zakwalifikowania jako «kombatanta», musiała automatycznie być zakwalifikowana do kategorii «osób cywilnych» ze wszystkimi związanymi z tym gwarancjami”⁹⁶.

⁹¹ *Ibidem*, pkt 112.

⁹² *Ibidem*, pkt 117 *in fine*; *Kononov II*, pkt 196.

⁹³ *Kononov I*, pkt 120.

⁹⁴ *Ibidem*, pkt 121.

⁹⁵ *Ibidem*, pkt 130. Swoją drogą, szkoda, że nie zbadała, jak z tej perspektywy wyglądał system komunistyczny ZSRR.

⁹⁶ *Ibidem*, pkt 131 *in fine*. Wielka Izba zwróciła uwagę na to, że według skarżącego i Federacji Rosyjskiej wieśniacy byli „kombatantami”, Izba zaś uznała ich za „kolaborantów” – *Kononov II*, pkt 193. Przyjmując możliwie korzystną dla skarżącego opcję, Wielka Izba rozpoczęła analizę od założenia, że „zabici wieśniacy należeli do kategorii osób cywilnych, które uczestniczyły w działaniach wojennych” – *ibidem*, pkt 194.

Wielka Izba – przyjmując „najbardziej korzystną dla skarżącego” opcję, mimo stwierdzonych jednoznacznie faktów dowodzących zbrodniczości działań jego jednostki⁹⁷ – kolejno eliminowała możliwość traktowania wieśniaków jako *franc tireurs* lub uczestników *leve en masse*⁹⁸, na wypadek zaś uznania ich za „kombatantów” podkreślała, że „*jus in bello* uznawało w 1944 roku prawo do statusu jeńca wojennego, jeżeli kombatanci zostali schwytani, poddali się czy stali się niezdolni do walki *hors de combat*”⁹⁹. Warto dodać, że zgodnie z art. 3 Regulaminu Haskiego z 1907 roku kombatantom „przysługuje prawo, aby byli traktowani jak jeńcy wojenni”. Co najistotniejsze, Wielka Izba podkreśliła, że „w 1944 roku rozróżnienie między kombatantami a osobami cywilnymi (oraz między należną im ochroną) było kamieniem węgielnym praw i zwyczajów wojennych, a MTS opisał ją jako jedną z dwóch «kardynalnych zasad zawartych w tekstach stanowiących podstawę prawa humanitarnego»”¹⁰⁰.

Rażące jest spostrzeżenie Izby, że „wieśniacy, stając po stronie jednego z wojujących, narażają się na ryzyko represaliów ze strony drugiego”¹⁰¹. Podobnie skandalicznie brzmią wywody Izby odrzucające tezę, że „sprawa dotyczyła «niebronionej wsi»” oraz że operacja została „dokonana «zdradziecko» w rozumieniu art. 23 Regulaminu Haskiego”; Izba zaś kwalifikowała ją jako „prawowity «fortel wojenny», do czego upoważniał art. 24”, wobec czego uznała, że „nie wykazano dostatecznie, iżby atak z 27 maja 1944 roku *per se* był sprzeczny z prawami i zwyczajami wojennymi skodyfikowanymi w Regulaminie Haskim z 1907 roku”¹⁰². Co więcej, Izba dodała, że „trzy kobiety również były winne nadużycia swego statusu «osób cywilnych», zapewniając autentyczną, konkretną pomoc sześciu mężczyznom z Mazie Bati, którzy kolaborowali z nazistowskim okupantem”¹⁰³.

Zdaniem Izby, „nawet jeśli doszło do nadużycia władzy, ani jego, ani operacji wojskowej, w czasie której miało ono miejsce, nie można rozsądnie uznawać za naruszenie praw i zwyczajów wojennych skodyfikowanych w Regulaminie Haskim”, lecz co najwyżej za „przestępstwa na podstawie prawa powszechnego”, badane na podstawie ówczesnego prawa krajowego¹⁰⁴. Skoro tak, Izba – odrzucając retroaktywne zastosowanie Konwencji z 1968 roku – doszła do wniosku, że „tam, gdzie wchodzi w grę przestępstwa prawa powszechnego [...], postanowienie to [czyli art. 7 Konwencji – przyp. T.J.] w zasadzie uniemożliwia jakiegokolwiek przywracanie możliwości karania przestępców za czyny, które już nie podlegają karze, ponieważ uległy przedawnieniu”, tym bardziej, że – co jest istotne w kontekście transformacji ustrojowej – „nie ma ani nigdy nie było przepisu w prawie łotewskim, który by umożliwił zawieszenie bądź rozciągnięcie terminów przedawnienia tylko dlatego, że od-

⁹⁷ Por. opis [w:] *Kononov II*, pkt 191-192.

⁹⁸ *Ibidem*, pkt 195.

⁹⁹ *Ibidem*, pkt 202. Przypomniała też o ich „prawie do ludzkiego traktowania”, zakazie „złego traktowania czy przyspieszonej egzekucji” i ograniczeniach dopuszczalności użycia wobec nich broni.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pkt 203. Dodała przy tym, że „w 1944 roku «osoby cywilne» były określane *a contrario* w stosunku do definicji kombatantów” oraz że było wtedy „normą prawa międzynarodowego, że osoby cywilne mogą być atakowane tak długo, jak długo biorą one bezpośredni i udział w działaniach wojennych”.

¹⁰¹ *Kononov I*, pkt 130 *in fine*. Odwrotnie Wielka Izba – *Kononov II*, pkt 225.

¹⁰² *Ibidem*, pkt 132-135, 137.

¹⁰³ *Ibidem*, pkt 139.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pkt 140.

nośne przestępstwa były popełnione w czasie, gdy kraj znajdował się pod obcą dominacją¹⁰⁵. W dalszej części tekstu zwrócę uwagę na przeciwstawny osąd Wielkiej Izby.

Razi też niekonsekwencja Izby. Z jednej strony stara się ona zaprezentować siebie jako obrończyni zakazu retroaktywnego stosowania prawa, w szczególności odnosząc to do Konwencji z 1968 roku, do Konwencji Genewskich z 1949 roku i Protokołów Dodatkowych do Konwencji Genewskich z 1977 roku¹⁰⁶. Z drugiej strony retroaktywnie odnosi do skarżącego konsekwencje domniemania niewinności, wywodzone z art. 6 ust. 2 EKPC i wywodzi retroaktywne wnioski z art. 5 IV KG z 1949 roku¹⁰⁷. Uznaje też za zupełnie zbędne badanie, „czy został wydany wyrok przez sąd wojskowy *ad hoc* zorganizowany wśród partyzantów”¹⁰⁸. Z perspektywy Regulaminu Haskiego można by co najwyżej postrzegać rzekomo kolaborujących wieśniaków jako „szpiegów” w rozumieniu art. 29 RH, którzy zbierali lub starali się „zbierać wiadomości [...] z zamiarem zakomunikowania ich stronie przeciwnej”; wtedy jednak, nawet w razie pojmania „na gorącym uczynku [...] szpieg [...] nie może być ukarany bez uprzedniego sądu”¹⁰⁹. Co oczywiste, żadnych represaliów ani żadnej karnej ekspedycji Regulamin ani nie przewidywał, ani nie dopuszczał.

To jeszcze nie wszystkie grzechy, jakich w swym wyroku dopuściła się Izba; nie będę już jej jednak dalej „spowiadał”. Skupię się na istotnych dla badanego tematu, a jeszcze powyżej nie uwzględnionych ustaleniach Wielkiej Izby.

Imponuje głębia wkraczania Wielkiej Izby w obszary międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. Śledzi ona jego kodyfikacyjny rozwój, poczynając od Instrukcji Liebera z 1863 roku¹¹⁰, poprzez cztery Konwencje Genewskie z lat 1864, 1906 i 1929¹¹¹, IV Konwencję i Regulamin Haski z 1907 roku¹¹², prace wersalskie z 1919 roku¹¹³, Statut MTW z 1945 roku oraz Proces Norymberski i Tokijski¹¹⁴, Konwencje Genewskie z 1949 roku¹¹⁵, Konwencję w sprawie nieprzedawniania zbrodni z 1968 roku¹¹⁶, Protokoły Dodatkowe z 1977 roku¹¹⁷ aż po współczesne orzecznictwo MTS¹¹⁸.

Już w kontekście Konwencji i Regulaminu Haskiego z 1907 roku, badając szczegółowo postanowienia art. 23 b, c i g oraz art. 24-25 Regulaminu, Wielka Izba stwierdza, że dokumenty te „były w 1907 roku deklaratoryjnymi w stosunku do praw i zwyczajów wojennych (...) i przewidywały rezydualną ochronę za pośrednictwem Klauzuli Martensa mieszkańcom i wojującym w przypadkach nie objętych konkretnymi postanowieniami Konwencji i Regu-

¹⁰⁵ *Ibidem*, pkt 142; por. pkt 144-146.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pkt 119 i 131.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pkt 124 i 131.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pkt 132. Co do wymogu procesu por. *Kononov II*, pkt 221.

¹⁰⁹ Art. 30 RH. Tekst Konwencji Haskiej i Regulaminu [w:] Dz. U. R.P. 1927, nr 21, poz. 161.

¹¹⁰ *Kononov II*, pkt 207, 218. Także w opinii odrębnej sędziów Costa, Kalaydjewa i Poalelunga, pkt 9.

¹¹¹ *Ibidem*, pkt 207.

¹¹² *Ibidem*, pkt 144, 146, 200, 207, 216-217, 219-220. Por. uwagi Rosji, pkt 174, Litwy, pkt 180, oraz wspólną opinię odrębną, pkt 15.

¹¹³ *Ibidem*, pkt 207.

¹¹⁴ *Ibidem*, pkt 207-209. Por. uwagi Rosji, pkt 174, oraz wspólną opinię odrębną, pkt 8 i 11-13.

¹¹⁵ *Ibidem*, pkt 144, 216, 218, 220. Por. uwagi Litwy, pkt 180, oraz wspólną opinię odrębną, pkt 15.

¹¹⁶ *Ibidem*, pkt 229. Por. uwagi we wspólnej opinii odrębnej, pkt 15.

¹¹⁷ *Ibidem*, pkt 144, 220. Por. uwagi Litwy, pkt 180.

¹¹⁸ *Ibidem*, pkt 215.

laminu Haskiego z 1907 roku¹¹⁹. Wielka Izba przypominała również, że „wyrok Norymberskiego Międzynarodowego Trybunału Wojskowego uznał, że normy humanitarne z Haskiej Konwencji i Regulaminu 1907 roku były «uznane przez wszystkie narody cywilizowane i były traktowane jako deklaratoryjne w stosunku do praw i zwyczajów wojennych» z 1939 roku”, zaś „naruszenia tych postanowień stanowiły zbrodnie, za które jednostki ponosiły odpowiedzialność”¹²⁰.

Wielka Izba dodawała przy tym, że „międzynarodowa odpowiedzialność państw, oparta na traktatach i konwencjach, nie wykluczała zwyczajowej odpowiedzialności państw za ściąganie i karanie jednostek *via* ich sądy karne lub trybunały wojskowe, za naruszenia praw i zwyczajów wojennych”, przy czym „tam, gdzie prawo krajowe nie przewidywało szczególnej charakterystyki zbrodni wojennej, sąd krajowy opierał się na prawie międzynarodowym jako podstawie swojego rozumowania, nie naruszając zasady *nullum crimen* ani zasady *nulla poena sine lege*”¹²¹. Słusznie przy tym zauważyła: „Chociaż w 1944 roku związek z międzynarodowym konfliktem zbrojnym był wymagany dla ściągania czynów jako zbrodni wojennych, nie oznacza to, iżby jedynie personel sił zbrojnych lub obywatele państwa wojującego mogli zostać w ten sposób oskarżeni. Właściwym łącznikiem było bezpośrednie powiązanie między rzekomą zbrodnią a międzynarodowym konfliktem zbrojnym, wobec czego domniemana zbrodnia musiała być aktem wypełniania celów wojennych”¹²².

Zwraca również uwagę sposób postrzegania przez Wielką Izbę statusu, obowiązków i odpowiedzialności dowódcy wojskowego, w tym przypadku dowódcy sowieckiego oddziału partyzanckiego. W jej ocenie Kononow był „kombatantem, zważywszy na kryteria kwalifikacji statusu kombatanta na podstawie prawa międzynarodowego, które skrytykowały się przed Regulaminem Haskim z 1907 roku, a które Regulamin ten skonsolidował i które stały się częścią prawa międzynarodowego przed 1939 rokiem”¹²³. To określenie zobowiązuje – kombatanci nie mają prawa dowolnego doboru środków walki, m.in. nie mogą bezkarnie przywdziewać mundurów nieprzyjaciela, bo to przeczy wymogom art. 23 Regulaminu Haskiego i w żadnym razie nie mieści się w pojęciu „fortelu wojennego”¹²⁴, jak uważała Izba.

Za „zasadę zwyczajowego prawa międzynarodowego” Wielka Izba uznała „model odpowiedzialności karnej za zaniechanie obowiązków zwierzchnika raczej jako kontroli niż opartej na odpowiedzialności zastępczej za czyny innych osób”¹²⁵. Ustaliwszy na podstawie

¹¹⁹ *Ibidem*, pkt 207, ust. 1 *in fine*.

¹²⁰ *Ibidem*, pkt 207 *in fine*.

¹²¹ *Ibidem*, pkt 208 *in fine*. Wielka Izba zwróciła też uwagę na to, że „podczas II wojny światowej (zwłaszcza w ZSRR) i bezpośrednio po niej miały miejsce procesy krajowe, a wszystkie one dotyczyły domniemanych zbrodni wojennych popełnionych w czasie tej wojny, przy czym niektóre procesy były godne uwagi z racji wszechstronnego potraktowania w nich odnośnych zasad praw i zwyczajów wojennych, zwłaszcza jeśli chodzi o wymóg słusznego procesu dla kombatantów i osób cywilnych podejrzanych o zbrodnie wojenne” – *ibidem*, pkt 209.

¹²² *Ibidem*, pkt 210.

¹²³ *Ibidem*, pkt 200.

¹²⁴ *Ibidem*, pkt 201. Skarżący i jego jednostka dokonywali ataku na Mazie Bati w przebraniu w mundurze Wehrmachtu. Zdaniem Wielkiej Izby, „oznaczałoby to, że skarżący utracił status kombatanta, a przywdziewając mundur nieprzyjacielski podczas walki dopuścił się przestępstwa” – *ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*, pkt 211. Wыводziła to z „dawno utrwalonych norm zwyczajowych”, z potwierdzenia „w niektórych procesach sprzed II wojny światowej” oraz w krajowych i międzynarodowych „procesach za zbrodnie popełnione podczas II wojny światowej”, a także „w statutach trybunałów międzynarodowych”.

faktów, że skarżący „*de iure i de facto* sprawował kontrolę nad jednostką”, uznała, że ponosi on „odpowiedzialność dowódczą”, wobec czego nie ma konieczności udowadniania, „iż skarżący osobiście dopuścił się któregośkolwiek z czynów w Mazie Bati 27 maja 1944 roku”¹²⁶.

Wiąże się z tym również kwestia wymogu znajomości „praw i zwyczajów wojennych”. Najwyraźniej Wielka Izba przyjmuje zasadę *ignorantio juris non exculpat*. Uznaje ona, że „w kontekście osoby dowódcy oraz praw i zwyczajów wojennych koncepcje dostępności i przewidywalności należy traktować razem”, przy czym „osoby parające się działalnością zawodową, prowadząc swoje operacje, muszą postępować z wysokim stopniem czujności i można od nich oczekiwać wykazywania troski szczególnej przy ocenie ryzyka, jakie działalność taka w sobie zawiera”¹²⁷.

Wielka Izba stwierdziła, iż można uznać „kwalifikację inkryminowanych czynów jako zbrodni wojennych, opartą wyłącznie na prawie międzynarodowym [...] za wystarczająco dostępną i przewidywalną dla skarżącego w 1944 roku”, jako że – jej zdaniem – „nawet szeregowy żołnierz nie może się wykazywać totalnym, ślepyim posuszeństwem wobec rozkazów, które jaskrawo naruszają nie tylko prawo krajowe, ale międzynarodowo uznane prawa człowieka, w szczególności prawo do życia, najwyższą wartość w międzynarodowej hierarchii praw człowieka”¹²⁸. Odrzuciła argumentację bazującą na tym, że czasowo właściwy Kodeks Karny z 1926 roku „nie zawierał odwołania się do międzynarodowych praw i zwyczajów wojennych”, które – jak się wydaje – „formalnie nie były opublikowane ani w ZSRR, ani w Łotewskiej SRR”, ponieważ „międzynarodowe prawa i zwyczaje wojenne same przez się były w 1944 roku wystarczające dla stwierdzenia indywidualnej odpowiedzialności karnej”¹²⁹. Jej zdaniem „w 1944 r. prawa te stanowiły szczegółowe unormowania *lex specialis* określające parametry zbrodniczego postępowania podczas wojny, adresowane w pierwszym rzędzie do sił zbrojnych, a zwłaszcza do dowódców”, wobec czego od skarżącego jako oficera-dowódcy „można było oczekiwać wykazywania szczególnej troski przy ocenie ryzyka, jakie niosła ze sobą operacja w Mazie Bati”, a „najbardziej pobieżna refleksja ze strony skarżącego wskazałaby, że inkryminowane czyny co najmniej stwarzały ryzyko bycia zbrodniami wojennymi, za które – jako dowódca – mógł on zostać indywidualnie i karnie odpowiedzialnym”¹³⁰.

¹²⁶ *Ibidem*, pkt 223.

¹²⁷ *Ibidem*, pkt 235 (z powołaniem się na wyrok *Pessino*, pkt 33). Wielka Izba przypomniała, że „zakres koncepcji przewidywalności zależy w znacznym stopniu od treści danego dokumentu, obszaru, jaki ma on obejmować, oraz liczby statusu osób, do których jest on adresowany” – *ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*, pkt 236. Tym razem najwyraźniej Wielka Izba się zagalopowała; nie można w stosunku do 1944 roku operować tego rodzaju argumentacją, wywodzoną z „fundamentalnych międzynarodowych dokumentów praw człowieka” czy „międzynarodowo uznanych praw człowieka”.

¹²⁹ *Ibidem*, pkt 237. Jak wcześniej Wielka Izba uznała: „zważywszy na stan prawa międzynarodowego w 1944 roku, istniała wystarczająco jasna podstawa prawna dla ścigania i karnia skarżącego za zbrodnie wojenne jako dowódcy jednostki odpowiedzialnej za atak na Mazie Bati 27 maja 1944 roku” – *ibidem*, pkt 227.

¹³⁰ *Ibidem*, pkt 238. Skoro tak, Wielka Izba uznała, że „ściganie skarżącego (i późniejsze skazanie go) przez Republikę Łotwy, oparte na prawie międzynarodowym obowiązującym w czasie inkryminowanych czynów i zastosowanym przez jej sądy, nie może zostać uznane za przewidywalne”, zatem „w czasie ich popełnienia czyny skarżącego stanowiły przestępstwa zdefiniowane z wystarczającą dostępnością i przewidywalnością przez prawa i zwyczaje wojenne” – *ibidem*, pkt 243 i 244.

Próba konkluzji

Po pierwsze, wąsko zakrojona już w *travaux préparatoires* Konwencji wizja przedmiotu i celu wyjątku z art. 7 ust. 2 była w orzecznictwie Komisji i Trybunału konsekwentnie podtrzymywana, w związku z czym z ustępu tego korzystano na początku i pod koniec praktyki orzeczniczej Komisji – a i samego Trybunału na początku obecnego stulecia – w kontekście wydarzeń z okresu II wojny światowej, zazwyczaj dotyczących zarzutów kolaboracji z Niemcami. Tym bardziej zastanawiająca jest – w wykonaniu tak Izby, jak i Wielkiej Izby – wyrazista rezygnacja z badania sprawy Kononowa pod kątem art. 7 ust. 2, mimo że dotyczyła okresu II wojny światowej i zarzutu kolaboracji z nazistami.

Po drugie, wobec znacznych wątpliwości i zamieszania w doktrynie wokół kategorii „zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane” i nikłego wkładu interpretacyjnego orzeczeń strasburskich, odnotować można rozwijający się w nauce trend do kojarzenia tych zasad z elementarnymi wymaganiami ludzkości (czy, jak kto woli, humanitaryzmu) i z fundamentalnymi, chronionymi międzynarodowo prawami człowieka, z najczęstszą kwalifikacją ocenianych czynów jako zbrodni przeciwko ludzkości.

Po trzecie, kapitalne znaczenie ma odwaga Trybunału Strasburskiego, który potrafił odstąpić od tak powszechnie dominujących dyktatów poprawności politycznej i w dwóch sprawach estońskich zakwalifikować sowieckie praktyki, realizowane już po zakończeniu II wojny światowej, a polegające m.in. na przymusowych deportacjach na Sybir, właśnie jako zbrodnie przeciwko ludzkości¹³¹.

Po czwarte, zdecydowana większość orzecznictwa strasburskiego na tle art. 7 ust. 1 dotyczyła spraw osądzonych „na podstawie prawa krajowego”, przy czym: 1) pojęcie prawa kojarzono z kontekstem klauzul imitacyjnych i towarzyszącego im testu legalności, obejmując nim szerszy zakres, nie tylko ustawowy, kojarząc też z wymogami jakościowymi, szczególnie w kontekście nieretroakcji istotnymi – zwłaszcza dostępności i przewidywalności; 2) zasadę legalności przestępstw i kar kojarzono z zasadą *nullum crimen, nulla poena sine lege*, przy czym bardzo mocno wykluczano dopuszczalność rozszerzającej interpretacji na niekorzyść oskarżonego, w tym poprzez analogię; 3) bardzo istotną rolę przypisywano interpretacji sądowej, służącej nie tylko wyjaśnianiu wątpliwości, ale też dostosowywaniu prawa do zmieniających się okoliczności.

Po piąte, w nielicznych sprawach kwalifikowanych „na podstawie prawa międzynarodowego” uznawano zastosowalność wyżej wspomnianych wymogów, przy czym rzuca się w oczy bardzo pragmatyczne posługiwanie się możliwościami oferowanymi przez prawo krajowe i międzynarodowe. Zdarzało się, że to prawo krajowe przychodziło z pomocą prawu międzynarodowemu, gdy zasadnicze prawdy wynikające z podstawowych praw człowieka podlegały „wdrożeniu” dzięki odpowiedniemu przepisowi krajowego kodeksu karnego. Zdarzało się też na odwrót: prawo międzynarodowe przychodziło z pomocą, gdy prawo krajowe było bezsilne.

¹³¹ Dla mnie ma to znaczenie także osobiste, jako że – po uwięzieniu mojego ojca i skazaniu na 10 lat więzień i łagrów – w parę lat potem moją matkę z czworgiem małych dzieci, w tym ze mną, zesłano właśnie do Krasnojarskiego Kraju za Jenisej. Stąd się bierze moja szczególna wdzięczność wobec Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, którą – mam nadzieję – Czytelnik mi wybaczy.

Po szóste, samo to prawo międzynarodowe było postrzegane albo w obszarze prawa międzynarodowego praw człowieka, albo w przestrzeni międzynarodowego prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa karnego, przy czym zdarzało się, że wnioski z międzynarodowo chronionych praw człowieka wspierały argumentację zasadniczo opartą na prawie humanitarnym. Wnioski z prawa humanitarnego przychodziły też na pomoc argumentacji opartej na prawach człowieka. Osobiście czułem z tego powodu satysfakcję, jako że potwierdzała się moja teza sprzed 15 lat, że prawa człowieka i względy humanitarne wzajemnie się wspierają, będąc „bliźniami”, bo karmiącymi się elementarnymi wymaganiami ludzkości i nadającymi prawu jego ludzki wymiar, tak na czas pokoju, jak i na czas wojny, tak w sferze prawa krajowego, jak i międzynarodowego¹³².

Po siódme, wielce zastanawiającym jest to, że Trybunał badał sprawę Kononowa w perspektywie art. 7 ust. 1, nie zaś art. 7 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, podczas gdy dotąd zwykł sprawy kolaboracji osądzać na jego podstawie. Nigdzie tego nie wyjaśnił. A może sowiecki system prawny nie odpowiadał kryteriom „narodu cywilizowanego”, czego Trybunał nie odważył się stwierdzić, ale czemu pośrednio dał wyraz, stwierdzając, że „Kodeks karny z 1926 roku pojmowany był jako system ścigania «czynów społecznie niebezpiecznych», które szkodziły ustalonemu porządkowi socjalistycznemu”¹³³? O jakimż „narodzie cywilizowanym” tu mówić, skoro za swoje bestialstwo Kononow w ZSRR był nagradzany medalami¹³⁴?

Uważam niniejsze opracowanie za przyczynkarskie refleksje w obszarze niezastużenie zapomnianym przez doktrynę prawa międzynarodowego i praw człowieka. Najwyższy już czas, by jakiś młody naukowiec zbadał i przekonująco przedstawił w kompetentnej monografii zakaz retroakcji prawa karnego z perspektywy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego.

Concept of international law in the context of non-retroactivity of criminal law, with emphasis on Strasbourg case-law

(Summary)

The article's primary aim is to identify and elaborate on the place and meaning of international law in the context of non-retroactivity of criminal law. In the analysis, the author concentrates on the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and its interpretation made by the (historical) European Commission of Human Rights and the European Court of Human

¹³² T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 1997, wstęp.

¹³³ Kononov II, pkt 230.

¹³⁴ Kononow nie jest niestety uważany za bohatera negatywnego także i w dzisiejszej Rosji. O publicznych kondolencjach składanych rodzinie Kononowa po jego śmierci w 2011 r. przez najwyższe władze Federacji Rosyjskiej zob. K. Karski, *The Katyn Crime under Nuremberg Principles*, [w:] *Katyn: State-sponsored-extermination*, ed by. M.B. Szonert, Cleveland 2012, s. 25. Na temat niezdolności przyznania się przez władze ZSRR do popełnianych zbrodni, a wręcz kłamstw w tym zakresie, zob. T. Jasudowicz, R. Fordoński, *Moscow Secrecy in the Katyn Crime*, [w:] *ibidem*, s. 11-21.

Rights. The article is a critical analysis of the jurisprudence as well as of the views presented by legal scholars (doctrine).

Human rights treaties, i.a. ECHR in its Article 7 and International Covenant on Civil and Political Rights in its Article 15 provide an exception from the rule *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*, when an act or omission was (at the time when it was committed) criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations (the community of nations – in ICCPR). The starting point of the analysis is the question whether Article 7 § 2 ECHR is a “living provision” or a “dead letter”. The author remarks that strasbourg case-law follows a rather clear and uniform path of narrow interpretation of this provision, relying on its *ratio legis, travaux préparatoires* to the Convention and the initial European Commission’s opinion of 1957. The concept used in § 2 of Article 7 was used to refer to norms adopted to punish crimes of war and crimes against humanity committed during the WWII. The author points out that an expression – “general principles of law recognised by civilised nations”, has been misunderstood by many legal scholars, even though, it is a precise legal term used in public international law. The second part of the article concentrates on the issue whether Article 7§1 ECHR applies only *durante pace* or also *durante bello*? In this respect, an extensive and detailed analysis of the two judgements in Kononov case (of 2008 and 2010) is made.

In conclusion, the author notes that there is a tendency (which he supports) to associate “general principles of law recognised by civilised nations” with fundamental human rights and to categorize acts as crimes against humanity. Another conclusion is that domestic law and international law support each other in the context of analysed provision. Similarly, another two normative domains – international human rights law and international humanitarian law – clearly interrelate and correspond with each other. A final remark is that the issue of non-retroactivity of criminal law, seen from a perspective of human rights law and humanitarian law, requires further profound legal study.

Marta Szuniewicz*

Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na działalność Międzynarodowego Trybunału Karnego dla b. Jugosławii

W latach dziewięćdziesiątych XX wieku kontynent europejski, szczytujący się najefektywniejszym systemem konwencyjnej ochrony praw człowieka w ramach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹ stanął w obliczu konfliktu zbrojnego, jaki ogarnął Półwysep Bałkański. Po zakończeniu walk powołano do życia trybunał karny *ad hoc*, mający za cel osądzenie osób odpowiedzialnych za zbrodnie popełnione na terytorium byłej Jugosławii (dalej: MTKJ)². Na etapie ustanowienia Statutu Trybunału³ oraz rozstrzygania wnoszonych na wokandę spraw nie sposób było „odciąć się” od ugruntowanych na płaszczyźnie Rady Europy standardów praw człowieka. Stanowi to kolejny dowód na koegzystencję i wzajemne uzupełnianie się obu obszarów normatywnych: międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych oraz prawa międzynarodowego praw człowieka.

W niniejszym opracowaniu podjęta zostanie próba wskazania, czy i w jakim zakresie Międzynarodowy Trybunał Karny dla b. Jugosławii odwoływał się do strasburskich standardów orzeczniczych.

Za punkt wyjścia dalszych rozważań posłużą wskazania zawarte w wyroku Izby Apelacyjnej w tzw. *Celebici Case*⁴, zgodnie z którymi „zarówno prawa człowieka, jak i prawo humanitarne skupiają się na poszanowaniu ludzkich wartości i godności osoby ludzkiej”⁵. Uniwersalne i regionalne instrumenty praw człowieka oraz konwencje genewskie posiadają wspólny rdzeń podstawowych standardów, które znajdują zastosowanie w każdych okolicznościach i wobec wszystkich stron, wobec których derogacja nie jest dozwolona. Celem podstawowych standardów pojawiających się w obu gałęziach prawa jest ochrona osoby ludzkiej

* Dr Marta Szuniewicz, Instytut Bezpieczeństwa Narodowego, Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich, Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni.

¹ Tj. Konwencja o prawach człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r.; tekst polski w: Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

² Pełna nazwa: Międzynarodowy Trybunał do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r.

³ Statut Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r., utworzony rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/827 z 25.05.1993 r., z poprawkami wprowadzonymi S/RES/1166 z 13.05.1998 r., S/RES/1329 z 30.11.2000 r. i S/RES/1411 z 17.05.2002 r.; tekst polski w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, uzupełn. i red. M. Gąska i E. Mikos-Skuza, Warszawa 2003, s. 522 i nn.

⁴ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie *Prokurator przeciwko Zejnulowi Delalicowi, Zdravce Mucicowi (aka "PAVO"), Hazimowi Delicowi i Esadowi Landžo (aka "ZENGA")* (tzw. *Čelebići Case*, tak też cyt. dalej) z 20.02.2001 r., nr sprawy IT-96-21-A.

⁵ *Commentary on the Additional Protocols*, ed. by Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, Geneva 1987, s. 1340.

przed określonymi haniebnymi czynami, uznany przez wszystkie cywilizowane narody za niedopuszczalne we wszelkich okolicznościach⁶. W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Zlatce Aleksovskiemu* Izba Sądząca MTKJ *expressis verbis* stwierdziła, że cały gmach prawa międzynarodowego praw człowieka oraz rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego opiera się o fundamentalną zasadę poszanowania godności osoby ludzkiej”, stanowiącą „podstawową «klamrę» spinającą oraz w istocie główną *raison d'être* międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa praw człowieka”⁷.

Przegląd orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego dla b. Jugosławii umożliwia wskazanie kilku podstawowych płaszczyzn, w jakich sędziowie odwoływali się do standardów wypracowanych w europejskim systemie ochrony praw człowieka.

Z uwagi na niedostatek precedensu na polu międzynarodowego prawa humanitarnego, sędziowie MTKJ wielokrotnie odwoływali się do instrumentów i praktyki rozwiniętej na polu prawa praw człowieka⁸. Jak bowiem wskazano w sprawie *Prokurator przeciwko Dragoljubowi Kunaracowi, Radomirowi Kovacowi i Zoranowi Vukovicowi* w niektórych aspektach międzynarodowe prawo humanitarne może być uznane za „stopione” z prawem praw człowieka⁹. Z uwagi na podobieństwo obu dziedzin prawa w zakresie celów, wartości i terminologii, takie odwołanie okazało się możliwe i – co do zasady – pożądane. Sędziowie MTKJ najczęściej odwoływali się do EKPC i wypracowanego na jej podstawie *case law* jako do punktu odniesienia i swoistego miernika poprzez skorzystanie z ustaleń i interpretacji ETPC w przypadku braku wyraźnych kryteriów oceny w Statucie MTKJ i międzynarodowym prawie humanitarnym konfliktów zbrojnych.

Pierwszą kategorię stanowią sprawy, w których sędziowie Trybunału odwołali się do konwencyjnego standardu zakazu tortur lub nieludzkiego traktowania z art. 3 EKPC. MTKJ wskazał, że „tortury są szczególnie haniebne w swojej naturze i naruszają międzynarodowo uznane prawo człowieka”¹⁰, stanowiąc „bezwzględny zamach na osobową godność ludzką, bezpieczeństwo i psychikę ofiar”¹¹. Jak wskazano w sprawie *Prokurator przeciwko Miloradowi Krnojelcowi*, tortura „stanowi jedno z najpoważniejszych ataków na psychiczną lub fizyczną integralność jednostki”¹². W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Anto Furundžiji* MTKJ przypomniał, że zakaz tortur ustanowiony został w traktatach praw człowieka i odzwierciedla prawo absolutne, wobec którego nie mogą być nigdy podjęte środki derogacyjne, nawet w sytuacji konfliktu zbrojnego¹³. Należy wskazać, że „charakter *ius cogens* zakazu tortur wyraża ideę, zgodnie z którą zakaz stał się obecnie jednym z najbardziej pod-

⁶ *Čelebići Case*, § 149.

⁷ *Prokurator przeciwko Zlatce Aleksovskiemu*, wyrok Izby Sądzącej z 25.06.1999 r., nr sprawy IT-95-14/1-T, § 54.

⁸ Powyższą praktykę podkreślili sami sędziowie w wyroku Izby Sądzącej w sprawie *Prokurator przeciwko Dragoljubowi Kunaracowi, Radomirowi Kovacowi i Zoranowi Vukovicowi* z 22.02.2001 r., nr sprawy IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, § 467.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Prokurator przeciwko Milanowi Simiciowi*, wyrok Izby Sądzącej z 17.10.2002 r., nr sprawy IT-95-9/2-S, § 34; podobnie zob. *Prokurator przeciwko Anto Furundžiji*, wyrok Izby Sądzącej z 10.12.1998 r., nr sprawy IT-95-17/1-T, § 154, 159 i nn.

¹¹ *Simić*, § 34.

¹² *Prokurator przeciwko Miloradowi Krnojelcowi*, wyrok Izby Sądzącej z 15.03.2002 r., nr sprawy IT-97-25-T, § 180; por. też *Simić*, § 34.

¹³ Zob. *Furundžija*, § 154.

stawowych standardów społeczności międzynarodowej¹⁴ [...] [i] jest wartością absolutną, od której nikt nie może odejść”¹⁵.

Jak jednak podkreślono w wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Furundžiji*, próbując zdefiniować przestępstwo w ramach międzynarodowego prawa humanitarnego, Izba Sądząca powinna mieć na uwadze specyfikę tej dziedziny prawa¹⁶. W szczególności, „w razie odwoływania się do definicji wypracowanych na gruncie prawa praw człowieka, Izba Sądząca będzie musiała rozważyć podstawowe różnice strukturalne pomiędzy tymi dziedzinami prawa”¹⁷. W związku z powyższym MTKJ rekomendował ostrożność i ostrzegwał przed zbyt szybkim i łatwym przyjmowaniem koncepcji i pojęć rozwiniętych w innych kontekstach prawnych, stojąc na stanowisku, że „pojęcia rozwinięte na gruncie praw człowieka mogą być przeniesione do międzynarodowego prawa humanitarnego jedynie wówczas, gdy uwzględniają specyfikę tej drugiej dziedziny prawa”¹⁸, co oczywiście nie wyklucza odwoływania do prawa praw człowieka w zakresie tych aspektów, które są wspólne obu reżimom”¹⁹. W związku z powyższym w wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Krnojeleci* Izba Sądząca uznała „ogólne rozważania i kryteria przyjęte przez ETPC w zakresie ustalenia ciężaru czynów stanowiących tortury, jak również ich związku z innymi mniej poważnymi przestępstwami za wystarczająco przekonujące, by stanowić podstawę do przyjęcia w sprawie”²⁰.

Z drugiej jednak strony, Izba Sądząca MTKJ w sprawie *Prokurator przeciwko Kunaracowi, Kovacowi i Vukovicowi* wskazała, że „definicja tortur w międzynarodowym prawie humanitarnym nie zawiera tych samych elementów co definicja tortur ogólnie znajdująca zastosowanie w prawie praw człowieka”²¹. Tym samym odstąpiono od poprzednio przyjętych definicji tortur przedstawionych przez Izby Sądzące MTKJ²², postanawiając, że – w przeciwieństwie do prawa międzynarodowego praw człowieka – międzynarodowe prawo humanitarne nie wymaga zaangażowania funkcjonariusza publicznego lub jakiegokolwiek innej osoby posiadającej władzę dla uznania przestępstwa za torturę²³, ani upokorzenia jako celu tortur²⁴. Zgodnie z jurysprudencją praw człowieka interpretującą tortury, Izba Sądząca w tzw. *Celebici case* wskazała,

¹⁴ MTKJ wyraźnie wskazał, że zakaz tortur jest uznany w zwyczajowym prawie międzynarodowym i uważany za normę *ius cogens* (zob. np. *Simić*, § 34).

¹⁵ *Furundžija*, § 154.

¹⁶ *Ibidem*, § 162.

¹⁷ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 470.

¹⁸ *Ibidem*, § 471.

¹⁹ *Krnojelec*, § 181.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 496. Stwierdzono w nim, że „Izba stoi na stanowisku, że obecność funkcjonariusza państwowego lub innej posiadającej władzę osoby przy torturowaniu nie jest konieczna dla uznania tego przestępstwa za torturę w świetle prawa humanitarnego”.

²² Wyraźnie podkreśla to wyrok Izby Sądzącej w sprawie *Furundžija*, § 162.

²³ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 496. Tożsamy pogląd przedstawiła Izba Sądząca w wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Miroslavowi Kvočce, Milojicy Kos, Mlado Radiciowi, Zoranowi Žigiciowi i Dragoljubowi Prcaće* (cyt. dalej: *Kvočka i inni*) z 2.11.2001 r., skarga nr IT-98-30/1-T, § 138.

²⁴ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 497. Wyrok apelacyjny w tej sprawie potwierdził stanowisko zajęte przez Izbę Sądzącą w zakresie wyłączenia wymogu funkcjonariusza publicznego podczas rozstrzygnięcia odpowiedzialności karnej jednostki za tortury poza ramami Konwencji przeciw torturom (zob. *Kunarac, Kovac i Vukovic* z 12.06.2002 r., nr sprawy IT-96-23 & IT-96-23/1-A, § 148). Potwierdziła to Izba Sądząca w wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Mladenowi Naletilic (aka “Tuta”) i Vince Martinovicowi (aka “Stela”)* z 31.03.2003 r., nr sprawy IT-98-34-T, § 338.

że dotkliwość bólu lub cierpienia jest cechą wyróżniającą tortur, które wyodrębnia je od innych podobnych przestępstw²⁵. W odniesieniu do elementu dotkliwości cierpień MTKJ przyznał, że jakkolwiek „precyzyjny próg do określenia, jaki stopień cierpienia jest wystarczający dla spełnienia definicji tortur, nie został wyznaczony”²⁶, to pewnych wskazań w tym zakresie dostarcza orzecznictwo strasburskie²⁷. W konsekwencji, „oceniając ciężar jakiegokolwiek nieprawidłowego traktowania, Izba Sądząca musi w pierwszym rzędzie wziąć pod uwagę obiektywną dotkliwość zadanych cierpień”. Ponadto, relewantne przy ocenie ciężaru krzywdy będą również kryteria subiektywne²⁸, takie jak fizyczne lub umysłowe skutki traktowania dla konkretnej osoby oraz, w niektórych przypadkach, takie czynniki, jak wiek ofiary, płeć, stan zdrowia²⁹, co stanowi powtórzenie wyliczenia zaprezentowanego przez Trybunał w Strasburgu³⁰.

W kontekście zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania pojawia się problem gwałtu i innych form przemocy seksualnej. Jakkolwiek żaden międzynarodowy instrument praw człowieka nie zakazuje w sposób szczególny gwałtu lub innej ciężkiej napaści natury seksualnej, powyższe czyny są pośrednio zakazane przez postanowienia gwarantujące fizyczną integralność³¹. Prawo do integralności fizycznej jest z kolei jednym z podstawowych praw i niewątpliwie stanowi część zwyczajowego prawa międzynarodowego³². Ponadto przemoc seksualna stanowi zamach na godność ludzką, uznaną – jak już wspomniano – za „esencję całości międzynarodowego prawa humanitarnego, jak i prawa praw człowieka”³³.

Jak jednak wyraźnie wskazano w wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Furundžiji*, „w pewnych okolicznościach gwałt może stanowić torturę i zostać uznanym przez międzynarodowe organy sądowe za stanowiące naruszenie normy zakazującej tortur”³⁴. Opierając swoją analizę na gruntownym przeglądzie orzecznictwa organów międzynarodowych³⁵, Izba Sądząca w tzw. *Celebici case* doszła do konkluzji, że gwałt może stanowić torturę³⁶. Podobnie

²⁵ *Čelebići case*, § 468. Podobnie zob. wyrok Izby Sądzącej w sprawie *Kvočka i inni*, § 142.

²⁶ *Čelebići case*, § 469.

²⁷ Stanowisko Izby Sądzącej orzekającej w sprawie *Kvočka i inni* (§ 143) zgodne jest w tym względzie ze stanowiskiem ETPC w stosunku do art. 3 EKPC, które wskazuje, że wymagany minimalny poziom dotkliwości jest z konieczności ustaleniem względnym, który „zależy od wszystkich okoliczności sprawy, takich jak charakter i kontekst traktowania, długość jego trwania, skutki fizyczne i psychiczne oraz, w niektórych sprawach, płeć, wiek oraz stan zdrowia ofiary” (zob. *Irlandia przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 18.01.1978 r., skarga nr 5310/71, Ser. A nr 25, § 162).

²⁸ *Čelebići case*, § 469.

²⁹ *Kvočka i inni*, § 143; por. też *Prokurator przeciwko Milanowi Matriciowi*, wyrok Izby Sądzącej z 12.06.2007 r., nr sprawy IT-95-11-T, § 151; *Prokurator przeciwko Blagoje Simićowi, Miroslawowi Tadićowi i Simo Zaricićowi*, wyrok Izby Sądzącej z 17.10.2003 r., sprawa nr IT-95-9-T, § 75; *Prokurator przeciwko Vasilejevićowi*, wyrok II Izby Sądzącej z 29.11.2002 r., nr sprawy IT-98-32-T, § 235; *Krnojelac*, § 131.

³⁰ Por. np. *Irlandia przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 162.

³¹ Zob. *Furundžija*, § 170; *Prokurator przeciwko Milanowi Milutinovićowi, Nikole Šainovićowi, Dragoljubowi Ojdanićowi, Nebojš Pavkovićowi, Vladimirowi Lazarevićowi i Sretenowi Lukićowi*, wyrok Izby Sądzącej z 26.02.2009 r., sprawa nr IT-05-87-T, § 188.

³² *Furundžija*, § 170.

³³ *Ibidem*, § 183; *Čelebići case*, § 491.

³⁴ *Furundžija*, § 171.

³⁵ *Čelebići case*, § 475-496. Jakkolwiek Izba Apelacyjna uchylła wyrok skazujący, szeroka analiza Izby Sądzącej w zakresie tortur i gwałtu pozostaje przekonująca, co potwierdził wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie *Kunarac, Kovac i Vuković*, § 181.

³⁶ *Čelebići case*, § 489.

w sprawie *Prokurator przeciwko Kunaracowi, Kovacowi i Vukovicowi* Izba Apelacyjna MTKJ uznając, że tortury mogą być stosowane poprzez dokonanie gwałtu³⁷, odwołała się *expressis verbis* do interpretacji ETPC, szeroko przytaczając okoliczności sprawy *Aydin przeciwko Turcji* oraz jej konkluzję, w myśl której „kumulacja aktów fizycznej i psychicznej przemocy zadanych wnioskodawcy oraz szczególnie okrutny akt gwałtu, jakiego na niej dokonano, stanowią torturę z naruszeniem art. 3 Konwencji”³⁸. W nawiązaniu do jurysprudencki Trybunału w Strasburgu, Izba Apelacyjna MTKJ uznała, że gwałt spełnia powyższe wymogi i dlatego stanowi zbrodnię wojenną według zwyczajowego prawa międzynarodowego, karaną na podstawie art. 3 Statutu³⁹.

Z kolei w odniesieniu do zakazu niewolnictwa MTKJ stwierdził, że posiada on charakter zwyczajowy. Izba Sądząca w sprawie *Prokurator przeciwko Krnojelcowi* uznała, że zakaz niewolnictwa w sytuacjach konfliktu zbrojnego jest niezbywalnym, niederogawalnym i podstawowym prawem, jedną z rdzennych reguł zwyczajowego i traktatowego prawa międzynarodowego⁴⁰. W sprawie *Prokurator przeciwko Kunaracowi, Kovacowi i Vukovicowi* Trybunał podkreślił, że „różne traktaty międzynarodowe praw człowieka odnoszą się do niewolnictwa lub podobnych koncepcji bez podania jakichkolwiek definicji⁴¹ i jakkolwiek „Europejska Komisja Praw Człowieka nie zajmowała się dotychczas sprawą choćby w najmniejszym stopniu podobną do obecnej [...] niektóre z jej uwag i ustaleń w zakresie interpretacji odpowiednich postanowień Europejskiej Konwencji stanowią pewną pomoc dla potrzeb niniejszej sprawy”⁴².

Szczególnym przypadkiem jest posiłkowanie się orzecznictwem ETPC na potrzeby stosowania art. 5 Statutu MTKJ, tj. interpretacji terminu „innych czynów nieludzkich” w ramach dookreślenia przedmiotowej strony zbrodni „prześladowania” z uwagi na brak komplementarnego zdefiniowania zakresu przedmiotowego tego ostatniego. MTKJ uznał, że skazanie za przestępstwo prześladowań nie narusza zasady legalizmu⁴³, a kategoria „innych nieludzkich czynów” została celowo przewidziana jako kategoria otwarta, ponieważ uznano za niepożądane enumeratywne wyliczenie czynów mogących stanowić prześladowanie, jako stwarzające możliwość uchylecia się od litery zakazu⁴⁴. Zdaniem sędziów MTKJ, wyraźne włączenie określonych praw w zakres przedmiotowy zbrodni prześladowania nie służy interesowi sprawiedliwości, jako że może być interpretowane jako pośrednie wykluczenie innych praw (*expressio unius est exclusio alterius*)⁴⁵.

³⁷ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 181 i nn.

³⁸ *Aydin przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 25.09.1997 r., skarga nr 23178/94, RJD 1997-VI, § 86.

³⁹ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 195.

⁴⁰ Wyrok Izby Sądzącej w sprawie *Krnojelec*, § 353. Podobnie w wyroku w sprawie *Kunarac, Kovac i Vukovic* sędziowie uznali, że niewolnictwo stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości według zwyczajowego prawa humanitarne, a Izba Sądząca była przekonana, że zawarta tam analiza zwyczajowego charakteru zniewolenia znajduje również zastosowanie wobec przestępstwa niewolnictwa z artykułu 2 Statutu.

⁴¹ *Kunarac, Kovac i Vukovic*, § 533.

⁴² *Ibidem*, § 534.

⁴³ Zob. np. *Prokurator przeciwko Radoslawowi Brdjaninowi*, wyrok Izby Sądzącej z 1.09.2004 r., nr sprawy IT-99-36-T, § 1030.

⁴⁴ Zob. *Prokurator przeciwko Zoranowi Kupreškiciowi, Mirjanowi Kupreškiciowi, Vlatce Kupreškiciowi, Drago Josipoviciowi, Draganowi Papiciowi i Vladimirovi Santiciowi (aka "Vlado")* (cyt. dalej: *Kupreškić i inni*), wyrok Izby Sądzącej z 14.01.2000 r., skarga nr IT-95-16-T, § 563; *Prokurator przeciwko Milomirovi Stakiciowi*, wyrok Izby Apelacyjnej z 22.3.2006 r., sprawa nr IT-97-24-A, § 720.

⁴⁵ *Kupreškić i inni*, § 623.

W związku z powyższym Trybunał ustalił wytyczną, w myśl której „każda sprawa musi być zatem rozstrzygana w zależności od jej indywidualnych okoliczności”⁴⁶. MTKJ wielokrotnie powtarzał, że „nie ma listy ustanowionych praw podstawowych i że odnośne decyzje powinny być podejmowane najlepiej w oparciu o okoliczności danej sprawy”⁴⁷. W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Dušce Tadićowi* Izba Sądząca wskazała, że prześladowanie jest formą dyskryminacji z powodu rasy, religii lub opinii politycznych, która ma w zamiarze pogwałcenie podstawowych praw jednostki i prowadzi doń⁴⁸. Z drugiej strony w innym wyroku podkreślono, że „nieistotne jest ustalenie, które prawa mogą być uznane za prawa podstawowe na potrzeby prześladowania. Prześladowanie może stanowić pozbawienie wielu praw, zarówno podstawowych, jak i nieposiadających tego charakteru”⁴⁹.

W toku swojej działalności orzeczniczej MTKJ sprecyzował, że „czyny, które zaprzeczają podstawowym prawom, mogą stanowić prześladowanie pod warunkiem, że są one wystarczająco poważne lub ciężkie”⁵⁰. W razie powołania się na powyższy warunek, nie jest konieczne badanie podstawowego charakteru każdego z praw z osobna⁵¹. W celu ustalenia zbrodni prześladowania wskazane czyny nie powinny być bowiem rozpatrywane w odosobnieniu, ale raczej postrzegane we wzajemnym powiązaniu z uwzględnieniem ich skumulowanego efektu⁵². A zatem całokształt ich konsekwencji musi godzić w człowieczeństwo w taki sposób, że mogą być określone mianem „niehumanitarnych”⁵³. Zdaniem MTKJ, powyższe rozróżnienie jest „wystarczające dla spełnienia wymogu legalizmu, jako że czyny niehumanitarne są wyraźnie przewidziane przez Statut”⁵⁴. Po odesłaniu do kilku międzynarodowych instrumentów praw człowieka orzekający w sprawie *Prokurator przeciwko Zoranowi Kupreškićowi, Mirjanowi Kupreškićowi, Vlatce Kupreškićowi, Drago Josipovićowi, Draganowi Papčićowi, Vladimirowi Santićowi (aka “Vlado”)* skład sędziowski podsumował, że poprzez odwołanie się do międzynarodowych standardów praw człowieka⁵⁵ możliwym stanie się ustalenie „mniej ogólnych parametrów dla interpretacji «innych niehumanitarnych czynów»”⁵⁶.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Brdjanin*, § 1031.

⁴⁸ *Prokurator przeciwko Dušce Tadićowi*, wyrok Izby Sądzącej z 7.05.1997 r., sprawa nr IT-94-1-T, § 697. Potwierdził to wyrok Izby Sądzącej w sprawie *Kupreškić i inni*, § 616.

⁴⁹ *Stakić*, § 773.

⁵⁰ *Kupreškić i inni*, § 605 i 619; *Prokurator przeciwko Kordićowi i Čerkezowi*, wyrok Izby Sądzącej z 26.02.2001 r., sprawa nr IT-95-14/2-T, § 193 i 195; *Prokurator przeciwko Krstićowi*, wyrok Izby Sądzącej z 2.08.2001 r., sprawa nr IT-98-33-T, § 535.

⁵¹ *Brdjanin*, § 1031.

⁵² Zob. np. cytowane już wyroki Izb Sądzących MTKJ w sprawach: *Kupreškić i inni*, § 615(e) i 622; *Krnojelac*, § 434; *Vasiljević*, § 247; *Naletilić*, § 637; *Stakić*, § 736; *Simić*, § 48; *Brdjanin*, § 995 i 1031. Jak zauważył MTKJ, „osobno lub razem, akty muszą stanowić prześladowanie, jakkolwiek nie jest wymagane, aby każdy zarzucany czyn stanowił naruszenie prawa międzynarodowego”; por. powyższe wyroki oraz wyrok Izby Sądzącej w sprawie *Kvočka i inni*, § 186.

⁵³ *Kupreškić i inni*, § 622.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Niemniej należy wyraźnie zauważyć, że prawo międzynarodowe praw człowieka nie daje definicji prześladowania i ETPC nie podaje w tym zakresie dalszych wytycznych (por. *Ahmed przeciwko Austrii*, wyrok ETPC z 17.12.1996 r., skarga nr 25964/94, ECHR 1997, vol. 24, s. 278; *Altun przeciwko Federalnej Republice Niemiec*, decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 8.03.1983 r., DR 1984, vol. 36, s. 209). Jak jednak podkreśliła Izba Sądząca w wyroku w sprawie *Kupreškić i inni*, § 588, w orzecznictwie strasburskim często mamy do czynienia z przyjęciem bardziej ogólnej konkluzji, zgodnie z którą istnieje otwarta kategoria form postępowania mogących stanowić prześladowanie, ocenionych w świetle Konwencji w zależności od okoliczności sprawy.

⁵⁶ *Kupreškić i inni*, § 566.

Dalsze rozważania w tym zakresie prowadzone były w kontekście zbrodni przeciw ludzkości. W tym przypadku również wskazano, że niedookreślona kategoria „innych czynów nieludzkich” umożliwia elastyczność w zakresie rozstrzygnięcia spraw, w zależności od form, w jakich może nastąpić zamach na ludzkość, które są zmienne oraz są przeprowadzane ze szczególną pomysłowością, co w konsekwencji rodzi konieczność rozstrzygnięcia każdej sprawy z uwzględnieniem jej indywidualnych okoliczności⁵⁷. Podczas gdy czyny i zaniechania określone w podpunktach art. 5 Statutu są z definicji na tyle poważne, inne muszą spełnić dodatkowy warunek, a mianowicie „muszą osiągnąć taki sam poziom natężenia, jak inne zbrodnie przeciwko ludzkości wymienione w art. 5 Statutu”. Ten warunek, stanowiący swoisty test, zostanie spełniony jedynie w razie rażących naruszeń praw człowieka⁵⁸. W konsekwencji „nie każde działanie lub zaniechanie odmawiające podstawowego prawa jest na tyle poważne, aby stanowić zbrodnię przeciwko ludzkości”⁵⁹. W tej sytuacji MTKJ wskazał, że zasadnym stało się odwołanie do orzecznictwa strasburskiego w celu nie tylko porównania i oceny ciężaru zakazanych działań, ale również ustalenia katalogu podstawowych praw przynależnych istotom ludzkim, pogwałcenie których może stanowić, w zależności od towarzyszących mu okoliczności, zbrodnię przeciw ludzkości⁶⁰.

W konsekwencji sędziowie MTKJ odwoływali się do międzynarodowych instrumentów praw człowieka w celu identyfikacji zakazanych aktów nieludzkich, odnosząc się w szczególności do przyrodzonego prawa do życia i zakazu nieludzkiego lub poniżającego traktowania z EKPC⁶¹. Jako mieszczące się w ramach niniejszej kategorii wymienione⁶² zostały w orzecznictwie MTKJ okaleczenia lub innego rodzaju dotkliwie krzywdy cielesne, bicie i inne akty przemocy⁶³, poważne urazy o charakterze fizycznym i psychicznym⁶⁴, przymusowe przesiedlenia⁶⁵, nieludzkie lub poniżające traktowania⁶⁶, wymuszona prostytutka⁶⁷ oraz zaginięcia osób⁶⁸. Wszystkie zarzucane czyny „muszą być dokonywane w sposób systematyczny lub na dużą skalę” i „być tak poważne, jak inne kategorie zbrodni przewidziane w innych postanowieniach art. 5 [Statutu MTKJ – przyp. M.S.]”⁶⁹.

Rozpatrywanie wpływu EKPC na działalność MTKJ dotyczy jednak nie tylko sytuacji związanych z dookreśleniem zakresu przedmiotowego zarzucanych zbrodni, ale również praw przysługujących osobom oskarżonym o ich popełnienie, albowiem skuteczność w wymierzaniu sprawiedliwości nie może być nigdy osiągnięta poprzez naruszenie standar-

⁵⁷ *Ibidem*, § 623.

⁵⁸ *Prokurator przeciwko Naletilicicowi i Martinovicicowi*, wyrok Izby Sądzącej z 31.03.2003 r., sprawa nr IT-98-34-T, § 635; por. wyroki Izby Sądzących w sprawach: *Kupreškić i inni*, § 621; *Krnojelac*, § 434; *Stakić*, § 736; *Simić*, § 48.

⁵⁹ *Kupreškić i inni*, § 618; *Kordić*, § 196; *Kvočka i inni*, § 185; *Krnojelac*, § 434; *Stakić*, § 735; *Simić*, § 48.

⁶⁰ *Kupreškić i inni*, § 622.

⁶¹ *Kvočka i inni*, § 207; *Prokurator przeciwko Blaškicicowi*, wyrok Izby Apelacyjnej z 29.07.2004 r., sprawa nr IT-95-14-A, § 143; *Kupreškić i inni*, § 566.

⁶² *Kvočka i inni*, § 208.

⁶³ *Tadić*, § 730.

⁶⁴ *Blaškić*, § 143 i 239.

⁶⁵ *Kupreškić i inni*, § 566; *Krstić*, § 523.

⁶⁶ *Kupreškić i inni*, § 566.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Krstić*, § 523; *Kupreškić i inni*, § 566.

⁶⁹ *Kupreškić i inni*, § 566.

dów praw człowieka⁷⁰. Wyraźnie podkreśliła to Izba Sądząca w sprawie *Prokurator przeciwko Draganowi Nikolicowi* stwierdzając, że „istnieje bliska więź między obowiązkami Trybunału w zakresie poszanowania praw człowieka oskarżonego oraz zobowiązaniem do zapewnienia rzetelnego procesu sądowego”⁷¹, a to ostatnie obejmuje więcej niż obowiązek Izby w zakresie zapewnienia oskarżonemu sprawiedliwej rozprawy⁷².

W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Blagoje Simiciowi, Miroslavowi Tadicowi i Simo Zariciowi* sędziowie MTKJ odwołali się do konieczności prowadzenia postępowania karnego z pełnym poszanowaniem prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do wolności i bezpieczeństwa jednostki, zawartych w art. 5 i 6 EKPC⁷³. Wspomniane prawa obejmują prawo do szybkiego postawienia przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez prawo do wykonywania władzy sądowniczej oraz do osądzenia w rozsądnym czasie lub zwolnienia; prawo do sądowej kontroli decyzji, wydanej bez zwłoki, w zakresie legalności pozbawienia wolności; prawo do sprawiedliwej i publicznej rozprawy w rozsądnym czasie przed niezależnym i bezstronnym sądem ustanowionym przez prawo; do bycia uważanym za niewinnego do czasu udowodnienia winy zgodnie z prawem; do bycia informowanym niezwłocznie o charakterze i przyczynach zarzutów skierowanych wobec jego osoby; do odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania swojej obrony; do pomocy prawnej; do przesłuchiwania świadków oskarżenia oraz do powoływania i przesłuchiwania świadków swojej strony na takich samych zasadach, jakie mają zastosowanie do świadków strony przeciwnej⁷⁴.

Standard rzetelnego procesu został przejęty do Statutu MTKJ z prawa międzynarodowego praw człowieka i obejmuje następujące zasady: domniemanie niewinności (i związany z tym ciężar dowodów), bezstronność i niezależność sądu, równość broni, konieczność uzasadnienia decyzji, rzetelny i szybki przebieg postępowania i prawo do składania środka odwoławczego.

W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Enverowi Hadžihasanovićowi i Amirowi Kubarze*⁷⁵ sędziowie MTKJ odwołali się do wyroku w sprawie *Barberà, Messegué i Jabardo przeciwko Hiszpanii*⁷⁶, w której ETPC przywołał zasadę domniemania niewinności oraz spoczywający na oskarżeniu ciężar obalenia tego domniemania. Sędziowie MTKJ wskazali, że zasada domniemania niewinności z art. 6 ust. 2 EKPC wymaga, aby „członkowie sądu nie rozpoczęli wykonywanie swoich obowiązków z góry wyrobioną opinią, że oskarżony popełnił zarzucane mu czyny; ciężar dowodów spoczywa na oskarżeniu, a wszelkie wątpliwości muszą być rozstrzygane na korzyść oskarżonego”⁷⁷. Jak jednak zauważa Izba Sądząca MTKJ⁷⁸, ETPC wymaga od państw brania pod uwagę znaczenia sprawy oraz zapewnienia

⁷⁰ Opinia odrębna sędziego Pocara do wyroku Izby Apelacyjnej w sprawie *Prokurator przeciwko Mile Mrkšićowi i Veselinowi Šljivančaninowi* z 5.05.2009 r., nr sprawy IT-95-13/1-A, § 10.

⁷¹ Decyzja w sprawie wniosku obrony kwestionującego wykonywanie jurysdykcji przez Trybunał w sprawie *Prokurator przeciwko Draganowi Nikolicowi* z 9.10.2002 r., sprawa nr IT-94-2-PT, § 111.

⁷² *Prokurator przeciwko Draganowi Nikolicowi*, wyrok Izby Sądzącej z 18.12.2003 r., sprawa nr IT-94-2-S, § 27.

⁷³ *Simić i inni*, § 678.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Prokurator przeciwko Enverowi Hadžihasanovićowi Amirowi Kubarze*, wyrok Izby Sądzącej z 15.03.2006 r., sprawa nr IT-01-47-T, § 220.

⁷⁶ *Barberà, Messegué i Jabardo przeciwko Hiszpanii*, wyrok ETPC z 6.12.1988 r., skarga nr 10590/83, Ser. A nr 146.

⁷⁷ *Hadžihasanović Amir Kubara*, § 220, odwołujący się do wyroku ETPC w sprawie *Barberà, Messegué i Jabardo*, § 77.

⁷⁸ *Hadžihasanović Amir Kubara*, § 225.

poszanowania praw obrony⁷⁹, a zatem skorzystanie z domniemania w prawie karnym musi być proporcjonalne do zamierzonego celu⁸⁰.

Podobnie, w sposób dorozumiały w podstawowym prawie oskarżonego do rzetelnego procesu mieści się zasada równości broni, dotycząca istoty gwarancji rzetelnego procesu⁸¹. Powyższa zasada powinna „obejmować nie tylko równość proceduralną lub parytet obu stron przed Trybunałem, ale również równość materialną w interesie zapewnienia sprawiedliwego procesu”⁸². Opierając się na relewantnym orzecznictwie strasburskim⁸³ wskazano również, że zasada równości broni obejmuje minimalną gwarancję procesową, ustanowioną w art. 21 ust. 4b Statutu, do posiadania wystarczającego czasu i udogodnień dla przygotowania obrony⁸⁴. W myśl Izby Apelacyjnej orzekającej w sprawie *Prokurator przeciwko Dušce Tadićowi* „nie istnieje żadna przyczyna, aby dokonać rozróżnienia między pojęciem rzetelnego (sprawiedliwego) procesu z art. 20 ust. 1 Statutu a jego odpowiednikami z EKPC [...] [i innych traktatów praw człowieka – przyp. M.S.] w interpretacji nadanej im przez relewantne sądowe lub kontrolne organy traktatowe w ramach tych instrumentów prawnych”⁸⁵. W konsekwencji, MTKJ kilkakrotnie⁸⁶ powołał się na orzecznictwo ETPC, zgodnie z którym skazanie w oparciu wyłącznie lub w znacznym stopniu na podstawie zeznań świadków, których oskarżony nie miał możliwości przepytań jest sprzeczne z prawami do sprawiedliwego procesu zagwarantowanymi w EKPC⁸⁷.

Kolejnym integralnym elementem rzetelnego procesu jest prawo człowieka do osądzenia przez niezależny i bezstronny sąd. W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Furundžiji* MTKJ wskazał, że „interpretacja podstawowego prawa człowieka przysługującego oskarżonemu do bycia sądzonym przez bezstronny trybunał jest dokonywana przez rozważenie sytuacji, w których zarzuca się, że sędzia nie jest lub nie może być bezstronny i w związku z tym powinien być wyłączony ze składu sędziowskiego w danej sprawie”⁸⁸. W ramach

⁷⁹ *Salabiaku przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 7.10.1988 r., skarga nr 10519/83, Ser. A nr 141-A, § 28.

⁸⁰ *Janosević przeciwko Szwecji*, wyrok ETPC z 23.7.2002 r., skarga nr 34619/97, RJD 2002-VII, § 101.

⁸¹ Por. *Prokurator przeciwko Dušce Tadićowi*, wyrok Izby Apelacyjnej z 15.07.1999 r., sprawa nr IT-94-1-A, § 30 i 43.

⁸² *Ibidem*, § 30.

⁸³ Tj. *Dombo Bebeer B.V. przeciwko Holandii*, wyrok ETPC w sprawie z 27.10.1993 r., skarga 14448/88, Ser. A, nr 274; *Neumeister przeciwko Austrii*, wyrok ETPC z 27.06.1968 r., skarga nr 1936/63, Ser. A, nr 8; *Delcourt przeciwko Belgii*, wyrok ETPC z 17.01.1970 r., skarga nr 2689/65, Ser. A, nr 11; *Borgers przeciwko Belgii*, wyrok ETPC z 30.10.1991 r., skarga nr 12005/86, Ser. A, nr 214; *Albert i Le Compte przeciwko Belgii*, wyrok ETPC z 10.2.1983 r., skarga nr 7299/75 i 7496/76, Ser. A, nr 58; *Bendenoun przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 24.02.1994 r., skarga nr 12547/86, Ser. A, nr 284; *Kaufman przeciwko Belgii*, decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 9.12.1986 r., skarga nr 10938/84, DR 50, s. 110; *X i Y przeciwko Austrii*, decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka, skarga nr 7909/74, DR 15, s. 160.

⁸⁴ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadić*, § 31.

⁸⁵ *Ibidem*, § 43, 48 i nn. Oraz § 321, w którym *expressis verbis* wskazano, że „dalsze wskazówki mogą być zaczerpnięte z art. 6 EKPC”.

⁸⁶ *Prokurator przeciwko Vujadinowi Popovićowi, Ljubiše Bearze, Drago Nikolićowi, Ljubomirowi Borovčaninowi, Radivoje Miletićowi, Milanowi Gvero i Vince Pandurevićowi*, wyrok Izby Sądzącej z 10.06.2010 r., sprawa nr IT-05-88-T, § 62 i 96. Podobnie decyzja proceduralna dotycząca apelacji w sprawie *Prokurator przeciwko Stanislawowi Galiciowi* z 7.06.2002 r., sprawa nr IT-98-29-AR73.2, § 34.

⁸⁷ Por. *Bocos-Cuesta przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 10.11.2005 r., skarga nr 54789/00, § 67-70; *Solakov przeciwko Macedonii*, wyrok ETPC z 31.01.2002 r., skarga nr 47023/99, § 57; *Isgro przeciwko Włochom*, wyrok ETPC z 19.02.1991 r., skarga nr 11339/85, § 34.

⁸⁸ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie *Furundžija*, § 179.

Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wypracowano znaczną ilość orzecznictwa interpretującego jej art. 6, który stanowi, między innymi, że każdy jest uprawniony do rzetelnej i publicznej rozprawy w rozsądnym terminie przed niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym przez prawo⁸⁹.

Następny element standardu rzetelnego procesu dotyczy konieczności uzasadnienia wyroku. Jak wskazała Izba Apelacyjna w wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Furundžiji*, pominięcie w orzeczeniu interpretacji dotyczącej decydujących kwestii natury dowodowej (tu: oceny sprzecznych dowodów z zeznań) stanowi błąd naruszający prawo jednostki do rzetelnego procesu z art. 21 i 23 ust. 2 Statutu, jak również z art. 6 EKPC⁹⁰. W związku z powyższym, strona skarżąca przytoczyła EKPC oraz orzecznictwo ETPC dla poparcia swojego twierdzenia, że Izba Sądząca miała obowiązek przedłożenia stosownych uzasadnień w decydujących kwestiach⁹¹. Orzecznictwo wypracowane w ramach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ustanowiło, że uzasadnienie stanowi element składowy wymogu sprawiedliwej rozprawy, z tym że „zakres, w jakim ten obowiązek znajduje [...] zastosowanie, może różnić się w zależności od charakteru decyzji” i „może być określony jedynie w świetle okoliczności danej sprawy”⁹².

W wyroku w sprawie *Prokurator przeciwko Pavlowi Strugarowi* Izba Apelacyjna MTKJ odwołała się do całokształtu gwarancji ustanowionych w art. 6 EKPC⁹³. W dalszej części wyroku Izba przypominała stwierdzenie ETPC, w myśl którego efektywny udział w procesie zakłada, że oskarżony posiada dogłębne zrozumienie natury (charakteru) procesu sądowego⁹⁴, surowości grożącej kary, świadomość znaczenia wypowiedzianych w sądzie kwestii, możliwość śledzenia wypowiedzi świadków oskarżenia, przedstawienia własnej wersji wydarzeń i wskazania wszystkich punktów, z którymi się nie zgadza, oraz podania obrońcom wszystkich okoliczności, jakie powinny być przedstawione w jego obronie⁹⁵.

W kontekście sądenia zbrodni popełnionych w czasie konfliktu zbrojnego i powołania w tym celu międzynarodowego trybunału karnego *ad hoc* pojawia się problem zasady *nullum crimen sine lege*, która „chroni osoby, które rozsądnie sądzą, że ich postępowanie było zgodne z prawem, przed retroaktywną penalizacją ich postępowania. Nie chroni ona osób, które wie-

⁸⁹ *Ibidem*, § 181.

⁹⁰ *Ibidem*, § 47; por. też *Ruiz Torija przeciwko Hiszpanii*, wyrok ETPC z 9.12.1994 r., skarga nr 18390/91, Ser. A nr 303, § 29.

⁹¹ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie *Furundžija*, § 48.

⁹² *Ruiz Torija przeciwko Hiszpanii*, § 29.

⁹³ *Prokurator przeciwko Pavlowi Strugarowi*, wyrok Izby Apelacyjnej z 17.07.2008 r., prawa nr IT-01-42-A, § 47. W przypisie nr 129 do powyższego wyroku odwołano się do relewantnego orzecznictwa strasburskiego (*S.C. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 15.06.2004 r., skarga nr 60958/00, ECHR 2004-IV, § 29; *T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 16.12.1999 r., skarga nr 24724/94, § 83; *Stanford przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 23.02.1994 r., skarga nr 16757/90, Ser. A nr 282-A, § 26; *V. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 16.12.1999 r., skarga nr 24888/94, ECHR 1999-IX, § 90).

⁹⁴ Jednocześnie Izba Apelacyjna w wyroku w sprawie *Strugar* wskazała, że należy za ETPC przyjąć standard *overall capacity* w zakresie rozsądnego i świadomego uczestniczenia w procesie, w którym nawet osoba zdrowa, ale bez odpowiedniego wykształcenia prawniczego potrzebuje pomocy prawnej, zwłaszcza w przypadku złożonych (zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym) spraw (zob. § 60 wyroku, w którym sędziowie MTKJ odwołali się do wyroków *T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 83 i *V. przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 90).

⁹⁵ Zob. *S.C. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 29.

działy, że popełniają przestępstwo, przed skazaniem za to przestępstwo zgodnie z późniejszym jego sformułowaniem”⁹⁶. W wyroku w tzw. *Čelebići case* Izba Apelacyjna MTKJ przytoczyła z aprobatą następujące stwierdzenie Izby Sądzącej w tej sprawie: „jest rzeczą niezaprzeczną, że takie czyny, jak morderstwo, tortury, gwałt i nieludzkie traktowanie są karalne zgodnie z «ogólnymi zasadami prawa uznanymi» przez wszystkie systemy prawne. Fakt, że [Oskarżony – przyp. M.S.] nie mógł [...] przewidzieć utworzenia międzynarodowego trybunału, który będzie stanowił forum dla dochodzenia i sądenia, jest bez znaczenia”⁹⁷.

Przegląd i analiza odwołań do EKPC i orzecznictwa strasburskiego w wyrokach Międzynarodowego Trybunału Karnego dla b. Jugosławii prowadzi do kilku wniosków.

Z uwagi na niedostatek precedensu na polu międzynarodowego prawa humanitarnego oraz podobieństwo w zakresie celów, wartości i terminologii, odwołanie się przez sędziów MTKJ do instrumentów i praktyki rozwiniętej na polu prawa praw człowieka (ze szczególnym uwzględnieniem EKPC) okazało się nie tylko możliwe, ale i pożądane. Odwołanie się do strasburskich standardów praw człowieka ma miejsce przede wszystkim w celu dookreślenia zakresu przedmiotowego karalnych czynów, interpretacji pojęć i praw zawartych w Statucie Trybunału oraz ustalenia istnienia i zakresu zwyczajowego prawa międzynarodowego. W niektórych przypadkach odwołanie do standardów praw człowieka służyło jedynie jako argument potwierdzający linię interpretacyjną przyjętą przez sędziów MTKJ, w innych - zwłaszcza tam, gdzie Statut Trybunału i normy międzynarodowego prawa humanitarnego nie dawały wyraźnych kryteriów oceny - miały charakter wręcz rozstrzygający. Drugą płaszczyzną wykorzystania dorobku orzeczniczego EKPC jest z kolei „zaplecze gwarancyjne” oferowane osobom pociąganym do odpowiedzialności przed trybunałem karnym, w tym standard prawa do rzetelnego i sprawiedliwego procesu.

Należy jednak podkreślić, że pomimo uznania normatywnej zbieżności w zakresie przedmiotu i celu obu systemów prawnych (tj. międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych i prawa międzynarodowego praw człowieka), MTKJ okazał się daleki od bezwzględnego i automatycznego przenoszenia standardów, definicji i ustaleń poczynionych w systemie EKPC, wskazując na zasadność korzystania ze standardów strasburskich tylko określonym zakresie, ograniczającym się w praktyce do tych elementów praw człowieka, które stanowią część zwyczajowego prawa międzynarodowego⁹⁸.

The impact of the European Convention on Human Rights on the activities of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

(Summary)

In the 90s of the 20th century the Europe faced an armed conflict at the Balkans. After the cease of fire a criminal tribunal *ad hoc* was established. At the stage of elaborating the Tribunal's Statute and its further work it was impossible to „cut from” the human rights standards settled at the Strasbourg, especially as both, human rights and international hu-

⁹⁶ *Stakić*, § 67.

⁹⁷ *Čelebići case*, § 179.

⁹⁸ *Stakić*, § 721.

manitarian law focus on the respect for human dignity and human values. This article is an attempt to indicate whether and to what extent the ICTY has referred to ECHR and its case law.

The review of the ICTY's jurisprudence enables to point a few grounds in which its judges have referred to standards elaborated within the european system of human rights protection. Due to the lack of precedents in the field of international humanitarian law, the ICTY's judges repeatedly referred to instruments and practice developed in the field of human rights protection. The judgement in *Kunarac, Kovac, and Vukovic case* undelines that in respect to certain aspects, international humanitarian law may be recognized as „melted” with human rights law. Due to the similarity of these branches of law in respect to their purpose, values and terminology such a reference was not only possible but needed. The ICTY's judges usually referred to the ECHR and its case law as to the point of reference or pattern using interpretations of ECtHR in the situation of lack of clear criteria of assessment in ICTY's Statute and international humanitarian law. Moreover, the reference to ECHR and its jurisprudence was a useful tool in case of determination the scope of customary international law. Many times, however, they used human rights standards only as one more argument justifying the line of legal reasoning the were presenting.

The ICTY's underlines, however, that in case of referring to the definitions elaborated on the grounds of human rights law a fundamental structural differences between these both branches of law should be carefully considered. According to above, the ICTY warned against taking over too hasty the concepts and the terms function in other legal contexts. Further it stated the terms developed in the field of human rights law may be used only when they taking into account attributes of international humanitarian law of armed conflicts what does not preclude referring to human rights law in respect to those its aspects which are common to both systems. Due to that in the judgement in *Krnojelec case* the Trial Chamber recognized general considerations and criteria used by the ECtHR in respect to the determination of the alleged acts as torture, along with their relationship with inhuman and degrading treatment as sufficient to be a foundation for the ICTY's assessment in a given case.

The special category are cases employing ECtHR's case law in respect of article 5 of the ICTY's Statute, ie. interpretation of the term „other inhuman acts” in determining the scope of the crime of persecution. The legal category of „other inhuman acts” was deliberately constructed as an open one, because it was recognized the enumeration of acts that may constitute persecution as inexpedient due to the possibility to repeal from the letter of the prohibition. The ICTY repeatedly stated that there is no list of the established fundamental rights and the decisions should be taken in regard to circumstances of the particular case. The relevant acts should be sufficiently serious or heavy and they need to be taken under consideration in the light of their overall consequences. In *Kupreškić case* the Trial Chamber concluded that less general parameters for interpretation of „other inhuman acts” may be sought in the international human rights standards. It become therefore reasonable to refer to the Strasbourg's case law in order to compare and assess the seriousness and weight of the alleged acts, and to identify prohibited inhuman acts, taking a special regard to the right to life and freedom from torture and inhuman or degrading treatment.

An influence of the ECHR and its case law on the work of the ICTY should not, however, be reduced to situations related to the determination of scope of alleged crimes, but also encompass the rights given to those who are accused of committing such acts. As the judgment in *Nikolić case* emphasized that effectiveness of the justice should not be achieved by the violations of human rights standards. In *Simić, Tadić, and Zarić case* ICTY clearly stated that the criminal proceedings must be carried out with the respect of the individual's right to a fair trial. The standard of a human right to a fair trial includes the guarantees, such as: the presumption of innocence, an impartiality and an independence of the court, the equality of arms, necessity of justifying the decision, a fair and reasonable time of the proceedings and a right to appeal.

To sum up, the ICTY in many occasions refer to human rights standard elaborated within the ECHR system. In some cases this reference was the only another argument that support the Tribunal line of interpretation, in others it was of a decisive character, especially in situations where there was no sufficient criteria of assessment in the ICTY's Statute or international humanitarian law. In all these cases, however, the ICTY was careful and underlined the differences of both legal systems which, departing having common values and terms, should not be too easily seen as a one normative context within one can freely move and choose whatever he likes to.

Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na interpretację zasady równości broni w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Przestrzeganie zasad rzetelnego procesu¹ i zapobieganie naruszeniom praw oskarżonego to jedna z głównych trosk międzynarodowego prawa karnego². Uważa się wręcz, że poszanowanie tych zasad jest osią całego międzynarodowego systemu wymiaru sprawiedliwości, stanowiąc „test krytyczny” ich legitymizacji i wiarygodności na arenie międzynarodowej³. Z kolei bez sprecyzowania pojęcia rzetelności i jej składników międzynarodowe trybunały karne narażają się na zarzut zbyt daleko idącej uznaniowości⁴. W swojej działalności sądy te opierają się więc o standardy wypracowane przez międzynarodowe prawo praw człowieka⁵, a zwłaszcza interpretację poszczególnych gwarancji procesowych zaproponowaną przez sądowe lub quasi-sądowe organy powołane na mocy powszechnych, jak i regionalnych konwencji praw człowieka. Wśród tych inspiracji szczególne miejsce, z uwagi na niezwykle bogaty dorobek orzeczniczy, zajmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka, który wielokrotnie podkreślał, że prawo do rzetelnego procesu zajmuje prominentne miejsce w społeczeństwie demokratycznym⁶.

Jednym z kluczowych elementów procesu karnego jest tzw. zasada równości broni (*equality of arms*), powszechnie uznawana za minimalny próg warunkujący rzetelność każdego postępowania sądowego⁷. Zasada ta zakłada zachowanie równości uprawnień stron postępowania poprzez zapewnienie im możliwości pełnej realizacji zagwarantowanych praw⁸.

* Mgr Katarzyna Holy, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

¹ Na temat definicji pojęcia rzetelnego postępowania zob. *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009.

² M. Bohlander, *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London 2007, s. 24.

³ S. Negri, *The Principle of “Equality of Arms” and the Evolving Law of International Criminal Procedure*, “International Criminal Law Review”, 2005, vol. 5, p. 514.

⁴ W. Schomburg, *The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights*, “Northwestern Journal of International Human Rights” 2009, vol. 8, issue 1, s. 1.

⁵ Zob. art. 10 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (uchwalona rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 217 A (III) w dniu 10 grudnia 1948 r. w Paryżu); art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (Dz.U. z 1977, Nr 38, poz. 167); art. 8 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (przyjęta w dniu 22 listopada 1969 r. w San José, tekst polski [w:] *Prawa Człowieka. Dokumenty Międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Miłk, Toruń 1993); art. 7 ust. 1 Afrykańskiej Konwencji Praw Człowieka i Ludów (przyjęta 26 czerwca 1981 r. w Nairobi, tekst polski [w:] *Prawa Człowieka. Dokumenty Międzynarodowe*, op. cit.).

⁶ Zob. *De Cubber v. Belgium*, application no. 9186/80, judgment of 26 October 1984, § 30.

⁷ M. Bohlander, op. cit., s. 27-28.

⁸ M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, t. I, Kraków 2004, s. 728-729.

Nie można jej natomiast mylić z literalną równością, ani też z równością wobec prawa czy zakazem dyskryminacji⁹. Co istotne, zasada równości broni uważana jest za ogólną zasadę prawa, stanowiącą ponadto normę prawa zwyczajowego. Powinna być zatem przestrzegana w postępowaniu sądowym, bez względu na to, czy jest wprost przewidziana w danym akcie prawnym¹⁰.

„Zasada równości broni pomiędzy prokuratorem a oskarżonym w procesie karnym znajduje się w sercu gwarancji rzetelnego procesu”¹¹ – ten cytat z orzeczenia Międzynarodowego Trybunału dla b. Jugosławii pokazuje, że również międzynarodowe trybunały karne przywiązują ogromną wagę do zachowania równowagi między uprawnieniami stron. Świadomy ich znaczenia jest ponadto powołany na mocy Statutu Rzymskiego z 1998 roku¹² Międzynarodowy Trybunał Karny, który przyznaje, że „rzetelny proces to jedyny sposób na realizację sprawiedliwości”¹³. Pomimo, że nie wydał jeszcze do tej pory żadnego wyroku, MTK wielokrotnie wypowiadał się na temat równości broni jako jednej z zasad rzetelnego procesu, niezwykle często powołując się przy tym na interpretację dokonaną przez ETPC. Mając to na uwadze, interesujące i celowe wydaje się dokonanie analizy, w jakich sytuacjach MTK odwoływał się do orzecznictwa strasburskiego, a także w jakim stopniu orzecznictwo to przyczyniło się do interpretacji równości broni przez ten sąd.

Treść zasady równości broni w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 roku¹⁴ uważana jest za pierwszy wiążący dokument prawa międzynarodowego, który stypuluje zasadę równości broni. Wprawdzie art. 6 Konwencji nie wymienia jej wprost, lecz wynika ona z zakresu gwarancji procesowych przyznanych oskarżonemu, wymienionych w ust. 3 omawianego przepisu¹⁵. Co istotne, taką interpretację potwierdziły oraz rozwinęły organy sądowe powoła-

⁹ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilshurt, *An Introduction to International Criminal Law and Procedures*, Cambridge 2010, s. 435.

¹⁰ S. Negri, *op. cit.*, s. 569.

¹¹ *The Prosecutor v. Duško Tadić*, the Appeals Chamber's judgment of 15 July 1999, Case No. IT-94-I-A, § 44.

¹² Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, przyjęty w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708).

¹³ *The Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, Case No. ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 December 2006, § 37.

¹⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

¹⁵ Art. 6 Konwencji stanowi:

“1. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości.

2. Każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą.

ne na podstawie Konwencji, tj. Europejska Komisja Praw Człowieka, a następnie Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Europejska Komisja Praw Człowieka zdefiniowała równość broni jako równość proceduralną między oskarżonym a prokuratorem stwierdzając jednocześnie, że zasada ta stanowi nieodłączny element rzetelnego postępowania, zagwarantowanego w art. 6 ust. 1 Konwencji¹⁶, co następnie potwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁷. Opisując zasadę równości broni Trybunał uznał, że warunki postępowania nie mogą stawiać oskarżonego w niesprawiedliwie niekorzystnej sytuacji¹⁸, a równość broni polega na utrzymaniu sprawiedliwej równowagi (*fair balance*) między stronami. Co istotne, ma ona zastosowanie zarówno do spraw cywilnych, jak i karnych oraz do postępowań wszystkich instancji¹⁹.

Odnosząc się do koncepcji równości broni Trybunał zwraca uwagę na ściśle związane z nią prawo do kontradyktoryjnego postępowania w sprawach karnych i cywilnych, czyli prawo stron postępowania do przedstawienia swojej sprawy na równych warunkach, otrzymania informacji oraz komentowania wszystkich uwag i przytoczonych przez przeciwnika dowodów²⁰. W szeregu skarg przeciwko Austrii skarżący zarzucali brak zakomunikowania im pism procesowych wnoszonych do sądu przez prokuratora. Zdaniem ETPC nieprzekazanie oskarżonemu obserwacji prokuratora narusza zasadę równości broni w stopniu, w jakim uniemożliwia mu odniesienie się do tych argumentów i tym samym stawia go w położeniu znacznie niekorzystniejszym²¹. Co niezwykle istotne, równość broni nie zależy od następczej, wymiernej nierzetelności wynikającej z nierówności proceduralnej, gdyż nie jest sprawiedliwe, by oskarżenie zgłaszało wnioski do sądu nie poinformowawszy o tym obrońcy²². Tym samym, obrona musi mieć prawo do oceny, czy dany wniosek strony przeciwnej wymaga reakcji, czy też nie. To stanowisko Trybunał potwierdził w sprawie *Belziuk przeciwko Polsce* podkreślając, że zasada równości broni jest częścią szerszej koncepcji rzetelnego procesu, która zakłada również fundamentalne prawo do kontradyktoryjnego postępowania. Państwa wprowadzić posiadają pewien margines oceny w zakresie regulacji tego prawa w ustawodawstwie krajowym, lecz bez względu na to muszą zapewnić, że przeciwna

3. Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do:

- a) niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżeniu;
- b) posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony;
- c) bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony, do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości;
- d) przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia;
- e) korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie²³.

¹⁶ *Pataki and Dunsbin v. Austria*, applications no. 596/59 and 789/60, Report of 28 March 1963, § 36.

¹⁷ *Neumeister v. Austria*, application no. 1936/63, judgment of 27 June 1968, § 22.

¹⁸ *Delcourt v. Belgium*, application no. 2689/65, judgment of 17 January 1970, § 34.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Brandstetter v. Austria*, application no. 11170/84; 12876/87; 13468/87, judgment of 28 August 1991, § 67; *Ruiz-Mateos v. Spain*, application no. 12952/87, judgment of 23 June 1993, § 63; *Lobo Machado v. Portugal* application no. 15764/89, judgment 20 February 1996, § 31.

²¹ *Werner v. Austria*, application no. 21835/93, judgment of 24 November 1997, § 67.

²² *Bulut v. Austria*, application no. 17358/90, judgment of 22 February 1996, § 49.

strona będzie miała realną możliwość realizacji swojego prawa²³. Co istotne, w przytoczonej sprawie ETPC uznał ponadto, że zasada równości broni wymagała, by oskarżony miał prawo udziału w posiedzeniu i reagowania na argumenty przedstawione przez prokuratora. Wynikła w następstwie niezapewnienia tego prawa nierówność nie mogła zostać wyeliminowana poprzez przyznanie skarżącemu możliwości przesłania swojego stanowiska na piśmie, mając na uwadze zarówno obecność prokuratora w sądzie, jak też siłę przytoczanych przez niego argumentów ustnych²⁴.

W sprawie *Dombo Beheer B.V. przeciwko Holandii*, w której skarżąca spółka zarzucała niezachowanie równości broni poprzez niedopuszczenie dowodu z zeznań jej byłego prezesa, podczas gdy przeciwnik procesowy uzyskał taką możliwość, Trybunał sformułował najczęściej cytowaną w późniejszym czasie definicję równości broni, określając ją jako zasadę wymagającą, by „każda ze stron miała możliwość przedstawienia swojej sprawy w warunkach, które nie stawiają żadnej z nich w położeniu znacznie mniej korzystnym w stosunku do strony przeciwnej”²⁵.

Orzecznictwo międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*

Przechodząc na grunt międzynarodowego postępowania karnego w pierwszej kolejności warto przytoczyć najważniejsze orzecznictwo trybunałów *ad hoc* – Międzynarodowego Trybunału Karnego dla b. Jugosławii²⁶ oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy²⁷, na które następnie powoływał się także Międzynarodowy Trybunał Karny.

Do przestrzegania standardów rzetelnego procesu w postępowaniu przed międzynarodowymi trybunałami karnymi od początku przywiązywano dużą wagę. Świadczy o tym już choćby raport Sekretarza Generalnego ONZ, opublikowany przy okazji powoływania trybunałów *ad hoc*, w którym zwrócono uwagę na respektowanie praw oskarżonego²⁸. W treści raportu stwierdzono, że „oczywistym jest, iż Trybunał Międzynarodowy musi w pełni respektować uznane standardy w zakresie praw oskarżonego na każdym etapie postępowania”²⁹. Zasada równości broni została wprost przewidziana w Statutach MKJ i MTKR³⁰. Artykuły, odpowiednio – 21 ust. 1 oraz 20 ust. 1 stanowią, że „wszystkie osoby są równe przed Międzynarodowym Trybunałem”.

²³ *Belziuk v. Poland*, application no. 23103/93, judgment of 25 March 1998, § 37. W tej sprawie zarysował się także problem jurysdykcji temporalnej, gdyż postanowienie sądu zapadło przed wejściem w życie Konwencji w stosunku do Polski. Trybunał natomiast stwierdził, że ochrona zapewniona art. 6 nie przestaje obowiązywać w momencie wydania orzeczenia pierwszej instancji.

²⁴ *Ibidem*, § 39.

²⁵ *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, application no. 14448/88, judgment of 27 October 1993, § 33. Szerzej o zasadzie równości na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zob. M. Wąsek-Wiaderek, *The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries: a comparative view*, Leuven 2000.

²⁶ Zob. UN Security Council resolution 827 of 25 May 1993, S/RES/827 (1993).

²⁷ Zob. UN Security Council resolution 955 of 8 November 1994, S/RES/955 (1994).

²⁸ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704 of 3 May 1993.

²⁹ *Ibidem*, § 106.

³⁰ Aktualne wersje Statutów dostępne na oficjalnych stronach internetowych trybunałów: <http://www.icty.org> oraz <http://www.unictcr.org>.

Problematyka zakresu obowiązywania równości broni była wnikliwie analizowana przez MTKbJ w sprawie przeciwko Dušce Tadićowi. W wyroku z 15 lipca 1999 roku Izba Apelacyjna uznała, że nie znajduje powodów, by rozróżniać pojęcie rzetelnego procesu opisanego w art. 20 ust. 1 Statutu od jego odpowiednika wyrażonego w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, wyinterpretowanego przez organy powołane tymi dokumentami. W konsekwencji MTKbJ powtórzył, że zasada równości broni zawiera się w pojęciu rzetelnego procesu na podstawie Statutu³¹. W omawianej sprawie oskarżony podnosił w apelacji naruszenie zasady równości broni, co jego zdaniem przejawiało się brakiem współpracy ze strony władz serbskich poprzez m.in. niezapewnienie stawiennictwa wnioskowanych przez oskarżenie świadków, brak dostępu do dowodów, a także brak odpowiedniego czasu na przygotowanie obrony. Zdaniem obrony zasada równości broni powinna obejmować nie tylko równość proceduralną, ale też równość materialną, a więc faktyczne równe szanse przygotowania się do procesu. Trybunał nie zgodził się z tą argumentacją. Rozważając tę kwestię stwierdził, że nie znajduje w orzecznictwie ETPC niczego, co by sugerowało, że zasada równości broni ma zastosowanie do będących poza kontrolą sądu warunków, które uniemożliwiają stronie zapewnienie stawiennictwa wzywanych świadków³². Zwrócono ponadto uwagę, że w przypadku międzynarodowych trybunałów karnych zakres praw w świetle zasady równości broni powinien być interpretowany bardziej liberalnie niż jest on postrzegany w postępowaniu przed sądami krajowymi. Oznacza to, że zarówno oskarżony, jak i Prokurator muszą być traktowani na równych zasadach, Izba powinna natomiast zapewnić wszelkie możliwe na podstawie przepisów Statutu i RPE środki wnioskowane przez stronę³³. Wyrok spotkał się ze sporą krytyką w literaturze przedmiotu, gdzie przypomniano, że prawo do rzetelnego procesu na zasadach równości przysługuje wyłącznie oskarżonemu, a już nie innym stronom postępowania³⁴.

Równość broni nie jest jednak absolutna. Prawa przysługujące oskarżonemu, np. przyznany czas na przedstawienie argumentów czy liczba wzywanych świadków, mogą być w pewnych sytuacjach ograniczane. MTKbJ zwraca uwagę, że ciężar dowodu w postępowaniu karnym spoczywa na prokuratorze, a tym samym oczywistym jest, że przyznany mu czas może być dłuższy niż ten przysługujący obronie. Dlatego też stosunek obu stron opiera się na zasadzie proporcjonalności, a nie dokładnej matematycznej równości³⁵. MTKbJ podkreśla natomiast, że wszelkie ograniczenia mogą nastąpić jedynie przy zachowaniu ogólnych gwarancji procesowych przysługujących oskarżonemu. Zatem poza odpowiedzią na pytanie, czy w porównaniu z czasem przyznanym Prokuratorowi czas, którym dysponuje oskarżony, jest proporcjonalny, Trybunał musi w danej sytuacji ocenić, czy taka ilość czasu jest obiektywnie adekwatna, by umożliwić oskarżonemu przedstawienie swojej sprawy zgodnie z przysługującymi mu prawami³⁶.

Co istotne, w procesie karnym nie da się nie zauważyć zdecydowanej dysproporcji uprawnień procesowych między obroną a oskarżeniem. W postępowaniu przed sądami między-

³¹ *Tadić*, § 44.

³² *Ibidem*, § 49.

³³ *Ibidem*, § 52.

³⁴ S. Zappalà, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford 2003, s. 113.

³⁵ *The Prosecutor v. Naser Orcić*, Interlocutory Decision on Length of Defence Case, the Appeals Chamber, Case No. IT-03-68-AR73.2, 20 July 2005, § 7.

³⁶ *Ibidem*, § 8.

narodowymi obrona często napotyka problemy z dostępem do odpowiednich zasobów, tak finansowych, jak i niematerialnych. W postępowaniu przeciwko Milomirowi Stakiciowi Trybunał zwrócił uwagę, że równość broni nie jest równoznaczna z prawem dostępu do tych samych zasobów, a oznacza jedynie konieczność zapewnienia przez sąd, aby żadna ze stron nie była położona w mniej korzystnej sytuacji podczas przedstawiania swojej sprawy. By zbadać, czy zasada równości broni została zachowana, sąd musi poddać analizie dwie podstawowe kwestie: czy obrona została postawiona w sytuacji mniej korzystnej wobec oskarżenia, mając na uwadze „zasadę podstawowej proporcjonalności”, oraz czy w sposób sprawiedliwy zapewniono oskarżonemu możliwość zaprezentowania swoich argumentów³⁷. Ten pogląd potwierdził MTKR uznając, że równość stron nie powinna być mylona z równością środków. Oznacza to, że prawa oskarżonego nie mogą być interpretowane w taki sposób, aby oskarżony był uprawniony do tych samych zasobów, co oskarżenie. Równość broni nie jest więc równoznaczna z materialną równością zasobów personalnych i finansowych³⁸.

Trybunał Jugosłowiański rozpatrywał również, czy zasada równości broni ma zastosowanie wyłącznie w stosunku do oskarżonego, czy powoływać się na nią może również prokurator. MTKbJ nie miał wątpliwości co do tego, iż przechylenie na korzyść obrony byłoby równoznaczne z zaistnieniem nierówności procesowej z korzyścią dla obrony, i tym samym na niekorzyść oskarżenia, co skutkowałoby brakiem równości broni i w konsekwencji naruszeniem minimalnych gwarancji przewidzianych w art. 21 Statutu³⁹. W sprawie przeciwko Zlatce Aleksowskiemu MTKbJ przywołał interpretację zasady równości broni przedstawioną w licznych orzeczeniach ETPC, gdzie pojęcie rzetelnego procesu zostało ujęte jako znajdujące zastosowanie do obu stron. Co ważne, MTKbJ uzasadnił ponadto ten pogląd zwracając uwagę, że prokurator działa na rzecz i w interesie społeczności międzynarodowej, włączając w to interes pokrzywdzonych. Zdaniem Trybunału zasada równości broni nie narusza więc fundamentalnej ochrony gwarantowanej oskarżonemu. Tym samym, proces nie może być postrzegany jako rzetelny w sytuacji, gdy oskarżony byłby faworyzowany na rzecz prokuratora, poza sztywnym przestrzeganiem tych podstawowych gwarancji⁴⁰.

Zasada równości broni w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego uważany jest za pierwszy dokument kodyfikujący ogólne zasady międzynarodowego procesu karnego⁴¹. Za istotny krok naprzód należy uznać między innymi szczegółowy katalog źródeł prawa, który w art. 21 ust. 3 wprost

³⁷ *The Prosecutor v. Milimir Stakić*, the Appeals Chamber judgment of 22 March 2006, Case No. IT-97-24-A, § 149.

³⁸ *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, the Appeals Chamber's judgment of 1 June 2001, Case No. ICTR-95-1-A, § 69 i nn.

³⁹ *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Decision on the Prosecution's Motion for an Order Requiring Advance Disclosure of Witnesses by the Defence, 4 February 1998, § 49.

⁴⁰ *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, 16 February 1999, § 25. Szerzej na temat orzecznictwa MTKBJ zob. G. McIntyre, *Equality of Arms – Defining Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, "Leiden Journal of International Law" 2003, nr 16; V. Tochilovsky, *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights. Procedure and Evidence*, Leiden 2008, s. 227 i nn.

⁴¹ Za: S. Negri, *op. cit.*, s. 571.

stanowi, iż „stosowanie i interpretacja prawa na podstawie niniejszego artykułu muszą być zgodne z uznanymi przez społeczność międzynarodową prawami człowieka i pozbawione jakiegokolwiek negatywnego różnicowania”. Przepis ten ma szczególne znaczenie w kontekście prawa do rzetelnego procesu, gdyż to na nim właśnie MTK najczęściej bazuje przywołując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Co więcej, sędzia Steiner podkreśliła, że w pewnych okolicznościach ochrona prawa do sprawiedliwego procesu może zobowiązywać MTK nawet do wykraczania poza Statut. Jednocześnie jednak zwróciła uwagę, że orzecznictwo innych sądów należy przywoływać ostrożnie, mając na uwadze strukturę prawną danej instytucji oraz indywidualne okoliczności sprawy⁴².

Jeśli chodzi o zasady rzetelnego procesu sformułowane przez Statut, to zgodnie z art. 64 ust. 2 „Izba Orzekająca zapewni rzetelność i sprawność rozprawy oraz prowadzenie jej z pełnym poszanowaniem praw oskarżonego i z uwzględnieniem ochrony pokrzywdzonych i świadków.” Przepis ten rozwija art. 67 ust. 1 stanowiąc, że „przy rozstrzyganiu każdego zarzutu oskarżenia, z uwzględnieniem postanowień niniejszego statutu, oskarżony ma prawo do publicznego, rzetelnego i bezstronnego procesu oraz, na zasadach pełnej równości, do co najmniej następujących gwarancji”. Wymienione w tym artykule gwarancje procesowe tworzą katalog wzorowany na art. 6 ust. 1 EKPC, który jednakże został poszerzony o kilka istotnych uprawnień, wyinterpretowanych wcześniej w licznych orzeczeniach ETPC. W Statucie wymieniono mianowicie następujące prawa: do rozprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, do obecności na rozprawie, do ochrony przed przymusem zeznawania przeciwko sobie lub przyznania się do winy, do milczenia, do składania niezaprzyśiętych oświadczeń ustnych lub pisemnych na swoją obronę oraz prawo do ochrony przed nałożeniem na oskarżonego ciężaru dowodu i obowiązku odpowiedzi na twierdzenia oskarżenia.

Przechodząc na grunt orzecznictwa, w pierwszej kolejności trzeba podkreślić, że Międzynarodowy Trybunał Karny uznaje zasadę rzetelności za kluczowy element postępowania karnego, włączając w to fazę przygotowawczą⁴³. Co więcej, MTK w zasadzie bez zastrzeżeń przyjmuje ogólną definicję zasady równości broni wypracowaną przez ETPC potwierdzając, że obejmuje ona „obowiązek zapewnienia każdej ze stron rozsądną możliwość przedstawienia sądowi swojej sprawy, włączając w to dowody, w okolicznościach które nie stawiają jej w znacznie niekorzystniejszej sytuacji *vis-à-vis* strony przeciwnej”⁴⁴. W dalszej kolejności stwierdza, że prawo zagwarantowane w art. 67 Statutu, a zwłaszcza sformułowanie „na zasadach pełnej równości”, zawiera w sobie zasadę równości broni, a minimum gwarancji musi być interpretowane na tyle przychylnie, by zapewnić, że sytuacja obrony będzie w możliwie największym stopniu na równej stopie z oskarżeniem⁴⁵. Równość broni interpretowana jest więc jako sprawiedliwa równowaga między stronami. Będzie ona zachowana, gdy stronie

⁴² *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa, No. ICC-01/05-01/08, 14 August 2009, § 42.

⁴³ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor’s application for leave to appeal Pre-Trial Chamber III’s decision on disclosure, 25 August 2008, No. ICC-01/05-01/08, § 13.

⁴⁴ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Defence request for leave to appeal regarding the transmission of applications for victim participation, 6 November 2006, s. 7-8.

⁴⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Defence’s request to obtain simultaneous French transcripts, 14 December 2007, § 18.

zapewniono faktyczną możliwość przedstawienia swojej sprawy w warunkach, które nie stawiają jej w znacznie niekorzystniejszej sytuacji od przeciwnika⁴⁶.

Międzynarodowy Trybunał Karny często odwołuje się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dokonując interpretacji poszczególnych gwarancji procesowych oskarżonego. Co zrozumiałe, najczęściej ma to miejsce w stosunku do najbardziej problematycznych kwestii, które pojawiły się w praktyce, takich jak problem utajnienia tożsamości świadków, ustalenia zakresu obowiązku ujawnienia dowodów przez prokuratora, dopuszczalności prowadzenia postępowania *ex parte*, prawa do otrzymania tłumaczenia dokumentów, czy też prawa do bycia sądzonym w rozsądnym terminie. Poniżej przedstawione zostanie stanowisko MTK w odniesieniu do wymienionych zagadnień.

Prawo oskarżonego do otrzymania informacji w języku dla niego zrozumiałym oraz prawo do bezpłatnej pomocy tłumacza

Co do zasady informacje przedkładane oskarżonemu powinny być przedstawione w języku, który jest dla niego zrozumiały⁴⁷. MTK zwraca natomiast uwagę, że nie jest to równoznaczne z koniecznością przetłumaczenia wszystkich dokumentów dostarczanych obronie. Wystarczy, że tłumaczone będą wybrane z nich, tj. te, które pozwolą na określenie oskarżonemu ogólnego obrazu sprawy oraz te, których tłumaczenia wymagają przepisy odrębne⁴⁸. Dochodząc do tej konkluzji MTK bazował na orzecznictwie ETPC, powołując się w pierwszej kolejności na wyrok w sprawie *Leudicke i inni przeciwko Niemcom*⁴⁹, gdzie wyrażona została ogólna zasada, zgodnie z którą prawo do bezpłatnej pomocy tłumacza ma zastosowanie zarówno do ustnych oświadczeń składanych podczas rozprawy, jak również do materiału dowodowego w fazie przygotowawczej. Prawo to obejmuje więc możliwość otrzymania tłumaczeń dokumentów oraz złożonych w postępowaniu zeznań. W sprawie *Kamasinski przeciwko Austrii*⁵⁰ ETPC podkreślił natomiast, że uprawnienie to nie obejmuje jednak otrzymania pisemnego tłumaczenia wszystkich dokumentów w sprawie. Zakres tego prawa ma zagwarantować oskarżonemu otrzymanie informacji na temat prowadzonego przeciwko niemu postępowania tak, by umożliwić mu obronę na tyle, aby był on w stanie przedstawić przed sądem swoją wersję stanu faktycznego. W ten sposób zostały zakreślone przez MTK granice prawa do otrzymania tłumaczeń dokumentacji sądowej, ograniczając je do ilości niezbędnej dla zrozumienia przez oskarżonego istoty zarzutów.

Również w sprawie przeciwko Thomasowi Lubandze Dyilo obrona wniosowała o zapewnienie symultanicznego tłumaczenia rozpraw na język francuski argumentując, że ich brak stawia ją w sytuacji niekorzystniejszej niż oskarżenie i tym samym narusza art. 67 ust. 1f

⁴⁶ Jean-Pierre Bemba Gombo, § 14.

⁴⁷ Zob. Reguła 76 ust. 3 Reguł Procesowych i Dowodowych. Rules of Procedure and Evidence, Adopted by the Assembly of States Parties, First session, New York, 3-10 September 2002, Official Records ICC-ASP/1/3. Nieoficjalne tłumaczenie RPiD w języku polskim dostępne jest na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości: http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czl_onz/rules_of_procedure.doc.

⁴⁸ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Requests of the Defence of 3 and 4 July 2006, 4 August 2006, s. 6.

⁴⁹ *Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*, applications nos. 6210/73; 6877/75; 7132/75, judgment of 28 November 1978.

⁵⁰ Application no. 9783/82, judgment of 19 December 1989.

Statutu⁵¹. MTK podkreślił, że wprawdzie Izba ma obowiązek podejmowania wszelkich odpowiednich czynności, by zapewnić respektowanie praw obrony, lecz przyznał też, że stworzenie sytuacji całkowitej równości broni nie jest możliwe⁵². W tej sytuacji jednakże zobowiązano Kancelarię Trybunału do zapewnienia tłumaczeń, o ile tylko będzie to technicznie możliwe⁵³.

Prawo do dysponowania odpowiednim czasem na przygotowanie obrony

Pojęcie adekwatnej ilości czasu jest niezwykle trudne do zdefiniowania, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę stopień skomplikowania spraw toczących się przed sądami międzynarodowymi⁵⁴. Można natomiast zauważyć dość liberalne podejście MTK, widoczne przykładowo w sprawie przeciwko Jeanowi-Pierre'owi Bembe Gombo. W toku postępowania obrona wniosowała o przyznanie aż 12 godzin na zaprezentowanie swojego stanowiska. Sędzia orzekający uznał, że przyznanie tak dużej ilości czasu oskarżonemu w sytuacji, gdy Prokurator posiadał jedynie 2 godziny, spowoduje zachwianie równości broni. Mimo to Trybunał oddał do dyspozycji obrony aż 7 godzin⁵⁵. Z powyższego jednoznacznie wynika, że w podobnych sytuacjach MTK jest bardzo przychylny wobec wniosków oskarżonego.

Prawo do bycia osądzonym bez zbędnej zwłoki

Przeprowadzenie postępowania w rozsądnym terminie to ogromne wyzwanie dla międzynarodowego prawa karnego. W porównaniu do procesów norymberskich, które trwały niecały rok, postępowania przed kolejnymi trybunałami karnymi zajmują już zdecydowanie więcej czasu. Tłumaczy się to nie tylko skomplikowaniem spraw, ale też dokładaniem wszelkich starań o przestrzeganie zasad sprawiedliwego procesu⁵⁶.

Wypowiadając się w przedmiocie prawa oskarżonego do bycia sądzonym bez zbędnej zwłoki MTK zwrócił uwagę prokuratorowi, który m.in. nie przedłożył obronie transkrypcji dowodów w formie video w wyznaczonym terminie. Podkreślił, że brak odpowiednich zasobów nigdy nie może stanowić usprawiedliwienia dla nieprzestrzegania prawnych zobowiązań oraz terminów, a co dopiero dla ignorowania prawa obrony do posiadania odpowiedniego czasu na przygotowanie oraz do bycia sądzonym bez zbędnej zwłoki⁵⁷. MTK odniósł się do ugruntowanego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym często zwracano uwagę, że znaczne obciążenie sprawami oraz brak odpowiednich środków nie

⁵¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on defence's request to obtain simultaneous French transcripts, *op. cit.*, § 10.

⁵² *Ibidem*, § 19.

⁵³ *Ibidem*, § 24.

⁵⁴ Commentary [na:] <http://www.iclklamberg.com>.

⁵⁵ *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba-Gombo*, Decision on the Schedule for the Confirmation of Charges Hearing, No. ICC-01/05-01/08, 29 December 2008, § 16.

⁵⁶ W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge 2011, s. 223.

⁵⁷ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the "Prosecution's Urgent Application to Be Permitted to Present as Incriminating Evidence Transcripts and translations of Videos and Video DRCOTP-1042-0006 pursuant to Regulation 35 and Request for Redactions, (ICC-01/04-01/07-1260)", No. ICC-01/04-01/07 27 July 2009, § 6.

może być uzasadnieniem oskarżenia wobec naruszania prawa oskarżonego do rzetelnego postępowania⁵⁸.

Prawo do przesłuchania świadków oskarżenia a problem odmowy ujawnienia tożsamości świadków przez prokuratora

Art. 61 ust. 3b Statutu przewiduje, że oskarżony musi zostać poinformowany o dowodach, na które powoływać się będzie oskarżenie, z odpowiednim wyprzedzeniem przed wyznaczonym terminem rozprawy. Uzupełnia ten przepis Reguła 76 RPiD, zobowiązując oskarżenie do ujawnienia obronie nazwisk świadków i ich zeznań, które pragnie powołać podczas zatwierdzenia zarzutów. Znacznym ograniczeniem prawa oskarżonego do skonfrontowania zeznań świadków oskarżenia jest natomiast wyjątek przewidziany w Regule 81 ust. 4 RPiD, która stanowi, że „Izba zajmująca się sprawą, ze swojej własnej inicjatywy lub na wniosek Prokuratora, oskarżonego lub jakiegokolwiek Państwa, podejmuje niezbędne działania mające na celu zapewnienie poufności informacji [...] mające na celu ochronę bezpieczeństwa świadków i pokrzywdzonych oraz członków ich rodzin, poprzez między innymi wydanie postanowienia o nieujawnianiu ich tożsamości przed rozpoczęciem procesu”.

MTK wskazuje, że Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał, że wszelkie dowody powinny być przeprowadzane na rozprawie w obecności oskarżonego⁵⁹. Niestawiennictwo świadków (np. z uwagi utajnienie ich tożsamości) na rozprawie i odczytanie jedynie ich zeznań w poważnym stopniu ogranicza więc to prawo poprzez uniemożliwienie ich przesłuchania i ewentualnego zakwestionowania ich wiarygodności. ETPC wprawdzie nie zabrania co do zasady korzystania z anonimowych źródeł informacji, to jednak sytuacja, w której skazanie oskarżonego następuje w przeważającej mierze na podstawie zeznań anonimowego świadka stanowi już naruszenie Konwencji⁶⁰.

W postępowaniu przeciwko Thomasowi Lubandze Dyilo MTK miał na uwadze fakt, że brak ujawnienia tożsamości świadków może pozbawić obronę możliwości, by w pełni poddawać w wątpliwość wiarygodność składanych przez świadków zeznań i ogranicza prawa zagwarantowane w art. 61 ust. 3 i 6b oraz art. 67 ust. 1b Statutu. Powołując się na wyrok ETPC w sprawie *Kostovski przeciwko Holandii*⁶¹ stanął na stanowisku, że zatwierdzenie odmowy ujawnienia tożsamości świadka może nastąpić tylko wyjątkowo. Będzie to natomiast uzasadnione, gdy mniej restrykcyjne środki okażą się niewykonalne lub niewystarczające⁶². Podobnie w sprawie *Germaina Katangi* MTK, wskazując na sprawę *Rowe i Davies przeciwko Wielkiej Brytanii*, oraz podobne rozpatrywane przez ETPC, uzasadnił w ten sposób zacho-

⁵⁸ MTK przywołał wyroki ETPC w następujących sprawach: *Pugliese v. Italy* (no. 2), application no. 11671/85, judgment of 24 May 1991; *Eckle v. Germany*, application no. 8130/78 judgment of 15 July 1982; *Milasi v. Italy*, application no. 10527/83, judgment of 25 June 1987.

⁵⁹ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, application no. 10590/83, judgment of 6 December 1988, § 78.

⁶⁰ *Kostovski v. the Netherlands*, application no. 11454/85, judgment of 20 November 1989, § 44. Por. z niedawnym wyrokiem w sprawie *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* (applications nos. 26766/05 and 22228/06, judgment of 15 December 2011 [GC]), w której ETPC stwierdził, że w uzasadnionych przypadkach odczytanie na rozprawie zeznań nieobecnego świadka nie będzie naruszać zasad rzetelnego postępowania.

⁶¹ *Kostovski v. Holland*, application no. 11454/85, judgment of 20 November 1989.

⁶² *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence, 19 May 2006.

wanie anonimowości świadków i pokrzywdzonych w rozpoznawanej sprawie z uwagi na ich bezpieczeństwo oraz dobro postępowania. Wskazał natomiast na konieczność uzyskania każdorazowo zgody Trybunału na nanoszenie jakichkolwiek poprawek redakcyjnych⁶³.

Prawo do obecności na rozprawie a dopuszczalność przeprowadzenia postępowania ex parte

Jeszcze dalej idącym ograniczeniem praw oskarżonego jest możliwość przeprowadzenia, w określonych w Statucie i RPiD przypadkach, tzw. postępowania *ex parte*⁶⁴. Procedura *ex parte* oznacza postępowanie, w którym oskarżenie, obrona lub jakikolwiek inny uczestnik, będąc świadomym prowadzenia takiego postępowania, nie ma możliwości przedstawiania swoich argumentów czy dowodów bądź też jest to sytuacja, kiedy wymienione wyżej podmioty nie zostały w ogóle o fakcie prowadzenia takiego postępowania powiadomione⁶⁵. Rozpatrując dopuszczalność postępowania *ex parte* na podstawie Reguły 81 § 4 RPiD, Trybunał poddał szczegółowej analizie orzecznictwo ETPC. Swoje wnioski oparł o orzeczenie w sprawie *Silver i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*⁶⁶, gdzie sformułowano kryteria konieczności i proporcjonalności. W konsekwencji MTK uznał, że będzie to dozwolone wyłącznie, gdy: 1) będzie to służyć osiągnięciu wystarczająco istotnego celu, 2) jest to niezbędne, gdyż żaden mniej restrykcyjny środek nie wystarcza, by osiągnąć podobny rezultat, 3) uszczerbek doznany przez obronę będzie proporcjonalny w stosunku do uzyskanej z zastosowanego środka korzyści⁶⁷.

Co istotne, obrona musi otrzymać informację o wniosku Prokuratora w sprawie przeprowadzenia postępowania *ex parte* oraz jego podstawach prawnych, należy ją ponadto dopuścić do przedłożenia komentarza co do zakresu przepisów stanowiących podstawę prawną wniosku Prokuratora, a ponadto musi otrzymać co najmniej zredagowaną wersję podjętych w takim postępowaniu decyzji przez Izbę podczas nieobecności obrony. Obrona nie jest natomiast uprawniona do otrzymania żadnego pisma wniesionego *ex parte* ani transkrypcji przesłuchania⁶⁸. Rozstrzygając tę kwestię sędzia Steiner bazowała na sprawie *Jasper przeciwko Wielkiej Brytanii*⁶⁹, gdzie ETPC był usatysfakcjonowany, że obrona została powiadomiona o wniosku prokuratora o nieujawnianie obronie oznaczonych materiałów z uwagi na interes

⁶³ *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled *First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements*, No. ICC-01/04-01/07 (OA), 13 May 2008, § 57 i nn. Zob. też zdanie odrębne sędziego Pikisa. Warto wskazać, że w lipcu 2010 r. Izba Orzekająca zarządziła zawieszenie postępowania z uwagi na fakt, że Prokurator odmówił ujawnienia tożsamości świadka. Zob. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, 8 July 2010.

⁶⁴ Zob. art. 72 Statutu oraz Reguły 74, 81, 83 i 88 RPiD. Jest to wyjątek od zasady wyrażonej w art. 63 Statutu, stanowiącym, że „oskarżony jest obecny na rozprawie”. Warto zauważyć, iż po raz pierwszy w prawie międzynarodowym sformułowano to uprawnienie w tak kategoriyczny sposób.

⁶⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the procedures to be adopted for ex parte proceedings, 19 May 2006, § 14.

⁶⁶ *Silver and others v. the United Kingdom*, applications nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, judgment of 25 March 1983.

⁶⁷ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence, 19 May 2006, s. 21.

⁶⁸ *Ibidem*, § 17-18.

⁶⁹ *Jasper v. the United Kingdom*, application no. 27052/95, judgment of 16 February 2000.

publiczny, jak też miała możliwość przedstawiania stanowiska, a więc w możliwie największym stopniu uprawniona była do uczestnictwa w postępowaniu⁷⁰.

Problem ujawnienia dowodów na korzyść oskarżonego przez Prokuratora

Już w toku pierwszej rozpatrywanej przez MTK sprawy pojawił się istotny problem związany z odmową ujawnienia posiadanych dowodów na korzyść oskarżonego przez Prokuratora. Zgodnie z art. 67 ust. 2 Statutu, „Prokurator, najszybciej, jak to jest praktycznie możliwe, ujawnia obronie dowody znajdujące się w jego posiadaniu lub pod jego kontrolą, które w jego przekonaniu wskazują lub mogą wskazywać na niewinność oskarżonego lub na okoliczności łagodzące winę oskarżonego lub które mogą podważyć wiarygodność dowodów oskarżenia⁷¹”. Reguła 81 § 2 RPiD przewiduje natomiast wyjątek od tej ogólnej zasady wprowadzając obowiązkowe postępowanie *ex parte* w sytuacji, gdy materiał dowodowy podlega ochronie zgodnie z art. 54 ust. 3e Statutu. Wtedy też MTK nie może zażądać przedstawienia dodatkowych dowodów uzyskanych od podmiotu dostarczającego pierwotnych materiałów lub informacji, ani też samodzielnie wzywać podmiotu dostarczającego w charakterze świadka, ani nakazać stawiennictwa.

Ponieważ Prokurator uchybił obowiązkowi statutowemu, odmawiając ujawnienia potencjalnie uniewinniających dowodów (otrzymanych m.in. z ONZ), postępowanie przeciwko Thomasowi Lubandze zostało zawieszono⁷². Odnosząc się do zakwestionowanego przez obronę braku ujawnienia dowodów, MTK oparł swoje uzasadnienie o orzecznictwo strasburskie. Powołując się na sprawę *Jaspers przeciwko Belgii*⁷³ rozpatrywaną przez Komisję Praw Człowieka zwrócił uwagę, że zasada równości broni nakłada na organy ścigania obowiązek ujawnienia wszelkich materiałów będących w ich posiadaniu lub do których mogą uzyskać dostęp, a które mogą pomóc oskarżonemu w oczyszczeniu się z zarzutów lub uzyskaniu łagodniejszego wyroku. Co więcej, oskarżyciel jest zobowiązany do ujawnienia obronie wszystkich materiałów tak na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego⁷⁴. Dopiero w dalszej kolejności, wskazując m.in. na orzeczenia w dwóch sprawach przeciwko Wielkiej Brytanii⁷⁵, MTK podkreślił, że możliwe jest ograniczenie praw oskarżonego, lecz wyłącznie gdy jest to bezwzględnie konieczne. Taką sytuację mogą uzasadniać kwestie bezpieczeństwa narodowego lub ochrona istotnych dla sprawy świadków⁷⁶.

MTK mocno więc zaakcentował, że prawo do rzetelnego procesu zawiera prawo do ujawnienia oskarżonemu dowodów uniewinniających. Wynika to nie tylko z art. 67 ust. 2 Statutu, ale też z orzecznictwa międzynarodowego, zwłaszcza ETPC i MTKbJ. W rezultacie

⁷⁰ *Ibidem*, § 55.

⁷¹ Zob. też art. 54 Statutu MTK oraz Regułę 77 RPiD.

⁷² *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 § 3e agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008, No. ICC-01704-01/06, 13 June 2008.

⁷³ *Jaspers v. Belgium*, application no. 8403/78, decision of 15 October 1980.

⁷⁴ Zob. *V. v. Finland*, application no. 40412/98, judgment of 24 July 2007, § 75.

⁷⁵ *Fitt v. the United Kingdom*, application no. 29777/96, judgment of 16 February 2000; *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, application no. 28901/95, judgment of 16 February 2000.

⁷⁶ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, § 80.

MTK uznał prawo do ujawnienia dowodów za fundamentalny aspekt prawa oskarżonego do rzetelnego procesu. Z tego też powodu postępowanie w sprawie zostało zawieszono. Jednocześnie Izba Orzekająca podkreśliła, że postanawia o zawieszeniu postępowania z wielką niechęcią, mając na uwadze, że działa wbrew społeczności międzynarodowej, zainteresowanej ściganiem najpoważniejszych zbrodni, a tym samym pozbawia możliwości dochodzenia sprawiedliwości przez pokrzywdzonych⁷⁷.

Jednocześnie MTK jest świadomy, że prawa oskarżonego muszą być równoważone z prawami świadków i pokrzywdzonych, wezwanych do składania zeznań w imię sprawiedliwości procesowej. Ujawnienie dowodów, podyktowane wyłącznie troską o lepszą ochronę praw oskarżonego, będzie naruszało ducha i cele Statutu, jeśli będzie skutkowało narażeniem świadków na ryzyko. Powołano się w tej sprawie na wyrok ETPC *Dowsett przeciwko Wielkiej Brytanii*, zgodnie z którym prawo oskarżonego do ujawnienia dowodów nie jest absolutne. Może być ono ograniczone z uwagi na potrzebę zagwarantowania fundamentalnych praw innej jednostki lub ważnego interesu publicznego. Izba podzieliła tym samym pogląd wyrażony w orzecznictwie ETPC, że środki ograniczające prawa obrony muszą być absolutnie konieczne i że wszelkie trudności należy w wystarczającym stopniu równoważyć poprzez inne uprawnienia proceduralne⁷⁸.

Podsumowanie

Jak wynika z przedstawionej w niniejszym opracowaniu analizy, wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na rozumienie pojęcia rzetelności postępowania przez Międzynarodowy Trybunał Karny jest kolosalny. Bez wątpienia świadczy to o drobiazgowości, aby postępowanie karne przed MTK w najwyższym stopniu spełniało wszelkie wymogi przewidziane przez międzynarodowe prawo praw człowieka. Oczywiście nie jest niczym zaskakującym fakt, że to akurat orzecznictwo trybunału strasburskiego jest przez MTK przywoływane najczęściej. Europejski system ochrony praw człowieka jest bez wątpienia najbardziej rozwiniętym i respektowanym systemem.

ETPC i MTK prezentują podobny stosunek wobec rzetelności postępowania, a także dynamicznej interpretacji tego pojęcia⁷⁹. Zauważyć natomiast trzeba, że na gruncie EKPC wymienione w niej prawa nie mogą być ograniczane, a jedynie mogą podlegać uchyleniu na podstawie art. 15 Konwencji, podczas gdy MTK musi samodzielnie wyinterpretować zakres dopuszczalnego ograniczania praw obrony⁸⁰. Jak wynika z powyższych przykładów, MTK jest niezwykle ostrożny przy jakiegokolwiek zawężającej interpretacji uprawnień oskarżonego. Z tego też względu swoje decyzje na niekorzyść zawsze podpira ugruntowanym orzecznictwem organów międzynarodowych, wśród którego zazwyczaj odnosi się do judykatury ETPC.

⁷⁷ *Ibidem*, § 91; 95. Wskazać trzeba, że Prokurator następnie wywiązał się z obowiązku ujawnienia dowodów, w konsekwencji czego w listopadzie 2008 r. Izba Orzekająca zdecydowała o podjęciu postępowania.

⁷⁸ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Public redacted version of the Decision on the Protection of Prosecution Witnesses 267 and 353 of 20 May 2009, No. ICC-01/04/01/07, 28 May 2009, § 31.

⁷⁹ N. Croquet, *The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence?*, "Human Rights Law Review" 2011, nr 11, s. 129.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 128-129.

Najczęściej MTK wprost przyjmuje definicję i zakres obowiązywania poszczególnych gwarancji procesowych zaproponowane przez ETPC. Zważyć można, że z jednej strony Międzynarodowy Trybunał Karny prezentuje dużą niechęć wobec jakiegokolwiek ograniczenia praw oskarżonego, lecz z drugiej strony, w sytuacjach gdy jest to naprawdę konieczne, w sposób rzetelny uzasadnia swoje stanowisko ugruntowanym orzecznictwem ETPC. Można by wprawdzie zarzucić momentami zbyt ślepe podążanie za podejściem strasburskim i przyjmowanie interpretacji ETPC bez jakiegokolwiek wkładu własnego. Mając to na względzie, jak też biorąc pod uwagę bogactwo orzecznictwa europejskiego, może to rodzić obawy o „dobieranie” go przez MTK tak, jak w danej sytuacji będzie to pasowało. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że MTK nie pozostaje zupełnie bezkrytyczny wobec europejskiego autorytetu. Sędziowie mają na względzie konieczność odejścia w pewnych okolicznościach od interpretacji zaproponowanej przez inne sądy, mając na uwadze specyfikę międzynarodowego postępowania karnego, różniącego się w znacznym stopniu od postępowań krajowych, których rzetelność rozpatruje ETPC.

Podsumowując, Europejski Trybunał Praw Człowieka w ogromnej mierze kształtuje stanowisko MTK wobec praw oskarżonego i uwrażliwia ten sąd na respektowanie zasad rzetelnego postępowania poprzez m.in. zapewnienie równości broni. Trudno z tego faktu czynić zarzut. Wprost przeciwnie, poleganie przez sąd prowadzący postępowania przeciwko sprawcom najpoważniejszych zbrodni na uznanych zasadach sprawiedliwego procesu z całą pewnością świadczy o wiarygodności i wartości tej instytucji dla społeczności międzynarodowej.

The impact of the European Court of Human Rights jurisprudence on the interpretation of the principle of equality of arms in the proceedings before the International Criminal Court

(Summary)

Equality of arms is the key element of all judicial proceedings, constituting one of the most important aspects of a more general notion of a fair trial. This principle provides for each party to the proceedings a possibility to fully make use of their procedural rights. However, one must bear in mind that it does not mean literal equality between the parties.

The principle of equality of arms was first interpreted by the European Commission of Human Rights, and later by the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR), deriving from the content of Article 6 of the European Convention of Human Rights. Those bodies asserted that the equality of arms is a feature of every judicial proceedings, falling within a scope of a broader concept of a fair trial. It was further stated that according to this principle there must be a fair balance between the parties, as “equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent”. This passage was subsequently often cited by international criminal tribunals.

Fairness of the proceedings is a crucial factor shaping the international criminal procedure. International criminal tribunals are aware that the rights of the defence have to be respected if they want to be regarded as credible in the eyes of the international community. While interpreting fair trial guarantees, the International Criminal Court frequently bases on the European Court of Human Rights' case-law. The present article concentrates on analyzing and assessing in what circumstances and to what extent the ICC rely the ECtHR's jurisprudence.

In the first place it is important to mention the rulings of both *ad hoc* tribunals – the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda. In the famous judgment passed in the case against Dusko Tadić, the ICTY found that there are no reasons to depart from the concept of equality of arms as interpreted by the European Court of Human Rights. Simultaneously, the ICTY ruled against the accused, founding that there is nothing in the ECtHR's jurisprudence that would prove that this principle applies to the conditions outside the court's control. Therefore, the impossibility for the accused to secure witnesses' appearance at the trial does not breach the equality of arms. There are also certain circumstances when the rights of the accused may be – to some point – limited, since the equality of arms does not mean the mathematical proportionality. Nevertheless, it is permissible only in exceptional situations.

Referring to the International Criminal Court, it is important to mention sources of law catalogue enumerated in Article 21 of its Statute. The third paragraph of the above provision demands that the application and interpretation of law on the basis of the Statute is in accordance with recognized international human rights law. Article 67 § 1 lists the minimum fair trial guarantees granted to the accused, which have to be applied "in full equality". With regard to the definition of equality of arms, the ICC reiterates after the ECtHR that it is an element of a fair trial, meaning that the court is obliged to ensure that each party has a possibility to present its case on equal footing, without being put at disadvantage with comparison to the opponent.

Despite the fact that the International Criminal Court has not delivered any judgment yet, on many incidental occasions it had an opportunity to analyze the scope of fair trial guarantees, including the equality of arms. Such interpretation was necessary in the most controversial issues, like the question of anonymity of witnesses, the prosecutorial obligation to disclose potentially exculpatory evidence or conducting the proceedings in the absence of the accused. In all of the above-mentioned aspects, the ICC has extensively invoked the jurisprudence of the European Court of Human Rights. It is worth noting that the ICC tends to be extremely careful always when the possible limitation of the defence rights is at stake. That is why, the judges usually invoke the established case-law of the ECtHR with a view to shape the general rules, and only subsequently the exceptions of those rules are given. This way, the ICC prevents itself from possible attacks calling into question its arbitrary interpretation. However, the ICC is perfectly aware of the need to respect fair trial right, so the judges are reluctant to narrow it anyway. For instance, when the Prosecutor failed to disclose the potentially exculpatory evidence as required by the Statute and the Rules of Procedure and Evidence, the proceedings were stayed, and what is more, the accused was nearly released from arrest. When considering the admissibility of the *ex parte* proceedings,

the Court emphasised, basing on the proportionality test established by the ECtHR, that it is only possible when no other less restrictive measures are sufficient to achieve needed aim. Similar conditions were applied with regard to the anonymity of witnesses, what limits the accused's rights to significant extent. Relying on the cases of *Kostovski v. the Netherlands* and *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, the ICC pointed out that such a measure may be applicable solely when the public safety or the safety of witnesses are endangered.

Bearing in mind all the above, it is perfectly visible that the influence of the European Court of Human Rights on the interpretation of the fair trial guarantees by the International Criminal Court is enormous. Even though one can raise an argument that the ICC is excessively uncritical towards the European jurisprudence, nevertheless it only proves that the fairness of the proceedings is situated in the centre of the International Criminal Court's concerns, what on no account should be regarded as disadvantage.

Ochrona życia osób cywilnych w czasie konfliktu zbrojnego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

W literaturze obszernie zajmowano się tematem relacji, różnic i podobieństw pomiędzy międzynarodowym prawem humanitarnym a prawami człowieka¹. Debaty nie przecięły orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, w których wyraźnie stwierdzono, że międzynarodowe prawo humanitarne (MPH) stanowi *lex specialis* w stosunku do praw człowieka, w szczególności jeśli chodzi o ocenę „arbitralności” pozbawiania życia².

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie badał przestrzeganie prawa do życia chronionego przez art. 2 Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 roku w sytuacji, gdy zastosowanie znajdowało również prawo konfliktów zbrojnych. Już sam fakt, że zupełnie inna filozofia przyświeca prawom człowieka, a inna MPH³, może wskazywać, że wnioski ETPC co do statusu osób lub zasad prowadzenia działań zbrojnych mogą być zaskakujące z punktu widzenia MPH. Jednak samo prawo konfliktów zbrojnych wymusza

* Dr Patrycja Grzebyk, Instytut Stosunków Międzynarodowych, Uniwersytet Warszawski.

¹ Podsumowanie debaty nt. relacji pomiędzy oboma reżimami [w:] K. Bennoune, *Toward a Human Rights Approach to Armed Conflict: Iraq 2003*, „U.C. Davis Journal of International Law and Policy”, 2004-2005, no. 11, s. 179 i nn.; R. Kolb, *Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme*, „Canadian Yearbook of International Law”, 1999, no. 37, s. 57 i nn.; F.J. Hampson, *The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body*, „International Review of the Red Cross”, 2008, no. 871, s. 559 i nn.; H.-J. Heintze, *On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross”, 2004, no. 856, s. 789 i nn. Na temat podstawowych różnic zob. A. Hansen, *Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict*, „Military Law Review”, 2007, vol. 194, s. 6; B.A. Feinstein, *The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier*, „Northwestern Journal of International Human Rights”, 2005-2006, no. 4, s. 245 i nn.; L. Doswald Beck, *International Humanitarian Law: A Means of Protecting Human Rights in Time of Armed Conflict*, „African Journal of International and Comparative Law”, 1989, no. 1, s. 615; C. Droegge, *Elective affinities? Human rights and humanitarian law*, „International Review of the Red Cross”, 2008, no. 871, s. 521 i nn.

² Zob. opinia MTS z 8.07.1996 r. nt. legalności groźby lub użycia broni nuklearnej, § 25, opinia MTS z 9.07.2004 r. nt. prawnych konsekwencji budowy muru na palestyńskich terytoriach okupowanych, § 106, wyrok z 3.02.2006 r. w sprawie zbrojnej działalności na terytorium Konga (*DRK v. Uganda*), § 216. Na temat konsekwencji przyjęcia reżimu MPH jako *lex specialis* lub jako porządku komplementarnego, zob. C. Droegge, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, „Israel Law Review”, 2007, no. 40, s. 337 i nn.

³ G.I.A.D. Draper podkreśla, że rolą MPH jest odpowiedź na cyniczne pytanie: *How to kill your fellow human beings in a nice way*, zob. G.I.A.D. Draper, *Human Rights and the Law of War*, „Virginia Journal of International Law”, 1971-1972, no. 12, s. 335), gdy tymczasem jest ono zupełnie niedopuszczalne na gruncie praw człowieka. Zob. jednak T. Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, „American Journal of International Law”, 2000, no. 94, s. 267.

sięgnięciu do źródeł praw człowieka, aby ocenić stan regulacji mających zastosowanie w danym konflikcie⁴. Tym samym zasadne jest przyjrzenie się orzecznictwu ETPC, w szczególności jeśli chodzi o interpretację przez Trybunał przepisów zapewniających ochronę życia osób, które są obecnie najczęstszymi ofiarami działań zbrojnych, czyli ludności cywilnej.

Ze względu na temat niniejszego opracowania przywołane w nim orzeczenia są omawiane w takim zakresie, w jakim dotyczą problemu ochrony życia osób cywilnych, pominięto więc wątki z uzasadnień wyroków trybunału, które z punktu widzenia przyjętej tematyki nie miały większego znaczenia.

Status osoby cywilnej oraz osoby chronionej

Jednym z podstawowych zagadnień przy omawianiu kwestii ochrony życia osób cywilnych jest odpowiedź na pytanie, kto jest cywilem i kiedy, jeśli w ogóle, osoba cywilna może być pozbawiona ochrony. Międzynarodowe prawo humanitarne precyzuje, że – przynajmniej w sytuacji konfliktu o charakterze międzynarodowym – osobą cywilną jest każdy, kto nie jest kombatantem⁵. W przypadku konfliktu o charakterze niemiędzynarodowym, prawo konwencyjne nie definiuje terminu „osoba cywilna”, a dodatkowa trudność polega na tym, że w konfliktach tych nie wyróżnia się statusu kombatanta. Zgodnie jednak z prawem zwyczajowym przyjmuje się, że w każdym rodzaju konflikcie za cywilów należy uznawać osoby, które nie są członkami sił zbrojnych⁶. Zarówno w prawie traktatowym, jak i zwyczajowym przyjęto, że bez względu na charakter konfliktu osoba cywilna, która angażuje się bezpośrednio w działania zbrojne, traci ochronę na czas tego zaangażowania⁷. Nie zdefiniowano jednak, na czym ma polegać „branie bezpośredniego udziału w konfliktach zbrojnych”.

⁴ Na tę konieczność wskazują wprost także źródła MPH, zob. art. 72 protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12.08.1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (I PD, Dz. U. z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik), gdzie znajduje się odwołanie do „innych stosownych norm prawa międzynarodowego dotyczącego ochrony podstawowych praw człowieka podczas konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym”.

⁵ Zob. art. 50 I PD. Szerzej nt. definicji osoby cywilnej w międzynarodowym prawie humanitarne konfliktów zbrojnych, zob. P. Grzebyk, *Pojęcia „osoba cywilna” oraz „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”* (wytoczne Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża), „Państwo i Prawo”, 2012, nr 2.

⁶ Zob. zasadę 5 w przygotowanym przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża Studium poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarne z 2005 r. (dalej jako Studium prawa zwyczajowego), szerzej zob. J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules*, Cambridge 2005, s. 17 i nn. Studium prawa zwyczajowego powstało jako wynik realizacji rekomendacji Międzynarodowej Grupy Ekspertów na Rzecz Ochrony Ofiar Wojny z 1995 r., aby Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża stworzył raport, przy współudziale ekspertów z zakresu międzynarodowego prawa humanitarne, reprezentujących różne obszary geograficzne oraz różne systemy prawne, i w konsultacji z ekspertami reprezentującymi rządy oraz organizacje pozarządowe, dotyczącego zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarne mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych. W tym samym roku 26. Międzynarodowa Konferencja Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycza zatwierdziła rekomendację i upoważniła MKCK do przygotowania raportu, który został opublikowany w 2005. Szerzej na temat genezy i metod badawczych zastosowanych [w:] Studium prawa zwyczajowego, s. XXVIII.

⁷ Zob. art. 3 wspólny dla konwencji genewskich o ochronie ofiar konfliktów zbrojnych (dalej jako KG, Dz. U. z 1956 r., nr 38, poz. 171, załącznik), art. 51 ust. 3 I PD oraz art. 13 ust. 3 protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12.08.1949 r. dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów, dalej jako II PD, Dz. U. z 1992 r., nr 41, poz. 175. Zob. również zasadę 6 zidentyfikowaną w Studium prawa zwyczajowego.

Powyższymi pojęciami nie posługuje się EKPC, a jednak stały się one przedmiotem interpretacji ETPC przede wszystkim w wyrokach sprawie *Kononov przeciwko Łotwie* z 24 lipca 2008 roku (nr skargi 36376/04), w wyroku Wielkiej Izby w tej sprawie z 17 maja 2010 roku oraz w sprawie *Korbely przeciwko Węgrom* z 19 września 2008 roku (nr skargi 9174/02).

W wyroku w sprawie *Kononov przeciwko Łotwie* z 24 lipca 2008 roku Trybunał musiał ocenić, jaki był status osób zabitych przez skarżącego, gdyż od tego zależało, czy jego czyn stanowił zbrodnię wojenną i tym samym wiązał się z możliwością pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. Sprawa Kononova budziła ogromne kontrowersje, gdyż dotyczyła kwestii oceny napaści ZSRR na kraje bałtyckie oraz, jak podkreślał skarżący, po raz pierwszy żołnierz walczący z państwami Osi miał odpowiadać za dopuszczenie się zbrodni wojennych. Nic więc dziwnego, że Rosja zdecydowała się skorzystać z prawa do interwencji strony trzeciej na podstawie art. 36 § 1 EKPC.

Skarżący Vasilij Kononov od 1942 roku był członkiem armii sowieckiej, który walczył z oddziałami niemieckimi na terenie Białorusi i Łotwy. W lutym 1944 roku w wiosce Mazie Bati Niemcy zlikwidowali grupę partyzantów sowieckich, którzy ukrywali się w jednym z budynków gospodarczych. Kononov i jego ludzie podejrzewali, że mieszkańcy współpracowali z Niemcami i wydali partyzantów, za co otrzymali wynagrodzenie. Kononov twierdził, że dwóch mieszkańców należało do *Schutzmannen*, czyli niemieckiej policji pomocniczej. Nie potwierdziły tego jednak sądy łotewskie, a jedynie wskazały, że dwie osoby należały do Łotewskiej Gwardii Narodowej. Stwierdzono również, że kilku mężczyzn z wioski otrzymało od Niemców po karabinie i dwóch granatach, jednak nie ustalono w jakim celu.

Oddział Kononova przeprowadził 27 maja 1944 roku akcję odwetową. Partyzanci, przebrani w mundury Wehrmachtu, pojmali kilku mężczyzn z Mazie Bati, a następnie ich zastrzelili (w przypadku jednego z nich, kazali mu biec w stronę lasu i dopiero wtedy go postrzelili, ranny zmarł następnego dnia; z kolei innego najpierw postrzelili, a następnie spalili). Partyzanci podpalili dwa domostwa, w których spłonęły m.in. trzy kobiety, z których jedna była w dziewiątym miesiącu ciąży. W domach zabitych znaleziono broń. Sądy łotewskie uznały Kononova winnego zbrodni wojennych, co zdaniem skarżącego stanowiło naruszenie art. 7 EKPC (zakaz karania bez podstawy prawnej)⁸.

ETPC, analizując powyższe okoliczności faktyczne, w wyroku z 2008 roku stwierdził, że „skarżący miał uzasadnione podstawy do uznania, iż mężczyźni z wioski kolaborowali z niemieckimi siłami i nawet jeśli nie zostały spełnione wszystkie przesłanki definicji kombatantha *ius in bello* nie oznacza to, że *a contrario* automatycznie powinni być uznani za «cywiliów»⁹. Dla Izby nie miało znaczenia, że mieszkańcy w momencie ataku nie mieli przy sobie broni¹⁰. Trybunał podkreślił również, że konwencje haskie i ich załączniki nie definiowały osoby cywilnej ani ludności cywilnej, a zasada, że każdy, kto nie jest kombatantem, jest cywilem znalazła wyraz dopiero w I PD¹¹.

⁸ Szerzej nt. rozważań trybunału na temat interpretacji zakazu karania bez podstawy prawnej zob. I.C. Kamiński, *Zakaz karania bez podstawy prawnej – orzecznictwo ETPC za lata 2008-2010*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 11, s. 38-39; M. Pieszczek, *Zasada lex retro non agit w kontekście zbrodni wojennych – rozważania na tle orzeczeń ETPC w sprawie Kononov v. Łotwa*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 6, s. 14 i nn.

⁹ *Kononov przeciwko Łotwie*, 2008, § 146.

¹⁰ *Ibidem*, § 127.

¹¹ *Ibidem*, § 131.

Jeśli chodzi o status zabitych kobiet, ETPC najpierw uznał, że „trzy kobiety były również winne nadużycia statusu «cywilów» przez to, iż dostarczały autentycznej, konkretnej pomocy sześciu mężczyznom z Mazie Bati, którzy kolaborowali z okupantem nazistowskim”¹², a następnie stwierdził, że „jeśli także pomagały niemieckiej administracji, należy zastosować tę samą konkluzję [co do mężczyzn – przyp. P.G.]. Alternatywnie, jeśli zostały zabite w wyniku nadużycia władzy, nie może być to uznane za naruszenie *ius in bello*”¹³. Dla trybunału fakt zabicia kobiet – w tym ciężarnej – nie był wystarczająco obciążający, gdyż ważniejsze było to, że nie zginęły żadne dzieci, a tylko dwa domy zostały spalone¹⁴.

Odnosząc się do argumentu Łotwy, że mieszkańcy postrzegali zarówno Niemców, jak i Sowietów jako wrogich okupantów i mieli prawo bronić się przed sowieckimi partyzantami, ETPC stwierdził, że „narodowy socjalizm sam w sobie stoi w całkowitej sprzeczności z najbardziej podstawowymi wartościami będącymi podstawą Konwencji, a zatem, bez względu na powód, nie może ona udzielać jakiegokolwiek legitymacji jakimkolwiek pronazistowskim postawom lub aktywnej kolaboracji z siłami nazistowskich Niemiec”¹⁵.

Powyższe ustalenia ETPC przeczyły podstawowym zasadom międzynarodowego prawa humanitarnego, zgodnie z którymi przynajmniej w konfliktach międzynarodowych, a taki charakter miały działania na terenie Łotwy, przyjmuje się istnienie tylko dwóch statusów: cywila albo kombatanta, *tertium non datur*¹⁶. ETPC natomiast sugerował istnienie statusu pośredniego, który nie korzysta z ochrony. Co ważne, dla ETPC ogromne znaczenie miało, że mieszkańcy byli podejrzani o kolaborację właśnie z Niemcami i trybunał nie był w stanie zrozumieć przyczyn niechęci miejscowej ludności do czerwonooarmistów¹⁷. Trybunał zatem bez żadnych oporów do kwestii prawa wojennego (*ius in bello*) wpływał oceny z zakresu *ius ad bellum*, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia podstawowych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁸.

Wyrok ETPC w sprawie *Kononov przeciwko Łotwie* z 2008 roku zapadł większością głosów 4 do 3. Nic więc dziwnego, że Łotwa wniosowała o rozpatrzenie sprawy przez Wielką Izbę, do czego ostatecznie doszło. Ta w wyroku z 2010 roku zupełnie odmiennie oceniła stan obowiązującego prawa wojennego w 1944 roku, przywołując szereg dokumentów z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego (nie tylko obowiązujące konwencje, ale i projekty konwencji dotyczące ochrony osób cywilnych, tzw. tokijski z 1934 czy amsterdamski z 1938 roku, oraz orzecznictwo sądów niemieckich, amerykańskich i sowieckich sprzed 1944 roku).

Wielka Izba podkreśliła, że „w 1944 roku rozróżnienie na kombatantów i cywilów (i pomiędzy towarzyszącą im ochroną) było podstawą praw i zwyczajów wojennych [...] Wcześniejsze regulacje traktatowe oraz deklaracje wskazują, że przed 1944 rokiem definiowano «cywilów» *a contrario* do definicji kombatantów. Także zasadą zwyczajowego prawa międzynarodowego w 1944 roku było to, iż cywile mogli być zaatakowani za wzięcie bezpośrednio udziału w działaniach zbrojnych i tylko na czas takiego zaangażowania”¹⁹.

¹² *Ibidem*, § 139

¹³ *Ibidem*, § 147.

¹⁴ *Ibidem*, § 132.

¹⁵ *Ibidem*, § 130.

¹⁶ Zob. A.A. Bouvier, M. Sassòli, *How does law protect in war?*, vol. I, 2nd ed., Geneva 2006, s. 143-144.

¹⁷ Zob. opinię sędziego Egberta Myjer w sprawie *Kononov przeciwko Łotwie*, 2008, § 9 i nn.

¹⁸ Zob. również A. A. Bouvier, M. Sassòli, *op. cit.*, s. 102 i nn.

¹⁹ *Kononov przeciwko Łotwie*, 2010, § 203.

Trybunał nie stwierdził jednak, że zabici mieszkańcy z pewnością byli cywilami, lecz rozważał hipotezy najkorzystniejsze dla skarżącego, czyli że byli to cywile, którzy wzięli udział w działaniach zbrojnych lub że byli kombatantami²⁰. Trybunał podkreślił, że w momencie ataku mieszkańcy nie brali udziału w działaniach zbrojnych, lecz przygotowywali się do święta. Wszystkie ofiary zostały pojmane w swych domach i żadna z nich nie posiadała przy sobie broni (choć broń znaleziono w ich domach), nie stawiały oporu, nie próbowały uciec. Wśród czterech spalonych osób były trzy kobiety. Zdaniem Trybunału mieszkańcy nie wydali partyzantów Niemcom, lecz powiadomili o ich obecności w obawie o swe bezpieczeństwo. Tylko dwie ofiary można połączyć ze zbrojną organizacją – Łotewską Gwardią Narodową²¹. Zdaniem Trybunału, mieszkańców nie można było więc uznać za tzw. *franc tireurs* ani za biorących udział w działaniach zbrojnych²². Trybunał zaznaczył, że „nawet jeśli uznać zabitych mieszkańców za kombatantów czy cywilów, którzy brali udział w działaniach zbrojnych, z punktu widzenia *ius in bello* 1944 roku okoliczności ich morderstwa i złego traktowania wskazują na zbrodnię wojenną, skoro czyny te naruszyły podstawowe zasady praw i zwyczajów wojennych chroniące wroga będącego *hors de combat*. Ochroną tą są objęte osoby ranne, niepełnosprawne lub niezdolne z innych powodów do obrony (w tym nienoszenie broni); osoba nie musiała mieć szczególnego prawnego statusu ani nie było konieczne formalne poddanie się”²³.

Trybunał podkreślił, że nawet jeśli uznać, że mieszkańcy dopuścili się naruszenia prawa wojennego przez fakt wzięcia udziału w działaniach zbrojnych, to powinni być osądzeni i ukarani, a nie poddani zbiorowej egzekucji na podstawie wyroku po procesie *in absentia*²⁴. Przypomniał również o szczególnej ochronie, jaką są otoczone kobiety w ciąży²⁵.

Skarżący i Rosja podnosili jednak, że Łotwa w 1940 roku została wcielona do ZSRR, a jej mieszkańcy stali się obywatelami ZSRR i tym samym nie mogli być chronieni w 1944 roku prawem wojennym, które mówiło o prawach przysługujących osobom należącym do ludności nieprzyjaciela²⁶. Trybunał, unikając oceny inkorporacji Łotwy do ZSRR, stwierdził jedynie, że przywoływany art. 23b Regulaminu Haskiego obejmuje osoby pod jakąkolwiek formą kontroli wrogiej armii, w tym ludność cywilną terytorium okupowanego²⁷.

Choć ostateczna konkluzja wyroku, że doszło do popełnienia zbrodni wojennej, jest słuszna, to jednak rozważania trybunału rozczarowują. Trybunał bowiem uniknął odpowiedzi, jaki był status mieszkańców. Nie rozstrzygnął kwestii, czy zarzucana mieszkańcom kolaboracja stanowiła branie udziału w działaniach zbrojnych. Podkreślił jedynie, że w momencie ataku mieszkańcy nie brali udziału w działaniach zbrojnych i dlatego podlegali ochronie jako jeńcy lub cywile. Warto jednak docenić, że w wyroku Wielkiej Izby, w przeciwieństwie do wyroku Izby, ETPC pośrednio podkreślił prawo osób cywilnych do ochrony w sytuacji, gdy nie biorą bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, zwrócił uwagę na osoby szcze-

²⁰ *Ibidem*, § 194, 227.

²¹ *Ibidem*, § 191, 192.

²² *Ibidem*, § 195.

²³ *Ibidem*, § 216.

²⁴ *Ibidem*, § 204, 221.

²⁵ *Ibidem*, § 218.

²⁶ *Ibidem*, § 174.

²⁷ *Ibidem*, § 217.

gólnie chronione, jak kobiety w ciąży, i szeroko zinterpretował pojęcie osoby chronionej z regulaminu haskiego, aby móc nim objąć jak największy krąg osób.

Sprawa *Korbely przeciwko Węgrom* również budziła ogromne emocje, gdyż dotyczyła rozliczenia zbrodni popełnionych w czasie zamieszek z października 1956 roku. Skarżący János Korbely miał za zadanie odbić budynek policji, który opanowali powstańcy. Podzielił swych ludzi na dwa plutony, z których jeden był na zewnątrz, blisko wejścia do budynku policji, natomiast drugi wszedł do środka. Na wewnętrznym dziedzińcu oddział Korbely'ego zobaczył rozbrojonych policjantów oraz pięciu cywilów. Jeden z cywilów, István Balázs, powiedział, że są nieuzbrojeni, jednak któryś z rozbrojonych policjantów zaprzeczył, krzycząc, że Tamás Kaszás ma broń. Kaszás nie oddał broni, mimo że prosił o to Balázs. Wybuchła kłótnia między Korbelym a Kaszássem, w czasie której Kaszás sięgnął do kieszeni płaszcza i wyjął broń. Skarżący rozkazał swym ludziom strzelać i jednocześnie wypalił do Kaszása, który zmarł natychmiast od ran postrzałowych. Inne strzały trafiły pozostałych powstańców, a ci, którzy wybiegli na ulice, zostali postrzeleni (jedna osoba śmiertelnie) przez drugi pluton. Korbely został skazany za dopuszczenie się zbrodni przeciwko ludzkości, co jego zdaniem stanowiło naruszenie art. 7 Konwencji, czyli zakaz karania bez podstawy prawnej²⁸.

ETPC potwierdził, że „każdy cywil uczestniczący w konflikcie zbrojnym o charakterze międzynarodowym, bez względu na stopień intensywności konfliktu lub sposobu zorganizowania powstańców, jest chroniony art. 3 KG”²⁹. W tej sprawie dla trybunału pierwszorzędne znaczenie miało, że Kaszás był przywódcą zbrojnej grupy partyzantów, który po dokonaniu innych aktów przemocy przejął kontrolę nad budynkiem policji i skonfiskował broń policjantom, a więc jego działanie należy uznać za branie aktywnego udziału w działaniach zbrojnych³⁰. Trybunał zaznaczył również, że aby skorzystać z ochrony przewidzianej w art. 3 KG, zamiar poddania się w podobnej do powyższej sytuacji musi być zasygnalizowany w sposób jasny i jednoznaczny, czyli przez położenie broni i podniesienie dłoni lub w ostateczności tylko przez podniesienie dłoni³¹. Skoro Kaszás tego nie uczynił, zdaniem trybunału nie mógł być zakwalifikowany do jakiegokolwiek kategorii niekombatantów chronionych przez art. 3 KG. Powyższe stwierdzenia nie są raczej kontrowersyjne, a konkluzja byłaby zapewne podobna, gdyby sprawę oceniał Międzynarodowy Trybunał Karny czy inne podobne instytucje.

Zasady prowadzenia działań zbrojnych

Podstawowymi zasadami międzynarodowego prawa humanitarnego jest obowiązek rozróżnienia pomiędzy osobami cywilnymi a kombatantami³². Przedmiotem ataku mogą być jedy-

²⁸ Więcej [w:] K. Wierczyńska, *Podstawa prawna odpowiedzialności za działania zbrojne na Węgrzech w 1956 r. – glosa do wyroku ETPC z 19.09.2008 r. w sprawie Korbely v. Węgrom*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2010, nr 4, s. 45 i nn.

²⁹ *Korbely przeciwko Węgrom*, § 87.

³⁰ *Ibidem*, § 89.

³¹ *Ibidem*, § 91.

³² Zob. art. 48, art. 51 ust. 2 oraz art. 13 ust. 1 i 2 II PD. Zasada rozróżnienia została również zidentyfikowana w przygotowanym przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK) Studium prawa zwyczajowego (Zasada 1: Strony konfliktu powinny zawsze odróżniać osoby cywilne i kombatantów. Ataki mogą być kierowane jedynie przeciwko kombatantom. Ataków nie wolno kierować przeciwko osobom cywilnym).

nie ci drudzy³³. Nie oznacza to jednak, że każdy atak na cywilów, którzy nie biorą udziału w działaniach zbrojnych, będzie bezprawny. MPH dopuszcza bowiem przeprowadzenie ataku w sytuacji, gdy spodziewana konkretna i bezpośrednia korzyść wojskowa nie wiąże się z nadmiernymi stratami cywilnymi³⁴. Ofiary cywilne tego typu operacji określa się często mianem *collateral damage*. Dodatkowo, zgodnie z prawem konfliktów zbrojnych, dla oceny legalności ataku nie ma znaczenia, z jakiego powodu prowadzone są działania zbrojne (zasada rozdzielenia *ius ad bellum* od *ius in bello*)³⁵, byleby były one konieczne z punktu widzenia wojskowego³⁶.

Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 roku przewiduje, że pozbawić życia można (pomijając sytuację wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę) wyłącznie „(a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą, (b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem, (c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania” (art. 2). Prawo do życia jest niederogowalne „z wyjątkiem przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych” (art. 15). W praktyce żadne z państw nie powołało się na ten wyjątek, aby usprawiedliwić swoje działania.

ETPC miał kilka okazji, aby ocenić sposób działania sił państwowych w sytuacji konfliktu zbrojnego w kontekście obowiązku ochrony życia i sformułować wnioski dotyczące zasad prowadzenia działań zbrojnych, również w sytuacji konfliktu zbrojnego. Najbardziej reprezentatywne są wyroki w sprawach czeczeńskich, gdyż w tym przypadku istnieją najmniejsze wątpliwości co do faktycznego istnienia konfliktu zbrojnego³⁷, w przeciwieństwie do spraw kurdyjskich czy dotyczących działalności IRA³⁸. W szczególności relewantne są orzeczenia w sprawie *Esmukhbambetov i inni przeciwko Rosji* z 29 marca 2011 roku (nr skargi 23445/03), *Isayeva przeciwko Rosji* z 24 lutego 2005 roku (nr skargi 57950/00, cyt. dalej: *Isayeva I*), a także *Isayeva, Yusupova oraz Bazayeva przeciwko Rosji* z tego samego dnia (nr skargi 57947/00, 57948/00, 57949/00, cyt. dalej: *Isayeva II*).

³³ Definicja ataku znalazła się w art. 49 ust. 1 PD I, gdzie za atak uznano „akty przemocy w stosunku do przeciwnika zarówno zaczepne, jak i obronne”.

³⁴ Zob. art. 57 ust. 2 (ii) oraz (iii) I PD.

³⁵ Zob. preambuła (ust. 3 i 4); A. A. Bouvier, M. Sassòli, *op. cit.*, s. 102 i nn.

³⁶ Zob. przykładowo art. 54 ust. 5, art. 85 ust. 4 I PD oraz art. 8 ust. 2 lit. a (iv); 8 ust. 2 lit. b (xiii), a także 8 ust. 2 lit. e (xii) statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz. U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

³⁷ W przypadku jednak tzw. drugiej wojny czeczeńskiej Rosjanie twierdzili, że nie ma konfliktu zbrojnego, lecz prowadzona jest operacja antyterrorystyczna, zob. W. Abresch, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, „European Journal of International Law”, 2005, no. 4, s. 754; O. Trusevich, *The Human rights situation in the Chechen republic*, [w:] *Human Rights in Russian Regions. Collection of reports on the human rights situation across the territory of the Russian Federation in the year 2001*, ed. by T. Lokshina, Moscow – Helsinki 2002, s. 296. Jednak skala działań zbrojnych w Czeczenii (czas, obszar, liczba wojsk rosyjskich zaangażowanych w konflikt, a także liczba zabitych i rannych) oraz możliwość wyodrębnienia stron konfliktu przemawia za istnieniem konfliktu zbrojnego, *ibidem*, s. 297, do którego zastosowanie ma art. 3 KG oraz II PD, zob. np. rezolucja Komisji Praw Człowieka NZ E/CN.4/RES/2001/24 (20.04.2001); J. Bañbor, J. Berny, D. Kuziel, *Konflikty na Kaukazie*, Warszawa 1997, s. 167 oraz Amnesty International, *The Russian Federation. Denial of justice*, London 2002, s. 53, AI Index: EUR 46/027/2002.

³⁸ Zob. F.J. Hampson, *op. cit.*, s. 555 i nn., W. Abresch, *op. cit.*, s. 755 i nn., C. Droege, *Elective affinities?...*, s. 530-531.

Sprawa *Esmukhambetov i inni przeciwko Rosji* dotyczyła ostrzelania i zbombardowania leżącej w Republice Czecheńskiej wioski Kogi przez dwa wojskowe samoloty przypominające SU-25 w dniu 12 września 1999 roku. W wyniku tej akcji zginęło dwoje dzieci i trzy kobiety (w tym żona i potomstwo skarżącego), a zniszczonych lub uszkodzonych zostało około 30 domów. Zdaniem rządu, służby antyterrorystyczne otrzymały we wrześniu 1999 roku informację, że w okolicach Kogi doszło do koncentracji członków nielegalnych grup zbrojnych i w miejscowości tej znajdowała się baza terrorystów. Aby zapobiec atakom terrorystycznym i ukrócić działalność kryminalną, mając na uwadze, że nie można było użyć sił lądowych, dowództwo zdecydowało się na ukierunkowany ostrzał na miejsce przebywania terrorystów w okolicy rzecznej wioski. Władze nie zaprzeczały, że przyczyną śmierci ofiar był nalot.

ETPC oceniając powyższy stan faktyczny stwierdził, że „użycie siły, którego skutkiem może być pozbawienie życia nie może być większe niż jest to «absolutnie konieczne», aby osiągnąć jeden z wymienionych w art. 2 § 2 (a), (b) i (c) celów”³⁹. Zdaniem Trybunału, „użyta siła musi być ściśle proporcjonalna w stosunku do dozwolonych celów”⁴⁰. To wiąże się z odpowiednim wyszkoleniem agentów, aby umieli ocenić, czy jest absolutnie konieczne użycie broni, mając na uwadze fundamentalną wartość ludzkiego życia⁴¹. W powyższych okolicznościach ETPC nie miał żadnych wątpliwości, iż użycie wojskowych samolotów uzbrojonych w ciężką broń było nadmiernie nieproporcjonalne (*manifestly disproportionate*) w stosunku do celu, jakim było aresztowanie osoby⁴². Za znaczące zdaniem Trybunału należy uznać, że żaden bojownik nie został ujęty w wyniku ataku⁴³. Przeprowadzony przez Rosjan atak był niedyskryminacyjny, mimo że atakujący zdawali sobie sprawę z obecności cywilów w wiosce⁴⁴.

Dość podobna sytuacja jak w sprawie *Esmukhambetov przeciwko Rosji* była rozpatrywana w orzeczeniu *Isayeva II*, które dotyczyło zbombardowania 29 października 1999 roku przez rosyjskie samoloty wojskowe konwoju cywilnego w pobliżu Groznego. W rezultacie ataku zginęły dzieci oraz pracownicy Czerwonego Krzyża. Strona rządowa utrzymywała, że samoloty ostrzelały ciężarówki typu Kamaz, w których znajdowali się bojownicy i z których samoloty zostały zaatakowane z ciężkiej broni. Piloci nie byli w stanie przewidzieć, że dojdzie do strat w ludziach. Rosja jednak przyznała, że rozrzut amunicji mógł spowodować straty cywilne, lecz ich zdaniem bojówkarze wykorzystali konwój jako ludzką tarczę. Skarżący przedstawiali dowody, że w konwoju znajdowali się sami cywile i nikt nie próbował zaatakować samolotów.

Trybunał nie dał się przekonać do rządowej wersji wydarzeń, ale podkreślił, że nawet zakładając, iż jacyś bojówkarze byli w okolicy obecni, przeprowadzona operacja nie była

³⁹ *Esmukhambetov i inni przeciwko Rosji*, § 138. Por. też *Isayeva I*, § 173, *Isayeva II*, § 169. Zob. też *McCann przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 27.09.1995 r., nr skargi 18984/91, § 148 i 149. Z uzasadnienia wyroku w tej ostatniej sprawie ETPC dość obszernie korzystał, w zasadzie kopiując niektóre fragmenty. Nt. sprawy *McCann* zob. E. Guild, *Inside Out or Outside In? Examining Human Rights in Situations of Armed Conflict*, „International Community Law Review”, 2007, no. 9, s. 36 i n.

⁴⁰ *Esmukhambetov i inni przeciwko Rosji*, § 138.

⁴¹ *Ibidem*, § 139.

⁴² *Ibidem*, § 132, 146, 150.

⁴³ *Ibidem*, § 146.

⁴⁴ *Ibidem*, § 148.

zaplanowana i wykonana z odpowiednią troską o zachowanie życia ludności cywilnej⁴⁵. Jak bowiem podkreślał, gdy w grę wchodzi możliwość pozbawienia życia „w szczególności jest konieczne sprawdzenie, czy operacja została zaplanowana i kontrolowana przez władze w taki sposób, aby zminimalizować najbardziej jak to jest możliwe użycie śmiertelnej siły. Władze muszą wykazać się odpowiednią troską, aby jakiegokolwiek ryzyko utraty życia było zminimalizowane”⁴⁶.

Identyczne konkluzje jak w sprawie *Esmukhambetov przeciwko Rosji* czy *Isayeva II* Trybunał zawarł w sprawie *Isayeva I*, jednak sytuacja, z którą mierzył się Trybunał, była dramatycznie inna. Chodziło bowiem o ocenę wydarzeń z 4 lutego 2000 roku, kiedy doszło do zbombardowania i ostrzelania miejscowości Katyr-Yurt. Jak podkreślała strona rządowa, w miejscowości tej znajdowały się wycofujące się z Groznego bojówki czeczeńskie (ponad 1 tys. osób), które przekształciły wiele domów w Katyr-Yurt w umocnione punkty oporu. Kiedy do Katyr-Yurt wkroczył oddział specjalny, po przekroczeniu drugiej linii domów został zaatakowany wszelkiego rodzaju bronią. Oddział był zmuszony się wycofać. Rząd utrzymywał, że siły federalne dały szansę poddania się bojownikom, z której oni jednak nie skorzystali. Zorganizowano również bezpieczną drogę wyjścia dla cywilów, o czym powiadomiono bezpośrednio władze Katyr-Yurt, a mieszkańców za pomocą radia oraz głośników umieszczonych na helikopterze, jednak bojowkarze nie pozwolili części ludności opuścić miejscowości. Gdy cywile opuścili miejscowość, użyto ciężkiego lotnictwa i artylerii. Cała operacja trwała do 6 lutego 2000 roku. Jak przyznały władze, w wyniku akcji zginęło 46 cywilów, 53 agentów federalnych, a ponad 200 zostało rannych; zginęło również 180 bojowników, a ponad 240 zraniono. Skarżący, którzy stracili bliskich w wyniku operacji w Katyr-Yurt podważali rządową wersję zarzucając m.in., że władze nie zorganizowały bezpiecznego wyjścia dla cywilów; twierdzili również, że straty w cywilach były znacznie większe, a sama miejscowość Katyr-Yurt miała mieć status bezpiecznej strefy.

Zasadnicza różnica pomiędzy sprawą *Isayeva I* a *Isayeva II* oraz *Esmukhambetov przeciwko Rosji* polega na tym, że w Katyr-Yurt znajdowali się i bojownicy, i cywile, więc była to klasyczna sytuacja wymieszania cywilów i legalnych celów wojskowych. Doszło tam do regularnej bitwy i właśnie do tego rodzaju wydarzeń Trybunał zastosował ten sam tok myślenia, co w omówionych sprawach, czyli podkreślił, że użycie siły można tylko w takim stopniu, jak jest to absolutnie konieczne, aby osiągnąć jeden z celów, o którym mowa w art. 2 EKPC⁴⁷, a operacja powinna być zaplanowana w taki sposób, by ograniczyć w największym stopniu użycie śmiertelnej siły i by ryzyko utraty życia było zminimalizowane⁴⁸.

W sprawie *Isayeva I* Trybunał skupił się na podkreśleniu, jak ważny jest etap planowania operacji. Stwierdził, że odpowiedzialność państwa jest zaangażowana, gdy agenci państwa „nie przedsięwzją wszelkich wykonalnych środków ostrożności przy wyborze środków i metod dla przeprowadzenia operacji przeciwko grupie opozycyjnej mając na względzie uniknięcie [...] [lub – przyp. P.G.] zminimalizowanie przypadkowych strat wśród cywilów”⁴⁹. Trybunał nie kwestionował konieczności użycia nawet ciężkiej broni, aby zdusić

⁴⁵ *Isayeva II*, § 199.

⁴⁶ *Ibidem*, § 171.

⁴⁷ *Isayeva I*, § 173

⁴⁸ *Ibidem*, § 175.

⁴⁹ *Ibidem*, § 176. Por też *Ergi przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 28.07.1998 r., nr skargi 23818/94, § 79.

wrogi oddział⁵⁰, ale uznał, że władze powinny były przewidzieć, że bojownicy wejdą do Katyr-Yurt i tym samym cywile znajdą się w niebezpieczeństwie⁵¹. Jeśli władze nie mogły zapobiec wejściu partyzantów do miejscowości, mogły przynajmniej ostrzec mieszkańców (Trybunał nie uznał rzekomo podjętych działań władz rosyjskich za wystarczające). Dla ETPC ogromne znaczenie miał fakt, że operacja nie miała charakteru spontanicznego i od początku planowano użycie samolotów uzbrojonych w ciężką broń na terenie zamieszkanym, co powinno było wymusić ocenę zagrożeń związanych z użyciem tego typu środków⁵².

ETPC podkreślił, że powyższą sytuację ocenia według standardów dla zwykłej operacji wymuszania pokoju z tego względu, że nie ogłoszono w Czeczenii stanu wojennego lub wyjątkowego ani nie powołano się na wyłączenie z art. 15 EKPC⁵³. Dlatego Trybunał uznał, że głównym celem operacji powinna była być ochrona życia przed bezprawną przemocą. Masowe użycie niedyskryminacyjnej siły stoi w rażącej sprzeczności z tym celem⁵⁴.

Oceniając powyższe stwierdzenia ETPC, można dojść do wniosku, że w dużym stopniu Trybunał stosuje dobrze znaną MPH zasadę proporcjonalności, rozróżnienia i konieczności wojskowej⁵⁵. Pewne wnioski trybunału mogą jednak budzić wątpliwości z punktu widzenia prawa konfliktów zbrojnych.

MPH nie wymaga stosowania zasady proporcjonalności do oceny ataku na kombatanów, a ETPC wyraźnie stwierdza, że w każdym przypadku do użycia siły powinno dochodzić tylko w takim stopniu, jaki jest absolutnie konieczny, bez względu na to, czy potencjalnymi ofiarami są osoby cywilne, czy osoby biorące udział w działaniach zbrojnych (legalne cele wojskowe). Oznacza to w praktyce, że gdy jest to możliwe, lepiej złapać niż zranić, a lepiej zranić niż zabić. Taką koncepcję, wynikającą z zasady humanitaryzmu i konieczności wojskowej, forsuje Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża⁵⁶, lecz nie wynika ona wprost z norm konwencyjnych prawa konfliktów zbrojnych i jest nie do zaakceptowania przez wiele państw⁵⁷. O ile bowiem w operacjach przeprowadzanych w czasie pokoju przez siły bezpieczeństwa co do zasady nie strzela się, by zabić (i tak są szkoleni agenci), to już inne reguły obowiązują siły wojskowe w czasie konfliktu zbrojnego, kiedy to zazwyczaj strzela się, by zabić wroga i jest to zgodne z prawem, jeśli tylko przedmiotem ataku był cel wojskowy⁵⁸. Wymaganie,

⁵⁰ *Ibidem*, § 180.

⁵¹ *Ibidem*, § 187.

⁵² *Ibidem*, § 188, 189.

⁵³ *Ibidem*, § 191.

⁵⁴ *Ibidem*, § 191.

⁵⁵ W.A. Schabas, *Lex specialis? Belt and Suspenders? The Parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of ius ad bellum*, "Israel Law Review", 2007, no. 40, s. 606.

⁵⁶ Zob. pkt IX Wytucznych dotyczących interpretacji pojęcia „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation on Hostilities under International Humanitarian Law) przyjęte 26.02.2009 r. przez Zgromadzenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. Zostały opublikowane [w:] "International Review of the Red Cross", 2008, no. 872, s. 991 i n.

⁵⁷ Zob. R.S. Taylor, *The Capture versus Kill Debate: Is the Principle of Humanity Now Part of the Targeting Analysis When Attacking Civilians Who Are Directly Participating in Hostilities?*, "Army Lawyer", 2010, June, s. 104; Ch. Garraway, *To Kill or Not to Kill? – Dilemmas on the Use of Force*, "Journal of Conflict and Security Law", 2009, no. 14, s. 506 i nn.

⁵⁸ M.A. Hansen, *op. cit.*, s. 55. Zob. też F. Forrest Martin, *Using International Human Rights Law for Establishing a Unified Use of Force Rule in the Law of Armed Conflict*, "Saskatchewan Law Review", 2001, no. 64, s. 359.

aby w czasie walk stosować zasadę „złapać zamiast zabić” jest kompletnie nierealistyczne⁵⁹.

ETPC rozważa zasadność działań z punktu widzenia ich celu⁶⁰. Zgodnie z MPH ostateczny cel prowadzonych działań jest zupełnie irrelevantny⁶¹. To wyraźnie wskazuje, że jeden reżim (prawa człowieka) może skutecznie podważać jedną z podstawowych zasad drugiego (MPH). Tej sprzeczności nie sposób wyeliminować, a państwa chcące uniknąć odpowiedzialności muszą zapamiętać o czasach, gdy nikt ich nie rozliczał z powodów prowadzenia działań zbrojnych.

Wyrok, w szczególności w sprawie *Isayeva I*, prowokuje również zasadnicze pytanie, czy skoro dane państwo nie powołało się oficjalnie na art. 15 EKPC, Trybunał może w ogóle nie brać pod uwagę prawa konfliktów zbrojnych i formułować własne zasady prowadzenia działań zbrojnych w oparciu o brzmienie samej EKPC⁶². Czy wyrok ETPC w tej i innych podobnych sprawach brzmiałby inaczej, gdyby państwo powołało się na skuteczne zawieszenie działania konwencji, jeśli chodzi o ochronę życia w kontekście działań wojennych? Czy rzeczywiście państwo, jeśli nie spełni pewnych proceduralnych wymogów, musi zastosować w czasie konfliktu zbrojnego wszelkie prawa wynikające z Konwencji w takim kształcie, jak zostały one zinterpretowane przez ETPC? Przecież państwo, które prowadzi działania zbrojne poza granicami kraju, a które zgodnie z orzecznictwem trybunału jest zobligowane do stosowania w takiej sytuacji EKPC, niekoniecznie musi znajdować się w „niebezpieczeństwie zagrażającym życiu narodu”, którego istnienia wymaga art. 15, aby móc skorzystać z możliwości derogacyjnych w nim zawartych⁶³. Trybunał niejako sugeruje, że gdyby państwo dokonało derogacji, to Trybunał przyjąłby inną optykę i uwzględnił zasady MPH. Ta zachęta do odwołania się przez państwa do art. 15 może być jednak o tyle nieskuteczna, że tok argumentacji ETPC, a w szczególności odwołania trybunału do terminów i zasad MPH, mogą wskazywać, że orzeczenia ETPC nie różniłyby się zbytnio, nawet gdyby państwo dokonało skutecznej derogacji.

Obowiązek przeprowadzenia śledztwa

W orzeczeniu w sprawie *Isayeva I* ETPC podkreślił, że „obowiązek ochrony życia z art. 2 Konwencji, w związku z ogólnym obowiązkiem państw z art. 1 Konwencji «zapewnienia każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, praw i wolności określonych w niniejszej Konwencji» wymaga w konsekwencji jakiejś formy efektywnego oficjalnego śledztwa w sytuacji, gdy zostały zabite osoby w wyniku użycia siły”⁶⁴.

⁵⁹ L.M. Olson, M. Sassòli, *The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*, “International Review of the Red Cross”, 2008, no. 871, s. 609.

⁶⁰ Zob. np. *Isayeva I*, § 180, 181. Zob. też W. Abresch, *op. cit.*, s. 764.

⁶¹ W.A. Schabas, *op. cit.*, s. 607.

⁶² Zob. rozważania na ten temat F.J. Hampson, *op. cit.*, s. 565 oraz C. Droegge, *The Interplay...*, s. 319.

⁶³ M.J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, “American Journal of International Law”, 2005, vol. 99, s. 136.

⁶⁴ *Isayeva I*, § 209.

Konieczność przeprowadzenia efektywnego śledztwa była szeroko omawiana w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7 lipca 2011 roku (nr skargi 55721/07), który dotyczył sposobu wyjaśniania przez współokupującą Irak Wielką Brytanię okoliczności śmierci obywateli irackich zabitych przez żołnierzy brytyjskich. W wyroku tym ETPC podkreślił, że „ogólny prawny zakaz arbitralnego zabijania przez przedstawicieli państwa byłby nieefektywny w praktyce, gdyby nie istniały procedury sprawdzania legalności użycia śmiertelnej siły przez władze państwowe”⁶⁵. Choć Trybunał zdawał sobie sprawę, z jakimi trudnościami spotyka się wyjaśnianie przyczyn śmierci w kraju islamskim, w którym nadal toczą się działania zbrojne⁶⁶, to uznał, że obowiązki proceduralne z art. 2 muszą być wypełniane także w sytuacji konfliktu zbrojnego, co może się łączyć z zastosowaniem mniej efektywnych metod lub opóźnieniem całej procedury⁶⁷. Według ETPC efektywne śledztwo to takie, które prowadzi do stwierdzenia, czy użycie siły było usprawiedliwione w danych okolicznościach oraz do określenia i ukarania sprawców. Jest to zobowiązanie starannego działania, a nie rezultatu, a więc władze muszą, odwołując się do wszelkich rozsądnych środków, zabezpieczyć dowody incydentu (w tym naocznych świadków), zebrać dowody kryminalistyczne, przeprowadzić autopsję czy analizę badań klinicznych⁶⁸.

Powyższe zasady zastosowane do każdego incydentu, który ma miejsce w czasie konfliktu zbrojnego, mogą razić z punktu widzenia MPH, które nie wymaga wyjaśniania przyczyn śmierci każdej ofiary (w szczególności kombatananta) działań zbrojnych⁶⁹. Jeśli bowiem dojdzie do wymiany ognia ze stroną przeciwną, żołnierz po zakończeniu akcji może o sprawie zapomnieć i prowadzić dalsze działania, a nie zastanawiać się nad przygotowaniem raportu z przeprowadzonej operacji. Wyjaśnianie każdego przypadku użycia siły w sytuacji bojowej jest po prostu niewykonalne, zwłaszcza, gdy nadal toczą się walki⁷⁰. Może też wpłynąć negatywnie na zdolność żołnierzy do prowadzenia działań zbrojnych. Nie należy jednak zbytnio posuwać się w krytyce akurat tego punktu orzecznictwa ETPC. Można bowiem znaleźć równowagę między weryfikowaniem zasadności każdego wystrzału a niesprawdzaniem w ogóle przyczyn śmierci ofiar konfliktu⁷¹. Trybunał, choć formułuje ogólne zasady mające zastosowanie do każdej osoby, wskazywał przecież na konieczność przeprowadzenia efektywnego śledztwa w tych wyrokach, które dotyczyły śmierci cywilów lub osób, których status był wątpliwy. Wyjaśnianie tego typu sytuacji leży w interesie państwa. Lekceważenie informacji o dopuszczeniu się zbrodni wojennych czy innych nadużyć wpływa bowiem na zwiększenie się niechęci lokalnego środowiska do organów danego państwa i niszczy jego wizerunek.

⁶⁵ *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 163.

⁶⁶ Zob. *ibidem*, § 30, w którym strona brytyjska przypominała, że w Iraku śledczy napotykali szereg problemów, jak problem z bezpieczeństwem, brak tłumaczy, kwestie kulturowe (zgodnie z prawem islamskim ciało musi być pochowane w ciągu 24 h i pozostawione w spokoju przez 40 dni), brak patologów i kostnic, brak archiwum, problemy z logistyką, klimatem i ogólnymi warunkami pracy.

⁶⁷ *Ibidem*, § 164. Por. też *Ergi przeciwko Turcji*, § 79, 82, *Isayeva I*, § 180, 210.

⁶⁸ *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 166.

⁶⁹ Jednak zarówno KG, jak I PD nakłada na państwa obowiązek wydania lub osądzenia winnych zbrodni wojennych (czyli zbrodni wymierzonych w osoby chronione, którymi nie są kombataneci), zob. art. 49/50/122/146 odpowiednio I, II, III, IV KG oraz art. 86 I PD.

⁷⁰ M.A. Hansen, *op. cit.*, s. 57, K. Watkin, *Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict*, „American Journal of International Law”, 2004, no. 98, s. 33.

⁷¹ C. Droeg, *Elective affinities?*..., s. 541-542.

Jasne i ciemne strony humanizacji prawa wojennego

Orzecznictwo ETPC może mieć ogromny wpływ na zmiany zasad prowadzenia działań zbrojnych czy wymuszenie przestrzegania już istniejących. W szczególności dlatego, że ofiary naruszeń mogą zwrócić się bezpośrednio do Trybunału i żądać rekompensaty od państwa, a takiego prawa nie przewidują konwencje międzynarodowego prawa humanitarnego. Państwa nie mogą więc pozwolić sobie na całkowite lekceważenie wyroków ETPC, gdyż spotkają je choćby konsekwencje finansowe i tym samym będą powoli zmuszane do uwzględnienia wskazówek trybunału.

Patrząc na już wydane przez ETPC wyroki, można wskazać na pozytywne, jak i na negatywne skutki humanizacji prawa wojennego. Wśród pozytywnych można wymienić podkreślenie przez Trybunał obowiązku rozróżniania pomiędzy cywilami a kombatantami oraz związany z tym zakaz przeprowadzania ataków o charakterze niedyskryminacyjnym. ETPC próbuje doprecyzować terminy nie zdefiniowane na gruncie MPH, jak „branie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”. Trybunał zwraca uwagę na konieczność odpowiedniego planowania operacji i przedsięwzięcia środków ostrożności, aby zminimalizować straty. Podkreśla konieczność oceny proporcjonalności użytych środków w stosunku do planowanego celu. Co ważne, ETPC stosuje te zasady także w kontekście konfliktów niemiędzynarodowych, co ma ogromne znaczenie, jeśli weźmie się pod uwagę, jak szczątkowy charakter mają regulacje MPH w stosunku do tego typu konfliktu. Dość przypomnieć, że statut Międzynarodowego Trybunału Karnego uznaje za zbrodnię wojenną jedynie ataki niedyskryminacyjne popełnione w konflikcie międzynarodowym⁷². Z kolei w art. 3 KG czy całym II PD, które odnoszą się do konfliktów wewnętrznych, nie znajdziemy niczego na temat konieczności przedsięwzięcia środków ostrożności przy przeprowadzaniu ataków, obowiązku stosowania zasady proporcjonalności czy zakazu ataków niedyskryminacyjnych. To właśnie w konfliktach wewnętrznych MPH jest najczęściej lekceważone, więc jeśli system praw człowieka wymusi jakąkolwiek poprawę sytuacji ludności cywilnej w tego typu sytuacji, będzie to stanowić ogromny sukces.

Orzecznictwo trybunału może również zmusić państwa do ogólnego zmniejszenia intensywności użycia siły w sytuacji konfliktu zbrojnego, bez względu na rodzaj osób, wobec których jest stosowana (stopniowanie użycia siły), co może przyczynić się do ogólnego zmniejszenia liczby ofiar w ogóle.

Powyższe zasady Trybunał stosuje zarówno w stosunku do konfliktów międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych, oraz do sytuacji, które konfliktami nie są. W zasadzie nie czyni rozróżnienia pomiędzy stanem wojny a pokoju⁷³. To pozwala na likwidację szarych stref, czyli sytuacji takich jak rozruchy, zamieszki czy pojedyncze akty przemocy, w których nie można było stosować zasad międzynarodowego prawa humanitarnego i związanej z nim ochrony przysługującej ludności cywilnej. Na podstawie EKPC, zgodnie z orzecznictwem ETPC, cywile muszą być chronieni zawsze.

⁷² Por. art. 8 ust. 2 lit b, e statutu MTK, Dz. U. z 2003, nr 78, poz. 708.

⁷³ Zob. L. Doswald-Beck, *The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?*, „International Review of the Red Cross”, 2006, no. 864, s. 886.

Trybunał wskazuje również na konieczność przeprowadzenia efektywnego śledztwa w sprawie okoliczności śmierci osób, które zginęły w wyniku użycia siły przez stronę rządową. Nie jest więc możliwe powołanie się przez organy państwa na sytuację konfliktu zbrojnego, by uniknąć konieczności wyjaśnienia okoliczności śmierci danej osoby.

EKPC wymusza również, aby oceniać legalność użycia siły z punktu widzenia dopuszczalnych celów, co w idealnym świecie powinno się przełożyć na wyeliminowanie konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym⁷⁴, gdyż użyteczność działań zbrojnych prowadzonych zgodnie ze standardami praw człowieka będzie znikoma⁷⁵.

Jakie są niebezpieczeństwa tej dokonywanej przez ETPC humanizacji prawa konfliktów zbrojnych? EKPC obowiązuje państwa, ale już nie opozycyjne grupy zbrojne, natomiast MPH obowiązuje wszystkie strony konfliktu. Oznacza to, że siły rządowe, zmuszone przez ETPC do zapewnienia wyższego standardu ochrony wszelkiej ludności, będą bardziej ograniczone niż ich przeciwnicy w możliwościach prowadzenia działań zbrojnych⁷⁶ (niektórzy porównują taką sytuację do walki z jedną ręką przywiązaną do pleców⁷⁷). Zwiększy się więc asymetryczność konfliktów⁷⁸, która będzie działać na korzyść opozycyjnych wobec państwa grup zbrojnych, których państwo nie będzie w stanie zwalczyć, co będzie oznaczać przedłużenie konfliktu. Koszty poniosą zarówno kombatanci (ich życie będzie wystawione na większe ryzyko), jak i cywile (brak możliwości zapewnienia im ochrony przed wspomnianymi grupami zbrojnymi). Dlatego m.in. Stany Zjednoczone oraz Izrael stale sprzeciwiają się stosowaniu praw człowieka w konfliktach zbrojnych, m.in. z tego względu, że takie działanie podważa decyzję państw co do stworzenia szczególnego reżimu prawnego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych⁷⁹. Nie można również zapominać, że zbyt rygorystyczne normy dotyczące sposobu prowadzenia działań zbrojnych budzą frustrację i ostatecznie są zupełnie ignorowane⁸⁰.

Wspomniano już o trudnościach w zastosowaniu zasady sformułowanej przez ETPC, aby w każdym przypadku stopniować użycie siły zarówno wobec cywilów, jak i kombatantów⁸¹. Warto również zauważyć, że zasada rozróżnienia, fundamentalna z punktu widzenia MPH, ma tylko wtedy sens, gdy nie wszystkich traktuje się jako cywilów⁸². Jeśli skutkiem wyroków ETPC będzie w istocie irrelewantność podziału na kombatantów i cywilów⁸³, to ostatecznie nie wzrośnie poziom ochrony dla wszystkich, ale zmniejszy się bezpieczeństwo cywilów.

Ponadto, choć ETPC nakłada obowiązek przeprowadzenia odpowiedniego śledztwa w sytuacji, gdy skutkiem użycia siły jest czyjaś śmierć, to – paradoksalnie – kurczowe trzymanie się wszelkich standardów prawnoczwolniczych przy przeprowadzaniu postępowania

⁷⁴ K. Bennoune, *op. cit.*, s. 214-215.

⁷⁵ M. A. Hansen, *op. cit.*, s. 52, W.A. Schabas, *op. cit.*, s. 592 i nn.

⁷⁶ Zob. M.A. Hansen, *op. cit.*, s. 4 i nn., gdzie autor mówi wręcz o kastracji sztuki prowadzenia wojny.

⁷⁷ F. Hampson, *Human rights and humanitarian law in internal conflicts*, [w:] *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons convention*, ed. by M. Meyer, London 1989, s. 60.

⁷⁸ L.M. Olson, M. Sassòli, *op. cit.*, s. 615.

⁷⁹ M.A. Hansen, *op. cit.*, s. 6, C. Droège, *The Interplay...*, s. 323, F. J. Hampson, *op. cit.*, s. 550.

⁸⁰ Y. Dinstein, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge 2004, s. 1-2, M.A. Hansen, *op. cit.*, s. 7, 53.

⁸¹ L.M. Olson, M. Sassòli, *op. cit.*, s. 612

⁸² C. Droège, *Elective...*, s. 527.

⁸³ F. Forrest Martin, *op. cit.*, s. 372.

może przyczynić się do niemożności skazania winnych naruszeń przeciwko cywilom z tego względu, że w sytuacji konfliktu zbrojnego nie można przeprowadzić wszystkich dowodów i dotrzeć do świadków, a wtedy, zgodnie z zasadą *pro dubio in reo*, oskarżony zostanie uniewinniony.

Podsumowanie

Gdy ocenia się wyroki ETPC odnoszące się do ochrony życia w czasie konfliktu zbrojnego, to z punktu widzenia konkretnej sprawy rzadko budzą one kontrowersje (jak w przypadku spraw czeczeńskich), jednak formułowane na ich kanwie zasady ogólne mogą wywołać sprzeciw z punktu widzenia prawa konfliktów zbrojnych. Faktem jest, że następuje humanizacja prawa wojennego, ale to nie oznacza, że Trybunał może całkowicie lekceważyć zasady międzynarodowego prawa humanitarnego, gdyż tym samym podważa jego rację bytu, osłabia ten reżim prawny i niweluje ochronę, którą on zapewnia ofiarom konfliktów. Choć trybunał podkreślał, że nie jest kompetentny do interpretacji MPH⁸⁴, to w praktyce albo milcząco je stosował, albo wyraźnie się na nie powoływał⁸⁵. Trybunał powinien więc przestać unikać pytania o relację między prawami człowieka a MPH i udawać, że nie wie, że prawo konfliktów zbrojnych ma w danej sytuacji zastosowanie. Państwa muszą mieć jasność co do reguł, jakie mają stosować w sytuacji konfliktu zbrojnego, a trybunał, przyjmując częściowo optykę MPH, powinien uwzględniać realia działań zbrojnych. Stosowana przez trybunał metoda „kopiuj-wklej” z innych orzeczeń, które dotyczyły użycia śmiertelnej siły, nie zawsze jest najszcześniejszym rozwiązaniem. Na szczęście jak do tej pory ETPC nie przekroczył drastycznie granic rozsądku w wymuszaniu na państwach przestrzegania obowiązków sformułowanych przez EKPC w sytuacji konfliktu zbrojnego.

Protection of civilian's life in time of armed conflict in the light of judgments of European Court of Human Rights

(Summary)

The article presents main judgments of the European Court of Human Rights concerning the protection of life of civilian person in time of armed conflict when two different regimes – Human Rights and International Humanitarian Law – are applied.

The first part is devoted to the Court's interpretation of basic terms like "civilian", "protected person" or "to take part in hostilities" which are undefined in IHL (with an exception of term "civilian" in international armed conflicts). The judgments *Kononov v. Latvia* (24 July 2008 and 17 May 2010) and *Korbely v. Hungary* (19 September 2008) are analyzed. In these two cases, the Court had to directly use and interpret the mentioned notions in the framework of international and internal armed conflict.

The second part is devoted to the rules of conduct of hostilities which were established by the ECHR based on art. 2 of European Convention on Human Rights like: possibility

⁸⁴ Zob. *Kononov przeciwko Łotwie*, wyrok ETPC z 24.7.2008 r., nr skargi 36376/04, § 122.

⁸⁵ *Ibidem*, § 137, gdzie trybunał ocenia, czy działania skarżącego były zgodne z obowiązującym prawem wojennym.

of use of lethal force has to be minimized and not exceed absolute necessity, prohibition of disproportionate and indiscriminate attacks, necessity of taking precautionary measures, necessity to accomplish one of the aims indicated in the art. 2 of the ECHR. The three cases are analyzed: *Esmukhambetov and others v. Russia* (29 March 2011), *Isayeva v. Russia* (24 February 2005) and *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia* (24 February 2005). The author chose the Chechen cases because the conflict in Chechnya is widely recognized as internal armed conflict when e.g. judgments on IRA activities could be criticized based on a fundamental doubt that situation concerned could not be qualified as an armed conflict. The Court's findings on principles of conduct of hostilities are criticized from the point of view of IHL. In addition, the problem of consequences of non-derogation based on art. 15 of ECHR is touched.

The third part is devoted to the obligation to conduct an effective investigation on reasons of death of a civilian. References to *Isayeva v. Russia* and *Al-Skeini and others v. the United Kingdom* (7 July 2011) are made.

The fourth part is devoted to the bright and dark sides of the so-called humanization of IHL. The author indicates that the European Court on Human Rights can have a tremendous effect on protection of civilians. The court establishes rules which are applied not only in international conflicts but also in internal conflicts (to which IHL norms are far from sufficient) or even in situations which are in a grey area like riots (to which IHL could not be applied). Taking into account that the ECHR applies the same rules on conduct of hostilities towards combatants and civilians, the general intensiveness of hostilities could be lowered as a consequence of implementation of guidance of the ECHR.

However, the author underlines that only states are bound by HR and thus the necessity to apply by states the higher standard of protection of HR to everyone including combatants can result in diminished possibilities to conduct hostilities and a greater asymmetry. In the view of the author, undermining of the principles of IHL by the ECHR not necessary will increase the level of protection of civilians, especially if the distinction between civilians and combatants loses its relevance.

As a general conclusion the author indicates that the ECHR has to cope with a question on relation between HR and IHL and shall apply IHL widely. In other way there will be strong inconsistencies between two regimes and there will be no clear rules governing use of force in armed conflicts. The ECHR shall take into account the reality of armed conflict and bear in mind that imposition of too strict standards will result in complete disobedience of any rules.

Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kontekście konfliktu zbrojnego na tle spraw czecheńskich

Rząd rosyjski konsekwentnie odmawia uznania istnienia konfliktu zbrojnego w Czechenii, wszystkie zaś działania strony czecheńskiej są charakteryzowane jako akty terroryzmu i bandytyzmu. Już w 2000 roku rosyjski minister sprawiedliwości poinformował Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, że Rosja postrzega wydarzenia w Czechenii nie w kontekście konfliktu zbrojnego, ale jako operację antyterrorystyczną. Rosji udało się uzyskać w tym zakresie stanowisko Sekretarza Generalnego ONZ, który nie wymienił konfliktu w Czechenii jako konfliktu zbrojnego w znaczeniu Konwencji Genewskich. Znalazły się tam również odwołania do nielegalnych czecheńskich grup zbrojnych, nie zaś czecheńskich grup powstańczych¹.

Sprawy czecheńskie dotyczą głównie naruszenia art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Wynika to z samego ich charakteru, ale także z wagi i doniosłości praw chronionych w art. 2 i 3 EKPC. Jak wiadomo, prawa te chronią prawo do życia oraz integralność fizyczną i psychiczną jednostki. Jest niezwykle ważne, że prawo do życia i zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania łącznie chronią jedną z najbardziej fundamentalnych zasad demokratycznych społeczeństw, tworzących Radę Europy². W sferze tych dwóch praw Trybunał sformułował najdalej idące zobowiązania pozytywne państwa. Dla spraw czecheńskich jest to o tyle istotne, że właśnie konstruuąc swe zobowiązania pozytywne w sferze tych dwóch artykułów, Trybunał zapewnił wspomnianym prawom kluczową proceduralną ochronę. Prawo do życia nie obejmuje tylko swego materialnego aspektu³; niezwykle istotnym jest zapewnienie temu prawu proceduralnej ochrony⁴. Dlatego też ETPC podkreślał wielokrotnie, że każdy przypadek pozbawienia lub utraty życia przez jednostkę powinien zostać poddany szczegółowemu zbadaniu przez właściwe służby krajowe. Ten obowiązek dodatkowo powinien

* Dr Jakub Czepek, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie.

¹ Zob. W. Abresch, *A Human Rights Law of International Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, "European Journal of International Law", 2005, vol. 16, no. 4, s. 754; P. Gaeta, *The Armed Conflict in Chechnya before the Russian Constitutional Court*, "European Journal of International Law", 1996, vol. 7, no. 4, s. 563 i nn.; E. Lederer, *U.N. Seeks to Stop Use of Child Soldiers*, "Newsday", 23 Apr. 2004.

² *Soering przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 7.07.1989 r., nr skargi 14038/88, § 88; zob. także *McCann i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 27.09.1995 r., nr skargi 18984/91, § 147.

³ Szerzej na temat zobowiązań materialnych w sferze art. 2 EKPC zob. J. Czepek, *State's Positive Obligations under Article 2 of the ECHR. Part 1 – Material Obligations*, [w:] *Selected Problems of the European Protection of Human Rights*, ed. by J. Czepek, Olsztyn 2011, s.7-36.

⁴ Szerzej na temat zobowiązań proceduralnych zob. J. Czepek, *State's Positive Obligations under Article 2 of the ECHR. Part 2 – Procedural Obligations*, [w:] *Modern Challenges of Human Rights Protection*, ed. by S. Ożóg, Olsztyn 2011, s.7-31.

być wsparty przez przeprowadzenie adekwatnego i skutecznego oficjalnego śledztwa, które będzie mogło doprowadzić do odnalezienia sprawców naruszeń i postawienia ich przed wymiarem sprawiedliwości. Powyższy obowiązek nabiera szczególnego znaczenia, jeżeli jednostka straciła życie znajdując się we władzy służb państwowych. Wtedy na państwie spoczywa szczególny obowiązek wyjaśnienia z dużą dozą prawdopodobieństwa, co się przydarzyło jednostce. Zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania bądź karania, podobnie jak prawo do życia, nie podlega derogacji i przewiduje konieczność przeprowadzenia skutecznego śledztwa, zwłaszcza jeśli sprawa w jakikolwiek sposób dotyczy funkcjonariuszy państwa.

W sprawach czeczeńskich zasadniczo można wyróżnić dwie podstawowe grupy: sprawy o wymuszone zaginięcia, związane z naruszeniem art. 3, i sprawy związane z naruszeniem art. 2 w związku z działaniami militarnymi.

Wymuszone zaginięcia

W kontekście sytuacji w Czeczenii problem wymuszonych zaginięć wielokrotnie był przedmiotem spraw toczących się przed ETPC. Wystarczy wspomnieć tu o wcześniejszych wyrokach Trybunału w sprawach *Bazorkina przeciwko Rosji*⁵, *Luluyev i inni przeciwko Rosji*⁶, *Imakayeva przeciwko Rosji*⁷, *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji*⁸, czy o niedawnych sprawach z 2011 roku: *Kosumova i inni przeciwko Rosji*⁹ czy *Shokkarov i inni przeciwko Rosji*¹⁰.

Sprawy o wymuszone zaginięcia najczęściej dotyczą zarzutów naruszenia prawa do życia w jego aspekcie materialnym, naruszenia prawa do życia w aspekcie proceduralnym, naruszenia zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania bądź karania w odniesieniu do zaginionej osoby oraz naruszenia art. 3 w odniesieniu do najbliższej rodziny zaginionego. Ponadto podnoszone są zarzuty naruszenia prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 ust. 1c, 2-5 i art. 13 EKPC)¹¹.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 2 w sytuacji wymuszonego zaginięcia Trybunał najczęściej bada sytuację, kiedy to zamaskowani mężczyźni, którzy nie ujawniają się jako żołnierze ani funkcjonariusze, uprowadzają ofiarę zaginięcia z miejsca zamieszkania, co często zostaje zauważone przez świadków. Mając na uwadze wcześniejsze sprawy tego typu (np. *Bazorkina przeciwko Rosji*, *Imakayeva przeciwko Rosji*, *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, *Baysayeva przeciwko Rosji*¹² czy *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji*), ETPC stwierdza naruszenie art. 2, gdy jednostka zostaje zatrzymana przez niezidentyfikowanych funkcjonariuszy bez jakiegokolwiek późniejszego uznania faktu detencji (uznając tę sytuację za zagrażającą życiu¹³), lub w przypadku użycia śmiertelnej siły¹⁴.

⁵ *Bazorkina przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 27.07.2006 r., nr skargi 69481/01.

⁶ *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 9.11.2006 r., nr skargi 69480/01.

⁷ *Imakayeva przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 9.11.2006 r., nr skargi 7615/02.

⁸ *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 5.07.2007 r., nr skargi 68007/01.

⁹ *Kosumova i inni przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 7.06.2011 r., nr skargi 27441/07.

¹⁰ *Shokkarov i inni przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 3.05.2011 r., nr skargi 41009/04.

¹¹ Np. *Kukayev przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 15.11.2007 r., nr skargi 29361/02, § 119; zob. też *Aziyevy przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 20.03.2008 r., nr skargi 77626/01, § 118.

¹² *Baysayeva i inni przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 5.04.2007 r., nr skargi 74237/01.

¹³ *Kosumova i inni przeciwko Rosji*, § 69; zob. też *Imakayeva przeciwko Rosji*, §140-144.

¹⁴ Np. *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji*, § 334.

Wymuszone zaginięcia wiążą się również z naruszeniem art. 2 EKPC w jego aspekcie proceduralnym. Trybunał podkreśla, że każdy przypadek śmierci powinien zostać poddany dokładnej analizie i wymaga to m.in. odpowiednich standardów działania ze strony służb państwa oraz przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego oficjalnego śledztwa. Przypadki wymuszonych zaginięć dotyczą sytuacji, kiedy państwo nie jest w stanie wyjaśnić z dużą dozą prawdopodobieństwa co się stało z zaginioną osobą. Jako że w takich sprawach nie można wskazać, żeby władze rosyjskie przeprowadziły skuteczne śledztwo i ustaliły przebieg zdarzeń oraz los zaginionych osób, Trybunał konsekwentnie stwierdza naruszenie obowiązków proceduralnych po stronie państwa¹⁵.

W sferze zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania bądź karania ETPC bada naruszenie art. 3 w odniesieniu zarówno do samego zaginionego, jak i wobec jego najbliższych. W tym drugim przypadku ETPC uznaje, że brak wiadomości o zaginionym powoduje obawę i niepokój u jego najbliższych. Ponadto ETPC często uznaje sposób rozpatrywania takich skarg przez władze rosyjskie za naruszenie art. 3 w stosunku do najbliższych ofiary¹⁶.

Aby Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 3 w odniesieniu do osób najbliższych zaginionego, muszą być spełnione „specjalne czynniki” (*special factors*), które Trybunał sformułował dość wcześnie, bo już w sprawie *Çakıcı przeciwko Turcji*. ETPC wówczas podkreślił, że będzie orzekał na korzyść członków rodziny, jeśli zostaną spełnione specjalne czynniki, a mianowicie wymiar i charakter różny od emocjonalnego dyskomfortu, który może być uznany za nieunikniony dla ofiar poważnego naruszenia praw człowieka. Istotne elementy będą obejmować bliskość, w jakiej żyje rodzina – tutaj waga będzie przykładana do więzi rodzic-dziecko, konkretnych okoliczności związku, rozmiaru przedstawianych wydarzeń doświadczanych przez członków rodziny, zaangażowania członków rodziny w próby uzyskania informacji o zaginionym oraz sposobu, w jaki władze reagowały na takie próby. ETPC podkreśla, że istota naruszenia nie leży w samym fakcie zaginięcia, ale dotyczy reakcji władz w takiej sytuacji¹⁷.

Trybunał dość często stwierdza naruszenie art. 3 w odniesieniu do najbliższej rodziny zaginionego, jednak rzadziej orzeka, że doszło do tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w okresie poprzedzającym śmierć zaginionego. Tutaj ETPC stosuje standard dowodu „ponad rozsądną wątpliwość” i dodaje, że taki dowód może wynikać ze zbiegu wystarczająco silnych i jasnych i spójnych wniosków albo podobnych niekwestionowanych domniemań faktycznych¹⁸. W sprawach o wymuszone zaginięcia często nie ma możliwości odnalezienia i zbadania ciała osoby zaginionej, aby wykazać „ponad rozsądną wątpliwość”, że przed śmiercią była ona poddana traktowaniu sprzecznemu z art. 3. Taka sytuacja miała miejsce choćby w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji*. W niektórych późniejszych skargach, np. *Kosumova i inni przeciwko Rosji*, skarżący w ogóle nie podnosili zarzutu naruszenia art. 3 w odniesieniu do zaginionego.

¹⁵ Np. *Imakayeva przeciwko Rosji*, § 149-160.

¹⁶ *Ibidem*, § 164-167.

¹⁷ *Çakıcı przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 8.07.1999 r., nr skargi 23657/94, § 98; zob. też *Orban przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 18.06.2002 r., nr skargi 25656/94, § 358; A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009, s. 149.

¹⁸ Zob. np. *Bazorkina przeciwko Rosji*, § 103-133; A. Szpak, *op.cit.*, s.166.

Z jednej strony trudno się dziwić standardom dowodu ponad rozsądną wątpliwość. Z drugiej – orzecznictwo ETPC wskazuje, że pomimo braku stwierdzenia naruszenia art. 3 w stosunku do zaginionego, zostaje stwierdzone naruszenie art. 2, którego zakres jest szerszy od art. 3. Pytanie o rzadkie stwierdzanie przez Trybunał naruszenia art. 3 w odniesieniu do ofiary zaginięcia pojawia się zwłaszcza w kontekście wyroku w sprawie *Selmouni przeciwko Francji*, gdzie ETPC odwołując się do koncepcji *living instrument* zapowiedział bardziej surowe traktowanie przypadków naruszenia art. 3¹⁹. Dlatego też brak stwierdzenia przez ETPC naruszenia art. 3 w odniesieniu do traktowania samego zaginionego może rodzić pewne wątpliwości²⁰.

W odniesieniu do art. 5 EKPC Trybunał najczęściej rozpatruje naruszenie pod kątem ust. 1c (zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie osoby), ust. 2 dotyczącego natychmiastowego poinformowania zatrzymanego o przyczynach jego zatrzymania, ust. 3 dotyczącego niezwłocznego postawienia przed sędzią lub innym urzędnikiem prawnie upoważnionym do wykonywania władzy sądowej, ust. 4 (prawo do odwołania się do sądu celem ustalenia legalności zatrzymania) i ust. 5 (prawo do odszkodowania za bezpodstawne zatrzymanie). Trybunał konsekwentnie stwierdza w tego rodzaju sprawach naruszenie art. 5. Podkreśla, że jest to szczególnie ciężkie naruszenie, jako że artykuł ten chroni wolność jednostek w ustroju demokratycznym od arbitralnej detencji. Poza tym niepotwierdzona detencja stanowi zupełną negację gwarancji wyrażonych w art. 5²¹. ETPC zwraca też uwagę na brak działań ze strony władz, które powinny być bardziej zobowiązane do przeprowadzenia skutecznego śledztwa w zakresie tego rodzaju skarg.

Art. 13 jest podnoszony w sprawach dotyczących wymuszonych zaginięć, często w kontekście braku istnienia odpowiedniego środka ochrony prawnej, z którego mogliby skorzystać najbliżsi zaginionego. Trybunał w sprawie *Kosumova i inni przeciwko Rosji* podkreślił, że w okolicznościach dotyczących wymuszonego zaginięcia śledztwo było nieskuteczne, zaś skuteczność innego środka, który istniał lub mógł istnieć, była podważona przez Rząd, doszło zatem do naruszenia obowiązku wynikającego z art. 13 w połączeniu z art. 2²². Z kolei we wcześniejszych wyrokach w sprawach czeczeńskich ETPC podkreślał, że prawo do skutecznego środka odwoławczego obejmuje, poza wypłatą odszkodowania w przypadku niezgodnego z prawem zatrzymania, obowiązek przeprowadzenia dokładnego i efektywnego śledztwa mającego doprowadzić do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych²³.

Naruszenia EKPC w związku z działaniami militarnymi

Drugą istotną kategorią ze spraw czeczeńskich są sprawy dotyczące naruszeń praw jednostki w związku z działaniami militarnymi. W sprawie *Nakayev przeciwko Rosji*²⁴ ETPC zbadał

¹⁹ *Selmouni przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 28.07.1999 r., nr skargi 25803/94, § 101.

²⁰ Zob. A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – „sprawy czeczeńskie”*, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska, Toruń 2011, s. 249.

²¹ *Çiçek przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 27.02.2001 r., nr skargi 25704/94, § 164; zob. też *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, § 122; *Shokkarov i inni przeciwko Rosji*, § 132.

²² *Kosumova i inni przeciwko Rosji*, § 105; *Khashiyev i Akayeva przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., nr skargi 57942/00, 57945/00, § 183.

²³ *Np. Imakayeva przeciwko Rosji*, § 192-196; *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, § 136-140.

²⁴ *Nakayev przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 21.06.2011 r., nr skargi 29846/05.

sprawę obrażeń skarżącego, które powstały w wyniku bombardowania Martan-Chu przez siły rosyjskie. Kilka pocisków uderzyło w wioskę; jeden z nich trafił w samochód tuż obok skarżącego i spowodował u niego szereg obrażeń. Trybunał zbadał naruszenie art. 2 w odniesieniu do naruszenia obowiązków proceduralnych państwa oraz w sferze naruszenia obowiązku ochrony prawa do życia. ETPC zwrócił uwagę, że władze dopuściły się w śledztwie w sprawie okoliczności powstania ran skarżącego wielu niedopatrzeń i okresów bezczynności. Nie zbadano właściwej dokumentacji ani części pocisku. ETPC stwierdził naruszenie art. 2 w tym zakresie²⁵. W sferze obowiązku ochrony prawa do życia ETPC przypomniał swe wcześniejsze orzecznictwo dotyczące wyjątków *ex definitione* zawartych w art. 2. Chodzi tu choćby o obowiązek poddania każdej sytuacji tego rodzaju dokładnemu zbadaniu. Trybunał przypomniał też swe standardy dotyczące ciężaru dowodów oraz użycia siły absolutnie koniecznej, wyrażone w sprawie *McCann i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁶. W tej sprawie, ze względu na brak dowodów oraz podejrzanych, ETPC uznał, że nie można przenieść ciężaru dowodu całkowicie na państwo-stronę, zaś dowody przytoczone przez skarżącego okazały się niewystarczające. Trybunał podkreślił jednak, że śledztwo krajowe w żaden sposób nie było w stanie wyjaśnić przyczyn eksplozji ani jej genezy. Mimo tego w aspekcie materialnym art. 2 ETPC nie stwierdził naruszenia Konwencji²⁷.

Zdecydowanie wcześniej, bo w 2005 roku, Trybunał zbadał sprawę *Isayeva przeciwko Rosji*²⁸. Dotyczyła ona naruszenia art. 2 w odniesieniu do członków rodziny skarżącej, którzy zginęli w związku z akcją zbrojną wojsk rosyjskich przeciwko bojownikom czeczeńskim w miejscowości Katyr-Yurt w dniach 4-7 lutego 2000 roku. W kontekście naruszenia art. 2 w jego aspekcie materialnym Trybunał przypomniał, że art. 2 przewiduje wyjątki *ex definitione* i może dojść do sytuacji, kiedy dochodzi do zgodnego z EKPC pozbawienia życia w wyniku użycia siły absolutnie koniecznej, co oczywiście wymaga zachowania odpowiednich standardów dotyczących planowania, nadzorowania i przeprowadzenia tego rodzaju akcji. ETPC uznał, że sama operacja spełniała cel prawowity w rozumieniu EKPC, jednak nie została zaplanowana i przeprowadzona w sposób zapewniający ochronę ludności cywilnej. Doszło więc w tym zakresie do naruszenia art. 2. W odniesieniu do proceduralnego aspektu art. 2 w zakresie przeprowadzenia niezależnego, skutecznego i dokładnego śledztwa dotyczącego ataku, Trybunał zwrócił uwagę, że nie wyjaśniono, dlaczego ludność cywilna nie mogła opuścić miasta. Ponadto śledztwo nie zidentyfikowało innych ofiar i świadków ataku, ani nie wskazano, dlaczego decyzje o przyznaniu statusu ofiary zostały uchylone²⁹. Raport końcowy nie zawierał dokładnych informacji o ofiarach, ponadto zapadła decyzja o zamknięciu postępowania, którego wnioski w opinii ETPC pozostawały w sprzeczności z dokumentami zawartymi w materiałach sprawy. W tym zakresie Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym³⁰.

W sprawie *Khashiyev i Akayeva przeciwko Rosji* ETPC zbadał sprawę zabicia członków rodziny skarżących przez żołnierzy rosyjskich w Groznm. Trybunał uznał, że ich śmierć nie

²⁵ *Ibidem*, § 70-75.

²⁶ *Ibidem*, § 76-80.

²⁷ *Ibidem*, § 79-81.

²⁸ *Isayeva przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., nr skargi 57950/00.

²⁹ *Ibidem*, § 222.

³⁰ *Ibidem*, § 222-223.

mogła być uzasadniona wyjątkami z art. 2 ust. 2³¹, ponadto ustalono, że w jednym przypadku doszło do pozbawienia życia przez funkcjonariuszy państwa podczas kontroli tożsamości³². ETPC uznał, że pociąga to za sobą odpowiedzialność państwa, które nie wykazało żadnych podstaw do użycia w tej sytuacji śmiertelnej siły³³. W odniesieniu do śledztwa w tej sprawie ETPC zwrócił uwagę między innymi na okresy bezczynności służb, brak skutecznej próby identyfikacji sprawców, brak sekcji zwłok i kilkakrotne próby umarzania śledztwa. W konsekwencji ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym, dotyczącym obowiązku przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa³⁴. W tej sprawie ETPC zbadał też zarzut naruszenia art. 3 w jego materialnym i proceduralnym zakresie. Uznał, że nie doszło do naruszenia art. 3 w aspekcie materialnym, co było podyktowane brakiem dowodów na traktowanie bliskich skarżących w sposób sprzeczny z art. 3, naruszenie miało jednak miejsce w jego proceduralnym aspekcie, jako że władze krajowe nie przeprowadziły w tym zakresie odpowiedniego i skutecznego krajowego śledztwa³⁵. Ponadto ETPC uznał naruszenie art. 13, podkreślając, że artykuł ten odczytywany łącznie z art. 2 i 3 rodzi szersze zobowiązania, bowiem oprócz wymogu przeprowadzenia rzetelnego i skutecznego śledztwa, mającego doprowadzić do identyfikacji i ukarania osób odpowiedzialnych, wymaga również zapłaty odszkodowania, w sytuacjach kiedy jest to zasadne. Trybunał zwrócił również uwagę, że władze nie zapewniły skutecznych środków prawnych w zakresie środków cywilnych³⁶.

Z kolei w sprawie *Esmukhambetov i inni przeciwko Rosji*³⁷ Trybunał zbadał przypadek ostrzelania i zbombardowania przez samoloty wioski Kogi w 1999 roku. ETPC podkreślił, że samo tylko wypłacenie odszkodowania nie spełnia wymogów, jakie nakłada na państwa art. 2 Konwencji w kontekście proceduralnego obowiązku przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa, zwłaszcza gdy sprawa dotyczy użycia śmiertelnej siły przez funkcjonariuszy państwa³⁸. W aspekcie proceduralnym art. 2 Trybunał stwierdził, że właściwie nie było żadnego kryminalnego śledztwa dotyczącego śmierci członków rodziny skarżącego, w związku z czym obowiązek przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa dotyczącego śmierci nie został spełniony³⁹. ETPC stwierdził również, że doszło do naruszenia art. 2 w jego wymiarze materialnym. Nie znalazł bowiem żadnych dowodów wskazujących na to, że zostały podjęte jakiegokolwiek środki mające na celu uniknięcie lub co najmniej zminimalizowanie zagrożenia życia mieszkańców wioski Kogi. W szczególności władze nie podjęły żadnych kroków mających na celu wcześniejszego poinformowania ich o zagrożeniu oraz zapewnienia ewakuacji. Mając na uwadze wspomniane względy, Trybunał uznał, że bombardowanie wioski zamieszkałej przez cywilów (w tym kobiety i dzieci) było dysproporcjonalne w stosunku do osiągnięcia celu wyrażonego w art. 2 ust. 2. W tej sprawie władze nie wypełniły obowiązku ochrony prawa do życia⁴⁰.

³¹ *Khasbiyev i Akayeva przeciwko Rosji*, § 140.

³² *Ibidem*, § 145.

³³ *Ibidem*, § 147.

³⁴ *Ibidem*, § 153-166.

³⁵ *Ibidem*, § 171-180.

³⁶ *Ibidem*, § 183-186.

³⁷ *Esmukhambetov i inni przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 29.3.2011 r., nr skargi 23445/03.

³⁸ *Ibidem*, § 107.

³⁹ *Ibidem*, § 129.

⁴⁰ *Ibidem*, § 150-151.

Podsumowanie

Niniejszy artykuł podejmuje tylko skromną część orzecznictwa strasburskiego w sprawach czeczeńskich. Jednak pomimo ograniczonych ram, wskazuje on na pewne tendencje orzecznicze Trybunału w sprawach czeczeńskich.

Przede wszystkim trudno nie dostrzec roli, jaką odgrywają w sprawach czeczeńskich zobowiązania pozytywne państwa o charakterze proceduralnym. Bez względu na to, czy sprawa dotyczy wymuszonego zaginięcia czy naruszenia w związku z działaniami militarnymi, Trybunał w zdecydowanej większości spraw stwierdza naruszenie ze względu na brak wypełnienia przez Rosję zobowiązań proceduralnych.

Najczęściej pojawiającym się uchybieniem proceduralnym jest brak przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego oficjalnego śledztwa. Dotyczy to zarówno spraw o wymuszone zaginięcia, jak i dotyczących działań militarnych. Trybunałowi zdecydowanie łatwiej jest stwierdzić naruszenie zobowiązań proceduralnych w sferze art. 2 niż w zakresie prawa z art. 2 czy 3 w sferze materialnej. Prostszy jest wykazanie, że śledztwo nie zostało przeprowadzone w sposób skuteczny, niż udowodnienie naruszenia materialnego aspektu prawa do życia czy wolności od tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania bądź karania, bo wymaga to spełnienia wymogu dowodu ponad rozsądną wątpliwość – zwłaszcza w sprawach o wymuszone zaginięcia.

W tym miejscu niezwykle trudno byłoby nie docenić ogromnego znaczenia zobowiązań proceduralnych dla rozwoju orzecznictwa strasburskiego w ogóle, a także ich niezwykle ważnej roli w odniesieniu do samych spraw czeczeńskich.

European Court of Human Rights judgments concerning armed conflict in Chechen cases

(Summary)

The main aim of this article is to present exemplary European Court of Human Rights judgments concerning so called Chechen cases. These judgments mostly concern two types of violations of European Convention on Human Rights. These are cases of enforced disappearances and violations caused by state's military actions.

Both types of cases concern various violations of the Convention. Enforced disappearances entail violations of Article 2 (both in its material and procedural aspect), Article 3 (in its material, procedural aspect and in relation to the relatives of the disappeared person), Article 5 and 13 of the Convention. Cases concerning violations caused as a effect of military actions mostly concern Article 2 and 3 (both in their procedural and material aspects) and Article 13 of the Convention.

It is important to underline that most of the grave violations was found by the Court in relation to lack of procedural actions of the Russian Federation. It is also important that most of the violations found by the ECHR was concerning procedural limb of Article 2 and 3. This clearly shows that the development of positive obligations in this sphere is paramount to finding (and proving before the Court) numerous violations as in Chechen cases.

Ocena legalności stosowania uzbrojonych bezzałogowych aparatów latających w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

ETPC dotychczas nie badał legalności stosowania bojowych bezzałogowych aparatów latających (BAL), ponadto Wojsko Polskie nie dysponuje tą technologią¹. Może się więc wydawać – szczególnie polskiemu odbiorcy – że temat niniejszego opracowania ma mało wspólnego z rzeczywistością. Jednak istnieje kilka ważnych powodów, dla których warto poświęcić uwagę tym środkom prowadzenia walki z punktu widzenia prawnego, w tym Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Jak ujmuje się to w armii Wielkiej Brytanii, „bezzałogowe aparaty latające zajmują centralne miejsce we współczesnej walce zbrojnej i istnieje realna możliwość, że po wielu falstartach i złamanym obietnicach zbliżamy się do technologicznego punktu krytycznego, od którego rozpocznie się rzeczywista rewolucja w sprawach militarnych”². Rewolucja ta może dotyczyć różnych aspektów prowadzenia walki. Przykładowo, użycie systemów bezzałogowych czy „zrobotyzowanych” dotyka kwestii etyki militarnej. Wiąże się to z odsunięciem żołnierza jeszcze dalej od pola walki i przeciwnika. Odsunięcie to może mieć wymiar czysto fizyczny, można je też rozpatrywać z perspektywy zaangażowania człowieka w przebieg bitew w ogóle oraz na płaszczyźnie odpowiedzialności za rezultaty tych bitew, w tym rezultaty niezgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym konfliktów zbrojnych (MPHKZ). „Bezzałogowy” aparat to bowiem nie tylko ten sterowany na odległość, ale też taki, który pewne lub wszystkie czynności wykonuje w warunkach częściowej lub całkowitej automatyzacji.

Polskie Siły Zbrojne przewidują pozyskanie BAL zdolnych atakować przeciwnika w perspektywie najbliższych lat. Wyposażenie w bezzałogowe systemy rozpoznawcze i rozpoznaw-

* Mgr Martyna Bucholc, Wydział Bezpieczeństwa Narodowego, Akademia Obrony Narodowej w Warszawie.

** Mgr Jacek Kowalewski, Fundacja Inicjatywa na rzecz Międzynarodowego Prawa Karnego i Praw Człowieka w Europie Środkowej i Wschodniej.

¹ Polska korzysta tylko z bezzałogowych systemów rozpoznawczych. W 2010 r. Ministerstwo Obrony Narodowej podpisało kontrakt na dostarczenie dwóch systemów produkowanych przez izraelski Aerostar, w skład których wchodzi w sumie osiem rozpoznawczych aparatów, z przeznaczeniem kontroli prowincji Ghazni w Afganistanie. Zob. Aeronautics (przedsiębiorstwo), *Aeronautics to supply tactical unmanned aerial vehicles to Polish forces in Afghanistan* (informacja dla prasy), 1.03.2010 r., [na:] <http://www.aeronautics-sys.com/?CategoryID=264&ArticleID=288>; A. Kamińska dla Polskiego Radia, *Dostaniemy bezzałogowce na koszt Izraela*, 3.11.2010 r., [na:] <http://www.polskieradio.pl/5/115/Artykul/272542,Dostaniemy-bezzałogowce-na-koszt-Izraela>. Zob. też Aeronautics, *Polish Army Selects Aeronautics as Supplier of Mini UAV Systems* (informacja dla prasy), 27.07.2007 r., [na:] <http://www.aeronautics-sys.com/?CategoryID=264&ArticleID=249>; oraz odpowiedź Ministra Obrony Narodowej na zapytanie nr 6557 w sprawie BSL Orbiter, 29.03.2010 r., [na:] <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/2ACDDB62> (dot. zwiększenia zasięgu aparatów).

² Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint Doctrine Note (JDN) 2/11 The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, 30.03.2011 r., s. iii, [na:] <http://www.mod.uk/DefenceInternet/MicroSite/DCDC/OurPublications/JDNP/Jdn211TheUkApproachToUnmannedAircraftSystems.htm>.

czo-uderzeniowe jest jednym z pięciu głównych programów uzbrojenia przewidzianych w *Planie modernizacji technicznej Sił Zbrojnych RP na lata 2010–2018*³. Dotyczy to również aparatów latających – Ministerstwo Obrony Narodowej przewiduje wprowadzenie do wyposażenia Sił Zbrojnych aparatów klasy mini oraz krótkiego i średniego zasięgu do 2018 roku, a po 2018 roku także BAL pionowego startu krótkiego i średniego zasięgu oraz aparatów szczebla taktycznego średniego zasięgu (klasy MALE, ang. *middle-altitude, long endurance*)⁴. Nadanie szczególnego priorytetu bezzałogowym aparatom latającym jest jednym z głównych kierunków działań Ministra Obrony Narodowej i Sił Zbrojnych RP w 2012 roku⁵. Odzwierciedlone to zostało również w wykazie zadań o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności państwa przez uwzględnienie w nim bezzałogowego statku powietrznego klasy taktycznej średniego zasięgu⁶. Wizje wybiegające dalej w przyszłość zakładają, że „system rażenia SZ RP będą stanowiły załogowe i bezzałogowe platformy (zdalnie sterowane pojazdy) lądowe, powietrzne i morskie. Będą one wyposażone w nowoczesne systemy nawigacyjno-celownicze oraz broń precyzyjnego rażenia (amunicje, rakiety, zasobniki z autonomicznie naprowadzającymi się podpociskami zaprogramowanymi do zwalczania wyłącznie wcześniej określonej kategorii obiektów, środki walki elektronicznej), a także środki rażenia o charakterze nieśmiertelności⁷”.

Już dziś co najmniej dwa państwa spośród sojuszników Polski dysponują bojowymi BAL (Stany Zjednoczone⁸ i Wielka Brytania⁹). Co najmniej jedno kolejne – Francja – podejmuje kroki w tym kierunku¹⁰. Bojowe BAL sojuszników mogą brać udział w działaniach wspólnie

³ Zob. Ministerstwo Obrony Narodowej, *Strategiczny przegląd obronny. Profesjonalne Siły Zbrojne RP w nowoczesnym państwie. Raport*, Warszawa 2011, s. 14.

⁴ Andrzej Duks (Szef Inspektoratu Uzbrojenia), *Realizacja umów na modernizację UiSW w latach 2010–2011. Perspektywy zamówień do roku 2018* (pokaz slajdów), Warszawa, 18.05.2011 r., s. 32.

⁵ Ministerstwo Obrony Narodowej, *Priorytetowe kierunki działań MON i Sił Zbrojnych RP w 2012 roku*, [na:] <http://www.wp.mil.pl/pl/artukul/12284>.

⁶ Załącznik do decyzji Nr 6/MON Ministra Obrony Narodowej z 19.01.2012 r., Dz.U. MON z 2012 r., poz. 7.

⁷ Ministerstwo Obrony Narodowej, *Wizja Sił Zbrojnych RP – 2030*, Warszawa 2008, s. 31–32, [na:] http://www.wp.mil.pl/pliki/File/Wizja_SZRP_2030.pdf. Już 14 lat temu rekomendowano w jednej z prac naukowych, aby polskie Siły Zbrojne nabyły BAL, w szczególności na głębokościach taktycznych, z uwagi na mniejsze koszty użycia w porównaniu do samolotów załogowych, generalne kierunki rozwoju koncepcji prowadzenia walki oraz lądowo-powietrzny charakter współczesnych konfliktów. Zob. E. Cieślak, K. Józwiak, *Użycie samolotów bezzałogowych w działaniach taktycznych wojsk lądowych*, Warszawa 1998.

⁸ O perspektywach rozwoju zob. United States Air Force, *United States Air Force Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009–2047*, Washington DC, 18.05.2009 r., [na:] <http://www.defense.gov/dodcmshare/briefingslide/339/090723-D-6570C-001.pdf>. Poruszane są w tym dokumencie również zagadnienia prawne i etyczne.

⁹ Zob. Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, a także: Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, <http://www.mod.uk/DefenceInternet/MicroSite/DES/OurTeams/CombatAirTeams/UnmannedAirSystemsTeamuas.htm> (strona internetowa z wyszczególnieniem systemów bezzałogowych zarządzanych przez Unmanned Air Systems Team).

¹⁰ Na mocy bilateralnej umowy Francja wspólnie z Wielką Brytanią zamierza współpracować nad rozwojem nowych bezzałogowych aparatów latających, w tym bojowych. Zob. *Deklaracja o współpracy w obszarach obrony i bezpieczeństwa*, ang. *Declaration on Defence and Security Co-operation* pomiędzy rządami Wielkiej Brytanii i Francji, 2.11.2010 r., ust. 17 akapit 2, [na:] <http://www.number10.gov.uk/news/uk%E2%80%93france-summit-2010-declaration-on-defence-and-security-co-operation/> oraz bardziej szczegółowa *Deklaracja dotycząca bezpieczeństwa i obrony* między tymi samymi państwami, ang. *Declaration on security and defence*, 17.02.2012 r., [na:] <http://www.number10.gov.uk/news/uk-france-declaration-security/>. Z doniesień prasowych wynika również, że Francja rozważa nabycie izraelskich aparatów Heron TP, które mogą mieć zdolność bojową. Zob. Ministerstwo Obrony Narodowej Francji, *Futurs drones MALE: Gérard Longuet annonce le début des négociations avec*

z polskimi żołnierzami¹¹. Może to rodzić skutki prawne w postaci odpowiedzialności państwa polskiego lub polskiego żołnierza za naruszenia MPHKZ dokonane z wykorzystaniem przez stronę polską bojowych BAL będących na wyposażeniu sił zbrojnych sojuszników.

W 2010 roku co najmniej 40 krajów – w tym Chiny, Rosja i Iran – posiadało BAL na wyposażeniu swoich sił zbrojnych lub rozpoczęło proces zaopatrywania się w nie¹². Wśród użytkowników jest też libański Hezbollah¹³. Zdaniem jednego z przedsiębiorstw analizujących rynki obronne, światowe wydatki na BAL osiągną do 2020 roku wartość większą niż dwukrotność sumy wydatków w roku 2010 (wzrosną z 4,9 do 11,5 miliarda USD)¹⁴.

Jeśli bojowe BAL będą wykorzystywane przez państwa Rady Europy, to jest tylko kwestią czasu, kiedy skarga dotycząca użycia siły za pomocą bojowego BAL wpłynie do ETPC. W szczególności może się to stać za sprawą obejmowania przez EKPC swymi postanowieniami działań państw-stron poza terytorium Rady Europy.

Przedmiotem opracowania jest stosowanie aparatów zdolnych do użycia siły, czyli przede wszystkim tych, które mają zdolność wskazywania („podświetlania”) celów dzięki własnej aparaturze oraz atakowania ich z użyciem własnych środków ogniowych¹⁵. Autorzy koncentrują się na użyciu bojowych BAL w ramach konfliktów zbrojnych (nie poruszają kwestii utrzymania porządku publicznego przez policję w sytuacji pokoju¹⁶). Z kolei użycie sformułowania „legalność stosowania (BAL)” ma wskazywać, że przedmiotem ocen prawnych formułowanych w artykule są w szczególności metody użycia bojowych BAL¹⁷. Jak to się

Dassault Aviation, 21.07.2011 r., [na:] <http://www.defense.gouv.fr/actualites/articles2/futurs-drones-male-la-france-retient-dassault-aviation-pour-ses-futurs-drones>.

¹¹ Por. M. Górka, *Bez Amerykanów nie dajemy rady*, „Gazeta Wyborcza”, 12.10.2010 r. [na:] http://wyborcza.pl/1,76842,8497496,Bez_Amerykanow_nie_dajemy_rady.html: „W patrolowaniu autostrady nr 1 [w Afganistanie] Amerykanie też będą nam [Polskiemu Kontyngentowi Wojskowemu w Afganistanie] pomagać. [...] Będziemy mogli także częściej korzystać z bezzałogowych samolotów Predator – patrolowych oraz uzbrojonych w rakiety”.

¹² P. W. Singer, *Defending Against Drones*, „Newsweek”, 25.02.2010 r., [na:] <http://www.newsweek.com/2010/02/25/defending-against-drones.html>, cyt. za: Cq Researcher, *Drone Warfare*, 20.08.2010 r., [na:] http://www.asil.org/files/CQ_DroneWarfare.pdf, s. 657.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Teal Group, *Teal Group predicts Worldwide UAV market will total over \$80 billion in its just released 2010 UAV Market profile and forecast*, (informacja prasowa), 1.02.2010 r., [na:] http://tealgroup.com/index.php?option=com_content&view=article&id=62:uav-study-release&catid=3&Itemid=16, cyt. za: Cq Researcher. *op. cit.*, s. 668.

¹⁵ Por. szerszy zakres następującej definicji [w:] Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, *op. cit.*, sekcja A ust. 1, lit (e): “*Unmanned Combat Aerial Vehicle (UCAV)*” means an unmanned military aircraft of any size which carries and launches a weapon, or which can use on-board technology to direct such a weapon to a target.

¹⁶ Opinie autorów co do użycia dronów poza kontekstem konfliktu zbrojnego pozostają poza zakresem tego artykułu.

¹⁷ Zob. np. następującą doktrynalną definicję [w:] Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, *Manual on international law applicable to air and missile warfare*, Bern 2009, [na:] <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/>, sekcja A ust. 1, lit (v): “*Methods of warfare*” mean attacks and other activities designed to adversely affect the enemy’s military operations or military capacity, as distinct from the means of warfare used during military operations, such as weapons. In military terms, methods of warfare consist of the various general categories of operations, such as bombing, as well as the specific tactics used for attack, such as high altitude bombing. Podręcznik jest wyłącznie głosem doktryny. Zastrzega – w sekcji B ust. 2 pkt (a) – że ma na celu tylko przedstawienie ponowne czy w inny sposób, ale bez zmiany sensu (ang. *restatement*) obowiązującego prawa operacji lotniczych i raketowych. Podręcznik zawiera również fragmenty zatytułowane *Specifics of air or missile operations*.

jednak często podkreśla w kontekście norm MPHKZ dotyczących metod i środków walki, ściśle oddzielenie oceny jednego od drugiego jest często trudne¹⁸ i przypadek bojowych BAL nie jest pod tym względem wyjątkiem.

Autorzy wpierv ogólnie scharakteryzują bojowe BAL, a następnie wskażą na niektóre istotne zagadnienia prawne z punktu widzenia MPHKZ. Będzie miało to przełożenie na dyskusję z perspektywy EKPC, gdyż strasburski Trybunał inspiruje się terminologią i zasadami MPHKZ.

Celem przyświecającym autorom podczas pisania artykułu było przedstawienie problemu legalności stosowania BAL w sposób całościowy. Autorzy celowo poświęcili głębiej wywodu na rzecz nadania mu w większym stopniu charakteru interdyscyplinarnego; priorytetem było uwzględnienie punktów widzenia MPHKZ, prawa ochrony praw człowieka, sztuki wojennej i techniki wojskowej, etyki i psychologii, a także przedstawienie doświadczeń zagranicznych. Skutkiem tego autorzy zmuszeni byli powstrzymać się na obecnym etapie ich badań od zajęcia twardych stanowisk. Za swój sukces uznają, jeśli publikacja opracowania wpłynie pozytywnie na dyskusje na temat dronów toczone w różnych kręgach zainteresowanych osób i instytucji w Polsce.

BAL z punktu widzenia techniki i taktyki

Według jednej z definicji doktrynalnych, „bezzałogowy statek powietrzny (BSP) [nazwa zamienna z BAL – przyp. M.B., J.K.] jest to aparat (aerodyna [np. samolot] lub aerostat [np. balon]) z napędem i bez załogi na pokładzie. Do utrzymywania się w powietrzu może wykorzystywać siłę nośną wytwarzaną wskutek działania praw aerodynamiki, na stałych (skrzydła) lub ruchomych powierzchniach nośnych (wirnik) [w przypadku aerodyny] albo siłę wyporu aerostatycznego [w przypadku aerostatu]. Może być sterowany za pomocą systemów autonomicznych lub zdalnie przez operatora (z ziemi, powietrza^[19] lub okrętu[, w tym podwodnego²⁰])[²¹]. Został zaprojektowany tak, aby mógł powrócić i być ponownie użyty. Może być statkiem powietrznym jednorazowego użytku²²23.

Na BAL, tak jak i na wiele innych środków walki, należy jednak spojrzeć w kontekście całych systemów uzbrojenia, innego sprzętu wojskowego i innych zasobów, tym bardziej, że to „korzystanie z informacji dostarczanych przez wyposażenie BAL świadczy o potencjale tkwiącym w tym środku walki”²⁴. Według ujęcia natowskiego, elementami systemu BAL są:

¹⁸ Zob. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare*, Genewa 2006, s. 10.

¹⁹ Przy czym operatorem może być pilot lub inny członek załogi aparatu załogowego, z którego sterowany jest dron. Por. Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-3, akapit 506.

²⁰ Por. D. Duryea dla Sił Podwodnych USA (ang. U.S. Submarine Force), *USS Georgia – The Silent Hammer, Undersea Warfare*, zima 2005, t. 7, no. 2, [na:] http://www.navy.mil/navydata/cno/n87/usw/issue_25/hammer.htm.

²¹ Kwestia sterowania i funkcjonowania autonomicznego zostanie rozwinięta w dalszej części artykułu.

²² Wtedy funkcjonują jako *quasi*-pociski kierowane.

²³ J. Karpowicz, K. Kozłowski, *Bezzałogowe aparaty latające i miniaturowe aparaty latające*, Warszawa 2003, s. 11.

²⁴ Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 1-2, przypis 5. Powinno się mieć to na uwadze przy rozwijaniu czy nabywaniu technologii bezzałogowej (*ibidem*, s. 3-2, akapit 303). Por. jak zostały ujęte bezzałogowe statki powietrzne [w:] Załącznik nr 1 do wytycznych Ministra Obrony Narodowej w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt woj-

sam aparat, ładunki (obserwacyjny, komunikacyjny, uzbrojenie śmiertelne i inne – przenoszone wewnątrz lub na zewnątrz), element ludzki (czyli personel troszczący się o uzbrojenie i sprzęt, sterujący dronem i inny), element dowodzenia (w tym ten, gdzie fizycznie znajduje się pilot czy operator aparatu)²⁵. Odpowiednio, pod pojęciem „drony”, którym autorzy będą się posługiwali w tym artykule na określenie bojowych BAL, należy tu rozumieć raczej „systemy bojowych bezzałogowych aparatów latających”, chyba że co innego wynika z kontekstu.

„Doświadczenia [z konfliktów na Bliskim Wschodzie, w Zatoce Perskiej i na Bałkanach] pokazują, że bez względu na sposób prowadzenia działań zbrojnych, istotne jest, aby dane potrzebne do planowania były przekazywane w czasie zbliżonym do rzeczywistego, gdyż pozwala to na bardzo szybką dystrybucję materiałów do zainteresowanych”²⁶. Rozwój technologii komunikacyjnych, w szczególności łączności satelitarnej, umożliwia odbieranie przez stację dowodzenia informacji zebranych przez drony w czasie rzeczywistym, a już nie tylko po fizycznym przejęciu zapisu danych po zakończeniu misji. Czyni to z aparatów bezzałogowych przede wszystkim efektywny środek rozpoznania, znacznie zwiększający świadomość sytuacyjną dowódców i umożliwiającą im szybką reakcję na rozwój sytuacji w teatrze danego konfliktu. W przypadku zdalnie sterowanych aparatów bojowych, które podejmują atak, wymiana danych odpowiedniej jakości i bez zakłóceń jest warunkiem koniecznym powodzenia misji, ale także działania z poszanowaniem MPHKKZ.

Użycie dronów we współczesnych konfliktach zbrojnych potwierdziło ich przydatność również do prowadzenia działań uderzeniowych przeciwko stacjonarnym i mobilnym celom naziemnym. Umożliwił to rozwój broni kierowanej i samosterującej, a także technologii obserwacyjnych. W połączeniu ze zdolnością do długiego latania w warunkach ograniczonej wykrywalności, drony stają się kluczowym zasobem w tzw. konfliktach asymetrycznych²⁷, w których „potencjalny cel ataku pojawia się nagle [i] na krótko, co zwiększa stopień ryzyka podjęcia błędnej decyzji o wyborze celu i czasu ataku”. Umożliwiają obserwowanie i śledzenie danego obiektu godzinami czy nawet dniami w celu weryfikacji jego statusu (cel militarny czy chroniony?), a także wyboru właściwego momentu ataku (w celu minimalizacji strat ubocznych).

skowy. Wykaz Uzbrojenia i sprzętu wojskowego, które to wytyczne są załącznikiem do Decyzji nr 291 Ministra Obrony Narodowej z 26.07.2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy, Dz.U. MON z 2006 r. Nr 14, poz. 179: „10.3 Bezzałogowe statki powietrzne oraz ich komponenty: 10.3.1. Bezzałogowe statki powietrzne, włącznie ze zdalnie sterowanymi jednostkami latającymi (RPV) oraz autonomicznymi, programowanymi jednostkami latającymi. 10.3.2. Współdziałające z nimi wyrzutnie oraz wyposażenie naziemne. 10.3.3. Związany z nimi sprzęt dowodzenia i sterowania”.

²⁵ Zob. NATO, The Joint Air Power Competence Centre, *op. cit.*, s. 5 i nn.

²⁶ J. Karpowicz, K. Kozłowski, *op. cit.*, s. 95.

²⁷ Z konfliktem asymetrycznym mamy do czynienia wtedy, „kiedy państwo i jego siły zbrojne konfrontowane są z przeciwnikiem, którego cele, organizacja, środki walki i metody działania nie mieszczą się w konwencjonalnym pojęciu wojny [...] Wojna asymetryczna nie zna pojęcia pola walki, frontu, odbywa się w rozproszeniu bez zachowania ciągłości geograficznej i chronologicznej”, [za:] A. Wejksznier, *Wojny XXI wieku. Istota współczesnych konfliktów asymetrycznych*, [w:] *Zagrożenia asymetryczne współczesnego świata*, red. S. Wojciechowski, R. Fiedler, Poznań 2009. Zob. też S. Koziej, *Między piekłem a rajem: szare bezpieczeństwo na progu XXI wieku*, Toruń 2006; A. Paulus, M. Vashakmadze, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*, “International Review of the Red Cross”, 2009, vol. 91, no. 873; M.N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, “Air Force Law Review”, 2008, vol. 62.

Ze względu na przeznaczenie, BAL mogą mieć charakter bojowy (drony rozpoznawczo-uderzeniowe), rozpoznawczy oraz wspierający (np. nawigacyjne, transportowe, propagandowe czy służące do walki psychologicznej). Drony mogą realizować m.in. następujące zadania: 1) rozpoznanie pola walki; 2) pozoracja i mylenie przeciwnika; 3) walka elektro-niczna; 4) wskazywanie (podświetlanie) celów znajdujących się poza horyzontem; 5) ocena skutków uderzeń; 6) walka psychologiczna; 7) korygowanie ognia pośredniego artylerii i bezpośredniego wsparcia lotniczego²⁸ oraz 8) atakowanie celów (nawodnych, naziemnych, a także w powietrzu²⁹).

„Załoga” drona może liczyć jedną osobę lub więcej, np. w przypadku drona MQ-9 Reaper jest to pilot oraz operator czujników (ang. *sensor operator*). W zakres zadań pilota wchodzi w szczególności kontrola lotu automatycznego i ręczne manewrowanie, asystowanie w wyborze właściwej taktyki dla osiągnięcia celu oraz ocena skutków ataku; ściśle współpracuje on m.in. z koordynatorem ds. wywiadu w sprawach identyfikacji i rozróżniania celów³⁰. Z kolei operator monitoruje sensory, zbiera informacje o polu walki, siłach, zamiarach i taktyce przeciwnika, wskazuje (oświetla) cele, a także jest odpowiedzialny za nakierowanie broni na cel w ostatniej fazie ataku³¹. Stanowiska kierowania mogą być położone w teatrze działań albo z dala odeń i umożliwiać sterowanie jednym dronem lub wieloma przez jeden zespół.

Korzyści, jakie BAL oferują, to m.in. możliwość wykonywania długotrwałych misji, podczas których operatorzy i piloci mogą pracować na zmianę (unikają w ten sposób efektu znużenia, który może sprzyjać podejmowaniu decyzji błędnych z perspektywy MPMKZ), możliwość wykonania „głębokiego” (w trudno dostępnych miejscach) i dokładnego rozpoznania terenu i przeciwnika, a także możliwość działania w warunkach ekstremalnych przeciążeń grawitacyjnych. „Samoloty bezzałogowe nie wymagają stałych lub okresowych lotnisk bazowania, zaplecza lotniskowego, a także licznej obsługi naziemnej. [...] Są łatwiejsze do maskowania oraz mogą często zmieniać miejsce «bazowania». Ten walor samolotów bezzałogowych istotnie wpływa na zachowanie ich «żywności» na ziemi podczas działań bojowych”³². Z kolei już podczas wykonywania zadań na żywotność dronów wpływają korzystnie takie ich cechy jak „mała skuteczna powierzchnia odbicia energii elektromagnetycznej, niski poziom promieniowania podczerwonego i hałasu, zdolność do skrytego penetrowania strefy taktycznej”³³.

Powyższy opis jest bardzo ogólny z racji tego, że nie bazowano na konkretnym typie samolotu bezzałogowego. Niezależnie od wielości rodzajów, różnice istnieją głównie w odniesieniu do samego celu działania.

Przedstawione w dużym skrócie cechy i uwarunkowania użycia dronów wskazują, że są one środkami perspektywistycznymi. „Obecnie BAL często dostarczają tylko niszowych

²⁸ Na podstawie J. Karpowicz, K. Kozłowski, *op. cit.*, s. 94, 100-101.

²⁹ Kwestią przyszłości pozostają póki co drony mogące stanąć w szranki z bojowymi załogowymi statkami powietrznymi. O eksperymentalnej, pozorowanej walce między dronem a samolotem F-4 Phantom [w:] J. Karpowicz, K. Kozłowski, *op. cit.*, s. 109.

³⁰ W.L. Chappelle, J.A. Ouma, A. Salinas, *Facets of Occupational Burnout Among U.S. Air Force Active Duty and National Guard/Reserve MQ-1 Predator and MQ-9 Reaper Operators*, Wright-Patterson 2011, s. 4-5, akapit 2.4.1. Por. „w przypadku niektórych BAL, analitycy wywiadu nie są traktowani jako elementy systemu” [za:] NATO, The Joint Air Power Competence Centre, s. 6, akapit 2.1.3.

³¹ W.L. Chappelle *et al.*, *op. cit.*, s. 5, akapit 2.4.2.

³² *Ibidem*, s. 23.

³³ J. Karpowicz, K. Kozłowski, *op. cit.*, s. 135.

zdolności w porównaniu do wielozadaniowych systemów załogowych³⁴, ale technologia ta wciąż się dynamicznie rozwija. Bezzałogowe aparaty latające już zdobyły szczególne uznanie ze względu na różnorodność zastosowań na polu walki oraz kompleksowość wyrażającą się w możliwości jednoczesnego użycia różnych ich rodzajów, we współdziałaniu z innymi środkami walki. Należy mieć także na uwadze dążenia niektórych producentów czy zainteresowanych państw do konstruowania BAL w sposób modułowy, pozwalający modyfikować aparat w zależności od potrzeb danego zadania³⁵. W obszarze rozpoznania, można stwierdzić z dużym prawdopodobieństwem, BAL będą mogły całkowicie zastąpić statki załogowe. Mnogość różnych dronów, które współcześnie się projektuje, przy niemałym nakładzie inwestycyjnym, a także postęp w technologiach stosowanych w dronach³⁶ sugeruje, że również rynek bojowych BAL będzie się dynamicznie rozwijał. Pojawiają się głosy o tym, że załogowe samoloty piątej generacji (takie jak F35 Joint Strike Fighter) będą ostatnimi przed erą totalnej dominacji dronów³⁷.

Kontekst prawny (MPHKZ)

MPHKZ „zostało zaprojektowane tak, aby dzięki elastyczności jego norm prawo to mogło nadążyć nawet za niedającym się przewidzieć rozwojem techniki. [...] Niemniej, stosowanie wcześniej istniejących norm prawnych do nowej technologii zmusza do stawiania pytań o to, czy normy te są wystarczająco jasne wobec specyficznych, a być może nawet bezprecedensowych cech tej technologii, oraz wobec przewidywalnego humanitarnego skutku stosowania tych norm³⁸. W przypadku dronów szczególne kontrowersje powstają w kontekście postępującej automatyzacji ich funkcjonowania, nie ograniczającej się do wykonywania skomplikowanych misji według wcześniej wprowadzonych instrukcji, tak że zachowanie drona w konkretnych sytuacjach jest przewidywalne³⁹, ale oznaczającej zdolność rozumowania porównywalną z ludzką⁴⁰. Są co najmniej dwie bardzo pragmatyczne przyczyny tego procesu:

³⁴ Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 1-4, akapit 106.

³⁵ Por. United States Air Force, *op. cit.*, s. 16, 18, 33.

³⁶ Por. np. eksperymentalny dron Taranis rozwijany przez Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii.

³⁷ Zob. E. Helmore, *US Air Force prepares drones to end era of fighter pilots*, „The Guardian”, 23.08.2009 r., [na:] <http://www.guardian.co.uk/world/2009/aug/22/us-air-force-drones-pilots-afghanistan>. Por. S. Trimble, *Lockheed reveals bold technology plans with 6th-gen fighter concept*, „Flight Global”, 4.01.2012 r., [na:] <http://www.flightglobal.com>.

³⁸ J. Kellenberger, przemówienie otwierające 34. okrągły stół nt. współczesnych zagadnień MPHKZ, San Remo, 9.09.2011 r., [na:] <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/new-weapon-technologies-statement-2011-09-08.htm>.

³⁹ Por. definicję: *Automated System – In the unmanned aircraft context, an automated or automatic system is one that, in response to inputs from one or more sensors, is programmed to logically follow a pre-defined set of rules in order to provide an outcome. Knowing the set of rules under which it is operating means that its output is predictable. [...] as long as it can be shown that the system logically follows a set of rules or instructions and is not capable of human levels of situational understanding, then they should only be considered to be automated*; [za:] Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 2-4, akapit 205-206.

⁴⁰ Por. definicję: *Autonomous System – An autonomous system is capable of understanding higher level intent and direction. From this understanding and its perception of its environment, such a system is able to take appropriate action to bring about a desired state. It is capable of deciding a course of action, from a number of alternatives, without depending on human oversight and control, although these may still be present. Although the overall activity of an autonomous unmanned aircraft will be predictable, individual actions may not be*; [za:] Ministerstwo Obrony

po pierwsze, istnieje znaczna różnica w prędkości analizy informacji przez ludzki mózg i procesor (na niekorzyść człowieka)⁴¹; po drugie, automatyzacja zdejmuje z człowieka ciężar monotonii obsługi niektórych funkcji czy faz działania drona⁴². Zaznacza się także, że „dla robota nie ma znaczenia czy cel jest ludzki, czy nieożywiony (oryg. z ang.: *human or inanimate*), terrorystą czy wojownikiem o wolność, mędrcom czy barbarzyńcą. Robot nie może działać z gniewu, aby dopuścić się takich bezprawnych czynów jak te z My Lai. W teorii zatem autonomia powinna umożliwić walkę bardziej etyczną i zgodną z prawem”⁴³. Przewiduje się, że „w coraz większej liczbie przypadków ludzie nie będą aktywnie włączeni w proces decyzyjny podczas misji drona, ale raczej będą mogli w ten proces interweniować na podstawie monitorowania decyzji drona”⁴⁴.

Jak podkreślono w Deklaracji Petersburskiej, w celu osłabienia sił zbrojnych nieprzyjaciela (co jest „jedynym legalnym celem, jaki państwa winny sobie stawiać w czasie wojny”) „wystarczy możliwie największą liczbę ludzi uczynić niezdolnymi do walki”⁴⁵. Zadaniem MPHKZ jest uregulowanie sposobu realizacji wyżej wymienionego celu⁴⁶. Gdzie w takim razie, wobec bitew toczonych z użyciem, a nawet pomiędzy, autonomicznymi maszynami byłoby miejsce dla dzisiejszych norm MPHKZ? Czyje – pomiędzy kim lub czym – byłyby takie bitwy, „kto by je wygrywał i jak byśmy to oceniali”⁴⁷? Jak do ataków na maszynę stosować zasadę ograniczonej swobody stron konfliktów w stosowaniu metod i środków walki⁴⁸? Czy delegowanie walki na maszyny nie świadczy o „utracie kontroli nad człowieczeństwem”⁴⁹, którego MPHKZ ma być świadectwem⁵⁰? Czy autonomiczne drony będą w stanie przyjąć poddanie się przeciwnika albo odmówić wykonania bezprawnego rozkazu? Widać z powyższego, że zastrzeżenia prawne – słuszne czy nie – są natury systemowej.

Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 2-3, akapit 205. Por. Załącznik nr 1 do wytycznych Ministra Obrony Narodowej, *op. cit.*, poz. 10.3.1: „Bezzałogowe statki powietrzne, włącznie ze zdalnie sterowanymi jednostkami latającymi (RPV [*remotely piloted vehicles* – przyp. M.B., J.K.]) oraz autonomicznymi, programowanymi jednostkami latającymi”.

⁴¹ Por. Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-10, akapit 520.

⁴² Zadania, do jakich nadają się przede wszystkim (ale nie tylko) BAL, często określa się jako *dull, dirty and dangerous*. Por. Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 3-4 – 3-5. Zob. też NATO, The Joint Air Power Competence Centre, *op. cit.*, s. 2, akapit 1.5.1.

⁴³ Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-11, akapit 521.

⁴⁴ United States Air Force, *op. cit.*, s. 41.

⁴⁵ Deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru, Petersburg, 11.12.1868 r., [w:] *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna. Wybór dokumentów*, oprac. L. Gelberg, Warszawa 1954, t. I, s. 108-109, udostępniony przez: Polski Czerwony Krzyż, [na:] http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1868_Petersburg_-_pociski_wybuchajace.pdf.

⁴⁶ Zob. J. Pictet, *Development and principles of international humanitarian law*, Dordrecht – Boston – Lancaster – Genève 1985, w szczególności s. 62 [*the Principle of Humanitarian Law*]: *Belligerents shall not inflict harm on their adversaries out of proportion with the object of warfare, which is to destroy or weaken the military strength of the enemy.*

⁴⁷ R.J. King, [w:] Josh Rushing dla Al Jazeera, *Robot wars*, 27.12.2011 r., od 77. sek., [na:] <http://www.aljazeera.com/programmes/faultlines/2011/12/2011122512243829505.html>.

⁴⁸ Zob. uwagi w dalszej części artykułu.

⁴⁹ Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-9, akapit 517: *It is essential that [...] by removing some of the horror, or at least keeping it at a distance, we do not risk losing our controlling humanity and make war more likely.*

⁵⁰ Por. J. Pictet, *op. cit.*, wstęp: *The provisions constituting this discipline [MPHKZ – przyp. M.B., J.K.] are in fact a transposition into international law of moral, and more specifically, of humanitarian concerns.*

Nowoczesne systemy uzbrojenia zaprojektowane w taki sposób, aby użycie siły mogło nastąpić bez uczestnictwa człowieka, już istnieją⁵¹. Przynajmniej niektóre z tych w służbie Sił Zbrojnych Wielkiej Brytanii (Phalanx oraz Counter-Rocket, Artillery and Mortar – C-RAM) przeszły przegląd prawny pod kątem zgodności z MPHKKZ. W odniesieniu do zasady proporcjonalności niezamierzonych strat wśród dóbr cywilnych do korzyści militarnej (por. rozważania w dalszej części tekstu) przyjęto, że możliwe straty wywołane przez nieużywanie C-RAM w trybie automatycznym usprawiedliwiają „poziom jakiegokolwiek przewidywanej straty ubocznej”⁵² (*sic!*). Przykładowa sytuacja, w której system tego rodzaju spotkał się z krytyką na gruncie MPHKKZ, zdarzyła się w kwietniu 1996 roku w południowym Libanie. Artyleria izraelska, w ramach operacji Grapes of Wrath, odpowiedziała na ostrzał moździerzowy i z katuszy, rzekomo kierowany przez Hezbollah z miejsca położonego w odległości 300 metrów od tymczasowego obozu uchodźców pod zarządem ONZ⁵³. W efekcie kontrataku Izraela zginęła znaczna liczba osób cywilnych przebywających w obszarze starc. „Wyższy rangą pracownik Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża stwierdził [...], że prawdziwym problemem w sprawie była zdolność izraelskiego systemu artylerii do automatycznej odpowiedzi ogniem przeciwko źródłu pierwotnego ataku. Izrael nie podjął wystarczających środków ostrożności, aby zapewnić, że własne użycie siły nie przyniesie śmierci dysproporcjonalnej liczby osób cywilnych”⁵⁴.

Gdyby przedmiotowy system artylerii był wyposażony w lepsze oprogramowanie albo wręcz sztuczną inteligencję i w związku z tym podejmował rzeczywiste decyzje oparte o szereg skomplikowanych czynników, a nie „bezmyślnie” reagował na bodźce, to być może trafnie oceniliby sytuację i powstrzymał się od użycia siły lub pokierował atakiem w inny sposób. Adwokat technologii autonomicznych mógłby więc stwierdzić, że im więcej autonomii i idącej z nią w parze zdolności decyzyjnej, tym lepiej.

Jednakże drony podejmujące autonomicznie decyzje o użyciu siły to kwestia przyszłości, a współczesny poziom automatyzacji aparatów bezzałogowych jest zbliżony do tego, który cechuje aparaty załogowe⁵⁵: obecnie w fazie atakowania celów drony są zdalnie sterowane⁵⁶.

⁵¹ Zob. G.E. Marchant, B. Allenby, R. Arkin, E. T. Barrett, J. Borenstein, L.M. Gaudet, O. Kittrie, P. Lin, G.R. Lucas, R. O'Meara, J. Silberman, *International Governance of Autonomous Military Robots*, (oczekuje na wydanie w „Columbia Science & Technology Law Review”), [na:] <http://ssrn.com/abstract=1778424>, s. 3-4.

⁵² Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-2, s. 504: *The potential damage caused by not using C-RAM in its automatic mode justifies the level of any anticipated collateral damage.*

⁵³ Taka lokalizacja broni przez Hezbollah mogła być sprzeczna z art. 58(b) Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12.08.1949 r., dotyczącym ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Zob. (Protokół I), Genewa, 8.06.1977 r., Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, załącznik, cyt. dalej: Pierwszy Protokół Dodatkowy.

⁵⁴ Cyt. za: R. Gutman, D. Kuttub, *Indiscriminate Attack*, [w:] *Crimes of War*, ed. by R. Gutman, D. Rieff & A. Dworkin, New York – London 2007, s. 241, też [na:] <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/indiscriminate-attacks/>. Relacja opisanego incydentu również [za:] Human Rights Watch, *Civilian Pawns: Laws of War Violations and the Use of Weapons on the Israel-Lebanon Border*, Izrael-Liban 1996, [na:] <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,HRW,,LBN,3ae6a7e34,0.html>.

⁵⁵ B. Kaliardos, *Unmanned Aircraft Systems (UAS) Human Factors (HF). FAA Aircraft Certification (AIR) Research Perspective*, 11.09.2009 r., slajd 2, [na:] <http://www.cerici.com/documents/2009%20-%20AUVSI/AUVSI-researchers/Kaliardos-slides.pdf>.

⁵⁶ G.E. Marchant *et al.*, *op. cit.*, s. 3 i przypis 7 z powołaniem się na P. W. Singer, *Wired for War*, New York 2009 [bez podania strony] oraz na P. Bergen, K. Tiedemann, *Revenge of the Drones: An Analysis of Drone Strikes*

Atakowanie celów za pośrednictwem zdalnie sterowanego BAL musi pozostawać w zgodzie z prawem naturalnym, zwyczajowym MPHKZ dotyczącymi walki w powietrzu i z powietrza oraz wszystkimi – poza regułami specyficznymi tylko dla innych rodzajów walki – normami traktatowego MPHKZ⁵⁷. Odmiennie od walki lądowej i morskiej, walka lotnicza nie jest regulowana odrębną umową międzynarodową z zakresu MPHKZ.

Podstawowe zasady prowadzenia walki w świetle MPHKZ – takie jak zasada rozróżniania, przedsięwzięcia środków ostrożności czy proporcjonalności – znajdują więc zastosowanie także w odniesieniu do dronów. Pierwsza z wymienionych, zasada rozróżnienia, poza tym, że utrwalona w Pierwszym Protokole Dodatkowym (art. 48 i nn.), została też sformułowana wprost w kontekście walki powietrznej w dwóch autorytatywnych, historycznych dokumentach. Nie mają one wprawdzie statusu prawa traktatowego, ale co najmniej jeden z nich może być traktowany jako praktyka państw będąca podstawą normy zwyczajowej⁵⁸. Zasada rozróżniania nakazuje stronom konfliktów rozróżniać pomiędzy osobami i obiektami cywilnymi a celami wojskowymi oraz dopuszcza kierowanie ataków jedynie przeciwko celom wojskowym, zabrania ich natomiast wobec osób i obiektów cywilnych. Zasada przedsięwzięcia środków ostrożności zobowiązuje w szczególności do dobierania takich środków i metod walki, aby unikać strat w życiu i zdrowiu osób cywilnych oraz szkód w dobrach o charakterze cywilnym lub minimalizować te negatywne skutki⁵⁹. Z kolei zgodnie z zasadą proporcjonalności, bezprawny jest atak, wobec którego można oczekiwać, że wywoła on niezamierzone straty w życiu i zdrowiu wśród osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej⁶⁰.

Wszystkie te trzy zasady mają bezpośrednie znaczenie dla operacji z wykorzystaniem dronów, tak na etapie planowania i przygotowań do ataku jak i podczas jego realizacji,

in Pakistan, 19.10.2009 r., [na:] http://www.newamerica.net/publications/policy/revenge_of_the_drones. Por. też: Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 2-4, akapit 206: *None of the currently fielded or in-development unmanned aircraft platforms can be correctly described as autonomous* (por. wcześniej przywołane rozróżnienie między *automated* i *autonomous*) oraz s. 5-4, akapit 508.

⁵⁷ Por. J. Guisández Gómez, *The law of air warfare*, "International Review of the Red Cross", 1998, no. 323, [na:] <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jplc.htm>. Autor zwięźle referuje historię norm MPHKZ w odniesieniu do walki w powietrzu, w szczególności teorii odpowiedniego stosowania norm dotyczących walki na lądzie i na morzu. Zob. też: MKCK, *Air and naval warfare. Overview*, 29.10.2010 r., [na:] <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/conduct-hostilities/air-naval-warfare/overview-air-and-naval-warfare.htm>.

⁵⁸ Liga Narodów, Zgromadzenie, rezolucja przyjęta 30.09.1938, par. I (2), Dziennik Urzędowy, Suplement Specjalny nr 182, Obrady XIX Zwyczajnej Sesji Zgromadzenia, s. 15-17, [za:] MKCK, *Practice Relating to Rule 7. The Principle of Distinction between Civilian Objects and Military Objectives*, [na:] http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter2_rule7#top: *Objectives aimed at from the air must be legitimate military targets and must be identifiable..* Reguły wojny powietrznej (spisane przez Komisję Jurystów – ang. Commission of Jurists – i nigdy nie potwierdzone w dokumencie prawnie wiążącym), Haga, 19.02.1923 r., art. XXIV ust. 1, [w:] *Prawo międzynarodowe. Źródła i materiały*, oprac. A. Górbiel, Katowice 1970, t. II, s. 137-143, udostępniony przez PCK, [na:] http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1923_Haga_-_wojna_powietrzna.pdf.

⁵⁹ Zasada zapisana w art. 57 pkt (a) pkt (ii) I Protokołu Dodatkowego. Zob. też: J.-M. Henckaerts dla MKCK, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Warszawa [brak daty, później niż 2005], zasada 17.

⁶⁰ W prawie traktatowym zasadę proporcjonalności odnajdujemy w I Protokole Dodatkowym, w art. 51 ust. 5 lit. (b) oraz art. 57 ust. 2 lit. (a)(iii). Zob. też: J.-M. Henckaerts dla MKCK, *op. cit.*, zasada 14.

w szczególności w zakresie wyboru celów, wymiaru taktycznego walki oraz środków ogniowych. Nie zmienia tego fakt, że możliwość dotarcia w ciężko dostępne tereny (lub nad nie) w sposób trudny do wykrycia dla przeciwnika, wysokiej jakości wyposażenie obserwacyjne i naprowadzające oraz bronie precyzyjnego rażenia pozwalają dronom „pogłębiać” pole walki, to jest działać w takich miejscach czy w takich okolicznościach w ramach teatru konfliktu zbrojnego, gdzie w braku dronów być może w ogóle nie doszło by do walki zbrojnej. W tak „spenetrowanym” obszarze działań – czy to w oddalonych, głębokich kotlinach na nieprzyjacielskim terytorium, czy w terenie zurbanizowanym – obowiązują te same zasady prowadzenia walki zgodne z MPHKGZ. Ustalenie statusu potencjalnego celu ataku jest tak samo konieczne. W konfliktach asymetrycznych identyfikacja celów wojskowych może być dodatkowo utrudniona. W takim kontekście zachodzi potrzeba odróżniania osób cywilnych nie tylko od kombatantów, ale też cywili biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, którzy mogą nie wyróżniać się zewnątrznie, czyli w szczególności ubiorem czy jego elementem lub bronią trzymaną na widoku⁶¹. Co do uzbrojenia używanego przez drony, to rodzaj misji, do których są one wykorzystywane – w szczególności atakowanie indywidualnych członków uzbrojonych grup niepaństwowych przebywających pośród osób cywilnych lub o niepotwierdzonym statusie – zdaniem niektórych pociąga za sobą obowiązek sięgnięcia po broń precyzyjnego rażenia⁶². Zgodnie z jednym ze stanowisk, MPHKGZ nie nakazuje w sposób absolutny używania tylko tego rodzaju broni w konfliktach zbrojnych w ogóle; jednak w konkretnych okolicznościach co innego może nakazywać wymóg poszanowania zasad przedsięwzięcia środków ostrożności i proporcjonalności⁶³. Standardowym wyposażeniem dronów Sił Zbrojnych USA są pociski Hellfire, według oryginalnego przeznaczenia będące pociskami przeciwpancernymi na wyposażeniu śmigłowców uderzeniowych⁶⁴. Użycie tego rodzaju pocisków przeciwko indywidualnym osobom lub grupom osób przebywającym w otoczeniu dóbr cywilnych spotkało się z zarzutem naruszania zasady proporcjonalności. Dlatego trwają prace np. nad miniaturowymi raketami⁶⁵.

⁶¹ Por. P. Finn, J. Warrick, *Amid outrage over civilian deaths in Pakistan, CIA turns to smaller missiles*, “Washington Post” (wydanie internetowe), 26.04.2010 r., [na:] <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/04/25/AR2010042503114.html>: *The fear of collateral damage has led to what officials describe as a rigorous process for confirming the identity of terrorism suspects – a process that includes what one U.S. official described as “advance visual observation” by operatives or surveillance drones. But new tools and weapons are equally important, the officials said.*

⁶² Celem autorów niniejszego artykułu nie jest wypowiedzenie się w kwestii legalności taktyki selektywnego zabijania.

⁶³ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, *op. cit.*, sekcja C ust. 8. Podobnie I. Henderson, *The contemporary law of targeting*, Leiden – Boston 2009, częściowy dostęp do treści [na] http://books.google.pl/books?id=7Lkc2JGoK2YC&hl=pl&source=gbs_navlinks_s, s. 169-170. Zob. też M.N. Schmitt, *Precision attack and international humanitarian law*, “International Review of the Red Cross”, 2005, vol. 87, no. 859.

⁶⁴ Global Security, *AGM-114 Hellfire Modular Missile System (HMMS)*, [brak daty] [na:] <http://www.globalsecurity.org/military/systems/munitions/agm-114.htm>.

⁶⁵ O tym, że Centralna Agencja Wywiadowcza USA używa już miniaturowych środków ogniowych do atakowania celów w Pakistanie [w:] P. Finn, J. Warrick, *op. cit.*: *Weighing 35 pounds and having roughly the diameter of a coffee cup, the Scorpion, as it is now called, was designed to be launched from the Predator. It causes far less destruction than a Hellfire, and it can be fitted with four different guidance systems that allow it to home in on targets as small as a single person, in complete darkness, according to U.S. officials familiar with the missile.*

Dla właściwego stosowania zasady proporcjonalności istotne znaczenie może mieć fakt wyłączenia operatora drona spoza pola walki. O ile drony należą do klasy powietrznych obiektów wojskowych⁶⁶, a więc mogą być legalnym celem ataku⁶⁷, o tyle atak taki co do zasady nie zagrażałby życiu pilota czy operatora, w szczególności jeśli osoba ta, teoretycznie zachowując status kombatanta i będąc sama legalnym celem ataku, kierowałaby dronem spoza pola walki, a nawet teatru działań⁶⁸. Zbliżyliśmy się tu do problematyki etosu walki, który wiąże lub wiązał honorowe uczestnictwo żołnierza w walce z ryzykiem dla własnego życia⁶⁹. Zagadnienie to pojawiło się w dyskusji publicznej i prawniczej także w odniesieniu do jednej z taktyk wykorzystania załogowych aparatów latających – bombardowania z dużej wysokości (ang. *high altitude bombing*), np. podczas operacji NATO w Kosowie⁷⁰. Podkreśla się „koncepcja działania na dystans, pomimo jej nie definiowania, zawsze była obecna w sztuce wojennej i materializowała się w nowoczesnych środkach walki, począwszy od łuku aż do współczesnych bezzałogowych samolotów”⁷¹. Niemniej wydaje się, że zmiana w kwestii dystansu kombatanta od pola walki wynikająca z użycia drona może mieć raczej charakter jakościowy niż ilościowy i w związku z tym czynić dylemat etyczny aktualnym.

Wyłączenie ryzyka dla własnych kombatantów może mieć wpływ na test proporcjonalności przewidywanych strat ubocznych w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Przykładu dostarcza Australia, której rząd postanowił włączyć ryzyko wynikające z uczestnictwa w walce dla kombatantów w test proporcjonalności, stwierdzając, że „wyrażenie «korzyść wojskowa» [zawarte w sformułowaniu zasady proporcjonalności – przyp. M.B., J.K.] zawiera w sobie wiele czynników, w tym bezpieczeństwo atakujących sił”⁷². Rząd Australii nie dostarczył wskazówek co do metody uwzględniania ryzyka w teście

⁶⁶ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, *op. cit.*, sekcja E część I ust. 22 pkt (a).

⁶⁷ Zob. definicja celów wojskowych [w:] Pierwszy Protokół Dodatkowy, art. 52 ust. 2.

⁶⁸ M.E. O’Connell słusznie zwraca uwagę, że pozostali (bardziej techniczny) personel obsługi drona może znajdować się w obszarze teatru konfliktu lub blisko niego i przez być wystawiony na realne niebezpieczeństwo. Zob. M.E. O’Connell, *The International Law of Drones*, “Insight” (Amerykańskie Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego – American Society of International Law) 2010, vol. 14, no. 36, [na:] <http://www.asil.org/insights101112.cfm>.

⁶⁹ Por. D. Grossman, *On killing*, New York 2009: *Such a kill [on distance – przyp. M.B., J.K.] is by no means considered an atrocity, but it is also distinctly different from a noble kill and potentially harder for the killer to rationalize and deal with. Until the twentieth century such ambush kills were extremely rare in combat, and many civilizations partially protected themselves and their consciences and mental health by declaring such forms of warfare dishonorable.* Por.: É. Germain, *Introduction. 2010 : année zéro des guerres robotisées*, [w:] *Robots militaires: aspects éthique et juridiques*, éd. R. Doaré, H. Hude, Paris 2011, s. 8: *Ceux qui s’inquiètent aujourd’hui d’une « banalisation » du type de conflit à distance incarné par la « guerre des drones » parlent de « Joystick War ». Dans une boucle sémantique d’un siècle, le « manche à balai » de l’avion militaire est devenu la manette de simulateur de vol, puis celle du jeu vidéo pour revenir à la commande d’un drone militaire. Le mot joystick, avec la connotation sexuelle assumée de l’argot des aviateurs, s’est banalisé dans l’univers du jeu vidéo. Mais, en revenant à un usage militaire, le mot conserve une acception ludique utilisée à dessein par certains pour dénoncer le caractère « obscène » d’une guerre robotisée sans engagement physique, sans risque.* Pogląd o konieczności powiązania udziału w walce zbrojnej z samopoświęceniem odnotowano też [w:] Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-8, akapit 517, z odniesieniem do P.W. Singer, *Wired for War*, London 2009, s. 432.

⁷⁰ Zob. M. Ignatieff, *Virtual war*, New York 2001, s. 161.

⁷¹ A. Czupryński, *Współczesna sztuka wojenna a humanitaryzm działań bojowych*, *Prawne ograniczenia środków walki. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki*, „Zeszyt Problemowy”, 2010, nr 3 (63), s. 11, przypis pominięty.

⁷² Deklaracja złożona przez rząd Australii wraz z aktem ratyfikacji Pierwszego Protokołu Dodatkowego, udostęp-

proporcjonalności. Możliwe, że model jest następujący: im więcej ryzyka dla własnych sił zbrojnych wiąże się z dokonaniem ataku na dany cel, tym wartościowszy ten cel jest (inaczej mówiąc: tym więcej militarnej korzyści z ataku w przypadku jego powodzenia), a więc tym większe straty uboczne są do zaakceptowania. Inaczej mówiąc, wraz ze wzrostem ryzyka, rosłaby korzyść wojskowa⁷³, a w związku z tym i wyższe akceptowalne straty uboczne. Taki punkt widzenia mógłby znaleźć oparcie również w następującej opinii Sądu Najwyższego Izraela: „Obowiązek państwa do ochrony życia własnych żołnierzy i obywateli musi być równoważony z obowiązkiem tego państwa do ochrony życia niewinnych cywilów zagrożonego podczas ataków przeciwko terrorystom”⁷⁴. Z powyższego wynikałaby teza, zgodnie z którą, jeśli ryzyko dla własnych sił zbrojnych jest wyeliminowane z testu proporcjonalności lub zredukowane niemal do zera (dzięki skorzystaniu z dronów), to margines dopuszczalnych strat ubocznych powinien być węższy⁷⁵. Przywołując ponownie przykład kampanii lotniczej NATO, należy zwrócić uwagę, że taktyka „zerowych strat własnych” (bombardowania z dużej wysokości i z wykorzystaniem samolotów niewykrywalnych, ataki rakietowe z dużych odległości) spotkała się ze sformułowanym przez niektórych przedstawicieli doktryny zarzutem sprzeczności z zasadą proporcjonalności⁷⁶.

Innym nieobojętnym z punktu widzenia MPHKKZ skutkiem wyłączenia ryzyka dla operatorów czy pilotów dronów może być osłabienie wewnętrznego oporu, który zazwyczaj powstrzymuje jednostkę ludzką przed swobodnym użyciem przemocy i zadawaniem śmierci. Krytyka dronów, która jest oparta na dorobku psychologii, posługuje się czasami wyrażeniem „syndrom (mentalność) Playstation”. Tego zwrotu użył, w kontekście taktyki selektywnego zabijania (ang. *targeted killing*), specjalny sprawozdawca Narodów Zjednoczonych do spraw pozasądowego zabijania⁷⁷. Zasugerował on, że łatwość zabijania na odległość

pniona przez MKCK [na:] <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/10312B4E9047086EC1256402003FB253?OpenDocument>: “*Military advantage*” involves a variety of considerations including the security of attacking forces.

⁷³ Zgodnie z deklaracją Australii, ryzyko jest tylko jednym z wielu parametrów testu i składników “korzyści wojskowej”. Cel wojskowy bez żadnego taktycznego ani strategicznego znaczenia dla bitwy i konfliktu (z perspektywy przeciwnika) niekoniecznie zyska na wartości tylko przez to, że jest silnie broniony. Por. podobne stanowiska przywołane [w:] R.J. Barber, *The Proportionality equation: balancing military objectives with civilian lives in the armed conflict in Afghanistan*, “Journal of Conflict & Security Law”, 2010, vol. 15 no. 3, s. 481–482.

⁷⁴ *The Public Committee against Torture in Israel i inni przeciwko Rządowi Izraela i innym*, wyrok Supreme Court orzekającego jako the High Court of Justice z 11.12.2005 r., HCJ 769/02, [na:] http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.HTM: *The state’s duty to protect the lives of its soldiers and civilians must be balanced against its duty to protect the lives of innocent civilians harmed during attacks on terrorists.*

⁷⁵ J. Kowalewski, *Human factor in the use of unmanned aircraft systems in an armed conflict* (niepublikowana praca dyplomowa powstała w ramach 23 kursu MPHKKZ organizowanego przez MKCK i PCK w 2010 r.), Warszawa 2010.

⁷⁶ R. J. Barber, *op. cit.*, s. 482 (bez powołania się na autorów, ale twierdząc, że było ich wielu – ang. *many*); por. też s. 489.

⁷⁷ Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Report on Targeted Killings*, A/HRC/14/24/Add.6, 28.05.2010 r., [na:] <http://www.extrajudicialexecutions.org/application/media/Handbook%20Chapter%201%20Use%20of%20Force%20During%20Armed%20Conflicts5.pdf>, par. 84.: *Because operators are based thousands of miles away from the battlefield, and undertake operations entirely through computer screens and remote audiofeed, there is a risk of developing a “Playstation” mentality to killing. States must ensure that training programs for drone operators who have never been subjected to the risks and rigors of battle instill respect for IHL and adequate safeguards for compliance with it.*

i za pośrednictwem zaawansowanych technologii, przy zerowym ryzyku dla stosującego siłę wojskową, może skutkować zbyt szerokim interpretowaniem prawnych ograniczeń stosowania tej siły⁷⁸.

Taki zarzut potwierdzałyby pisarstwo i badania Dave'a Grossmana (i jego poprzedników), który swoje rozważania na temat zabijania opiera na zaobserwowaniu, że „w konfrontacji z żyjącym, oddychającym przeciwnikiem zamiast z [innego rodzaju – przyp. M.B., J.K.] celem, znacząca większość żołnierzy [...] będzie strzelać ponad głowami przeciwnika”⁷⁹. Jak wynika z badań i praktyki wojskowej, zmienić tego rodzaju postawę żołnierzy może np. „warunkowanie” za pomocą realistycznego szkolenia wojskowego albo wprowadzenie „mechanicznego [jak to nazywa Grossman] dystansu, który zawiera w sobie sterylną nierealność zabijania przez ekran telewizyjny jakby w grze Nintendo, obraz termowizyjny, widzenie snajperskie, albo jakiś inny rodzaj mechanicznego bufora, który pozwala zabójcy zaprzeczyć «ludzkości» jego ofiary”⁸⁰.

„Mechaniczny dystans” w sposób naturalny kojarzyć się może ze sterowaniem dronem, szczególnie przez tych pilotów i operatorów, którzy nigdy nie znaleźli się za sterami załogowego bojowego aparatu latającego⁸¹. A jednak, co zastanawia, w książce *On killing* Grossman nie poświęca dronom ani jednego słowa. Autor nie wyjaśnia więc, jaką rolę w użyciu dronów mają takie czynniki istotne w określeniu relacji atakującego do atakowanego jak: 1) kontakt oko w oko między atakującym i atakowanym⁸²; 2) naoczne przekonanie się o zniszczeniach spowodowanych przez atak⁸³; 3) atakowanie indywidualnych osób (a nie o obiektów takich jak statki czy czołgi)⁸⁴; 4) grupowe uwolnienie od odpowiedzialności (zdjęcie ciężaru moralnego przez zespół ludzi, w którym się pracuje).

Analiza bojowego użycia BAL pod kątem tych czynników nie jest prosta chociażby z uwagi na zróżnicowanie specyfikacji wśród systemów dronów. Niemniej poczynienie kilku obserwacji natury ogólnej pozwala, zdaniem autorów niniejszego opracowania, wysunąć uzasadnione wątpliwości co do tego, jak do użycia dronów stosują się argumenty Grossmana. Po pierwsze, coraz bardziej zaawansowane technicznie drony pozwalają uzyskać coraz lepszy obraz z pola walki⁸⁵. Po drugie, jak już wcześniej w niniejszym artykule odnotowano, jedną

⁷⁸ Podobnie Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-9, par. 517.

⁷⁹ D. Grossman, *op. cit.*, s. 11: *The simple fact is that when faced with a living, breathing opponent instead of a target, a significant majority of the soldiers revert to a posturing mode in which they fire over their enemy's heads.*

⁸⁰ *Ibidem*, s. 160: *Mechanical distance, which includes the sterile Nintendo-game unreality of killing through a TV screen, a thermal sight, a sniper sight, or some other kind of mechanical buffer that permits the killer to deny the humanity of his victim.*

⁸¹ Por. eksperymentalny projekt szkoleniowy Daedalus Armii Wielkiej Brytanii. Zob. J. Clarke, *Daedalus*, “The Official Royal Air Force Annual Review”, 2012, s. 104-105).

⁸² D. Grossman, *op. cit.*, s. 31.

⁸³ *Ibidem*, s. 99 i nn.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 58.

⁸⁵ Grossman sam jednak czyni wzmiankę o efekcie kontaktu wzrokowego między pilotami samolotów na ich zachowanie w walce: *World War I and World War II pilots, in relatively slow-moving aircraft, could see enemy pilots, and thus large numbers of them failed to fight aggressively. Modern pilots, fighting an enemy seen only on a radar screen, have no such problems (Ibidem, s. 58).* Por. Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *RAF Reaper reaches 20,000 hours over Afghanistan*, 8.04.2011 r., [na:] <http://www.mod.uk/DefenceInternet/DefenceNews/EquipmentAndLogistics/RafReaperReaches20000HoursOverAfghanistan.htm>: *In many ways, you actually feel better connected to the situation on the ground than you do in a fast jet - the detailed computer systems that we've got*

z podstawowych funkcji systemów bezzałogowych jest właśnie ocena zniszczeń po ataku. Po trzecie, drony mogą atakować różnego rodzaju cele naziemne⁸⁶. Grupowe uwolnienie od odpowiedzialności może natomiast przybrać różną postać tak z powodu indywidualnych predyspozycji operatorów, jak i z powodu charakterystyki danego systemu drona (do obsługi małego drona może nie być potrzebna grupa osób).

Obawy formułowane na gruncie psychologii mogą uzasadniać postulat, aby obowiązkiem jednego operatora (pilota) dronu nie była tak identyfikacja obiektu ataku, jak i wybór środków i metod w celu jego neutralizacji oraz decyzja o ataku, przez co więcej osób mogłoby wziąć udział w ocenie, czy zachodzą warunki do użycia siły. Dodatkowym argumentem za odciążeniem operatorów (pilotów) jest natłok informacji, które spływają do centrum kontroli drona⁸⁷.

Kontrargumentem byłoby odesłanie do lekcji ludzkości z drugiej wojny światowej o „banalności zła” i tej kultury organizacji pracy wielu osób, w której każdy ma przypisaną konkretną funkcję, możliwie wolną od dylematów moralnych, a odpowiedzialność za efekt końcowy zorganizowanego działania jest rozmazana i w zasadzie nie wiadomo kto ją ponosi⁸⁸. W odniesieniu do kwestii obciążenia operatorów i pilotów znacznym ładunkiem informacji, to należy przypomnieć, że etapy poszczególnych zadań są często wykonywane przez drony w sposób automatyczny, a nie przez element ludzki w danym systemie. Czas, który piloci samolotów załogowych wykorzystują na ciągły trening w zakresie techniki pilotażu, operatorzy dronów mogą poświęcić na pogłębione szkolenie się w zakresie oceny sytuacji, zasad użycia siły i tym podobnych⁸⁹. Kwestię realistycznego treningu w zakresie praktycznego stosowania MPMKZ w trudnych warunkach pola walki podkreślał też cytowany wyżej specjalny sprawozdawca Narodów Zjednoczonych do spraw pozasądowego zabijania⁹⁰.

Aspekty psychologiczne są w coraz większym stopniu przedmiotem dyskusji naukowej, jednak jak dotąd brak jest szerzej dostępnych wyników badań koncentrujących się na operatorach dronów⁹¹. Pytaniem otwartym jest np. czy nawet symulatory lotnicze nowej generacji⁹² spełnią swoje zadanie z punktu widzenia MPMKZ (parafrazując wcześniejszy argu-

with Reaper make it easier to get better intelligence pictures. Por. też M.E. O'Connell, *op. cit.*: *Anecdotal information indicates drone operators are seeing much more of the destruction that they cause thanks to the ability of drones to stay at an attack site and send back clear video footage. The toll on drone operators needs consideration as well.*

⁸⁶ Cytując anonimowo wypowiadającego się urzędnika USA, *we're talking about precision unsurpassed in the history of warfare*, [za:] P. Finn, J. Warrick, *op. cit.*

⁸⁷ Por. Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-10, akapit 520.

⁸⁸ M. Królikowski, *Odpowiedzialność karna jednostki za sprawstwo zbrodni międzynarodowej*, Warszawa 2011, s. 133 i nn., z powołaniem się m.in. na Z. Baumann, *Modernity and the Holocaust*, New York 1984, wydanie w języku polskim: *Nowoczesność i Zagłada*, Warszawa 1992, oraz na H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*, New York 1964, wydanie w języku polskim: *Eichmann w Jerozolimie: rzecz o banalności zła*, Kraków 1987.

⁸⁹ Por. H.R. Cantwell, *Operators of Air Force Unmanned Aircraft Systems. Breaking Paradigms*, "Air & Space Power Journal", summer 2009, 1.06.2009 r., [na:] <http://www.airpower.au.af.mil/airchronicles/apj/apj09/sum09/cantwell.html> (tam, gdzie autor wskazuje na możliwość intensywniejszego szkolenia w zakresie *judgment and airmanship* aniżeli *stick-and-rudder skills*).

⁹⁰ Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *op. cit.*, par. 84.

⁹¹ O potrzebie przeprowadzenia badań pisze M.E. O'Connell, *op. cit.*

⁹² Symulatory te miałyby "badać reakcje człowieka na różne zdarzenia wynikające z operacyjnego działania"; zob. A. Skrzypkowski, M. Wojtkowiak, *Praca operatora bezzałogowych samolotów bojowych w aspekcie medycyny lotni-*

ment dotyczący skali automatyzacji broni, adwokat symulatorów stwierdziłby: „im bardziej realistyczna symulacja, tym lepiej”). Według wstępnych badań opublikowanych w USA, efekt „wypalenia” może dotyczyć znacznej liczby operatorów dronów, ale czynniki związane bezpośrednio z polem walki (przykładowo: obserwowanie skutków ataków dzięki transmisji nagrań z drona) nie są istotnym czynnikiem w pojawianiu się u operatorów dronów efektu „wypalenia”⁹³. Być może byłby to więc argument na rzecz tezy o zbyt dużym „mechanicznym dystansie” pilotów i operatorów od teatru działania.

Powyższe wskazuje, jak istotnym elementem systemu bezzałogowego aparatu latającego jest stanowisko kierowania i właśnie element ludzki. „W celu dokonania przeglądu prawnego [systemu z punktu widzenia MPHKZ – przyp. M.B., J.K.], konieczne będzie zanalizowanie, jaka informacja jest, a jaka nie jest przedstawiana pilotowi sterującemu dronem zdalnie, w celu dokonania oceny skali świadomości sytuacyjnej do osiągnięcia”⁹⁴ w danym systemie.

Ilustracją niektórych obaw związanych z użyciem dronów było spowodowanie śmierci około 20 osób cywilnych w wyniku ataku dokonanego 21 lutego 2010 roku w Prowincji Uruzgan w Afganistanie przez Siły Zbrojne USA. Osoby te znajdowały się w konwoju trzech pojazdów wziętym za transport oddziału przeciwnika, który rzekomo miał uczestniczyć w manewrze przeciwko oddziałom USA. Mimo że konwój był śledzony przez trzy i pół godziny, to nie spostrzeżono cywilnych pasażerów pojazdów. „Nieprawidłowa informacja ze strony obsługi samolotu bezzałogowego Predator [obserwującego przemieszczanie się pojazdów – przyp. M.B., J.K.] wywołała [u oddziału specjalnego, którego dowódca kierował akcją,] przekonanie, że pojazdy transportowały tylko zdolnych do walki mężczyzn. Przypuszczenie, że konwój może być czymkolwiek innym niż oddziałem zbrojnym zostało przez obsługę Predatora albo zignorowane albo potraktowane bez należytej skrupulatności. [...] Czas zdobyty dzięki cierpliwości [dowódcy ww. oddziału specjalnego, który zażądał długotrwałej obserwacji konwoju], został zmarnowany przez nierzetelne informacje od obsługi Predatora oraz nieudolność dwóch stanowisk dowodzenia [odpowiedzialnych za analizę informacji zebranych przez obsługę drona] we właściwym analizowaniu sytuacji i dostarczaniu kontroli [*sic!*], pogłębionych informacji, analiz i opcji na rzecz dowódcy [oddziału specjal-

czej, „Przegląd Wojsk Lotniczych i Obrony Powietrznej”, 2004, nr 4, s. 43.

⁹³ W.L. Chappelle *et al.*, *op. cit.*, s. 12. Autorzy raportu w zasadzie przestrzegli przed ekstrapolacją wyników ich badań na całą populację operatorów dronów Predator i Reaper. Wyniki badania wiążą efekt „wypalenia” raczej z takimi czynnikami jak praca na nocne zmiany i intensywność pracy. Zbieżne informacje [w:] Shephard (agencja informacyjna), *Watchkeeper achieves longest flight*, 9.09.2011 r., [na:] <http://www.shephardmedia.com/news/uonline/watchkeeperachieves-longest-flight/9913/> oraz Ch. Cole dla Drone Wars UK, *Drone Wars Briefing*, Oxford 2012, s. 8-9, m.in. cytując: Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, (prezentacje z sympozjum w Shrivenham Defence Academy zorganizowane 8.09.2011 r. przez Air Warfare Centre), 8.09.2011 r., dostępne [na:] http://dronewarsuk.files.wordpress.com/2011/10/rpas_symposium_reaper.pdf. Por. też B. Schreiber, *Impact of Prior Flight Experience on Learning Predator UAV Operator Skills*, [bez daty], [na:] http://www.cerici.org/documents/2004_workshop/Schreiber.pdf (porównanie efektów szkolenia osób, z których tylko niektóre miały doświadczenie w pilotażu).

⁹⁴ Ministerstwo Obrony Narodowej Wielkiej Brytanii, *Joint...*, s. 5-3, akapit 506; zob. też s. 5-2, akapit 503. Co do standardów technicznych, jakim powinna odpowiadać stacja dowodzenia, por.: Agencja Standaryzacyjna NATO (NATO Standardization Agency), Standardization Agreement (STANAG) 4671 (edycja 1) – Unmanned aerial vehicles systems airworthiness requirements (USAR), 3.09.2009 r., NSA/0976(2009)-JAIS/4671, np. poz. U1701 i nast. oraz poz. U1721 i nn.

nego]⁹⁵. W reakcji na stwierdzone nieprawidłowości, Dowódca Sił Zbrojnych USA zalecił m.in. stworzenie instrukcji w zakresie taktyk, technik i procedur użycia zdalnie sterowanych pojazdów (ang. *command level guidance on tactics, techniques and procedures (TTPs) regarding employment of Remote Pilot Vehicles*), przeprowadzenie dodatkowych wstępnych szkoleń dla personelu stanowisk dowodzenia, w szczególności z wykorzystaniem trudnych scenariuszy hipotetycznych sytuacji oraz szkoleń w zakresie dowodzenia operacjami antyterrorystycznymi⁹⁶.

Drony a EKPC

Zastrzeżenia formułowane wobec legalności stosowania dronów na gruncie MPHKG mogłyby znaleźć swoje odbicie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Taki wniosek płynie z dotychczasowego dorobku Trybunału powstałego na kanwie prawa do życia (art. 2 EKPC). W przeszłości argumentacja użyta przez Trybunał niejednokrotnie, mniej lub bardziej wiernie, za to nie wprost, „zapożyczała” zasady prowadzenia walki z MPHKG⁹⁷. Trudno wykluczyć, że w przyszłości sprawy dotyczące użycia dronów zawisną przed Trybunałem – choćby wtedy, gdy zachowanie funkcjonariuszy państwa (drona?) wykroczyło poza terytorium państwa-strony Konwencji⁹⁸. Warto więc uwzględnić wspomniany dorobek.

Sprawa *McCann przeciwko Wielkiej Brytanii*⁹⁹ dotyczyła zastrzelenia przez wojskowy oddział specjalny trzech mężczyzn podejrzewanych o usiłowanie zdetonowania ładunku wybuchowego. Trybunał w sprawie tej ocenił nie tylko zachowanie oddziału żołnierzy, ale też poprawność organizacji i kierowania całą operacją¹⁰⁰. Co do działania żołnierzy, Trybunał

⁹⁵ Zastępca Dowódcy dla Wsparcia (ang. Deputy Commander for Support), Siły Zbrojne USA w Afganistanie, *Memorandum for Commander, United States Forces-Afghanistan/International Security Assistance Force, Afghanistan. Subject: Executive summary for AR 15-6 Investigation, 21 February 2010 CIVCAS incident in Uruzgan Province*, [na:] <http://www.isaf.nato.int/images/stories/File/April2010-Dari/May2010Revised/Uruzgan%20investigation%20findings.pdf>.

⁹⁶ Dowódca Sił Zbrojnych USA w Afganistanie, *Memorandum for record. Subject: AR 15-6 Investigation, 21 February 2010 U.S. Air-to-Ground Engagement in the Vicinity of Shabidi Hassas, Uruzgan Province, Afghanistan*, [na:] <http://www.isaf.nato.int/images/stories/File/April2010-Dari/May2010Revised/Uruzgan%20investigation%20findings.pdf>. Zob. też Dowództwo Sił Zbrojnych USA w Afganistanie, *U.S. releases Uruzgan Investigation Findings*, 28.05.2010 r., nr 100528-NR-019, Afganistan, [na:] <http://www.isaf.nato.int/article/isaf-releases/u.s.-releases-uruzgan-investigation-findings.html>; D. Zucchini, *U.S. report faults drone crew, command posts in Afghan civilian deaths*, „Los Angeles Times”, 29.05.2010 r., [na:] <http://articles.latimes.com/2010/may/29/world/la-fg-predator-20100530>.

⁹⁷ W. Abresch, *A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya*, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper no. 4, 2005, s. 2, [na:] <http://www.chrgi.org/docs/Abresch%20The%20Human%20Rights%20Law%20of%20Internal%20Armed%20Conflict%20-%20The%20European%20Court%20of%20Human%20Rights%20in%20Chechnya.pdf>.

⁹⁸ Por. *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 7.07.2011 r., nr skargi 55721/07. Skarga w sprawie dotyczyła spowodowania śmierci obywateli Iraku będących osobami cywilnymi przez żołnierzy Wielkiej Brytanii na misji w Iraku. Trybunał, kontynuując i rozwijając swoją linię orzeczniczą, wskazał w wyroku na sytuacje, w których EKPC może znaleźć zastosowanie do postępowania państwa-strony poza terytorium tego państwa.

⁹⁹ *McCann i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 27.09.1995 r., nr skargi 18984/91.

¹⁰⁰ *Ibidem*, § 192 i nn.

nie stwierdził naruszenia, m.in. z uwagi na zagrożenie, jakie rzekomi terroryści mieli stanowić dla bezpośredniego otoczenia¹⁰¹. Trybunał stwierdził natomiast, że władze były zobowiązane dochować największej ostrożności w ocenie informacji będących w ich posiadaniu zanim przekazały te informacje żołnierzom, którzy z racji wyszkolenia strzelali, by zabić¹⁰². Jeśli zaś pozostawała jakakolwiek wątpliwość co do tego, czy zagrożenie zamachem terrorystycznym rzeczywiście istniało, taka informacja powinna być przekazana działającym żołnierzom¹⁰³. Trybunał sformułował również wymaganie, aby funkcjonariusze państwa byli wyszkoleni w zakresie oceny, czy użycie broni w celu zranienia jest w danych okolicznościach wystarczające¹⁰⁴.

Sprawa *Isayeva, Yusupova i Bazayeva przeciwko Rosji* dotyczyła bombardowania w toku wojny czeczeńskiej, w wyniku którego zmarło kilkoro członków rodziny skarżących¹⁰⁵. Kontynuując linię znaną ze sprawy *McCann*, Trybunał podkreślił, że konieczne jest zweryfikowanie, czy operacja państwa była zaplanowana i kontrolowana w taki sposób, aby zminimalizować użycie siły śmiertelnej¹⁰⁶ i czy władze nie dopuściły się niedbalstwa w wyborze użytych środków i metod dla zminimalizowania strat cywilnych¹⁰⁷. ETPC zaznaczył, że do niezgodnego z EKPC ostrzału cywilów przyczynił się m.in. brak oficera naprowadzania lotnictwa na pokładzie samolotu¹⁰⁸. Tacy oficerowie co do zasady brali udział w bombardowaniach, w których ataki miały następować w pobliżu sił rosyjskich; ich zadaniem było weryfikowanie, w sposób niezależny i bezpośredni, oceny zgodności informacji o misji ze stanem rzeczywistym (czy sytuacja uprawniała do ataku)¹⁰⁹.

W innej sprawie „czeczeńskiej” ETPC szczegółowo podał istotne dane techniczne broni użytej w sytuacji pod oceną Trybunału i stwierdził, że jej użycie było sprzeczne z nakazem ochrony życia cywilów przed przemocą z uwagi na rażenie celów bez rozróżnienia na ich status¹¹⁰. Konkluzja ta pada w wyniku zastosowania do konkretnych okoliczności sprawy następującej zasady ogólnej: odpowiedzialność państwa „może też powstać wtedy, gdy jego agenci nie podejmą wszelkich możliwych środków ostrożności w wyborze środków i metod operacji mającej zapewnić bezpieczeństwo [...] w celu uniknięcia przypadkowej straty w życiu osób cywilnych”¹¹¹.

Reasumując, z orzecznictwa ETPC wywodzimy standardy użycia siły zbrojnej co najmniej zbliżone do tych, które wspomniano we wcześniejszej części artykułu: 1) rozróżnianie osób cywilnych od legalnych celów ataku; 2) konieczność przedsięwzięcia różnorodnych środków ostrożności – w szczególności w zakresie planowania zadania, efektywnej komunikacji między różnymi poziomami dowodzenia i wykonania zadania, odpowiedniego treningu osób

¹⁰¹ *Ibidem*, § 195 i nn.

¹⁰² *Ibidem*, § 210-213.

¹⁰³ *Ibidem*, § 211.

¹⁰⁴ *Ibidem*, § 212.

¹⁰⁵ *Isayeva, Yusupova i Bazayeva przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., nr. skarg 57947/00, 57948/00 i 57949/00.

¹⁰⁶ *Ibidem*, § 171.

¹⁰⁷ *Ibidem*, § 175.

¹⁰⁸ *Ibidem*, § 188-189.

¹⁰⁹ *Ibidem*, § 188.

¹¹⁰ *Isayeva przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 7.07.2005 r., nr skargi 57950/00, § 191.

¹¹¹ *Ibidem*, § 176.

wykonujących rozkaz ataku i wystarczającej świadomości sytuacyjnej (oficer naprowadzania lotnictwa jako „oczy” załóg samolotów) oraz 3) minimalizacja strat wśród osób cywilnych. Uwidacznia to, że oba reżimy – prawa ochrony praw człowieka w systemie EKPC i MPHKZ – mogą nakładać podobne obowiązki w zakresie środków i metod walki.

Ocena prawna nowej broni, nowego środka lub metody prowadzenia wojny

„Czasu na dyskusje etyczne i decyzje polityczne [w odniesieniu do rozwoju BAL – przyp. M.B., J.K.] nie ma wiele; powinny one nadać bieg dalszym pracom nad przyszłymi możliwościami BAL, zanim prace te potoczą się swoim kursem bez względu na jakiegokolwiek krytyczne podejście”¹¹². Instrument czy ramę prawną do takich debat i decyzji daje MPHKZ, z którego ducha i norm wynika obowiązek dokonania oceny prawnej nowego uzbrojenia, ponieważ zobowiązane strony mogą używać tylko legalnych środków walki – i tylko w legalny sposób¹¹³. Dlatego obowiązek dokonywania ocen prawnych środków i metod walki spoczywa na każdym państwie, niezależnie od tego, czy jest związane postanowieniem Pierwszego Protokołu Dodatkowego ustanawiającym wprost ten obowiązek¹¹⁴. Na tej samej zasadzie ten sam obowiązek można by wywieść z orzecznictwa ETPC wobec państw członkowskich Rady Europy.

Obowiązek dokonywania prawnego przeglądu został wyrażony wprost w art. 36 Pierwszego Protokołu Dodatkowego z 1977 roku¹¹⁵. Obowiązek ten powstaje już na etapie „badań” (ang. *conception, study*), co MKCK interpretuje, również na podstawie kilku narodowych dyrektyw w przedmiotowym zakresie, jako etap prac koncepcyjnych¹¹⁶. Wydaje się, że Polska na tym etapie się już znajduje, a w związku z tym powinna przystąpić do dokonania przeglądu prawnego bojowych BAL¹¹⁷.

¹¹² United States Air Force, *op. cit.*, s. 41.

¹¹³ MKCK, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare*, Genewa 2006, s. 4. Zasada ograniczonej swobody stron konfliktów w stosowaniu metod i środków walki, która zwięźle wyraża omawiane tu zagadnienie, odnajdujemy już na początkach rozwoju współczesnego MPHK; zob. Załącznik do konwencji: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej, Haga, 18.10.1907 r., art. 22. W duchu tej zasady ogłoszono też Deklarację Petersburską, której sygnatariusze zastrzegli sobie „możność późniejszego porozumienia, ilekroć zostałyby sformułowana dokładna propozycja w związku z przyszłymi udoskonaleniami, które nauka mogłaby spowodować w uzbrojeniu wojsk, a to w celu utrzymania przyjętych przez nie zasad i pogodzenia konieczności wojennych z prawami ludzkości”. Zob. Deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru, Petersburg, 11.12.1868 r., [za:] *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna...*, *op. cit.*, s. 108-109, udostępniony przez PCK [na:] http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1868_Petersburg_-_pociski_wybuchajace.pdf.

¹¹⁴ MKCK, *A Guide...*, s. 4.

¹¹⁵ „Przy prowadzeniu badań, prac rozwojowych, nabywaniu lub wprowadzaniu nowej broni, nowego środka lub metody prowadzenia wojny Wysoka Umawiająca się Strona jest obowiązana ustalić, czy ich zastosowanie byłoby w pewnych lub we wszelkich okolicznościach zakazane przez postanowienia niniejszego protokołu lub przez jakikolwiek inny przepis prawa międzynarodowego odnoszący się do tej Wysokiej Umawiającej się Strony”.

¹¹⁶ MKCK, *A Guide...*, s. 23. Z przepisu 79 dowiadujemy się, że instrukcje brytyjskie i norweskie wprost dotyczą etapu prac koncepcyjnych, natomiast instrukcje belgijskie i USA nakazują dokonanie przeglądu prawnego „na jak najwcześniejszym etapie”.

¹¹⁷ Do czasu powstania opracowania autorzy nie ustalili, czy Rząd podjął jakieś działania w tym zakresie.

Legality of use of unmanned combat aerial vehicles in the light of the European Court of Human Rights jurisprudence

(Summary)

Up till now, the ECHR has not been seized with any case where the use of force by a drone would be an issue. Nor the Polish Armed Forces possess the UCAV technology. However, both facts are prone to developments which justifies the focus of this paper. It is all the more critical to deal with the UCAVs' legal setting given these vehicles are introducing a revolution into the way of waging a modern war.

In the article's section that follows the introduction, the authors provide a brief overview of the drone technology from a technical and tactical viewpoints. In particular, they underscore that what matters is not merely the airframe, but the whole UAV system that the airframe is only one element of, together with the command post, human factor, data link, payloads, command element and support element (following a NATO's definition). What is sketched next, is the context that has made the drones build up such a career in the growing number of countries acquiring or developing them. It is the demand for reconnaissance and intelligence that drones meet in the first place. Especially in combat missions, the key factors are also avoidance of risk to the pilots (operators), and persistence. It is envisaged that drones will be increasingly multi-role and outperform manned systems with respect to some types of missions.

The big and somewhat futuristic question the next section begins with is whether autonomous UCAVs would fit at all the rationale and the framework of the international humanitarian law (IHL), given that a human would no longer be "in the loop". More within the today's state of affairs, the authors note that the key phase of engaging targets is being executed by human operators, this behaviour being certainly governed by the IHL rules applicable to the given State.

After the principles of distinction, precaution and of proportionality are introduced in a telegraph style, some reflections on their application to the drones' operations are put forward. In particular, the principles persist despite the drones having the capacity to deepen the battlefield by reaching, undetected, most remote and hostile locations, or by engaging targets that mingle with civilians. The weapons used, and their specific use, have to be in compliance with IHL, too, which may entail that the currently often-used anti-armour Hellfire missile be rather swapped for something better tailored to drones' precision attacks against objects or humans.

In the case of drones, the proportionality equation shall receive more attention from the academia and the military due to the remoteness of the operator (pilot), i.e. that lack of usual risk to life so inherent to warfare. It appears that some States do calculate the threat to the security of own forces during an attack in the proportionality test. Hence, once the risk is absent, it is suggested in the article, the acceptable collateral damage may need to be limited too.

Another possible legal consequence of the lack of risk to own forces is within the realm of military psychology. Drone warfare has been criticized for exploitation of "Playstation

mentality”, an attitude of less restraint towards use of force. The authors attempt to show that despite some research being available, the issue seem to be rather unclear and may deserve a drone-specific study. They also comment on a possibility to have key targeting decisions distributed among different operators, and they underline how big impact on the operators’ performance the design and features of the command post may have.

The analysis of only three ECHR cases (*McCann vs UK*, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva vs Russia*, and *Isayeva vs Russia*) evidences that IHL-like standards have in fact been embraced by the Court. The case-law instructs States on the need to make a distinction between civilians and lawful targets, to plan missions carefully, to train officers on the use of force legally, and to select means of use of force with proper care so to contain losses in civilians. Hence, the Court’s pronouncements are relevant for the discussion about drones.

The IHL imposes on States an obligation to undertake a legal review of new means and methods of warfare. Arguably, such obligation can be also inferred from the ECHR’s case-law on the use of armed force. Given the issues at stake, the review of UCAVs should be undertaken rather sooner than later, also by Poland.

Ekstraterytorialne stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. „Formacyjne orzecznictwo” i nowe wyroki

Europejska Konwencja Praw Człowieka ma zastosowanie do działań i zaniechań mających miejsce na terytorium państwa-strony¹. Państwo może w drodze notyfikacji skierowanej na ręce Sekretarza Generalnego Rady Europy tak w chwili ratyfikacji, jak i jakimkolwiek późniejszym czasie oświadczyć, że Konwencja będzie obowiązywać również na pewnych lub wszystkich terytoriach, za których stosunki międzynarodowe dane państwo odpowiada (pierwotnie był to art. 63, obecnie 56 Konwencji). Oznacza to, że dopiero w drodze dodatkowej notyfikacji może dojść do rozszerzenia Konwencyjnych zobowiązań poza obszar metropolitalny. Ponadto nawet jeśli do takiej „poszerzającej notyfikacji” dochodzi, to na obszarze niemetropolitalnym postanowienia Konwencji są stosowane „odpowiednio do miejscowych wymogów” (art. 56 ust. 3)². W wyroku *Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii* Europejski Trybunał Praw Człowieka oznajmił, że wprowadzenie do tekstu Konwencji obecnego art. 56 wiązało się z faktem, iż „istniały pewne terytoria kolonialne, których stan cywilizacyjny nie pozwalał [...] na pełne zastosowanie Konwencji”³.

Art. 56, potocznie zwany klauzulą kolonialną, odpowiadał realiom czasów powstania Konwencji (1950 rok), gdy państwa naszego kontynentu posiadały liczne kolonie bądź terytoria zależne⁴. Ale z istnienia tego przepisu zdawało się wynikać, że twórcy Konwencji przyjmowali, iż postanowienia tego aktu prawnego obowiązują jedynie na terytorium państwa, które może co najwyżej, jeśli uzna to za uzasadnione bądź pożądane, poszerzyć „konwencyjną przestrzeń” o swoje terytoria kolonialne (zależne). *A contrario* dawało się więc argumentować, że Konwencja nie ma zastosowania poza obszarem państwa i (już warunkowo) związanymi z nim terytoriami.

Już jednak w latach 60., gdy do Strasburga trafiły pierwsze skargi sugerujące możliwość zastosowania Konwencji poza ścisłym terytorium państwa, nie zostały one oddalone jako

* Prof. nadzw. dr hab. Ireneusz C. Kamiński, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

¹ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

² Analogiczne postanowienia jak zawarte w art. 56 Konwencji znalazły się w materialnych protokołach dodatkowych.

³ *Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 25.04.1987 r., skarga 5856/72, Series A. 26, § 38.

⁴ Obecnie ten przepis jest już właściwie pozbawiony praktycznego znaczenia, ale w przeszłości państwa-strony Konwencji, które posiadały kolonie lub terytoria zależne, notyfikowały swoją zgodę na terytorialne rozszerzenie swoich zobowiązań. Spis notyfikacji znajduje się na stronie internetowej Rady Europy dotyczącej stanu związania się państw Rady Europy poszczególnymi konwencjami tej organizacji (<http://www.conventions.coe.int>). Zob. też np. M. Wood., *Article 63*, [w:] *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, éd. E. Decaux, P.-H. Imbert, L.-E. Pettiti, Paris 1999; L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, t. II: *Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, Warszawa 2011.

niemieszczące się w ramach terytorialnie określonej właściwości organów kontrolnych powołanych na mocy Konwencji (właściwości *ratione loci*). Możliwość użycia Konwencji do sytuacji (działań i zaniechań) mających miejsce poza terytorium państwa członkowskiego powiązано bowiem z art. 1 Konwencji. Oznajmia on, że państwa Konwencji zapewnią prawa i wolności zapisane w materialnej części Konwencji (rozdz. I) „każdej osobie podlegającej ich jurysdykcji”⁵. Argumentem za taką wykładnią był fakt, że ostateczna redakcja art. 1, w której posłużono się pojęciem jurysdykcji, nie ograniczyła zastosowania Konwencji do terytorium państw członkowskich. W początkowym brzmieniu art. 1 mówił natomiast o zastosowaniu Konwencji jedynie do „wszystkich osób zamieszkujących na ich [państw – przyp. I.C.K.] terytoriach”.

Pierwsze sprawy dotyczące zastosowania EKPC poza terytorium państwa

Chronologicznie najwcześniejsze przypadki ekstraterytorialnego⁶ zastosowania Konwencji dotyczą działań placówek dyplomatycznych i konsularnych państw członkowskich. Choć Europejska Komisja Praw Człowieka⁷ nie stwierdziła *in casu* złamania Konwencji, oznajmiła, że czynności dyplomatów i konsulów skutkują objęciem osób i mienia jurysdykcją państwa w zakresie, w jakim ci funkcjonariusze realizują w stosunku do osób i mienia swoje władztwo, uprawnienia (ang. *authority*)⁸. Rozpoznawane sprawy dotyczyły obywateli własnych znajdujących się poza granicami państwa, ale z użytego języka wynikało, że zobowiązania państwa mogą istnieć także w odniesieniu do osób (podmiotów) obcych; tym samym takie osoby mogą zostać objęte gwarancjami Konwencji⁹. Co więcej, Komisja posłużyła się szerokim pojęciem upoważnionych funkcjonariuszy państwowych (ang. *authorised agents*, fr. *fonctionnaires*), których jedną tylko kategorię stanowią dyplomaci i konsule. Oznaczało to, że również akty innych funkcjonariuszy państwa podejmowane poza krajem spowodują, że Konwencja znajdzie zastosowanie. Tezę tę Komisja potwierdziła w raporcie w sprawie *Cypr przeciwko Turcji*, która dotyczyła interwencji wojskowej i późniejszej obecności tureckich wojsk w północnej części wyspy¹⁰. Należy ponadto zwrócić uwagę na zmiany w języku używanym przez Komisję. Początkowo występuje formuła wskazująca na wykonywanie przez funkcjonariusza uprawnień w stosunku do innej osoby, następnie pojawia

⁵ Polskie oficjalne tłumaczenie Konwencji opublikowane w Dzienniku Ustaw zawiera niepoprawne sformułowanie „każdemu człowiekowi”, ograniczające zapis do osoby fizycznej. Tymczasem oficjalne teksty francuski i angielski posługują się określeniami *toute personne* i *everyone*, co należy tłumaczyć jako „każdej osobie” lub „każdej jednostce” (a więc osobie fizycznej, prawnej oraz innej jednostce nieposiadającej podmiotowości prawnej). Na tę wadę tłumaczenia zwraca uwagę M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, s. 3.

⁶ Będę się posługiwał przymiotnikiem „ekstraterytorialny” (a nie eksterytorialny) ze względu na ukształtowany już w polskiej literaturze prawniczej uzus językowy.

⁷ Komisja rozpoznawała skargi do 1.11.1998 r., czyli do wejścia w życie Protokołu nr 11 (faktycznie nieco dłużej, kończąc rozpoczęte już postępowania).

⁸ *X. przeciwko Niemcom*, decyzja z 25.09.1965 r., skarga 1611/62, *Yearbook*, t. 8, s. 158; *X przeciwko Wielkiej Brytanii*, decyzja z 15.12.1977 r., skarga 7547/76, DR, t. 12, s. 73.

⁹ Potwierdza to *M. przeciwko Danii*, decyzja z 14.10.1992 r. skarga 17392/90. Sprawa dotyczyła uciekiniera z komunistycznej NRD, który szukał schronienia w duńskiej ambasadzie we wschodnim Berlinie.

¹⁰ Decyzja z 26.05.1975 r., skargi 6780/74 i 6950/75, DR, t. 2, s. 125. Sprawą nie zajmował się jednak później Trybunał, gdyż Turcja nie uznawała wtedy jeszcze jego jurysdykcji.

się dodatkowo sformułowanie mówiące o ponoszeniu odpowiedzialności¹¹, a nawet wpływie działania (ewentualnie zaniechania) funkcjonariusza na sytuację innej osoby¹² lub tworzeniu następstw w innym państwie¹³. Użyte samodzielnie kryterium odpowiedzialności, a zwłaszcza wpływu lub następstw, bez konieczności wystąpienia innych przesłanek, mogło prowadzić do szerokiego stosowania Konwencji.

Warto dostrzec też decyzję w sprawie *Hess przeciwko Wielkiej Brytanii*, wniesioną przez żonę jednego z przywódców Trzeciej Rzeszy, odbywającego karę dożywocia w berlińskim więzieniu Spandau¹⁴. Na mocy umowy zawartej przez cztery alianckie mocarstwa (Francja, Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Związek Sowiecki) więzienie podlegało ich wspólnej administracji¹⁵. Komisja orzekła, że ze względu na konieczność dokonywania wszelkich zmian jednomyślnie przez strony umowy, co obejmowało również decyzję o zwolnieniu skazanego, Hess nie podlega jurysdykcji Wielkiej Brytanii.

W końcówce lat 80. Trybunał zidentyfikował ponadto szczególny kontekst rodzący odpowiedzialność państwa na mocy Konwencji, gdy wydalenie jednostki do innego kraju (ekstradycja) rodzi ryzyko, że jej prawa gwarantowane przez Konwencję zostaną naruszone¹⁶. Nie dochodzi jednak wówczas do ekstraterytorialnego działania państwa w ścisłym znaczeniu, gdyż decyzja jest podejmowana w danym kraju i dotyczy osoby w nim się znajdującej. Ekstraterytorialność dotyczy więc możliwych poza krajem następstw decyzji¹⁷. Taką sytuację, prowadzącą „rykoszetowo” do odpowiedzialności państwa, określono w literaturze mianem „falszywej” czy też pozornej ekstraterytorialności¹⁸.

Niniejszy szkic będzie się koncentrować na ścisłym rozumieniu ekstraterytorialnego zastosowania Konwencji, a więc takiej sytuacji, gdy wprost, a nie jedynie „na zasadzie rykoszetu” państwu-stronie można przypisać odpowiedzialność za naruszenie Konwencji dokonywane poza własnym terytorium¹⁹. Takie zagadnienie wystąpiło w nowszym orzecznictwie Trybu-

¹¹ Tak w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* (s. 136) oraz *Stocké przeciwko Niemcom*, decyzja z 9.07.1987 r., skarga 11755/85, DR, t. 53, s. 166.

¹² *M. przeciwko Danii*.

¹³ *X. i Y. przeciwko Szwajcarii*, decyzja z 14.07.1977 r., skargi 7289/75 i 7349/76, DR 9, s. 57. Sprawa dotyczyła zakazu wjazdu, który rodził skutki nie tylko w Szwajcarii, ale i w Lichtensteinie.

¹⁴ Decyzja z 28.05.1975 r., skarga 6231/73, DR, t. 2, s. 73. W skardze zarzucano naruszenie art. 3 (niehumanne traktowanie) i art. 8 (prawo do rodzinnego).

¹⁵ Zarzuty skierowano jedynie przeciwko Wielkiej Brytanii, gdyż Francja nie uznała jeszcze prawa do skargi indywidualnej.

¹⁶ Zob. zwłaszcza *Soering przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 17.07.1989 r., skarga 14038/88, Series A. 161. Takie zagrożenia były identyfikowane w kontekście najważniejszych praw, czyli zakazu tortur (art. 3), a następnie – gdy w życie weszły protokoły dodatkowe dotyczące eliminacji kary śmierci – także prawa do życia (art. 2). Niedawno Trybunał rozszerzył to niebezpieczeństwo na prawo do rzetelnego postępowania sądowego (art. 6): *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 17.01.2012 r., skarga nr 8139/09.

¹⁷ Zob. *Al-Adsani przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 21.11.2001 r., skarga 35763/97, ECHR 2001-XI, § 39.

¹⁸ J.-P. Costa, *L'Eiat, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme*, [w:] *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*. Liber Amicorum Lucius Caflisch, ed. by M.G. Kohen, Leiden 2007, s. 190 i nn.

¹⁹ Na temat kategoryzacji przypadków ekstraterytorialnego zastosowania Konwencji zob. np. E. Berry, *The extra territorial reach of the ECHR*, „European Public Law”, 2006, vol. 12, no. 4; M. Gondek, *Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization*, „Netherlands International Law Review”, 2005, vol. 52, no. 3, s. 354-356.

nału kilkakrotnie, budząc nierzadko olbrzymie polityczne emocje. Wynikało to z faktu, że kwestionowane przez skarżących działania i skutki stanowiły konsekwencję aktywności bądź obecności funkcjonariuszy służb specjalnych lub sił zbrojnych jednego państwa na terytorium innego kraju. Jednocześnie zagadnienia prawne związane z takimi zdarzeniami okazywały się na tyle nowe i skomplikowane, że rozpoznanie skarg powierzano często Wielkiej Izbie – składowi Trybunału powiększonemu do 17 sędziów²⁰.

Dodatkowo powstające w reakcji na poszczególne skargi orzecznictwo Trybunału dotyczące ekstraterytorialnego zastosowania Konwencji było dalekie od spójności, nie prowadząc do identyfikacji czytelnego testu, który wskazywałby po wystąpieniu jakich okoliczności Konwencja znajdzie zastosowanie poza terytorium państwa-strony. Jeden z krytyków tego stanu rzeczy, maltański sędzia Giovanni Bonello, nazwał strasburski standard „w najlepszym wypadku pstrokacizną (*patchwork*)”²¹. Dopiero w 2011 roku dwa wyroki Wielkiej Izby starały się to zmienić, dokonując rekapitulacji orzecznictwa oraz określając, jakie okoliczności rodzą ekstraterytorialny skutek.

Test efektywnej kontroli

Do rozwinięcia ogólnych reguł wskazanych w nielicznym orzecznictwie Komisji doszło w sprawach dotyczących północnego Cypru. Pierwsza to *Loizidou przeciwko Turcji*, gdzie zarzucono, że uniemożliwienie skarżącej (greckiej Cypryjce) korzystania z należących do niej gruntów, które znajdowały się w zajętej przez Turcję części wyspy, stanowi złamanie art. 1 Pierwszego Protokołu do Konwencji²². W pierwszym wyroku, w którym Trybunał ustosunkował się do wstępnych zastrzeżeń Turcji, sędziowie wskazali, że odpowiedzialność państwa może powstać również wtedy, jeśli w następstwie działań wojskowych – tak legalnych, jak i nielegalnych – państwo sprawuje „skuteczną kontrolę nad obszarem znajdującym się poza jego terytorium”. Obowiązek zagwarantowania praw i swobód zapisanych w Konwencji wynika z faktu owej „efektywnej kontroli”. Nie ma przy tym znaczenia, czy kontrolę państwo realizuje bezpośrednio przy użyciu swoich sił zbrojnych, czy też poprzez podporządkowaną sobie miejscową administrację (§ 62)²³.

W przypadku *Loizidou* odpowiedzialność Turcji wynikała bezpośrednio z jej zaangażowania – okupacja części wyspy przez wojska uniemożliwiła korzystanie z własności, a ponadto skarżącą, gdy uczestniczyła w marszu w celu „odzyskania posiadania”, jaki wyruszył z greckiej strony, zatrzymali po przejściu linii demarkacyjnej właśnie tureccy żołnierze (§ 63). Wątek pośredniej odpowiedzialności został natomiast użyty i doprecyzowany w późniejszej

²⁰ Na mocy art. 30 Konwencji izba może zrzec się swojej właściwości na rzecz Wielkiej Izby, jeśli pojawia się zagadnienie dotyczące interpretacji Konwencji lub orzeczenie mogłoby doprowadzić do sprzeczności z wcześniejszymi rozstrzygnięciami Trybunału. W składzie 17 sędziów Wielka Izba wyrokuje począwszy od 1.11.1998 r.

²¹ *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok Wielkiej Izby z 7.07.2011 r., skarga 55721/07, pkt 5 zdania równoległego do wyroku.

²² Wyrok z 23.03.1995 r., skarga 15318/89, Series A. 310.

²³ Decyzję, że kwestionowane działania były objęte turecką jurysdykcją Trybunał podjął zdecydowaną większością 16 głosów do dwóch. Nie oznaczało to jednak, że Turcji można przypisać owe działania i że będą one rodzic jej odpowiedzialność. Kwestię tę pozostawiono do rozstrzygnięcia podczas merytorycznej analizy zarzutów (§ 64).

sprawie *Cypr przeciwko Turcji*, zainicjowanej skargą międzypaństwową, w której kwestionowano – w oderwaniu od indywidualnych zdarzeń – „politykę i działania” tzw. Tureckiej Republiki Północnego Cypru²⁴. W wyroku oznajmiono, że skoro Turcja sprawuje efektywną kontrolę nad północną częścią wyspy, jej odpowiedzialność nie może ograniczać się do aktów popełnianych przez jej własnych żołnierzy lub urzędników. Odpowiada także za działania lokalnej administracji, formalnie niezależnej, która powstała dzięki wojskowemu oraz innemu wsparciu ze strony Turcji (§ 77). Odpowiedzialność nie wynika zatem z bezpośredniego podporządkowania administracji, a tym bardziej ze sprawowania kontroli w odniesieniu do poszczególnych sytuacji (lub decyzji), lecz samego faktu wsparcia ze strony tureckiego państwa, które zapewnia istnienie północnocypryskich władz. Taką samą argumentacją Trybunał posłużył się następnie w sprawie *Manitaras i inni przeciwko Turcji*²⁵.

Kryterium efektywnej kontroli oznaczało rzeczywistą kontrolę nad określonym obszarem. W przypadku Cypru dokonanie oceny nie stanowiło problemu, gdyż w północnej części wyspy stacjonowało ponad 30 tys. tureckich żołnierzy, wspieranych przez jednostki lotnicze i morskie.²⁶ Problem „skutecznej kontroli” powrócił w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdowie i Rosji*²⁷. W części skargi, która dotyczyła Federacji Rosyjskiej, skarżący podnieśli, że rosyjskie władze odpowiadają za ich skazanie i przetrzymywanie w więzieniu w tzw. Mołdawskiej Republice Naddniestrza. W zamieszkałej w większości przez Rosjan i Ukraińców części byłej Mołdawskiej Republiki Socjalistycznej, wchodzącej w skład Związku Sowieckiego, powstały separatystyczne władze, które nie godziły się z proklamowaniem niepodległego mołdawskiego państwa. Rozłamowej republiki nie uznało żadne państwo. Na obszarze republiki stacjonowała 14. armia sowiecka (później rosyjska), której jednostki wzięły udział w walkach, jakie wybuchły ze zwolennikami włączenia Naddniestrza do Mołdowy (lata 1991-1992). W wyniku porozumienia podpisanego przez Federację Rosyjską z Mołdową 14. armia została przekształcona w siły rozjemcze, które miały zostać ostatecznie wycofane z Transnistrii. Pomimo kilkakrotnych zapewnień określających terminy wyjazdu – składanych m.in. podczas szczytów OBWE – rosyjskie wojska nadal stacjonują w rozłamowej republice.

W decyzji o przyjęciu skargi do rozpoznania Trybunał pozostawił otwartym kwestię, czy skala rosyjskiej obecności w Naddniestrzu powoduje, że skarżący „podlegają jurysdykcji” Federacji Rosyjskiej. Pozytywna odpowiedź znalazła się dopiero we właściwym wyroku²⁸. Choć liczbą rosyjskich żołnierzy jest niższa niż w przypadku Cypru – gdy Trybunał podejmował decyzję o dopuszczalności skargi było to 2200 żołnierzy, potem 1500 – zaangażowanie Moskwy oceniono jako znaczące i mające ciągły wpływ na sytuację w regionie. Dodatkowo rosyjskie władze przekazały część uzbrojenia separatystycznej republice oraz wspierają ją gospodarczo i finansowo (§ 387-390). Istnieje więc „trwały i nieprzerwany związek” (ang. *continuous and uninterrupted link*) odpowiedzialności Rosji za los skarżących (§ 393). Oczywiście zobowiązania wynikające z Konwencji powstały w odniesieniu do Moskwy – i mogą być wobec niej egzekwowane – począwszy od 5 maja 1998 roku, daty wejścia

²⁴ Wyrok Wielkiej Izby z 10.05.2001 r., skarga 25781/94, ECHR 2001-IV.

²⁵ Decyzja z 3.06.2008 r., skarga nr 54591/00, § 27.

²⁶ *Loizidou przeciwko Turcji*, wyrok z 18.12.1996 r. (właściwe zarzuty), skarga 15318/89, RJD 1996-VI, § 16.

²⁷ Wyrok Wielkiej Izby z 8.07.2004 r., skarga 48787/99.

²⁸ Decyzja Wielkiej Izby z 4.07.2001 r.

w życie tego aktu w stosunku do Federacji Rosyjskiej. Ale nie jest ważne, że po 5 maja 1998 roku przedstawiciele (ang. *agents*) Rosji nie uczestniczyli bezpośrednio w wydarzeniach, jakie stały się przedmiotem skargi (§ 393).

Wyrok ukazywał wyraźnie, że tezy o efektywnej kontroli sędziowie słusznie nie prowadzą do zestawiania cyfr i elementów uzbrojenia. Rozstrzygający jest bowiem skutek niekwestionowanej obecności państwa na sytuację pewnego obszaru poza jego terytorium i sposób sprawowania tam władzy. Analogicznie Trybunał postąpił w sprawie *Ivanțoc i inni przeciwko Mołdowie i Rosji*²⁹.

W kontekście sytuacji w Naddniestrzu można było postawić jednak pytanie o zakres odpowiedzialności Rosji za naruszenia praw chronionych na mocy Konwencji. W tle spraw *Ilașcu* i *Ivanțoc* znalazło się pozbawienie wolności przez instytucje publiczne kluczowe dla systemu władzy publicznej. Czy jednak Rosja jako państwo zapewniające przetrwanie zbuntowanej republiki będzie również odpowiadać za każdorazowe naruszenie konwencyjnych praw? Takie zagadnienie wystąpiło w sprawie *Catan i inni przeciwko Mołdowie i Rosji*, która dotyczyła zamknięcia rumuńskojęzycznych szkół oraz usunięcia ze szkół łacińskiego alfabetu i jednoczesnego nakazu posługiwania się cyrylicą (skarżący zarzucali złamanie art. 2 Pierwszego Protokołu do Konwencji, tj. prawa do nauki)³⁰. Stwierdzenie naruszenia Konwencji Trybunał poprzedził analizą rosyjskiego zaangażowania w Naddniestrzu. Chociaż obecność wojskowa jest już niewielka, to stanowi gwarancję przetrwania zbuntowanej republiki. Równie istotne jest jednak gospodarcze wsparcie: wypłacanie przez Rosję emerytur, dostarczanie po preferencyjnych cenach towarów i surowców (m.in. gazu ziemnego), finansowanie w drodze rozbudowanych subsydiów szkół, szpitali i więzień. W takiej sytuacji Rosja, mimo braku bezpośredniego udziału w sprawowaniu władzy w Naddniestrzu, umożliwiła powstanie konsekwencji stanowiących pogwałcenie Konwencji.

Epizodyczna obecność funkcjonariuszy państwa poza własnym terytorium

Sprawy dotyczące północnego Cypru i Naddniestrza, skutkujące szeroką odpowiedzialnością prawną, dotyczyły stałej i systematycznej obecności (wojskowej lub innej) państwa poza swoim terytorium. W kilku innych postępowaniach Trybunał zajął się przypadkami, które można nazwać epizodyczną obecnością. Wynikała ona z przeprowadzania pewnych operacji przez siły zbrojne lub służby specjalne państwa.

Pierwsza chronologicznie sprawa to *Ilich Sánchez Ramirez przeciwko Francji*, która dotyczyła zatrzymania znanego terrorysty (zwanego Carlosem lub Szakalem). Został on porwany przez funkcjonariuszy sudańskiej policji, a następnie przekazany francuskim agentom. Komisja nie miała wątpliwości, że nawet jeśli francuscy funkcjonariusze działali poza terytorium Francji, ich czynności polegały – z chwilą przejęcia zatrzymanego – na uzyskaniu efektywnej kontroli nad terrorystą. Znalazł się on więc pod jurysdykcją państwa francuskiego w znaczeniu art. 1 Konwencji³¹.

²⁹ Wyrok z 15.11.2011 r., skarga 23687/05. Sprawa dotyczyła nadal trwającego pozbawienia wolności działaczy mołdawskiego Frontu Narodowego, do których odnosił się wyrok w sprawie *Ilașcu* (Trybunał nakazał w nim zwolnienie aresztowanych).

³⁰ Wyrok Wielkiej Izby z 19.10.2012 r., skargi 43370/04, 8252/05, 18454/06.

³¹ Decyzja z 24.06.1996 r., skarga 28780/95, DR t. 86-B, s. 155.

Kolejna sprawa to *Issa i inni przeciwko Turcji*, związana z zarzutem zamordowania kilku pasterzy podczas „antyterrorystycznej operacji” tureckich wojsk, realizowanej w irackim Kurdystanie przez okres sześciu tygodni przez 35 tys. żołnierzy³². Trybunał nie wykluczył, że podczas takich działań państwo członkowskie może zostać uznane za czasowo sprawujące efektywną kontrolę nad częścią obcego terytorium (§ 74). Ale choć liczebność tureckich jednostek była porównywalna z wojskami stacjonującymi na Cyprze, sędziowie uznali, że okoliczności irackiej operacji nie przekonują, by Turcja sprawowała efektywną kontrolę na terenach objętych działaniami (§ 75). Można zatem powiedzieć, że w odróżnieniu od Cypru, gdzie obecność Turcji była długotrwała, ugruntowana i „głęboka” (całość północnej części wyspy, regularne patrole, posterunki na wszystkich liniach komunikacyjnych), kontrola w Iraku przedstawiała się jako chwilowa, słaba i „płytką”. W takiej sytuacji kluczowe stawały się zagadnienie dowodowe – wykazanie przy pomocy środka niebudzącego uzasadnionych wątpliwości (ang. *proof beyond reasonable doubt*), że sprawstwo zabójstw można przypisać tureckim wojskowym.

Sędziowie uznali, że dowód spełniający taki standard nie został im dostarczony. Choć krewni zabitych mówili, że pasterzy aresztowali tureccy żołnierze, inne osoby nie potwierdziły tych zeznań, ani nawet samej obecności tureckich jednostek w okolicy. Władze tureckie zaprzeczały przy tym zdecydowanie, by operację przeprowadzano w miejscu zatrzymań. Brakowało również wyników z oględzin zwłok, mających wskazywać na tureckie sprawstwo. Dlatego Trybunał orzekł, że zabici nie znaleźli się w „tureckiej jurysdykcji”³³.

Uzasadnienie wyroku wskazuje, że rozstrzygnięcie Trybunału byłoby inne, jeśli skarżącym udało się zrealizować wymogi dowodowe związane z zarzutem sprawstwa tureckich wojskowych. Należy również zwrócić uwagę na wątek pozytywnego procesowego obowiązku. Skarżący podnieśli, że Turcja nie przeprowadziła skutecznego postępowania wyjaśniającego w sprawie zabójstwa. W przypadku zabójstw dokonywanych przez „nieznanych sprawców” na terytorium Turcji Trybunał orzekł, że nawet jeśli tureckiemu państwu (jego funkcjonariuszom) nie udało się przypisać sprawstwa (czyli złamania zasadniczego negatywnego obowiązku państwa związanego z prawem do życia), możliwe jest stwierdzenie, że doszło do naruszenia Konwencji, gdyż władze krajowe nie podjęły z urzędu efektywnych procedur w celu wyjaśnienia okoliczności śmierci i znalezienia sprawców³⁴. Wydaje się, że wyrok *Issa* pozwala na rozciągnięcie takiego pozytywnego obowiązku również na zdarzenia poza Turcją. Sędziowie nie podjęli wątku pozytywnego obowiązku, gdyż brakowało dowodów, że krewni zabitych interweniowali u tureckich wojskowych w sprawie losu swoich bliskich (§ 79). Gdyby taki wniosek istniał – a tym bardziej, gdyby zwrócono się do tureckiej prokuratury o podjęcie śledztwa – nie można wykluczyć objęcia skargi kognicją Trybunału³⁵.

³² Wyrok z 16.11.2004 r., skarga 31821/96.

³³ Trybunał orzekł jednak inaczej w późniejszej sprawie, gdy tureckie władze nie zaprzeczały, że to jej wojska użyły siły, która doprowadziła do śmierci krewnych skarżących: *Pad i inni przeciwko Turcji*, decyzja z 28.06.2007 r., skarga 60167/00.

³⁴ Np. *Gülec przeciwko Turcji*, wyrok z 27.07.1997 r., skarga 21593/93, RJD 1997-IV.

³⁵ W przypadku ekstraterytorialnego aktu, za który sprawstwo przypisuje się państwu Konwencji, konieczny byłby więc wniosek czy też zawiadomienie pokrzywdzonych. Zdarzenie krajowe, znane instytucjom ścigania, uruchamia natomiast automatycznie z urzędu obowiązek podjęcia skutecznego postępowania wyjaśniającego.

W kontekście epizodycznej obecności państwa poza własnymi granicami najbardziej znana jest sprawa *Öcalan przeciwko Turcji*³⁶. Jej ekstraterytorialny aspekt dotyczył okoliczności, w jakich skarżący, przywódca Partii Pracujących Kurdystanu, został zatrzymany przez agentów sił specjalnych Turcji w tranzytowej części lotniska w Nairobi. Trybunał nie miał wątpliwości, że bezpośrednio po przekazaniu Öcalana przez kenijskich urzędników tureckim funkcjonariuszom został on poddany „władzy i kontroli” (ang. *authority and control*) tureckiego państwa, a przez to został objęty jego jurysdykcją³⁷.

Są wreszcie dwa wyroki dotyczące interwencji podejmowanej przez służby państwa na wodach międzynarodowych. Tak w przypadku zatrzymania załogi statku podejrzanego o przemyt znacznych ilości narkotyków³⁸, jak i uchodźców, których umieszczono na jednostkach wojskowych, a następnie przetransportowano do Libii (skąd uchodźcy wyruszyli)³⁹, Trybunał orzekł, że skarżący znaleźli się pod „władzą i kontrolą” państwa.

Wskazane powyżej wyroki ilustrują znamienne rozwinięcie orzecznictwa po sprawach dotyczących północnego Cypru. W tych ostatnich jurysdykcja była definiowana przy użyciu kryterium terytorialnego – jako kontrola nad pewnym obszarem. W przypadku Öcalana oraz zatrzymań na wodach międzynarodowych – gdzie wątek kontroli nad terytorium w ogóle nie występował – mamy natomiast do czynienia ze wskazaniem na kryterium osobowe, czyli realizowanie wobec innego podmiotu efektywnego władztwa („władzy i kontroli”) przez państwo (jego funkcjonariuszy) poza swoim obszarem. Jeżeli udział państwa (jego funkcjonariuszy) został dowiedziony w sposób wymagany przez Trybunał, pozwala to na użycie Konwencji przeciwko państwu-stronie niezależnie od miejsca, gdzie kwestionowany akt się zdarzył.

Interwencja wojskowa

W orzecznictwie Trybunału wystąpił też problem odpowiedzialności państwa za zdarzenia, do jakich doszło podczas interwencji wojskowej. Przypadki te należy ponownie odróżnić od stałej i systematycznej obecności państwa (takiej jak w północnym Cyprze i Naddniestrzu), która umożliwia powstanie oraz istnienie pewnego ośrodka władzy. Trzeba przy tym zauważyć, że bardzo często ukształtowanie takiego ośrodka jest poprzedzone interwencją wojskową.

Do omawianej kategorii należy przywołana wcześniej sprawa *Issa i inni przeciwko Turcji*. Formacyjne znaczenie dla strasburskiego standardu miała jedna wcześniejsza decyzja Wielkiej Izby o nieprzyjęciu do rozpoznania skargi *Banković i inni przeciwko Belgii i innym*⁴⁰. Autorami skargi byli krewni osób, które zginęły podczas bombardowania przez siły NATO siedziby telewizji w Belgradzie (tylko jeden skarżący to osoba ranna podczas nalotu). Pozwane to wszystkie 17 państw NATO, które były jednocześnie stronami Konwencji, a więc także Polska. W skardze zarzucono naruszenia prawa do życia (art. 2), swobody wypowiedzi

³⁶ Skarga 46221/99. Trybunał wyrokował dwukrotnie w tej sprawie: raz jako Izba (12.03.2003 r.), następnie w składzie Wielkiej Izby (12.05.2005 r.), ECHR 2005-V.

³⁷ § 93 wyroku Izby, § 91 wyroku Wielkiej Izby.

³⁸ *Medvedyev i inni przeciwko Francji*, wyrok Wielkiej Izby z 20.03.2010 r., skarga 3394/03.

³⁹ *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*, wyrok Wielkiej Izby z 23.02.2012 r., skarga 27765/09.

⁴⁰ Decyzja z 12.12.2001 r., skarga 52207/99, ECHR 2001-XII.

(art. 10) oraz brak skutecznego środka odwoławczego (art. 13). Wstępnym warunkiem podjęcia przez Trybunał merytorycznej części skargi było stwierdzenie, że skarżący znajdowali się w jurysdykcji pozwanych krajów.

Skarżący przedstawili kilka argumentów w celu wykazania kognicji Trybunału. Odwołali się przede wszystkim do pochodzącego ze sprawy *Loizidou* kryterium „efektywnej kontroli”. Ich zdaniem kontrola sprawowana przez państwo poza własnym terytorium jest stopniowalna, co oznacza, że zakres pozytywnego obowiązku do zapewnienia praw zapisanych w Konwencji, który wynika z art. 1, staje się proporcjonalny do rzeczywiście realizowanej kontroli. W przypadku północnego Cypru tureckie siły zbrojne uznano za mające pełną skuteczną kontrolę, a przez to Turcja była zobowiązana zapewnić na tym obszarze pełnię konwencyjnych gwarancji. Sytuacja się zmienia, gdy jedno państwo nie jest obecne na terytorium innego, lecz dokonuje wojskowego ataku na obiekt na obcym terytorium. Wówczas nie można mu przypisać pełni konwencyjnych obowiązków, ale te jednak istnieją w odniesieniu do praw, które w danej zindywidualizowanej sytuacji znajdują się „w granicach kontroli” państwa (§ 46-47). Pojęcia efektywnej kontroli i jurysdykcji muszą stać się dostatecznie elastyczne, aby uwzględniać dostępność i fakt użycia współczesnej, precyzyjnej broni, która powoduje ekstraterytorialne skutki bez konieczności posłużenia się wojskami lądowymi (§ 52).

Zaskarżone kraje odrzucały pogląd mówiący o proporcjonalności i stopniowaniu pozytywnego obowiązku z art. 1 wskazując, że gdyby twórcy Konwencji akceptowali rozwiązanie sugerowane przez skarżących, brzmienie art. 1 Konwencji byłoby podobne do art. 1 czterech Konwencji genewskich z 1949 roku o ochronie ofiar wojny (§ 40). Te ostatnie oznajmiają, że państwa-strony „zobowiązują się przestrzegać i dopilnować przestrzegania niniejszej Konwencji we wszelkich okolicznościach”⁴¹. Przestrzegano, że przyjęcie poglądu skarżących miałyby poważny wpływ na wspólne międzynarodowe akcje wojskowe, gdyż Trybunał mógłby kontrolować udział państwa-strony w takich działaniach (§ 43). Wskazywano wreszcie, że ze względu na swoją „naturę i zakres” kontroli jugosłowiańskiej przestrzeni powietrznej nie można porównywać z „terytorialną kontrolą”, której dotyczyły cypryjskie sprawy (§ 44).

Sędziowie jednomyślnie orzekli, że Konwencja nie ma zastosowania w przedstawionej im sprawie. Chociaż istnieje rzeczywisty związek między skarżącymi i pozwanymi państwami, gdyż działanie tych ostatnich miało miejsce lub spowodowało skutki w innym kraju, a więc doszło do przypisywanego pozwanym ekstraterytorialnego aktu, autorzy skargi nie podlegali ich jurysdykcji. Jurysdykcja jest zasadniczo określona terytorialnie i tylko wyjątkowo zostanie stwierdzona przy użyciu innego łącznika. Potwierdza to obecny stan prawa międzynarodowego, a w odniesieniu do Konwencji – także materiały z prac przygotowawczych. Podsumowując konwencyjne orzecznictwo Trybunał oznajmił, że wyjątkowa, ekstraterytorialna jurysdykcja wystąpi, gdy państwo „poprzez efektywną kontrolę danego zagranicznego terytorium lub jego mieszkańców – stanowiącą następstwo okupacji wojskowej lub zgody, zaproszenia albo milczącego przyzwolenia (ang. *acquiescence*) rządu takiego terytorium – wykonuje wszystkie bądź niektóre publiczne uprawnienia normalnie realizowane przez ów rząd” (§ 71).

Natomiast propozycja skarżących (pozytywny obowiązek zapewnienia praw zapisanych w Konwencji jest proporcjonalny do kontroli sprawowanej w odniesieniu do każdego eks-

⁴¹ Dz.U. z 1956 Nr 38, poz. 171.

trateritorialnego aktu) oznacza przyjęcie diametralnie innego spojrzenia. Zgodnie z nim każdy podmiot negatywnie dotknięty aktem przypisywanym państwu – w formie sprawstwa lub skutków – znajdzie się w jurysdykcji takiego państwa. Zdaniem Trybunału pozytywny obowiązek wynikający z art. 1 nie może zostać „podzielony czy też przykrojony” stosownie do okoliczności poszczególnych aktów. Jeśli przyjąć pogląd skarżących, pojęcie jurysdykcji okazuje się zbyteczne, pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia. Dochodzi też do utożsamienia dwóch kwestii: pytania o jurysdykcję z pytaniem o to, czy dana osoba może zostać uznana za ofiarę naruszenia prawa zagwarantowanego przez Konwencję. Są to tymczasem dwa oddzielne i odmienne kryteria dopuszczalności skargi, których spełnienie należy przy tym stwierdzać w następującej kolejności: najpierw – istnienie jurysdykcji, potem – statusu ofiary (§ 75)⁴².

Decyzja w sprawie *Banković* powiązała jurysdykcję z art. 1 z efektywną kontrolą zagranicznego terytorium lub jego mieszkańców, czego znamiennym byłoby wykonywanie wszystkich bądź niektórych publicznych uprawnień normalnie realizowanych przez rząd.

Interwencja w Iraku

Określonym w sprawie *Banković* kryterium braku efektywnej kontroli obcego terytorium brytyjskie sądy posłużyły się w sprawach dotyczących śmierci osób spowodowanych przez brytyjskich żołnierzy w powierzonej im strefie okupacyjnej w Iraku. Uznały, że liczba wojskowych oraz środki znajdujące się w ich dyspozycji nie pozwalały, zwłaszcza w obliczu bezprawia panującego po upadku reżimu Saddama Husejna, na sprawowanie „władzy i kontroli”.

Gdy po zakończeniu krajowych procedur sprawa trafiła do Trybunału jako *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴³, strasburscy sędziowie uznali jednomyślnie – a więc także i angielski sędzia Nicolas Bratza – że Wielka Brytania jako państwo okupacyjne w znaczeniu określonym w Konwencji haskiej z 1907 roku (art. 42-56 dołączonego do tej konwencji regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej)⁴⁴ sprawowała do 28 czerwca 2004 roku, a więc dnia przekazania władzy tymczasowemu rządowi irackiemu, kontrolę nad osobami zabitymi podczas tragicznych zdarzeń. Trybunał był więc właściwy do rozpoznania skargi (§ 149). W merytorycznej części orzeczenia uznano natomiast, że nawet traktując dyktowany przez art. 2 Konwencji wymóg przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego „realistycznie”, czyli z uwzględnieniem szczególnych okoliczności istniejących w Iraku, działań brytyjskich władz śledczych nie można uznać za spełniające podstawowe konwencyjne wymogi (brak niezależności organu przeprowadzającego śledztwo, liczne wady).

W wyroku *Al-Skeini* Trybunał, zanim przystąpił do analizy skargi w ramach art. 1, starał się uporządkować swoje dotychczasowe orzecznictwo dotyczące ekstrateritorialnego stosowania Konwencji (§ 131-142). Zasadniczo jurysdykcja Trybunału dotycząca zdarzeń poza terytorium państwa będzie dotyczyła dwóch sytuacji: sprawowania przez przedstawicieli

⁴² Trybunał będzie jednak właściwy, jeśli w prawie krajowym istnieją sądowe środki umożliwiające kwestionowanie wojskowych działań (i/lub ich następstw) państwa poza jego terytorium. W grę wchodzi wówczas prawo do rzetelnego procesu sądowego. Zob. *Marković i inni przeciwko Włochom*, wyrok Wielkiej Izby z 14.12.2006 r., skarga 1398/03, ECHR 2006-XIV.

⁴³ Wyrok Wielkiej Izby z 7.07.2011 r., skarga 55721/07.

⁴⁴ Dz.U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161.

(funkcjonariuszy) państwa (ang. *agents*) władzy i kontroli wobec jednostki (byłyby to łącznie przypadki aktów personelu dyplomatycznego i konsularnego, wykonywania funkcji należących do władzy wykonawczej bądź sądowniczej poza terytorium państwowym, użycia siły zbrojnej lub przymusu) oraz efektywnej kontroli pewnego obszaru (tu znalazły się przypadki północnego Cypru i Naddniestrza).

To porządkujące podsumowanie orzecznictwa należy uznać za bardzo potrzebne, ale można zadać też pytanie, czy Trybunał nie powinien pójść dalej i posłużyć się jeszcze bardziej zgeneralizowanym kryterium. Taki pogląd pobrzmiewa w dwóch zdaniach równoległych dołączonych do wyroku. Sędzia Christos Rozakis sprowadza swoje uwagi do przekonania, że testem rozstrzygającym o podleganiu jurysdykcji w znaczeniu art. 1 jest istnienie wobec jednostki władzy i kontroli państwa. Dużo bardziej rozwinięta argumentacja znalazła się natomiast w opinii sędziego Giovanniego Bonello. Uważa on, że państwo sprawuje jurysdykcję ekstraterytorialnie, jeśli jego władzą i kontrolą objęta jest realizacja lub naruszanie jednej z kilku rudymenarnych funkcji związanych z zapewnieniem przestrzegania praw człowieka: nienaruszaniem praw człowieka przez przedstawicieli (funkcjonariuszy) państwa, wprowadzeniem mechanizmu zapobiegającego łamaniu praw człowieka, badaniem naruszeń, ściganiem funkcjonariuszy państwa odpowiadających za naruszenia i rekompensowaniem szkód ofiarom naruszeń.

Takie funkcjonalne podejście jest czytelne i odnosi się całościowo do każdej sytuacji: terytorialnej i ekstraterytorialnej, zastępując – w tym ostatnim kontekście – szereg pochodzących z orzecznictwa Komisji i Trybunału szczegółowych testów problematycznie z sobą powiązanych. Jednocześnie zachowuje ono elastyczność – skupia się na zidentyfikowaniu, czy w danym przypadku istniał funkcjonalny związek. W kontekście okupacji, takiej jak rozważana w sprawie *Al-Skeini*, należy się posłużyć następującym domniemaniem: co do zasady okupujące państwo sprawuje na zajmowanym terytorium jurysdykcję (ma władzę i kontrolę), chyba że wykaże, iż jest inaczej. Nie oznacza to przy tym, że państwo nie będzie miało jurysdykcji, jeśli udowodni, że nie było w stanie zagwarantować wszystkich praw zapisanych w Konwencji. W praktyce państwo może bowiem zapewnić gwarancje związane z prawem do życia czy zakazem tortur (zwłaszcza gdy autorami kwestionowanych aktów są jego funkcjonariusze), ale już nie np. z prawem do nauki czy wolnością przekonań.

W irackich sprawach Trybunał musiał się też odnieść do wstępnego zarzutu brytyjskich władz, że Wielka Brytania nie ponowi odpowiedzialności za zdarzenia będące przedmiotem skarg, gdyż należy je przypisać innemu podmiotowi – bądź wprost Organizacji Narodów Zjednoczonych, bądź koalicji państw działających na mocy (i/lub w ramach) rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ⁴⁵. Nawiązywano w ten sposób do wcześniejszych decyzji Trybunału dotyczących aktów, do których doszło na terenie Kosowa⁴⁶ i Bośni-

⁴⁵ Poza sprawą *Al-Skeini* taki zarzut został podniesiony w sprawie *Al-Jedda przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 7.07.2011 r., skarga 27021/08.

⁴⁶ *Behrami i Behrami przeciwko Francji i Saramati przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii*, decyzja z 2.05.2007 r., skargi 71412/01 i 78166/01. Zob. także I.C. Kamiński, *Kontrola rezolucji Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych i wynikających z nich działań sprawowana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka – uwagi o decyzji w sprawach Behrami i Saramati z dnia 31 maja 2007 roku*, [w:] *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, red. B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka, Katowice 2009.

Hercegowiny⁴⁷. W obu rozstrzygnięciach Trybunał uznał, że jest niewłaściwy do rozpoznania skarg, gdyż kwestionowanych aktów nie można przypisać państwu Konwencji, lecz Organizacji Narodów Zjednoczonych (podmiotom/strukturom powołanym na mocy decyzji tej organizacji).

Odnosząc się do brytyjskiego zarzutu Trybunał uznał jednak, że nie zachodzą okoliczności, które skutkowałyby przypisaniem odpowiedzialności innemu podmiotowi niż państwu Konwencji (brak powierzenia Organizacji Narodów Zjednoczonych przez rezolucje Rady Bezpieczeństwa jakiegokolwiek roli i kontroli nad jednostkami państw dokonujących okupacji Iraku).

„Prawna przestrzeń” Konwencji

W kontekście rozważań nad ekstraterytorialnym stosowaniem Konwencji należy wreszcie zauważyć wątek „prawnej przestrzeni” (ang. *legal space*, fr. *espace juridique*) Konwencji. Pochodzi ona – jeśli nie jako wyróżnione już pojęcie prawne, to na pewno jako idea – z orzeczeń dotyczących północnego Cypru. W wyroku *Loizidou* (zastrzeżenia wstępne) sędziowie oznajmili, że jeśli Turcja nie odpowiadałaby za warunki istniejące w zajętej przez nią części wyspy, żaden inny podmiot prawny nie ponosiłby odpowiedzialności. Ale zasada efektywnej ochrony konwencyjnych praw uznana w strasburskim orzecznictwie wymaga, aby w systemie odpowiedzialności nie powstała luka prawna (§ 57). Inaczej mówiąc, skoro przed wkroczeniem tureckich wojsk cały Cypr cieszył się gwarancjami Konwencji, również później Turcja – będąc stroną Konwencji – musi zapewnić wszystkie konwencyjne prawa i swobody. Konwencja posiada bowiem „specjalny charakter”, stanowi „instrument europejskiego porządku publicznego (fr. *ordre public*)” (§ 93).

W późniejszej sprawie *Cypr przeciwko Turcji* dodano, że gdyby Trybunał nie zapewnił przestrzegania Konwencji, jeśli jedno państwo-strona utraciło na rzecz innego kontrolę nad częścią swojego terytorium, tworzyłoby to „bolesną lukę” (ang. *regrettable vacuum*) w systemie ochrony praw człowieka. Jednostki na tym terytorium zostałyby pozbawione korzyści wynikających z konwencyjnych zabezpieczeń oraz uprawnienia do wniesienia skargi do Trybunału przeciwko państwu naruszającemu ich prawa (§ 78).

W przypadku skargi Bankovicia kwestionowane działania nastąpiły w Federalnej Republice Jugosławii w czasie, gdy nie była ona jeszcze członkiem Konwencji. Nie ma więc zastosowania argument mówiący o luce prawnej. Warto przytoczyć *in extenso* kluczowy fragment wyroku zawierający rozbudowaną tezę. Sędziowie oznajmili, że „Konwencja to wielostronny traktat funkcjonujący [...] w zasadniczo regionalnym kontekście i w przestrzeni prawnej umawiających się państw. Federalna Republika Jugosławii oczywiście nie należy do tej przestrzeni. Konwencja nie została pomyślana jako mająca zastosowanie na całym świecie, nawet w odniesieniu do postępowania umawiających się państw. Dlatego konieczność uniknięcia luki bądź próżni w ochronie praw człowieka Trybunał uwzględnił, by stwierdzić istnienie

⁴⁷ *Berić i inni przeciwko Bośni-Hercegowinie*, decyzja z 16.10.2007 r., skargi 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 i 25496/05.

jurysdykcji tylko wtedy, jeśli dane terytorium – gdyby nie wystąpiły szczególne okoliczności – byłoby objęte Konwencją” (§ 80).

Lektura zacytowanego fragmentu może sugerować, że Konwencja będzie ekstraterytorialnie stosowana jedynie wówczas, gdy odmienna decyzja oznaczałaby pozbawienie konwencyjnych praw wcześniej zagwarantowanych na pewnym terytorium. Stanowisko to oznaczałoby, że takie same działania, np. personelu wojskowego zatrzymującego określone osoby, raz podlegałyby kognicji Trybunału (gdy mają miejsce w przestrzeni prawnej Konwencji), innym razem już nie (w państwie lub terytorium spoza Konwencji)⁴⁸. Późniejsze wyroki w sprawach *Issa* i *Öcalan* oraz w „skargach irackich” pokazały jednak, że Konwencja znajdzie zastosowanie również do sytuacji poza przestrzenią prawną Konwencji.

Zgadzam się z poglądem, który powstała sprzeczność tłumaczy w następujący sposób: kryterium przestrzeni prawnej znajdzie zastosowanie, gdy w grę wchodzi terytorium innego państwa członkowskiego. Wówczas w celu wykazania jurysdykcji nie ma potrzeby użycia innych łączników. Te ostatnie są potrzebne w odniesieniu do obszarów „spoza przestrzeni”⁴⁹. Uważam przy tym, że wskazanie przez sędziów na regionalny charakter Konwencji nie powinno różnicować wymogów w zależności od tego, czy terytorium nienależące do przestrzeni prawnej znajduje się w Europie, czy poza nią.

Uważam ponadto, że pojęcia przestrzeni prawnej nie należy ograniczać do sytuacji znanej z postępowań dotyczących północnego Cypru, gdy konwencyjny obszar zmniejszyłby się w konsekwencji uznania, że w następstwie interwencji jednego państwa-strony na części terytorium innego powstały „nowe”, separatystyczne władze, które nie podlegają Konwencji. Moim zdaniem przestrzeni prawnej nie należy ujmować retrospektywnie, a więc ograniczać do wydarzeń które miały miejsce wtedy, gdy oba państwa Konwencja już wiązała. Przestrzeń prawną Konwencji należy rozumieć dynamicznie, uwzględniając nowe akcesje. Dlatego konstrukcja ta daje się zastosować również w odniesieniu do Naddniestrza. Rozłamowa republika znalazła się – jako formalnie część Mołdowy – w konwencyjnej przestrzeni z chwilą wejścia w życie Konwencji w odniesieniu do Kiszyniowa (czyli 12 września 1997 roku). Federację Rosyjską konwencyjne obowiązki zaczęły wiązać 5 maja 1998 roku.

Zakończenie

Wypracowane reguły dotyczące ekstraterytorialnego stosowania Konwencji będą zapewne i w przyszłości przedmiotem wielu „gorących” wyroków. W przypadku Polski powołanie się na konwencyjne prawa jest możliwe w kontekście naszej obecności wojskowej w Afganistanie. Jeśli przykładowo nie doszłoby do przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaś-

⁴⁸ Tak np. A. Rùth, M. Trilsch, *European Convention on Human Rights – NATO military operation in Kosovo – notion of “jurisprudence” under Article 1 – conditions for extraterritorial applicability of the Convention*, “American Journal of International Law”, 2003, vol. 97, no. 1, s. 171.

⁴⁹ Zob. G. Ress, *Problems of extraterritorial human rights violations – the jurisdiction of the European Court on Human Rights: the Banković case*, “Italian Journal of International Law”, 2002, vol. 12, s. 63; *idem*, *State responsibility for extraterritorial human rights violations: the case of Banković*, „Zeitschrift für Europarechtlichen Studien”, 2003, H. 6, s. 84; M. Gondek, *op. cit.*, s. 376-377; R. Lawson, *Life after Banković: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, [w:] *Extraterritorial Application of the Human Rights Treaties*, ed. by F. Coomans, M.T. Kamminga, Antwerp 2004, s. 114.

niającego w sprawie tragicznych wydarzeń w Nangar Khel (w sierpniu 2007 roku w wyniku ostrzału wioski przez polski oddział zginęło sześciu mieszkańców, a szereg zostało rannych), Trybunał byłby właściwy do rozpoznania skargi.

Obecnie przedmiotem analizy Wielkiej Izby Trybunału jest skarga Gruzji przeciwko Rosji, dotycząca wojny sierpniowej z 2008 roku⁵⁰. W Strasburgu są również skargi wniesione przez Gruzynów, którzy musieli uciekać z Abchazji, a zwłaszcza z Południowej Osetii. Rozstrzygając o swojej właściwości, Trybunał będzie musiał się wypowiedzieć o analogicznych kwestiach, jak te, które wystąpiły w sprawach dotyczących Naddniestrza. Dodatkowym zagadnieniem prawnym, jakie stanie przed Trybunałem, będzie proklamowanie niepodległości przez Abchazję i Osetię Południową, uznawanej przez pięć krajów⁵¹, ale odrzucanej przez wszystkie poza Rosją państwa Rady Europy. W tym kontekście może też pojawić się kwestia „prawnej przestrzeni Konwencji” w retrospektywnym ujęciu, jakie sugerowałem powyżej.

Pomijając już przypadek „sytuacji wojennej”, który zakłada możliwość użycia siły, istnieje też problem tzw. *targeted killings*. Czy państwo-strona Konwencji może ponosić odpowiedzialność za umyślne zabójstwa dokonywane poza granicami kraju przez swoich agentów? Dosłowne odczytanie reguł ze sprawy *Banković* wiodłoby do wniosku, że jeśli osoba stanowiąca cel ataku nie została wcześniej zatrzymana (nie zaczęła podlegać „władzy i kontroli” funkcjonariuszy państwa), Konwencja nie ma zastosowania. Jeden element – nieistotny w zestawieniu z kwalifikacją sprawcy, jego zamiarem i samym skutkiem – stawałby się rozstrzygający. Trudno więc zgodzić się z takim poglądem. Autor opracowania uważa, że *targeted killing* rodzi odpowiedzialność państwa na mocy Konwencji. Nie widzi powodów, aby w przypadku takiego zabójstwa dokonywanego w kraju Konwencja miała zastosowanie, a poza nim już nie⁵².

Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights. The formative case law and new developments

(Summary)

As a principle, the European Convention is presumed to be applicable to the territory of particular member States. Only exceptionally can jurisdiction, to which Article 1 refers, be understood as reaching beyond the State's territory.

Dealing on a case by case basis with situations giving (potentially) rise to the Convention's extraterritorial effect, the European Court on Human Rights (and the European Commission on Human Rights that existed till 1998) established a bundle of tests (and sub-tests) to identify whether the Convention is or is not applied in a given case. Starting from some consular cases, the Strasbourg institutions then moved to cases on State-supported centres of power (northern Cyprus, Transdnistria) and operations performed by

⁵⁰ Skarga 38263/08. Postępowanie jest bardzo zaawansowane, odbyła się już rozprawa przed Wielką Izbą (13.06.2012 r.). Wyrok powinien zapaść w najbliższych miesiącach.

⁵¹ Są to Rosja, Wenezuela, Nikaragua, Nauru i Tuvalu.

⁵² Analogicznie zdaje się argumentować sędzia Giovanni Bonello (zdanie równoległe do wyroku *Al-Skeini*) podczas swoich rozważań dotyczących „transgranicznego” zastrzelenia jednostki (strzelec znajduje się poza granicą kraju, w którym powoduje śmiertelny skutek).

State agents outside their own territory. The elaborated tests (effective control, authority and control) did not offer a clear picture of the relevant Convention standard. The situation became even more complicated by the criterion of belonging or not of a given area to the Convention legal space.

The article identifies critical points in the development of the Convention standard on extraterritorial application and demonstrates how the European Court has attempted in its recent case law (Iraqi cases) to put into order the existing approaches. Despite these efforts the Convention standard still remains complicated and open to divergent interpretations. It is suggested that a simpler test of effective control or a functional approach (as suggested by Giovanni Bonello, judge of the European Court) would suffice to define the area within which a State is – be it territorially or extraterritorially – responsible.

Zasady międzynarodowej odpowiedzialności państw za naruszenia praw człowieka dokonane przez podmioty niepaństwowe. Autonomiczność koncepcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

W dniu 16 czerwca 2005 roku Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Storck przeciwko Niemcom* jednomyślnie orzekł, że Niemcy naruszyły Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹ w zakresie jej art. 5 (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego) oraz art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) w związku z umieszczeniem i pobytem skarżącej w prywatnej klinice psychiatrycznej².

Skargę do ETPC złożyła Waltraud Storck, która spędziła niemal 20 lat w najróżniejszych placówkach i szpitalach psychiatrycznych. ETPC w szczególny sposób zwrócił uwagę na okres od 29 lipca 1977 do 5 kwietnia 1979 roku, w którym to skarżąca, na prośbę ojca uzasadnioną licznymi konfliktami rodzinnym, została umieszczona w zamkniętej, prywatnej klinice psychiatrycznej. Doszło do tego bez zgody zarówno jej (w tym czasie osiągnęła pełnoletniość), jak i sądu.

Skarżąca wielokrotnie podejmowała próby ucieczki z kliniki, była jednak siłą sprowadzana do niej przez policję. Leczone ją na schizofrenię, ale jej stan zdrowia sukcesywnie się pogarszał. W 1994 roku została sporządzona opinia ekspertów, w której diagnoza o schizofrenii została uznana za błędną, a jako rzeczywisty powód jej złego stanu zdrowia uznano konflikt z rodziną. W efekcie niewłaściwego leczenia skarżąca jest całkowicie niesprawna. 12 lutego 1997 roku wystąpiła do sądu z pozwem przeciwko klinice. Domagała się w nim odszkodowania za szkody wynikłe z jej zatrzymania i pobytu w prywatnej klinice oraz w publicznej klinice uniwersyteckiej. Choć sąd w pierwszej instancji pozytywnie rozpatrzył jej pozew, to sąd apelacyjny oddalił roszczenia. Podobne decyzje podjęły Federalny Trybunał Sprawiedliwości i Federalny Trybunał Konstytucyjny, odrzucając jej skargi.

W niniejszym wyroku ETPC zwrócił uwagę na szereg naruszeń, istotnych z punktu widzenia ochrony praw człowieka³. Biorąc pod uwagę temat tego opracowania, najistotniejsze jest ustalenie Trybunału, że rząd niemiecki naruszył swoje zobowiązania pozytywne do ochrony skarżącej przed naruszeniami jej wolności osobistej, które zostały dokonane przez osoby prywatne.

Zagadnienia będące przedmiotem szczegółowej analizy

Wyrok w sprawie *Storck przeciwko Niemcom* stanowi doskonałą ilustrację obecnej linii orzeczniczej Trybunału w zakresie międzynarodowej odpowiedzialności państw-stron za

* Dr Elżbieta Hanna Morawska, Katedra Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarne, Instytut Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Tekst w języku polskim: Dz. U. 1993, Nr 36, poz. 175, 178 ze zm.

² *Storck przeciwko Niemcom*, wyrok ETPC z 16.06.2005 r., skarga nr 61603/00.

³ Resolution CM/ResDH(2007)123: Execution of the judgment of the ECtHR *Storck against Germany*.

działania podmiotów niepaństwowych (ang. *non-state actors*), nawet wówczas, gdy nie są one ani strukturalnie ani funkcjonalnie powiązane z państwem.

Po pierwsze, potwierdza on, że na gruncie prawa EKPC taka odpowiedzialność państwa w ogóle ma miejsce, co stanowi element *lex specialis* charakterystyczny dla wybranych gałęzi powszechnego prawa międzynarodowego, w tym prawa międzynarodowego praw człowieka i konsekwentnie jest przejawem procesu fragmentacji powszechnego prawa międzynarodowego⁴.

Po drugie, przywołany wyrok pokazuje, że podmioty niepaństwowe nie ponoszą bezpośrednio międzynarodowej odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. W rzeczywistości jest to nadal odpowiedzialność państwa jako pierwotnego i zarazem fundamentalnego podmiotu prawa międzynarodowego⁵. Nałożenie na państwo odpowiedzialności za naruszenie praw człowieka dokonane przez podmioty niepaństwowe wiąże się z jednej strony z konstrukcją przypisania (ang. *attribution*) państwu aktu naruszenia zobowiązania, a więc z konstrukcją, która jest centralnym elementem zasad odpowiedzialności państw określonych przez Komisję Prawa Międzynarodowego w Artykułach o odpowiedzialności państwa za czyny międzynarodowo bezprawne (dalej: Artykuły)⁶, z drugiej zaś strony z kryterium należytej staranności (ang. *due diligence*).

Po trzecie, ponieważ odpowiedzialność państwa wynikać może z naruszenia wiążących go zobowiązań⁷, wydaje się konieczne zwrócenie uwagi na treść tych zobowiązań⁸.

Wyrok ETPC w sprawie *Storck przeciwko Niemcom* pokazuje, że nie są to klasyczne zobowiązania negatywne, których istotą jest zakaz dokonywania arbitralnej, nieuzasadnionej

⁴ W kontekście fragmentacji prawa międzynarodowego zob. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, First report: Study on the function and scope of *lex specialis* rule and the questions of *self contained regimes*, UN Doc. ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1(2004) [134]. Zagadnienie fragmentacji prawa międzynarodowego zostało włączone w zakres prac Komisji Prawa Międzynarodowego w 2000 r. (Report of the International Law Commission, UN Official Records of the General Assembly, 55th session, Supp. 10, UN Doc. A/55/10 (2000), § 729), a w 2002 r. utworzona została specjalna Study Group on the Fragmentation of International Law (Report of the Study Group on Fragmentation of International Law, UN Doc. A/CN.4/L.628 (2002), § 4–6. Pracom tej grupy przewodniczył Martti Koskenniemi.

⁵ W. Czaplinski, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 131, 133 i nn.; A. Cassese, *International law*, Oxford 2001, s. 46; S.R. Ratner, *Corporations and human rights: A theory of legal responsibility*, "Yale Law Journal", 2001–2002, vol. 111, no. 443, s. 447.

⁶ Opracowane przez KPM i ostatecznie przyjęte na jej 53. posiedzeniu (2001 r.) Articles on responsibility of states for international wrongful acts zostały zaakceptowane przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych na mocy rezolucji nr 56/83 z 28.01.2002 r. (Responsibility of states for international wrongful acts); zob. Komentarz KPM do Artykułów: Report of ILC, Fifty-third session, UN GAOR, Fifty-sixth session, Supp. No. 10 (A/56/10) (dalej: Komentarz do Artykułów); w polskiej literaturze przedmiotu termin *wrongful acts* tłumaczony jest również jako *czyny niedozwolone*. Tak np. M. Frankowska, *Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności państw – nowa forma kodyfikacji prawa międzynarodowego*, [w:] *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa prof. Renaty Sonnenfeld-Tomprek*, red. J. Menkes, Warszawa 2006, s. 167–193.

⁷ Por. art. 2 Artykułów (*Elements of an internationally wrongful act of a State*): *There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:(a) is attributable to the State under international law; and(b) constitutes a breach of an international obligation of the State.*

⁸ Por. Art. 12 Artykułów (*Existence of a breach of an international obligation*): *There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.*

i nadmiernej ingerencji w prawa i wolności jednostek, ale zobowiązania pozytywne, z których wynika nakaz podejmowania odpowiednich kroków (ang. *appropriate steps*), aby zapewnić zagwarantowanym prawom skuteczną i rzeczywistą ochronę⁹.

Pojęcie i kategoryzacja podmiotów niepaństwowych

Choć termin „podmioty niepaństwowe” funkcjonuje w literaturze przedmiotu i w orzecznictwie z zakresu praw człowieka, wymaga jednak pewnego dookreślenia na potrzeby tego opracowania. Może być on bowiem rozumiany szeroko i obejmować wszystkie podmioty, które nie są organami władzy publicznej (państwowej), choć wykonują pewne elementy tej władzy, są więc powiązane funkcjonalnie z państwem¹⁰. Ze względu na ten związek są one określane jako podmioty parapaństwowe (ang. *parastatal actors*)¹¹. Termin „podmioty niepaństwowe” można rozumieć wężiej, mianowicie jako określenie podmiotów, które nie tylko znajdują się poza strukturą organów państwa, ale również nie partycypują w żadnym zakresie w wykonywaniu funkcji państwa¹².

Powyższa kategoryzacja podmiotów niepaństwowych jest istotna z punktu widzenia orzecznictwa ETPC. Pozwala bowiem na ukazanie jego specyfiki oraz odmienności w stosunku do stanowiska KPM w sprawie międzynarodowej odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne oraz amerykańskiej doktryny *state action*¹³.

Tak rozumiane podmioty niepaństwowe nie mają jednorodnej struktury. Można wyróżnić pośród nich dwie grupy. Pierwszą, podstawową kategorię stanowią jednostki (osoby fizyczne), co znajduje wyraz w międzynarodowych instrumentach z zakresu praw człowieka, zarówno o zasięgu powszechnym, jak i regionalnym. Natomiast drugą grupą są osoby prawne, w tym różnego rodzaju korporacje, w szczególności korporacje wielonarodowe¹⁴.

⁹ Zob. np. *Mikulić przeciwko Chorwacji*, wyrok ETPC z 7.02.2002 r., skarga nr 53176/99, §12; *X i Y przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 26.03.1985 r., skarga nr 8978/80, §23; *Botta przeciwko Włochom*, wyrok ETPC z 24.02.1998 r., skarga nr 21439/93, §33; *Keegan przeciwko Irlandii*, wyrok ETPC z 26.05.1994 r., skarga nr 16969/90, §49; *Zawadzka przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 23.06.2005 r., skarga nr 48542/99, §53.

¹⁰ Do takiej sytuacji odnosi się art. 5 Artykułów (*Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority*): *The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.*

¹¹ Zob. *International human rights and humanitarian law. Treaties. Cases and analysis*, ed. by F.F. Martin, S.J. Schnably, R.J. Wilson, J.S. Simon, M.V. Tushnet, Cambridge, 2006, s. 134; Raport pt. *Zambia. Deregulation and the denial of human rights*, marzec 2002. *Raport przedłożony Komitetowi Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych*; zob. też rezolucję Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1907 (2009) w sprawie nałożenia na Erytreę sankcji w związku z sytuacją w Somalii.

¹² W ten właśnie sposób termin „podmioty niepaństwowe” jest rozumiany w tym opracowaniu.

¹³ Zob. *International Human Rights and Humanitarian law, op. cit.*, s. 133-135.

¹⁴ Zob. np. S.R. Ratner, *op.cit.*; J. Symonides, *Odpowiedzialność korporacji wielonarodowych za przestrzeganie i promocję praw człowieka*, [w:] *Globalizacja a stosunki międzynarodowe*, red. E. Haliżak, R. Kuźniar, J. Symonides, Bydgoszcz 2004; M. Żenkiewicz, *Problem odpowiedzialności korporacji wielonarodowej w prawie międzynarodowym praw człowieka*, „Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social”, 2010/2011, no. 1-2, s. 57-81; dostępne [na:] <http://www.eumed.net>. Używając terminu „korporacja” lub „korporacja wielonarodowa” nie mam na uwadze konkretnej formy prawnej. Termin ten używam w szerokim znaczeniu, tak jak jest on rozumiany w prowadzonej już od dawna dyskusji o naruszeniach praw człowieka w szczególności w krajach, w których różnego rodzaju firmy inwestują i rozwijają swoją działalność (w literaturze przedmiotu

Ta dwoistość strukturalna przekłada się na zróżnicowanie zakresu stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka wobec tych podmiotów, bowiem wobec osób prawnych prawa człowieka mają zastosowanie tylko w ograniczonym stopniu¹⁵ i brak jest w tym zakresie wyrażonego *ius commune*¹⁶.

Równocześnie należy mieć na uwadze możliwość przypisania tym podmiotom niepaństwowym odmiennych ról w sferze ochrony praw człowieka. Skutkuje to brakiem jasności co do ich pozycji i budzi uzasadnione wątpliwości¹⁷. Podmioty niepaństwowe mogą być, choć w różnym zakresie, podmiotami uprawnionymi do korzystania z praw człowieka. Występują więc w roli, sięgając do cywilistycznej konstrukcji zobowiązań, wierzyciela wobec państwa, w tym wypadku dłużnika. Z drugiej zaś strony coraz częściej podmioty niepubliczne, w szczególności korporacje wielonarodowe, postrzegane są jako podmioty zobowiązane do ochrony praw człowieka i konsekwentnie jako podmioty, które powinny ponosić odpo-

określane są one jako *host state*, w przeciwieństwie do *home state*, a więc państwa w którym mają one siedzibę). Zob. D.M. Chirwa, *The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights*, "Melbourne Journal of International Law", 2004, vol. 1; na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego zob. np. E. Mongelard, *Corporate civil liability for violations of international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross”, 2006, vol. 88, no 863.

¹⁵ Na gruncie prawa EKPC, w efekcie dynamicznej wykładni Konwencji dokonanej pierwotnie przez Europejską Komisję Praw Człowieka (zob. np. *N.V. Televisier przeciwko Holandii*, decyzja EKPC z 3.10.1968 r., skarga nr 2690/65) i podtrzymanej przez ETPC, osoba prawna jest objęta bezpośrednią ochroną (ang. *direct protection*), co nie oznacza, że jest ona podmiotem uprawnionym do korzystania ze wszystkich zagwarantowanych w Konwencji praw; natomiast takiej ochrony nie ma na gruncie Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych (zgodnie z Preambułą do Paktu, prawa człowieka wynikają z godności przyrodzonej osobie ludzkiej), choć obecne stanowisko Komitetu Praw Człowieka ONZ w tym zakresie pozbawione jest kategoryczności (por. General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 2004-05-26. CCPR/c/21/Rev.1/Add.13); z kolei na gruncie Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka osoba prawna ma tylko uprawnienia proceduralne w zakresie postępowania przed Komisją (por. art. 61 § 1 Konwencji). Dodatkowo, art. 1 § 2 stanowi, że „dla celów niniejszej Konwencji termin «osoba» oznacza każdą istotę ludzką (ang. *every human being*)”. Zob. *Cantos przeciwko Argentynie*, wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: IACtHR) z 7.09.2001 r., §22-29; *Perozo przeciwko Wenezueli*, wyrok IACtHR z 28.01.2009 r., § 74 i 399; w kontekście europejskiego prawa praw człowieka, w szczególności EKPC, zob. C. Mik, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994; P.H. van Kempen, *Human rights and criminal justice applied to legal persons. Protection and liability of private and public juristic entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR*, "Electronic Journal of Comparative Law", 2010, vol. 14.3, s. 3; *idem*, *The recognition of legal persons in international rights instruments: protection against through criminal justice*, [w:] *Corporate criminal liability, Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*, ed. by M. Pieth, R. Ivory, [b.m.] 2011, s. 355 -389.

¹⁶ Na temat idei *ius commune* na gruncie międzynarodowego prawa praw człowieka zob. O. de Schutter, *International human rights law. Cases, materials, commentary*, Cambridge 2010, s. 31 i nn.; podobna zresztą sytuacja ma miejsce na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego, które, choć sukcesywnie rozszerza swój zakres podmiotowy, to jak dotąd nie jest bezpośrednio stosowane do osób prawnych; zob. na ten temat np. M.N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, "Chicago Journal of International Law", 2005, vol. 5, no. 2, s. 511-546.

¹⁷ Jak istotne i poważne są to wątpliwości, pokazuje przebieg prac nad Deklaracją Podkomisji ds. promocji i ochrony praw człowieka. Komisja Praw Człowieka ONZ, *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*. Zob. L.C. Backer, *Multinational corporations, transnational law: the United Nations' norms on the responsibilities of transnational corporations as a harbinger of corporate social responsibility in international law*, "Columbia Human Rights Law Review", 2005, vol. 37, s. 101 i nn. Zob. też przypis nr 126.

wiedzialność za akty naruszenia tych praw¹⁸. W tym opracowaniu przedmiotem szczególowej analizy jest to ostatnie zagadnienie.

Odpowiedzialność pośrednia i bezpośrednia podmiotów niepaństwowych

Koncepcja nałożenia na podmioty niepaństwowe bezpośrednich zobowiązań, ich treść oraz relacja do zobowiązań państw jest równie ważna, co sporna. O ile bowiem na przykład Dana Weiss i Ronen Shamir twierdzą, że zobowiązania podmiotów niepaństwowych są „pojęciowo niezależne od zobowiązań państw w sferze praw człowieka i dlatego powinny być oceniane odrębnie”¹⁹, Tom Obokota uznaje to za niemożliwe, twierdząc: *In order to hold that international human rights law imposes direct obligations upon non-State actors and that they can be held directly accountable, it must be shown that international human rights law is directly enforceable against them [...] In examining the current status of international human rights law, it becomes apparent that a horizontal application is not possible. As a result, non-State actors do not bear legal obligations and therefore cannot be held directly accountable*²⁰.

To kategoryczne stanowisko Obokoty, reprezentatywne dla klasycznego, zachodniego podejścia²¹, stoi w opozycji do Deklaracji Podkomisji ds. promocji i ochrony Praw Człowieka Komisji Praw Człowieka ONZ *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, stanowiącej, że państwo w ramach ogólnych obowiązków (ang. *general obligations*), ma: *the primary responsibility to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including ensuring that transnational corporations and other business enterprises respect human rights. Within their respective spheres of activity and influence, transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including the rights and interests of indigenous peoples and other vulnerable groups*²².

Choć powyższa Deklaracja nie została zaakceptowana przez Radę Praw Człowieka ONZ²³, to jej wyrazistość ułatwia wskazanie dwóch odmiennych stanowisk zajmowanych w debacie o odpowiedzialności podmiotów niepaństwowych, w szczególności korporacjach wielonarodowych, za naruszenia praw człowieka.

¹⁸ D. Kinley, J. Tadaki, *From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law*, „*Virginal Journal of International Law*”, 2004, vol. 44.

¹⁹ R. Shamir, D. Weiss, *Corporate accountability to human rights: the case of the Gaza strip*, „*Harvard Human Rights Journal*”, 2011, vol. 24, s. 177.

²⁰ T. Obokota, *Smuggling of human beings from a human rights perspective: obligations of non-state and state actors under international human rights law*, „*International Journal of Refugee Law*”, 2005, vol. 17, s. 394.

²¹ C.M. Vázquez, *Direct vs. indirect obligations of corporations under international law*, „*Columbia Journal of Transnational Law*”, 2005, working paper no. 844367, s. 927.

²² Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), par. 1; o znaczeniu tej deklaracji zob. C.F. Hillemanns, *UN norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, „*German Law Journal*”, 2003, vol. 4, no. 10, s. 1065-1080.

²³ S.-D.O.V. Bachmann, P.P. Miretski, *Global business and human rights – the UN norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights – a requiem*, „*Deakin Law Review*”, 2012, vol. 17, no. 1; C.M. Vázquez, *op.cit.*, s. 928-929.

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem podmioty niepaństwowe powinny ponosić bezpośrednią odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak i międzynarodowego²⁴. Natomiast w świetle drugiego za naruszenia praw człowieka bezpośrednią, ale i wyłączną odpowiedzialność międzynarodową ponoszą państwa. One też są bezpośrednimi adresatami obowiązków wynikających z traktatów międzynarodowych. Dotyczy to zarówno zobowiązań negatywnych, jak i pozytywnych. Natomiast podmioty niepaństwowe, w tym w szczególności korporacje wielonarodowe, mogą wspierać państwo w tym zakresie poprzez dobrowolne²⁵ działania, takie jak wewnętrzne korporacyjne polityki i kodeksy postępowania²⁶, ale o ich odpowiedzialności nie rozstrzyga prawo międzynarodowe²⁷. To ostatnie stanowisko, jak pisze Carlos M. Vázquez, ma status obowiązującego na gruncie prawa międzynarodowego praw człowieka²⁸.

Komisja Prawa Międzynarodowego wobec międzynarodowej odpowiedzialności państwa na gruncie prawa międzynarodowego praw człowieka

Państwo, będąc pierwotnym i bezpośrednim adresatem zobowiązań z zakresu praw człowieka, jest w oczywisty sposób wyłącznym podmiotem ponoszącym bezpośrednią odpowiedzialność za naruszenie tych zobowiązań²⁹.

Zasada odpowiedzialności państwa, której korzenie tkwią w idei ochrony praw cudzoziemców³⁰, zaliczana jest obecnie do powszechnych zasad prawa międzynarodowego (ang. *general principle of international law*)³¹. Jak pisze Malcolm Shaw, wynika ona z natury prawa międzynarodowego, które opiera się na państwach jako podmiotach go stanowiących i stosujących oraz wywodzi się z dwóch powiązanych ze sobą doktryn: suwerenności państwa oraz równości państw³².

Równocześnie problematyka międzynarodowej odpowiedzialności jest jedną z tych dziedzin, w której najpełniej widoczny jest proces fragmentacji prawa międzynarodowego, w efekcie czego dochodzi do zróżnicowania zasad odpowiedzialności na gruncie z jednej strony powszechnego prawa międzynarodowego, z drugiej – prawa międzynarodowego humanitarnego³³ oraz prawa międzynarodowego praw człowieka. Przekłada się to na brak jed-

²⁴ Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, UN ESCOR, 55th sess., Agenda Item 4, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Dokument ten został przyjęty przez Podkomisję 26.08.2003 r.

²⁵ Na temat tzw. *voluntary approaches* zob. R. Mayne, *Regulating TNCs: The role of voluntary and governmental approaches* [w:] *Regulating International Business: Beyond Liberalization*, ed. by S. Picciotto, R. Mayne, London 1999, s. 235-256.

²⁶ Jako przykład: Code of conduct for European enterprises operating in developing countries, Texts adopted by the European Parliament, Official Journal of the European Communities, C 104/180 z 14.04.1999 r.

²⁷ Może to czynić co najwyżej prawo wewnętrzne (krajowe).

²⁸ C.M. Vázquez, *op.cit.*, s. 932.

²⁹ Podobnie: V. Engström, *Who is responsible for corporate human rights violations?*, Turku 2002, s. 14.

³⁰ I. Brownlie, *System of the law of nations: state responsibility*, t. I, Oxford 1983; A.T. Gallagher, *The international law of human trafficking*, Cambridge 2010, s. 220.

³¹ I. Brownlie, *Principles of public international law*, 5th ed., Oxford 1998, s. 436.

³² M. Shaw, *International law*, 5th ed., Cambridge 2003, s. 541.

³³ Swoistym symbolem tego procesu jest pierwszy wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego z 14.03.2012 r. (*Prokurator przeciwko Thomasowi Lubandze Dyllo*). Izba Orzekająca MTK jednomyślnie uznała Thomasa Lubangę za winnego zbrodni wojennej polegającej na wcielaniu lub werbowaniu dzieci poniżej piętnastego

nolitego stanowiska w literaturze przedmiotu co do zasadności i możliwości przenoszenia skodyfikowanych w Artykułach przez KPM zasad międzynarodowej odpowiedzialności państwa za czyny bezprawne na grunt prawa międzynarodowego praw człowieka. Tym bardziej, że są to normy drugiego rzędu (ang. *secondary rules*) i jako takie nie mają zastępować traktatowych norm pierwszego rzędu (ang. *primary rules*)³⁴. Tłumacząc ten podział norm prawa międzynarodowego, Antonio Cassese trafnie podkreśla, że: *It is now generally acknowledged that a distinction can be made between 'primary rules' of international law, that is, those customary or treaty rules laying down substantive obligations for States (on State immunities, treatment of foreigners, diplomatic and consular immunities, respect for territorial sovereignty, etc.), and 'secondary rules', that is, rules establishing (i) on what conditions a breach of a 'primary rule' may be held to have occurred and (ii) the legal consequences of this breach*³⁵. Możliwość takiego przenoszenia zdecydowanie odrzuca na przykład Andrew Clapham, twierdząc w kontekście EKPC, że „prawo praw człowieka wypracowało katalog obowiązków państwa, których nie można zrozumieć stosując normy pierwotne dotyczące ochrony dyplomatycznej cudzoziemców i normy wtórne dotyczące odpowiedzialności państwa”³⁶.

Odmienne stanowisko zajmują Viljam Engström³⁷ i Danwood Mzikenge Chirwa, w ocenie których prawa człowieka i powszechne prawo międzynarodowe powinny być traktowane jako *forming parts of a single whole*³⁸. Za takim podejściem, co podkreśla również Robert McCorquodale, przemawiać ma stanowisko samej KPM³⁹, która w oficjalnym Komentarzu do Artykułów podkreśliła, że są one istotne dla wszystkich obszarów prawa międzynarodowego, nawet dla tych obszarów, w ramach których funkcjonują odrębne mechanizmy kontroli, takie jak traktatowe organy kontrolne w sferze praw człowieka (ang. *human rights treaty monitoring bodies*)⁴⁰.

Co więcej, choć stosowanie Artykułów zostało wyłączone w przypadku gdy istnienie, treść i stosowanie odpowiedzialności państwa są regulowane przez specjalne postanowienia (*lex specialis*) prawa międzynarodowego⁴¹ – a prawo międzynarodowe praw człowieka takie specjalne postanowienia i procedury zawiera – to w raporcie na temat fragmentacji prawa międzynarodowego KPM uznała, że gałęzie prawa międzynarodowego takie jak prawa

roku życia do sił zbrojnych lub używania ich w działaniach zbrojnych, co stanowi inne poważne naruszenie praw i zwyczajów w obrębie ustalonych ram prawa międzynarodowego mających zastosowanie do konfliktów zbrojnych, które nie mają charakteru międzynarodowego; posiedzenie w sprawie kary wyznaczono na 13.06.2012 r. cyt. za: R. Tarnogórski, *Pierwszy wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Biuletyn PISM”, 2012, nr 45 (910).

³⁴ Na temat powyższego podziału zob. np. J. Crawford, *The ILC's Articles on responsibility for states for internationally wrongful acts: a retrospect*, „The American Journal of International Law”, 2001, vol. 96, s. 876-879.

³⁵ A. Cassese, *International law*, 2nd ed., Oxford 2005, s. 321.

³⁶ A. Clapham, *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford 2006, s. 318; podobnie we wcześniejszej pozycji: *idem*, *The "Drittwirkung" of the Convention [w:] The European system for the protection of human rights*, ed. by R.S.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht-Boston 1993, s. 163, 170.

³⁷ V. Engström, *op.cit.*, s. 15.

³⁸ D.M. Chirwa, *op.cit.*

³⁹ R. McCorquodale, *Impact on state responsibility*, [w:] *The impact of human rights law on general international law*, ed. by M.T. Kamminga, M. Scheinin, Oxford 2009, s. 237.

⁴⁰ Komentarz KPM do części II i III Artykułów.

⁴¹ Art. 55 Artykułów (*Lex specialis*): *These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.*

człowieka są „specjalnymi reżimami” (ang. *special regimes*), ale nie pozostają poza ramami powszechnego prawa międzynarodowego⁴². Innymi słowy, sama KPM podkreśla, że Artykuły mają zastosowanie do „całego obszaru odpowiedzialności międzynarodowej państw, niezależnie od tego, czy zobowiązanie zostało zaciągnięte wobec jednego czy kilku państw, wobec jednostki, grupy czy też społeczności międzynarodowej jako całości”⁴³.

Powyższe stanowisko powinno być odczytywane z uwzględnieniem dwóch wyraźnych ograniczeń w zakresie stosowania Artykułów wobec międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Pierwsze z nich wynika z art. 33 ust. 2 Artykułów, drugie zaś z art. 55.

Zgodnie z art. 33 Artykułów odnoszą się one do odpowiedzialności państwa wobec trzech określonych kategorii podmiotów, wśród których nie ma podmiotów niepaństwowych. Zgodnie bowiem z art. 33 ust. 1 Artykułów⁴⁴ mają one zastosowanie do odpowiedzialności państwa z tytułu zobowiązań, jakie ma ono wobec innego państwa, wobec kilku państw i wobec społeczności międzynarodowej jako całej (ang. *as a whole*)⁴⁵. Zakres Artykułów jest zatem podwójnie ograniczony, gdyż mają one zastosowanie tylko do odpowiedzialności państwa wobec określonych podmiotów, z wyłączeniem – co do zasady – podmiotów niepaństwowych⁴⁶. To ograniczenie jest oczywiste w świetle postanowienia ust. 2 art. 33 Artykułów stanowiącego, że: *This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State*. Znajduje on również potwierdzenie w Komentarzu do Artykułów⁴⁷. Uzasadniając stanowisko KPM, jej Specjalny sprawozdawca James Crawford podał dwa powody. Po pierwsze, *the responsibility of non-state entities for breaches of international law raises novel and difficult questions, and could have given rise to significant controversy*, a po drugie *the acceptability of the text as a whole might have been put in question*⁴⁸. Tym samym względy praktyczne, a nie wyłącznie merytoryczne przesądziły o przyjęciu w Artykułach, jak to określił Crawford,

⁴² Zob. przypis nr 1 oraz ILC Study Grup on fragmentation of international law, First Report: *Study on the function and scope of the lex specialis rule and the question of 'self-contained regimes'*, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1 (2004); w 2006 r. przygotowany został i przedłożony Zgromadzeniu Ogólnemu (61 Sesja; 18.12. 2006 r.) raport zawierający konkluzje pt. *Conclusions of the work of the study group on the fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law* (A/CN.4/L.682 and Corr.1 and Add.1).

⁴³ *The International Law Commission's Articles on state responsibility. Introduction, text and commentaries*, ed. by J. Crawford, 3rd ed., Cambridge 2005, s. 129.

⁴⁴ Art. 33 ust. 1 Artykułów (*Scope of international obligations set out in this Part*): *The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach*.

⁴⁵ W tym kontekście wymaga szczególnego podkreślenia nawiązanie przez KPM w Artykułach do koncepcji *jus cogens* oraz zobowiązań *erga omnes*. Zob. art. 40 i 41 Artykułów.

⁴⁶ D. Pulkowski, B. Simma, *Of planets and the universe: self-contained regimes in international law*, “European Journal of International Law”, 2006, vol. 17, s. 525.

⁴⁷ Komentarz KPM do art. 44 Artykułów, §4: *In cases where the primary obligation is owed to a non-state entity, it may be that some procedure is available whereby that entity can invoke the responsibility on its own account and without the intermediation of any state. This is true, for example, under human rights treaties which provide a right to petition to a court or some other body for individual affected*.

⁴⁸ J. Crawford, *op.cit.*, s. 888.

*a bilateral and purely interstate conception of responsibility*⁴⁹. Oceniając krytycznie to podejście i jego uzasadnienie, Riccardo Pisillo Mazzeschi zarzucił KPM brak uwzględnienia zmian, jakie zaszły na gruncie prawa międzynarodowego i wzroście znaczenia prawa międzynarodowego praw człowieka⁵⁰.

Postanowienia art. 33 ust. 2 Artykułów można również odczytać, podkreśla Crawford, jako *saving clause*, co potwierdza, że traktaty z zakresu praw człowieka jako *primary rules* mogą zagwarantować podmiotom niepaństwowym prawo do zupełnie samodzielnego, a więc bez udziału jakiegokolwiek państwa, inicjonowania procedur w zakresie odpowiedzialności za naruszenia ich praw i wolności⁵¹. Ponieważ Artykuły w ust. 2 art. 33 nie wskazują podmiotów, które mogą być w tym względzie pociągnięte do odpowiedzialności, to tymi podmiotami nie muszą być tylko państwa. Tym samym na gruncie *primary rules* istnieje możliwość uznania podmiotów niepaństwowych za podmioty zobowiązane (i tym samym odpowiedzialne) w sferze praw człowieka⁵².

Powyższa interpretacja postanowień art. 33 ust. 2 Artykułów nie zmienia jednak ogólnej oceny, że KPM nie ustanowiła generalnej zasady co do problematyki odpowiedzialności państwa w relacji do podmiotów niepaństwowych i faktycznie pozostawiła ją, poprzez sięgnięcie do konstrukcji *lex specialis*, odrębnej regulacji⁵³. Równocześnie potwierdziła dwufilarową strukturę procedury pociągania państwa do odpowiedzialności za naruszenie praw człowieka, znajdującej wyraz w dualizmie skarg, który ma miejsce chociażby w systemie EKPC⁵⁴.

Artykuły o odpowiedzialności państwa za czyny międzynarodowo bezprawne w praktyce międzynarodowych organów traktatowych z zakresu praw człowieka

Powyższe postanowienia Artykułów nie oznaczają jednak całkowitej alienacji prawa międzynarodowego praw człowieka spod powszechnego reżimu międzynarodowej odpowiedzialności państw. Wynika to wszelako z praktyki organów traktatowych, które wielokrotnie powołują się na postanowienia Artykułów⁵⁵, co odpowiada generalnemu podejściu, wyrażonemu chociażby przez ETPC. Zgodnie z nim Konwencja nie obowiązuje w próżni i konsekwentnie

⁴⁹ *Ibidem*, s. 887.

⁵⁰ Zob. R. Pisillo Mazzeschi, *The marginal role of the individual in the ILC's Articles on state responsibility*, "Italian Yearbook International Law", 2004, no. 14, s. 39: „mogło być ono do zaakceptowania w latach 50. XX wieku, wówczas gdy KPM rozpoczynała swoją działalność, ale w momencie zakończenia prac jest to podejście statyczne, nie oddające rzeczywistego stanu rzeczy”; w podobnym duchu wypowiada się E. Brown Weiss, *Invoking state responsibility in the twenty-first century*, "The American Journal of International Law", 2002, vol. 96, s. 799.

⁵¹ Komentarz do artykułu 33 ust. 2 § 4 Artykułów: *it may be that some procedure is available whereby that entity can invoke the responsibility on its own account and without the intermediation of any State*.

⁵² E. Brown Weiss, *op. cit.*, s. 815.

⁵³ Zwracają na to uwagę D. Bodansky, J.R. Crook, *The ILC's state responsibility articles. Introduction and overview*, "The American Journal of International Law", 2002, vol. 96, s. 809.

⁵⁴ D. Pulkowski, B. Simma, *op.cit.*, s. 525: *Individual claims procedures are not 'concerned with the same substantive matter' as the rules of state responsibility – to pick up on Fitzmaurice's definition of special rules. The scope of the ILC Articles is limited to the right of states to invoke the responsibility of other states. They have no bearing on the question whether, and under which conditions, individuals are entitled to present claims or to request remedies. Vice versa, the mere existence of an individual claims procedure cannot warrant the conclusion that inter-state invocation is consequently precluded. Rather, the invocation of state responsibility then rests on two pillars*.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 510.

należy ją interpretować w harmonii z odpowiednimi normami prawa międzynarodowego, mając oczywiście na uwadze jej specyfikę jako traktatu gwarantującego prawa człowieka⁵⁶.

Organy traktatowe, stosując zasady zebrane przez KPM w Artykułach, zasadniczo nie Przywołują ich *expressis verbis*⁵⁷, ale nawiązują do nich w sposób dorozumiany. Właśnie w taki sposób postanowienia Artykułów przywołał Międzjamerykański Trybunał Praw Człowieka w wyroku w sprawie *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, stwierdzając, że „zgodnie z przepisami prawa [międzynarodowego – przyp. E.M.] dotyczącymi odpowiedzialności międzynarodowej państwa i stosowanymi na gruncie międzynarodowego prawa praw człowieka, działania lub zaniechania każdego organu władzy publicznej, niezależnie od jego usytuowania w strukturze władzy, obciążają państwo, które ponosi odpowiedzialność na warunkach określonych w Amerykańskiej Konwencji [Praw Człowieka – przyp. E.M.]”⁵⁸.

Podobne ustalenia występują w orzecznictwie ETPC⁵⁹, choć w niektórych sprawach Trybunał postanowienia Artykułów powołuje bezpośrednio. Ma to miejsce w przypadku art. 13 oraz⁶⁰ art. 14 Artykułów⁶¹.

Z drugiej strony w wielu wypadkach można odnieść wrażenie, że Trybunał powołując normy (zasady) powszechnego prawa międzynarodowego, w tym dotyczące międzynarodowej odpowiedzialności państwa za akty bezprawne, nie traktuje ich jako regulacji bezwzględnie wiążących, ale jako pewne generalne reguły, które zwykle przywołuje na wstępie swoich ustaleń. Są one następnie uzupełniane, a nawet częściowo lub całkowicie modyfikowane⁶². W efekcie tego ETPC konstruuje odrębne, autonomiczne dla swego orzecznictwa, terminy i koncepcje⁶³.

⁵⁶ *Agim Bebrami i Bekir Bebrami przeciwko Francji*, decyzja ETPC z 31.05.2007 r., skarga nr 71412/01; *Ruzhdi Saramati przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii*, decyzja ETPC z 31.05.2007 r., skarga nr 78166/01, § 122. Podobnie: *Al-Adsani przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 21.11.2001 r., skarga nr 35763/97, § 151; *Saadi przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 29.01.2008 r., skarga nr 13229/03; *Demir i Baykara przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 12.12.2008 r., skarga nr 34503/97, § 68.

⁵⁷ R. Lawson, *Out of control. State responsibility and human rights: will the ILC's definition of the "act of state" meet the challenges of the 21st century*, [w:] *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, ed. by M. Castermans, F. van Hoof, J. Smith, The Hague 1998, s. 115: [ECHR] *has consistently applied the principles articulated in the ILC Draft Articles on State Responsibility, without, however, referring expressly to the Draft Articles.*

⁵⁸ *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, wyrok IACtHR z 31.08.2001 r., Series C No. 79, 2003, 10 International Human Rights Reports 758, §154: *Together with the above, we must recall what has already been established by this court, based on article 1(1) of the American Convention, regarding the obligation of the State to respect the rights and freedoms recognized by the Convention and to organize public power so as to ensure the full enjoyment of human rights by the persons under its jurisdiction. According to the rules of law pertaining to the international responsibility of the State and applicable under International Human Rights Law, actions or omissions by any public authority, whatever its hierarchic position, are chargeable to the State which is responsible under the terms set forth in the American Convention.*

⁵⁹ Patrz przypis nr 51.

⁶⁰ Tak np. *Blečić przeciwko Chorwacji*, wyrok ETPC z 8.03.2006 r., skarga nr 59532/00, § 48 (przywołanie art. 13 i art. 14 Artykułów).

⁶¹ Tak np. *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, wyrok ETPC z 08.07.2004 r., skarga nr 48787/99, § 320. (powołanie art. 14 ust. 2 Artykułów).

⁶² *Ibidem*, § 314-319.

⁶³ G. Letsas, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, “European Journal of International Law”, 2004, vol. 15, no. 2 i przywołane tam pozycje z literatury przedmiotu.

W kontekście międzynarodowej odpowiedzialności państwa za naruszenia praw człowieka, które zostały dokonane przez podmioty niepaństwowe, przykładem takiego terminu może być termin kontroli efektywnej.

Kryterium kontroli efektywnej jako warunek przypisania państwu działań podmiotów niepaństwowych

Pojęcie to wiąże się z postanowieniami art. 2 Artykułów, w świetle których aktem międzynarodowo bezprawnym, za który państwo może ponosić odpowiedzialność międzynarodową, jest taki akt, który m.in. może być przypisany państwu⁶⁴. Państwo ponosi międzynarodową odpowiedzialność za akt międzynarodowo bezprawny podmiotu niepaństwowego wówczas, gdy akt naruszenia międzynarodowych zobowiązań jest aktem państwa (ang. *an act of a State*). Może to nastąpić poprzez przypisanie tego aktu państwu lub na skutek zaakceptowania i uznania go przez państwo jako swój akt (ang. *as its own*)⁶⁵. Jak podkreśla KPM w Komentarzu do Artykułów, *purely private conduct cannot as such be attributed to a State. But it recognizes "nevertheless" that conduct is to be considered as an act of a State*⁶⁶. W przypadku drugiej sytuacji, tj. „akceptacji i uznania aktu przez państwo za swój”, o której stanowi art. 11 Artykułów, jest konieczne nie tylko wyrażenie przez państwo ogólnego poparcia i akceptacji tego aktu, ale ogólnego jednoznacznego uznania go za własny⁶⁷.

Sprawą przywoływaną w kontekście art. 11 Artykułów jest sprawa amerykańskiego personelu dyplomatycznego i konsularnego (*Stany Zjednoczone Ameryki przeciwko Iranowi*), w której MTS uznał, że działania radykalnej grupy islamskich studentów, którzy zbrojnie przejęli kontrolę nad ambasadą USA w Teheranie i konsulatami w Meschedzie i Szirazie biorąc łącznie 66 zakładników, należy przypisać rządowi irańskiemu, jako że władze Iranu na początku nie podjęły wystarczających środków prewencyjnych, aby zapobiec przejściu ambasady, a następnie nie doprowadziły do natychmiastowego ich zakończenia i w końcu je zaaprobowały⁶⁸.

Kryterium kontroli efektywnej jest natomiast odnoszone do instytucji przypisania. Ponadto, zgodnie z art. 8 Artykułów, ma to miejsce w sytuacji, w której *the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*⁶⁹. Kluczową kwestią jest zatem ustalenie istnienia koniecznego

⁶⁴ R. McCorquodale, *op. cit.*, s. 239: autor zwraca uwagę, że postanowienia art. 1 i art. 2 Artykułów są *generally considered to represent customary international law*. Zob. też przywołane tam pozycje z literatury przedmiotu oraz wyrok MTS.

⁶⁵ Zob. część II Artykułów pt. *Attribution of conduct to a state*; o zaakceptowaniu i uznaniu aktu podmiotów niepaństwowych stanowi art. 11 Artykułów. Piszę o tym w dalszej części opracowania.

⁶⁶ Komentarz do Artykułów, s. 52.

⁶⁷ *Ibidem*, § 6, s. 53.

⁶⁸ W sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran (United States of America v. Iran)*, wyrok MTS z 24.05.1980 r., ICJ Reports 3, § 5, 69-71; zob. Komentarz do Artykułów, § 4, s. 53; zob. też R. McCorquodale, *op. cit.*, s. 240; działania studentów zostały uznane za działania Iranu w konsekwencji dekretu Ajatollaha Chomeiniego (ICJ, Reports 1980, ss. 35-6, §73-74).

⁶⁹ Por. art. 8 Artykułów (*Conduct directed or controlled by a State*): *The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.*

dla przypisania stopnia kontroli sprawowanej przez państwo nad postępowaniem takiego podmiotu. Zakres tych sytuacji jest tylko z pozoru szeroki, co podkreśla KPM. Postępowanie podmiotów niepaństwowych może być bowiem przypisane państwu, jeśli kierowało ono konkretną operacją i gdy zarzucane postępowanie było integralną częścią tej operacji⁷⁰. Jeśli więc dany akt był tylko incydem albo został dokonany w sposób przekraczający instrukcję, kierunek i kontrolę państwa, nie będzie ono zań odpowiadać⁷¹.

Z Komentarza do Artykułów wynika, że KPM w konstrukcji art. 8 Artykułów wzorowała się na kryterium kontroli efektywnej ustalonym przez MTS w wyroku z 1986 roku⁷² i potwierdzonym w wyroku w sprawie *The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)* z 2007 roku⁷³.

Wypracowane przez MTS kryterium kontroli efektywnej zostało wszelako odrzucone przez sędziów Izby Apelacyjnej Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii. W sprawie *Prokurator przeciwko Tadićowi* zastosowali oni inne, mniej wymagające kryterium, mianowicie kryterium kontroli ogólnej (ang. *overall control*)⁷⁴.

Z ustaleń ETPC dokonanych chociażby w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* wynika natomiast, że Trybunał, choć powołuje się na *the relevant principles of international law, a State's responsibility* w kontekście kryterium kontroli efektywnej⁷⁵, to zarazem stwierdza, że *It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned*⁷⁶.

W ten sposób ETPC wydaje się odrzucać wykładnię kryterium kontroli efektywnej przyjętą przez MTS i KPM. Niemniej z dalszych ustaleń ETPC wynika, że w to miejsce nie przyjmuje kryterium kontroli ogólnej wypracowanego przez MTKbJ, a faktycznie, powołując się na przedmiot i cel Konwencji, konstruuje własne, autonomiczne stanowisko, które z kolei zostało odrzucone przez MTS jako nie mające zastosowania do powszechnych reguł odpowiedzialności państwa⁷⁷.

⁷⁰ *The International Law Commission's Articles, op. cit.*, s. 110.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Nicaragua v. United States of America*, wyrok MTS z 27.06.1986, Reports 14.

⁷³ *The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, wyrok MTS z 26.02.2007 r., Reports 18 (dalej: *Sprawa Ludobójstwa*).

⁷⁴ *Prosecutor v. Tadić*, wyrok MTKJ z 15.07.1999 r., ICTY-94-1-A. Tę rozbieżność stanowisk między MTS a MTKJ KPM w dokumencie nt. fragmentacji prawa międzynarodowego uznała ten spór między MTS a MTKJ za spór normatywny powstały *between general law and a particular, unorthodox interpretation of general law*; zob. International Law Commission Study Group on fragmentation of international law, First Report: Study on the Function and Scope of Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes', UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD. 1 /Add. 1 (2004) [134].

⁷⁵ *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, § 314: *According to the relevant principles of international law, a State's responsibility may be engaged where, as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises in practice effective control of an area situated outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.*

⁷⁶ *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, § 315; zob. też *Loizidou przeciwko Turcji (merits)*, wyrok z 18.12.1996 r., skarga nr 15318/89, § 56.

⁷⁷ Zwraca na to uwagę R. McCorquodale, *op.cit.*, s. 246.

W ocenie ETPC ten konieczny dla przypisania konkretnych działań państwu stopień kontroli ma miejsce, gdy – jak to ustalił w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* w odniesieniu do przypisania Rosji działań mołdawskiego separatystycznego reżimu określającego siebie jako Naddniestrzańską Republiką Mołdawską⁷⁸ – wykazane zostanie, że to państwo udziela bądź udzielało politycznego i militarnego wsparcia danemu podmiotowi, który pozostaje *under the effective authority or at the very least the decisive influence*⁷⁹.

Wyrok w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* wyznaczył w zakresie omawianego kryterium nową linię orzecznictwa ETPC, która następnie została potwierdzona chociażby w wyroku *Issa i inni przeciwko Turcji*⁸⁰ oraz w sprawach „irackich”⁸¹. Zastosowane w nich kryterium odbiega od początkowego, stosowanego w sprawach „cyprijskich”, tj. kryterium *effective overall control of the territory*⁸² i równocześnie nawiązuje do kryterium *the power or effective control*, które stosuje Komitet Praw Człowieka ONZ⁸³.

Dodatkowo ETPC nie odróżnia w wyraźny i konsekwentny sposób trzech terminów, mianowicie jurysdykcji, odpowiedzialności i przypisywalności. W rzeczywistości, co podkreśla John Cerone, Trybunał miesza te pojęcia⁸⁴. Dowodzą tego ustalenia merytoryczne w sprawach „cyprijskich”, w których ETPC w ogóle rezygnuje z terminu *attribution*, stosując inny, mianowicie *imputability*⁸⁵.

⁷⁸ *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, § 392-393.

⁷⁹ *Ibidem*, § 392: *All of the above proves that the “MRT”, set up in 1991-92 with the support of the Russian Federation, vested with organs of power and its own administration, remains under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation.*

⁸⁰ *Issa i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 16.11.2004 r., skarga nr 31821/96, § 65-73, w tym § 71, w którym ETPC stwierdził, że *a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State’s authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State.* Należy zastrzec, że sprawa *Issa i inni przeciwko Turcji* dotyczy tylko aspektu ekstraterytorialności działań żołnierzy tureckich; w tej linii orzecznictwa ETPC nie mieści się wyrok z 12.12.2001 r. w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i 16 pozostałym państwom*, skarga nr 52207/99, (dalej: sprawa *Banković i inni*).

⁸¹ *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 7.07.2011 r., skarga nr 55721/07; *Al-Jedda przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 7.07.2011 r., skarga nr 27021/08.

⁸² Zob. *Loizidou przeciwko Turcji*, § 56; *Cypr przeciwko Turcji*, wyrok z 10.05.2001 r., skarga nr 25781/94, § 75-77.

⁸³ General Comment No. 31 Nature of the general legal obligation imposed on states parties to the Covenant: 2004-05-26, § 10; zob. też stanowisko Komitetu Praw Człowieka z 29.07.1981 r. w sprawie *Lopez Burgos v. Uruguay*, nr 52/1979, § 12.3 oraz w sprawie *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, nr 56/1979, § 10.3.; zob. też A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994, s. 51-52.

⁸⁴ J. Cerone, *Out of Bounds? Considering the Reach of International Human Rights Law*, Center for Human Rights and Global Justice, New York School of Law, 2006, working paper no. 5, s. 29. W wyroku w sprawie *Banković i inni* ETPC zastosował jednak to rozróżnienie.

⁸⁵ Np. *Cypr przeciwko Turcji*, § 75-76; można byłoby to wytłumaczyć faktem, że wówczas KPM nie zakończyła prac nad Artykułami; niemniej termin *imputability* użyty został również w innych sprawach, m.in. w sprawie *Assanidze przeciwko Gruzji*, w kontekście „przypisania” działań władz Adżarii (Adżarskiej Republice Autonomicznej) Gruzji; § 144-150; por. *Damayev przeciwko Rosji*, wyrok z 29.05.2012 r., skarga nr 36150/04, § 69: *In such circumstances and in the absence of any reasonable explanation of what happened on 8 April 2004 in Rigakboy having been given by the Government, the Court considers it established that the applicant’s wife’s and children’s deaths were caused by the federal military aerial attack. Hence, the Court finds that the six deaths were imputable to the State.*

Co więcej, Trybunał nie skupia się na pojęciu przypisywalności, co korespondowałoby z koncepcją KPM (art. 2 Artykułów), w której kwestia czy dany akt (działanie lub zaniechanie) może być przypisany państwu (ang. *attributable to the State*) ma rozstrzygające znaczenie dla ustalenia, czy w ogóle ma miejsce akt międzynarodowo bezprawny i zarazem jest ona odrębna od kwestii naruszenia przez państwo swoich międzynarodowych zobowiązań⁸⁶. Trybunał zaś koncentruje się na pojęciu jurysdykcji, co ma uzasadnienie w treści art. 1 EKPC, które łączy z odpowiedzialnością⁸⁷. Termin jurysdykcja jest więc kluczowym terminem rozstrzygającym o odpowiedzialności państwa na gruncie prawa EKPC⁸⁸. Widoczne jest to również w najnowszych sprawach, chociażby wyroku w sprawie *Ivanțoc i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*⁸⁹.

Reasumując, pomimo powoływania się na postanowienia Artykułów, ETPC w rzeczywistości często zajmuje odmienne stanowisko od stanowiska KPM.

Kryterium należytej staranności jako kryterium odpowiedzialności państwa za naruszenia praw człowieka dokonane przez podmioty niepaństwowe

Zastosowanie omawianego kryterium do odpowiedzialności państw z tytułu ich zobowiązań pozytywnych wydaje się być kwestią co najmniej otwartą. ETPC, sięgając w sprawie *Iłașcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* po konstrukcję zobowiązań pozytywnych w odniesieniu do Mołdawii, stwierdził, że choć nie wykonywała ona władzy nad tą częścią swojego terytorium, które faktycznie było pod kontrolą efektywną NRM⁹⁰, *to even in the absence of effective control over the Transdnestrian region, Moldova still has a positive obligation under Article 1 of the Convention to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that it is in its power to take and are in accordance with international law to secure to the applicants the rights guaranteed by the Convention*⁹¹.

W podobny sposób MTS wypowiedział się w wyroku w sprawie *The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)* z 2007 roku⁹². Również i w tej sprawie państwo – tu Serbia – nie wykonywało, jak ustalił MTS, kontroli efektywnej nad paramilitarnymi siłami bośniackich Serbów; mimo to MTS uznał, że Serbia naruszyła swój obowiązek pozytywny

⁸⁶ J. Cerone, *op. cit.*, s. 26-27; podobnie R. McCorquodale, *op. cit.*, s. 246.

⁸⁷ *Cypr przeciwko Turcji*, § 80: *subject to its subsequent considerations on the issue of private parties, that the matters complained of in the instant application fall within the 'jurisdiction' of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention and therefore entail the respondent State's responsibility under the Convention.*

⁸⁸ Zwraca na to uwagę R. McCorquodale, *op. cit.* s. 247.

⁸⁹ *Ivanțoc i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, wyrok ETPC z 15.11.2011 r., skarga nr 23687/05§ 105: *The Court recalls that in the case of Ilașcu, Ivanțoc, Leșco and Petrov-Popa v. Moldova and Russia, it found, in the light of the principles governing the concepts of jurisdiction and of State responsibility for a wrongful act summarised in paragraphs 311 to 321, that the applicants were within the jurisdiction of the Republic of Moldova for the purposes of Article 1 of the Convention but that Moldova did not exercise authority over that part of its territory under the effective control of the "Moldovan Transdnestrian Republic". Therefore, Moldova's responsibility could not be engaged under Article 1 of the Convention on account of a wrongful act within the meaning of international law.*

⁹⁰ *Ibidem*, § 330.

⁹¹ *Ibidem*, § 331; powyższe ustalenia ETPC powtórzył w wyroku w sprawie *Ivanțoc i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*.

⁹² *Sprawa Ludobójstwa*.

zapobieżenia ludobójstwu. Prawny obowiązek takiego działania wynika z postanowień art. 1 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, będących dla tych zobowiązań *primary rules*. W ich świetle „umawiające się Strony potwierdzają, że ludobójstwo, popełnione zarówno w czasie pokoju jak podczas wojny, stanowi zbrodnię w obliczu prawa międzynarodowego, oraz zobowiązują się zapobiegać tej zbrodni i karać ją”⁹³.

Określając zakres tego zobowiązania, MTS orzekł, że rząd serbski był zobowiązany „zastosować wszelkie środki, jakie obiektywnie rzecz ujmując/w granicach racjonalnych oczekiwań były mu dostępne, tak aby zapobiec ludobójstwu tak dalece, jako to możliwe”⁹⁴. Wykonując to zobowiązanie państwo powinno działać z należytą starannością (ang. *due diligence*), której stopień jest różny w różnych państwach i zależy od zdolności państwa do „skutecznego oddziaływania na działania osób, które mogą dopuścić się lub już dopuściły się ludobójstwa”⁹⁵. To z kolei zależy od czynników takich jak odległość państwa od miejsca zdarzenia; stopień powiązań między organami państwa i głównymi aktorami wydarzeń oraz od konkretnego prawnego stanowiska państwa wobec wydarzeń i ludzi stojących w obliczu lub doświadczających ludobójstwa⁹⁶.

W opisanych powyżej sprawach, tak jak to określił MTPC w kluczowej dla kryterium należytej staranności sprawie *Velasquez Rodriguez przeciwko Hondurasowi, an illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention*⁹⁷.

Zobowiązania pozytywne są więc zobowiązaniami staranności (ang. *the due diligence obligation*)⁹⁸. Jako takie są też określane jako zobowiązania wymagające od państwa *best effort*⁹⁹. Jak zauważa Robert P. Barnidge, „bez tego wysiłku, lub bez jakiegokolwiek wysiłku, zobowiązania staranności zostaną naruszone, a państwo może zostać pociągnięte do odpowiedzialności”¹⁰⁰. Nie jest to odpowiedzialność za działania podmiotów niepaństwowych, które zostały przypisane państwu, ale odpowiedzialność państwa za jego własne zaniechanie, tj. brak reakcji na naruszenia praw człowieka dokonane przez podmioty niepaństwowe¹⁰¹.

⁹³ Tekst w języku polskim: Dz.U. 1952 nr 2 poz. 9.

⁹⁴ *Sprawa Ludobójstwa*, §430.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Velasquez Rodriguez przeciwko Hondurasowi (merits)*, wyrok IACHR z 29.07.1988 r., Series C, No. 4., § 172.

⁹⁸ R. Pisillo Mazzeschi, *The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states*, „German Yearbook of International Law”, 1992, vol. 35, s. 9-51; R.P. Barnidge jr., *The due diligence principle under international law*, „International Community Law Review”, 2006, vol. 8, no. 1, s. 81-121.

⁹⁹ R.P. Barnidge jr., *op.cit.*, s. 50; P.-M. Dupuy, *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, „European Journal of International Law”, 1999, vol. 10, no. 2, s. 378-379; zob. też G.S. Goodwin-Gill, *State Responsibility and the "Good Faith" Obligation in International Law*, [w:] *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, ed. by M. Fitzmaurice, D. Sarooshi, Oxford 2004, s. 77-78; R. Pisillo Mazzeschi, *The due diligence rule...*, s. 46-49.

¹⁰⁰ R.P. Barnidge jr., *op.cit.*, s. 50.

¹⁰¹ W tym kontekście zob. np. *Opuz przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 09.06.2009 r., skarga nr 33401/02; E.H. Morawska, *Odpowiedzialność państwa za bierność wobec przemocy domowej i dyskryminację jej ofiar. Glosa do wyroku ETPC z 9.06.2009 r. w sprawie Opuz v. Turcja*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 2.

Zatem nie dochodzi do zmiany podmiotu zobowiązanego i ponoszącego międzynarodową odpowiedzialność, a jak pisze Vázquez, *defects in protection against violations by other individuals are to be construed as due to the State: the fault of domestic legislation, of the courts, or the administrative authorities. This Drittwirkung is indirect*¹⁰². W ten właśnie sposób rozumiane zobowiązania pozytywne są generalnie nakładane na państwa we wszystkich systemach ochrony praw człowieka¹⁰³, w tym również na gruncie EKPC¹⁰⁴.

Co więcej, ETPC nakłada je na państwa-strony również w sytuacji, w których akty naruszeń praw człowieka dokonane zostały przez podmioty niepaństwowe poza granicami państwa-strony. Taką możliwość dopuścił w sprawie *Cypr przeciwko Turcji*, choć zaznaczył, że skarżący muszą wykazać ponad wszelką wątpliwość, że naruszenia praw osób będących pod jurysdykcją państwa-strony, a dokonane przez podmioty niepaństwowe, były wyrazem stałej praktyki administracyjnej i w ogóle „polityki przyzwolenia lub pobłażania dla tego typu naruszeń”¹⁰⁵. Tym samym kryterium rozstrzygającym o istnieniu zobowiązań i *de facto* odpowiedzialności państwa jest prowadzenie tego rodzaju polityki. Podobne stanowisko zajął MTPC w powołanej wyżej sprawie *Velasquez Rodriguez przeciwko Hondurasowi*, stwierdzając, że *what is decisive is whether a violation of the rights recognized by the Convention has occurred with the support or the acquiescence of the government, or whether the State has allowed the act to take place without taking measures to prevent it or to punish those responsible*¹⁰⁶.

To szerokie stosowanie kryterium *due diligence* ma jednak pewne granice. Jak trafnie zauważa Dinah Shelton, MTPC w sprawie *Velasquez Rodriguez przeciwko Hondurasowi* odwołując się do koncepcji *due diligence* rozróżnił trzy kategorie zobowiązań, które ciążyą na państwie w zakresie ochrony praw człowieka. Istotą pierwszego z nich jest powstrzymanie się od naruszeń zagwarantowanych praw człowieka, drugiego – prewencja w zakresie naruszeń dokonywanych przez państwo i podmioty niepaństwowe, a trzeciego prowadzenie postępowań wyjaśniających oraz karanie zarówno za państwowe, jak i niepaństwowe naruszenia¹⁰⁷.

¹⁰² C.M. Vázquez, *op.cit.*, s. 937-938.

¹⁰³ Zgodnie z koncepcją KPM podziału norm prawa międzynarodowego na normy pierwszego (ang. *primary rules*) i drugiego rzędu (ang. *secondary rules*), zobowiązania staranności mogą nakładać na państwa normy pierwszego rzędu.

¹⁰⁴ Jest ono również stosowane w afrykańskim systemie ochrony praw człowieka. Zob. decyzję Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów z 2001 r. w sprawie *The Social and Economic Rights Action Centre and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria (SERAC Case)*, w której Komisja uznała, że rząd Nigerii ponosi odpowiedzialność za naruszenie praw zagwarantowanych w artykułach: 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 oraz art. 24 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów; w kontekście zobowiązań pozytywnych i kryterium *due diligence* zob. w szczególności § 57.

¹⁰⁵ *Cypr przeciwko Turcji*, § 81: *As to the applicant Government's further claim that this "jurisdiction" must also be taken to extend to the acts of private parties in northern Cyprus who violate the rights of Greek Cypriots or Turkish Cypriots living there, the Court considers it appropriate to revert to this matter when examining the merits of the specific complaints raised by the applicant Government in this context. It confines itself to noting at this stage that the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage that State's responsibility under the Convention. Any different conclusion would be at variance with the obligation contained in Article 1 of the Convention.*

¹⁰⁶ *Velasquez Rodriguez przeciwko Hondurasowi*, § 173.

¹⁰⁷ *Ibidem*, § 151, 155-56, 164, 174-177.

W efekcie tego kryterium *due diligence* odnoszone jest zasadniczo tylko do jednej kategorii zobowiązań pozytywnych, mianowicie do zobowiązań do ochrony przed naruszeniem praw człowieka, w których istotną rolę odgrywają działania prewencyjne. Na gruncie prawa międzynarodowego praw człowieka i w literaturze przedmiotu są one określane jako zobowiązanie do ochrony (ang. *obligation to protect human rights*)¹⁰⁸. Kwestią sporną jest natomiast zastosowanie tego kryterium do drugiej kategorii pozytywnych zobowiązań¹⁰⁹, których istotą jest podjęcie działań nie tyle ochronnych, ile mających zapewnić uprawnionym podmiotom możliwość korzystania z zagwarantowanych w Konwencji praw (ang. *obligations to fulfil human rights*)¹¹⁰.

Pisillo Mazzeschi, mając na uwadze socjalny wymiar tej kategorii zobowiązań, formułuje odrębne kryterium, mianowicie kryterium progresywnej realizacji¹¹¹. Oddaje ono istotę tych zobowiązań i rzeczywisty zakres odpowiedzialności państw.

Pośredni efekt horyzontalny jako przejaw aktywności organów traktatowych na gruncie międzynarodowego prawa praw człowieka

Tak szerokie i powszechne nakładanie na państwa zobowiązań pozytywnych, które *de facto* oznacza odpowiedzialność państwa za naruszenia praw człowieka dokonane przez podmioty niepaństwowe, stanowi nową strategię w sferze ochrony praw człowieka. Jej autorami (twórcami) nie są państwa, ale międzynarodowe trybunały oraz inne organy traktatowe z zakresu praw człowieka¹¹². Są nimi również sądy krajowe, co potwierdzają sprawy przed amerykańskimi sądami federalnymi¹¹³ rozstrzyganymi na gruncie

¹⁰⁸ Zob. np. H. Shue, *The interdependence of duties*, [w:] *The right to food*, ed. by M. Nijhoff, The Hague 1982, s. 83-95; *idem*, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, Princeton 1980; A. Eide, *The right to adequate food as a human right*. Report, E/CN.4/Sub. 2/1983/25 (1983); *idem*, *The right to adequate food as a human right*. Report, E/CN.4/Sub.2/1987/23 (1987); Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ General Comment No 12, *The right to adequate food* (art. 11) (E/C. 12/1999/5, 12.05. 1999 r.; Komitet Praw Człowieka ONZ General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 2004-05-26, CCPR/c/21/Rev.1/Add.13.

¹⁰⁹ Taką możliwość rozważa C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der europäischen Menschenrechtskonvention*, [b.m.] 2003, s. 294 i nn.

¹¹⁰ Por. stanowisko ETPC zajęte w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* odnośnie zarzutu skarżących o braku właściwej opieki medycznej § 219-220; znamienne jest również wyłącznie w kategoriach zobowiązań negatywnych podejście ETPC zajęte w sprawie *Loizidou* wobec zarzutu naruszenia postanowień art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 1; na tę kategoryzację zobowiązań pozytywnych na gruncie prawa EKPC wskazuje m.in. C. Dröge, *op. cit.*

¹¹¹ R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, Alphen aan den Rijn 2008, w szczególności s. 429-489.

¹¹² Szczególnie wiodącą rolę odgrywają tutaj organy traktatowe ONZ, w tym Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ: zob. General Comment No 14 (The Right to the Highest Attainable Standard of Health) (2000); General Comment No 12 (The Right to Adequate Food) (1999), *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by the Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.5 (2002).

¹¹³ Wiodące sprawy na gruncie ATCA to: *Kiobel przeciwko Royal Dutch Petroleum*; *Sarei przeciwko Rio Tinto*; *Civil suit against Chuckie Taylor*; *Presbyterial przeciwko Coca-Cola Company*; *Bowoto przeciwko Chevron Corp.*; *Wang Xiaoning przeciwko Yahoo!*; *Doe przeciwko Unocal*. Zob. A.J. Wilson, *Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable in the Alien Tort Claims Act*, Symposium – *Transnational Corporations and Human Rights*, Global Law Working Paper 01/05, NYU School of Law, New York, NY 10012.

ATCA¹¹⁴. Pokazują one, jak doktryna *state action* może być odpowiednio modyfikowana, aby sprostać współczesnym zagrożeniom dla praw człowieka¹¹⁵.

Podmioty te są inspirowane i wspierane są przez doktrynę międzynarodowego prawa praw człowieka¹¹⁶ oraz różnego rodzaju działania międzynarodowych i krajowych organizacji pozarządowych i rządowych, zaangażowanych w szeroko rozumianą ochronę praw człowieka¹¹⁷. Dużą rolę odgrywają też podobne tendencje na gruncie pokrewnych gałęzi prawa międzynarodowego, w tym w szczególności prawa humanitarnego¹¹⁸. Elementem tej strategii jest wkroczenie praw człowieka w relacje między podmiotami niepaństwowymi, w efekcie czego tradycyjna, wertykalna struktura ochrony praw człowieka traci na ostrości.

Widoczny jest dodatkowo proces stopniowego odchodzenia od fundamentalnej dla liberalnej doktryny praw człowieka dychotomii sfer życia jednostki, mianowicie na sferę wolną od regulacji ze strony państwa (prywatną) oraz jej podlegającą (publiczną)¹¹⁹.

W literaturze przedmiotu postulowane są jednak dalej idące zmiany. Ich orędownikiem jest Clapham, w ocenie którego EKPC *does not primarily operate at the inter-state level, as it grants remedies to individuals; effective protection demands that the Convention control private actors; the Convention takes effect in the national order of the Contracting Parties and constitutes a kind of ordre public; a public/private dichotomy is arbitrary, unreasonably discriminatory, and perpetrates the exclusion of certain kinds of violations of rights*¹²⁰.

¹¹⁴ US Code: Title 28 *Judiciary and Judicial Procedure* – Part IV: Jurisdiction and Venue (§ 1251-1631) – Chapter 85 – District courts; Jurisdiction (§§ 1330-1369) – § 1350. *Alien's action for tort: The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*; (US Code: a consolidation and codification by subject matter of the general and permanent laws of the United States).

¹¹⁵ C. Dröge, *op. cit.*, s. 385; w ocenie C. Dröge dla tego procesu fundamentalne znaczenie miało krytyczne stanowisko sformułowane już w latach 30-tych XX wieku przez Roberta L. Hale'a. Zob. R.L. Hale, *Force and the State: A Comparison of 'Political' and 'Economic' Compulsion*, "Columbia Law Review", 1935, vol. 35, s. 149-201; N. Duxbury, *Robert Hale and the Economy of Legal Force*, "Modern Law Review", 1990, vol. 53, no. 4, s. 421-444; C.D. Stone, *Corporate Vices and corporate virtues: do public/private distinctions matter?*, "University of Pennsylvania Law Review", 1982, vol. 130, no. 6, s. 1441-1509; C. Hioureas, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: Is corporate liability under the alien tort statute on its way out?*, "Berkeley Journal of International Law Publicist", 2011, vol. 9.

¹¹⁶ Zob. szczególnie A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996; *Non-state actors and human rights. Collected Courses of the Academy of European Law*, ed. by Ph. Alston, Oxford 2005.

¹¹⁷ Przykłady tych działań podaje S.R. Ratner, *op.cit.*, s. 446-447.

¹¹⁸ Zdaniem A. Claphama szczególnie ważne są tutaj dwie kwestie: po pierwsze, stanowisko Międzynarodowego Czerwonego Krzyża (*International Committee of the Red Cross*, zob. *Customary International Humanitarian Law*, ed. by J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, vol. 1: *Rules*, New York 2005) oraz utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego; statut MTK sporządzony został w Rzymie 7.07.1998 r.; Polska ratyfikowała statut 9.05.2003 r. (Dz. U. z 2003, Nr 78, poz. 708).

¹¹⁹ Zob. np. General Comment No. 5 w sprawie osób niepełnosprawnych, w którym Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych apeluje do państw-stron: *ensure that not only the public sphere but also the private sphere are, within appropriate limits, subject to regulation to ensure the equitable treatment of persons with disabilities ... it is essential that private employers, private suppliers of goods and services and other non-public entities should be subject to both non-discrimination and equality norms in relation to persons with disabilities* (§ 11); podobnie A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*; o dyskusji na temat tej dychotomii na gruncie doktryny liberalizmu zob. B. Grabowska, *Sfera publiczna – zbyteczna czy niezbędna w państwie liberalnym?*, „Filo-Sofija”, 2003, nr 1(3), s. 183-192.

¹²⁰ A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, s. 188.

Konieczność dokonania tych zmian Clapham uzasadnia czterema, jak sam je określa, niebagatelnyymi zjawiskami¹²¹. Pierwszym jest globalizacja w świecie ekonomii, w efekcie której potężną pozycję osiągnęły duże korporacje ponadnarodowe, międzynarodowe instytucje finansowe oraz inne wielostronne instytucje¹²². Drugi stanowi prywatyzacja tradycyjnie państwowych sektorów życia społecznego i gospodarki. Dotyczy to w szczególności zdrowia, edukacji, więziennictwa, wody¹²³, komunikacji, sił bezpieczeństwa i szkoleń militarnych. Oczywiście staje się, że wraz z prywatyzacją tych sektorów dostęp do nich zależy nie tylko od państwa, ale podmiotów nimi władających. Trzecie zjawisko to wzrost w wewnętrznych konfliktach zbrojnych sytuacji potęgujących rozdrobnienie państw (ang. *fragmentation of states*), co doprowadziło do zwiększenia wymagań wobec niepaństwowych grup rebelianckich. Mogą one wykraczać poza akceptowany minimalny rdzeń międzynarodowego prawa humanitarnego (ang. *core minimum of international humanitarian law*). Czwartym jest zmiana w podejściu do praw kobiet na gruncie międzynarodowego prawa praw człowieka. Traktaty międzynarodowe szczególnie wymagają od państw podejmowania działań mających na celu ochronę kobiety w dotychczasowej sferze prywatnej oraz zagwarantowania kobietom praw w życiu publicznym i prywatnym¹²⁴.

Sednem tego stanowiska jest teza o konieczności nałożenia na podmioty niepaństwowe zobowiązań z zakresu praw człowieka i konsekwentnie bezpośredniej międzynarodowej odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. Uznawane jest to za konieczność, gdyż, jak zauważa Chris Jochnick, „skupienie się prawa praw człowieka niemal wyłącznie na odpowiedzialności państwa nie tylko nie przystaje do współczesnych relacji pomiędzy organami państwa, ale też powoduje, że staje się one niezrozumiałe. Skoncentrowanie uwagi wyłącznie na rządach państw nie tylko wypacza rzeczywistość, przesłaniając rosnącą słabość władzy na szczeblu krajowym, ale także chroni inne podmioty przed większą odpowiedzialnością. Skupienie się na odpowiedzialności państwa tworzy też fałszywe poczucie sztywności i niemożliwości dokonania zmian w sferze stosunków społeczno-politycznych i istniejących nierówności”¹²⁵. Te stanowiska, choć istotne z punktu widzenia dyskursu naukowego i potencjalnego rozwoju ochrony praw

¹²¹ *Idem*, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, s. 3-4; zob. też Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights: Progress Report Submitted by J Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in Accordance with Sub-Commission Resolution 1999/8 and Commission on Human Rights Decision 2000/102*, UN ESCOR, 53rd session, Provisional Agenda Item 4, [4], UN Doc E/CN.4/Sub.2/2001/10 (2001).

¹²² Nie chodzi zatem tylko o korporacje, ale również banki i inne międzynarodowe instytucje finansowe. Jednocześnie wskazał na to Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych, stwierdzając, że międzynarodowe instytucje finansowe *should pay greater attention to the protection of the right to health in their lending policies, credit agreements and structural adjustment programmes*. General Comment Nos. 14 (The Right to the Highest Attainable Standard of Health) (2000) and 12 (The Right to Adequate Food) (1999), Compilation of General Comments and General Recommendations adapted by the Human Rights Treaty Bodies, HRI/GEN/1/Rev.5 (2002).

¹²³ Prywatyzacja wody ma szczególne znaczenie w krajach Afryki Południowej; zob. np. P. Bond, D. McDonald, G. Ruiters, *Water Privatisation in Southern Africa: The State of the Debate*, “Economic and Social Rights Review”, 2003, vol. 4, issue 4.

¹²⁴ Feministyczne podejście na gruncie międzynarodowego prawa praw człowieka jest szeroko analizowane w literaturze przedmiotu; jedną z nowszych pozycji, w której zostało ono opisane, jest monografia A. Edwards, *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge 2011.

¹²⁵ C. Jochnick, *Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights*, “Human Rights Quarterly”, 1999, vol. 21, no. 1, s. 59.

człowieka, nie doprowadziły jak dotąd do zmiany pozycji państwa¹²⁶. Państwa nadal są, jak pisze Engström, *primary actors in international relations and international law and still perform central functions*¹²⁷.

The principles of international responsibility of states for human rights violations by non-state actors. The autonomous nature of the ECtHR's concept

(Summary)

This paper discusses the following main issues: 1) the notion and categorization of non-state actors; 2) direct and indirect responsibility of non-state actors; 3) the approach of the International Law Commission to the international responsibility of a state under international human rights law 4) *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts* in international practice of human rights treaty monitoring bodies; 5) effective control test as a condition for attribution of acts of non-state actors to the State; 6) due diligence test for determining state responsibility for human rights violations by non-state actors; 7) indirect horizontal effect as a manifestation of the treaty bodies' activities under international human rights law.

The analysis of the ECtHR case-law shows that under the ECHR law the States parties incur international responsibility for human rights violations by non-state actors, even if there are no structural or functional connections between them. Such responsibility is a result of the violation of positive obligations imposed on the States Parties by the ECHR.

The crucial issue is the legitimacy (and possibilities) of implementation of the principles of international responsibility of the State for wrongful acts, as codified by the ILC in the Articles, in international human rights law. For example, Clapham rejects such a possibility, whereas Engström and Chirwa deem it necessary. The ILC itself emphasizes that the Articles are applicable to "the whole field of the international responsibility of States", however, this shall be read with due regard to Article 33, paragraph 2, and Article 55 of the Articles and Crawford's proposal to adopt "a bilateral and purely interstate conception of responsibility" in the Articles. As regards the issue of State responsibility for actions of non-state actors, the ILC has not established a general rule but left the issue to be separately regulated under a special law (*lex specialis*).

¹²⁶ Aczkolwiek w lipcu 2005 r. Sekretarz Generalny ONZ powołał Johna Ruggiego na stanowisko Secretary-General's Special Representative on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises. Już samo utworzenie takiego stanowiska dowodzi, że jest to coraz ważniejszy problem. Z kolei w 2011 r. Rada Praw Człowieka przyjęła dokument *The UN Protect, Respect and Remedy Framework* (zob. też *The Guiding Principles for Business and Human Rights* dot. implementacji Framework). *The Framework* oparty jest na trzech filarach: pierwszy (ang. *the State duty to protect*) to zobowiązanie państwa do ochrony przed naruszeniami praw człowieka przez osoby trzecie poprzez odpowiednią politykę, regulacje prawne i wymiar sprawiedliwości; drugi filar (ang. *Corporate Responsibility to Respect*) to odpowiedzialność korporacji za poszanowanie praw człowieka, co oznacza unikanie naruszeń praw człowieka oraz zajęcie się kwestią negatywnych skutków tych naruszeń; trzeci filar (ang. *Access to Remedy*) to zapewnienie ofiarom naruszeń dokonanych przez korporacje adekwatnej ich odpowiedzialności oraz efektywnych środków dochodzenia roszczeń, sądowych i pozasądowych.

¹²⁷ V. Engström, op.cit., s. 14.

The provisions of the Articles, although present in the practice of international human rights treaty bodies, have been repeatedly supplemented and even revised in whole or in part. As a result, said bodies, including ECtHR, formulate the concept of international responsibility of states, including the responsibility for human rights violations by non-state actors, in which one can distinguish a number of autonomous terms. Take for instance the term “effective control”. A similar process can be observed in the case of three other terms, namely “jurisdiction”, “responsibility” and “attribution”. When determining the responsibility of the State party, the ECtHR does not focus on the notion of attribution, which would correspond to the position taken by the ILC in its Articles, but on the notion of jurisdiction, making it a key term for determining the responsibility of the State under the ECHR law.

What is important in the context of international responsibility of states-parties for positive obligations is the due diligence test. It is present both in the case-law of ICJ and in the practice of international human rights treaty bodies: IACHR, ECtHR and ACHPR. Positive obligations are mainly due diligence obligations. As such, they are also referred to as obligations to make “best effort”. The breach of these obligations does not result in State responsibility for non-state actors’ actions attributed to the State. Instead, it creates state responsibility for its own omission, i.e. failure to respond to human rights violation by non-state actors.

ECtHR imposes positive obligations on States parties also in the situation in which the acts of violation of human rights are performed by non-state actors outside the territory of a State party. However, the decisive criterion for the existence of obligations and *de facto* responsibility of a State is a consistent administrative practice and generally “the policy of acquiescence and toleration of that type of violations”. A similar position was taken by the IACHR.

In addition, the due diligence test is applied to one category of positive obligations, namely to the obligations to protect against human rights violations, in which an important role is played by preventive measures. The application of the said test to other categories of positive obligations is, however, a matter of dispute.

The imposition on the State party of positive obligations in the sphere of human rights represents a new strategy in the area of human rights protection. Its authors are not States, but international treaty bodies. These are also domestic courts, which is evidenced by cases brought under the ATCA before American federal courts. Such bodies are inspired and supported by the doctrine of international human rights law and various actions of international and domestic non-government and government organizations involved in the protection of human rights in its broad sense. A considerable role is also played by similar tendencies under neighboring areas of international law, including in particular humanitarian law.

One of the results of this strategy is the expansion of human rights into the relations among non-state actors, as a result of which the traditional, vertical structure of the protection of human rights is less clear. In addition, one can trace the process of gradual departure from the doctrine of private/public life dichotomy that is fundamental to the liberal doctrine of human rights.

Scholars postulate far-reaching changes, as a result of which also non-state actors, in particular transnational corporations, could incur direct international responsibility for violation of human rights. However, these postulates, though important from the point of view of a scientific discourse and the potential development of the protection of human rights, have not led so far to the change of the position of the State. Thus, the State remains the primary actor in international relations and international law and still performs central functions.

Ilona Topa*

Prawa ofiar poważnych naruszeń praw człowieka w świetle orzecznictwa regionalnych organów ochrony praw człowieka

Prawa osób pokrzywdzonych poważnymi naruszeniami praw człowieka stanowią istotny element dyskursu o sprawiedliwości międzynarodowej, zwłaszcza w kontekście tzw. sprawiedliwości okresu przemian¹. Niezależnie od pojawiających się wątpliwości, prawo zorientowane na ofiarę zdobywa należne mu miejsce tak w doktrynie prawa międzynarodowego, jak i praktyce różnorodnych instytucji. Początki działań w tym zakresie wiązały się z tzw. trzecią falą demokratyzacji, jaka miała miejsce w państwach Ameryki Łacińskiej i, naturalnie, działalnością amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka. W tym też czasie przyjęto na forum międzynarodowym pierwsze, niewiążące dokumenty dotyczące praw ofiar – w 1985 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło Deklarację podstawowych zasad sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużycia władzy, w której położono nacisk na konieczność zagwarantowania ofiarom możliwości uczestnictwa w postępowaniu karnym oraz uzyskania w jego ramach odszkodowania². Kolejne dokumenty wskazywały na nieodzowność uwzględnienia potrzeb pokrzywdzonych w procesie rozliczania odpowiedzialnych za naruszenia prawa człowieka, zwłaszcza umożliwienia im dochodzenia ich praw³.

W obowiązujących umowach międzynarodowych z zakresu prawa praw człowieka zasadniczo brak jest uregulowań uwzględniających szczególną sytuację osób pokrzywdzonych poważnymi naruszeniami praw człowieka. Pewne proceduralne rozwiązania w tym zakresie przewiduje jedynie Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów – zgodnie z jej art. 58, w sytuacji, gdy okaże się, że zawiadomienie dotyczy szczególnych spraw, które ujawniają istnienie serii poważnych lub masowych naruszeń praw człowieka i ludów, Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów zwraca na nie uwagę Zgromadzenia Szefów Państw i Rządów Unii Afrykańskiej⁴.

* Dr Ilona Topa, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego i Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

¹ T.M. Antkowiak, *An emerging mandate for international courts: victim-centered remedies and restorative justice*, "Stanford Journal of International Law", 2011, vol. 47, s. 283. Zob. też M.Ch. Bassiouni, *International Recognition of Victims' Rights* [w:] *International criminal law*, ed. by M.Ch. Bassiouni, vol. III: *International enforcement*, 3rd ed., Leiden 2008, s. 635; R. Aldana-Pindell, *An Emerging Universality of Justiciable Victims' Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes*, "Human Rights Quarterly", 2004, vol. 26, s. 605 i nn.

² *Declaration of Basic Principles for Victims of Crimes and Abuse of Power*, UN GA Res. 40/34 of 29 November 1985, U.N. Doc. A/RES/40/34 (dalej: Deklaracja podstawowych praw ofiar).

³ Por. np. World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme of Action* of 12 July 1993, U.N. Doc. A/CONF/157/23, § 29.

⁴ Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów przyjęta 26.06.1981 r. w Nairobi, polski tekst [w:] *Prawa Człowieka. Dokumenty Międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993.

Zagadnienie poważnych naruszeń praw człowieka dotyka działalności wszystkich niemalże organów ochrony praw człowieka, w tym m.in. Komisji Praw Człowieka, Komisji przeciwko Torturom czy Izby Praw Człowieka Sądu Państwowego w Bośni i Hercegowinie. Ze względu na obszerność materiału, dokonano koniecznego wyboru poddając badaniu praktykę organów kontrolnych w systemach regionalnych: afrykańskim, europejskim i międzyamerykańskim⁵. W rezultacie, zasadniczym celem niniejszego opracowania jest określenie, przez analizę orzecznictwa i praktyki tych organów ochrony praw człowieka, praw ofiar poważnych naruszeń praw człowieka – gwarantowanych przez prawo międzynarodowe i uznanych we wszystkich tych systemach, a także wskazanie na podobieństwa i różnice, jakie rysują się w tym zakresie. Należy także zastanowić się, czy organy ochrony praw człowieka dysponują rzeczywistymi środkami pozwalającymi na wyegzekwowanie ich rozstrzygnięć, zwłaszcza w kontekście poważnych naruszeń praw człowieka.

Koncepcja ofiary poważnego naruszenia praw człowieka

Ofiara

Pierwszą, a zarazem zasadniczą kwestię stanowi zdefiniowanie pojęcia ofiary (pokrzywdzonego)⁶. W najszerszym rozumieniu, termin „ofiara” należałoby odnieść do podmiotu, którego chronione prawem dobro zostało naruszone lub zagrożone w wyniku pogwałcenia chronionych praw lub wolności. We wspomnianej wyżej Deklaracji, ofiary zdefiniowano jako „osoby, które indywidualnie lub kolektywnie odniosły szkodę, w tym także uszczerbek na zdrowiu fizycznym lub psychicznym, cierpienie emocjonalne, stratę materialną bądź poważne ograniczenie ich podstawowych praw przez działania lub zaniechania stanowiące naruszenie prawa karnego w danym państwie, w tym prawa dotyczącego karalnego nadużycia władzy”⁷. Już w tym dokumencie odpowiedziano się za szerokim ujęciem ofiary, uznając zań również najbliższą rodzinę i osoby pozostające na bezpośrednim utrzymaniu ofiary bezpośredniej, a także osoby, które odniosły szkodę w związku z udzielaniem pomocy ofiarom będącym w niebezpieczeństwie bądź zapobiegając ich wiktyimizacji⁸. Co istotne, w podobnie szeroki sposób ujęto pojęcie ofiary w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ bezpośrednio poświęconej prawom ofiar poważnych naruszeń praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego⁹.

⁵ Precyzując, w opracowaniu uwzględniono orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (w niewielkim tylko stopniu odnosząc się do decyzji Europejskiej Komisji Praw Człowieka), Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, ze względu na wagę spraw przezeń rozpatrywanych (pominięto natomiast bogate *case-law* Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka, a która w systemie międzyamerykańskim jest organem właściwym do przyjmowania skarg indywidualnych) oraz organów ochrony praw człowieka w systemie afrykańskim, przy czym, ze względu na krótki okres rzeczywistego działania Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów i niewielką liczbę rozstrzygnięć, konieczne było oparcie się przede wszystkim o decyzje Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów.

⁶ Należy wyjaśnić, że w opracowaniu, dla unikania powtórzeń, terminy te będą stosowane zamiennie, aczkolwiek bardziej poprawny wydaje się być termin „ofiara”. Pojęcie „pokrzywdzony” wiąże się bowiem z rolą procesową w postępowaniu karnym, a zatem jest określeniem o węższym zakresie, a nie każda osoba, obiektywnie uznana za ofiarę, uzyskuje status pokrzywdzonego w świetle prawa karnego.

⁷ Deklaracja podstawowych praw ofiar, art. 1.

⁸ *Ibidem*, art. 2.

⁹ *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of Interna-*

Nie budzi kontrowersji określenie katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi dotyczącej naruszenia praw lub wolności wskazanych w konkretnej umowie międzynarodowej: z art. 34 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁰ wynika jednoznacznie, że czynną legitymację procesową posiadają: jednostka, grupa jednostek, organizacja pozarządowa, które uważają, że stały się ofiarą naruszenia praw konwencyjnych, podobną regulację przewiduje art. 44 Międzyamerykańskiej Konwencji Praw Człowieka¹¹, dopuszczając dodatkowo *actio popularis*. Jeszcze dalej idzie AKPCiL, która w art. 55 daje możliwość składania skarg (zawiadomień) przez jakikolwiek podmiot, aczkolwiek rozpatrzenie skargi uzależnione jest od spełnienia wielu warunków formalnych. Przedmiotem interpretacji organów ochrony praw człowieka jest natomiast określenie warunków determinujących, czy w konkretnej sprawie dany skarżący uzyska czynną legitymację procesową.

Szczególne znaczenie, zwłaszcza w sytuacji poważnych naruszeń podstawowych praw człowieka, takich jak prawo do życia czy zakaz tortur, ma koncepcja tzw. ofiary pośredniej – osoby najbliższej jednostki, której prawa konwencyjne zostały bezpośrednio naruszone. Niejednokrotnie ofiary bezpośrednie już nie żyją i tylko członkowie ich rodzin mogą dochodzić ich praw. Europejska Komisja Praw Człowieka przyznała takie uprawnienie m.in. żonie, która poniosła szkodę finansową i moralną w rezultacie pogwałcenia praw jej małżonka, jak i matce, wnoszącej skargę na złe traktowanie jej zatrzymanego syna¹².

Należy jednocześnie pamiętać, że kategoria ofiar pośrednich nie może być stosowana automatycznie. W każdym przypadku konieczne jest uwzględnienie szczególnych okoliczności konkretnej sprawy – nie wystarczy pozostawanie w określonym stopniu pokrewieństwa z ofiarą bezpośrednią; należy także powołać się na własne doświadczenie sytuujące skarżącego na miejscu ofiary, jak wskazał Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Kurt przeciwko Turcji*, w postaci „cierpienia o takim natężeniu, które wykracza poza stres emocjonalny, jaki w sposób nieunikniony odczuwają krewni ofiary poważnego naruszenia praw człowieka”¹³. W sprawie *Çakici przeciwko Turcji* Trybunał dookreślił kryteria uznania za ofiarę w postępowaniu przed ETPC osoby najbliższej ofierze niewytłumaczonego zaginięcia, wskazując na charakter i bliskość więzi rodzinnej, szczególne okoliczności relacji międzyludzkiej, zakres udziału w zdarzeniu w roli świadka, zaangażowanie w zdobywanie informacji na temat losów zaginionej osoby oraz odpowiedź organów władzy publicznej na starania podejmowane przez osoby najbliższe¹⁴. Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka po raz pierwszy w wyroku z 1997 roku w sprawie *Castillo Páez przeciwko Peru*¹⁵ przy-

tional Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN GA Resolution 60/147 of 16 December 2005 (dalej: Podstawowe zasady i wskazówki), § 8-9.

¹⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przyjęta w Rzymie 4.11.1950 r., Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.

¹¹ Amerykańska Konwencja Praw Człowieka przyjęta w San Jose 22.11.1969 r., polski tekst [w:] *Prawa Człowieka. Dokumenty Międzynarodowe*, op. cit.

¹² *Y. v. Austria*, decyzja EKPC z 1962 r., *Y. v. Belgia*, decyzja EKPC z 1963 r., cyt. za: P. Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston 1998, s. 56-58.

¹³ *Kurt v. Turcja*, wyrok ETPC z 25.05.1998 r., skarga nr 24276/94, § 130-133.

¹⁴ *Çakici v. Turcja*, wyrok ETPC z 8.07.1999 r., skarga nr 23457/95, § 98-99.

¹⁵ *Castillo Páez v. Peru (Merits)*, wyrok z 3.11.1997 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 34, § 80-84. Należy mieć na uwadze, że już wcześniej Trybunał zasądzał odszkodowania na rzecz członków rodzin ofiar bezpośrednich, unikając jednak określenia ich mianem „ofiary”. Wynikało to z przyjętego w praktyce orzeczniczej

znał status ofiary najbliższym osoby, której prawa zostały pogwałcone bezpośrednio, ale to w sprawie *Blake przeciwko Gwatemali*¹⁶ szerzej uzasadnił swoje stanowisko. Sprawa dotyczyła amerykańskiego dziennikarza, będącego ofiarą wymuszonego zaginięcia. Trybunał uznał, że jego zaginięcie „wygenerowało cierpienie i udrękę [jego rodziców – przyp. I.T.], połączone z poczuciem niepewności, frustracji i niemocy” dodając, że „cierpienie to spotęgował fakt spalenia szczątków Blake’a”, co łącznie doprowadziło do naruszenia art. 5 MKPC zakazującego niehumanitarnego traktowania¹⁷. Kolejnym istotnym w tym aspekcie orzeczeniem jest tzw. *sprawa Dzieci ulicy*, dotyczącej zabicia pięciorga dzieci przez funkcjonariuszy gwatemalskiej policji, a następnie zbezczeszczenia ich ciał. Trybunał uznał, uwzględniając okoliczności faktyczne, a mianowicie brak działań ze strony państwa zmierzających do zidentyfikowania ofiar i poinformowania ich rodzin oraz brak odpowiedniego śledztwa, że ich matkom przysługuje autonomiczny status ofiar naruszenia art. 5 MKPC¹⁸.

Wskazane przykłady rozstrzygnięć organów ochrony praw człowieka pozwalają na przyjęcie, że kategoria ofiar pośrednich dotyczyć będzie zwłaszcza kwalifikowanych, poważnych naruszeń praw człowieka, takich jak prawo do życia czy zakaz tortur i innego niehumanitarnego traktowania lub karania.

Należy jednakże pamiętać, że uzyskanie statusu ofiary wiąże się z koniecznością wykazania, że skarżący, czy to bezpośrednio, czy pośrednio odniósł szkodę w związku z danym pogwałceniem, a zatem muszą istnieć dane pozwalające na udowodnienie zarzutu pogwałcenia praw człowieka konkretnej jednostki. Standard dowodzenia w tym zakresie kształtuje się odmiennie w poszczególnych systemach ochrony praw człowieka. W sprawie *Aksalal przeciwko Turcji* Trybunał strasburski wskazał, że mimo ustalenia, iż „w wielu podobnych sprawach siły bezpieczeństwa celowo niszczyły domy i własność różnych skarżących, pozabiając ich miejsca do życia i zmuszając do opuszczenia ich wiosek w tych regionach, gdzie ogłoszono stan wyjątkowy”¹⁹, to takie ustalenie nie będzie wystarczające, jeśli skarżący nie przedstawi wystarczających dowodów wspierających jego zarzuty. Odmiennie zaś w sprawie *Fairén-Garbi i Yolanda Solís-Corrales przeciwko Hondurasowi* MTPC uznał, że „zeznania i dowody z dokumentów, wzmocnione przez wiadomości prasowe, przedstawione przez Komisję, pokazują, że w Hondurasie od 1981 do 1984 roku istniała systematyczna i selektywna praktyka wymuszonych zaginięć, prowadzona ze wsparciem rządu lub tolerowana przez”, toteż Francisco Fairén-Garbi i Yolanda Solís-Corrales byli przypuszczalnie jej ofiarami²⁰.

Ponadto zwykłą praktyką organów ochrony praw człowieka jest przyznanie statusu strony skarżącej i dopuszczenie do postępowania tylko osób wyraźnie zidentyfikowanych

MTPC rozróżnienia pomiędzy „ofiara” a „stroną pokrzywdzoną” (*injured party*). Szerzej, zob. C. Sandoval-Villalba, *The Concepts of ‘Injured Party’ and ‘Victim’ of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on their Implications for Reparations* [w:] *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, ed. by C. Ferstman, M. Goetz, A. Stephens, Leiden 2009, s. 243-282.

¹⁶ *Blake v. Guatemala (Merits)*, wyrok z 24.01.1998 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 36.

¹⁷ *Ibidem*, § 114-116.

¹⁸ *“Street Children” (Villágran Morales et al.) v. Guatemala (Merits)*, wyrok z 19.11.1999 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 63, § 173-177.

¹⁹ *Aksalal v. Turcja*, wyrok ETPC z 15.02.2007 r., skarga nr 37850/97, § 33.

²⁰ *Fairén-Garbi i Yolanda Solís-Corrales v. Honduras (Merits)*, wyrok z 15.03.1989 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 6, § 121.

w skardze, ale amerykański Trybunał w niektórych sprawach przyjmował korzystne dla ofiar rozwiązanie, uznając za nie osoby niewskazane wprost w skardze, opierając się o nieskorzystanie przez państwo z możliwości sprzeciwu wobec takiego włączenia²¹.

Równoległe organy ochrony praw człowieka muszą brać pod uwagę trudność, jaka pojawia się w przypadku naruszeń praw człowieka o charakterze masowym czy systematycznym. O ile w systemie europejskim konieczne jest wskazanie w skardze każdej ofiary z osobna, to zarówno system międzyamerykański, jak i afrykański dopuszczają możliwość skarg w sprawach dotyczących praw kolektywnych, gdzie siłą rzeczy ofiary nie są wskazywane jednostkowo. W sprawie *Ludu Saramaka przeciwko Surinamowi*, wniesionej w imieniu konkretnych skarżących i, jednocześnie, całej grupy plemiennej, podniesiono zarzut naruszenia grupowego prawa do własności oraz prawa do ochrony sądowej²². Uzasadniając jej dopuszczalność Trybunał podkreślił, że szerokie uprawnienia do wnoszenia skarg są cechą charakterystyczną międzyamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka, dodając, że uprawnienie to dotyczy również osoby lub grupy osób niebędących ofiarami naruszenia²³. Zauważono, że oznacza to przejście z podejścia skupionego na tożsamości ofiary na stanowisko koncentrujące się na naturze pogwałcenia²⁴. *Actio popularis* funkcjonuje również w systemie afrykańskim, a Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów w jednym ze swoich rozstrzygnięć podkreśliła, że zasadniczym celem tej instytucji jest „umożliwienie biednym ofiarom naruszeń praw człowieka na kontynencie uzyskania pomocy organizacji pozarządowych”²⁵. Takie podejście jest niezbędne w realiach afrykańskiego systemu ochrony praw człowieka, uwzględnia także specyfikę naruszeń praw człowieka na tym kontynencie: dyskryminację na ogromną skalę, prześladowania polegające na równoczesnym naruszaniu wielu fundamentalnych praw, często w kontekście trwającego konfliktu o charakterze zbrojnym²⁶. W Afryce bowiem przeważająca część rozstrzyganych przez organy kontrolne spraw dotyczy niezidentyfikowanej liczby pokrzywdzonych, całych grup społecznych lub etnicznych. *Actio popularis* daje zatem możliwość zajęcia się sprawami dotyczącymi poważnych, systematycznych i masowych naruszeń praw człowieka, a tym samym pozwala na zwrócenie się do władz państwowych o zaprzestanie naruszeń, daje gwarancję istnienia jakichkolwiek środków wynagrodzenia naruszeń oraz ułatwia podjęcie działań zmierzających do zapobieżenia ich ponownemu wystąpieniu²⁷.

²¹ *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru (Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 25.11.2006 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 160, § 172-173.

²² *Saramaka People v. Surinam (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*, wyrok z 28.11.2007 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 172, § 3.

²³ *Ibidem*, § 22-23.

²⁴ L. Oette, *Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations [w:] Reparations for Victims...*, op. cit., s. 222.

²⁵ *Article 19 v. the State of Eritrea*, MKPCiL, Communication No. 275/03 (2007), § 65. Wszystkie decyzje Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów dostępne [na:] http://www.achpr.org/english/Decison_Communication.

²⁶ Zob. np. *Malawi African Association and others v. Zaire*, MKPCiL, Communications Nos. 25/89, 47/90, 56/91 i 100/93 (1995); *Social and Economic Rights Action Center, Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, MKPCiL, Communication No. 155/96 (2001); *African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean Refugees in Guinea) v. Guinea*, MKPCiL, Communication No. 249/2002 (2004). Ostatnia z tych spraw dotyczyła ataków na grupę 300 tys. uchodźców z Sierra Leone, w tym bezprawnego zatrzymania 5 tys. osób, bandyckich napadów i grabieży dokonywanych przez państwowe siły bezpieczeństwa.

²⁷ R. Murray, *Serious or massive violations under the African Charter on Human and Peoples' Rights*, “Netherlands Quarterly of Human Rights”, 1999, vol. 17, no. 2, s. 117 i nn.

We wszystkich systemach ochrony praw człowieka ciężar dowodzenia spoczywa na skarżącym, ale kształtuje się on różnie: w systemie europejskim – rygorystycznie, domniemana ofiara naruszenia musi bowiem przedstawić dowody pozwalające w sposób niewątpliwy (*beyond reasonable doubt*) ustalić stan faktyczny²⁸. Inaczej jest natomiast w systemie afrykańskim i międzyamerykańskim, gdzie standard dowodzenia ukształtowany jest łagodniej, a organy konwencyjne biorą pod uwagę kontekst poważnych naruszeń praw człowieka i, tym samym, stan faktyczny ustalany jest w oparciu o całokształt okoliczności sprawy²⁹. W rezultacie systemy te są znacznie bardziej elastyczne, uwzględniają, że to państwo „sponsorowało” zbrodnie, a organy władzy publicznej dysponują dowodami, do których ofiary mogą nie posiadać dostępu. Takie podejście, zwłaszcza w przypadku zbrodni o charakterze masowym czy systemowym jest ze wszech miar pożądane. Afrykańska Komisja, analizując krótko w jednej ze spraw treść art. 56 ust. 4 Afrykańskiej Karty, stanowiącego, że przesłanką niedopuszczalności skargi jest jej wyłączne oparcie na wiadomościach uzyskanych z środków masowego przekazu, podkreśliła, że *mass media* stanowią ważne źródło informacji o naruszeniach, czasem nawet jedyne takie źródło. Dodała jednakże, że kwestią zasadniczą nie jest samo pochodzenie informacji, a to czy są one prawdziwe oraz czy skarżący podjął próbę weryfikacji faktów, a także, czy miał ku temu możliwości w okolicznościach, w jakich się znajdował. Dla Komisji wystarczającym dla odrzucenia zarzutu państwa było to, że skarżący dołączył do zawiadomienia listę osób, które według jego wiedzy miały zostać pozbawione życia, a których nazwiska nie pojawiły się w prasie³⁰.

Poważne naruszenie praw człowieka

W żadnej ze wspomnianych wyżej uchwał poświęconych bezpośrednio prawom ofiar nie sprecyzowano pojęcia „poważnych naruszeń praw człowieka” ani też nie wskazano jego zakresu. W związku z tym dla określenia, jakiego rodzaju naruszenia praw człowieka uzyskują status „poważnych”, warto sięgnąć do innych, przygotowanych na forum międzynarodowym, dokumentów.

Pierwszy z nich stanowią opracowane przez Komisję Praw Człowieka ONZ Zasady dotyczące ochrony i promowania praw człowieka przez walkę z bezkarnością³¹. W świetle tego dokumentu poważne zbrodnie prawa międzynarodowego obejmują ciężkie pogwałcenia Konwencji genewskich z 1949 roku i I Protokołu dodatkowego z 1977 roku oraz inne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarne stanowiące zbrodnie prawa między-

²⁸ *Nachova i inni v. Bułgaria*, wyrok ETPC z 6.07.2005 r., skargi nr 43577/98 i 43579/98, § 147. Trybunał wskazał, że dowód może wynikać ze współistnienia wystarczająco silnych, jasnych i niesprzecznych wniosków bądź podobnych (o podobnej mocy), nieobalonych domniemań faktycznych. Podkreślił jednakże, że poziom przekonywania konieczny dla wywiedzenia określonego wniosku i, w związku z tym, podziału ciężaru dowodzenia, wiąże się ze specyfiką stanu faktycznego, naturą zarzutu i leżącym u jego podstaw naruszoną prawem konwencyjnym.

²⁹ *Fairén-Garbi i Yolanda Solís-Corrales v. Honduras*, § 130.

³⁰ *Sir Dawda K. Jawara v. Gambia*, MKPCiL, Communications Nos. 147/95 i 149/96 (2000), § 25-27.

³¹ Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights, Impunity: Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, Addendum, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005.

narodowego, ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, a także „pogwałcenia chronionych prawem międzynarodowym praw człowieka, wobec których prawo międzynarodowe zobowiązuje państwa do ich karania, takie jak tortury, wymuszone zaginięcia, pozasądowe egzekucje i niewolnictwo”³². W samej rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ odnoszącej się do praw ofiar poważnych naruszeń praw człowieka, jak zauważono wyżej, nie wyjaśniono znaczenia tego terminu. Jednak w toku prac przygotowawczych za „poważne naruszenia” uznano „bezprawne pozbawienie prawa do życia, tortury lub inne okrutne, nieludzkie traktowanie lub karanie, wymuszone zaginięcia, niewolnictwo, handel niewolnikami i podobne praktyki oraz inne, porównywalnie poważne naruszenia podstawowych praw i wolności i norm gwarantowanych prawem międzynarodowym”³³. Na marginesie warto też wspomnieć, że komentarz do Wskazówek Komitetu Ministrów RE dotyczących wyeliminowania bezkarności w odniesieniu do poważnych naruszeń praw człowieka z 2011 roku, jako przykłady „poważnych naruszeń” podaje m.in. zgwałcenie oraz inne przestępstwa seksualne, poważną napaść, włączając w to przypadki przemocy domowej, celowe niszczenie domów i innej własności³⁴.

Analiza orzecznictwa organów ochrony praw człowieka pozwala na przyjęcie, że z całą pewnością „poważnymi naruszeniami” są działania i zaniechania godzące w najważniejsze prawa chronione przepisami umów międzynarodowych, wobec których istnieje obowiązek ich chronienia przepisami prawa karnego. Będą to zatem takie prawa jak prawo do życia, zakaz tortur oraz nieludzkiego i poniżającego traktowania lub karania, zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej. Europejskie i międzyamerykańskie organy ochrony praw człowieka zakwalifikowały w taki sposób pozasądowe, arbitralne egzekucje, stosowanie tortur, masowe zabójstwa oraz wymuszone zaginięcia. Afrykańska Komisja użyła natomiast sformułowania „poważne” i „masowe naruszenia” zarówno w odniesieniu do niezaprzeczalnych ich przykładów (jak np. prześladowania Tutsi w Ruandzie jeszcze przed eskalacją przemocy i ludobójstwem w 1994 roku)³⁵, jak i sytuacji odnoszących się mniejszej liczby ofiar, ale „wysocenie nagannych z moralnego punktu widzenia”, podkreślając, że uznanie danego naruszenia za poważne jest uzależnione od rodzaju pogwałconego prawa, charakteru samego pogwałcenia, jak i statusu ofiary³⁶.

Prawa pokrzywdzonych a obowiązki pozytywne państw

Obowiązki państw-stron w przypadku umów z zakresu praw człowieka mają zasadniczo charakter negatywny – państwa są zobligowane do powstrzymania się od dokonywania naruszeń. Natomiast w odniesieniu do omawianych naruszeń praw człowieka, znaczna część z nich to obowiązki o charakterze pozytywnym, zakładające podejmowanie działań zmie-

³² *Ibidem*.

³³ M.Ch. Bassiouni, *International Recognition of Victims' Rights*, „Human Rights Law Review”, 2006, vol. 6, no. 2, s. 251.

³⁴ *Draft Guidelines of the Committee of Ministers on eradicating impunity for serious human rights' violations – Reference-texts*, CM(2011) 13 add, 13 January 2011, s. 5.

³⁵ *Organization Mondial Contre La Torture and Association International des Juriste Democrates, Commission International des Juriste, Union Interafriqueaine des Droit de l'Homme v. Ruanda*, MKPCiL, Communitions Nos. 27/89, 46/91, 94/91, 99/93 (1996).

³⁶ Por. np. *Resolution on Nigeria, Eight Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, ACHPR/RPT/8th, Annex VII.

rzających do gwarantowania ochrony praw i wolności oraz wynagrodzenia wyrządzonych szkód. Nie są one wyrażone wprost w umowach międzynarodowych, a wyinterpretowane z pewnych ich postanowień. Do takich, wyinterpretowanych w orzecznictwie z praw gwarantowanych konwencyjne, obowiązków państw-stron należeć będzie: istnienie efektywnego wymiaru sprawiedliwości, przeprowadzenie skutecznego śledztwa oraz istnienie instrumentów dochodzenia praw przez pokrzywdzonych w związku z doznanym uszczerbkiem, zarówno proceduralnych – w postaci odpowiednich środków ochrony prawnej, jak i materialnych – w formie adekwatnego wynagrodzenia naruszenia³⁷.

W orzecznictwie wskazuje się na dwie ich podstawy: jedną z nich stanowi tzw. klauzula zobowiązaniowa umów z zakresu praw człowieka³⁸, drugą – postanowienia tychże odnoszące się do zagwarantowania istnienia efektywnych środków ochrony prawnej. Odnośnie do pierwszej z nich ETPC zauważył, że zapewnienie praw konwencyjnych osobom znajdującym się pod jurysdykcją państwa-strony wymaga, aby istniały one praktycznie i były efektywne, a nie „teoretyczne czy iluzoryczne”³⁹. Węziej natomiast interpretowany jest art. 1 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów. Afrykańska Komisja zwraca uwagę, że daje on Kartcie prawnie wiążący charakter, w konsekwencji pogwałcenie któregośkolwiek z jej postanowień automatycznie oznacza naruszenie art. 1. Oznacza również, że państwo musi podjąć kroki zapobiegawcze, uniemożliwiające naruszenia praw człowieka⁴⁰.

Co do drugiej z nich, ETPC ustalił, że zobowiązanie państwa do gwarantowania efektywnych środków ochrony prawnej w sytuacji pogwałcenia fundamentalnych praw człowieka może nastąpić przez wykorzystanie prawa karnego i krajowego, a jeśli państwo nie gwarantuje takich środków, to narusza Europejską Konwencję⁴¹. W sytuacji naruszeń dotyczących takich praw, jak prawo do życia czy wolność od tortur, państwa mają obowiązek przeprowadzić oficjalne śledztwo i ukarać winnych⁴². Obejmuje to ustalenie potencjalnych świadków, odpowiednio wczesne przesłuchanie podejrzanych i poszukiwanie innych dowodów. Należy również zwrócić uwagę, że organy ochrony praw człowieka rozszerzyły pojęcie obowiązków pozytywnych na konieczność zapewnienia ofiarom właściwej ochrony na sali sądowej⁴³.

³⁷ M. Jankowska-Gilberg, *Zakres obowiązków pozytywnych państwa na tle aktualnego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, 2009, vol. VII. Por. *Marckx v. Belgia*, wyrok ETPC z 13.06.1979 r., skarga nr 6833/74, § 8; *Budayeva i inni v. Rosja*, wyrok ETPC z 20.03.2008 r., skargi nr 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 i 15343/02, § 128 i nn.

³⁸ Wyrażona np. w art. 1 EKPC, art. 1 MTPC czy art. 1 MKPCiL.

³⁹ *Artico v. Włochy*, wyrok ETPC z 13.05.1980 r., skarga nr 6694/74, § 33. Zob. także *Soering v. Wielka Brytania*, wyrok ETPC z 7.07.1989 r., skarga nr 14038/88, § 87 (*the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective*).

⁴⁰ *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*, MKPCiL, Communication No. 251/2002, § 31.

⁴¹ *X i Y v. Królestwo Niderlandów*, wyrok ETPC z 26.03.1985 r., skarga nr 8978/80, § 27.

⁴² *Aksoy v. Turcja*, wyrok ETPC z 18.12.1996 r., skarga nr 21987/93, § 98 (*the notion of an ‘effective remedy’ entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure*); *Kurt v. Turcja*, § 140, gdzie Trybunał dodatkowo podkreślił, że wymagania art. 13 Konwencji są szersze od zobowiązania państwa wyrażonego w art. 5 do prowadzenia efektywnego śledztwa w sytuacji osoby zaginionej, która znajdowała się pod kontrolą władz państwowych i za której dobrobyt państwa pozostają odpowiedzialne.

⁴³ *Doorson v. Królestwo Niderlandów*, wyrok ETPC z 26.03.1996 r., skarga nr 20524/92, § 70.

Status ofiary poważnego naruszenia praw człowieka – uprawnienia i ich granice

Już w 1993 roku Theo van Boven, sprawozdawca ONZ ds. prawa do restytucji, odszkodowania i rehabilitacji ofiar poważnych naruszeń praw człowieka podkreślił, że „każde państwo ma obowiązek reparacji w przypadku pogwałcenia zobowiązań międzynarodowych dotyczących przestrzegania i gwarantowania praw człowieka i podstawowych wolności”⁴⁴. Ich celem jest wynagrodzenie cierpień i oddanie sprawiedliwości ofiarom przez usunięcie bądź wynagrodzenie w najwyższym możliwym stopniu konsekwencji bezprawnego aktu, przy czym powinny one odpowiadać potrzebom i wymaganiom ofiar⁴⁵.

Stosowne źródło dla wskazania, jakiego rodzaju uprawnienia przysługują ofiarom poważnych naruszeń praw człowieka stanowią Podstawowe zasady i wskazówki z 2005 roku. Opierają się one na istniejących wiążących zobowiązaniach międzynarodowych i wskazują środki ich spełnienia, a zatem mogą być uznane za wiarygodny punkt wyjścia⁴⁶. Podstawowe zasady i wskazówki określają zarówno proceduralne środki egzekwowania praw (*remedies*), jak i środki czyniące im zadość (*reparation*). Taka konstrukcja w pełni oddaje istotę „remedium” we współczesnym międzynarodowym prawie praw człowieka, obejmującego elementy materialne i procesowe⁴⁷.

Do pierwszej grupy należy zaliczyć prawo równego i skutecznego dostępu do szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, obejmującego tak organy sądownicze i administracyjne, jak i inne dostępne mechanizmy dochodzenia praw, także w formie procedur zbiorowych i właściwych instytucji międzynarodowych. Urzeczywistnienie i zagwarantowanie skuteczności tego prawa wymaga między innymi dostępu do informacji o dostępnych środkach ochrony prawnej, istnienia środków ochrony ofiar przed bezprawną ingerencją w ich prywatność czy zastraszeniem oraz zapewnienie im właściwej pomocy prawnej⁴⁸.

Za środki, które mają na celu zadośćuczynienie naruszeniom, Podstawowe zasady i wskazówki uznają adekwatne, efektywne i niezwłoczne świadczenia na rzecz ofiar⁴⁹. Ich katalog nakreślono szeroko, wskazując cztery formy wynagrodzenia naruszeń.

Pierwszą z nich stanowi restytucja (*restitution*), a zatem odtworzenie sytuacji, w jakiej ofiara znajdowała się przed naruszeniem jej praw (poprzez jej uwolnienie, zwrot własności czy przywrócenie do pracy)⁵⁰. Umieszczenie jej na pierwszym miejscu pozwala na założenie, że jest to najbardziej pożądana forma wynagrodzenia doznanego przez ofiarę naruszenia, aczkolwiek rzeczywista i pełna restytucja rzadko jest możliwa w praktyce. Kolejną formę wynagrodzenia stanowi odszkodowanie pieniężne (*compensation*) za ekonomicznie mierzalną

⁴⁴ Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report submitted by Mr. Theo van Boven, Special Rapporteur*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 July 1993, § 56.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ F. Val-Garijo, *Reparations for Victims as a Key Element of Transitional Justice in the Middle East Occupied Territories: A Legal and Institutional Approach*, „International Studies Journal”, 2010, vol. 6, no. 4, s. 45.

⁴⁷ D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford 2005, s. 7.

⁴⁸ *Podstawowe zasady i wskazówki*, § 12.

⁴⁹ *Ibidem*, § 15.

⁵⁰ *Ibidem*, § 19.

szkodę, wynikającą z fizycznej lub psychicznej krzywdy, obejmujące również utracone korzyści, straty materialne i utratę zarobku, straty moralne czy też wydatki na pomoc prawną, zakup lekarstw, opiekę medyczną, psychologiczną i socjalną⁵¹. Istotną, z punktu widzenia zaspokojenia potrzeb ofiar formą zadośćuczynienia jest readaptacja (*rehabilitation*) w formie opieki medycznej i psychologicznej oraz dostępu do usług prawnych i socjalnych⁵². W kolejnej grupie środków (*satisfaction*) wymienia się: istnienie efektywnych mechanizmów zaprzestania trwających naruszeń; weryfikację faktów oraz pełne i publiczne wyjawienie prawdy; ujawnienie informacji o zaginionych, tożsamości uprowadzonych dzieci, miejscach ukrycia ciał zabitych; pomoc w odnalezieniu, identyfikacji i pogrzebaniu zmarłych; oficjalne deklaracje lub decyzje sądowe przywracające godność i reputację ofiarom; publiczne przeprosiny, obejmujące przyznanie faktów i akceptację odpowiedzialności; wprowadzenie sądowych i administracyjnych sankcji wobec osób odpowiedzialnych za naruszenia; upamiętnienie i uhonorowanie ofiar; włączenie informacji na temat naruszeń do szkolnych programów nauczania⁵³. Nie mniej istotne jest zagwarantowanie niepowtórzenia się naruszeń, czemu służyć ma cywilna kontrola nad wojskiem i siłami bezpieczeństwa, gwarancje przestrzegania międzynarodowych standardów rzetelnego procesu oraz wzmocnienie niezależności sądownictwa⁵⁴.

Prawo do efektywnego śledztwa

Organy międzynarodowe interpretują klauzulę obligacyjną umów z zakresu praw człowieka w taki sposób, że tworzy ona obowiązek przeprowadzenia śledztw i ukarania odpowiedzialnych w przypadku poważnych naruszeń praw człowieka. *A fortiori*, wymaganie to ma zastosowanie do zakazu popełniania zbrodni międzynarodowych, mającego charakter *iuris cogentis*⁵⁵.

W orzecznictwie organów ochrony praw człowieka dopiero od stosunkowo niedawna podkreśla się, że przeprowadzenie efektywnego postępowania karnego stanowi istotny element środków, jakie państwo musi gwarantować ofiarom poważnych naruszeń praw człowieka. Wiele lat minęło, nim postępowanie karne uznano również za indywidualne prawo ofiary, a nie tylko za obowiązek państwa wobec społeczeństwa. Dopiero bowiem w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku zaczęto przyjmować na poziomie międzynarodowym normy stanowiące odpowiedź na wykluczenie pokrzywdzonych z procesów karnych, zwłaszcza wobec niezwykle częstego nieprzestrzegania przez państwa obowiązku ścigania⁵⁶.

Od pierwszych spraw dotyczących wymuszonych zaginięć, MTPC konsekwentnie podkreślał, że art. 1 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji nakłada na państwa obowiązek przeprowadzenia śledztw dotyczących poważnych naruszeń praw człowieka w celu zagwarantowania ochrony i realizowania zasadniczych praw skodyfikowanych w Konwencji. W orzeczeniu w sprawie *Velásquez Rodríguez przeciwko Hondurasowi* Trybunał ustalił, że państwo ma obowiązek zorganizowania aparatu rządowego i innych struktur zaangażowanych w wyko-

⁵¹ *Ibidem*, § 20.

⁵² *Ibidem*, § 21.

⁵³ *Ibidem*, § 22.

⁵⁴ *Ibidem*, § 23.

⁵⁵ M.Ch. Bassiouni, *International Recognition...*, s. 226.

⁵⁶ R. Aldana-Pindell, *op. cit.*, s. 621.

nywanie władzy publicznej w taki sposób, aby gwarantować wolne i pełne korzystanie z praw człowieka⁵⁷. Konsekwencją tego zobowiązania jest konieczność zapobiegania, wyjaśniania okoliczności i karania jakichkolwiek naruszeń praw uznanych przez Konwencję, usunięcia wszelkich faktycznych i praktycznych przeszkód prowadzących do bezkarności oraz, jeśli możliwe, przywrócenie prawa pogwałconego i zapewnienie odszkodowania za szkody wynikające z takiego naruszenia⁵⁸.

Podobnie Trybunał strasburski podkreślił w kontekście naruszenia art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji konieczność zapewnienia skutecznego funkcjonowania w praktyce odpowiednich struktur i mechanizmów gwarantujących istnienie należytego wymiaru sprawiedliwości. W konsekwencji, w sytuacji bezprawnego lub arbitralnego pozbawienia życia, na państwie spoczywa obowiązek przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa, odpowiadającego zasadom rzetelnego, a zatem niezależnego i bezstronnego procesu, prowadzonego starannie i sprawnie⁵⁹. Trybunał wielokrotnie zwracał uwagę, że celem śledztwa ma być skuteczna realizacja przepisów prawa krajowego dotyczących ochrony życia oraz pociągnięcie do odpowiedzialności winnych jego pozbawienia⁶⁰. W sprawie *Öneryildiz przeciwko Turcji* podkreślono natomiast, że w przypadku, gdy państwo nie zrealizowało swoich obowiązków prewencyjnych, uniemożliwiających naruszenia art. 2 EKPC, powstaje zobowiązanie do przeprowadzenia efektywnego postępowania przygotowawczego, które po pierwsze musi być wszczęte z inicjatywy państwa, po drugie musi prowadzić do ustalenia okoliczności zdarzenia i ewentualnych braków w funkcjonowaniu systemu regulacyjnego oraz pozwolić na zidentyfikowanie funkcjonariuszy, których zaniechania mogły wpłynąć na przebieg wydarzeń⁶¹. Wymagania art. 2 wykraczają poza tę fazę postępowania karnego; musi ono jako całość odpowiadać obowiązkowi ochrony życia przez państwo⁶². W orzeczeniu tym Trybunał po raz kolejny podkreślił, że z art. 2 EKPC nie można wywieść prawa osoby pokrzywdzonej

⁵⁷ *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits)*, § 166.

⁵⁸ Zob. np. *El Amparo v. Venezuela (Reparations and Costs)*, wyrok z 14.09.1996 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 28, § 61–62 (sprawa o tyle ciekawa, że Trybunał odrzucił wszystkie pozostałe wnioski o zarządzenie specyficznych środków, zobowiązując państwo jedynie do kontynuowania śledztwa), *Moiwana Community v. Surinam (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 15.06.2005 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 124, § 207–208; *Myrna Mack Chang v. Gwatemala (Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 25.11.2003 r., I-Am. Court. H.R., ser. C, No. 101, § 275–277.

⁵⁹ Por. np. *Shanaghan v. Wielka Brytania*, wyrok ETPC z 4.05.2001 r., skarga nr 37715/97, § 89 (gdzie Trybunał zaakcentował konieczność prowadzenia śledztwa przez funkcjonariuszy niezależnych od tych, którzy uczestniczyli w zdarzeniach); *McKerr v. Wielka Brytania*, wyrok ETPC z 4.05.2001 r., skarga nr 28883/95, § 112–113 (podkreślając, że obowiązek przeprowadzenia efektywnego śledztwa jest oceniany w kontekście posiadanych środków, przy czym władze państwa powinny podjąć wszelkie rozsądne kroki pozwalające na zabezpieczenie dowodów); *Güngör v. Turcja*, wyrok ETPC z 22.03.2005 r., skarga nr 28290/95, § 68–70, *Zengin v. Turcja*, wyrok ETPC z 28.10.2004 r., skarga nr 46928/99, § 49 (zwracając uwagę, że niezależne i niezwłoczne śledztwo utwierdza społeczeństwo w zaufaniu do zasady legalizmu i państwa prawa oraz pozwala uniknąć jakichkolwiek pozorów tolerancji dla bezprawnych działań).

⁶⁰ Zob. np. *McCann i inni v. Wielka Brytania*, wyrok ETPC z 27.09.1995 r., skarga nr 18984/91, § 161 (podkreślając, że obowiązek z art. 2 Konwencji w koniunkcji z art. 1 oznacza, że „powinna zostać przeprowadzona określona forma oficjalnego śledztwa w sytuacji, gdy jednostki poniosły śmierć w wyniku użycia siły przez, *inter alios*, funkcjonariuszy państwa”; *Jordan v. Wielka Brytania*, wyrok ETPC z 4.05.2001 r., skarga nr 24746/94, § 105 (zwracając uwagę na konieczność przeprowadzenia śledztwa z inicjatywy władz publicznych).

⁶¹ *Öneryildiz v. Turcja*, wyrok ETPC z 30.11.2004 r., skarga nr 48939/99, § 94.

⁶² *Ibidem*, § 71.

do żądania ścigania i ukarania sprawców przestępstw. Niemniej zaakcentował, że sądy krajowe w żadnych okolicznościach nie powinny pozwalać na to, aby przestępstwa przeciwko życiu pozostawały bezkarne⁶³.

Element prawa ofiar poważnych naruszeń praw człowieka do efektywnego śledztwa stanowi dostęp do informacji o śledztwie i jego wynikach. Organy ochrony praw człowieka zwracają uwagę, że istnieje bezpośredni związek między odmową dostępu do efektywnego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych i prawem ofiar do poznania prawdy⁶⁴. To ostatnie obejmuje przecież informacje o okolicznościach przestępstw oraz zidentyfikowanie osób odpowiedzialnych, a to jest możliwe tylko dzięki przeprowadzeniu postępowania karnego⁶⁵. Europejski Trybunał kilkakrotnie podkreślał, że władze państwowe uchybiły obowiązkowi ustalenia okoliczności i poinformowania o losie zaginionych, co było przyczyną cierpień ich bliskich, stanowiąc tym samym naruszenie art. 3 Konwencji⁶⁶. Także MTPC potwierdził prawo ofiar do prawdy i sprawiedliwości w procesie karnym, podkreślając negatywny wymiar gniewu będącego konsekwencją niepewności co do losu bliskich oraz poczucie braku bezpieczeństwa i bezsilności wobec odmowy władz publicznych przeprowadzenia śledztwa i ukarania sprawców⁶⁷. W tym kontekście Trybunał kategorycznie stwierdził, że brak czy chociażby nieefektywność postępowania karnego stanowi negację prawdy i sprawiedliwości, wskazując jako szczegółowe przykłady ustawy amnestyjnej, zaangażowanie urzędników państwowych w celowe działania zmierzające do obstrukcji procesu karnego bądź też bezmyślność uniemożliwiająca realizację praw ofiar, m.in. przez niszczenie lub nieujawnienie dowodów, odmowę udziału w postępowaniu, szykanowanie współpracujących w wykrywaniu naruszeń praw człowieka, nierespektowanie orzeczeń sądowych; nieusprawiedliwione opóźnienia postępowań, stronniczość sędziów czy też wydawanie fikcyjnych rozstrzygnięć⁶⁸. Przykładem kompleksowego podejścia organów ochrony praw człowieka do tego zagadnienia może być sprawa „Las Dos Erres” *Massacre przeciwko Gwatemali*⁶⁹. Wniesiona w tej sprawie skarga zarzucała naruszenie art. 8 i 25 Amerykańskiej Konwencji – wobec niezrealizowania przez państwo obowiązku przeprowadzenia specjalnego, rygorystycznego, niezależnego i skutecznego śledztwa zmierzającego do oskarżenia i ukarania odpowiedzialnych za zabójstwo 251 członków społeczności Las Dos Erres, dokonanego przez wyspecjalizowaną grupę gwatemalskich sił zbrojnych, tzw. *kaibiles*, oraz usunięcia wszystkich faktycznych i prawnych przeszkód gwarantujących bezkarność sprawców⁷⁰. W wyroku MTPC pod-

⁶³ *Ibidem*, § 96.

⁶⁴ *Bámaca Velásquez v. Gwatemala (Merits)*, wyrok z 25.11.2000 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 70, § 197.

⁶⁵ *Ibidem*, § 200-201.

⁶⁶ *Kurt v. Turcja*, § 175.

⁶⁷ *Barrios Altos v. Peru (Merits)*, wyrok z 14.03.2001 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 75, § 26-29.

⁶⁸ R. Aldana-Pindell, *op. cit.*, s. 628. Por. m. in. *Barrios Altos v. Peru*, § 43; *Sala i inni v. Hiszpania*, wyrok ETPC z 2.11.2004 r., skarga nr 58438/00, § 159; *Rasayev i Chankayeva v. Rosja*, wyrok ETPC z 2.10.2008 r., skarga nr 38003/03, § 73; *Anghelescu v. Rumunia*, wyrok ETPC z 5.10.2004 r., skarga nr 46430/99, § 67-70; *McKerr v. Wielka Brytania*, § 157; *Shanaghan v. Wielka Brytania*, § 89-92.

⁶⁹ „Las Dos Erres” *Massacre v. Guatemala (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 24.11.2009 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 211.

⁷⁰ „Las Dos Erres” *Massacre v. Guatemala*, § 1. Władze gwatemalskie w ramach wcześniejszego porozumienia z pokrzywdzonymi zobowiązały się do przeprowadzenia śledztwa oraz zagwarantowania adekwatnych środków wynagrodzenia im krzywd.

kreślił, że oskarżeni członkowie państwowych sił zbrojnych nadużyli prawa do środków ochrony prawnej, np. poprzez opieranie apelacji o te same fakty i dowody, a praktyce tej sprzyjały organy wymiaru sprawiedliwości, co prowadziło do nieuzasadnionej przewlekłości procesu⁷¹. Orzeczenie to jest istotne również z tego względu, że Trybunał potwierdził w nim swoje wcześniejsze stanowisko odnośnie do stosowania amnestii wobec sprawców poważnych naruszeń praw człowieka podkreślając, że „państwo musi zagwarantować efektywność krajowych procedur mających na celu odkrycie i, ostatecznie, ukaranie odpowiedzialnych oraz, w szczególności, powinno zaprzestać sięgania do takich instrumentów prawnych jak amnestia, przedawnienie czy też ustanawianie innych środków ograniczenia odpowiedzialności”. W tym zakresie Trybunał wskazał, że „wszystkie tego rodzaju postanowienia [...] są niedopuszczalne, jako że ich intencją jest uniemożliwienie przeprowadzenia śledztwa i ukarania odpowiedzialnych za poważne naruszenia praw człowieka, takie jak tortury, pozasądowe, sumaryczne czy bezprawne egzekucje i wymuszone zaginięcia, zakazane, ponieważ gwałcą prawa nieodwołanie uznane przez międzynarodowe prawo praw człowieka”⁷².

Potrzeba uzyskania informacji o bliskich jest niezwykle ważna dla każdego człowieka pozostającego w niepewności co do ich losu. Nie można jednakże zgodzić się z twierdzeniem, że tzw. prawo do prawdy stanowi autonomiczne, niezależne prawo człowieka⁷³. W sprawie *Barrios Altos przeciwko Peru* MTPC wskazał, że „prawo do prawdy zawiera się w prawie ofiary lub jej bliskich do uzyskania wyjaśnienia o wydarzeniach, które naruszyły prawa człowieka oraz w korespondującymi z nim obowiązkami kompetentnych organów państwowych do przeprowadzania śledztwa i ukarania winnych”⁷⁴. Zgadając się z tym stanowiskiem, skonstatować należy, że tzw. prawo do prawdy mieści się w prawie do efektywnego śledztwa, realizowanego przez kompetentne władze państwowe, prowadzącego do ustalenia stanu faktycznego oraz osądzenia i ukarania winnych⁷⁵.

Prawo do rzetelnego postępowania sądowego

W wielu umowach z zakresu międzynarodowego prawa praw człowieka przewidziane jest gwarantowane każdemu prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, zarówno w sprawach cywilnych, jak i karnych⁷⁶. Jedną z gwarancji procesowych jest prawo do rzetelnego procesu, które jednak, zwłaszcza w postępowaniu karnym, nie przysługuje w jednakowym stopniu wszystkim jego stronom.

⁷¹ *Ibidem*, § 114-115.

⁷² *Ibidem*, § 129.

⁷³ Zob. UN Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights. Study on the right to the truth: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 8 February 2006, UN Doc. E/CN.4/2006/91.

⁷⁴ *Barrios Altos v. Peru*, § 48. Podobnie: *Chitay Nech et al. v. Gwatemala (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 25.05.2010 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 212, § 206; *Blanco Romero v. Wenezuela (Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 28.11.2005 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 138, § 42.

⁷⁵ Zob. szerzej D. Groome, *The Right to Truth in the Fight Against Impunity*, “Berkeley Journal of International Law”, 2009, vol. 29, no. 1, s. 103.

⁷⁶ Zob. np. art. 10 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, uchwalonej przez ZO ONZ 10.12.1948 r., GA Res. 217 A (III), art. 7 MKPCiL, art. 8 MKPC, art. 6 EKPC.

Analiza orzecznictwa po raz kolejny uwidacznia różnice w podejściu poszczególnych organów ochrony praw człowieka do zakresu konkretnych uprawnień wynikających z tego prawa.

Podejście Trybunału strasburskiego jest w tym względzie ostrożne i zawężająco interpretujące uprawnienia ofiar. Z treści art. 6 EKPC wynika, że gwarancje procesowe przysługują wyłącznie podejrzanym (oskarżonym). Pokrzywdzeni winni mieć jedynie zagwarantowaną możliwość udziału w postępowaniu karnym – tak na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, w stopniu, jaki będzie uzasadniony ich interesem prawnym i zgodnie z prawem krajowym⁷⁷. Powinni też być poinformowani o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego oraz mieć dostęp do akt sprawy w zakresie umożliwiającym odwołanie się od takiego rozstrzygnięcia⁷⁸. Trybunał zauważył jednak, że chociaż art. 6 Konwencji nie odnosi się do praw ofiar, to „zasady rzetelnego procesu wymagają w poszczególnych przypadkach zrównoważenia interesu oskarżenia i interesu zeznających świadków czy ofiar”, obejmującego również gwarancje ich bezpieczeństwa⁷⁹.

W systemie międzyamerykańskim wyraźniej i znacznie częściej Trybunał podkreślał, że uprawnienia wynikające z prawa do rzetelnego procesu w postępowaniu karnym, wskazane w art. 8 ust. 1 MKPC, przysługują również pokrzywdzonym. Uznał również, że konieczna jest szeroka interpretacja tego artykułu, oparta tak o jego literę, jak i ducha, przy czym żadne z poszczególnych postanowień nie może być tłumaczone w taki sposób, aby wykluczało inne prawa czy gwarancje nieodłączne osobie ludzkiej lub wywiedzione z reprezentatywnej, demokratycznej formy rządu⁸⁰. Trybunał uwypuklił, że w prawie do rzetelnego procesu zawiera się również uprawnienie krewnych ofiary do gwarancji sądowych, dlatego że „każdy akt wymuszonego zaginięcia pozbawia ofiarę ochrony prawnej i powoduje ogromne cierpienie samej ofiary i jej rodziny”, zwłaszcza w postaci uprawnienia do żądania wszczęcia postępowania przygotowawczego zmierzającego do ujawnienia, oskarżenia i ukarania osób odpowiedzialnych⁸¹.

Prawo dostępu do efektywnych środków ochrony prawnej

Prawo to, zagwarantowane w art. 7 AKPCiL, art. 13 EKPC i art. 25 MKPC, daje każdemu, kogo prawa i wolności zostały naruszone, możliwość zwrócenia się do kompetentnych organów krajowych o rozstrzygnięcie sprawy dotyczącej pogwałcenia prawa gwarantowanego normami międzynarodowego prawa praw człowieka.

W systemie europejskim prawo to ma charakter akcesoryjny, a zatem nie może stanowić samodzielnej podstawy skargi do Trybunału – art. 13 EKPC może być przywołany jedynie w sytuacji naruszenia innych przepisów Konwencji⁸². O ile początkowo ETPC nie uważał,

⁷⁷ *Wallén v. Szwecja*, decyzja EKPC z 16.05.1985 r., skarga nr 10877/84.

⁷⁸ *McKerr v. Wielka Brytania*, § 115.

⁷⁹ *Doorson v. Królestwo Niderlandów*, § 70.

⁸⁰ *Blake v. Gwatemala*, § 96.

⁸¹ *Genie-Lacayo v. Nikaragua*, § 97. Por. *Durand et Ugarte v. Peru (Merits)*, wyrok z 16.08.2000 r., I-Am. Court H.R., ser. C., No. 68, § 130; *“Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Gwatemala*, § 227; *Bámaca Velásquez v. Gwatemala*, § 182–83.

⁸² M. Balcerzak, *Konstrukcja prawa do skutecznego środka odwoławczego (right to an effective remedy) w uniwersalnych i regionalnych systemach ochrony praw człowieka* [w:] *Księga pamiątkowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz i M. Balcerzak, Toruń 2004, s. 46–47.

aby artykuł ten odnosił się do obowiązku państwa ścigania i karania naruszeń prawa do życia i zakazu tortur, to stopniowo przyjął w tym względzie takie stanowisko jak MTPC⁸³. W sprawie *Aksoy przeciwko Turcji* Trybunał strasburski uznał, że prawo do środka ochrony prawnej „musi być skuteczne tak praktycznie, jak i prawnie, co w szczególności oznacza, że korzystanie z niego nie może być w nieuzasadniony sposób utrudniane przez działania lub zaniechania władz państwa”⁸⁴. Podkreślił również, że art. 13 EKPC nakłada na państwa „obowiązek przeprowadzenia wnikliwego i efektywnego śledztwa umożliwiającego zidentyfikowanie i ukaranie sprawców”⁸⁵. Dodał ponadto, że na państwie spoczywa obowiązek ścigania sprawców poważnych naruszeń praw człowieka, a uchybienie w tym zakresie daje jednostce prawo do uznania odpowiedzialności organów władzy publicznej za zaniechanie oraz domagania się odszkodowania⁸⁶.

Orzecznictwo MTPC odnośnie do art. 25 Amerykańskiej Konwencji kładło nacisk na nieco inne aspekty prawa do skutecznego środka ochrony prawnej. W początkowym okresie Trybunał uznawał, że prawo to obejmuje co prawda uprawnienie pokrzywdzonego poważnym naruszeniem praw człowieka do udziału w postępowaniu karnym, jednak w dość ograniczonym zakresie, a mianowicie w postaci wniesienia do sądu przez krewnych zaginionego petycji *habeas corpus*⁸⁷. Wyraźna zmiana podejścia miała miejsce we wspomnianej już wyżej sprawie *Castillo Páez przeciwko Peru*. Ustawa amnestyjna przyjęta w tym państwie zupełnie wykluczała możliwość prowadzenia śledztwa przeciwko członkom peruwiańskich sił bezpieczeństwa. Trybunał stwierdził w tym przypadku, że nawet istnienie efektywnej procedury *habeas corpus* nie daje rodzinie ofiary właściwej ochrony sądowej, podkreślając, że tylko proces karny stanowi odpowiedni i skuteczny środek umożliwiający ukaranie winnych⁸⁸.

Prawo do odszkodowania i zadośćuczynienia

Postanowienia umów międzynarodowych przyznają organom ochrony praw człowieka kompetencję do zasądzenia albo zalecenia odszkodowania lub innych form zadośćuczynienia w razie stwierdzenia, że państwo ponosi odpowiedzialność za naruszenie. Kwestia ta jest odmiennie uregulowana, różna też jest istota rozstrzygnięć organów ochrony praw człowieka. Inny charakter mają, siłą rzeczy, wiążące orzeczenia sądów międzynarodowych, inny natomiast – niewiążące przecież rekomendacje organów *quasi*-sądowniczych.

Art. 41 EKPC oraz art. 63 ust. 1 MKPC zobowiązują państwa-strony do wynagrodzenia szkód i krzywd osobom, których prawa konwencyjne zostały pogwałcone. Podobne rozwiązanie przewiduje art. 27 Protokołu do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów stanowiący, że w razie ustalenia naruszenia praw człowieka, Trybunał „winien podjąć odpowiednie rozstrzygnięcia w celu wynagrodzenia naruszenia, włączając zapłatę słusznego odszkodowania lub inne środki”⁸⁹.

⁸³ R. Aldana-Pindell, *op. cit.*, s. 634.

⁸⁴ *Aksoy v. Turcja*, § 95.

⁸⁵ *Selçuk i Asker v. Turcja*, wyrok ETPC z 24.04.1998 r., skarga nr 12/1997/796/998-999, § 96.

⁸⁶ *Öneryıldiz v. Turcja*, § 148.

⁸⁷ *Blake v. Gwatemala*, § 104.

⁸⁸ *Castillo Páez v. Peru*, § 82.

⁸⁹ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court

Podejście organów ochrony praw człowieka do tej kwestii jest dalece zróżnicowane. W systemach afrykańskim i międzyamerykańskim środki naprawienia naruszeń są ukształtowane szeroko, obejmując tak finansowe, jak i pozafinansowe formy rekompensaty. Natomiast w systemie europejskim dopiero niedawno pojawiły się wyjątki od ustabilizowanej praktyki orzekania wyłącznie odszkodowania pieniężnego.

W doktrynie scharakteryzowano te dwa zasadniczo odmienne podejścia jako podejście mające na celu „maksymalizację praw” (*right maximizing approach*) oraz podejście zmierzające do „zrównoważenia interesów” (*interest balancing approach*). Pierwsze z nich opiera się o określenie, jakiego rodzaju środek odszkodowawczy będzie najbardziej efektywny dla ofiary, przy czym „efektywność” w tym przypadku oznacza powodzenie w eliminacji niekorzystnych konsekwencji pogwałcenia prawa, jakie stały się jej udziałem. W drugim podejściu efektywność środka odszkodowawczego dla samego pokrzywdzonego jest tylko jednym z kryteriów wyboru konkretnego rozwiązania, inne wymagania społeczne są równie ważne i mogą usprawiedliwić pewne poświęcenie osiągalnej efektywności odszkodowawczej indywidualnego interesu ofiary⁹⁰.

W systemie europejskim nadal dominującą pozycję zajmują dwie formy wynagrodzenia naruszeń – finansowa, na którą składa się naprawienie szkody majątkowej, zadośćuczynienie pieniężne, zwrot kosztów i wydatków procesowych, oraz deklaratoryjna, w postaci satysfakcji moralnej dla pokrzywdzonego wynikającej z samego faktu uznania odpowiedzialności państwa za naruszenia. ETPC dopiero stosunkowo niedawno zaczął zasądzać niepieniężne środki odszkodowawcze, zobowiązując państwa do zwrotu własności (z alternatywną możliwością zasądzenia odszkodowania pieniężnego)⁹¹ czy też zaprzestania kontynuowania sprzecznego z prawem pozbawienia wolności⁹².

Europejski Trybunał w ostatnim czasie zarządził również podjęcie przez państwa odpowiednich reform prawnych. Należy jednak zauważyć, że konieczność przeprowadzenia zmian legislacyjnych nie wpływa bezpośrednio na realizację obowiązku państwa wynagrodzenia krzywd indywidualnym ofiarom. Jeśli Trybunał stwierdzi, że system prawny w państwie nie gwarantuje praw konwencyjnych, to konieczność jego reformy jest oczywista. Nie sposób też nie zauważyć praktycznego aspektu orzekania przez Trybunał obowiązku przeprowadzenia zmian w prawie, jakim jest obciążenie go z nadmiernej ilości spraw⁹³. W tym też celu

on Human and Peoples' Rights adopted on 9th June 1998, entered into force on 25th January 2004, OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III) (dalej: Protokół do Afrykańskiej Karty), dostępny [na:] http://www.africa-union.org/rule_prot/africancourt-humanrights.pdf.

⁹⁰ P. Gewirtz, *Remedies and Resistance*, „Yale Law Journal”, 1983, vol. 92, s. 591.

⁹¹ *Belvedere Alberghiera S.R.L. v. Włochy*, wyrok ETPC z 30.08.2000 r., skarga nr 31524/96, § 69; *Brumarescu v. Rumunia*, wyrok ETPC z 23.01.2001 r., skarga nr 28342/95, § 163-165.

⁹² *Assanidze v. Gruzja*, wyrok ETPC z 8.04.2004 r., skarga nr 71403/01, § 203; *Ilascu i inni v. Mołdawia i Rosja*, wyrok ETPC z 8.07.2004 r., skarga nr 48787/00, § 490.

⁹³ Zob. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Execution of Judgments of the European Court of Human Rights Report*, Doc. No. 8808 (2000) (Rapporteur Erik Jurgens), dostępny na: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc00/EDOC8808.htm>, gdzie wskazano: *If the Convention's machinery is to operate smoothly, the Court needs to take an interest in action on its judgments and give sufficient reasons to make it clear to states what reforms are needed to avoid the violations the Court has found.* W rezolucji z tego samego roku Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy zarekomendowało Trybunałowi *to indicate in its judgments to the national authorities concerned how they should execute the judgment so that they can comply with the decisions and take the individual and general measures re-*

wprowadzono tzw. wyroki pilotażowe, w których, stwierdzając poważne problemy systemowe, ETPC wymaga od państw przeprowadzenia określonych reform prawnych o generalnym zasięgu działania⁹⁴.

W systemie międzyamerykańskim, obok zasądzenia na rzecz ofiar poważnych naruszeń praw człowieka odszkodowań pieniężnych, funkcjonuje ustalona praktyka orzekania różnorodnych pozafinansowych form wynagrodzenia poniesionych szkód i doznanych krzywd⁹⁵. Zarówno Komisja Międzyamerykańska, jak i Trybunał zarządały, aby państwa przeprowadziły skuteczne śledztwa i ukarały odpowiedzialnych za zbrodnie, rozpowszechniły informacje o osobach zaginionych, publicznie przeprosiły i przyznały się do naruszeń, opublikowały orzeczenie sądu, poprawiły środki bezpieczeństwa pozwalające na powrót osobom przesiedlonym, podjęły środki gwarantujące niepowtórzenie się naruszeń, unieważniły obowiązujące prawo krajowe i wprowadziły zmiany w ustawodawstwie, wreszcie – ustanowiły miejsca pamięci⁹⁶. Tytułem przykładu we wspomnianej sprawie „*Las Dos Erres*” *Massacre przeciwko Gwatemali* Trybunał, poza odszkodowaniem pieniężnym, zobowiązał władze państwowe do przeprowadzenia śledztwa, opublikowania wyroku, ujawnienia dokumentacji dotyczącej tych tragicznych wydarzeń, przeprowadzenia publicznej ceremonii je upamiętniającej i zbudowania pomnika, a nawet stworzenia strony internetowej⁹⁷. Istnienie tak szerokiego *spectrum* środków w systemie międzyamerykańskim uzasadnione jest przede wszystkim bogatszą formułą klauzuli odszkodowawczej amerykańskiej Konwencji. Art. 63 MKPC upoważnia bowiem nie tylko do orzekania o typowej odpowiedzialności odszkodowawczej, ale także do „zarządzenia, jeśli to właściwe, naprawienia skutków” danego naruszenia⁹⁸.

Najlepiej zobrazuje odmienność podejścia w systemie europejskim i amerykańskim do kwestii odszkodowania/zadośćuczynienia bezpośrednie porównanie rozstrzygnięć właściwych organów w sprawach o podobnym stanie faktycznym, dotyczących wymuszonych zaginięć. W sprawie *Kurt przeciwko Turcji* ETPC zasądził na rzecz skarżącego odszkodowanie

quired, Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Res. 1226 (2000), § 5, dostępne [na:] <http://assembly.coe.int//main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/TA00/ERES1226.htm>.

⁹⁴ B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka w poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 78. W pierwszym wyroku pilotażowym z 2004 r. w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce*, ETPC zobowiązał Polskę do „zapewnienia implementacji prawa własności w stosunku do pozostałych powodów mających roszczenia do mienia zabużańskiego i uczynienie tego albo przez odpowiednie środki prawne lub praktyki krajowe, albo zapewnienie stosownego odszkodowania”. Zob. *Broniowski v. Polska*, wyrok ETPC z 22.06.2004 r., skarga nr 31443/96, § 193-194. Por. także M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 205 i nn.

⁹⁵ T.M. Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, „Columbia Journal of Transnational Law”, 2008, vol. 46, s. 351 i nn.

⁹⁶ Por. np. *Bamáca-Velásquez v. Gwatemala*, § 230; *Barrios-Altos v. Peru*, § 51; *Pueblo Bello Massacre v. Columbia (Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 31.01.2006 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 140, § 296; *Manuel Cepeda-Vargas v. Columbia (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 26.05.2010 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 213, § 256, *Aloeboetoe et al. v. Surinam (Reparations and Costs)*, wyrok z 10.09.1993 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 15, § 109; *Goiburú et al. v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 22.09.2006 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 153, § 178.

⁹⁷ „*Las Dos Erres*” *Massacre v. Gwatemala*, § 310.

⁹⁸ B. Gronowska, *Instytucjonalne gwarancje ochrony praw człowieka* [w:] M. Balcerzak, B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 154.

pieniężne za straty niematerialne⁹⁹. Natomiast MTPC, o ile w wyroku w sprawie *Velásquez Rodríguez przeciwko Hondurasowi* ostatecznie zobowiązał państwo jedynie do kompensacji pieniężnej¹⁰⁰, to już w kolejnych sprawach dotyczących wymuszonych zaginięć zarządzał obok środków pieniężnych również pozafinansowe formy wynagrodzenia naruszeń, takie jak obowiązek zlokalizowania i identyfikacji ciał ofiar oraz przekazania ich rodzinom, uznanie odpowiedzialności państwa za naruszenia czy też kontynuowanie śledztwa, osądzenie i ukaranie odpowiedzialnych za naruszenia praw człowieka¹⁰¹.

Zdaje się, że w podobny do występującego w systemie międzyamerykańskim sposób będzie się kształtować zakres środków wynagradzania naruszeń przez Afrykański Trybunał, chociażby ze względu na faktyczne i prawne podobieństwa¹⁰², jeśli wziąć pod uwagę zarówno rodzaj i charakter dokonywanych naruszeń praw człowieka, jak i samo ukształtowanie systemów kontrolnych.

Jest regułą, że w przypadku poważnych naruszeń praw człowieka organy ochrony praw człowieka uwzględniają fizyczne i psychiczne cierpienie ofiar oraz wagę naruszeń, zasądzając znaczne sumy pieniężne jako odszkodowanie za straty o charakterze materialnym i niematerialnym. Ponadto można stwierdzić, że w przypadku rozstrzygnięć odnoszących się do naruszenia praw kolektywnych – społeczności plemiennych czy grup tubylczych – podmiotem uprawnionym i beneficjentem odszkodowania jest grupa jako taka¹⁰³. W takich sytuacjach odszkodowania pieniężne zasądzane są na rzecz całej grupy i mają być wykorzystane dla całej społeczności – na zaspokojenie potrzeb edukacyjnych, mieszkaniowych, żywnościowych czy zdrowotnych. Orzecznictwo organów ochrony praw człowieka ma w tych przypadkach zasadnicze znaczenie dla realizacji celów sprawiedliwości okresu przemian. Masowe, systematyczne naruszenia praw człowieka, towarzyszące konfliktom zbrojnym, wymagają sprawiedliwych społecznie, skierowanych na przyszłość i ekonomicznie efektywnych rozwiązań. Zdaniem wielu autorów tego rodzaju środki w największym stopniu odpowiadają potrzebom zrujnowanych społeczności¹⁰⁴.

Poważne naruszenia praw człowieka a efektywność systemów ich ochrony

Tak jak różne są regionalne systemy ochrony praw człowieka, tak też efektywność egzekwowania rozstrzygnięć ich organów kształtuje się odmiennie. Największą skutecznością charakteryzują się decyzje zasądzające odszkodowania pieniężne. W tych wypadkach, zarówno w systemie europejskim, jak i międzyamerykańskim, państwa z reguły przestrzegają wyroków. Sytuacja wygląda natomiast inaczej w odniesieniu do rozstrzygnięć o charakterze niefinansowym, gdzie państwo zobowiązywane jest np. do przeprowadzenia efektywnego

⁹⁹ *Kurt v. Turcja*, § 174-175.

¹⁰⁰ *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Reparations and Costs)*, wyrok z 21.07.1989 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 7, § 57.

¹⁰¹ Zob. *Neira-Alegría et al. v. Peru (Reparations and Costs)*, wyrok z 19.09.1996 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 29; *Benavides-Cevallos v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs)*, wyrok z 19.06.1998 r., I-Am. Court H.R., ser. C, No. 38.

¹⁰² T.M. Antkowiak, *Remedial Approaches...*, s. 414.

¹⁰³ *Saramaka People v. Surinam*, § 188-201.

¹⁰⁴ J.E. Méndez, *Lessons Learned [w:] Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*, Due Process of Law Foundation 2007, s. 198-199.

śledztwa i ukarania winnych naruszeń praw człowieka; w tych przypadkach skuteczność systemów ochrony praw człowieka pozostawia jeszcze sporo do życzenia. Szczególnie widoczne są te braki w systemie afrykańskim, gdzie decyzje AKPCiL mają ogólny i deklaratoryjny charakter. Organ ten zazwyczaj nie daje szczegółowych zaleceń w przedmiocie wynagrodzenia naruszeń, rekomendując jedynie państwom przyznanie adekwatnego, sprawiedliwego zadośćuczynienia, pozostawiając im tym samym szeroki margines swobody w implementacji rozstrzygnięcia. Przykładowo w sprawie przemocy wobec uchodźców z Sierra Leone Afrykańska Komisja zaleciła jedynie utworzenie komisji mieszanej mającej ocenić straty ofiar i wypłacić im odszkodowania¹⁰⁵, a w sprawie *Constitutional Rights Project przeciwko Nigerii* dotyczącej skazania na karę śmierci przy jednoczesnym naruszeniu zasad rzetelnego procesu, Komisja zarekomendowała zwolnienie skarżących¹⁰⁶. Niemniej można zauważyć stopniową zmianę podejścia afrykańskich organów ochrony praw człowieka do kwestii wynagradzania naruszeń. W sprawie *Lawyers for Human Rights v. Swaziland* Afrykańska Komisja zwróciła się do państwa o przyjęcie wewnętrznych aktów prawnych w zgodzie z Afrykańską Kartą, włączenie się władz publicznych i innych aktorów, w tym członków społeczeństwa obywatelskiego w przygotowanie nowej konstytucji oraz poinformowanie Komisji o środkach podjętych w celu wprowadzenia w życie jej zaleceń¹⁰⁷. W jednej ze spraw, rozważając wnioski skarżących o rewizję (zarzucający notabene wydanie rozstrzygnięcia *infra petita*) zarekomendowała wypłatę odpowiedniego odszkodowania za poniesioną stratę oraz podjęcie działań zmierzających do zapewnienia, że prawo wewnętrzne państwa pozostaje w zgodzie z Afrykańską Kartą¹⁰⁸.

Nie ma wątpliwości, że prawo ofiar poważnych naruszeń praw człowieka do uzyskania adekwatnego odszkodowania stanowi istotny element regionalnych systemów ich ochrony, stanowiąc obowiązek państw-stron. Jednocześnie, jak wynika z przeprowadzonej analizy, decydujące znaczenie przy określaniu jego formy i zakresu ma charakter oraz kontekst społeczny naruszeń. Można również zauważyć, że organy ochrony praw człowieka coraz częściej zobowiązują państwa do realizacji środków o charakterze niepieniężnym, które zwłaszcza dla ofiar najpoważniejszych naruszeń praw człowieka mają niebagatelne znaczenie.

Zakończenie

Omówione wyżej szczegółowe uprawnienia ofiar poważnych naruszeń praw człowieka stanowią jedynie nieznaczny, acz istotny element idei sprawiedliwości międzynarodowej, która przecież realizowana jest zarówno w kontekście indywidualnej odpowiedzialności karnej w systemach krajowego i międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości, jak i na poziomie odpowiedzialności międzynarodowej państwa, także w systemach ochrony praw człowieka.

¹⁰⁵ *African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v. Guinea*, § 74.

¹⁰⁶ *Constitutional Rights Project v. Nigeria (in respect of Wabab Akamu, G. Adegba and others)*, MKPCiL, Communication No. 60/91, § 12.

¹⁰⁷ *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*, § 53.

¹⁰⁸ *Interights, Institute for Human Rights and Development in Africa, and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v. Islamic Republic of Mauritania*, Decision on Complainants' Request for Review, MKPCiL, Communication No. 373/2009 (formerly 242/2001).

Organy ochrony praw człowieka w coraz większym stopniu przyznają szczególne prawa osobom pokrzywdzonym poważnymi naruszeniami praw człowieka. Theo van Boven trafnie skonstatował, że chociaż ogólny stan uznania i przestrzegania praw ofiar nie jest satysfakcjonujący, to znacznie częściej uwzględnia się ich specyficzne potrzeby¹⁰⁹. Należy mieć na uwadze, że wszelkiego rodzaju mechanizmy sprawiedliwości naprawczej odgrywają ogromną rolę zwłaszcza w sytuacjach postkonfliktowych, jako istotny element idei sprawiedliwości okresu przemian oraz jeden z zasadniczych warunków doprowadzenia do trwałego pokoju i pojednania społecznego¹¹⁰.

Przeprowadzona analiza statusu ofiar poważnych naruszeń praw człowieka w regionalnych systemach ochrony praw człowieka pozwala na stwierdzenie, że istnieje zgoda na przyznanie im szczególnych praw, chociażby w postaci prawa do adekwatnego i skutecznego śledztwa czy też właściwego odszkodowania i zadośćuczynienia. Konkretnie rozwiązania mają zróżnicowany charakter, tak jak i różna jest sytuacja społeczna, historyczna, kulturowa i polityczna poszczególnych regionów świata. W żadnym jednak wypadku odmienne podejście poszczególnych organów ochrony praw człowieka nie oznacza kontestowania idei uniwersalizmu praw człowieka zakładającej, że fundamentalne prawa i wolności człowieka przysługują każdemu z racji jego człowieczeństwa¹¹¹. Jednakowoż praktycznie niemożliwe jest założenie, że środki i metody ich ochrony, a nawet szczególna treść, mają być w każdym przypadku identyczne. Nie sposób chociażby nie zauważyć, że w sytuacji kontynentu afrykańskiego, gdzie skargi kierowane do organów ochrony praw człowieka niejednokrotnie dotyczą setek czy tysięcy ofiar, a u ich podstaw leżą naruszenia najbardziej podstawowych praw człowieka, większy nacisk zostanie położony na zapewnienie rudymenarnych środków niezbędnych do przeżycia aniżeli na gwarancje rzetelnego procesu i dostępu do sądu.

Niezależnie od różnic, jakie występują i muszą występować pomiędzy poszczególnymi systemami ochrony praw człowieka, nie można wątpić, że adekwatne (a więc i dostosowane do konkretnych warunków) wynagrodzenie szkód i krzywd ofiarom poważnych naruszeń praw człowieka stanowi bardzo ważny krok na drodze ku pojednaniu i zagwarantowaniu poczucia społecznej sprawiedliwości. Te czynniki stanowią z kolei fundament koniecznej niejednokrotnie koegzystencji sprawców i ich ofiar oraz zbudowania trwałego pokoju.

Rights of the victims of serious human rights' violations in the jurisprudence of the regional organs for human rights' protection

(Summary)

The issue of the rights of victims of serious human rights violations has already gained a great significance in the context of international justice, particularly within the idea of transitional justice. Despite the existing doubts, a "victim-oriented law" is among the most intensively discussed concepts in the doctrine and practice of international law.

¹⁰⁹ T. van Boven, *Reparative Justice – Focus on Victims, SIM Lecture 2007*, "Netherlands Quarterly of Human Rights", 2007, vol. 25, s. 725-726.

¹¹⁰ *Ibidem*, s. 732.

¹¹¹ M. Lubiszewski, *Kodyfikacja międzynarodowej ochrony praw człowieka* [w:] M. Balcerzak *et. al.*, *op. cit.*, s. 111.

International human rights instruments generally do not contain any particular provisions on the exceptional situation of the victims of serious human rights violations. Nevertheless, almost all human rights protection bodies have to deal to some extent with this problem.

It is especially interesting to analyze how the regional judicial and *quasi*-judicial human rights protection bodies (i.e. the African Commission of Human and Peoples' Rights, the African Court of Human and People Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights) deal with the question of rights of the victims of serious human rights violations. Therefore, the aim of this contribution is to characterize, throughout the analysis of their jurisdictional practice, the set of rights of these particular victims that are guaranteed by international law and accepted in all systems of human rights protection. It is also essential to indicate the differences in their approach as well as to answer if, practically, human rights bodies have the genuine means to execute their decisions relating to the remedies and reparations for victims of serious human rights violations.

The term "the victims of serious human rights violation" has not yet been legally defined in international law. The UN General Assembly resolution *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* of 16 December 2005 defines them as "persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law, or serious violations of international humanitarian law. Where appropriate, and in accordance with domestic law, the term «victim» also includes the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization". Importantly, the inclusion of "indirect victims" has been already reflected in the decisions of human rights bodies. Contemporarily, none of them denies that the relatives of direct victims are entitled to claim their rights before human rights bodies. The role of jurisprudence has also been invaluable with regard to the indication what violations are "serious". Generally, these are those which impair the most fundamental rights of every human being, taking the form of, to give example, extrajudicial executions, tortures and inhuman treatment or enforced disappearances.

It is essential pointing out that in cases of serious human rights violations the approach of international bodies is similar in some aspects and different in the others. Both the Inter-American and European Courts declare that their victims have the right of the access to the court and to have their case investigated, the right to fair trial guarantees and the right to reparations for harm suffered. Naturally, the concrete solutions vary. It is no surprise, having in mind that the social, historical, cultural and political contexts in different parts of the world are distinct. Particular is the approach of the African Commission for Human and Peoples' Rights. It is principally because of two reasons: firstly, its decisions are declaratory and general in nature and, therefore, it is for a state to settle on if and how it will implement them. Secondly, and more importantly, no one should forget that the situa-

tion on the African continent is somehow unusual in comparison with the Europe or Latin America: the cases discussed by African human rights' institutions generally are complex and involve hundreds if not thousand of victims. In such cases – often relating to unimaginably abhorrent human rights violations – the emphasis more frequently is put on some tangible effects, i.e. providing food and shelter and not so strongly on fair trial guarantees or the access to the court. Undoubtedly, the latter are important but they are not in the very first place if the survival is at stake.

Certainly, providing victims of serious human rights' violations with efficient remedies and adequate reparations constitutes a prerequisite for reconciliation and social justice which, on their part, are fundamental for creating durable peace. In practice, however, in Africa, America or Europe diverse solutions will serve the realization of this, one and the same, goal.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec szczególnej roli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jej organu sądowego po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego.

Aspekty materialne i proceduralne

Skutki wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego

Problematyka relacji między systemami ochrony praw człowieka w ramach Unii Europejskiej i Rady Europy ma istotne znaczenie praktyczne. Jest to z pewnością powód, dla którego była ona już niejednokrotnie omawiana w doktrynie, zarówno w monografiach, jak i w pomniejszych pracach naukowych. W związku z tym autorka niniejszego opracowania celowo skupia się jedynie na tych aspektach tematu, które wynikają z wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego, co miało miejsce 1 grudnia 2009 roku – w szczególności na ostatnim orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym tego zagadnienia. Głównym przedmiotem badania jest więc adekwatne orzecznictwo z ostatnich dwóch lat. Tam, gdzie było to potrzebne do ukazania szerszego kontekstu, porównania stanowisk bądź ukazania ewaluacji, odwołano się również do wcześniejszego orzecznictwa TS, aktów prawa unijnego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Z punktu widzenia tematu dwa skutki wejścia w życie TL wydają się być priorytetowe: 1) uzyskanie przez Kartę Praw Podstawowych mocy powszechnie obowiązującego prawa (art. 1 ust. 8 TL; art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej); 2) zobowiązanie się¹ przez Unię Europejską do przystąpienia do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 1 ust. 8 TL; art. 6 ust. 2 TUE).

Skutki uzyskania przez KPP mocy prawnej prawa pierwotnego – uwagi ogólne

Pierwsze z tych wydarzeń oznacza uzyskanie przez Kartę mocy prawnej równej Traktatom założycielskim i reformującym, z czego wynika, że w systemie prawnym UE pojawił się akt konkurencyjny w stosunku do EKPC², a w praktyce nawet od niej ważniejszy, gdyż postanowienia EKPC utrzymały w tym porządku prawnym rolę zasad ogólnych prawa. Wejście w życie Karty stworzyło więc problem koegzystencji dwóch aktów w płaszczyźnie materialnej. Od dnia

* Dr Agata Skorek, Szkoła Wyższa im. Pawła Włodkowica w Płocku.

¹ W Rezolucji Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI) wyraźnie wskazuje się, że art. 6 ust. 2 TUE oraz Protokół nr 8 Traktatu Lizbońskiego nie stanowią jedynie opcji pozwalającej Unii na przystąpienie, ale również zobowiązanie dla instytucji unijnych, aby to uczynić (Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI) z 19.05.2010 r. w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.Urz. UE z 31.5.2011, 2011/C 161 E/12, s. 73, p. G).

² Por. F. Jasiński, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 260.

wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego treść Karty stała się dla TS punktem wyjściowym i podstawowym odniesieniem przy rozstrzyganiu w przedmiocie praw człowieka. Znalazło to odzwierciedlenie w orzecznictwie, w fakcie znacznego wzrostu ilości powołań na KPP – w okresie dwóch lat od wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego nastąpiło to w ponad 80 orzeczeniach TS³. Pierwszym orzeczeniem, w którym TS odwołał się do KPP jako wiążącego dokumentu był wyrok TS w sprawie *Seda Kucukdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*⁴.

Jak zauważono w Opinii Rzecznika Generalnego do sprawy *eDate Advertising*, w której rozważano m.in. aktualność w bieżących warunkach orzeczenia TS z 1995 roku (sprawa *Shevill i in.*), w ostatnich latach miały miejsce istotne zmiany w regulacjach prawnych Unii. Kluczowe w dziedzinie praw człowieka jest wejście w życie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, które potwierdziło zarówno znaczenie prawa podstawowego do życia prywatnego, jak i wolności informacji. W okolicznościach sprawy podkreślić należy art. 7 i 11 Karty, które stanowią wyraz szczególnej ochrony, na jaką zasługuje informacja w demokratycznym społeczeństwie, jak również podkreślają znaczenie sfery prywatnej obejmującej również ochronę wizerunku. Co prawda KPP była powoływana przez TS już wcześniej, mimo nieposiadania przez nią mocy wiążącej. Jak zauważono w Opinii, Trybunał miał już okazję wypowiedzieć się w przedmiocie obu tych praw podstawowych w orzecznictwie poprzedzającym wejście w życie Karty⁵. Również Europejski Trybunał Praw Człowieka ze swej strony sprecyzował zakres tych praw na długo przed wejściem w życie, a nawet sporządzeniem KPP⁶. Niemniej jednak wejście w życie Karty ma szczególne znaczenie. Rola tego wydarzenia polega przede wszystkim na tym, że od tego momentu w jednoznaczny sposób ustanowiony został obowiązek, by wszelkie obszary interwencji Unii, włączając w to

³ Badania własne autorki na podstawie danych ze strony www.curia.europa.eu. KPP powołana jest w tym okresie w 107 orzeczeniach TS, jednak nie wszystkie z nich zawierają odniesienia do Karty poczynione przez sam TS; Joint communication from Presidents Costa and Skouris (Wspólne oświadczenie prezesów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej po spotkaniu obu sądów w styczniu 2011 r.), 24.01.2011 r., http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/.

⁴ Sprawa *Seda Kucukdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, wyrok TS z 19.01.2010 r.

⁵ W przedmiocie art. 11 Karty i zastosowania wolności informacji przed przyjęciem Karty zob. m.in. wyroki TS: w sprawie *Sacchi*, 155/73, z dnia 30.04.1974 r. Rec. s. 409; w sprawie *Oyowe i Traore v. Commission*, C-100/88, z dnia 13.12.1989 r., Rec. s. 4285; w sprawie *ERT*, C-260/89, z dnia 18.06.1991 r., Rec. s. I-2925; w sprawie *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, z dnia 25.07.1991 r., Rec. s. I-4007; w sprawie *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91 z dnia 3.02.1993 r., Rec. s. I-487; w sprawie *Germany v. Parliament and Council*, C-376/98, z dnia 5.10.2000 r., Rec. s. I-8419; w sprawie *Connolly v. Commission*, C-274/99 P z dnia 6.03.2001 r., Rec. s. I-1611. W odniesieniu do art. 7 Karty i uprzedniego orzecznictwa zob. m.in. wyroki: w sprawie *Commission v. Germany*, C-62/90, z dnia 8.04.1992 r. Rec. s. I-2575, pkt 23; w sprawach połączonych *X v. Commission*, C-404/92 P, z dnia 5.10.1994 r., Rec. s. I-4737, pkt 17 – orzeczenia powołane w Opinii.

⁶ W przedmiocie wolności informacji, czy też zgodnie z terminologią użytą w art. 10 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – „prawa otrzymywania i przekazywania informacji i idei”, zob. m.in. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: *Handyside v. United Kingdom*, z dnia 7.12.1976 r., skarga nr 5493/72; *Leander v. Sweden*, z dnia 26.03.1987 r., skarga nr 9248/81; *Bladet Tromsø i Stensaas v. Norway* z dnia 29.05.1999 r., skarga nr 21980/93; *Feldek v. Slovakia* z dnia 27.02.2001 r., skarga nr 29032/95; *McVicar v. United Kingdom*, z dnia 7.05.2002 r., skarga nr 46311/99. W przedmiocie prawa do prywatności zawartego w art. 8 Konwencji, dotyczącego poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zob. m.in. wyroki ETPC *X i Y v. Netherlands* z dnia 26.03.1985 r., skarga nr 8978/80; *Niemetz v. Germany* z dnia 16.12.1992 r., skarga nr 13710/88; *Stjerna v. Finland* z dnia 25.11.1994 r., skarga nr 18131/91.; *Vertiere v. Switzerland* z dnia 28.06.2001 r.; *Von Hannover v. Germany* z dnia 24.06.2004 r., skarga nr 59320/00 – jak w przypisie poprzedzającym.

działania dotyczące współpracy sądowej w sprawach cywilnych, były poddane nadrzędnemu zakresowi praw podstawowych, które określa Karta⁷. Wynika to z faktu przyznania tej ostatniej mocy prawnej prawa pierwotnego, z którym muszą pozostawać w zgodności wszystkie akty prawa wtórnego. Okoliczności te „zmuszają do innego ujęcia sprzeczności, jakie leżą u podstaw orzecznictwa w sprawie *Shevill i inni*”⁸.

Wspomniany skutek wejścia w życie TL podkreślany jest w orzecznictwie TS zarówno pośrednio, poprzez powoływanie się na Kartę, jak i bezpośrednio. Na przykład w sprawie *Williams and Others* stwierdzono *expressis verbis*, że na podstawie art. 6 ust. 1 TUE KPP posiada tę samą moc prawną, co traktaty⁹.

Warto podkreślić, że w dziedzinie prawa praw człowieka Karta stała się z dniem 1 grudnia 2009 roku samodzielnym źródłem prawa, co oznacza, że nie ma już potrzeby, aby występowała ona wciąż w asyście swojej „starszej kuzynki”. Owo wyemancypowanie widać w orzecznictwie TS. Pamiętając, że zakres przedmiotowy Karty jest nieporównanie szerszy niż Konwencji¹⁰, mamy tu oczywiście na myśli tylko orzeczenia dotyczące tych praw człowieka, które znajdziemy w obu aktach. Przykładem takiego samodzielnego zastosowania Karty może być wyrok w sprawach połączonych *ASNEF C-468/10* i *FECEMD C-469/10*, dotyczących przetwarzania danych osobowych, gdzie TS oparł się wyłącznie na rozwiązaniach KPP (art. 7 i 8)¹¹.

Skutki wynikające z zobowiązania się UE do przystąpienia do EKPC – uwagi ogólne

Również pozycję postanowień EKPC jako zasad ogólnych prawa UE¹² potwierdza ostatnie orzecznictwo. W sprawie *Elgafaji*, rozstrzyganej na krótko przed wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego, stwierdzono, że prawo podstawowe zagwarantowane przez art. 3 EKPC wchodzi w skład ogólnych zasad prawa wspólnotowego¹³, nad przestrzeganiem których czu-

⁷ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 29.03.2011 r. do sprawy *eDate Advertising*, C-509/09, § 52; zob. przywołane piśmiennictwo: E.S. Knutsen, *Techno-Neutrality of Freedom of Expression in New Media Beyond the Internet*, „UCLA Entertainment Law Review” 2001, nr 8, s. 95; B.J. Koops, *Should ICT Regulation be Technology-Neutral?*, [w:] B.J. Koops, M. Lips, C. Prins, M. Schellekens, *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*, Den Haag 2006, s. 77–79; A. Escudero-Pascual, I. Hosein, *The Hazards of Technology-Neutral Policy: Questioning Lawful Access to Traffic Data*, „Communications of the Association for Computing Machinery” 2004, nr 47, s. 77.

⁸ Opinia Rzecznika Generalnego *eDate Advertising*, § 52. W przedmiocie informacyjnego wpływu Karty na wszystkie obszary interwencji prawodawczej Unii zob. K. Lenaerts, J. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, „Common Market Law Review” 2010, vol. 47.

⁹ Sprawa *Williams and Others*, C-155/10, wyrok TS z 15.09.2011 r., § 18.

¹⁰ Na przykład w sprawie *Fuchs*, sprawy połączone C-159/10 i C-160/10, wyrok TS z 21.07.2011 r., § 62 powołano się na prawo do wykonywania pracy, uznane w art. 15 ust. 1 KPP, natomiast w sprawie *Williams and Others*, § 18 – na prawo do corocznego płatnego urlopu (art. 31 ust. 2 KPP). Rozszerzenie zakresu rodzajów praw człowieka będących przedmiotem orzekania TS jest dodatkowym skutkiem uzyskania przez KPP mocy prawnej. Dywagacje w przedmiocie tego skutku wykraczają jednak poza ramy rozumianego ściśle tematu opracowania i nie mogą być ze względu na ramy artykułu omówione szerzej.

¹¹ Sprawa *ASNEF/FECEMD C-468/10* i *C-469/10*, wyrok TS z dnia 24.11.2011 r., § 40–45.

¹² Szerzej na temat statusu EKPC w prawie UE, w szczególności w orzecznictwie TS, zob. M. Jaśkowski, *Sądowa ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej i Wspólnocie Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009, s. 107–167.

¹³ Sprawa *Elgafaji*, C-465/07, wyrok TS z 17.02.2009 r., § 28.

wa Trybunał, natomiast w wyroku *McCarthy* z 2011 roku Trybunał nazwał prawo wynikające z art. 3 Protokołu nr 4 do EKPC jedną z zasad prawa międzynarodowego, co do której nie sposób przyjąć, by prawo Unii mogło ją pomijać¹⁴. Jednocześnie przygotowanie podwalin pod przystąpienie UE do EKPC rodzi po stronie Unii obowiązek uzgadniania swoich aktów z wymogami tej Konwencji.

Oba wyżej wskazane skutki wejścia w życie TL rodzą oczywiście implikacje w dziedzinie interpretacji i stosowania Konwencji – zarówno branej indywidualnie, jak i wraz z Kartą – oraz problemy natury proceduralnej, tj. właściwości jurysdykcyjnej sądu międzynarodowego w dziedzinie praw człowieka, a przynajmniej konkurencji bądź współdziałania tych sądów w tworzeniu spójnej linii orzeczniczej.

Wpływ EKPC oraz orzecznictwa strasburskiego na kierunek orzecznictwa TS dotyczącego praw człowieka

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej od wielu lat nawiązywał do problematyki praw człowieka. Jak zauważono w Rezolucji Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI) z 19 maja 2010 roku w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, TS konsekwentnie – od orzeczeń w sprawach *Internationale Handelsgesellschaft* z 17 grudnia 1970 roku oraz *Nold* z 14 maja 1974 roku – stwierdzał, że prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawa, których poszanowanie Trybunał ten gwarantuje, a zasady wypracowane w jego orzecznictwie zostały Traktatem z Maastricht włączone do prawa pierwotnego Unii¹⁵. W jurysprudencji TS nawiązania do treści EKPC pojawiały się najczęściej przy okazji rozpatrywania swobody przemieszczania się, prawa własności¹⁶, swobody wyboru zawodu¹⁷, prawa do równego traktowania kobiet i mężczyzn¹⁸ oraz zakazu dyskryminacji z uwagi na inne kryteria¹⁹, prawa do skutecznej obrony sądowej²⁰, swobody działalności związkowej²¹, prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wreszcie zasady *nulla poena sine lege*²².

¹⁴ Sprawa *McCarthy*, C-434/09, wyrok TS z 5.05.2011 r., § 29.

¹⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI) z 19.05.2010 r. w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.Urz. UE 2011/C 161 E/12, s. 72, p. A, C.

¹⁶ Sprawa *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, 44/79, wyrok TS z 13.12.1979 r., § 19, (1979) ECR 3727.

¹⁷ Sprawa *Nold GK v. Commission*, 4/73, wyrok TS z 14.05.1974, (1974) ECR 491.

¹⁸ Sprawa *Carl Kühne and Others*, C-269/99, wyrok TS z 6.12.2002 r., (2001) ECR I-9517, § 57; Sprawa *Bolloré v. Commission*, T-109/02, wyrok TS z 26.04.2007 r., (2007) ECR II-947, § 86,87; Sprawa *Unibet v. Justizkantslern*, C-432/05, wyrok TS z 3.03.2007 r., (2007) ECR I-2271, § 37.

¹⁹ Sprawa *Kreil*, C-285/98, wyrok TS z 11.01.2000 r., (2000) ECR I-69; *Commission v. Germany*, C-43/05, wyrok TS z 23.2.02006 r., (2006) ECR I-33; Sprawa *Maruko*, C-267/06, wyrok TS z 1.04.2008 r., (2008) ECR I-1757; Sprawa *Palacios de Villa*, C-411/05, wyrok TS z 16.10.2007 r., (2007) ECR I-8531.

²⁰ Sprawa *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, wyrok TS z 15.5.1986 r., (1986) ECR 1651, § 18,19; Sprawa *Unectef v. Heylens*, 222/86, wyrok TS z 15.10.1987 r., (1987) ECR 4097.

²¹ Sprawa *Prais v. Council*, 130/75, wyrok TS z 27.10.1976, (1976) ECR 1589; Sprawa *Union Syndicale and Others v. Council*, 175/73, wyrok TS z 8.10.1974, (1974) ECR 917.

²² Sprawa *Criminal proceedings v. X*, C-74/95, wyrok TS z 12.12.1996 r., (1996) ECR I-6609, § 25; Sprawa *Dansk Rørindustri and others v. Commission*, C-189/02, wyrok TS z 28.06.2005 r., § 215-219; Sprawa *Avocaten voor de Wereld*, C-303/05, wyrok TS z 3.05.2007 r., (2007) ECR I-3633, § 50, 53.

W orzecznictwie TS na tle innych aktów ochrony praw człowieka EKPC powoływana jest nadzwyczaj często²³. TS uznaje ją za standard, który należy przyjąć na obszarze WE/UE, jednak raczej traktując jej postanowienia jako zasady niż jako normy. Jest to powołanie pośrednie²⁴, jako że Unia nie jest jak na razie stroną Konwencji. Trybunał luksemburski w ramach swojej niezależności jurysdykcyjnej stworzył, w drodze praktyki rozstrzygania spraw dotyczących praw człowieka, kategorię praw podstawowych, które – choć w oczywisty sposób są oparte na Konwencji i przez nią inspirowane – mają swoją własną treść i dyktują własne standardy oceny²⁵.

Trzeba tu jednak poczynić uwagę, że nie można jednoznacznie utożsamić widocznego wzrostu ilości odesłań do EKPC i strasburskiego *case law* w orzecznictwie TS z momentem podpisania bądź wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego. Od 2003, a jeszcze silniej od 2005 roku widoczny jest jednak w tym zakresie trend wzrostowy²⁶. Trzeba oczywiście wziąć po uwagę, że ilość odesłań do Konwencji Rady Europy i orzeczeń jej organu jest wypadkową wielu czynników, w tym w dużej mierze niezależnych od Trybunału, jak treść wpływających skarg. Jednak z pewnością możemy obecnie mówić nie tylko o przychylności TS wobec standardu ochrony praw człowieka w ramach Rady Europy, ale o ścisłej współpracy, wręcz wzorowaniu się na tym standardzie.

W orzecznictwie omawianego okresu najczęściej występuje odniesienie do różnych aspektów zagwarantowanego w art. 6 Konwencji prawa do rzetelnego procesu, w tym prawa do skutecznego środka odwoławczego oraz uświęconego przez jej art. 8 prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Często zdarzają się też nawiązania do KE w kontekście zakazu dyskryminacji (art. 14 EKPC). Ponadto – z uwagi na pewną specyfikę organizacji, jaką jest UE – dość regularnie przed TS pojawiają się sprawy, w których występuje aspekt ochrony własności (art. 1 Protokołu 1 do EKPC) i swobody poruszania się (art. 2 Protokołu 4 do EKPC)²⁷.

Problem podwójnych standardów

Samo powoływanie się przez TS na EKPC, jako wyznaczającą minimalny standard, nie jest satysfakcjonującym rozwiązaniem. Nawet zanim akt prawa praw człowieka UE, tj. Karta Praw Podstawowych, uzyskał moc powszechnie obowiązującego prawa, istniał problem

²³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI), p. B.

²⁴ D. Kronobis-Romanowska mówi o „pośredniej inkorporacji” EKPC do prawa wspólnotowego już od Traktatu Amsterdamskiego. Zob. D. Kronobis-Romanowska, *Europejska Konwencja Praw Człowieka w systemie prawa Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2001, s. 90; *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 376; J. Sozański, *Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym*, Warszawa – Poznań 2003, s. 320, 321.

²⁵ C. Mik, *Karta Praw Podstawowych Unii europejskiej. Zagadnienia podstawowe*, [w:] *Traktat nicejski*, red. A. Podraza, Lublin 2001, s. 46 i nn.; T.T. Koncewicz, *Prawa człowieka w Trybunale sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 10, s. 11; M. Szuniewicz, *Wpływ orzecznictwa strasburskiego na standard ochrony praw człowieka w Unii europejskiej (z uwzględnieniem zmian traktatowych z grudnia 2007 r.)*, „Studia Europejskie” 2008, nr 1, s. 98.

²⁶ Badania własne autorki na podstawie orzeczeń zamieszczonych na stronie Trybunału Sprawiedliwości <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>.

²⁷ Por. J. Plaňavova-Latanowicz, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000, s. 181, 188.

podwójnych standardów w zakresie praw człowieka kreowanych przez orzecznictwo TS i ETPC²⁸. Niebezpieczeństwo stało się bardziej realne w związku z wejściem w życie własnego, autonomicznego aktu Unii w tej dziedzinie.

Kluczowy dla ustalenia relacji między aktami prawa praw człowieka UE i RE jest art. 52 ust. 3 KPP stanowiący, że w zakresie, w jakim zawiera ona prawa, które odpowiadają prawom gwarantowanym w EKPC, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę Konwencję. Zgodnie z wyjaśnieniem do tego postanowienia znaczenie i zakres praw gwarantowanych treścią EKPC są określone nie tylko w treści EKPC, ale także w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. To postanowienie Karty w kontekście nawiązania do poszczególnych praw gwarantowanych w EKPC nie zawsze jest powoływane w orzecznictwie luksemburskim powstałym po dacie wejścia w życie TL²⁹, jednak odwołania do Konwencji RE z reguły i tak występują obecnie w towarzystwie „bliźniaczych” postanowień Karty. Wielokrotnie Trybunał podkreśla, że znaczenie i zakres praw gwarantowanych w KPP odpowiada analogicznym prawom gwarantowanym przez Konwencję³⁰. Dla ich pełniejszego zdefiniowania TS często przywołuje jednak linię interpretacyjną wypracowaną w Strasburgu³¹.

Choć postanowienie art. 52 ust. 3 Karty nie oznacza pełnego związania TS orzecznictwem ETPC³², praktyka współpracy i widoczne zbliżenie między oboma sądami ujawniają dobrą wiarę, a nawet determinację w kwestii rozwiązywania ewentualnych konfliktów, a gdy to możliwe w zmiernianiu do paralelnej interpretacji obu instrumentów ochrony praw człowieka³³. We wspomnianej Rezolucji z 2010 roku PE deklaruje, że Trybunał luksemburski

²⁸ S. Douglas-Scott, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquits*, „Common Market Law Review” 2006, vol. 43, s. 629-665; F. Jasiński, *op. cit.*, s. 241-243; D. Spielmann, *Human Rights Case Law in Strasbourg and Luxembourg. Conflicts, Inconsistencies and Complementarities*, [w:] *The EU and Human Rights*, red. Ph. Alston, Oxford 1999.

²⁹ Takie bezpośrednie wskazanie podstawy prawnej wystąpiło np. w sprawach: *DEB*, C-279/09, wyrok TS z 22.12.2010 r.; *McB*, C-400/10 PPU, wyrok TS z 5.10.2010 r.; por. połączone sprawy *Eifert*, C-93/09, wyrok TS z 9.11.2010 r. i *Volker und Markus Schecke*, C-92/09, wyrok TS z 9.11.2010 r.; *Fuji Electric v Commission*, T-132/07, wyrok TS z 12.07.2011 r. Zob. też sprawy omówione dalej.

³⁰ Sprawa *Dereci and Others*, C-256/11, wyrok TS z 15.11.2011 r., § 70 – prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego art. 8 ust. 1 EKPC; *V v. Parliament*, F-46/09, wyrok TS z 5.07.2011 r., § 111,123 – ochrona danych osobowych na temat zdrowia.

³¹ Sprawa *Aragonesas Industrias y Energia v. Commission*, T-348/08, wyrok TS z 25.10.2011 r., § 94 – domniemanie niewinności – art. 6 ust. 2 EKPC; por. wyroki ETPC: Sprawa *Öztürk*, wyrok z 21.02.1984 r., skarga nr 8544/79, Series A No 73, Sprawa *Lutz*, wyrok z 25.08.1987 r., skarga nr 9912/82, Series A No 123-A, oraz wyroki TS w sprawach: *Hüls AG v Commission*, C-199/92 P, wyrok z 8.07.1999 r., [1999] ECR I-4287, § 149,150; sprawa *Montecatini v Commission*, C-235/92 P, wyrok z 8.07.1999 [1999] ECR I-4539, § 175,176; sprawa *General Technic-Otis v Commission*, T-141/07, wyrok z 13.07.2011 r., § 73; sprawa *DEB*, C-279/09, wyrok z 22.12.2010 r., § 35-37, 45-52.

³² Por. J. Barcik, A. Bentkowska, *Prawo UE z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2008, s. 248; M. Szuniewicz, *op. cit.*, s. 103-108.

³³ Joint communication from Presidents Costa and Skouris (Wspólne oświadczenie prezesów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej po spotkaniu obu sądów w styczniu 2011 r.), 24.01.2011 r., http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/. Warto tu przypomnieć, że blokadą dla wcześniejszego przystąpienia Wspólnoty do Konwencji było stanowisko TS, który w obawie o własną niezależność w opinii 2/94 z 28.03.1996 r. wypowiedział negatywną opinię w kwestii kompetencji Wspólnoty w tym zakresie na gruncie obowiązującego stanu prawnego (Thorbjörn Jagland, Jean-Paul Costa, Wspólne oświadczenie z 31.05.2010 r., www.coe.md).

poświęca szczególną uwagę rozwojowi orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, o czym świadczy rosnąca liczba orzeczeń odnoszących się do postanowień EKPC³⁴. Unikanie otwartego konfliktu jurysdykcyjnego i dążność do mówienia – w miarę możliwości – jednym głosem jest chyba obecnie podstawową dyrektywą przyjętą w relacjach między wskazanymi organami sądowymi³⁵.

*Relacje między orzecznictwem TS a strasburskim case law na gruncie EKPC
– analiza wybranych wyroków zapadłych po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego*

Praktyka kojarzenia i jednolitego interpretowania postanowień obu aktów praw człowieka jest łatwo dostrzegalna w orzecznictwie luksemburskim. W sprawie *Sison v. Council* Trybunał powołał się zarówno na KPP, jak i na EKPC (prawo do efektywnej ochrony prawnej), jednak dla doprecyzowania zakresu prawa odwołał się do orzecznictwa ETPC³⁶. Z kolei w sprawie *Nanopoulos v. Commission* przypomniano, że zasada domniemania niewinności, taka, jaka wynika w szczególności z art. 6 ust. 2 EKPC, należy do praw podstawowych, które zgodnie z orzecznictwem Trybunału i art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej są potwierdzone w porządku prawnym Unii³⁷.

Orzecznictwo ETPC w sprawach, w których oba sądy dochodzą do zbliżonej interpretacji, służy również TS jako argument na poparcie własnego stanowiska. Jest to chyba układ spotykany najczęściej³⁸. Poprzez dokonanie samodzielnej analizy stanu faktycznego i prawnego, a następnie znalezienie potwierdzenia w strasburskim *case law*, Trybunał stara się pogodzić dwa swoje na pierwszy rzut oka sprzeczne dążenia, tj. zachowanie niezależności jurysdykcyjnej i uzgodnienie własnej wykładni EKPC z wykładnią dokonywaną przez jej organ sądowy.

W sprawie *McB* TS wziął pod lupę relację art. 7 Karty („Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”) do art. 8 ust. 1 EKPC. Uznawszy, iż brzmienie obu uregulowań jest identyczne (poza tym, że art. 8 ust. 1 EKPC używa wyrażenia „korespondencji” zamiast „komunikowania się”), stwierdził, że należy na-

³⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI), p. D.

³⁵ E. Karska, K. Karski, *Some reflections on the Admissibility of Lodging a Complaint with the European Court of Human Rights against all European Union Member States on Account of their Joint Responsibility of the Actions and Omissions of the UE Institutions*, [w:] *Concepts of General Domestic Remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process, 4th Warsaw Seminar, 9-10 September 2010. In memory of Professor Krzysztof Skubiszewski (1926-2010)*, Warszawa 2010, s. 188; J. Barcz, M. Górka, A. Wyrzumaska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 108.

³⁶ *Sison v Council* T-341/07, wyrok TS z 23.11.2011 r., § 81; por. wyrok ETPC w sprawie *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland (Bosphorus Airways v. Ireland)*, wyrok z 30.06.2005 r., skarga nr 45036/98, ECHR 2005-VI, § 88, 163, 165.

³⁷ *Nanopoulos v. Commission*, F-30/08, wyrok TS z 11.05.2010 r.. Na dowód owego potwierdzenia TS powołał m.in. wyrok TS w sprawie *Hüls v. Commission*, C-199/92 P, z dnia 8.07.1999 r. Rec. s. I-4287, pkt 149, 150; wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Tillack v. Commission*, T-193/04, z dnia 4.10.2006 r., Zb. Orz. s. II-3995, § 121; ww. wyrok TS w sprawie *Franchet i Byk v. Commission*, § 209.

³⁸ Sprawa *Aladzbov*, C-434/10, wyrok TS z 17.11.2011 r., § 19, 37, por. z wyrokiem ETPC w sprawie *Riener v. Bulgaria*, wyrok z 23.05.2006 r., skarga nr 46343/99, § 114-117; Sprawa *Bank Melli Iran v. Council*, C-548/09 P, wyrok TS z 16.11.2011 r., § 89, 116 w zw. z 112; Sprawa *Samba Diouf*, C-69/10, wyrok TS z 28.07.2011 r., § 63; Sprawa *Tsakouridis*, C-145/09, wyrok TS z 23.11.2010 r., § 47, 52.

dać art. 7 Karty takie samo znaczenie i zakres, jakie przyznaje się art. 8 ust. 1 EKPC, tak jak interpretuje go Europejski Trybunał Praw Człowieka. Trybunał luksemburski podkreślił jednak, że nie stanowi to przeszkody, aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę³⁹.

Następnie TS bezpośrednio sięgnął do sprawy zawisłej niegdyś przed ETPC, w której stan faktyczny był analogiczny do sprawy przed sądem krajowym, tj. dziecko pary niebędącej małżeństwem zostało wywiezione do innego państwa przez matkę, której jako jedynej przysługiwała władza rodzicielska⁴⁰. W tamtej sprawie Trybunał strasburski orzekł zasadniczo, że ustawodawstwo krajowe, które przyznaje z mocy prawa władzę rodzicielską w stosunku do dziecka wyłącznie jego matce, o ile upoważnia ojca dziecka, któremu nie przysługuje władza rodzicielska, do wystąpienia do właściwego sądu krajowego z wnioskiem o zmianę przypisania tej władzy, nie jest sprzeczne z art. 8 EKPC interpretowanym w świetle konwencji haskiej z 1980 r. Standardem ustanowionym przez art. 8 Konwencji – tak jak go interpretuje ETPC – jest zatem, by biologiczny ojciec miał prawo do wystąpienia do sądu krajowego i zażądania, by została mu przyznana piecza nad dzieckiem. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł ponadto w innej sprawie, że uregulowanie krajowe, które nie daje biologicznemu ojcu żadnej możliwości uzyskania prawa do pieczy nad dzieckiem przy braku zgody matki, stanowi nieusprawiedliwioną dyskryminację ojca, a zatem narusza art. 14 EKPC w związku z jej art. 8⁴¹.

Przyjmując tę interpretację, Trybunał zidentyfikował standard unijny (tu: zgodny z rozpatrywanym rozporządzeniem Rady WE nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 roku, dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej), który powinien zapewnić biologicznemu ojcu prawo do wystąpienia do sądu krajowego i zażądania, by została mu przyznana piecza nad dzieckiem („co stanowi istotę prawa biologicznego ojca do życia prywatnego i rodzinnego w takim kontekście”), możliwe do efektywnej realizacji przed wprowadzeniem dziecka przez matkę do innego państwa członkowskiego. Nie narusza jednak istoty jego prawa do życia prywatnego i rodzinnego okoliczność, że w odróżnieniu od matki nie przysługuje mu automatycznie piecza nad dzieckiem i musi ubiegać się o jej przyznanie na drodze sądowej⁴².

Można również zauważyć swoistą funkcję korygującą orzeczeń ETPC, która uwidacznia się na przykład w sprawie *Gualtieri v. Commission*: „orzecznictwo Trybunału, które nie zrównuje małżeństwa i związków faktycznych, powinno zostać poddane ponownej analizie, co najmniej w zakresie prawa pracy, w świetle norm prawa wspólnotowego, w szczególności art. 1d ust. 1 akapit 2 Regulaminu pracowniczego urzędników Wspólnot Europejskich i przy uwzględnieniu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym ochrona życia rodzinnego, ustanowiona w art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 roku, obejmuje

³⁹ Sprawa *McB*, § 53; zob. analogicznie wyroki TS w sprawie *Dereci and Others*, § 70 oraz *Varec*, C-450/06, z dnia 14.02.2008 r., Zb.Orz. s. I-581, pkt 48.

⁴⁰ Decyzja ETPC w sprawie *Guichard v. France*, z dnia 2.09.2003 r., Reports of Judgments and Decisions 2003-X; zob. podobnie także w sprawie *Balbontin v. United Kingdom*, decyzja ETPC z dnia 14.09.1999 r., skarga nr 39067/97.

⁴¹ Wyrok ETPC w sprawie *Zaunegger v. Germany*, z dnia 3.12.2009 r. skarga nr 22028/04, § 63, 64.

⁴² Sprawa *McB*, § 54-57.

również związki faktyczne⁴³. Ilość odesłań do własnych orzeczeń jest w wyrokach TS bez porównania większa. Mimo to wpływ działalności ETPC jest na tyle istotny, że może stanowić argument za zmianą dotychczasowego stanowiska.

Przykładem sprawy, w której wystąpiła taka sytuacja paralelnego rozstrzygnięcia zbliżonego stanu faktycznego, jest sprawa *Scattolon*. W latach 2008-2009 członkowie personelu pomocniczego jednostek samorządu terytorialnego, którzy podlegali przejściu w ramach Ministerstwa Edukacji, Szkolnictwa Wyższego i Badań Naukowych we Włoszech, wnieśli do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka trzy skargi, w których zarzucali Republice Włoskiej naruszenie – w wyniku przyjęcia art. 1 ust. 218 ustawy nr 266/2005 – art. 6 EKPC i art. 1 protokołu dodatkowego do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W wyroku z dnia 7 czerwca 2011 roku rzeczone skargi zostały uwzględnione⁴⁴.

Z kolei do TS wpłynęła skarga Ivany Scattolon, która była zatrudniona w charakterze woźnej w szkołach publicznych przez gminę Scorzè (Włochy) i świadczyła w latach 1980–1999 pracę jako członek personelu administracyjnego, technicznego i pomocniczego (ATA) jednostek samorządu terytorialnego. W 2000 roku została ona włączona w szeregi personelu pomocniczego i zaseregowana przez ministerstwo w ramach tabeli płac państwowego personelu pomocniczego na szczeblu, który odpowiadał 9-letniemu stażowi pracy. Miało to oczywiście wpływ na jej wynagrodzenie, które uległo istotnemu obniżeniu. Scattolon wniosła do Tribunale di Venezia skargę mającą na celu uznanie całości wspomnianego stażu pracy⁴⁵.

Tribunale di Venezia wystąpił w tej sprawie z pytaniem prejudycjalnym, dotyczącym zgodności mającego w tej sprawie zastosowania aktu krajowego z ogólnymi zasadami prawa, takimi jak zasada skutecznej ochrony sądowej i zasada pewności prawa⁴⁶. I właśnie zważywszy na fakt, że kwestia ta w międzyczasie została rozstrzygnięta przez Europejski Trybunał Praw Człowieka⁴⁷, stwierdzający naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji i naruszenie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji oraz mając na względzie odpowiedzi udzielone na pozostałe pytania prejudycjalne, Trybunał UE orzekł, iż nie jest konieczne dokonanie oceny sprawy w świetle ogólnych zasad prawa⁴⁸. Tym sposobem TS dał do zrozumienia, że uważa za autorytatywne rozstrzygnięcie ETPC w przedmiocie wystąpienia naruszenia Konwencji w zaistniałym stanie faktycznym.

W niniejszej sprawie zasługuje na uwagę Opinia Rzecznika Generalnego, ukazuje ona bowiem, że nie sam rezultat, ale również metoda i sposób interpretacji jest dokładnym odzworowaniem drogi wnioskowania ETPC. Rzecznik Yves Bot wyjaśnia: „W celu dostarczenia sądowi krajowemu koniecznych elementów wykładni, tak aby mógł on dokonać oceny zgodności art. 1 ust. 218 ustawy nr 266/2005 z art. 47 karty, postąpię zgodnie ze schematem analizy przyjętym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w podobnych przypadkach naruszeń art. 6 ust. 1 EKPC z powodu wpływu ustawy działającej z mocą wsteczną na toczące się postępowania sądowe. Zbadam w ten sposób w pierwszej kolejności, czy dochodzi

⁴³ Sprawa *Gualtieri v. Commission*, C-485/08 P, wyrok TS z 15.04.2010 r., § 59.

⁴⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Agrati and Others v. Italy* z dnia 7.6.2011 r., skargi nr 43549/08, 6107/09, 5087/09.

⁴⁵ Sprawa *Scattolon*, C-108/10, wyrok TS z 6.09.2011 r., § 28-30.

⁴⁶ *Ibidem*, § 33 ust. 4.

⁴⁷ Sprawa *Agrati and Others v. Italy*; sprawa *Scattolon*, § 27.

⁴⁸ R. Gardziński, *Prawo pracy wiąże nowego pracodawcę*, „Rzeczpospolita”, 6.09.2011 r., s. 2, [na:] <http://www.rp.pl/arttykul/713060.html>; sprawa *Scattolon*, § 84.

w takim przypadku do ingerencji władzy legislacyjnej w wymiar sprawiedliwości. Jeśli tak, w drugiej kolejności rozważę, czy istnieją nadrzędne względy interesu ogólnego uzasadniające taką ingerencję⁴⁹. Następnie opinia przywołuje szereg orzeczeń ETPC⁵⁰. Można w tym miejscu na marginesie zauważyć, że stworzony przez Trybunał strasburski test, pozwalający ocenić, czy interwencja państwa stanowi niedopuszczalną ingerencję w prawo podstawowe, jest akceptowany i stosowany nie tylko przez Trybunał w Luksemburgu⁵¹, ale też przez inne międzynarodowe organy ochrony praw człowieka, jak Komitet Praw Człowieka ONZ⁵².

Podpatrywanie kierunku rozstrzygnięcia ETPC przez TS można również stwierdzić w dotyczących azylu sprawach połączonych *N.S. i M.E.* (C-411/10 i C-493/10)⁵³. Trybunał luksemburski wydał tu rozstrzygnięcie analogiczne do tego, jakie niewiele wcześniej w zbliżonym stanie faktycznym zapadło w Strasburgu, na które to rozstrzygnięcie TS oficjalnie się powołał.⁵⁴

Nie zawsze jednak TS czuje się w obowiązku odwzorowywać strasburską linię orzeczniczą. W sprawie *Scarlet Extended SA* TS wykorzystał okazję do przeprowadzenia własnej, całkowicie niezależnej wykładni dyrektyw dotyczących, najogólniej mówiąc, ochrony praw autorskich w Internecie i to pomimo faktu, że pytanie prejudycjalne sądu krajowego nawiązywało do EKPC (art. 8 i 10), i że Rzecznik Generalny w swojej opinii do sprawy wielokrotnie powołał się na orzecznictwo organu tej Konwencji⁵⁵. Rzecznik stwierdził m.in., iż TS rzadko miał okazję badać przestrzeganie tego wymogu. Zauważył jednak, że jest on tożsamy z warunkami art. 8 i 10 EKPC i w tym przedmiocie od dawna orzekał Europejski Trybunał Praw Człowieka, co doprowadziło do powstania bogatego orzecznictwa, „do którego w związku z tym w szczególności trzeba będzie odwołać się w celu udzielenia pełnej, a przede wszystkim użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu”⁵⁶. Przechodząc do konkretnych sformułowań, Rzecznik zauważył, że „termin «ograniczenie» odpowiada z kolei terminom «ingerencja» użytym w art. 8 EKPC, oraz «ograniczenie» zastosowanym w art. 10 EKPC, postanowieniach, w których wymieniono poszczególne wymogi, które odpowiadają także w dużej mierze wymogom ustanowionym w art. 52 ust. 1 Karty”. Z tych powodów – w jego opinii – wykładania dokonania przez Europejski Trybunał Praw Człowieka powinna zostać uwzględniona przez Trybunał. Użyte sformułowanie „odpowiadają w dużej mierze” nie oznacza jednak identyczności i właśnie ze względu na występujące w tych wymogach różnice Rzecznik stwierdza: „wydaje mi się oczywiste, że postanowieniom Karty należy nadać niezależną wykładnię”⁵⁷. Warto jednak zauważyć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w okresie poprzedzającym rozpatrywanie skargi *Scarlet Extended SA* nie miał jeszcze okazji orzekać *stricto* w przedmiocie zgodności specyficznych środków z zakresu kontroli połączeń

⁴⁹ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 5.04.2011 r. w sprawie *Scattolon* C-108/10, § 124-126.

⁵⁰ *Ibidem*, § 127-136.

⁵¹ Zob. na przykład sprawę *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, wyrok TS z dnia 11.07.2002 r. i *Schmidberger v. Austria*, C-112/00, wyrok TS z dnia 12.06.2003 r.

⁵² J. Barcz *et al.*, *op. cit.*, s. 108.

⁵³ Sprawa *N.S. i M.E.* (C-411/10 i C-493/10), wyrok TS z 21.12.2011 r., § 88, 111, 112.

⁵⁴ Sprawa *M.S.S. v. Belgium and Greece*, wyrok ETPC z 21.01.2011 r., skarga nr 30696/09, w szczególności § 358, 360, 367.

⁵⁵ Sprawa *Scarlet Extended SA*, C-70/10, wyrok TS z 24.11.2011 r., § 28; Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 14.04.2011, do sprawy *Scarlet Extended SA*, C-70/10, § 37, 81-85, 90, 93-101, 112.

⁵⁶ Sprawa *Scarlet Extended SA*, § 37.

⁵⁷ *Ibidem*, § 33.

elektronicznych ani *a fortiori* systemu filtrowania i blokowania takiego jak ten, którego wprowadzenia zażądano w stanie faktycznym sprawy ze standardami EKPC⁵⁸.

Jak w tej sytuacji zachował się Trybunał luksemburski? Otóż – rezygnując z odesłania w postaci analogii do spraw rozpatrywanych przez ETPC – sam dokonał interpretacji w obszarze, gdzie brak jeszcze stanowiska konkurencyjnego sądu. Świadczy to wyraźnie o tym, że o ile TS korzysta z dotychczasowego dorobku orzeczniczego ETPC, nie uważa jednak tego sądu za monopolistę w dziedzinie dokonywania interpretacji w sprawach odwołujących się do praw człowieka.

Spostrzeżenie to jest jednak trafne nie tylko na gruncie ostatniego orzecznictwa. Odmienna interpretacja – nawet konkretnych postanowień EKPC – zdarzała się już wcześniej w sytuacjach, gdy rozpatrywany przez TS problem nie był uprzednio badany przez ETPC. Np. w sprawach *Hoechst AG v. Commission*⁵⁹ TS orzekł, że nienaruszalność mieszkania chroniona prawem do prywatności, jak je ujmuje art. 8 EKPC, nie odnosi się do pomieszczeń używanych do prowadzenia działalności gospodarczej, który to pogląd zweryfikowało późniejsze orzeczenie Trybunału strasburskiego w sprawie *Niemietz v. Germany*⁶⁰. Warto zatem zauważyć, że mimo wejścia w życie TL i zbliżania się wielkimi krokami chwili poddania się Unii pod jurysdykcję ETPC, Trybunał luksemburski nie zarzucił tej metody postępowania.

Jako przykład różnic w interpretacji bliźniaczych postanowień obu aktów dotyczących prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego może posłużyć Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *McCarthy* z 2010 roku. Rzecznik Generalny dokonał analizy prawa unijnego, dochodząc do wniosku, że obywatelka Unii będąca w takiej sytuacji jak skarżąca nie może oprzeć się na nim, by uzyskać dla siebie i członków swej rodziny (obywateli państw trzecich) prawa pobytu w państwie członkowskim, w którym stale mieszkała i którego przynależność państwową posiada. W tej sytuacji Rzecznik podniósł na marginesie, że mogłaby ona dochodzić swoich roszczeń na podstawie EKPC. Wszystkie państwa członkowskie UE są bowiem stronami EKPC. Mimo, że Konwencja nie gwarantuje cudzoziemcowi jako takiego prawa do wjazdu lub pobytu w określonym kraju, można by rozważyć, czy odmowa wjazdu do lub pobytu w kraju, w którym mieszkają jego krewni, nie stanowi naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego, zapewnionego w jej art. 8 ust. 1. W tych okolicznościach nie można całkowicie wykluczyć, że państwo na mocy swego członkostwa w EKPC mogłoby być zobowiązane do przyznania prawa pobytu współmałżonkowi własnej obywatelki zamieszkałej na jego terytorium. Nie jest to jednak kwestia prawa Unii, lecz zobowiązań spoczywających na państwie na podstawie EKPC. Badanie takiego naruszenia należałoby wówczas do wyłącznej właściwości sądów krajowych i ewentualnie ETPC. Warto zauważyć, że prawo do poszanowania życia rodzinnego jest gwarantowane również przez KPP w jej art. 7, jednak w tym przypadku Rzecznik nie znalazł argumentów, by spróbować dokonać pokrywającej się z powyższą interpretacji⁶¹. Tak więc „silniejsza ochrona” deklarowana przez Kartę nie zawsze będzie stosowana. Może się zdarzyć, że nie znalazłszy ochrony w prawie Unii, jednostka będzie miała szansę szukać jej na gruncie EKPC⁶².

⁵⁸ *Ibidem*, § 82.

⁵⁹ Sprawa *Hoechst AG v. Commission*, 46/87 i 227/88, wyrok TS z dnia 21.09.1989 r.

⁶⁰ Sprawa *Niemietz v. Germany*, wyrok ETPC z dnia 16.12.1992, skarga nr 13710/88, § 30,31.

⁶¹ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 25.11.2010 r., w sprawie *McCarthy*, C-434/09, § 59, 50.

⁶² Tak samo Trybunał w wyroku w sprawie *Dereci and Others.*, § 73 oraz Stanowisko Rzecznika Generalnego

Skąd wynikają takie różnice? Do kwestii tej odniesiono się ostatnio w orzeczeniu w sprawie *Dereci i inni*. Zwrócono w nim uwagę na fakt, że postanowienia Karty, zgodnie z jej art. 51 ust. 1, skierowane są do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Na podstawie art. 51 ust. 2 Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii oraz nie „ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach”. Trybunał dokonuje zatem w myśl Karty wykładni prawa Unii w granicach przyznanych jej kompetencji⁶³. Jeśli zatem sąd krajowy uzna w świetle okoliczności sporu, że przedstawiona mu sytuacja skarżących podlega pod zakres prawa Unii, to będzie musiał zbadać, czy odmowa prawa pobytu tym skarżącym w postępowaniu przed sądem krajowym narusza prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, o którym mowa w art. 7 Karty. Jeżeli natomiast uzna, że ta sytuacja nie podlega pod zakres zastosowania prawa Unii, to będzie wówczas musiał dokonać analizy w świetle art. 8 ust. 1 EKPC⁶⁴. Innymi słowy wejście w życie KPP wywołało ten skutek, że w sprawach pozostających poza zakresem prawa unijnego, właściwe sądy krajowe będą nadal stosowały EKPC, a kompetentny do kontroli tych orzeczeń będzie Trybunał w Strasburgu. Natomiast w przypadku sprawy z elementem wspólnotowym strona procesowa bądź – w niektórych sytuacjach – sąd krajowy w ramach procedury orzeczenia wstępnego będzie mógł zwrócić się do Trybunału Luksemburskiego, który orzeknie na podstawie KPP⁶⁵.

To stanowisko motywowane jest troską, żeby kompetencje Unii i jej instytucji nie wkraçały ani w kompetencje państw członkowskich w zakresie imigracji, ani w kompetencje Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w dziedzinie ochrony praw podstawowych, zgodnie z art. 6 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 51 ust. 2 KPP. Jak wyjaśniono w opinii Rzecznika Generalnego do tej sprawy, ochrona życia rodzinnego zapewniana przez trzy porządki prawne – krajowy, unijny i konwencyjny – ma charakter komplementarny. Zaistnieje więc różnica w sytuacji prawnej obywatela Unii, który korzystał z jednej ze swobód przewidzianych przez TFUE, i w związku z tym naruszone zostało jego prawo do poszanowania życia rodzinnego, i sytuacji obywatela Unii, który nie korzystał z żadnej z tych swobód. W pierwszej sytuacji prawo obywatela Unii do poszanowania życia rodzinnego będzie chronione na szczeblu krajowym oraz na poziomie prawa unijnego, natomiast w drugim przypadku ochrona zapewniona będzie na szczeblu krajowym oraz przez Konwencję⁶⁶.

Autonomia systemu ochrony praw człowieka w UE została również podkreślona w wyroku w sprawie *Commission v. Bavarian Lager*. Analiza tego orzeczenia pozwala wyciągnąć wniosek, że jeśli w unijnym porządku prawnym występuje przepis odpowiadający prawom podstawowym wynikającym z EKPC, to w pierwszej kolejności należy brać pod uwagę ten przepis, dokonując jego wykładni autonomicznej w świetle zasad Konwencji. Nie mamy tu na myśli wyłącznie odpowiedników tych praw zawartych w KPP, ale także te rozsi-

z dnia 29.9.2011 r. w sprawie *Dereci and Others*, § 41,42.

⁶³ Sprawa *Dereci and Others* § 71; zob. ww. wyrok w sprawie *McB.*, § 51 oraz wyrok TS z dnia 15.09.2011 r. w sprawach C-483/09 i C-1/10 *Gueye i Salmerón Sánchez*, niepublikowane dotychczas w Zbiorze, § 69.

⁶⁴ Sprawa *Dereci and Others*, § 72.

⁶⁵ J. Barcik, A Bentkowska, *op. cit.*, s. 248.

⁶⁶ Stanowisko Rzecznika Generalnego z dnia 29.09.2011 r. w sprawie *Dereci and Others*, § 39, 40.

w innych aktach prawa unijnego, w tym prawa wtórnego⁶⁷. W analizowanej sprawie Sąd Pierwszej Instancji rozważając zakres przepisu prawa unijnego z zakresu ochrony danych osobowych – art. 4 ust. 1b rozporządzenia nr 1049/2001, który przewiduje wyjątek od dostępu do dokumentu, jeśli ujawnienie go naruszyłoby ochronę prywatności i integralności osoby fizycznej, w szczególności w odniesieniu do ustawodawstwa Wspólnoty dotyczącego ochrony danych osobowych – ograniczył go do sytuacji mogących w konkretny i rzeczywisty sposób naruszyć prawo do poszanowania prywatności i integralności osoby fizycznej w rozumieniu art. 8 EKPC oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W orzeczeniu Sądu nie znalazło się natomiast odniesienie do prawodawstwa Unii w tym przedmiocie (w szczególności rozporządzenia nr 45/2001)⁶⁸.

Ocena stanowiska Sądu dokonana przez Trybunał była z tego względu negatywna. TS zauważył, że rozpatrywany przepis ustanawia szczególny i wzmocniony system ochrony osoby, której dane osobowe mogłyby zostać ewentualnie upublicznione i wymaga, by naruszenie prywatności i integralności osoby fizycznej było zawsze badane i oceniane w świetle zgodności z prawodawstwem Unii dotyczącym ochrony danych osobowych, w szczególności rozporządzenia nr 45/2001. Nie jest więc – zdaniem Trybunału – możliwe rozdzielanie przypadków przetwarzania danych osobowych na dwie kategorie, tj. pierwszą, w której przetwarzanie danych byłoby badane jedynie na podstawie art. 8 EKPC i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego tego postanowienia, oraz drugą, w której przetwarzanie to podlegałoby jedynie przepisom rozporządzenia nr 45/2001. Natomiast to ostatnie rozporządzenie powołuje się wprost na konieczność stosowania art. 6 TUE i tym samym art. 8 EKPC, „jeżeli takie przetwarzanie jest przeprowadzane przez instytucje i organy wspólnotowe podczas wykonywania czynności wychodzących poza zakres niniejszego rozporządzenia”. Odesłanie takie nie byłoby natomiast konieczne dla przetwarzania danych w ramach działań mieszczących się w zakresie zastosowania tego rozporządzenia, jako że w takich sytuacjach w sposób oczywisty znajduje zastosowanie samo rozporządzenie nr 45/2001⁶⁹.

Aspekt proceduralny przyszłego przystąpienia UE do EKPC

Relacje instytucjonalne między trybunałami europejskimi związane z podpisaniem EKPC przez UE

Motyw obecności EKPC w orzecznictwie luksemburskim nabiera w sposób szczególny mocy z uwagi na dodany Traktatem Lizbońskim zapis w Traktacie o Unii Europejskiej stanowiący, że Unia przystępuje do EKPC (art. 6 TUE). Przystąpienie Unii do Konwencji

⁶⁷ Podobne stanowisko Trybunał zajął w sprawie *Elgafaji*, gdzie badano zakres ochrony przewidzianej w unijnej dyrektywie w ujęciu porównawczym z ochroną przewidzianą w art. 3 EKPC zgodnie z jego wykładnią dokonaną w orzecznictwie ETPC. TS stwierdził, że o ile prawo podstawowe zagwarantowane przez art. 3 EKPC wchodzi w skład ogólnych zasad prawa wspólnotowego, nad których przestrzeganiem czuwa Trybunał i o ile orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest brane pod uwagę w celu wykładni zakresu tego prawa we wspólnotowym porządku prawnym, to jednak odpowiednikiem art. 3 EKPC jest art. 15 lit. b) dyrektywy. Natomiast art. 15 lit. c) dyrektywy to przepis o treści odmiennej niż art. 3 EKPC, a zatem jego wykładni należy dokonywać w sposób autonomiczny, z jednoczesnym poszanowaniem praw podstawowych zagwarantowanych w EKPC (Sprawa *Elgafaji*, § 28).

⁶⁸ Sprawa *Commission v. Bavarian Lager*, C-28/08 P, wyrok TS z 29.06.2010 r., § 26, 57, 58.

⁶⁹ *Ibidem*, § 59-62.

uznawane było już od pewnego czasu za istotny cel na drodze do możliwie pełnej wewnątrz-wspólnotowej ochrony praw człowieka⁷⁰. Można je nazwać formalnym, choć nie bezpośrednio włączeniem Konwencji do unijnego porządku prawnego⁷¹. Dzięki temu usunięta zostanie luka dostrzegana we wspólnotowym podejściu do Konwencji, polegająca na braku jednoznacznego prawnego stwierdzenia, że UE jest nią związana⁷². Przystąpienie Unii do EKPC skutkować będzie zarówno w warstwie materialnej, dzięki zobowiązaniu TS do podążania za kierunkiem interpretacji strasburskiego *case law*, jak i proceduralnej. Ten drugi skutek, tj. poddanie się w zakresie praw człowieka jurysdykcji sądu strasburskiego, budził najczęściej obaw i wątpliwości⁷³. 1 czerwca 2010 roku wszedł w życie Protokół 14 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, sporządzony w Strasburgu 13 maja 2004 roku, który stanowi podstawę prawną dla przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji.

Przystąpienie Unii do Konwencji ma się odbyć na szczególnych zasadach przewidzianych przez Protokół nr 8 do TL. Ma ono przede wszystkim pozwolić na zachowanie cech Unii i jej prawa, zwłaszcza w odniesieniu do szczególnych warunków ewentualnego udziału Unii w organach kontrolnych EKPC oraz mechanizmów niezbędnych do zapewnienia, aby skargi państw nie będących członkami i skargi indywidualne były kierowane przeciwko prawidłowo wskazanemu pozwanemu, tj. Państwu Członkowskiemu lub Unii w zależności od okoliczności sprawy (art. 1). Przystąpienie Unii do Konwencji nie może nadto skutkować dokonywaniem przez organ tej Konwencji wykładni prawa Unii bądź orzekaniem przez niego w sprawie stosowania Traktatów, są to bowiem wyłączne kompetencje TS (art. 344 TFUE w zw. z art. 3 Protokołu 8 do TL). Umowa określająca warunki przystąpienia powinna gwarantować niezmienną kompetencję Unii i uprawnień jej instytucji oraz zwracać uwagę na szczególną sytuację państw członkowskich w odniesieniu do EKPC i jej protokołów, w szczególności co do zastrzeżeń do Konwencji oraz możliwości derogacji niektórych praw (art. 2 Protokołu 8).

Aspekty instytucjonalne przystąpienia UE do EKPC zostały omówione w Rezolucji Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI) z 19 maja 2010 roku w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W rezultacie przystąpienia akty Unii staną się przedmiotem badania ETPC z punktu widzenia ich zgodności z zobowiązaniami wynikającymi w Konwencji⁷⁴. Mówiąc językiem Rezolucji, przystępując do EKPC Unia zostanie

⁷⁰ P. van Dijk, *European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) – Comments on the Accession of the European Union / European Community to the European Convention of Human Rights*, Strasburg 12.10.2007, [na:] <http://www.statewatch.org/news/2007/sep/van-dijk-eu-echr.pdf>. Sekretarz Generalny Rady Europy oraz Prezes Europejskiego Trybunału Praw Człowieka we wspólnym oświadczeniu z 31.05.2010 r. stwierdzili, że „Przystąpienie UE przyniesie dalsze wzmocnienie ochrony praw człowieka w Europie, poddając system prawny UE niezależnej zewnętrznej kontroli w odniesieniu do praw chronionych przez Konwencję, które Trybunał interpretuje poprzez swoje orzecznictwo”.

⁷¹ F. Jasiński, *op. cit.*, s. 241-252; D. Kronobis-Romanowska, *op. cit.*, s. 60 i nn., J. Barcik, A. Bentkowska, *op. cit.*, s. 251.

⁷² M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2000, s. 420, 443.

⁷³ Zob. L. Garlicki, *Unia Europejska a Europejska Konwencja Praw Człowieka (aktualny stan dyskusji)*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szymta, Warszawa 2003, s. 85.

⁷⁴ Joint communication from Presidents Costa and Skouris (Wspólne oświadczenie prezesów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej po spotkaniu obu sądów w stycz-

objęta jej systemem ochrony praw podstawowych i poza ochroną wewnętrzną tych praw przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej posiadać będzie instancję ochrony zewnętrznej o charakterze międzynarodowym⁷⁵.

Kwestia dopuszczalności skargi przeciwko UE w dotychczasowym orzecznictwie ETPC

Nie ulega wątpliwości, iż póki UE nie jest stroną EKPC, nie jest możliwe skuteczne wniesienie skargi na działalność jej samej bądź jej instytucji przed ETPC. Można natomiast rozważać, na ile możliwe jest wniesienie skargi przeciwko państwom członkowskim Unii jako ponoszących łączną odpowiedzialność za działania organizacji, którą współtworzą, oraz jej organów, w których działaniach uczestniczą ich przedstawiciele. Pogląd ten można ustalić analizując adekwatne orzecznictwo ETPC.

W sprawie *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. the Netherlands*⁷⁶ skarżący zarzucał naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC przez: Holandię, Wspólnoty Europejskie, a w szczególności ich konkretną instytucję, tj. Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Stosownie do swego wcześniejszego orzecznictwa ETPC podkreślił, że Wspólnota Europejska ma osobowość prawnomiędzynarodową odrębną od swoich państw członkowskich, a z uwagi na fakt, że nie jest ona stroną EKPC, nie jest możliwe wniesienie skargi bezpośrednio przeciwko niej⁷⁷.

W decyzji w sprawie *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany*⁷⁸ Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła niedopuszczalność wniesienia skargi przeciwko Wspólnotom Europejskim, właśnie z uwagi na fakt, że nie są one stroną Konwencji. Odpowiedzialność mogą jednak ponosić państwa członkowskie. W sprawie zauważono jednocześnie, że przeniesienie części suwerenności na organizację międzynarodową respektującą prawa człowieka na poziomie przynajmniej równorzędnym z ochroną Konwencji – a za taką uznana została Wspólnota – nie prowadzi do sprzeczności z zobowiązaniami konwencyjnymi.

W przedmiocie podziału odpowiedzialności między organizację międzynarodową a państwo, które jest jej członkiem, wyjątkowo istotnym orzeczeniem była opinia ETPC w sprawie *Bosphorus Airways v. Ireland*⁷⁹. W sprawie tej sformułowany został test ekwiwalentnej ochrony. Trybunał sprecyzował stanowisko, że Unia nie może odpowiadać za nieprzestrzeganie EKPC, gdyż nie jest jej stroną. Jednocześnie uznał, że państwa członkowskie organizacji międzynarodowej ponoszą na gruncie EKPC odpowiedzialność za własne zobowiązania międzynarodowe, a za działania stworzonej przez siebie organizacji (w tym przypadku

niu 2011 r.), 24.01.2011 r., [na:] http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/.

⁷⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI), p. J.

⁷⁶ Sprawa *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. the Netherlands*, decyzja ETPC z 20.01.2009 r., skarga nr 13645/05.

⁷⁷ Podobnie w sprawach *Confédération française démocratique du travail v. the European Communities, alternatively: their Member States a) jointly and b) severally*, skarga nr 8030/77, Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 10.07.1978 r., DR 13, s. 231-240; *Christiane Dufay v. les Communautés européennes, subsidiairement, la collectivité, de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement*, Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 19.01.1989 r., skarga nr. 13539/88.

⁷⁸ *M & Co. v. the Federal Republic of Germany*, skarga nr 13258/87, decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 9.02.1990 r., DR 64, § 138-153.

⁷⁹ Przywołana wyżej.

chodziło o akt prawa wtórnego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej), wówczas, gdy ta ostatnia nie zapewnia ekwiwalentnej ochrony praw człowieka⁸⁰. Co do zasady inne międzynarodowe zobowiązania państw nie uwalniają ich od przestrzegania zobowiązań, które przyjęły na siebie jako strony Konwencji Europejskiej. Stosownie do wspomnianego orzeczenia, za działania utworzonego przez państwa podmiotu prawa międzynarodowego nie ponoszą one odpowiedzialności dopóty, dopóki „odnośna organizacja uważana jest za chroniąca prawa podstawowe, zarówno w odniesieniu do oferowanych gwarancji materialnych, jak i mechanizmów kontrolujących ich przestrzeganie, w sposób, który może być uważany przynajmniej za równoważny w stosunku do oferowanego przez EKPC”. Domniemanie jest wzruszalne, gdy w danych okolicznościach okaże się, że ochrona praw gwarantowanych Konwencją jest w oczywisty sposób niedostateczna⁸¹. Stosując test ekwiwalentnej ochrony, ETPC stwierdził brak naruszenia przez Irlandię EKPC.

Można oczywiście dyskutować z tym, czy zapewniana przez UE ochrona praw człowieka w rzeczywistości jest na poziomie przynajmniej tak wysokim jak ta gwarantowana na podstawie Konwencji Rady Europy⁸². Istotne w temacie jest jednak spostrzeżenie, że Trybunał strasburski uznaje się za właściwy dla orzekania w przedmiocie aktu prawa wtórnego Unii. Akty prawa wspólnotowego są stosowane m.in. przez sądy krajowe i w tym przypadku rola sądu luksemburskiego sprowadza się do odpowiedzi na pytania prejudycjalne w sprawie ich ważności i wykładni. Jak wynika ze studium Komitetu Ministrów Rady Europy z 2002 roku, sam fakt poddania sprawy rozstrzygnięciu TS nie powinien stanowić przeszkody w uznaniu przez Strasburg skargi za dopuszczalną⁸³. ETPC nie odrzuca więc skarg z tego wyłącznie powodu, że były one rozpatrywane przez sąd międzynarodowy jakim jest TS (art. 35 § 2b EKPC)⁸⁴ i uznaje się za właściwy do orzekania w sprawach dotyczących naruszenia praw człowieka – pośrednio i bezpośrednio – przez akty prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości w tym układzie nie jest więc postrzegany jako międzynarodowy organ kontrolny, uprzednio rozpatrujący w innej międzynarodowej procedurze dochodzenia lub rozstrzyg-

⁸⁰ C. Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, "Human Rights Law Review" 2006, vol. 6 (1), s. 87-130; T. Lock, *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Review" 2010, vol. 10(3), s. 529-545.

⁸¹ Jak zauważa Parlament Europejski, w zasadzie ETPC zakłada zgodność postępowania państwa członkowskiego UE z EKPC, gdy państwo to wprowadza tylko w życie prawo Unii (Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI), p. E). Jednak sam TS stwierdza, że prawo Unii stoi na przeszkodzie stosowaniu niewzruszalnego domniemania, że jej państwo członkowskie przestrzega praw podstawowych Unii Europejskiej (Sprawa N.S. i M.E., § 81, 83, 86, 99, 101, 104, 123 ust. 2).

⁸² E. Karska, K. Karski, *op. cit.*, s. 196; P. Florjanowicz-Błachut, A. Wilk, *Ochrona praw podstawowych w Europie. Sprawa Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vs Ireland*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2006, nr. 4-5, s. 67.

⁸³ Studium Komitetu Ministrów RE z 28.07.2002 r., Council of Europe. Steering Committee of Human Rights. Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights. CDDH(2002)010 Addendum 2.

⁸⁴ Zob. Np. sprawę *Société Guérin Automobiles contre les 15 Etats de l'Union Européenne*, skarga nr 51717/99, Decyzja ETPC z 4.06.2000 r. – okoliczności rozpatrywane w sprawie były wcześniej przedmiotem rozpoznania Sądu I Instancji (Sprawa T-276/97, *Guérin Automobiles EURL v. the Commission of the European Communities*, [1998] ECR II-261) a następnie ETS (Sprawa C-154/98, *Guérin Automobiles EURL v. the Commission of the European Communities*, wyrok z 5.03.1999, [1999] ECR II-1451).

nięcia sprawę przedłożoną następnie ETPC, a raczej jako organ, którego zachowanie może stanowić zagrożenie dla praw człowieka. W tym sensie jest traktowany podobnie jak każda inna instytucja Unii lub jak państwo członkowskie⁸⁵.

*Międzyinstytucjonalne aspekty przyszłego przystąpienia UE do EKPC
– negocjacje i dotychczasowe ustalenia*

Warto zauważyć, że podobny pogląd co do miejsca TS w strukturze europejskiej ochrony praw człowieka zajmuje druga strona przyszłej umowy. W rezolucji PE w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w następujący sposób nakreślono projektowaną relację między dwoma Trybunałami: „Trybunał Sprawiedliwości pozostanie jedyną najwyższą instancją w kwestiach dotyczących prawa Unii Europejskiej oraz ważności jej aktów prawnych – Trybunał Praw Człowieka może być uznawany wyłącznie za organ sprawujący kontrolę zewnętrzną nad poszanowaniem przez Unię Europejską zobowiązań prawa międzynarodowego wynikających z przystąpienia przez nią do EKPC; związek między dwoma trybunałami nie będzie miał charakteru hierarchicznego, ponieważ będzie polegał na podziale kompetencji; Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej będzie miał zatem status analogiczny do statusu, jaki aktualnie posiadają sądy najwyższe państw członkowskich w stosunku do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”⁸⁶.

We wspólnym oświadczeniu prezesów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 2011 roku zwrócono uwagę na kilka szczegółów związanych z przyszłą akcesją. Najważniejszym z nich jest konieczność rozgraniczenia dwóch sytuacji prawnych. Pierwsza to złożenie skargi indywidualnej bezpośrednio przeciwko środkom podjętym przez instytucje Unii; drugą jest złożenie skargi indywidualnej pośrednio przeciwko Unii, tj. skargi dotyczącej aktów organów Państw członkowskich dokonanych w implementacji bądź stosowaniu prawa unijnego.

Warto w tym miejscu zauważyć, że skarga dotycząca naruszenia praw podstawowych przez Unię teoretycznie może wskazywać stronę pozwaną na trzy sposoby: skarga może być wniesiona przeciwko Unii Europejskiej jako takiej, przeciwko wszystkim państwom członkowskim⁸⁷ bądź też w końcu przeciwko krajowi, na którego terytorium naruszenie miało miejsce⁸⁸. Ponadto możliwe są dalsze kombinacje poprzez wskazanie pozwanych ewentualnych bądź łączne pozwanie Unii i jednego lub więcej państw⁸⁹.

Szczególną troską Unii w przypadku skargi skierowanej przeciwko niej – czy to pośrednio, czy bezpośrednio – jest zagwarantowanie możliwości uprzedniego (tj. poprzedzającego przekazanie sprawy ETPC) ustosunkowania się do skarg w przedmiocie dokonanych przez Unię ewentualnych naruszeń praw człowieka przez jej własny organ sądowy.

⁸⁵ E. Karska, K. Karski, *op. cit.*, s. 194.

⁸⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2009/2241 (INI), s. 74.

⁸⁷ Por. na przykład sprawę *Société Guérin Automobiles contre les 15 Etats de l'Union Européenne*.

⁸⁸ E. Karska, K. Karski, *op. cit.*, s. 191.

⁸⁹ Zob. sprawa *Confédération française démocratique du travail v. the European Communities, alternatively: their Member States a) jointly and b) severally*, DR 13, s. 231–240; *Christiane Dufay v. les Communautés européennes, subsidiairement, la collectivité, de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement*.

W pierwszej z tych sytuacji Unia zastrzega możliwość uprzedniego zbadania sprawy przez TS, zgodnie z wymogiem wyczerpania środków krajowych (art. 35 ust. 1 EKPC) i z zasadą pomocniczości. Więcej komplikacji może spowodować druga sytuacja. Przed wystąpieniem do ETPC, skarżący będzie musiał wyczerpać krajowe środki odwoławcze. Jednocześnie – ponieważ sprawa będzie dotyczyła stosowania bądź implementacji prawa UE, w czym zawiera się również kwestia jego ważności lub interpretacji – sąd krajowy będzie miał możliwość (a w przypadku, gdy orzeczenie nie będzie według prawa krajowego podlegać zażaleniu – obowiązek) wystąpienia do TS z pytaniem prejudycjalnym (art. 267 TFUE). Choć prawdopodobnie nie będą to częste przypadki, może się jednak zdarzyć, że z różnych przyczyn sąd krajowy nie wystąpi do TS i procedura prejudycjalna nie zostanie wszczęta. ETPC postawiony zostanie wówczas wobec konieczności rozstrzygnięcia w przedmiocie prawa unijnego, podczas gdy TS nie będzie miał okazji weryfikacji zgodności danej regulacji z prawami podstawowymi gwarantowanymi przez KPP. Warto tu na marginesie zauważyć, że ETPC miał już wcześniej do czynienia ze sprawami, w których uznał, że akty wspólnotowe mogą być pośrednio przez niego kontrolowane przy okazji kontroli prawa krajowego państwa członkowskiego, w szczególności w przypadku implementacji dyrektyw unijnych⁹⁰. Jest oczywiste, że taka możliwość nie powinna zależeć od zachowania sądu krajowego, a więc – mówiąc bez zbytejnej przesady – od przypadku. Trzeba podkreślić, że strony postępowania nie mogą zażądać od sądu krajowego wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym do TS ani same z takim pytaniem wystąpić; jest to wyłączna kompetencja Sądu. Wystąpienie z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego przez sąd krajowy nie mieści się ponadto w wymaganiu wyczerpania krajowych środków odwoławczych przed poddaniem sprawy rozstrzygnięciu ETPC.

Aby zapobiec powstaniu takiej sytuacji postuluje się wprowadzenie – w związku z przystąpieniem UE do EKPC – specjalnej, aczkolwiek nie wymagającej zmiany Konwencji procedury. Miałaby ona na celu zapewnienie TS możliwości przeprowadzenia wewnętrznego (tj. w ramach organizacji międzynarodowej) rozpoznania sprawy zanim trafi ona do ETPC. Procedura taka musiałaby być elastyczna oraz uwzględniać specyficzne właściwości proceduralne i ustrojowe obu sądów. Chodziłoby o zawieszenie przez ETPC postępowania w sprawie badania zgodności aktu Unii z Konwencją do czasu, gdy strony sporu (tj. skarżący i pozwane Państwo) uzyskają możliwość oceny konsekwencji stanowiska TS w sprawie. Stronom winno się zatem udzielić terminu (zgodnie z trybem postępowania przed ETPC) na wystąpienie w tej sprawie do TS oraz do przedstawienia Trybunałowi strasburskiemu tak ustalonych uwag. TS w takim przypadku orzekałby w trybie przyspieszonym, dzięki czemu nie byłoby niebezpieczeństwa nieuzasadnionego odraczenia rozpoznania sprawy przez ETPC⁹¹.

⁹⁰ Zob. decyzja ETPC w sprawie *Cantoni v. France*, z 15.11.1996 r., skarga nr 17862/91, EHCR 1996-V; por. też Sprawa *Mathews v. United Kingdom*, wyrok ETPC z 18.02.1999 r., skarga 24833/94, EHCR 1999, s. 686. Szerzej na temat odpowiedzialności państw członkowskich za akty wspólnotowe na podstawie EKPC zob. R. Harmsen, *National Responsibility for European Community Acts under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*, "European Public Law", 2001, vol.7(4), s. 625-649. W sprawie *Bosphorus Airways v. Ireland* ETPC sformułował kryterium ekwiwalentnej ochrony decydujące o powstaniu odpowiedzialności państw, jeśli organizacja międzynarodowa, której są członkami, nie zapewnia ekwiwalentnej ochrony praw człowieka.

⁹¹ Zob. Dokument roboczy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczący niektórych aspektów przy-

Uwagi podsumowujące

Inspirowanie się EKPC oraz orzecznictwem strasburskim przez TS nie jest oczywiście jedynym dowodem oddziaływania rzeczonyj Konwencji na system ochrony prawnej w Unii Europejskiej. Sfera wpływów Konwencji jest dużo szersza. Jej wyraźne refleksy widać w wielu aktach prawa wspólnotowego⁹². Podobnie ma się rzecz z aktualnym prawodawstwem Unii. EKPC oraz orzecznictwo Trybunału służy za kontekst prawodawczy, z którym akty prawa Unii powinny pozostawać w zgodzie. W przypadku wątpliwości co do potencjalnej możliwości wystąpienia sprzeczności prawa Unii z postanowieniami Konwencji, TS odnosi się do tej kwestii⁹³. W sprawie *El Dridi* z 2011 roku TS dla przykładu zauważył, iż celem dyrektywy 2008/115 jest uwzględnienie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zgodnie z którym zasada proporcjonalności wymaga, by zastosowanie środka detencyjnego wobec osoby, przeciwko której toczy się postępowanie w sprawie wydalenia lub ekstradycji, nie przedłużało się w sposób nieproporcjonalny, czyli nie przekroczyło terminu koniecznego do osiągnięcia celu⁹⁴.

Podsumowując nasze rozważania w przedmiocie roli ETPC i orzecznictwa strasburskiego w orzecznictwie organu sądowego UE po wejściu w życie TL, stwierdzić należy, że mimo uzyskania przez KPP mocy prawa powszechnie obowiązującego i, co za tym idzie, swoistej jej emancypacji spod dominacji systemu EKPC, ta ostatnia konwencja nie straciła w znaczącym stopniu swojej roli. Wyraźnie widać, iż TS kontynuuje przyjętą praktykę powoływania się nie tylko na EKPC, ale też na wypełniające ją żywą treścią orzecznictwo ETPC. Uzyskanie mocy prawa pierwotnego Unii przez KPP wzmocniło oczywiście system ochrony praw jednostki w UE, jednak nie jest uważane za wystarczające. Przystąpienie do EKPC nadal widziane jest jako pożądane z punktu widzenia integracji europejskiej, wiarygodności Unii w oczach krajów trzecich oraz spójności Unii i krajów RE jak również spójności ogólnoeu-

stąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, [na:] http://curi.a.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/.

⁹² Pierwsze inicjatywy uznania poszanowania praw człowieka za wartość chronioną w ramach Wspólnoty i budującą jej tożsamość uwidacznia Deklaracja o tożsamości europejskiej z 15.12.1973 r., tekst [na:] www.cvce.eu. Kolejnym krokiem w tę stronę okazała się Deklaracja o prawach podstawowych z 5.04.1977 r., tekst [w:] OJ 1977, C 103, s. 1. Z punktu widzenia poruszanego tematu deklaracja ta jest znacząca, gdyż przyznaje pierwszorzędne znaczenie prawom podstawowym wynikającym w szczególności – obok konstytucji Państw Członkowskich – z EKPC. Zresztą już autorzy Traktatu Rzymskiego widzieli potrzebę ścisłej, bezpośredniej współpracy z RE, czemu dali wyraz w art. 230 TR, zaś dyspozycjami preambuły JAE i art. F ust. 2 TUE formalnie włączono do katalogu prawa europejskiego obowiązek poszanowania praw podstawowych zdefiniowanych w EKPC. Art. 6 TUE (po ekwiwalencji dokonanej Traktatem Amsterdamskim z 1997 r., dawny art. F) wyraźnie dążył do harmonizacji ochrony praw podstawowych w ramach UE z Europejską Konwencją Praw Człowieka. Por. Ch. Patten, *Complementarity in the Human Rights Arena. Strengths and weaknesses of the European Union*, „Human Rights Law Journal”, 2000, vol. 21(8), s. 311.; D. Kronobis-Romanowska, *op. cit.*, s. 90.

⁹³ Sprawa *Amann & Söhne i Cousin Filterie v. Commission*, T-446/05, wyrok TS (streszczenie) z dnia 28.04.2010 r., § 18.

⁹⁴ Sprawa *El Dridi*, C-61/11 PPU, wyrok TS z 28.04.2011 r., § 43. TS wskazał tu – jako inspirację dla aktu prawa unijnego – w szczególności wyrok ETPC z dnia 29.01.2008 r. w sprawie *Saadi v. United Kingdom*, skarga nr 13229/03, § 72, 74. Ponadto Dyrektywa wyraźnie odwoływała się do innego aktu organu RE, tj. do ósmej z dwudziestu wytycznych w sprawie powrotów przymusowych przyjętych w dniu 4.05.2005 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy (stanowiącej, że jakikolwiek środek detencyjny przed wydaleniem powinien być stosowany przez możliwie najkrótszy okres).

ropejskiego systemu ochrony praw człowieka. Trzeba ponadto zauważyć aspekt proceduralny spraw ze skargi na akty Unii i jej instytucji. W postępowaniu przed ETPC nie może brać udziału ani Unia, ani jej konkretna instytucja, jeśli to jej przypisuje się naruszenie prawa człowieka. Nie jest więc stroną postępowania bezpośredni „winowajca”, najlepiej znający okoliczności i przyczyny swego czynu. Uniemożliwia to Unii, a ponoszącym odpowiedzialność państwom utrudnia przedstawienie i obronę swoich racji. Przystąpienie przez Unię do EKPC byłoby remedium na ten problem. Liczba skarg kierowanych przeciwko Unii, jej instytucjom i państwom członkowskim z tytułu naruszeń praw człowieka dokonanych przez instytucje i organy UE wciąż rośnie⁹⁵.

W warstwie proceduralnej jest oczywiste, że zharmonizowanie działania obu trybunałów wymagało będzie pewnych kompromisów – w szczególności od TS, który w tym układzie sił znajduje się nie w sytuacji sądu międzynarodowego, ale na pozycji równorzędnej z sądem najwyższym państwa członkowskiego. Owo swoiste zhierarchizowanie ma być przy tym połączone z zachowaniem przez TS niezależnej pozycji. W ostatnim orzecznictwie TS akcentowanie tej autonomii widoczne jest choćby w przyjmowaniu wyłącznie KPP za podstawę niektórych orzeczeń, bez odwoływania się do EKPC, dokonywanie samodzielnej wykładni EKPC w związku z bliźniaczymi postanowieniami Karty w stanach faktycznych, które dotąd przed ETPC się nie pojawiły, a nawet niekiedy – z uwagi na szczególne cechy Unii i jej prawa – dokonywanie wykładni odmiennej. Zauważyć można je również śledząc negocjacje warunków przystąpienia Unii do Konwencji RE.

Trzeba jednak przyznać, że mimo zrozumiałych oporów, TS – w oczekiwaniu na akcesję, która, przy zachowaniu autonomii porządku prawnego Unii oraz owej niezależnej pozycji TS w znaczącym stopniu zagwarantuje spójność orzecznictwa obu sądów – podejmuje wysiłki na płaszczyźnie materialnej i formalnej, by zapewnić Konwencji należne jej miejsce w dziedzinie ochrony praw człowieka w Europie. Oba Trybunały – na razie dość ostrożnie, ale metodycznie – czynią ustępstwa na rzecz ukształtowania jednolitego i spójnego systemu ochrony praw człowieka w Unii Europejskiej zarówno w warstwie materialnej, jak i proceduralnej.

EU Court of Justice towards a special role of EHRC and its judicial authority after the entry into force of the Lisbon Treaty. Material and procedural aspects

(Summary)

The article discusses the problem of the relationship between human rights protection systems within the EU and the Council of Europe, particularly in the aspect of jurisdiction of the judicial authorities of both international organizations. Considerations are focused on those aspects of the topic which result from the entry into force of the Lisbon Treaty that took place on 1 December 2009. The main object of a study related to this issue is jurisdiction of the Court of Justice of the European Union (CJ) from the past two years. Where it was necessary to show the wider context, comparison of positions or to show an evaluation, the reference was made to the earlier jurisdiction of CJ, EU legal acts, and jurisdiction of the European Court of Human Rights (ECHR).

⁹⁵J. Barcz, M. Górka, A. Wýrozumska, *op. cit.*, s. 116.

Two consequences of the entry into force of the Lisbon Treaty appear to exist here as a priority in terms of the topic: 1) obtaining by the Charter of Fundamental Rights of the European Union the power of commonly used law; 2) a commitment by the EU to accession to the European Convention on Human Rights (EHRC).

The first of these events means that the Charter of Fundamental Rights obtained a legal power equal to the founding and the reform Treaties, which implies that in the EU legal system appeared an act competitive with the EHRC, and even a more important act due to provisions of the EHRC remaining in this law order as a role of general principles of law. The entry into force of the Charter of Fundamental Rights has created a problem of coexistence of both acts in the material area. Since the entry into force of the Treaty of Lisbon content of the Charter of Fundamental Rights has become the starting point for the CJ and the primary reference in deciding on the human rights. This was reflected in jurisdiction, in fact a significant increase in vocations to the Charter, as well in emancipating the Charter as an independent base of the Court of Luxembourg jurisdiction, i.e. not next to the EHRC.

Despite the mentioned effect, the jurisdiction of the CJ founded after the Lisbon Treaty allows to create a thesis for the favor of CJ towards the human rights standards within the Council of Europe, also about a close cooperation, and even about following of this standard.

At the time of preparing the grounds for EU accession to the EHRC creates an obligation for the European Union to reconcile its own acts with the requirements of this Convention. The requirement, obviously, reaches its apogee at the moment of the entry into force of the accession. Getting under the primary law by the Charter of Fundamental Rights strengthened the system of protection of individual rights in the EU, but is not considered sufficient. Access to the EHRC is still seen as desirable from the European integration perspective, EU credibility in the eyes of third countries and the cohesion of the Union and the countries of the Council of Europe as well as the consistency of the European human rights protection system.

In the jurisdiction of this period the most common reference to various aspects is guaranteed in Article 6 of the Convention to a right of a fair trial, including the right to an effective legal remedy and found in Article 8 the right of protection of private and family life. Often there are also references to EHRC in the prohibition of discrimination context (Article 14 of EHRC). Moreover, due to the specific type of organization as the EU is, quite regularly appear in CJ cases in which there is an aspect of the protection of property (Article 1 of Protocol 1), and freedom of movement (Article 2 of Protocol 4).

Both mentioned above consequences of the entry into force of the Lisbon Treaty give, obviously, implications in the field of interpretation and application of the Convention, whether taken individually or in conjunction with the Charter, and the problems of a procedural nature, i.e. the jurisdiction feature of an international court in a field of human rights, or at least competition or interaction between these courts in creating a consistent jurisprudence. This topic was developed at the end of the article.

The danger of double standards on human rights created by jurisdiction of CJ and ECHR became more real with a moment of the entry into force its own, autonomous act of the Union in the field of human rights. Therefore, it is important condition that CJ under-

stands rights under the EHRC as it is understood by the Court in Strasbourg. It can be observed that the EHRC is treated by CJ as an authority setting a minimum standard. Although the provision of Article 52 Paragraph 3 of the Charter does not count to a full commitment of CJ with ECHR jurisdiction, the practice of cooperation and apparent rapprochement between both courts reveal a good faith, and even the determination to resolve potential conflicts, and when it is possible to pursuit of parallel interpretation of both instruments of human rights protection. In the Luxembourg jurisdiction created after the entry into force of the Treaty of Lisbon, appeals to the Council of Europe's Convention are generally present with a company of the "twin" provisions of the Charter. For a broader definition, CJ often refers to an interpretation line developed in Strasbourg. Avoiding an open conflict of jurisdiction and the desire to speak, if possible, by one voice is nowadays an essential directive adopted in relations between the designated law enforcement authorities.

However, it should be mentioned that despite obvious opposition CJ, in anticipation of accession, which with maintenance of the autonomy of Union law and with independent position of CJ significantly guarantee the consistency of jurisdiction of both courts, is making efforts at both levels material and formal to ensure the Convention a rightful place in the field of human rights protection in Europe.

Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na wolność wypowiedzi w międzyamerykańskim systemie ochrony praw człowieka

System ochrony praw człowieka powołany do życia w 1950 roku przez państwa-sygnatariuszy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹ miał w zamierzeniu jego twórców służyć skutecznej realizacji celów nakreślonych blisko dwa lata wcześniej w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka². Podejmując się zadania stworzenia efektywnego mechanizmu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, państwa europejskie zmierzały również do osiągnięcia pomiędzy nimi większej jedności po niedawnych doświadczeniach czasów wojny. Objęto ochroną m.in. wolność wypowiedzi rozumianą jako „wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”³.

System został zdeterminowany przez czas i miejsce, w którym powstał, ale jego wpływ wykracza daleko poza kontynent europejski. Podobieństw w ukształtowaniu wolności wypowiedzi można się doszukać w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych⁴. Ze wzorców europejskich i dorobku strasburskiego opartego na EKPC, m.in. w zakresie wolności wypowiedzi, skorzystał też międzyamerykański system ochrony praw człowieka, stworzony w ramach powstałej w 1948 roku Organizacji Państw Amerykańskich

* Mgr Ewa Olas, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

¹ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

² Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10.12.1948 r. Tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej Organizacji Narodów Zjednoczonych: <http://www.un.org>.

³ Zob. art. 10 EKPC. Szerzej na temat wolności wypowiedzi w systemie opartym na EKPC zob. np. V. Ferreres Comella, *Freedom of Expression in Political Contexts: Some Reflections on the Case Law of the European Court of Human Rights*, [w:] *Political Rights under Stress in 21st Century Europe*, ed. by W. Sadurski, Oxford 2006; I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010; *idem*, *Sankcje karne w orzecznictwie ETPC za nadużycia swobody wypowiedzi*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2009, nr 1, s. 35-41; *idem*, *Sądowy zakaz publikacji a europejskie standardy swobody wypowiedzi*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 9, s. 26-34; C. Rozakis, *Freedom of Expression and the Protection of Private Life in the Case-law of the European Court of Human Rights: a Field of Tension*, [w:] *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, ed. by A. Constantinides, N. Zaikos, Leiden 2009; J. Sienńczyło-Chlabcz, *Dozwolona krytyka prasowa osób pełniących funkcje publiczne w orzecznictwie ETPC*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 4, s. 39-46; J. Skrzydło, *Wolność słowa a ochrona prywatności osób powszechnie znanych w orzecznictwie ETPC*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2009, nr 7, s. 36-42; D. Voorhoof, *Freedom of Expression under the European Human Rights System*, „Inter-American and European Human Rights Journal”, 2009, vol. 2, s. 3-48; A. Wiśniewski, *Wolność wypowiedzi w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w świetle skarg kierowanych przeciwko Polsce*, „Radca Prawny”, 2005, nr 3, s. 90-97.

⁴ Zob. art. 19 MPPoiP z 16.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

(dalej: OPA)⁵. Kontrolę nad przestrzeganiem praw człowieka powierzono w nim Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka oraz Międzyamerykańskiemu Trybunałowi Praw Człowieka. Komisji przyznano kompetencję do rozpatrywania skarg jednostek, grup jednostek, organizacji pozarządowych oraz państw, przy czym w tym ostatnim przypadku jurysdykcja Komisji ma charakter fakultatywny⁶. Jurysdykcję Trybunału ograniczono natomiast do rozpoznawania spraw wniesionych przez państwa i Komisję⁷. W odróżnieniu od systemu opartego na EKPC, w systemie międzyamerykańskim nie zagwarantowano zatem jednostce bezpośredniej możliwości zainicjowania postępowania przed Trybunałem⁸.

Ochrona wolności wypowiedzi miała dla państw amerykańskich istotne znaczenie od początku istnienia OPA. Powołując do życia organizację podczas IX Międzynarodowej Konferencji Państw Amerykańskich w Bogocie, prócz Karty OPA⁹, przyjęto Amerykańską

⁵ W polskiej literaturze prawdopodobnie nie poświęcono jak dotąd miejsca ani wolności wypowiedzi w systemie międzyamerykańskim, ani oddziaływaniu systemu strasburskiego na system międzyamerykański w zakresie wolności wypowiedzi. W literaturze obcej zob. np. E.A. Bertoni, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards*, "European Human Rights Law Review", 2009, vol. 3, s. 332-352; C. Grossman, *Freedom of Expression in the Inter-American System for the Protection of Human Rights*, "ILSA Journal of International and Comparative Law", 2001, vol. 7, s. 619-647; J.M. Pasqualucci, *Criminal Defamation and the Evolution of Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, "Vanderbilt Journal of Transnational Law", 2006, vol. 39, s. 379-433; E.J. Pauw, A.Ch. Shapiro, *Defamation, the Free Press, and Latin America: a Roadmap for the Inter-American Court of Human Rights and Emerging Democracies*, "Miami Inter-American Law Review", 1998, vol. 30, s. 203-241; A. Úbeda de Torres, *Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: a Comparison with the Inter-American System of Protection of Human Rights*, "Human Rights Brief", 2003, vol. 10, s. 6-9.

⁶ Zob. art. 44-45 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 22.11.1969 r., OAS TS No. 36. Tekst Konwencji jest dostępny na stronie internetowej OPA: <http://www.oas.org>. Szerzej na temat MKPC zob. również C. Cerna, *The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organisation and Examination of Petitions and Communications*, [w:] *The Inter-American System of Human Rights*, ed. by D.J. Harris, S. Livingstone, Oxford 1998; C. Cerna, *The Role and Legal Framework of the Inter-American Commission on Human Rights in Securing Justice for Victims*, [w:] *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, ed. by A.M. Salinas de Frías, K.L.H. Samuel, N.D. White, Oxford 2012.

⁷ Zob. art. 61 AKPC. Na temat MTPC, jego kompetencji i orzecznictwa zob. L. Burgogue-Larsen, A. Úbeda de Torres, R. Greenstein, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford 2011; A. Frąckowiak-Adamska, *Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka*, [w:] *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, red. J. Kolasa, B. Mielnik, t. 1: *Zagadnienia instytucjonalne*, Wrocław 2009; J.M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge 2003.

⁸ Na temat międzyamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka zob. np. A.A. *Cançado Trindade, Current State and Perspectives of the Inter-American System of Human Rights Protection at the Dawn of the New Century*, "Tulane Journal of International and Comparative Law", 2000, vol. 8, s. 5-47; H. Faúndez Ledesma, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights: Institutional and Procedural Aspects*, San José 2007; C. Grossman, *The Inter-American System and its Evolution*, "Inter-American and European Human Rights Journal", 2009, vol. 2, s. 49-65; D.J. Harris, S. Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford 1998; J.M. Pasqualucci, *The Inter-American Human Rights System: Progress Made and Still to Be Made*, "German Yearbook of International Law", 2009, vol. 52, s. 181-229. Szerzej o procedurze skargowej jednostek w międzyamerykańskim systemie ochrony praw człowieka zob. D. Rodríguez-Pinzón, *Basic Facts of the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System*, [w:] *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, ed. by G. Alfredsson, J. Grimheden, B.G. Ramcharan, A. Zayas, Leiden 2009; D. Rodríguez-Pinzón, *The "Victim" Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of "Person" in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System*, "ILSA Journal of International and Comparative Law", 2001, vol. 7, s. 369-383.

⁹ Karta Organizacji Państw Amerykańskich z 30.04.1948 r., OAS TS Nos. 1-C i 61. Tekst Karty jest dostępny na stronie internetowej OPA: <http://www.oas.org>.

Deklarację Praw i Obowiązków Człowieka¹⁰, która już w jednym z pierwszych artykułów nawiązuje do wolności wypowiedzi. Art. 4 Deklaracji stanowi bowiem, że każdy ma prawo do wolności poszukiwania (*investigation*), opinii oraz wyrażania i rozpowszechniania idei za pomocą każdego środka przekazu.

Fundament ochrony wolności wypowiedzi w systemie międzyamerykańskim stanowi jednakże Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, zwana również Paktem z San José, której tekst przyjęto 22 listopada 1969 roku, podczas Międzyamerykańskiej Specjalnej Konferencji Praw Człowieka. W toku prac nad jej projektem w wyraźny sposób korzystano z doświadczeń europejskich oraz EKPC¹¹. Konwencja weszła w życie 18 lipca 1978 roku i została jak dotąd ratyfikowana przez 24 państwa¹². Ochrony wolności wypowiedzi dotyczy art. 13 AKPC.

Kolejny po przyjęciu Konwencji etap rozwoju mechanizmu ochrony wolności wypowiedzi na kontynencie amerykańskim stanowiło utworzenie Urzędu Specjalnego Sprawozdawcy do spraw Wolności Wypowiedzi. Urząd powołano jednomyślną decyzją MKPC w październiku 1997 roku jako stały i działający niezależnie organ, choć strukturalnie powiązany z Komisją. W marcu 1998 roku określono ogólnie zadania Urzędu i zdecydowano o utworzeniu specjalnego funduszu dla jego finansowego wsparcia¹³.

Do jednego z najważniejszych osiągnięć Urzędu należy przygotowanie projektu Deklaracji Zasad Wolności Wypowiedzi przyjętej przez Komisję w 2000 roku¹⁴. Deklaracja miała, w zamierzeniu jej twórców, służyć skutecznej ochronie wolności wypowiedzi, przy uwzględnieniu rozwiązań przyjętych w innych międzynarodowych instrumentach ochrony. Stanowi ona podstawowy dokument służący interpretacji art. 13 Konwencji w świetle międzynarodowych standardów. Poprzez eliminowanie ograniczeń wolności wypowiedzi ma sprzyjać konsolidacji i rozwojowi demokracji.

Działania w zakresie ochrony wolności wypowiedzi wspiera również Zgromadzenie Ogólne OPA¹⁵.

¹⁰ Tekst Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka z 1948 r. jest dostępny na stronie internetowej MTPC: <http://www.cidh.org>.

¹¹ Zob. Inter-American Commission on Human Rights Report on the Work Accomplished During Its Fifteenth Session (Special), January 9 to 20, 1967, OEA/Ser.L/V/II,16, Doc.20, 26 July 1967. Do współpracy w tworzeniu projektu Konwencji zostali zaproszeni eksperci z zakresu europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Jednym z nich był René Cassin – przewodniczący ETPC w latach 1965–1968. Zob. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Secretaria General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C.

¹² Państwa, które ratyfikowały Konwencję to: Argentyna, Barbados, Boliwia, Brazylia, Chile, Kolumbia, Kostaryka, Republika Dominikany, Ekwador, Salwador, Gwatemala, Haiti, Honduras, Meksyk, Nikaragua, Panama, Paragwaj, Peru, Surinam, Urugwaj i Wenezuela. Trynidad i Tobago ratyfikował Konwencję, a następnie wypowiedział ją w 1998 r.

¹³ Funkcję Specjalnego Sprawozdawcy do spraw Wolności Wypowiedzi sprawuje obecnie Catalina Botero. Informacje na temat Urzędu są dostępne na stronie internetowej MKPC: <http://www.cidh.oas.org>. Zob. również S.A. Canton, *The Role of the OAS Special Rapporteur for Freedom of Expression in Promoting Democracy in the Americas*, "University of Miami Law Review", 2002, vol. 56, s. 307–327.

¹⁴ Tekst Deklaracji Zasad Wolności Wypowiedzi z 2000 r. również znajduje się na stronie internetowej MKPC.

¹⁵ Zob. m.in. rezolucje Zgromadzenia Ogólnego OPA *Access to Public Information: Strengthening Democracy* z 7.06.2005 r., AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) oraz *Right to Freedom of Thought and Expression and the Importance of the Media* z 7.06.2005 r., AG/RES. 2149 (XXXV-O/05).

Kształtowanie się wolności wypowiedzi w systemie międzyamerykańskim

Wpływ Konwencji Europejskiej na Konwencję Amerykańską widoczny jest już w treści art. 13 AKPC. Nie wdając się w szczegółową analizę, podobieństwa między konstrukcją art. 10 EKPC i art. 13 AKPC można sprowadzić do czterech zasadniczych kwestii. Po pierwsze, wolność wypowiedzi nie ma charakteru absolutnego. W obydwu konwencjach jest zasadą, ale dopuszczalne są jej ograniczenia, które należy traktować jako odstępstwa od niej. Po drugie, zarówno w Konwencji Europejskiej, jak i w Konwencji Amerykańskiej, ograniczenie wolności wypowiedzi dopuszczalne jest nie tylko w sytuacji stanu zagrożenia, ale również w przypadku, gdy taki stan nie występuje. Po trzecie, w systemie międzyamerykańskim, w ślad za rozwiązaniami europejskimi, muszą zostać spełnione trzy przesłanki, by ograniczenie wolności wypowiedzi zostało uznane za zgodne z Konwencją. Przede wszystkim ograniczenie to musi być przewidziane przez prawo (kryterium legalności). Prócz spełnienia tego kryterium, ograniczenie musi zostać dokonane dla realizacji określonego prawowitego celu, którym jest ochrona pewnych dóbr bądź interesów indywidualnych lub zbiorowych (kryterium celowości). Ograniczenie wolności wypowiedzi musi być też konieczne (kryterium konieczności) i – co rozwija szerzej orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i MTPC – musi być ono dokonane z uwzględnieniem proporcjonalności pomiędzy celem a zastosowanym środkiem (kryterium proporcjonalności). Z art. 10 EKPC wynika wprost, że kryterium konieczności należy odnieść do określonego kontekstu – ograniczenie musi być konieczne w demokratycznym społeczeństwie¹⁶. W art. 13 AKPC brak takiego bezpośredniego nawiązania, jednakże wymóg uwzględnienia standardów demokratycznych przy kryterium konieczności wynika z art. 29 ust. c i d oraz z art. 32 ust. 2 AKPC. Wskazane powyżej kryteria muszą zostać spełnione kumulatywnie i składają się na tzw. klauzulę limitacyjną¹⁷, która ma zastosowanie do oceny obowiązku negatywnego państwa – zakazu arbitralnej ingerencji¹⁸. Po czwarte, cele przewidziane w Konwencji Amerykańskiej, którym ma służyć ograniczenie, są zbliżone do tych, które wskazano w Konwencji Europejskiej, choć katalog chronionych dóbr i interesów jest węższy. Są nimi: poszanowanie praw i dobrego imienia innych, bezpieczeństwo narodowe, porządek publiczny, publiczne zdrowie i moralność¹⁹.

¹⁶ W polskim tłumaczeniu Konwencji Europejskiej opublikowanym w Dzienniku Ustaw posłużono się terminem „niezbędne”, co w literaturze oceniono krytycznie. Zob. M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, s. 404.

¹⁷ Prócz art. 10 do grupy przepisów zawierających klauzulę limitacyjną należą w EKPC art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), art. 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania) oraz art. 11 (wolność zgromadzeń i stowarzyszenia). Szerzej na temat klauzuli limitacyjnej w EKPC zob. M. Kowalski, *Efektywność czy omnipotentia – uwagi dotyczące interpretowania i stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie gwarancji art. 8*, [w:] *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, red. J. Menkes, Warszawa 2007, s. 306-313.

¹⁸ Obowiązek pozytywny sprowadza się do podjęcia przez państwo stosownych działań dla realizacji praw i wolności konwencyjnych.

¹⁹ EKPC przewiduje możliwość ograniczenia wolności wypowiedzi w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej, bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Oddziaływanie systemu strasburskiego zauważalne jest również na etapie kształtowania się ogólnej interpretacji art. 13 Konwencji, poprzedzającej orzecznictwo Trybunału Międzyamerykańskiego. Szczególne znaczenie w tej fazie rozwoju ochrony wolności wypowiedzi miała opinia doradcza MTPC z 13 listopada 1985 roku²⁰ oraz doroczny raport Komisji z 1995 roku²¹.

W opinii doradczej z 1985 roku Trybunał Amerykański określił warunki ingerencji państwa w wolność wypowiedzi, nawiązując do standardów wypracowanych w systemie EKPC: kryterium legalności, w tym przewidywalności prawa, kryterium celowości oraz kryterium konieczności²². Szczególną uwagę poświęcił kryterium konieczności i związanemu z nim kryterium proporcjonalności, odwołując się przy tym do orzecznictwa ETPC. Na podstawie sprawy *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii* zauważył, że według Trybunału Europejskiego kryterium konieczności należy utożsamiać z istnieniem pilnej potrzeby społecznej (*pressing social need*). Samo wykazanie, że ograniczenie jest „przydatne” (*useful*), „uzasadnione” (*reasonable*) lub „pożądane” (*desirable*) nie jest wystarczające, by uznać je za „konieczne”. Kierując się tymi wskazówkami MTPC stwierdził, że ograniczenia wymienione w art. 13 ust. 2 muszą być uzasadnione takim celem, który ze względu na swe fundamentalne znaczenie ma pierwszeństwo przed wolnością wypowiedzi. Ukształtowanie ograniczenia powinno nastąpić zdaniem Trybunału Międzyamerykańskiego tak, jak to określił ETPC w sprawach *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii* oraz *Barthold przeciwko Niemcom*, tj. w taki sposób, by było proporcjonalne i ściśle dostosowane do realizacji celu (kryterium proporcjonalności). Jeśli istnieje wiele możliwości osiągnięcia tego samego celu, należy wybrać opcję, która w najmniejszym stopniu ogranicza wolność²³.

Komisja w rozdziale V swego raportu z 1995 roku powołała się z kolei na orzecznictwo ETPC ustalając znaczenie wolności wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym oraz zakres treści podlegających ochronie. Zwróciła uwagę na dobrze ugruntowaną linię orzeczniczą Trybunału Europejskiego, z której wynika, że wolność wypowiedzi jest jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa²⁴. Przytoczyła ponadto fragment wyroku w sprawie *Castells przeciwko Hiszpanii*, w którym ETPC stwierdził, że ochrona wolności wypowiedzi obejmuje nie tylko informacje przyjmowane przychylnie, ale również takie, które obrażają, szokują lub wzbudzają niepokój²⁵. Dostrzegając zgodność stanowisk w systemie europejskim i międzyamerykańskim w kwestii roli wolności wypowiedzi, Komisja sformułowała wniosek, że ochrona tej wolności jest niezbędnym elementem demokracji i ma solidne podstawy w prawie międzynarodowym²⁶.

²⁰ Advisory opinion OC-5/85 *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* z 13.11.1985 r. Treść opinii dostępna jest na stronie internetowej MTPC: <http://www.cidh.org>.

²¹ Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994 z 17.02.1995 r., Chapter V: Report on the Compatibility of “Desacato Laws” with the American Convention on Human Rights. Treść raportu znajduje się na stronie internetowej MKPC: <http://www.cidh.oas.org>.

²² Advisory opinion OC-5/85, § 39 i nn.

²³ *Ibidem*, § 46. Zob. wyroki ETPC w sprawach *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii* z 26.04.1979 r., nr skargi 6538/74, § 59 i 62; *Barthold przeciwko Niemcom* z 25.03.1985 r., nr skargi 8734/79, § 59.

²⁴ Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994, § III. Komisja powołała się na wyroki ETPC w sprawach *Lingens przeciwko Austrii* z 8.07.1986 r., nr skargi 9815/82, § 41; *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7.12.1976 r., nr skargi 5493/72, § 49; *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 65; *Oberschlick przeciwko Austrii* z 23.05.1991 r., nr skargi 11662/85, § 57 oraz *Castells przeciwko Hiszpanii* z 23.04.1992 r., nr skargi 11798/85, § 42.

²⁵ *Ibidem*. Zob. *Castells przeciwko Hiszpanii*, § 20.

²⁶ *Ibidem*.

Powołana opinia doradcza i raport Komisji stanowiły punkt wyjścia dla rozwoju orzecznictwa Trybunału Międzypamerykańskiego w zakresie wolności wypowiedzi. Początek tego procesu przypadł na koniec lat 90. XX wieku.

Sprawa *The Last Temptation of Christ* (Olmedo-Bustos i inni) przeciwko Chile

Pierwsza skarga zarzucająca naruszenie wolności wypowiedzi została wniesiona do MTPC na początku 1999 roku w związku z sądowym zakazem rozpowszechniania w Chile kontrowersyjnego filmu *The Last Temptation of Christ*, a wyrok w tej sprawie zapadł w 2001 roku²⁷. Zakwestionowane w skardze rozstrzygnięcie chilijskiego Sądu Najwyższego, skutkiem którego był zakaz wyświetlania filmu, zapadło po ponad ośmiu latach sporów. Chilijska rada kinematograficzna pierwotnie była przeciwna rozpowszechnianiu filmu, a jej skarżona decyzja z 1988 roku została utrzymana przez sąd apelacyjny. Następnie, w drugiej połowie lat 90., rada wyraziła zgodę na wyświetlanie filmu, zastrzegając jednocześnie, że jest on dozwolony dla osób, które ukończyły 18. rok życia. Decyzja rady została uchylona przez sąd apelacyjny, a Sąd Najwyższy przychylił się do stanowiska sądu wyższej instancji.

Warto podkreślić, że jedynym systemem ochrony praw człowieka, do którego odwołał się Trybunał Międzypamerykański w rozważaniach na temat naruszenia art. 13 AKPC, jest system strasburski. Trybunał, podobnie jak Komisja w swym raporcie z 1995 roku, skoncentrował się przede wszystkim na roli, jaką w orzecznictwie ETPC przypisuje się wolności wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym oraz zakresie chronionych treści. Są to zagadnienia, do których Trybunał będzie powracał w swoich kolejnych trzech omówionych poniżej wyrokach. Jego ustalenia pokrywają się w znacznej części ze sprostaczeniami Komisji.

MTPC stwierdził mianowicie, że według zapatrywań Trybunału Europejskiego wolność wypowiedzi jest z jednej strony zasadniczym warunkiem postępu w społeczeństwie demokratycznym, a z drugiej – warunkiem rozwoju jednostki. W kwestii treści objętych wolnością wypowiedzi przypomniał, że zgodnie z orzecznictwem ETPC wolność ta dotyczy nie tylko informacji oraz idei, które są przyjmowane pozytywnie bądź uważane za nieszkodliwe lub obojętne, ale również tych, które odbierane są negatywnie: szokują, niepokoją lub obrażają. Trybunał Międzypamerykański przytoczył rozstrzygnięcia strasburskie, z których wynika, że bez pluralizmu, tolerancji i otwartości nie może istnieć demokratyczne społeczeństwo, a każde ograniczenie wolności wypowiedzi powinno być proporcjonalne do zamierzonego celu. Trybunał odnotował również, że według ETPC korzystanie z wolności wypowiedzi wiąże się z powinnościami i odpowiedzialnością²⁸.

Rozstrzygając o zasadności zakazu rozpowszechniania filmu, Trybunał Międzypamerykański stwierdził, że choć art. 13 ust. 4 AKPC przewiduje możliwość zastosowania cenzury prewencyjnej w celu ochrony moralności dzieci i nastolatków, to podjęte działania

²⁷ *The Last Temptation of Christ* (Olmedo-Bustos i inni) przeciwko Chile, wyrok MTPC z 5.02.2001 r. Wszystkie omawiane wyroki MTPC dostępne są na stronie internetowej Trybunału: <http://www.cidh.org>.

²⁸ *Ibidem*, § 69. MTPC odwołał się do wyroków ETPC w sprawach *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 49; *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 59 i 65; *Barthold przeciwko Niemcom*, § 55; *Lingens przeciwko Austrii*, § 41; *Müller i inni przeciwko Szwajcarii* z 24.05.1988 r., nr skargi 10737/84, § 33; *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii* z 20.09.1994 r., nr skargi 13470/87, § 49.

były sprzeczne z prawem. Zezwalając na wyświetlanie filmu zastrzeżono bowiem, że jest on przeznaczony dla osób powyżej 18. roku życia. W konsekwencji, w wyniku wprowadzenia całkowitego zakazu rozpowszechniania filmu, doszło do naruszenia art. 13 Konwencji²⁹.

Sprawa *Ivcher Bronstein przeciwko Peru*

Kolejny wyrok stwierdzający naruszenie art. 13 Konwencji zapadł przeciwko Peru³⁰. Sprawa dotyczyła pozbawienia obywatelstwa właściciela większości akcji i zarazem szefa zarządu jednego z kanałów peruwiańskiej telewizji. Ivcher Bronstein był z pochodzenia Izraelczykiem a obywatelstwo Peru uzyskał poprzez nadanie. W okresie od kwietnia do lipca 1997 roku w kierowanej przez niego telewizji ujawniono informacje o torturach stosowanych przez wywiad wojskowy wobec jednego z agentów, dokonanych przez służby wywiadowcze morderstwie oraz przyjęciu przez ich doradcę wysokich korzyści finansowych. W kolejnych audycjach programu *Contrapunto*, który zyskał szerokie zainteresowanie wśród telewidzów, informowano też o sprzecznym z prawem nagrywaniu rozmów telefonicznych prowadzonych przez członków opozycji.

Skutkiem emisji były groźby wobec szefa stacji i posądzenie go o prowadzenie kampanii mającej na celu zniesławienie sił zbrojnych. Groźbom i zarzutom towarzyszyły okoliczności, które doprowadziły ostatecznie do uchylecia decyzji o nadaniu mu obywatelstwa. Było to wydanie dekretu, który umożliwiał pozbawienie obywatelstwa uzyskanego przez nadanie oraz rzekome zaginięcie dokumentacji dotyczącej nadania Bronsteinowi obywatelstwa. Jako że zgodnie z obowiązującym prawem posiadanie peruwiańskiego obywatelstwa było warunkiem korzystania z praw w spółce telewizyjnej, decyzją sądu prawa Ivchera Bronsteina jako akcjonariusza i szefa zarządu zostały zawieszono. Dziennikarzom, którzy współtworzyli program, uniemożliwiono dotychczasową działalność.

W rozpoznawanej sprawie, podobnie jak w poprzedniej, Trybunał Międzamyerykański poprzestał na analizie orzecznictwa ETPC, pomijając inne systemy ochrony praw człowieka. Prócz kwestii znanych z wcześniejszego wyroku³¹, zaakcentował szczególną rolę przypisywaną mediom w strasburskich orzeczeniach. Nawiązał do wyroku w sprawie *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, z którego wynika, że obowiązkiem mediów jest rozpowszechnianie informacji o istotnym znaczeniu ze względu na interes publiczny, a opinia publiczna ma prawo je otrzymywać³². Swą uwagę Trybunał Międzamyerykański poświęcił również zapatrywaniom ETPC na wolność wypowiedzi w kontekście debaty politycznej oraz dyskusji na tematy o istotnym znaczeniu publicznym. Nawiązał do orzeczenia w sprawie *Sürek i Özdemir przeciwko Turcji*, w którym Trybunał Europejski stwierdził, że dopuszczalne granice krytyki wobec rządu są szersze niż w stosunku do osób prywatnych, czy nawet polityków,

²⁹ *Ibidem*, § 70-71 i 73.

³⁰ *Ivcher Bronstein przeciwko Peru*, wyrok MTPC z 6.02.2001 r.

³¹ Trybunał podkreślił wspomnianą już rolę wolności wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym i wypowiedział się na temat zakresu chronionych treści, nawiązując do wyroków ETPC w sprawach *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 49; *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 59 i 65; *Barthold przeciwko Niemcom*, § 55; *Lingens przeciwko Austrii* § 41; *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, § 33; *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, § 49. Zob. *Ivcher Bronstein przeciwko Peru*, § 152.

³² *Ivcher Bronstein przeciwko Peru*, § 153. Zob. *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 65.

a skrupulatna kontrola nad działaniami i zaniechaniami rządu powinna być sprawowana nie tylko przez władzę ustawodawczą i sądowniczą, ale także przez opinię publiczną³³.

MTPC uznał, że w rozpatrywanej sprawie pozbawienie obywatelstwa miało charakter pośredniego ograniczenia wolności wypowiedzi³⁴. Z kolei poprzez pozbawienie szefa zarządu kontroli nad kanałem telewizyjnym oraz odsunięcie dziennikarzy od współtworzenia programu *Contrapunto*, ograniczono prawo rozpowszechniania informacji i opinii oraz prawo obywateli do ich otrzymywania. W konsekwencji ograniczono również ich prawo wyboru politycznego i pełnego rozwoju w społeczeństwo demokratyczne³⁵.

Sprawa *Herrera Ulloa przeciwko Kostaryce*

Jednym z najgłośniejszych sporów przed Trybunałem Międzypaństwowym, dotyczącym naruszenia art. 13 AKPC, była tzw. sprawa „La Nación”³⁶. Postępowanie miało związek z cyklem artykułów autorstwa Mauricio Herrera Ulloa na temat przedstawiciela Kostaryki przy Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej, Feliksa Przedborskiego, które ukazały się w gazecie „La Nación” w okresie od maja do grudnia 1995 roku. Dziennikarz przytoczył w nich teksty opublikowane w prasie belgijskiej, która zarzucała dyplomacie działania sprzeczne z prawem. Wiązano go m.in. z nieprawidłowościami, do jakich miało dojść podczas zakupu wojskowych helikopterów dla Belgii.

Konsekwencją publikacji artykułów było postępowanie karne, które zakończyło się uznaniem dziennikarza za winnego zniesławienia i ukaraniem go grzywną. Ponadto, na skutek uwzględnienia powództwa cywilnego, zarówno autor artykułów, jak i gazeta, zostali zobowiązani do zapłaty zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę. Nazwisko dziennikarza zostało też umieszczone w sądowym rejestrze skazanych.

W rozpoznawanej sprawie Trybunał Międzypaństwowy poszerzył swoje rozważania prawne na temat wolności wypowiedzi o nawiązania do innych – poza strasburskim – systemów ochrony praw człowieka³⁷. W dalszym ciągu jednakże jego głównym punktem odniesienia pozostał system powołany do życia przez państwa-strony EKPC. Trybunał poświęcił sporo miejsca kwestiom znanym już z wcześniejszych dwóch orzeczeń³⁸ oraz przesłankom uznania ograniczenia za zgodne z prawem, w szczególności kryterium konieczności³⁹.

³³ *Ibidem*, § 155. Zob. wyrok ETPC w sprawie *Sürek i Özdemir przeciwko Turcji* z 8.07.1999 r., nr skargi 23927/94 i 24277/94, § 60.

³⁴ *Ibidem*, § 162.

³⁵ *Ibidem*, § 163.

³⁶ *Herrera Ulloa przeciwko Kostaryce*, wyrok MTPC z 2.07.2004 r.

³⁷ Zob. *ibidem*, § 114.

³⁸ Podobnie jak w sprawach *The Last Temptation of Christ przeciwko Chile* oraz *Ivcher Bronstein przeciwko Peru*, MTPC poruszył kwestie związku pomiędzy wolnością wypowiedzi a społeczeństwem demokratycznym oraz treści objętych zakresem wolności wypowiedzi. Powołał się na wyroki ETPC w sprawach *Scharsach and News Verlagsgesellschaft przeciwko Austrii* z 13.11.2003 r., nr skargi 39394/98, § 29; *Perna przeciwko Włochom* z 6.05.2003 r., nr skargi 48898/99, § 39; *Dichand i inni przeciwko Austrii* z 26.02.2002 r., nr skargi 29271/95, § 37; *Lehideux i Isorni przeciwko Francji* z 23.09.1998 r., nr skargi 24662/94, § 55; *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, § 49; *Castells przeciwko Hiszpanii*, § 42; *Oberschlick przeciwko Austrii* z 23.05.1991 r., nr skargi 1162/85, § 57; *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, § 33; *Lingens przeciwko Austrii*, § 41; *Barthold przeciwko Niemcom*, § 58; „*Sunday Times*” przeciwko Wielkiej Brytanii, § 65; *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 49. Zob. *Herrera Ulloa przeciwko Kostaryce*, § 113.

³⁹ *Herrera Ulloa przeciwko Kostaryce*, § 120-122. MTPC odwołał się do wyroków ETPC w sprawach „*Sunday*

Istotny wątek w sprawie „La Nación” stanowi wolność wypowiedzi w kontekście działalności publicznej. MTPC zauważył, że Trybunał Europejski różnicuje zakres ograniczeń wolności wypowiedzi w zależności od tego, czy ograniczenia te mają służyć ochronie osób prywatnych, czy też ochronie osób pełniących funkcje publiczne, w tym polityków. Powołując się na orzeczenia w sprawach *Dichand i inni przeciwko Austrii* oraz *Lingens przeciwko Austrii* stwierdził, że w opinii ETPC zakres dopuszczalnej krytyki jest znacznie szerszy wobec polityków sprawujących funkcje publiczne niż w przypadku osób prywatnych. Ci pierwsi – jak argumentuje Trybunał Europejski w uzasadnieniach cytowanych przez MTPC rozstrzygnięć – w świadomy sposób narażają się na to, że wszelkie ich poczynania będą szczegółowo analizowane przez dziennikarzy oraz opinię publiczną i w związku z tym muszą wykazywać się większą dozą tolerancji. Jak stwierdził Trybunał Międzyamerykański na podstawie orzecznictwa europejskiego, choć ochrona niewątpliwie im przysługuje – i to nawet wówczas, gdy nie działają jako osoby prywatne – to musi ona zostać wyważona z wymogami debaty na tematy polityczne⁴⁰. MTPC znalazł ponadto w rozstrzygnięciach Trybunału Europejskiego uzasadnienie dla przedstawionej powyżej koncepcji. Zauważył mianowicie, że ETPC tłumaczy niższy stopień ograniczeń wolności wypowiedzi w tego typu debatach koniecznością sprawowania demokratycznej kontroli przez społeczeństwo. Kontrola ta – jak wynika z cytowanego orzecznictwa – sprzyja bowiem przejrzystości działań państwa i służy propagowaniu odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych⁴¹.

Opierając się na orzecznictwie strasburskim Trybunał Międzyamerykański sformułował wniosek, że osobom piastującym funkcje publiczne przysługuje „ochrona zgodna z zasadami demokratycznego pluralizmu”. Inny stopień ochrony wynika z interesu publicznego, który jest nieodłącznie powiązany z działalnością takich osób⁴².

Wyrok w sprawie „La Nación” zasługuje na uwagę z jeszcze jednego powodu. Trybunał Międzyamerykański poddał w nim bowiem krytyce konstrukcję ciężaru dowodu zastosowaną przez sąd krajowy, wynikającą z prawa wewnętrznego państwa. W konsekwencji wyrok skazujący wydano na tej podstawie, że skarżący nie wykazał, że rozpowszechniane przez niego informacje były prawdziwe. MTPC uznał, że tak skonstruowany ciężar dowodu nadmiernie ogranicza wolność wypowiedzi poprzez swoje hamujące oddziaływanie na osoby trudniące się dziennikarstwem i jest niezgodny z art. 13 Konwencji. Powołał się ponadto na orzeczenie ETPC w sprawie *Thoma przeciwko Luksemburgowi*, w którym karanie dziennikarzy za pomoc w rozpowszechnianiu twierdzeń innej osoby uznano za poważnie utrudniające udział prasy w dyskusji na tematy o istotnym znaczeniu ze względu na interes publiczny⁴³.

W konkluzji Trybunał Międzyamerykański uznał, że zastosowane wobec dziennikarza ograniczenia wolności wypowiedzi były sprzeczne z art. 13 AKPC⁴⁴.

Times” przeciwko Wielkiej Brytanii, § 59 oraz *Barthold przeciwko Niemcom*, § 59.

⁴⁰ *Ibidem*, § 125. Zob. *Dichand i inni przeciwko Austrii*, § 39; *Lingens przeciwko Austrii*, § 42.

⁴¹ *Ibidem*, § 127. MTPC nawiązał do wyroków ETPC w sprawach *Feldek przeciwko Słowacji* z 12.07.2001 r., nr skargi 29032/95, § 88 oraz *Sürek i Özdemir przeciwko Turcji*, § 60.

⁴² *Ibidem*, § 128-129.

⁴³ *Ibidem*, § 132-134. Zob. wyrok ETPC w sprawie *Thoma przeciwko Luksemburgowi* z 29.03.2001 r., nr skargi 38432/97, § 62.

⁴⁴ *Ibidem*, § 135.

Sprawa *Ricardo Canese przeciwko Paragwajowi*

Ważne rozstrzygnięcie w przedmiocie naruszenia art. 13 Konwencji zapadło również w sprawie *Ricardo Canese przeciwko Paragwajowi*⁴⁵. Ricardo Canese był kandydatem na prezydenta Paragwaju w wyborach w 1993 roku. W toku kampanii wyborczej, w sierpniu 1992 roku, oskarżył swego kontrkandydata, Juana Carlosa Wasmosy'ego o zbudowanie pozycji w paragwajskim konsorcjum przedsiębiorstw budowlanych „CONEMPA” dzięki wsparciu rodziny byłego dyktatora kraju, Alfredo Stroessnera. Konsorcjum brało wówczas udział w jednym z najważniejszych projektów w kraju, tj. budowie elektrowni wodnej Itaipú. Wasmosy zajmował w nim najważniejsze kierownicze stanowisko i miał się dzielić osiąganymi przez konsorcjum korzyściami finansowymi z byłym dyktatorem. Twierdzenia Ricardo Canese na temat powiązań kontrkandydata w wyborach prezydenckich z niedawnym przywódcą kraju zostały opublikowane w kilku paragwajskich gazetach.

Konsekwencją publicznych oskarżeń był proces karny przeciwko ich autorowi, który został uznany przez sądy krajowe obydwu instancji za winnego przestępstwa zniesławienia i skazany na karę dwóch miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę. Trzeba też wspomnieć, że w toku postępowania karnego nałożono na niego trwający około 8 lat zakaz opuszczania kraju, uchylając go tylko w wyjątkowych sytuacjach.

Rozważania Trybunału Międzyamerykańskiego na temat znaczenia wolności wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym oraz treści objętych zakresem tej wolności, włącznie z odwołaniami do orzecznictwa ETPC, zasadniczo pokrywają się z rozważaniami w omówionej powyżej sprawie *Herrera Ulloa przeciwko Kostaryce*⁴⁶. Nową tematyką podjętą przez Trybunał jest natomiast znaczenie wolności wypowiedzi w toku kampanii wyborczej. Trybunał rozpoczął od nawiązania do stanowiska ETPC wyrażonego w sprawie *Incal przeciwko Turcji*, z którego wynika, że wolność wypowiedzi jest szczególnie istotna dla partii politycznych i ich członków. Jak bowiem argumentuje Trybunał Europejski, reprezentują oni swój elektorat, zwracają uwagę na istotne dla tego elektoratu kwestie i bronią jego interesów. Kontynuując ten wątek MTPC stwierdził, że każdy musi mieć zagwarantowaną możliwość kwestionowania i badania kompetencji kandydatów w wyborach, a także wyrażania odmiennego stanowiska oraz porównywania propozycji, idei i opinii. Dzięki temu elektorat może bowiem kształtować swoje własne poglądy. Trybunał Międzyamerykański zauważył ponadto, że pomiędzy wykonywaniem praw politycznych a wolnością wypowiedzi zachodzi ścisła korelacja. Tezę o istnieniu tej zależności, polegającej na ich wzajemnym wzmacnianiu, poparł cytatem z orzeczenia ETPC w sprawie *Bowman przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴⁷.

Trybunał Międzyamerykański był zdania, że dzięki publikacji opinii Ricardo Canese na temat jego kontrkandydata, elektorat posiadał więcej informacji przed podjęciem decyzji wyborczej⁴⁸. Uznał jednocześnie, że zastosowane środki z zakresu prawa karnego nie speł-

⁴⁵ *Ricardo Canese przeciwko Paragwajowi*, wyrok MTPC z 31.08.2004 r.

⁴⁶ *Ibidem*, § 83.

⁴⁷ *Ibidem*, § 89-90. Zob. wyroki ETPC w sprawach *Incal przeciwko Turcji* z 9.06.1998 r., nr skargi 22678/93, § 46; *Bowman przeciwko Wielkiej Brytanii* z 19.02.1998 r., nr skargi 24839/94, § 42.

⁴⁸ *Ibidem*, § 94.

niały ani kryterium konieczności, ani kryterium proporcjonalności, co przesądziło o stwierdzeniu naruszenia art. 13 AKPC⁴⁹.

Sprawa *Palamara Iribarne przeciwko Chile*

Na uwagę zasługuje również orzeczenie w sprawie *Humberto Palamara Iribarne przeciwko Chile*⁵⁰, dotyczące emerytowanego oficera marynarki wojennej i autora książki zatytułowanej *Etyka i służby wywiadowcze*. Tematem książki była – jak to określił sam autor – „ogólna rola służb wywiadowczych z etycznego punktu widzenia”⁵¹. Na początku 1993 roku Humberto Palamara Iribarne zawarł z jednym z wydawnictw umowę na publikację książki. Następnie – jako że został poinformowany przez dowództwo marynarki wojennej o zakazanie publikacji bez uzyskania uprzedniej zgody kompetentnych władz – wystąpił o wydanie stosownego pozwolenia. Przekazana mu ustnie decyzja w sprawie publikacji była jednakże odmowna, co uzasadniono zawartymi w książce treściami zagrażającymi narodowemu bezpieczeństwu i obronie. Co więcej, skarżący został zobowiązany do wstrzymania rozpoczętego już procesu publikacji i wycofania z wydawnictw opublikowanych egzemplarzy.

Autor książki nie zastosował się do żadnego ze wskazanych poleceń. W odpowiedzi wszczęto przeciwko niemu postępowanie karne przed sądem marynarki wojennej pod zarzutem nieposłuszeństwa i naruszenia obowiązków wojskowych. Wydrukowane kopie książki oraz nośniki zawierające jej tekst zostały zajęte, a wszystkie pliki z informacjami dotyczącymi publikacji usunięto z komputerów znajdujących się w wydawnictwie. Tekst książki został także usunięty z osobistego komputera jej autora.

W rozpoznawanej sprawie MTPC znacznie rzadziej odwoływał się do orzecznictwa ETPC niż w swoich wcześniejszych wyrokach, korzystając głównie z własnego dorobku. Bezpośrednio nawiązał jedynie do rozstrzygnięć w sprawach *Feldek przeciwko Słowacji* oraz *Sürek i Özdemir przeciwko Turcji*, czyniąc to dla uzasadnienia wyższego dopuszczalnego poziomu krytyki wobec osób sprawujących funkcje publiczne i wobec instytucji publicznych⁵².

Trybunał Międzyparyski zauważył, że autor został pozbawiony możliwości rozpoznania swej książki, choć specjaliści, do których zwrócono się o wydanie opinii w toku postępowania krajowego uznali, że nie naruszała ona tajemnicy i nie zagrażała bezpieczeństwu chilijskiej marynarki wojennej. Co więcej, w kolejnej opinii eksperci wskazali, że informacje zawarte w książce mogły zostać uzyskane z powszechnie dostępnych źródeł⁵³. W opinii MTPC o nadużyciu wolności wypowiedzi nie mogło przesądzać wyłącznie ustalenie, że odpowiednie przeszkolenie i doświadczenie zawodowe pomogły autorowi w napisaniu książki⁵⁴.

Wskazując na swe stanowisko wyrażone w sprawie *Ricardo Canese przeciwko Paragwajowi*, Trybunał Międzyparyski przypomniał, że uciekanie się do prawa karnego to najsurowszy sposób obciążania odpowiedzialnością za działania sprzeczne z prawem⁵⁵. Stwierdził ponadto,

⁴⁹ *Ibidem*, § 106 i 108.

⁵⁰ *Humberto Palamara Iribarne przeciwko Chile*, wyrok MTPC z 22.11.2005 r.

⁵¹ *Ibidem*, § 63.

⁵² *Ibidem*, § 83. Zob. *Feldek przeciwko Słowacji*, § 83; *Sürek i Özdemir przeciwko Turcji*, § 60.

⁵³ *Ibidem*, § 75.

⁵⁴ *Ibidem*, § 76.

⁵⁵ *Ibidem*, § 79.

że sankcje zastosowane wobec skarżącego w ramach procedury karnej nie spełniały ani wymogu proporcjonalności, ani kryterium konieczności, wobec czego doszło do naruszenia Konwencji⁵⁶.

Odnotowania wymaga fakt, że już w toku postępowania przez MTPC, 31 sierpnia 2005 roku, przyjęto poprawki do chilijskiego kodeksu karnego oraz kodeksu karnego wojskowego, uchylające bądź zmieniające przepisy, które miały zastosowanie w tej sprawie. Trybunał Międzyamerykański z uznaniem odniósł się do działań państwa mających na celu dostosowanie krajowego porządku prawnego do wymogów Konwencji Amerykańskiej, niemniej wyraził swoje zaniepokojenie niejednoznacznym sformułowaniem jednego z przepisów. Zauważył, że obowiązująca wersja tego przepisu umożliwiała szeroką interpretację, co mogło w jego ocenie prowadzić do dalszego ograniczania wolności wypowiedzi. W związku z tym stwierdził konieczność sprecyzowania rodzaju zachowań podlegających karze. Wskazał również, że stosowanie sprzecznych z zasadą proporcjonalności sankcji za krytykę instytucji rządowych i ich członków było nadal dopuszczalne na gruncie kodeksu karnego wojskowego. Skutkiem takiej regulacji było uprzywilejowane traktowanie instytucji wojskowych w stosunku do instytucji cywilnych, bowiem przyznano im szerszy zakres ochrony przed krytyką. Taki stan prawny MTPC uznał za niezgodny z art. 13 Konwencji Amerykańskiej⁵⁷.

Sprawa *Kimel przeciwko Argentynie*

Postępowanie w sprawie *Kimel przeciwko Argentynie*⁵⁸ zostało zainicjowane skargą Komisji złożoną w kwietniu 2007 roku. Sprawa dotyczyła argentyńskiego dziennikarza, pisarza i historyka specjalizującego się w historii politycznej Argentyny, który w jednej ze swych książek ujawnił wyniki własnego śledztwa dotyczącego zabójstwa pięciu duchownych z zakonu pallotynów. Opisujące zdarzenie miało miejsce w 1976 roku, w czasach rządów wojskowej dyktatury. Autor krytycznie odniósł się w książce do sposobu prowadzenia postępowania przez władze, w szczególności przez sędziego, który zajmował się sprawą. Pytał wprost, czy rzeczywiście intencją władz było odnalezienie wskazówek, które mogły doprowadzić do wykrycia sprawców zbrodni. Wskazywał na przychylność sędziów wobec reżimu, a nawet nazywał ich „współsprawcami dyktatury”⁵⁹. Pod koniec października 1991 roku sędzia prowadzący postępowanie w sprawie zabójstwa pallotynów zainicjował przeciwko autorowi książki postępowanie karne pod zarzutem zniesławienia. Proces zakończył się skazaniem dziennikarza na karę roku pozbawienia wolności w zawieszeniu oraz karę grzywny.

Sprawa zasługuje na szczególną uwagę chociażby z tego powodu, że państwo zgodziło się z większością zarzutów zawartych w skardze, przede wszystkim z zarzutem naruszenia wolności wypowiedzi na skutek skazania autora książki. Uznano również wadliwość krajowego ustawodawstwa karnego, przewidującego surowe sankcje za zniesławienie, które nie chroniło w wystarczającym stopniu wolności wypowiedzi. Co więcej, strona pozwana wyraziła swoje ubolewanie z powodu faktu, że jedyną osobą skazaną w związku z zabójstwem duchownych z zakonu pallotynów był dziennikarz zajmujący się tą sprawą⁶⁰.

⁵⁶ *Ibidem*, § 88.

⁵⁷ *Ibidem*, § 90-93.

⁵⁸ *Kimel przeciwko Argentynie*, wyrok MTPC z 2.05.2008 r.

⁵⁹ *Ibidem*, § 42.

⁶⁰ *Ibidem*, § 39.

W kontekście wpływu systemu strasburskiego na system międzyamerykański warto natomiast skoncentrować się na dwóch kwestiach. Po pierwsze, powołując się na orzecznictwo ETPC, w szczególności na rozstrzygnięcia w sprawach *Mamère przeciwko Francji*, *Castells przeciwko Hiszpanii* oraz *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii*, Trybunał Międzypamerykański zwrócił uwagę na tendencję w sądownictwie międzynarodowym zmierzającą do ochrony, w sposób racjonalny i zrównoważony, tych osób, których prawa są niejako w sprzeczności z wolnością wypowiedzi, bez jednoczesnego naruszania gwarancji koniecznych dla istnienia wolności wypowiedzi. MTPC dostrzegł tę tendencję w stwierdzeniu Trybunału Europejskiego, że wolność wypowiedzi nie może w każdych okolicznościach mieć pierwszeństwa przed potrzebą ochrony dobrego imienia i reputacji innych – niezależnie od tego, czy są zwykłymi obywatelami, czy też osobami pełniącymi funkcje publiczne. Zauważył, że ETPC przypisał odpowiednim organom państwa kompetencję do przyjęcia środków, włącznie ze środkami o charakterze karnym, mających na celu adekwatną reakcję na zniesławiające oskarżenia formułowane bezpodstawnie i w złej wierze. O tendencji tej świadczył też w ocenie Trybunału Międzypamerykańskiego fakt, że ETPC nie wykluczył zastosowania kary pozbawienia wolności za przestępstwo prasowe, zaznaczając wszakże, że jest to dopuszczalne jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach, tj. wówczas, gdy inne podstawowe prawa zostały poważnie naruszone, np. w przypadku mowy nienawiści i podżegania do przemocy⁶¹.

Po drugie, odwołanie do orzecznictwa strasburskiego dotyczyło także podziału wypowiedzi na twierdzenia o faktach i sądy wartościujące. Trybunał Międzypamerykański przypomniał o sprawie *Lingens przeciwko Austrii* i stwierdził, że opinie wygłaszane przez autora książki nie mogły być rozpatrywane w kategoriach prawdy i fałszu. Dokonywanie tego rodzaju oceny jest możliwe jedynie w odniesieniu do faktów. Sądy wartościujące na temat działań osoby sprawującej funkcje publiczne, w związku z wykonywanymi przez nią obowiązkami, nie podlegały takiemu testowi. Autor nie używał przesadnego języka, a swoje opinie oparł na ustaleniach dokonanych w toku przeprowadzonego na własną rękę dziennikarskiego śledztwa. Jednocześnie, skoro wygłaszane przez niego opinie – czy też ściślej: sądy wartościujące – nie mogły zostać zweryfikowane jako prawdziwe bądź fałszywe, nie powinny też podlegać sankcjom⁶².

W oparciu m.in. o powyższe okoliczności Trybunał Międzypamerykański orzekł, że doszło do naruszenia art. 13 Konwencji⁶³.

Podsumowanie

Zaprezentowany wybór orzecznictwa nie obejmuje wszystkich rozstrzygnięć dotyczących wolności wypowiedzi⁶⁴, lecz nie jest przypadkowy. Ze względu na specyfikę realiów w krajach Ameryki Łacińskiej i stosunkowo niewielkie rozpowszechnienie orzecznictwa MTPC poza

⁶¹ *Ibidem*, § 78 wraz z przypisami. Zob. wyroki ETPC w sprawach *Mamère przeciwko Francji* z 7.11.2006 r., nr skargi 12697/03, § 27; *Castells przeciwko Hiszpanii*, § 46; *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii* z 17.12.2004 r., numer skargi 33348/96, § 115.

⁶² *Ibidem*, § 92-93. Zob. *Lingens przeciwko Austrii*, § 46.

⁶³ *Ibidem*, § 95.

⁶⁴ Pominęto m.in. wyroki MTPC w sprawach *Tristán-Donoso przeciwko Panamie* z 27.01.2009 r., *Ríos i inni przeciwko Wenezueli* z 28.01.2009 r., *Perozo i inni przeciwko Wenezueli* z 28.01.2009 r., *Usón Ramírez przeciwko Wenezueli* z 20.11.2009 r.

systemem międzyamerykańskim, nie jest też przypadkowe szersze omówienie kontekstu faktycznego wybranych spraw. Wydaje się, że wyrok w sprawie *Kimel przeciwko Argentynie* kończy pewien etap w dotychczasowym rozwoju orzecznictwa Trybunału Międzyamerykańskiego na temat wolności wypowiedzi – etap bezpośrednich odwołań do wyroków Trybunału Europejskiego. Nie oznacza to jednakże, że Trybunał nie korzysta już z wypracowanych w systemie strasburskim rozwiązań. Z dorobku ETPC czerpie nadal pośrednio, poprzez swoje wcześniejsze orzecznictwo.

Analiza treści art. 13 Konwencji Amerykańskiej oraz rozstrzygnięć MTPC prowadzi do wniosku, że Konwencja Europejska i orzecznictwo strasburskie miały wyraźny wpływ na system międzyamerykański. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że EKPC stanowiła wzorzec dla twórców systemu międzyamerykańskiego już na etapie formułowania treści art. 13 AKPC. Niewątpliwie treść tego artykułu została dostosowana do specyfiki systemu, niemniej zręby konstrukcji zaczerpnięto z systemu strasburskiego.

Wpływ systemu europejskiego widoczny jest również na etapie formowania pierwszych reguł interpretacyjnych dotyczących wolności wypowiedzi. Nawiązania do dorobku strasburskiego są zauważalne zarówno w opinii doradczej MTPC z 1985 r., jak i w raporcie Komisji z 1995 roku. W literaturze już w tej wstępnej fazie kształtowania się linii orzecznictwa Trybunału przewidywano, że to system strasburski będzie wyznaczał kierunek rozwoju systemu międzyamerykańskiego⁶⁵.

Wreszcie, odwołania do linii orzecznictwa ETPC oraz wypracowanych w niej pojęć i zasad pojawiają się i w samym orzecznictwie Trybunału Międzyamerykańskiego, począwszy od 2001 roku. We wstępnej fazie system strasburski był w zasadzie jedynym punktem odniesienia MTPC w kwestii wolności wypowiedzi. Z czasem Trybunał Międzyamerykański zaczął sięgać również do innych systemów, tj. uniwersalnego, opartego na MPPOiP, i afrykańskiego, opartego na Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów⁶⁶, choć nadal dominują nawiązania do orzecznictwa ETPC. W końcowej fazie MTPC w coraz większym stopniu powołuje się na własne orzecznictwo. Najważniejsze kwestie, na których w orzecznictwie strasburskim koncentruje swoją uwagę Trybunał Międzyamerykański to: znaczenie wolności wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym, zakres treści objętych wolnością wypowiedzi, kryterium konieczności i proporcjonalności, rola mediów, wolność wypowiedzi w kontekście debaty publicznej oraz w toku kampanii wyborczej, a także podział wypowiedzi na twierdzenia o faktach i sądy wartościujące.

Druga, pośrednia płaszczyzna oddziaływania systemu strasburskiego, poza systemem międzyamerykańskim, to systemy krajowe państw. Uznając dorobek ETPC za swego rodzaju drogowskaz w zakresie ukształtowania modelu wolności wypowiedzi, Trybunał nie poprzestaje na zaadaptowaniu pewnych rozwiązań przyjętych przez państwa-strony EKPC do potrzeb systemu międzyamerykańskiego. Idąc o krok dalej, MTPC odnosi się w swych orzeczeniach także do prawa wewnętrznego państw. Przede wszystkim krytykuje uciekanie się do prawa karnego dla zapewnienia odpowiedzialności za nieprzychylną wypowiedź, w szczególności wobec osób sprawujących funkcje publiczne. Kontynuuje kierunek wytyczony przez MKPC,

⁶⁵ E.J. Pauw, A.Ch. Shapiro, *op.cit.*, s. 225-227.

⁶⁶ Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 27.06.1981 r., OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

która już w 1995 roku stwierdziła, że ustawodawstwa penalizujące wypowiedzi, które obrażają, znieważają lub stanowią groźbę wobec funkcjonariuszy publicznych w toku sprawowania przez nich oficjalnych obowiązków (tzw. *leyes de desacato*, określane również jako *insult laws* lub *contempt laws*), są sprzeczne z Konwencją Amerykańską⁶⁷. Nie spełniają bowiem ani kryterium celowości, ani kryterium konieczności w demokratycznym społeczeństwie⁶⁸.

Szczegółowe rozwiązania dotyczące *leyes de desacato*, przyjęte w poszczególnych krajach, bywają odmienne. Jest to kategoria przepisów obejmująca różne przestępstwa. Łączy je cel, którym jest ochrona funkcjonariuszy publicznych przed wypowiedziami obraźliwymi lub krytycznymi, co ma zapewnić funkcjonariuszom niezakłócone wykonywanie obowiązków. Istnienie tego typu przepisów uzasadnia się ponadto ochroną porządku publicznego, upatrując w krytykowaniu funkcjonariuszy publicznych destabilizującego wpływ na ten porządek⁶⁹. W praktyce jednak, co obrazują przykłady omówionych orzeczeń, *leyes de desacato* bywają wykorzystywane w państwach Ameryki Łacińskiej dla uciszania wszelkiej krytyki i eliminacji oponentów. Trybunał jednoznacznie stwierdza, że prócz kar nie można też zaakceptować obowiązującego w wielu państwach ciężaru dowodu i wymagać od autora dowodzenia prawdziwości jego wypowiedzi.

Wyrok w sprawie filmu *The Last Temptation of Christ* przyczynił się do zmiany ustawodawstwa wewnętrznego Chile. W październiku 2002 roku chilijski Senat uchwalił nowe prawo, które zastąpiło cenzurę prewencyjną filmów systemem klasyfikacji opartym na wieku widzów⁷⁰. W 2003 roku *leyes de desacato* usunięto częściowo z krajowego porządku prawnego Peru⁷¹, a w 2004 roku podobnie stało się w Salwadorze i Panamie⁷². Działania zmierzające do wyeliminowania tego typu przepisów zostały też podjęte m.in. w Kostaryce i w Chile⁷³. W 2005 roku Sądy Najwyższe Hondurasu i Gwatemali uznały *leyes de desacato* za sprzeczne z konstytucją⁷⁴. Wyjątek na tym tle stanowi Kuba⁷⁵ i Wenezuela⁷⁶.

Nie ulega wątpliwości, że ukształtowanie wolności wypowiedzi w systemie międzyamerykańskim jest wynikiem oddziaływania wielu czynników, niemniej wpływ systemu stras-

⁶⁷ Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994, § IV. Szerzej na temat *leyes de desacato* zob. J.M. Pasqualucci, *Criminal Defamation...*, s. 394-410.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, § II.

⁷⁰ Annual Report of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2002, s. 31. Wszystkie powoływane raporty Specjalnego Sprawozdawcy do spraw Wolności Wypowiedzi dostępne są na stronie internetowej MKPC: <http://www.cidh.oas.org>.

⁷¹ Annual Report of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2003, s. 79.

⁷² Annual Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2004, s. 147-148.

⁷³ *Ibidem*, s. 149.

⁷⁴ Annual Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2005, s. 220-221.

⁷⁵ Zob. np. Annual Report of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2002, s. 43-46; Annual Report of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2003, s. 33-36 i 160; Annual Report of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2008, Chapter II: Evaluation of the State of the Freedom of Expression in the Hemisphere, § 83-100.

⁷⁶ W lipcu 2003 r. Sąd Najwyższy Wenezueli orzekł, że przepisy krajowe przewidujące sankcje karne za określone w nich wypowiedzi (*leyes de desacato*) nie naruszają konstytucji. Zob. Annual Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2004, s. 149. W Wenezueli nie tylko utrzymano w mocy dotychczasowe przepisy, ale objęto ochroną dalsze kategorie funkcjonariuszy publicznych. Zob. Annual Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression 2005, s. 208.

burskiego jest wyraźny. Konwencja Europejska zdeterminowała w znacznym stopniu sposób ujęcia wolności wypowiedzi w Konwencji Amerykańskiej, a orzecznictwo ETPC stało się dla Trybunału Międzyamerykańskiego przydatnym źródłem w procesie interpretacji art. 13. W ten sposób pewne podstawowe europejskie standardy dotyczące wolności wypowiedzi zostały recypowane w systemie międzyamerykańskim. Nie przeceniając roli Konwencji Europejskiej można zatem stwierdzić, że bez systemu strasburskiego dzisiejszy kształt wolności wypowiedzi w systemie międzyamerykańskim byłby z pewnością inny.

The impact of the European Convention on Human Rights on freedom of expression in the inter-American system of human rights protection

(Summary)

The European system of human rights protection, created in 1950 by the signatories to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, was influenced by the time and place where it emerged, but its impact goes far beyond the European continent. Protection granted in the European Convention embraced, among others, freedom of expression, including “freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers”.

The inter-American system of human rights protection adapted the European model of freedom of expression to its own needs. The system was established within the framework of the Organisation of American States. It is composed of two main bodies endowed with a competence to ensure compliance of states' conduct with human rights: the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.

The inter-American system has recognised importance of freedom of expression from the very beginning of its existence. The evolution of the mechanism of protection of freedom of expression commenced with the adoption of the American Declaration on the Rights and Duties of Man in 1948. However, it was not until the adoption of the American Convention on Human Rights in 1969, that legal framework of this protection was agreed among states.

Drafters of the American Convention formed Article 13 on the basis of Article 10 of the European Convention. As a consequence, structural similarities between Article 13 of the American Convention and its European counterpart are easily noticeable. Furthermore, contribution of the European system to the development of freedom of expression in the inter-American system is evident at the very early stage of the interpretation of Article 13. This phase began with references in the advisory opinion of the Inter-American Court OC-5/85 to case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) concerning “necessity” of restrictions on freedom of expression. Subsequently, in its 1994 Annual Report, the Inter-American Commission invoked the European Court's settled case law for determination of the role of freedom of expression in a democratic society.

First petition alleging violation of freedom of expression was filed with the Inter-American Court in 1999. Judgment of the 5 February 2001 in the “*The Last Temptation of*

Christ” (*Olmedo-Bustos and others*) *v. Chile* case, dealing with prior censorship, opened a new chapter in the inter-American jurisprudence. The following judgments declaring violation of Article 13 of the American Convention were delivered in cases *Ivcher Bronstein v. Peru* (2001), *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (2004), *Ricardo Canese v. Paraguay* (2004), *Palamara Iribarne v. Chile* (2005) and *Kimel v. Argentina* (2008). At first, the European precedents concerning freedom of expression were the only point of reference of the Inter-American Court. Gradually, the Court turned to other systems of human rights protection, however, case law of the ECtHR remained its basic source of guidelines in the process of interpretation. Finally, in its most recent judgments, the Court focuses mainly on its own jurisprudence, shaped by the European standards. The Inter-American Court follows judgments of the European Court regarding, among others, the importance of freedom of expression in a democratic society, the scope of information, opinions and ideas embraced by freedom of expression, principles of necessity and proportionality, as well as distinction between opinions based on objective information and value judgments.

The influence of the European Convention and jurisprudence of the ECtHR is not limited to the inter-American system. Its indirect impact can be found in legal systems of some states of the region. In its approach to freedom of expression violations, the Inter-American Court goes further than declaring incompatibility of a particular state’s conduct with Article 13 of the Convention. The Court examines legal orders of states and criticizes so-called *desacato* laws (insult laws, contempt laws) – a class of legislation imposing penal sanctions, ranging from fines to prison sentences, for expression which offends, insults, or threatens public functionaries in the performance of their official duties. It clearly states that allocation of the burden on the defendant to prove the truth of the questioned statement does not comport with the Convention.

Jurisprudence of the Inter-American Court contributed to modifications of domestic legislation in some states. In consequence of declared violation in the “*The Last Temptation of Christ*” case, prior censorship of films in Chile was replaced with a film rating system, based on the age of moviegoers. Some states, among them Peru, El Salvador, Panama, Costa Rica and Chile, repealed at least part of *desacato* laws from their legal systems. Furthermore, Honduran and Guatemalan Constitutional Courts found *desacato* laws unconstitutional.

The inter-American model of freedom of expression is an effect of interaction between various factors, however the impact of the European system based on the European Convention is clear. Without the European Convention and case law of the ECtHR there would be no freedom of expression in the inter-American system in its current shape.

Wojciech Hermeliński*, Barbara Nita**

Pokrzywdzony jako podmiot praw i wolności gwarantowanych przez Europejską Konwencję Praw Człowieka

Przez długie lata systemy prawnokarne państw koncentrowały się na przestępstwie i jego sprawcy, pomijając osobę pokrzywdzonego¹. Dopiero pod koniec ubiegłego stulecia ukształtowało się zainteresowanie kompensacyjną (restytucyjną) funkcją prawa karnego (tzw. sprawiedliwość naprawcza, ang. *restorative justice*), mającą na celu zlikwidowanie napięcia w społeczeństwie, wywołanego popełnionym przestępstwem. Według tej koncepcji przestępstwo jest postrzegane nie tylko jako konflikt między jego sprawcą a społeczeństwem (państwem), ale także jako konflikt pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym². W konsekwencji tego założenia, sprawca przestępstwa powinien zrekompensować szkodę spowodowaną przestępstwem, doprowadzając w ten sposób do ustania konfliktu powstałego pomiędzy nim a pokrzywdzonym³.

Założenia, na których opiera się nurt sprawiedliwości naprawczej, implikują wzmocnienie karnoprosesowych uprawnień pokrzywdzonego przestępstwem. Zbyt daleko idące wydaje się jednak twierdzenie, iżby nurt sprawiedliwości naprawczej prowadził do nadania pokrzywdzonemu pozycji procesowej równorzędnej oskarżonemu. W istotę założeń, na których opiera się ten nurt, jest natomiast wpisane ułatwienie naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu przez sprawcę przestępstwa.

W obowiązujących kodyfikacjach karnych, tj. zarówno w kodeksie karnym, jak i w kodeksie postępowania karnego, można wskazać szereg uregulowań gwarancyjnych służących ochronie interesu pokrzywdzonego przestępstwem. Chodzi tu w szczególności o przepisy dopuszczające orzekanie środków karnych w postaci nałożenia przez sąd obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, a także nawiązki (art. 39 pkt 5 i 6 k.k.) oraz o przepisy nakładające na skazanego obowiązki wobec pokrzywdzonego, w ramach stosowanych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie (przykładowo art. 72 k.k.).

Wzgląd na ochronę interesu pokrzywdzonego w postępowaniu karnym ustawodawca eksponuje także w art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k., zgodnie z którym „przepisy niniejszego kodeksu mają

* Sędzia Wojciech Hermeliński, Trybunał Konstytucyjny.

** Prof. nadzw. dr hab. Barbara Nita, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uczelnia Łazarzkiego w Warszawie; Biuro Trybunału Konstytucyjnego.

¹ Definiując podmiot, którego dobro prawne zostało naruszone albo bezpośrednio zagrożone przestępstwem, kodeks postępowania karnego w art. 49 posługuje się pojęciem „pokrzywdzony”, a nie kryminologicznym określeniem „ofiara przestępstwa”. Jest ono konsekwentnie używane w dalszych przepisach kodeksu postępowania karnego. Takim też określeniem będziemy się posługiwać w dalszej części niniejszego opracowania pomimo, że w wiążących Polskę aktach prawa międzynarodowego jest ono używane zamiennie z pojęciem „ofiara”.

² Zob. J.B. Banach-Gutierrez, *Prawa pokrzywdzonego – normy europejskie a uregulowania krajowe*, [w:] *Pozycja ofiary w procesie karnym – standardy europejskie a prawo krajowe*, red. idem, et al., Szczytno 2008, s. 51 i nn.

³ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 45-46.

na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: [...] uwzględnione zostały prawnie chronione interesy pokrzywdzonego”. Z kolei art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k., precyzując cele postępowania przygotowawczego, wskazuje, że zalicza się do nich m.in. wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody.

Rozwinięciem ogólnych deklaracji zawartych we wskazanych powyżej art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. i w art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k. są przepisy gwarantujące szczegółowe uprawnienia pokrzywdzonego w toku postępowania karnego, do których należą przykładowo: art. 55 § 1 k.p.k. poręczający możliwość inicjowania przez pokrzywdzonego postępowania sądowego w sytuacji, gdy prokurator odmówił ścigania, oraz art. 318 k.p.k., przewidujący możliwość udziału pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym⁴.

Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 roku, zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2⁵ nie poświęca szczególnej uwagi pokrzywdzonemu przestępstwem. Zapisane w niej karnoprawne i karnoprocesowe gwarancje ochronne mają służyć przede wszystkim procesowej stronie biernej – oskarżonemu. Z czasem w prawie europejskim (zarówno Rady Europy, jak i Unii Europejskiej) pojawiła się tendencja do uwzględniania interesu pokrzywdzonego w postępowaniu karnym przez stanowienie gwarancji procesowych służących ochronie jego praw i wolności. W roku 1983 uchwalona została Europejska konwencja o kompensacji dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy (poprzedzona pochodzącą z 1977 roku rezolucją Rady Ministrów Państw Członkowskich Rady Europy), ustalająca minimalne standardy kompensacji osób pokrzywdzonych przestępstwem⁶.

Warto tu także wspomnieć o zaleceniach Rady Europy nr R (85) 11 z 28 czerwca 1985 roku w kwestii usytuowania ofiar w prawie i procesie karnym⁷, ustalających minimalne prawa ofiar na poszczególnych etapach postępowania karnego i nakładających stosowne obowiązki w tej mierze na organy prowadzące postępowanie.

Obok aktów stanowionych w ramach Rady Europy ochronie praw i wolności pokrzywdzonego służy także prawo Unii Europejskiej. Należy tu w szczególności wymienić decyzje ramową Rady 2001/220/WSiSW z dnia 15 marca 2001 roku w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym⁸, zalecającą wprowadzenie do systemów prawa krajowego podstawowych praw ofiary, takich jak: prawo do szacunku i uznania, prawo do wypowiedzenia się i przedstawiania dowodów, prawo do uzyskiwania informacji, gwarancje w zakresie komunikowania się, prawo do ochrony i mediacji w sprawach karnych oraz prawo do uzyskania od państwa kompensacji w trakcie postępowania karnego⁹. Implementacji powyższej dyrektywy

⁴ Bliżej zob. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009, *passim* oraz *eaedem*, *Uprawnienia pokrzywdzonego przestępstwem*, Warszawa 2009, *passim*. Por. także P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom I, Warszawa 2007, s. 30-31.

⁵ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962 oraz z 2003 r. Nr 42, poz. 364.

⁶ Tekst konwencji w języku polskim jest opublikowany w zbiorze: *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, red. E. Zielińska, t. III: *Prawo karne*, Warszawa 1997, s. 497-503.

⁷ Wskazane zalecenie jest opublikowane [w:] E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Europejskie standardy kształtowania sytuacji ofiar przestępstw*, Białystok 1997, s. 90-93.

⁸ Dz. Urz. UE z 2001 r. L 082.

⁹ Z 18.05.2011 r. pochodzi propozycja nowej dyrektywy Komisji Europejskiej, wprowadzającej minimum standardów praw oraz ochrony ofiar przestępstw. Założeniem projektu jest ujednoczenie ochrony przyznanej ofiar

do polskiego systemu prawnego Sejm dokonał ustawą z 7 lipca 2005 roku o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw umyślnych¹⁰.

Żadna spośród podstawowych umów międzynarodowych mających na celu ochronę praw człowieka nie zawiera natomiast regulacji bezpośrednio chroniących prawa pokrzywdzonych przestępstwem. Gwarancje ochronne zawarte w tych aktach prawnych, w tym także w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, znanej powszechnie jako Europejska Konwencja Praw Człowieka, odnoszą się przede wszystkim do osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa.

Punkt wyjścia dla rozważań dotyczących pokrzywdzonego jako podmiotu praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję stanowi uregulowanie pomieszczone w jej art. 6, zawierające gwarancje praw dla każdego przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 konwencji, „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”.

Przywołany powyżej przepis jednoznacznie wskazuje, że przewidziane w nim gwarancje znajdują zastosowanie do pokrzywdzonego tylko wtedy, gdy uczestnictwo tego podmiotu w postępowaniu wiąże się z rozstrzygnięciem o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym. Wymaga podkreślenia, że organy strasburskie konsekwentnie podtrzymują stanowisko, zgodnie z którym Europejska Konwencja Praw Człowieka nie przyznaje „prawa do prywatnej zemsty”, czy też *actio popularis*¹¹, wykluczając możliwość powoływania się przez pokrzywdzonego na gwarancje objęte „częścią karną” art. 6 Konwencji¹².

Rygoryzm przedstawionego powyżej stanowiska organów strasburskich potęguje dodatkowo okoliczność, że przewidują one każdorazowe badanie motywacji skarżącego i nie dopuszczają do merytorycznego rozpoznawania skarg, których intencją pokrzywdzonego jest doprowadzenie do skazania sprawcy przestępstwa, nie zaś ochrona praw o charakterze cywilnym, związanych z popełnionym przestępstwem.

W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 21 września 2004 roku, zapadły w sprawie *Kuśmierek przeciwko Polsce*¹³. Wypowiadając się w kwestii zakresu gwarancji płynącej z art. 6 ust. 1 Konwencji, utrzymano w nim dotychczasowe stanowisko organów strasburskich, zgodnie z którym wskazany przepis nie gwarantuje prawa jednostki do samodzielnego wszczynania postępowania karnego. Zauważono jednocześnie, że w sprawie dotyczącej skarżącego przysługujące mu prawo do skutecznego zainicjowania postępowania karnego w celu obrony jego dobrego imienia wynikało z wewnętrznych przepisów prawa polskiego.

rom przestępstw niezależnie od miejsca w którym się znajdują.

¹⁰ Dz. U. nr 169, poz. 1415.

¹¹ Zob. *Athanassoglou i inni przeciwko Szwajcarii*, wyrok ETPC z 6.04.2004 r., skarga nr 27644/95; *Asociacion de victimas del terrorismo przeciwko Hiszpanii*, decyzja EKPC z 29.03.2001 r., skarga nr 54102/00. Zob. także A. Mężykowska, *Ochrona pokrzywdzonych przestępstwem w świetle Europejskiej konwencji praw człowieka*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2010, nr 3, s. 139 i nn. oraz przywoływane tam licznie wypowiedzi organów strasbourskich.

¹² Skarga nr 10675/02.

¹³ Skarga nr 10675/02.

Podkreślenia wymaga tu, że w stanie faktycznym, w związku z którym zapadł wskazany powyżej wyrok Trybunału, skarżący zainicjował postępowanie karne w trybie prywatno-skargowym występując do sądu z prywatnym aktem oskarżenia skierowanym przeciwko osobom, które zniesławiły go na łamach lokalnej gazety. Postępowanie w tej sprawie, głównie z uwagi na systematyczną nieobecność oskarżonych na rozprawach, trwało ponad 9 lat i ostatecznie zostało prawomocnie umorzono z uwagi na przedawnienie karalności czynu. W skardze wniesionej do Trybunału skarżący zarzucił w szczególności, że jego prawo do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, zagwarantowane przez art. 6 ust. 1 Konwencji, nie było respektowane.

W uzasadnieniu powołanego powyżej wyroku z 21 września 2004 roku w sprawie *Kuśmerek przeciwko Polsce* Europejski Trybunał Praw Człowieka odwołał się m.in. do wyroku z 29 października 1991 roku zapadłego w sprawie *Helmers przeciwko Szwecji*¹⁴, w którym stwierdzono, że „cywilny charakter prawa do cieszenia się dobrą reputacją wynika z jego ustalonego orzecznictwa”. Chodzi tu w szczególności o wyrok Trybunału z 21 lutego 1975 roku w sprawie *Golder przeciwko Wielkiej Brytanii*¹⁵.

W uzasadnieniu wyroku z 21 września 2004 roku w sprawie *Kuśmerek przeciwko Polsce* Trybunał nawiązał do stanowiska wyrażanego we wcześniejszych judykatach, zgodnie z którym dla oceny charakteru sporu, w szczególności zaś dla rozstrzygnięcia, że ma on charakter cywilnoprawny, nie jest decydujące to, że toczy się on o roszczenie o charakterze majątkowym, lecz to, czy wynik prowadzonego postępowania jest rozstrzygający dla „praw cywilnych” zainteresowanego.

Jak wskazano powyżej, ta myśl koresponduje ze wcześniejszymi wypowiedziami Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Należy tu w szczególności przypomnieć wyrok z 16 lipca 1971 roku w sprawie *Ringreisen przeciwko Austrii*, w którym stwierdzono, że przy ocenie charakteru naruszonych praw skarżącego, w szczególności dla ustalenia, że mają one charakter cywilny, a nie karny, nie ma znaczenia, czy postępowanie wiążące się z ich naruszeniem toczyło się przed sądem cywilnym, karnym czy administracyjnym¹⁶. Warto tu także zwrócić uwagę na wyrok z 28 czerwca 1978 roku zapadły w sprawie *Koenig przeciwko Niemcom*¹⁷, w którym powtórzono myśl, że przy dokonywaniu oceny, czy sprawa rozstrzyga o prawach mających charakter cywilny, znaczenie ma wyłącznie charakter naruszonych praw¹⁸.

Znamienna jest tendencja, wyraźnie uchwytna w orzecznictwie Trybunału, do stopniowego poszerzania podstaw korzystania przez pokrzywdzonych przestępstwem z gwarancji ochronnych płynących z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. O ile początkowo Trybunał ograniczał możliwość powołania się pokrzywdzonego na gwarancje ochronne wynikające z art. 6 Konwencji wyłącznie w takiej sytuacji, w której rezultat postępowania miał bezpośrednie znaczenie dla rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym, o tyle w późniejszym orzecznictwie uznał, że wskazany przepis może znajdować zastosowanie

¹⁴ Skarga nr 11826/85. W sprawie tej skarżący wystąpił z prywatnym aktem oskarżenia przeciwko sprawcy zniesławienia, domagając się jednocześnie symbolicznego zadośćuczynienia w wysokości jednej korony.

¹⁵ Skarga nr 4451/70.

¹⁶ Skarga nr 2614/65.

¹⁷ Skarga nr 6232/73.

¹⁸ Bliżej zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji europejskiej*, Warszawa 2010. Zob. także *Le Compte, Van Leuven i De Meyere przeciwko Belgii*, wyrok ETPC, skarga nr 6878/75.

w tych postępowaniach, które wpływają na orzekanie w zakresie praw cywilnych albo dotyczą orzekania o tych prawach lub obowiązkach¹⁹. Czynnikiem determinującym możliwość powołania się przez pokrzywdzonego na gwarancje ochronne wynikające z art. 6 Konwencji jest wiązany przez Trybunał z tą okolicznością, czy postępowanie karne oddziałuje na aspekt cywilny sprawy. Nie ma tu natomiast rozstrzygającego znaczenia okoliczność, czy w związku z toczącym się postępowaniem karnym pokrzywdzony wystąpił z roszczeniem cywilnym.

W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 28 października 1998 r. w sprawie *Ait-Mouhoub przeciwko Francji*²⁰. Wskazano w nim w szczególności, że nie wystąpienie w toku postępowania karnego przez skarżącego z powództwem o odszkodowanie z perspektywy korzystania z gwarancji ochronnych płynących z art. 6 Konwencji jest irrelevantne. Jak przy tym podkreślono, rozstrzygnięcie sądu karnego otwierało skarżącemu drogę do rekompensaty i w tym znaczeniu było decydujące dla korzystania przez niego jako pokrzywdzonego przestępstwem z gwarancji wynikających z art. 6 Konwencji.

Podobna myśl znalazła się także w wyroku Trybunału z 17 stycznia 2002 roku w sprawie *Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom*²¹. Uznano w nim, że zawarcie w sądowym postępowaniu cywilnym ugody pomiędzy skarżącym a lekarzem, który doprowadził do niekorzystnych skutków porodu dziecka skarżącego, nie pozbawia skarżącego prawa do korzystania z uprawnień wynikających art. 6 Konwencji w prowadzonym równoległe postępowaniu karnym, w którym skarżący występuje jako pokrzywdzony. Wyjaśnienia wymaga, że w skardze skierowanej do Trybunału skarżący podnosił zarzut przewlekłości prowadzonego postępowania karnego.

Przywołane wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 28 października 1998 roku w sprawie *Ait-Mouhoub przeciwko Francji* oraz z 17 stycznia 2002 roku w sprawie *Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom* stanowią istotny przełom. W wyroku z 7 sierpnia 1996 roku zapadłym w sprawie *Hamer przeciwko Francji*²² Trybunał zajmował restryktywne stanowisko w kwestii możliwości powołania się przez pokrzywdzonego przestępstwem na gwarancje określone w art. 6 Konwencji, odmawiając w szczególności pokrzywdzonemu możliwości powołania się na gwarancje ochronne płynące z tego przepisu ze względu na nie wystąpienie przezeń z roszczeniem cywilnym w postępowaniu karnym²³.

Kolejny krok liberalizujący reguły wyznaczające możliwość skutecznego powołania się przez pokrzywdzonego na gwarancje wynikające z art. 6 Konwencji trybunał strasburski uczynił w wyroku z 12 lutego 2004 roku w sprawie *Perez przeciwko Francji*²⁴. Stwierdził w nim w szczególności, że już samo włączenie się przez pokrzywdzonego do procesu karnego w charakterze strony cywilnej, nawet bez sprecyzowania wysokości dochodzonego roszczenia, wskazuje na jego działanie ukierunkowane nie tylko na doprowadzenie do skazania sprawcy przestępstwa, ale także do uzyskania roszczeń cywilnych wynikających bezpośrednio z popełnionego przestępstwa w postaci stosownego odszkodowania.

¹⁹ Bliżej zob. A. Mężykowska, *op. cit.*, s. 142 oraz przywoływane tam orzecznictwo ETPC.

²⁰ Skarga nr 22924/93.

²¹ Skarga nr 32967/96.

²² Skarga nr 19953/92.

²³ Bliżej zob. A. Mężykowska, *op. cit.*, s. 143.

²⁴ Skarga nr 47287/99.

Przedstawione powyżej judykaty Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zapadły w kontekście skarg skierowanych przeciwko orzeczeniom zapadłym w kontekście takich stanów faktycznych, w których aktywność skarżących jako pokrzywdzonych przestępstwem dotyczyła etapu postępowania sądowego.

Art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wiąże przewidziane w nim gwarancje ochronne z postępowaniem sądowym. Nie przewiduje natomiast, iżby gwarancje te znajdowały zastosowanie już na etapie postępowania przygotowawczego.

W tym kontekście zasługuje na uwagę utrwalona już w orzecznictwie trybunału tendencja do stosowania w odniesieniu do pokrzywdzonego działającego na tym etapie postępowania karnego gwarancji ochronnych określonych w art. 2 ust. 1 Konwencji, zgodnie z którym „prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę”.

W odniesieniu do zasygnalizowanej powyżej tendencji do poszukiwania zakorzenienia praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w art. 2 ust. 1 Konwencji w piśmiennictwie podkreśla się, że pokrzywdzeni w postępowaniach toczących się w przedmiocie odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa korzystają z ochrony przewidzianej we wskazanych powyżej przepisach. Ma ona wprawdzie węższy zakres niż ochrona wynikająca z art. 6 Konwencji, nakłada jednak na państwo obowiązek przeprowadzenia energicznego i skutecznego śledztwa w celu ustalenia winnych popełnienia przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Jest tak zarówno wtedy, gdy sprawcami są osoby działające w imieniu władz publicznych, jak i wówczas, gdy chodzi o przestępstwa popełnione przez osoby prywatne²⁵.

Poziom ochrony prawa do życia (art. 2 ust. 1 Konwencji), wyznaczony przez orzecznictwo strasburskie, jest znacznie wyższy, kiedy do pozbawienia życia doprowadziło użycie siły przez funkcjonariuszy publicznych. Wskazuje na to m.in. stanowisko zajęte przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 4 maja 2001 roku w sprawie *Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁶.

Skuteczność śledztwa w sprawie nielegalnego pozbawienia życia przez funkcjonariuszy państwowych wymaga, aby osoby odpowiedzialne za jego prowadzenie nie były powiązane z osobami zamieszkanymi w zdarzenie. Europejska Konwencja Praw Człowieka, a w szczególności jej art. 6, nie gwarantuje pokrzywdzonemu prawa do zainicjowania postępowania karnego. W pewnych jednak sytuacjach z art. 2 Konwencji wynika obowiązek zapewnienia możliwości zainicjowania takiego postępowania w celu wyjaśnienia przyczyn na przykład utraty życia. W wypadku nieumyślnego spowodowania śmierci lub naruszenia integralności cielesnej nie zawsze wymagane jest zapewnienie środka prawnego o charakterze prawnokarnym. Niekiedy wystarczające jest zapewnienie pokrzywdzonemu możliwości uruchomienia ochrony przewidzianej wyłącznie przez prawo cywilne lub dostępu jednocześnie do ochrony wynikającej z prawa cywilnego i karnego²⁷.

²⁵ Zob. Ł. Miara, *Zakres zastosowania artykułu 6 § 1 („rozstrzyganie o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym”)*, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Poradnik praktyczny*, red. Ł. Bojarski, M. Krzyżanowska-Mierzewska, Warszawa 2011, s. 106.

²⁶ Skarga nr 24746/94.

²⁷ Zob. także M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 280.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka brak skutecznego śledztwa należy do istoty naruszenia art. 2 konwencji, istniejąc niezależnie od aspektu materialnego tego przepisu²⁸.

Myśl wskazująca na to, że tzw. proceduralna ochrona prawa do życia jest nieodłączną częścią art. 2 Konwencji, została wyśłowiona w licznych judykatach strasburskich, przykładowo w wyroku z 19 lutego 1998 roku, zapadłym w sprawie *Kaya przeciwko Turcji*²⁹.

Na uwagę zasługuje tu także wyrok Trybunału z 18 maja 2000 roku w sprawie *Velikova przeciwko Bułgarii*³⁰, z którego jednoznacznie wynika, że gwarancje konwencyjne w rozumieniu nadanym im przez orzecznictwo strasburskie wymagają zapewnienia niezależnego i urzędowego śledztwa, spełniającego pewne minimalne standardy skuteczności, umożliwiającego stosowanie sankcji karnych. Właściwe władze muszą w takich sprawach działać szybko i z przykładową pilnością oraz z własnej inicjatywy podejmować śledztwo, aby ustalić okoliczności zdarzenia, które doprowadziło do pozbawienia osoby życia. Władze nie mogą się przy tym ograniczać do prostej listy wymaganych czynności śledczych lub innych, również uproszczonych, kryteriów.

W tym kontekście wymaga podkreślenia, że zgodnie z orzecznictwem strasburskim brak wniosku o dokonanie określonych czynności lub o przeprowadzenie dowodów nie zwalnia odpowiednich organów z obowiązku podjęcia wszelkich kroków w celu wykrycia prawdy oraz ustalenia odpowiedzialności za śmierć spowodowaną przez funkcjonariuszy. Takie stanowisko Trybunał zajął w szczególności w wyroku z 6 lipca 2005 roku w sprawie *Nachova przeciwko Bułgarii*³¹. Z wyroku strasburskiego z 1 lipca 2003 roku w sprawie *Finucane przeciwko Wielkiej Brytanii*³² wynika wymóg zagwarantowania odpowiedniej (wystarczającej) kontroli publicznego postępowania przygotowawczego oraz jego rezultatów. Z przywołanego już wyroku zapadłego w sprawie *Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii* wynika przy tym, że wszelkie braki śledztwa, ograniczające szanse ustalenia przyczyny śmierci lub osób odpowiedzialnych, mogą uzasadniać zarzut niezachowania standardów strasburskich.

W wyroku z 28 października 1998 roku, zapadłym w sprawie *Assenov przeciwko Bułgarii*³³, Trybunał stwierdził, że jeśli jednostka występuje z dającym się uzasadnić zarzutem, że policja lub funkcjonariusze innych służb podobnego rodzaju, z naruszeniem prawa, a w szczególności sprzecznie z art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, poważnie się nad nią znęcali, ten właśnie przepis, w połączeniu z ogólnym obowiązkiem państwa wynikającym z art. 1 Konwencji zapewnienia każdej osobie podlegającej jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji, wymaga w sposób dorozumiany przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa. Obowiązek ten, podobnie jak analogiczna powinność aktualizująca się na podstawie art. 2 Konwencji, musi przewidywać podjęcie działań umożliwiających zidentyfikowanie i ukaranie sprawców. We wskazanym powyżej wyroku Trybunał wyeksponował myśl, że w przeciwnym wypadku ogólny zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karnia, pomimo jego fundamentalnego znaczenia, byłby w praktyce nieskuteczny.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Skarga nr 22729/93.

³⁰ Skarga nr 41488/98.

³¹ Skargi nr 43577/98 oraz nr 43579/98.

³² Skarga nr 29178/95.

³³ Skarga nr 24760/94.

W takich bowiem wypadkach funkcjonariusze państwa mogliby całkowicie bezkarnie łamać prawo, w tym gwarancje wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługują orzeczenia zapadłe w „sprawach polskich”: decyzja z 27 listopada 2007 roku w sprawie *Rajkowska przeciwko Polsce*³⁴, wyrok z 27 czerwca 2006 roku w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce*³⁵ oraz wyrok z 14 czerwca 2011 roku w sprawie *Ciechońska przeciwko Polsce*³⁶.

Osobnego omówienia wymaga decyzja z 27 listopada 2007 roku w sprawie *Rajkowska przeciwko Polsce*. Mąż skarżącej zginął w wypadku samochodowym, w którym uczestniczyły trzy pojazdy. Skarżąca, jako pokrzywdzona przestępstwem, aktywnie uczestniczyła w prowadzonym w tej sprawie postępowaniu przygotowawczym. W szczególności po przeprowadzeniu sekcji zwłok zmarłego oraz ustaleniu, że w czasie zdarzenia miał 3,1 promila alkoholu we krwi, na wniosek skarżącej uzyskano opinię biegłego oraz przeprowadzono kolejne badanie krwi zmarłego na zawartość alkoholu. Tym razem badanie wykazało 0,1 promila alkoholu we krwi zmarłego. Wyjaśnienie Instytutu Medycyny Sądowej we Wrocławiu wskazujące, że różnice wyników badań były następstwem pomyłki przy przepisywaniu danych nie usatysfakcjonowało skarżącą, która złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa sfalszowania wyników badania krwi jej męża. Postępowanie w tej sprawie zostało prawomocnie umorzone. W wyniku przeprowadzonego dochodzenia do sądu rejonowego został wniesiony akt oskarżenia przeciwko jednemu z kierowców, który brał udział w wypadku drogowym. W toku postępowania sądowego skarżąca występowała w roli procesowej oskarżycielki posiłkowej. Po przeprowadzeniu 29 rozpraw (*sic!*), sąd pierwszej instancji wydał wyrok uniewinniający. Skarżąca zaskarżyła to orzeczenie apelacją, sąd odwoławczy zaś po jej rozpoznaniu uchylił wyrok uniewinniający i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W postępowaniu ponownym, po przeprowadzeniu 10 rozpraw, w pierwszej instancji został wydany wyrok skazujący oskarżonego. Od tego orzeczenia apelację wniósł oskarżony. Po rozpoznaniu apelacji sąd odwoławczy ponownie uchylił zaskarżone orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy, sąd pierwszej instancji ponownie wydał wyrok skazujący oskarżonego. Ten wyrok, w zakresie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej oskarżonego, ostatecznie się uprawomocnił.

W skardze do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka skarżąca podniosła zarzut naruszenia prawa do życia, gwarantowanego przez art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Tak ujęty zarzut wiązała z nie przeprowadzeniem rzetelnego i sprawnego postępowania, w którym ustalane były przyczyny śmierci jej męża. We wskazanej powyżej decyzji Trybunał uznał zarzuty skarżącej za oczywiście bezzasadne, a w konsekwencji stwierdził niedopuszczalność skargi. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia wskazano w szczególności, że skarżąca miała możliwość skutecznego zainicjowania postępowania karnego w dotyczącej jej sprawie i mogła dochodzić odszkodowania z tytułu śmierci męża. Podkreślono nadto, że organy procesowe przeprowadziły w sprawie wszelkie wymagane czynności procesowe. Skarżąca mogła uczestniczyć w tych czynnościach, co więcej – aktywnie korzystała z uprawnień procesowej strony czynnej, a większość zgłoszonych przez nią wniosków dowodowych została w postę-

³⁴ Skarga nr 37393/02.

³⁵ Skarga nr 11562/05.

³⁶ Skarga nr 19776/04.

powaniu uwzględniona. W tym kontekście w uzasadnieniu analizowanej decyzji podkreślono, że pomimo długotrwałego prowadzenia postępowania, oskarżony ostatecznie został skazany. Okoliczność zaś, że kierowca trzeciego samochodu uczestniczącego w wypadku nie został ustalony, nie przesądza o niewypełnieniu przez państwo proceduralnych powinności rzetelnego prowadzenia postępowania karnego.

Znamienne jest, że w uzasadnieniu wskazanej powyżej decyzji Trybunał nawiązał do dotychczasowych linii orzeczniczej, wskazując w szczególności, że gwarancja rzetelnego postępowania karnego wynikająca z art. 6 Konwencji adresowana jest do oskarżonego. Pokrzywdzony przestępstwem nie może się skutecznie powołać na gwarancję ochronną wynikającą z tego przepisu. W wypadku śmierci pokrzywdzonego przestępstwem wymóg przeprowadzenia rzetelnego postępowania wynika jednak z „pozytywnych obowiązków” państwa wyprowadzonych w orzecznictwie strasburskim z art. 2 Konwencji, który – jak już była o tym mowa – stanowi o ochronie prawa do życia. Jak wskazano powyżej, z tego przepisu organy strasburskie wywodzą powinność zagwarantowania pokrzywdzonemu możliwości zainicjowania postępowania karnego w celu wyjaśnienia przyczyn utraty życia. W nawiązaniu do wyroków z 17 stycznia 2002 roku w sprawie *Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom*³⁷ oraz z 27 czerwca 2006 roku w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce*³⁸, w uzasadnieniu analizowanej decyzji podkreślono, że w wypadku nieumyślnego spowodowania śmierci lub naruszenia integralności cielesnej zapewnienie środka prawnego o charakterze prawnokarnym nie zawsze jest wymagalne. Niekiedy bowiem wystarczające jest zapewnienie pokrzywdzonemu możliwości uruchomienia ochrony przewidzianej wyłącznie przez prawo cywilne lub dostępu jednocześnie do ochrony wynikającej z prawa cywilnego i karnego.

Z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka płynie zatem nie tylko powinność powstrzymania się od pozbawiania życia osób objętych jurysdykcją danego państwa, ale również i obowiązek podjęcia odpowiednich pozytywnych działań gwarantujących ochronę życia. W uzasadnieniu analizowanej decyzji, w nawiązaniu do wcześniejszych wypowiedzi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³⁹, podkreślono, że wynikające ze wskazanego powyżej przepisu, tzw. pozytywne obowiązki państwa związanych konwencją obejmują także stworzenie skutecznego, sprawnie działającego systemu sądowej ochrony prawnej, który umożliwi osądzenie osób odpowiedzialnych za przestępstwa, których skutkiem jest śmierć człowieka. W analizowanej decyzji tzw. pozytywne obowiązki, wynikające z art. 2 Konwencji, zostały wyraźnie odniesione do sytuacji, w której śmierć jest wynikiem przestępstwa wypadku komunikacyjnego.

Na szczególną uwagę zasługuje ten fragment uzasadnienia wskazanej powyżej decyzji, w którym podkreślono, że adresowane do państw obowiązki proceduralne wynikające z art. 2 Konwencji są powinnością starannego działania, nie zaś osiągnięcia określonego rezultatu. W tym zakresie w analizowanej decyzji nawiązano do wcześniejszej decyzji z 6 maja 2003 roku, zapadłej w sprawie *Menson przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴⁰.

Analiza wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 27 czerwca 2006 roku w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce* również wymaga uwzględnienia stanu faktycznego, na

³⁷ Skarga nr 32967/96.

³⁸ Skarga nr 47916/99.

³⁹ Por. zwłaszcza *Erikson przeciwko Włochom*, decyzja ETPC z 26.10.1999 r., skarga nr 37900/07.

⁴⁰ Skarga nr 47916/99.

gruncie którego pojawił się problem prawny objęty rozstrzygniętą tym wyrokiem skargą. Żona skarżącego zmarła w szpitalu podczas porodu, a dziecko urodziło się z poważną wadą neurologiczną. W następstwie złożonego przez skarżącego zawiadomienia o popełnionym przestępstwie, wszczęte zostało postępowania karne w sprawie śmierci żony skarżącego. W czasie orzekania przez Trybunał, tj. po upływie sześciu lat od jego wszczęcia, postępowanie przygotowawcze prowadzone w tej sprawie nie zakończyło się jeszcze prawomocnie. Z inicjatywy skarżącego w sprawie wszczęte zostało także postępowanie dyscyplinarne, mające wyjaśnić przyczyny śmierci żony skarżącego. W czasie orzekania przez Trybunał strasburski również to postępowanie było jeszcze w toku. Skarżący, działając także w imieniu swojego niepełnosprawnego dziecka, wystąpił ponadto z powództwem o odszkodowanie, które zostało skierowane przeciwko szpitalowi oraz zakładowi ubezpieczeń szpitala. Skarżący domagał się comiesięcznej renty dla dziecka, zadośćuczynienia za szkodę niematerialną, jaką poniósł wraz z dzieckiem w wyniku śmierci żony i matki dziecka, a także odszkodowania za koszty pogrzebu. Skarżący twierdził, że śmierć jego żony oraz problemy zdrowotne jego syna wynikały z zaniedbań w stosowaniu narkozy podanej jego żonie w czasie porodu. Na marginesie skarżący podniósł, że biegli, którzy przygotowali opinię w postępowaniu karnym, stwierdzili, że jego syn także zmarł, co – zdaniem skarżącego – obrazuje jakość przygotowanej opinii. Skarżący podnosił zarzut nie przeprowadzenia skutecznego postępowania przygotowawczego, które pozwoliłoby na ustalenie odpowiedzialności za śmierć jego żony oraz za poważny uszczerbek na zdrowiu jego syna, przywołując art. 2 Konwencji.

Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał skargę za dopuszczalną. Badając merytorycznie podniesiony przez skarżącego zarzut stwierdził, że nastąpiło proceduralne naruszenie art. 2 konwencji. W uzasadnieniu analizowanego wyroku, w nawiązaniu do wcześniejszych wypowiedzi Trybunału przypomniano, że z art. 6 Konwencji nie można wywodzić prawa pokrzywdzonego do spowodowania wszczęcia postępowania karnego oraz ukarania sprawcy przestępstwa. Podkreślono przy tym, że ze względu na znaczenie gwarancji ochronnej zawartej w art. 2 Konwencji, poręczającej prawo do życia, Trybunał musi poddawać skargi sformułowane w kontekście tej gwarancji najbardziej starannej kontroli, biorąc pod uwagę nie tylko postawę i działania funkcjonariuszy państwa, ale również wszystkie okoliczności towarzyszące⁴¹.

Nawiązując do tzw. zobowiązań pozytywnych, wynikających z art. 2 Konwencji, w uzasadnieniu analizowanego wyroku podkreślono, że wymagają one ustanowienia przez państwa związane konwencją regulacji nakładających na szpitale – zarówno publiczne, jak i prywatne – obowiązków podejmowania odpowiednich środków w celu ochrony życia pacjentów. Zobowiązania pozytywne wymagają także utworzenia skutecznego i niezależnego systemu sądowego, aby można było ustalić przyczynę śmierci pacjentów powierzonych opiece lekarskiej oraz pociągnąć do odpowiedzialności osoby za to odpowiedzialne⁴².

W nawiązaniu do okoliczności stanu faktycznego Trybunał stwierdził, że skarżący mógł spowodować wszczęcie postępowania karnego w sprawie. Miał ponadto możliwość wystąpienia z powództwem cywilnym oraz spowodowania wszczęcia postępowania zmierzającego do

⁴¹ W tym zakresie w uzasadnieniu analizowanego wyroku powołano się na *Estamirov przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 12.10.2006 r., skarga nr 60272/00.

⁴² W tym kontekście w uzasadnieniu analizowanego wyroku nawiązano do: *Erikson przeciwko Włochom*, decyzja ETPC z 26.10.1999 r., skarga nr 37900/97.

ustalenia odpowiedzialności dyscyplinarnej lekarzy. Z tej przyczyny Trybunał nie dopatrył się uchybień w zakresie dostępności procedur, w ramach których można ustalić odpowiedzialność karną, dyscyplinarną oraz cywilną osób odpowiedzialnych za zaistniałe zdarzenie. Stwierdził natomiast uchybienia w zakresie sposobu, w jakim procedury te zostały wykorzystane w zawisłej przed nim sprawie. W tym kontekście w uzasadnieniu analizowanego wyroku odnotowano w szczególności, że postępowanie przygotowawcze w sprawie dotyczącej skarżącego było trzykrotnie umarzane, a następnie podejmowane wobec stwierdzonych braków w zgromadzonym materiale dowodowym. Ta sytuacja, powtarzająca się trzykrotnie, świadczy w ocenie Trybunału o poważnych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu systemu wymiaru sprawiedliwości. Mając na uwadze czas, jaki upłynął od śmierci żony skarżącego oraz tę okoliczność, że w momencie rozpoznawania skargi wszystkie wszczęte w tej sprawie postępowania były jeszcze w toku, Trybunał stwierdził, że nie można przyjąć, iżby wszczęte postępowania doprowadziły do skutecznego zbadania przyczyn śmierci w badanej sprawie.

W kontekście gwarancji praw pokrzywdzonego wyprowadzanej z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest znamienne, że w analizowanym wyroku Trybunał uznał zasadność zgłoszonego przez skarżącego zarzutu wyłącznie w odniesieniu do postępowania toczącego się w przedmiocie wyjaśnienia okoliczności śmierci żony skarżącego, pomijając zarzut w zakresie dotyczącym uszczerbku zdrowia dziecka.

Niedawny wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 14 czerwca 2011 roku sprawie *Ciechońska przeciwko Polsce* zapadł na gruncie następującego stanu faktycznego. Mąż skarżącej zmarł po tym, jak został uderzony przez drzewo w miejscowości uzdrowskiej, w której przebywał w sanatorium. Drzewo przewróciło się i upadło na męża skarżącej, gdy ten szedł chodnikiem. Wszczęte w tej sprawie postępowanie przygotowawcze zostało umorzone ze względu na stwierdzenie, że śmierć męża skarżącej była wynikiem nieszczęśliwego wypadku; drzewo upadło na skutek porywu silnego wiatru, a władze miejskie nie ponoszą odpowiedzialności za stan zieleni miejskiej. Na postanowienie o umorzeniu postępowania w sprawie skarżąca wniosła zażalenie, które doprowadziło do uchylecia przez sąd tego postanowienia. Kolejne, trzykrotnie wydane postanowienia o umorzeniu postępowania były każdorazowo kwestionowane przez prokuratora nadzrędnego, który polecał uzupełnienie postępowania przygotowawczego. Ostatecznie prokurator skierował do sądu akt oskarżenia przeciwko inspektorowi ochrony środowiska, z zarzutem niewypełnienia przez niego obowiązku zabezpieczenia przed powaleniem drzewa, a tym samym spowodowania śmierci męża skarżącej. Po przeprowadzeniu szeregu rozpraw sąd uniewinnił oskarżonego uznając, że nie doszło do popełnienia przestępstwa, a wydarzenie, w wyniku którego zginął mąż skarżącej było nieszczęśliwym wypadkiem nie mającym bezpośredniego związku z działaniami oskarżonego. Uwzględniając apelacje skarżącej sąd odwoławczy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał sądowi pierwszej instancji celem ponownego rozpoznania. Po wydaniu kolejnego wyroku uniewinniającego, skarżąca wniosła od niego apelację, w wyniku której sąd odwoławczy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania. W kolejnym wyroku sąd rejonowy uniewinnił oskarżonego, a sąd odwoławczy utrzymał ten wyrok w mocy.

W skardze do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka skarżąca zarzuciła naruszenie art. 2 Konwencji wskazując, że państwo nie wypełniło spoczywającego na nim pozytywnego obowiązku ochrony życia jej męża i nie przeprowadziło skutecznego śledztwa w sprawie

okoliczności jego śmierci. Wypowiadając się w przedmiocie zasadności zarzutu podniesionego przez skarżącą Trybunał, w nawiązaniu do swoich wcześniejszych wypowiedzi, potwierdził zasadność upatrywania źródła tzw. pozytywnych obowiązków państwa w zakresie ochrony życia w art. 2 Konwencji. Ze wskazanego przepisu płynie bowiem nie tylko nakaz powstrzymywania się od umyślnego i niezgodnego z prawem pozbawienia życia, ale także zobowiązanie do podjęcia odpowiednich kroków celem zagwarantowania ochrony życia. W analizowanym wyroku podkreślono, że pozytywny obowiązek wynikający z art. 2 Konwencji „należy interpretować jako mający zastosowanie w kontekście wszelkich działań, publicznych lub nie, w których prawo do życia może być zagrożone”.

Podtrzymując stanowisko konsekwentnie wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie, zgodnie z którym pozytywny obowiązek państwa określony w art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wymaga utworzenia skutecznego i niezawisłego systemu sądowego, tak aby można było ustalić fakty, pociągnąć do odpowiedzialności winnych i zapewnić odpowiednie zadośćuczynienie dla pokrzywdzonego, Trybunał powtórzył myśl, iż obowiązek ten nie wymaga bezwzględnej dostępności do środka o charakterze prawnokarnym w każdej sprawie. Wskazując na konieczność zagwarantowania efektywnej ochrony podkreślił, że chodzi tu przede wszystkim o zapewnienie jej skutecznego działania w praktyce.

Zauważając, że postępowanie przygotowawcze w sprawie śmierci męża skarżącej było umarzone cztery razy i że za każdym razem postanowienie o umorzeniu postępowania było uchylane przez organy odwoławcze, Trybunał – podobnie jak w omówionym powyżej wyroku z 27 czerwca 2006 roku w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce* – stwierdził, że biorąc pod uwagę tę okoliczność, że przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania jest zazwyczaj rezultatem błędów popełnionych przez władze niższego szczebla, a powtarzalność tych decyzji w ramach jednego postępowania, ujawniona w sprawie skarżącej, świadczy o poważnych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu systemu sądowego.

W związku z powyższym Trybunał stwierdził, że w okolicznościach sprawy, w związku z którą została sformułowana badana skarga, prowadzone postępowanie karne nie wyjaśniło przyczyn śmierci męża skarżącej. Podkreślił ponadto, że pomimo że skarżąca wyraziła chęć wzięcia udziału w charakterze powoda cywilnego, sąd krajowy nie podjął żadnej decyzji w tej sprawie. Ostatecznie roszczenie cywilne skarżącej zostało oddalone jako oczywiście bezzasadne w świetle uniewinnienia urzędnika. W świetle powyższego Trybunał uznał, że w sprawie dotyczącej skarżącej ani droga karnoprosesowa ani cywilnoprosesowa nie umożliwiła skarżącej ustalenia odpowiedzialności za śmierć jej męża oraz uzyskania odpowiedniego zadośćuczynienia. Stwierdził przy tym, że system prawny jako całość w konfrontacji ze sprawą dotyczącą zaniedbania, którego skutkiem była śmierć męża skarżącej, nie zapewnił odpowiedniego i terminowego wyjaśnienia zgodnie ze zobowiązaniami Polski wynikającymi z art. 2 Konwencji. W konsekwencji Trybunał stwierdził naruszenie wskazanego przepisu.

Pomimo że karnoprawne i karnoprosesowe gwarancje zapisane w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w tym w szczególności gwarancja zawarta w art. 6 ust. 1, nakierowane zostały przede wszystkim na ochronę praw i wolności biernej strony procesowej (oskarżonego), orzecznictwo strasburskie w ramach koncepcji tzw. pozytywnych obowiązków wyprawdzanych z art. 2 konwencji wywiodło pośrednio prawo do rzetelnego procesu także dla strony czynnej (pokrzywdzonego przestępstwem).

**Victim as a subject of rights and freedoms guaranteed
by the European Convention on Human Rights (summary)**

In the article authors present the development of the Court's jurisdiction towards strengthening of the position of a victim in the criminal proceedings. The article underlines the role of the restorative justice in this sphere. Authors invoke also the 2001 Council Framework Decision on minimum standards on the rights and treatment of victims and its role in ensuring that victims in all Member States are treated with the relevant respect: they receive the support they need, they can participate in proceedings, receive and understand relevant information and they are protected throughout criminal and court proceedings.

Authors show on the examples of the Court's judgments how the existing case-law was changing reiterating from the previous view that Article 6 of the Convention does not guarantee a right for the individual to institute a criminal prosecution. In its last judgments the Court presents opinion that the effective judicial system required by Article 2 of the Convention may under certain circumstances include for the victim recourse to the criminal law (*Calvelli and Ciglio v. Italy*). Authors invoke with this respect judgments of the Court delivered in the "Polish" cases.

Aleksandra Syryt*

Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na działalność orzeczniczą polskiego Trybunału Konstytucyjnego

Miejsce Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w systemie polskiego prawa

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przyjęta w Rzymie 4 grudnia 1950 roku¹, jest umową międzynarodową, ratyfikowaną przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 15 grudnia 1992 roku i na podstawie art. 66 ust. 3 w stosunku do Polski weszła w życie 19 stycznia 1993 roku. Jej tekst oryginalny i przekład na język polski zostały ogłoszone w Dzienniku Ustaw z 10 lipca 1993 roku. Akt ten wywołuje zatem skutki w polskim porządku prawnym od tego momentu.

W czasie gdy Prezydent ratyfikował Konwencję, obowiązywała ustawa konstytucyjna z 17 października 1992 roku o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym², a także ustawa z 29 kwietnia 1985 roku o Trybunale Konstytucyjnym³. Te akty normatywne nie dopuszczały możliwości przyjęcia jako wzorca kontroli przed Trybunałem Konstytucyjnym ratyfikowanej umowy międzynarodowej. Jednakże już w tamtym czasie EKPC i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka były powoływane przez polski sąd konstytucyjny w uzasadnieniach orzeczeń jako argumenty dotyczące standardów ochrony praw człowieka⁴.

Wśród tych orzeczeń znajdują się takie, w których Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że z postanowień aktów prawa międzynarodowego (w tym również EKPC) wynika obowiązek ochrony praw i wolności człowieka. Akty te nakładają obowiązek na państwa-strony Konwencji⁵.

* Dr Aleksandra Syryt, Katedra Prawa Konstytucyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.

² Ustawa konstytucyjna z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426, ze zm.; dalej: Mała Konstytucja).

³ Ustawa z 29.4.1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 1991 r. Nr 109, poz. 470, ze zm.).

⁴ Por. orzeczenia TK z: 20.10.1992 r., sygn. K 1/92, OTK ZU 1992, poz. 23; 8.12.1992 r. sygn. K 3/92, OTK ZU 1992, poz. 26; 20.04.1993 r., sygn. U 12/92, OTK ZU 1993, poz. 9; 9.11.1993 r. sygn. K 11 /93, OTK ZU 1993, poz. 37; 15.02.1994 r., sygn. K 15/93, OTK ZU 1994, poz. 4, uchwała TK z 2.03.1994 r., sygn. W 3/93, OTK ZU 1994, poz. 17; orzeczenia TK z: 7.06.1994 r., sygn. K 17/93, OTK ZU 1994, poz. 11; 21.11.1994 r., sygn. K 6/94, OTK ZU 1994, poz. 39; 21.11.1995 r. sygn. K 12/95, OTK ZU 1995, poz. 35; uchwała TK z 16.01.1996 r. sygn. W 12/94, OTK ZU 1996, nr 1, poz. 4; orzeczenia TK z: 8.04.1997 r., sygn. K 14/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 16; 28.05.1997 r., sygn. K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19; 24.06.1997 r. sygn. K 21/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 23; 29.09.1997 r. sygn. K 15/97, OTK ZU 1997, nr 3_4, poz. 37.

⁵ Por. orzeczenie TK z 20.04.1993 r., sygn. U 12/92, OTK ZU 1993, poz. 9.

W tamtym okresie Trybunał Konstytucyjny uzasadniał możliwość ograniczenia konstytucyjnych praw obywatelskich zasadą proporcjonalności, która miała swe źródło w EKPC. Trybunał wskazywał na przykład, że wolność słowa – podobnie jak wszelkie inne prawa i wolności jednostki – nie ma charakteru absolutnego i może być poddawana koniecznym ograniczeniom, co *expressis verbis* jest dopuszczone przez Konwencję. Ustanawianie tych ograniczeń jest kompetencją ustawodawcy. Może on ograniczać prawa człowieka, po spełnieniu określonych w Konwencji warunków⁶.

Trybunał Konstytucyjny w swoich orzeczeniach odwoływał się między innymi do takich praw człowieka, jak prawo do życia, wolność i nietykalność osobista, prawo do prywatności, wolność słowa, prawo do sądu oraz zasada równego traktowania. Nawiązywał on również do zasady proporcjonalności i z Konwencji wywodził reguły dotyczące możliwości ograniczania prawa człowieka w prawie polskim.

Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że wolność słowa ma potwierdzenie w EKPC. Ratyfikacja tej Konwencji przez Polskę oznaczała związanie wszystkich organów państwowych zawartymi w niej zobowiązaniami⁷.

Trybunał wskazywał też, że obowiązek przestrzegania prawa do sądu wynika z art. 6 EKPC. W tym kontekście odniósł się do zasady podziału i równowagi władzy. W oparciu o Konwencję, Trybunał podkreślił znaczenie władzy sądowniczej. Wskazał szczególne powiązanie tej władzy z ochroną praw i wolności jednostki i jej wpływ na realizację prawa do sądu⁸.

Znaczenie Konwencji wzrosło po uchwaleniu Konstytucji RP 2 kwietnia 1997 roku⁹. Ustrojodawca wprowadził w niej odrębny rozdział dotyczący systemu źródeł prawa w Polsce. W systemie tym umieścił między innymi także ratyfikowane umowy międzynarodowe, które zostały uznane za źródło prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP).

Ustrojodawca rozróżnił umowy międzynarodowe ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i umowy międzynarodowe, których ratyfikacja nie wymaga takiej zgody. Ma to znaczenie przy określeniu reguł kolizyjnych dotyczących pierwszeństwa stosowania między umowami międzynarodowymi ratyfikowanymi a ustawami. O tym, które umowy międzynarodowe mogą być ratyfikowane jedynie za uprzednim uzyskaniem ustawowo wyrażonej zgody, rozstrzyga art. 89 ust. 1, który dotyczy aktów ratyfikacyjnych dokonanych po wejściu w życie Konstytucji RP¹⁰.

Pozycję prawną umów międzynarodowych ratyfikowanych przed wejściem w życie Konstytucji RP ustrojodawca określił w art. 241 ust. 1. Zrównał on z umowami międzynarodowymi spełniającymi wymogi art. 188 ust. 2 te spośród umów ratyfikowanych wcześniej przez Polskę, które dotyczą spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji RP i zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw.

Materia EKPC dotyczy kwestii określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP¹¹. Z całą pewnością należy zatem stwierdzić, że status tej Konwencji jest taki, że jej ratyfikacja

⁶ Por. uchwała TK z 2.03.1994 r., sygn. W 3/93.

⁷ Por. uchwały TK z 2.03.1994 r., sygn. W 3/93 i z 16.01.1996 r. sygn. W 12/94.

⁸ Por. orzeczenia TK z 8.12.1992 r. sygn. K 3/92 z 21.11.1994 r., sygn. K 6/94.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.).

¹⁰ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zzarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 140–145.

¹¹ Chodzi o wolności, prawa lub obowiązki obywatelskie określone w Konstytucji.

i wypowiedzenie wymaga uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie¹². Jest to więc taka umowa międzynarodowa ratyfikowana, która w razie kolizji z ustawami ma pierwszeństwo w stosowaniu¹³.

Wobec powyższego po 17 października 1997 roku (czyli po wejściu w życie Konstytucji RP) znaczenie Konwencji wzrosło, gdyż w świetle Konstytucji RP została ona zaliczona do źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce.

Rolę EKPC wzmacnia dodatkowo to, że ustrojodawca w art. 188 pkt 2 Konstytucji RP dopuścił możliwość badania przez Trybunał Konstytucyjny zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie, a zgodnie z art. 188 pkt 3 Konstytucji RP zgodności przepisów prawa wydawanych przez centralne organy państwowe z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami. Konwencja spełnia wymagania przewidziane w art. 188 pkt 2 Konstytucji i może stanowić wzorzec kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. W tym kontekście pojawia się zagadnienie oddziaływania EKPC na działalność orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego.

Sfery oddziaływania EKPC na działalność Trybunału Konstytucyjnego

Dokonując analizy tego, jak Konwencja funkcjonuje w działalności orzeczniczej polskiego Trybunału Konstytucyjnego, można wyróżnić trzy podstawowe sfery tego oddziaływania: 1) EKPC może być wzorcem kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym; 2) EKPC może być elementem uzasadnienia orzeczenia TK; 3) Trybunał Konstytucyjny może odwoływać się do orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez wskazanie, że te orzeczenia mają wpływ na rozstrzygnięcie sprawy rozpatrywanej przez Trybunał Konstytucyjny. To oddziaływanie może być równoległe, a wyżej wskazane sfery mogą się przenikać.

EKPC jako wzorzec kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym

Podstawowym sposobem oddziaływania Konwencji na orzecznictwo polskiego Trybunału Konstytucyjnego jest to, że EKPC może być wzorcem kontroli w postępowaniu przed TK. Ta właściwość Konwencji ma umocowanie w Konstytucji RP i nie podlega kwestionowaniu.

Wskazywanie Konwencji jako wzorca kontroli przed Trybunałem Konstytucyjnym jest instrumentem, który wykorzystują zarówno wnioskodawcy, jak i sądy pytające. Nie przesądza to jednak o tym, że ich racje zostaną rozpatrzone lub uwzględnione przez Trybunał.

Konwencja i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka są też przywoływane przez uczestników postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym jako dodatkowy argument uzasadniający naruszenie wolności i praw konstytucyjnych, nawet gdy sama Konwencja nie jest wskazana w *petitum* wniosku, pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej¹⁴.

¹² Por. art. 89 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP.

¹³ Por. art. 91 ust. 2 Konstytucji RP.

¹⁴ Por. wyroki z: 24.06.1998 r., sygn. K 3/98, OTK ZU 1998, nr 5, poz. 69; 8.12.1998 r., sygn. K 41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117; 16.11.1999 r., sygn. SK 11/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 158; 11.04.2000 r., sygn. K 15/98, OTK ZU 2000, nr 3, poz. 86; 21.05.2001 r., sygn. SK 15/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 85; 4.07.2002

Również skarżący, który wnoszą do Trybunału skargę konstytucyjną, dość często – obok konstytucyjnych wolności i praw – wskazują w *petitum* skargi przepisy konwencyjne. W takiej sytuacji Trybunał Konstytucyjny umarza postępowanie w zakresie badania określonego przepisu, normy prawnej lub aktu normatywnego ze wzorcami wynikającymi z Konwencji. Jest to uzasadniane tym, że polska konstrukcja skargi konstytucyjnej dotyczy tylko badania kwestionowanych regulacji z konstytucyjnymi wolnościami i prawami, przez co należy rozumieć te prawa człowieka, które są zawarte w Konstytucji RP. W tym wypadku punktem odniesienia nie może być zatem ratyfikowana umowa międzynarodowa dotycząca praw człowieka, nawet jeśli treść jej przepisów jest podobna albo tożsama z tą, która wynika z Konstytucji RP. W tej kwestii Trybunał Konstytucyjny jest konsekwentny. Dowodem tego są postanowienia o umorzeniu postępowania w tym zakresie z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że brzmienie art. 79 ust. 1 Konstytucji RP nie uzasadnia przyjęcia za podstawę kontroli aktu normatywnego takiej normy prawa międzynarodowego, która nie znajduje odwzorowania w naszej Konstytucji. Przepis ten jednoznacznie mówi o „konstytucyjnych prawach i wolnościach” oraz wnoszeniu skargi w sprawie „zgodności z Konstytucją”. Podstawą skargi konstytucyjnej jest zatem zarzut naruszenia konstytucyjnych praw i wolności skarżącego. Mogą to być wszelkie prawa i wolności, pod warunkiem, że są sformułowane w Konstytucji RP¹⁵.

Miejsce uregulowania danego prawa lub wolności w systematyce Konstytucji RP nie ma znaczenia prawnego, decydujący jest natomiast fakt jego uregulowania w ustawie zasadniczej. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie podkreśla się także, że skarga konstytucyjna przysługuje w razie naruszenia praw przyznanych ustawami czy wynikających z umów międzynarodowych¹⁶.

W wypadku skargi konstytucyjnej umowy międzynarodowe nie mogą stanowić właściwego wzorca kontroli. Art. 79 ust. 1 Konstytucji RP wyraźnie wskazuje, że podstawą skargi

r., sygn. P 12/01, OTK ZU 2002, nr 4/A, poz. 50; 2.10.2002 r., sygn. K 48/01, OTK ZU 2002, nr 5, seria A, poz. 52; 20.11.2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU 2002, nr 8, seria A, poz. 89; 28.01.2003 r., sygn. SK 37/01, OTK ZU 2003, nr 1, seria A, poz. 3; 12.05.2004 r., sygn. SK 34/02, OTK ZU 2005, nr 3, seria A, poz. 25; 14.03.2005 r., sygn. K 35/04, OTK ZU 2005, nr 3, seria A, poz. 23; 28.06.2005 r., sygn. SK 56/04, OTK ZU 2005, nr 6, seria A, poz. 67; 23.03.2006 r., sygn. K 4/06, OTK ZU 2006, nr 3, seria A, poz. 32; 4.07.2006 r., sygn. K 43/05, OTK ZU 2006, nr 7, seria A, poz. 78; 24.07.2006 r., sygn. SK 58/03, OTK ZU 2006, nr 7, seria A, poz. 85; 26.07.2006 r., sygn. SK 21/04, OTK ZU 2006, nr 7, seria A, poz. 88; 2.10.2006 r., sygn. SK 34/06, OTK ZU 2006, nr 9, seria A, poz. 118; 16.10.2007 r., sygn. K 28/06, OTK ZU 2007, nr 9, seria A, poz. 104; 20.12.2007 r., sygn. P 39/06, OTK ZU 2007, nr 11, seria A, poz. 161; 7.10.2008 r., sygn. P 30/07, OTK ZU 2008, nr 8, seria A, poz. 135; 17.02.2009 r. sygn. SK 10/07, nr 2, seria A, poz. 8; 21.07.2009 r., sygn. K 7/09, OTK ZU 2009, nr 7, seria A, poz. 113; 22.09.2009 r. sygn. SK 3/08, nr 1, seria A, poz. 13 oraz postanowienia z: 7.10.2008 r., sygn. SK 55/06, nr 8, seria A, poz. 144 i 3.08.2011 r., sygn. SK 13/09, OTK ZU 2011, nr 6, seria A, poz. 68.

¹⁵ W doktrynie pojawia się jednak pogląd, że pojęcie „konstytucyjne wolności lub prawa” użyte w art. 79 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje także prawa człowieka i obywatela uregulowane w podstawowych aktach prawa międzynarodowego, tzn. w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych czy w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wtedy, gdy obywatel przywołałby takie standardowe prawo uregulowane w jednym z cytowanych aktów, które jednocześnie jest uregulowane w naszej konstytucji. Por. J. Trzeciński, *Komentarz, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1999, s. 11.

¹⁶ M. Masternak-Kubiak, *Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1998, s. 47-48 oraz wyroki: z 10.07.2000 r. sygn. SK 21/99, nr 5, poz. 144 i z 6.02.2002 r., sygn. SK 11/01, OTK ZU 2002, nr 1/A, poz. 2.

mogą być jedynie „konstytucyjne prawa lub wolności”. W związku z tym nie ma znaczenia, czy z EKPC wynikają dla skarżącego jakieś prawa, gdyż nie podlegają one ochronie w trybie skargi konstytucyjnej¹⁷.

Nie jest jednak wykluczone, by w uzasadnieniu wyroku wydanego w wyniku wniesienia skargi konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny skorzystał z argumentu prawnoporównawczego i odniósł się do standardów wyznaczanych Konwencją. Na dowód tego można powołać wyroki, w których Trybunał przypomina związki między art. 45 ust. 1 Konstytucji a art. 6 EKPC¹⁸.

W wyroku z 9 lipca 2009 roku, sygn. SK 48/05, Trybunał badając zagadnienie obowiązku stosowania pasów bezpieczeństwa albo innych urządzeń ochronnych w pojazdach wskazał, że kwestia ta była rozpatrywana przez organy i sądy międzynarodowych oraz sądów konstytucyjnych w innych państwach. Trybunał Konstytucyjny omówił to orzecznictwo, mimo że umorzył postępowanie w zakresie badania skargi z wzorcami konwencyjnymi¹⁹. Odniósł się do orzecznictwa ETPC w wyroku z 5 października 2010 roku, sygn. SK 26/08, w kontekście gwarancji konwencyjnych odnoszących się do ekstradycji²⁰. Wypowiadał się też przy skardze konstytucyjnej na temat gwarancji płynących z zasady *lex retro non agit* w odniesieniu do standardów EKPC²¹.

Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że przy wykładni przepisów konstytucyjnych dotyczących praw człowieka należy brać pod uwagę EKPC i wynikające z niej standardy²². Między innymi w wyroku z 29 września 2008 roku, sygn. SK 52/05, stwierdził, że nie sposób

¹⁷ W tej kwestii Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się m.in. w wyroku z 8.06.1999 r., sygn. SK 12/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 96, w postanowieniu z 18.04.2000 r., sygn. SK 2/99, OTK ZU 2000, nr 3, poz. 92; w wyrokach z: 7.05.2002 r., sygn. SK 20/00; OTK ZU 2002, nr 3, seria A, poz. 29; 25.02.2003 r., sygn. SK 9/02, OTK ZU 2003, nr 4, seria A, poz. 35; z 17.12.2003 r., sygn. SK 15/02, OTK ZU 2003, nr 9, seria A, poz. 103; 13.01.2004 r., sygn. SK 10/03, OTK ZU 2004, nr 1, seria A, poz. 3; postanowieniu z 31.05.2005 r., sygn. SK 59/03, OTK ZU 2005, nr 5, seria A, poz. 61; wyrokach z: 5.07.2005 r., sygn. SK 26/04, OTK ZU 2005, nr 7, seria A, poz. 78; 14.12.2005, sygn. SK 61/03, OTK ZU 2005, nr 11, seria A, poz. 136; 13.12.2005 r., sygn. SK 53/04, OTK ZU 2005, nr 11, seria A, poz. 134; postanowieniu z 3.11.2006 r., sygn. SK 9/06, OTK ZU 2006, nr 10, seria A, poz. 165; wyrokach z: 3.07.2007 r., sygn. SK 1/06, OTK ZU 2007, nr 7, seria A, poz. 73; 27.11.2007 r., sygn. SK 18/05, OTK ZU 2007, nr 10, seria A, poz. 128; 4.03.2008 r., sygn. SK 3/07, OTK ZU 2008, nr 2, seria A, poz. 25; 27.03.2008 r., sygn. SK 17/07, OTK ZU 2008, nr 5, seria A, poz. 78; 23.04.2008 r., sygn. SK 16/07, OTK ZU 2008, nr 3, seria A, poz. 45; postanowieniu z 27.05.2008 r., sygn. SK 18/07, OTK ZU 2008, nr 4, seria A, poz. 74; wyrokach z: 26.06.2008 r., sygn. SK 20/07, OTK ZU 2008, nr 5, seria A, poz. 86; 21.10.2008 r., sygn. SK 51/04, OTK ZU 2008, nr 9, seria A, poz. 167; postanowieniu z 30.03.2009 r., sygn. SK 38/07, OTK ZU 2009, nr 4, seria A, poz. 65; wyroku z 15.04.2009 r., sygn. SK 28/08, OTK ZU 2009, nr 4, seria A, poz. 48; postanowieniach z: 8.07.2009 r., sygn. SK 26/07, OTK ZU 2009, nr 6, seria A, poz. 92; 8.04.2010 r., sygn. SK 27/08, OTK ZU 2010, nr 4, seria A, poz. 38; wyrokach z: 22.06.2010 r., sygn. SK 25/08, OTK ZU 2010, nr 5, seria A, poz. 51; 5.10.2010 r., sygn. SK 26/08, OTK ZU 2010, nr 8, seria A, poz. 73.

¹⁸ Por. wyroki TK z: 16.03.1999 r., sygn. SK 19/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 36; 24.10.2007 r., sygn. SK 7/06, OTK ZU 2007, nr 9, seria A, poz. 108; 2.04.2001 r., sygn. SK 10/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 52; 12.05.2003 r. sygn. SK 38/02, OTK ZU 2003, nr 5, seria A, poz. 38; 20.07.2004 r., sygn. SK 19/02; OTK ZU 2004, nr 7, seria A, poz. 67; 26.06.2006 r., sygn. SK 55/05, OTK ZU 2006, nr 6, seria A, poz. 67; 14.11.2006 r., sygn. SK 41/04, OTK ZU 2006, nr 10, seria A, poz. 150; 23.03.2010 r., sygn. SK 47/08, OTK ZU 2010 r., nr 3, seria A, poz. 25; 13.06.2011 r. sygn. SK 41/09, OTK ZU 2011, nr 5, seria A, poz. 40.

¹⁹ Por. wyrok TK z 9.07.2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU 2009, nr 7, seria A, poz. 108.

²⁰ Por. wyrok TK z 5.10.2010 r., sygn. SK 26/08.

²¹ Por. wyrok TK z 25.05.2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5, seria A, poz. 46.

²² Por. wyroki TK z 16.08.2007 r., sygn. SK 61/06 OTK ZU 2007, nr 7, seria A, poz. 77 i z 12.05.2008 r., sygn. SK 43/05, OTK ZU 2008, nr 4, seria A, poz. 57.

nie podkreślić standardów ochrony wolności słowa i wolności prasy wypracowanych w wyrokach ETPC na podstawie art. 10 ust. 1 Konwencji²³.

W wyroku w sprawie niewłaściwej powierzchni celi Trybunał odwołał się do konwencyjnego zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania²⁴. Powoływał standardy konwencyjne także w odniesieniu do gwarancji wolności osobistej, w tym standardów związanych z tymczasowym aresztowaniem lub rzetelnością procesu karnego²⁵.

W związku z tym, mimo że nie istnieje możliwość powołania EKPC jako wzorca kontroli przy skardze konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny i uczestnicy postępowania zainicjowanego przez wniesienie skargi konstytucyjnej korzystają z Konwencji w sposób pośredni. Wykorzystują oni EKPC jako instrument argumentacyjny przy wykładni konstytucyjnych przepisów o prawach człowieka, a także jako akt wyznaczający międzynarodowe standardy ochrony.

W dotychczasowej działalności Trybunału Konstytucyjnego podmioty inicjujące postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym ze wzorców z EKPC przywoływały najczęściej: prawną ochronę życia (art. 2 EKPC)²⁶, prawo do ochrony życia prywatnego (art. 8)²⁷, prawo do sądu (art. 6)²⁸, domniemanie niewinności (art. 7)²⁹, wolność zgromadzeń (art. 11)³⁰, wolność słowa (art. 10)³¹, zakaz dyskryminacji (art. 14)³² oraz prawną ochronę własności i praw majątkowych (art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC)³³. Trybunał Konstytucyjny odwołuje się

²³ Por. wyrok z 29.09.2008 r., sygn. SK 52/05, OTK ZU 2008, nr 7, seria A, poz. 125.

²⁴ Por. wyrok TK z 26.05.2008 r., sygn. SK 25/07, OTK ZU 2008, nr 6, seria A, poz. 119.

²⁵ Por. wyroki TK z 10.06.2008 r., sygn. SK 17/07; 13.07.2009 r., sygn. SK 46/08, OTK ZU 2009, nr 7, seria A, poz. 109; 2.06.2010 r., sygn. SK 38/09, OTK ZU 2010, nr 5, seria A, poz. 46; 9.06.2010 r. sygn. SK 52/08, OTK ZU 2010, nr 5, seria A, poz. 50.

²⁶ Por. wyrok TK z 8.10.2002 r., sygn. K 36/00, OTK ZU 2002, nr 5/A, poz. 63.

²⁷ Por. wyroki TK z 19.05.1998 r., sygn. U 5/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 46; 27.01.1999 r., sygn. K 1/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 3; 12.03.2002 r., sygn. P 9/01, OTK ZU 2002, nr 2, seria A, poz. 14; 23.06.2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU 2009, nr 6, seria A, poz. 86; 2.07.2009 r., sygn. K 1/07, OTK ZU 2009, nr 7, seria A, poz. 104; 4.11.2010 r., sygn. K 19/06, OTK ZU 2010, nr 9, seria A, poz. 96.

²⁸ Por. wyroki TK z 27.01.1999 r., sygn. K 1/98; 9.07.2002 r., sygn. P 4/01, OTK ZU 2002, nr 4, seria A, poz. 52; 5.03.2003 r., sygn. K 7/01, OTK ZU 2003, nr 3, seria A, poz. 19; 22.02.2005 r., sygn. K 10/04, OTK ZU 2005, nr 2, seria A, poz. 17; 19.02.2008 r., sygn. P 49/06, OTK ZU 2008, nr 1, seria A, poz. 5; 27.06.2008 r., sygn. K 52/07, OTK ZU 2008, nr 5, seria A, poz. 88; 21.07.2008 r., sygn. P 49/07, OTK ZU 2008, nr 6, seria A, poz. 108; 15.10.2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU 2008, nr 8, seria A, poz. 138; 7.07.2009 r., sygn. K 13/08, OTK ZU 2009, nr 7, seria A, poz. 105; 7.12.2010 r., sygn. P 11/09, OTK ZU 2010, nr 10, seria A, poz. 128; 12.05.2011 r., sygn. P 38/08, OTK ZU 2011, nr 4/A, poz. 33.

²⁹ Por. wyroki TK z 13.10.2009 r., sygn. P 4/08, OTK ZU 2009, nr 9, seria A, poz. 133 i 27.10.2010 r., sygn. K 10/08, OTK ZU 2010, nr 8, seria A, poz. 81.

³⁰ Por. wyroki TK z 28.06.2000 r., sygn. K 34/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 142 i 10.04.2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU 2002, nr 2, seria A, poz. 18.

³¹ Por. wyroki TK z 5.05.2004 r. sygn. P 2/03, OTK ZU 2004, nr 5, seria A, poz. 39; 20.02.2007 r., sygn. P 1/06, OTK ZU 2007, nr 2, seria A, poz. 11; 6.07.2011 r., sygn. P 12/09, OTK ZU 2011, nr 6, seria A, poz. 51, 19.07.2011 r., sygn. K 11/10, OTK ZU 2011, nr 6, seria A, poz. 60.

³² Por. wyroki TK z 2.07.2002 r., sygn. U 7/01, OTK ZU 2002, nr 4, seria A, poz. 48 i 17.12.2002 r., sygn. U 3/02, OTK ZU 2002, nr 7, seria A, poz. 95.

³³ Protokół Nr 1 I Nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzony w Paryżu 20.03.1952 r. oraz sporządzony w Strasburgu 16.09.1963 r. (Dz. U z 1995 r. Nr 36, poz. 175, ze zm.; dalej Protokół nr 1 do EKPC); por. wyroki TK z 9.02.1999 r., sygn. U 4/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 4; 25.02.1999 r., sygn. K 23/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 25; 12.01.2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3; 14.03.2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 60; 31.01.2001 r., sygn. P 4/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 5.

w swoim orzecznictwie także do wolności sumienia i religii. Rozpoznawał on zarzuty dotyczące wzorców wynikających z Konwencji na kilka sposobów.

Po pierwsze, orzekał uwzględniając wzorce konwencyjne, nawet jeśli te same treści wynikały z przepisów Konstytucji RP. Czyli Trybunał Konstytucyjny wydawał orzeczenie w sprawie zgodności albo niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją i z EKPC³⁴. Sam Trybunał wskazuje, że poszczególne prawa i wolności Konwencji mogą być wykorzystane wspomagająco do rekonstrukcji treści wzorca kontroli konstytucyjnej, wykonywanej przez Trybunał. Dlatego w wypadkach stwierdzenia niekonstytucyjności z przyczyn trafnie wskazanych we wniosku, utrzymano – jako wskazanie wzorca – także odpowiednie normy EKPC³⁵. Dowodem na to są następujące przykłady: 1) Trybunał Konstytucyjny stwierdzał, że w zakresie prawa do ochrony życia prywatnego i wyłączności ustawy w tym względzie, normy EKPC są zgodne z przepisami Konstytucji RP oraz z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego³⁶. 2) Stwierdzał też, że przyjęte w Konstytucji RP zasady dotyczące ochrony własności są zbieżne z zasadami Protokołu Nr 1 do EKPC³⁷. 3) Odnosząc się do wolności zgromadzeń przypominał, że Konstytucja, podobnie jak MPPOiP³⁸ oraz EKPC, zapewnia ochronę wyłącznie zgromadzeniom pokojowym³⁹. 4) Stwierdzał również, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i art. 6 ust. 1 Konwencji zawierają normy niemal tożsame⁴⁰. Interpretacja konstytucyjnego prawa do sądu jest inspirowana zarówno poglądami doktryny, międzynarodowymi standardami praw człowieka zawartymi w MPPOiP oraz w Konwencji, jak i orzecznictwem konstytucyjnym⁴¹. Gwarancje prawa do sądu zawarte w normach międzynarodowych znajdują bezpośrednie umocowanie w przepisach Konstytucji RP w ten sposób, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP uwzględnia treść pierwszego zdania z art. 6 ust. 1 Konwencji⁴². 5) Interpretując normy konstytucyjne, Trybunał Konstytucyjny uwzględnia stanowisko wypracowane w ramach orzecznictwa ETPC⁴³. 6) Trybunał wskazał, że określone w art. 10 Konwencji ramy dopuszczalnych ograniczeń wolności wyrażania opinii, obejmującej wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe, zostały określone podobnie do tych, które formułuje art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁴⁴.

Po drugie, Trybunał Konstytucyjny w pewnych sytuacjach orzekał w oparciu o wzorce konstytucyjne i stwierdzał, że orzekanie w oparciu o wzorce konwencyjne jest zbędne. Polski

³⁴ Por. wyroki TK z 7.09.2004 r., sygn. P 4/04, OTK ZU 2004, nr 8, seria A, poz. 81; 18.10.2004 r., sygn. P 8/04, OTK ZU 2004, nr 9, seria A, poz. 92 i 27.06.2008 r. sygn. K 51/07, OTK ZU 2008, nr 5, seria A, poz. 87.

³⁵ Por. wyroki TK z 11.05.2007 r., sygn. K 2/07, OTK ZU 2007, nr 5, seria A, poz. 48 i 19.02.2008 r., sygn. P 49/06, OTK ZU 2008, nr 1/A, poz. 5.

³⁶ Por. wyroki TK z 19.05.1998 r., sygn. U 5/97 i z 2.07. 2009 r., sygn. K 1/07.

³⁷ Por. wyroki TK z 12.01.2000 r., sygn. P 11/98 i 14.03.2000 r., sygn. P 5/99.

³⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz. U z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

³⁹ Por. wyrok TK z 28.06.2000 r., sygn. K 34/99.

⁴⁰ Por. wyrok TK z 12.03.2002 r., sygn. P 9/01.

⁴¹ Por. wyrok TK z 16.03.1999 r., sygn. SK 19/98.

⁴² Por. wyroki TK z 7.12.2010 r., sygn. P 11/09; 13.12.2005 r., sygn. SK 53/04; 2.04.2001 r., sygn. SK 10/00.

⁴³ Por. wyroki TK z 20.11.2007 r., sygn. SK 57/05, OTK ZU 2007, nr 10, seria A, poz. 125; 17.12.2003 r., sygn. SK 15/02; 20.07.2004 r., sygn. SK 19/02; 12.05.2011 r., sygn. P 38/08.

⁴⁴ Por. wyrok TK z 5.05.2004 r. sygn. P 2/03.

sąd konstytucyjny uważał bowiem, że ocena pod kątem zgodności z Konstytucją RP wyczerpywała problem, który został przedstawiony przez podmiot inicjujący postępowanie. Przykładowo, w wyroku z 18 października 2004 roku, sygn. P 8/06, Trybunał uznał, że skoro art. 78 Konstytucji RP jest komponentem prawa do sądu, które na gruncie EKPC wynika z art. 6 ust. 1, w sentencji wyroku zaniechano bezpośredniego wskazania art. 6 ust. 1 Konwencji jako naruszonego wzorca, mimo że znajdował się on w *petitum* pytania prawnego⁴⁵.

W orzecznictwie TK przyjmuje się, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP uwzględnia zasady wyrażone nie tylko w pierwszym zdaniu art. 6 ust. 1 Konwencji, ale i art. 14 MPPOiP⁴⁶. Wynika stąd, że zgłaszając art. 6 ust. 1 EKPC jako wzorzec kontroli wnioskodawca nie wyszedł poza treść zawartą w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Dokonanie oceny zgodności kwestionowanego przepisu z wzorcem sformułowanym w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP czyni zatem zbędną wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego co do zgodności wskazanego przepisu z art. 6 ust. 1 Konwencji⁴⁷.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że standardy wynikające z Konwencji mogą i powinny być wykorzystywane przy konstruowaniu wzorca konstytucyjnego, decydującego o istnieniu naruszenia Konstytucji przez kontrolowane normy. Jednakże, zgłaszając jako wzorzec odniesienia art. 11 Konwencji, sąd pytający nie wyszedł w istocie poza treść zawartą w zakresie wzorca konstytucyjnego (art. 57 Konstytucji RP). Dokonanie oceny zakwestionowanego przepisu z punktu widzenia art. 57 Konstytucji RP, uwzględniającego standardy sformułowane w Konwencji i orzecznictwie ETPC, czyni zbędną dodatkową ocenę kwestionowanego przepisu z punktu widzenia art. 11 Konwencji⁴⁸. W podobnym tonie Trybunał wypowiedział się odnośnie do konwencyjnych standardów ochrony mienia⁴⁹.

Po trzecie, w kilku przypadkach TK wskazywał, że treść EKPC nie pokrywa się z treścią Konstytucji RP i odnosił się w odrębny sposób do wzorca konwencyjnego.

W odniesieniu do prawa do sądu Trybunał Konstytucyjny stwierdzał różnice porównując treść przepisów Konstytucji RP i EKPC. Zdaniem Trybunału łącznie przepisy Konstytucji i ratyfikowanej umowy międzynarodowej wyznaczają standard ochrony praw w demokratycznym państwie prawnym. To znaczy, że standard wiąże się z wyodrębnieniem różnic treściowych między tymi regulacjami⁵⁰. W ocenie Trybunału, art. 6 Konwencji jest w swej treści węższy niż art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż Konwencja gwarantuje prawo do sądu w sprawach o charakterze cywilnym i karnym⁵¹.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do prawa do sądu istotne znaczenie ma orzecznictwo ETPC, które doprecyzowuje kluczowe dla określenia zakresu stosowania art. 6 Konwencji pojęcie praw i obowiązków cywilnych. Pojęcie to powinno być rozumiane autonomicznie na gruncie Konwencji, a więc niezależnie od sposobu definiowania kategorii

⁴⁵ Por. wyrok TK z 18.10.2004 r., sygn. P 8/06, OTK ZU 2004, nr 9, seria A, poz. 92.

⁴⁶ Por. wyrok TK z 20.07.2004 r., sygn. SK 19/02.

⁴⁷ Por. wyroki TK z 4.11.2010 r., sygn. K 19/06 i 19.10.2004 r., sygn. K 1/04, OTK ZU 2004, nr 9, seria A, poz. 96; 11.09.2006 r., sygn. P 14/06, OTK ZU 2006, nr 8, seria A, poz. 102.

⁴⁸ Por. wyrok TK z 10.07.2008 r., sygn. P 15/08, OTK ZU 2008, nr 6, seria A, poz. 105.

⁴⁹ Por. wyrok TK z 17.12.2008 r., sygn. P 16/08, OTK ZU 2008, nr 10, seria A, poz. 181.

⁵⁰ Por. wyroki TK z 14.09.1999 r., sygn. K 14/98, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 115 i z 2.07.2007 r., sygn. K 41/05, OTK ZU 2007, nr 7, seria A, poz. 72.

⁵¹ Por. wyrok TK z 22.02.2005 r., sygn. K 10/04.

praw i obowiązków przez prawo krajowe. Należy jednak podkreślić, że istnieje w istotnych punktach zbieżność pojęcia „sprawy” w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP oraz praw i obowiązków cywilnych na gruncie art. 6 EKPC⁵².

Jeszcze dalej Trybunał poszedł w wyroku z 9 lipca 2002 roku, sygn. P 4/01, kiedy stwierdził, że trudno byłoby oczekiwać, że w tekście EKPC możliwe byłoby sformułowanie jednolitego, ponadczasowego standardu postępowania. Wynika z tego, że treści art. 6 EKPC lub art. 14 MPPOiP nie można rozpatrywać jako jednolitego wzorca procedury przed organami państwowymi dla wszystkich krajów Europy. Zasada rzetelności postępowania zezwala na takie wyśrodkowanie decyzji podejmowanych w sferze praw człowieka chronionych przez Konwencję, które uwzględniałyby zachowanie optimum pomiędzy wymogami sprawiedliwości i sprawności postępowania. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego ustalanie krajowych procedur postępowania w sprawach karnych należy do ustawodawcy i powinno ono pozostawać w zgodności z międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka⁵³.

Przy prawnej ochronie mienia Trybunał Konstytucyjny uznał, że pojęcie własności (mienia) na gruncie Konwencji nie może być ograniczone do definicji tego prawa występujących w płaszczyźnie klasycznych ujęć prawa cywilnego. Jest to konstrukcja autonomiczna, obejmująca szeroki zakres różnorodnych interesów majątkowych o określonej wartości ekonomicznej. W tym więc sensie pojęcie *biens (possessions)* zastosowane w art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC, obejmujące różnorodne kategorie praw majątkowych, zbliża się do pojęć użytych w art. 64 ust. 1 Konstytucji („prawo do własności i innych praw majątkowych”), które łącznie określają zakres gwarancji konstytucyjnych udzielanych interesom majątkowym podmiotów. Nie znaczy jednak, że te wzorce są tożsame⁵⁴.

Trybunał zauważył też, że porównanie treści normatywnej art. 54 Konstytucji RP oraz art. 10 EKPC wskazuje, że zakres znaczeniowy tego pierwszego jest węższy niż ten, który wynika z drugiego. W art. 10 EKPC chodzi bowiem o wolność wszelkiej wypowiedzi (ekspresji: *freedom of expression, liberté d'expression*), obejmującej nie tylko wyrażanie poglądów za pomocą mowy, ale także w formie pisanej, drukowanej lub artystycznej. Przepis ten zawiera więc wszystkie te formy ekspresji, które później zostały wymienione w art. 19 MPPOiP. W Konstytucji RP „wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury” ujęte są w art. 73. Art. 54 Konstytucji RP obejmuje natomiast „wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” w formie słownej, pisemnej i drukowanej, także za pośrednictwem wszelkich środków społecznego przekazu. Ponadto, wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, o których mowa w art. 54 Konstytucji RP, obejmuje nie tylko wolność pozyskiwania i rozpowszechniania faktów, ale także poglądów i opinii innych. To znaczy, że treść art. 54 Konstytucji RP zawiera się w przyjętym wspólnie, demokratycznym standardzie „wolności ekspresji”, a w szczególności w szeroko sformułowanym art. 10 Konwencji, w którym wyszczególnia się *expressis verbis* „informacje” i „idee”⁵⁵.

⁵² Por. wyrok TK z 5.03.2003 r., sygn. K 7/01.

⁵³ Por. wyrok TK z 9.07.2002 r., sygn. P 4/01.

⁵⁴ Por. wyrok TK z 19.12.2002 r., sygn. K 33/02, OTK ZU 2002, nr 8, seria A, poz. 92.

⁵⁵ Por. wyrok TK z 20.02.2007 r., sygn. P 1/06.

Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się wyraźnie o różnicach między przepisami konstytucyjnymi i konwencyjnymi w wyroku z 10 marca 2010 roku, sygn. U 5/07. Stwierdził on, że widoczne różnice w zakresie treści normatywnych oraz struktury przepisów wynikają z porównania art. 41 ust. 1 Konstytucji RP z art. 5 ust. 1 EKPC. Zasygnalizował, że art. 5 EKPC różni się strukturą, treściami normatywnymi oraz niektórymi podstawowymi pojęciami od art. 41 ust. 1 Konstytucji RP. W szczególności z art. 5 Konwencji, odmiennie niż w przypadku art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, nie wynika prawo do zapewnienia nietykalności osobistej. Stąd odwoływanie się do tego przepisu Konwencji oraz stosownego orzecznictwa ETPC, musi być dalece ostrożne⁵⁶.

Porównanie regulacji wolności osobistej w kontekście przepisów art. 41 ust. 2-5 Konstytucji RP oraz przepisów art. 5 ust. 2-5 Konwencji upewnia, że regulacja konstytucyjna podąża śladem konwencji i orzecznictwa ETPC, wytyczającego standardy w zakresie ochrony praw jednostki⁵⁷.

Patrząc na różny sposób podejścia do wzorca konwencyjnego, można stwierdzić, że Trybunał Konstytucyjny działa *a casu ad casum*.

EKPC jako argument pojawiający się w uzasadnieniu do rozstrzygnięcia sprawy toczącej się przed Trybunałem Konstytucyjnym

W orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego zdarza się, że mimo braku powołania Konwencji jako wzorca kontroli, Trybunał odnosi się do określonych przepisów Konwencji wskazując na standardy ochrony praw człowieka. W tym wypadku EKPC ma znaczenie argumentacyjne, co ułatwia w wielu wypadkach obalenie domniemania konstytucyjności⁵⁸. Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że szczególne znaczenie dla określenia standardowego katalogu podstawowych praw i wolności w państwie demokratycznym ma EKPC.

Rola Konwencji wynika z tego, że państwa-strony Konwencji nie tylko zobowiązały się do przestrzegania katalogu praw i wolności podstawowych zawartych w Konwencji, ale także do podporządkowania się wyrokom ETPC. Orzeczenia ETPC ustalają wspólne treści normatywne praw i wolności podstawowych, których regulacje prawne różnią się w poszczególnych państwach.

Trybunał Konstytucyjny wskazał, że ETPC ustalił wspólną dla europejskich państw demokratycznych treść normatywną zasady wolności sumienia i wyznania, dokonując w związku z rozpatrywanymi sprawami wykładni przepisów Konwencji, w szczególności jej art. 9, określającego wolność sumienia i wyznania⁵⁹. Stwierdził również, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP realizuje w pełni postulaty, jakie pod adresem zasady proporcjonalności wysuwała doktryna prawa. Odpowiada on też w dużym stopniu formułom zastosowanym w wiążących Polskę aktach międzynarodowych, przede wszystkim w EKPC. Kształt obowiązujących unormowań konstytucyjnych

⁵⁶ Por. wyrok z 10.03.2010 r., sygn. U 5/07, OTK ZU 2010, nr 3, seria A, poz. 20.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Por. wyroki TK z 9.06.1998 r., sygn. K 28/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 50; 14.06.1999 r., sygn. K 11/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 97; 10.11.1998 r., sygn. K 39/97, OTK ZU 1998, nr 6, poz. 99; 17.11.1998 r., sygn. K 42/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 113; 26.04.1999 r., sygn. K 33/98, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 71; 6.07.1999, sygn. P 2/99, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 103.

⁵⁹ Por. wyroki TK z 2.12.2009 r., sygn. U 10/07, OTK ZU 2009, nr 11, seria A, poz. 163; 14.12.2009 r., sygn. K 55/07, OTK ZU 2009, nr 11, seria A, poz. 167.

w pełni uzasadnia odwołanie się do wcześniej stawianych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego tez dotyczących interpretacji i zastosowania zasady proporcjonalności⁶⁰.

Trybunał Konstytucyjny zauważa, że rozumienie w polskim porządku konstytucyjnym zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn musi nawiązywać do wiążących Polskę aktów prawa międzynarodowego, w tym EKPC⁶¹.

W ocenie Trybunału treść konstytucyjnego prawa do sądu jest inspirowana doktryną, międzynarodowymi standardami praw człowieka zawartymi w art. 14 MPPOiP, art. 6 ust. 1 EKPC oraz dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. Prawo dostępu do sądu powinno być możliwie szerokie⁶². Trybunał wielokrotnie wskazywał, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie, w jakim dotyczy prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, uwzględnia treść pierwszego zdania art. 6 ust. 1 Konwencji⁶³.

W kontekście Konstytucji RP i EKPC wszelkie prawa majątkowe podlegają ochronie konstytucyjnej. Proporcjonalność, zakładająca wyważenie interesów określonych podmiotów, jest koniecznością konstytucyjną i ma aksjologiczne zaplecze w Konwencji⁶⁴.

Trybunał stwierdzał, że argumentu dodatkowego, przemawiającego za podmiotowym charakterem biernego prawa wyborczego, niezależnie od sposobu wystąpienia tego prawa jako powinności organizacji wyborów, dostarcza także EKPC⁶⁵.

Na tle Konstytucji RP odpowiednikiem art. 10 Konwencji jest art. 54 ust. 1⁶⁶. W odniesieniu do wolności słowa, Trybunał Konstytucyjny przypominał między innymi, że podmiotami wolności wypowiedzi na gruncie art. 10 Konwencji są nie tylko osoby fizyczne, lecz także osoby prawne i inne podmioty zbiorowe, o ile formułują wypowiedzi lub pośredniczą w ich formułowaniu. Ochroną art. 10 EKPC objęte są w szczególności partie polityczne i podmioty o podobnym charakterze. Te same argumenty przemawiają za tym, aby uznać, że podmiotem wolności słowa wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP mogą być zarówno jednostki (osoby fizyczne) jak i podmioty zbiorowe, a wśród nich partie polityczne i komitety wyborcze, które składają się przecież z osób fizycznych i w ich imieniu się wypowiadają⁶⁷.

Trybunał Konstytucyjny nawiązuje zatem do standardów EKPC w różnych sytuacjach, starając się jak najlepiej podkreślić związek tej Konwencji z konstytucyjnymi wolnościami i prawami człowieka.

Odwoływanie się Trybunału Konstytucyjnego do orzeczeń EKPC

Obok wymienionych wyżej metod korzystania z EKPC, Trybunał Konstytucyjny bardzo często odwołuje się do orzecznictwa ETPC, zarówno gdy Konwencja jest wzorcem kontroli w sprawie, jak i wtedy, gdy tylko w uzasadnieniu nawiązuje do międzynarodowych standardów

⁶⁰ Por. wyrok TK z 11.05.1199 r., sygn. K 13/98, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 74.

⁶¹ Por. wyrok TK z 28.03.2000 r., sygn. K 27/99, OTK 2000, nr 2, poz. 62.

⁶² Por. wyroki TK z 8.11.2001 r., sygn. P 6/01, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 248; 7.03. 2007 r., sygn. K 28/05, OTK ZU 2007, nr 3, seria A, poz. 24.

⁶³ Por. wyroki TK z 2.04.2001 r., sygn. SK 10/00; 7.9.2004 r., sygn. P 4/04; 19.02.2008 r., sygn. P 49/0 i 18.02.2009 r., sygn. Kp 3/08, nr 2, seria A, poz. 9.

⁶⁴ Por. wyrok TK z 19.04.2005 r., sygn. K 4/05, OTK ZU 2005, nr 3, seria A, poz. 29.

⁶⁵ Por. wyrok TK z 13.03.2007 r., sygn. K 8/07, OTK ZU 2007, nr 3, seria A, poz. 26.

⁶⁶ Por. wyrok TK z 28.01.2003 r., sygn. K 2/02, OTK ZU 2003, nr 1, seria A, poz. 4.

⁶⁷ Por. wyrok TK z 20.07.2011 r., sygn. K 9/11, OTK ZU 2011, nr 6, seria A, poz. 61.

ochrony praw człowieka. Trybunał działa tu na dwa sposoby: bezpośrednio, odwołując się do orzeczeń ETPC, które mają związek z rozstrzyganą przed Trybunałem sprawą, i pośrednio, prezentując linię orzeczniczą ETPC lub pojedyncze orzeczenia ETPC, które wyznaczają standardy ochrony i wpływają na rozstrzygnięcie sprawy przez Trybunał Konstytucyjny.

Bezpośrednie odwołanie się Trybunału Konstytucyjnego do orzecznictwa ETPC

W dwóch sprawach dotyczących postępowania upadłościowego z 1934 roku⁶⁸, Trybunał Konstytucyjny zastosował się do wyroku ETPC w sprawie *Werner przeciwko Polsce*⁶⁹. Były to wyroki z 18 października 2004 roku, sygn. P 8/04⁷⁰ i 20 listopada 2007 roku, sygn. SK 57/05⁷¹. Na kanwie tych dwóch orzeczeń Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że istnienie orzeczenia ETPC zobowiązuje go do stosowania zasad i metod interpretacji prowadzących do łagodzenia ewentualnych kolizji między standardami wynikającymi z prawa polskiego a tymi sformułowanymi przez ETPC. Podkreślił, że poszanowanie międzynarodowych zobowiązań Polski i dbałość o spójność porządku prawnego wymagają, aby nie dochodziło do rozbieżności między prawem kształtowanym przez różne ośrodki orzekania o obowiązywaniu prawa. Rozstrzygnięcie ETPC, odnoszące się do indywidualnej sprawy i przesądzające o naruszeniu przez Polskę standardu wynikającego z art. 6 ust. 1 EKPC wobec inicjatora tego postępowania, musi rzutować na ocenę przepisów dokonywaną przez Trybunał Konstytucyjny. Chodzi o kontrolę przepisów, których zastosowanie w sprawie *Werner przeciwko Polsce* zostało uznane za naruszenie praw człowieka.

Kontrola dokonywana przez ETPC sama przez się nie odnosi się do oceny wewnętrznego porządku prawnego państwa, które dopuściło się naruszenia, lecz do faktu naruszenia praw człowieka wobec konkretnej osoby. Nie jest więc kontrolą dotyczącą oceny przepisów czy norm składających się na ten porządek. Obejmuje natomiast badanie faktu naruszenia praw i wolności człowieka. Z dokonanej w ten sposób kontroli może jednak wynikać, że wewnętrzny porządek prawny zawiera normy, których stosowanie doprowadziło do naruszenia praw człowieka *in concreto* w wypadku ocenianym przez ETPC, a także których zastosowanie *pro futuro* może prowadzić do takich naruszeń.

Skutki orzeczenia o stwierdzeniu naruszenia praw człowieka wyczerpują się bezpośrednio w ukształtowaniu w samym orzeczeniu ETPC powinności między wnioskodawcą a państwem, którego władze dopuściły się naruszenia. Sprawą pozostającą poza ramami orzeczenia jest natomiast podjęcie przez państwo, którego orzeczenie dotyczy, w wewnętrznym porządku zmian zapobiegających naruszeniom na przyszłość. Sprawą wewnętrzną, w której ocena należy do władz poszczególnych państw, jest wyciągnięcie wniosków z orzeczenia ETPC. Chodzi tu o ustalenie, do jakiego zakresu sytuacji odnosi się orzeczenie ETPC, po to, aby zmiany w prawie wewnętrznym dotyczyły zakresu zmian niezbędnych i adekwatnych.

Wyrok ETPC w sprawie *Werner przeciwko Polsce* dotyczył zakwestionowania ukształtowanego przez polskie prawo upadłościowe z 1934 roku modelu postępowania w sprawach o odwołanie syndyka. W szczególności wyeksponowano tam brak możliwości przedstawie-

⁶⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r., Prawo upadłościowe (Dz. U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512, ze zm.).

⁶⁹ *Werner przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 15.11.2001 r., skarga nr 26760/95.

⁷⁰ Por. wyrok TK z 18.10.2004 r., sygn. P 8/04.

⁷¹ Por. wyrok TK z 20.11.2007 r., sygn. SK 57/05.

nia własnych racji przez odwoływanego, co wynikało zarówno z faktu, że postępowanie podejmowane jest w takim wypadku z urzędu, jak i dlatego, że toczy się ono w ramach postępowania niejawnego, bez możliwości odwołania. Przedmiotem zastrzeżeń ETPC był sam legislacyjny model postępowania w zakresie niedostatków procedury odwołania. Nie miało ono nic wspólnego z oceną sytuacji, na tle której doszło do odwołania syndyka.

W wyniku wyroku ETPC polski ustawodawca dokonał stosownej zmiany w prawie upadłościowym i naprawczym z 2003 roku⁷², wprowadzając możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie o odwołaniu syndyka, a także przewidując, że zażalenie to będzie rozpoznane na rozprawie. W ten sposób zainteresowany uzyskał możliwość prezentacji stanowiska i ustosunkowania się do zgłoszonych zarzutów. *Pro futuro* polski ustawodawca wyciągnął zatem wnioski z orzeczenia ETPC i podjął działania zmierzające do usunięcia przyczyny uzasadniającej zarzut naruszenia.

Po uchwaleniu nowej regulacji pojawił się problem przepisów przejściowych. Polski ustawodawca nie dostrzegł, że optując w art. 536 prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 roku za intertemporalną zasadą dalszego działania ustawy dawnej, pozostawił nierozstrzygniętą kwestię skutków znanego już orzeczenia ETPC w zakresie, w jakim toczą się w dalszym ciągu postępowania upadłościowe. Gdyby bowiem w rozważanym zakresie ustawodawca wyraźnie uregulował kwestię w przepisach przejściowych, nie powstałaby konieczność oceny konstytucyjności nieobowiązującego, lecz nadal stosowanego przepisu art. 101 ust. 3 prawa upadłościowego z 1934 roku, i nie byłoby zarzutu dalszego naruszania praw człowieka przez polskie władze publiczne w zakresie znanym z rozstrzygnięcia w wyroku ETPC *Werner przeciw Polsce*.

W wyroku z 19 lipca 2011 roku, sygn. K 11/10⁷³, Trybunał Konstytucyjny orzekł opierając się na ustaleniach ETPC w wyroku *Vajnai przeciwko Węgrom*⁷⁴, że skazanie wyrokiem karnym polityka za występowanie w trakcie legalnego i pokojowego zgromadzenia z czerwoną, pięcioramienną gwiazdą stanowiło naruszenie art. 10 EKPC. Mając na uwadze podobieństwo stanu prawnego na Węgrzech do stanu prawnego w Polsce, Trybunał Konstytucyjny rozważył konsekwencje płynące z orzeczenia ETPC dla oceny regulacji polskiej. Trybunał zbadał zwłaszcza, czy art. 256 § 2 i 3 Kodeksu karnego⁷⁵ nie kryminalizuje zachowań dotyczących symboliki, która mieć może charakter wieloznaczny, oraz czy przepis ten, przez brak wystarczającej określoności, nie godzi w wolność słowa⁷⁶.

Pośrednie odwoływanie się Trybunału Konstytucyjnego do orzecznictwa ETPC

Trybunał Konstytucyjny często przedstawia obowiązującą linię orzeczniczą ETPC lub sposób wykładni przepisów Konwencji i jej Protokołów przez ETPC. Wpływa to na stosowanie standardów strasburskich w orzecznictwie polskiego sądu konstytucyjnego⁷⁷. Trybunał pod-

⁷² Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz.1361, ze zm.).

⁷³ Por. wyrok TK z 19.07. 2011 r., sygn. K 11/10.

⁷⁴ *Vajnai przeciwko Węgrom*, wyrok ETPC z 8.07.2008 r., skarga nr 33629/06.

⁷⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553; ze zm.).

⁷⁶ Por. wyrok TK z 19.07. 2011 r., sygn. K 11/10.

⁷⁷ Por. wyroki z 10.11.1998 r., sygn. K 39/97; 27.01.1999 r., sygn. K 1/98, 15.11.2000 r., sygn. P 12/99, OTK ZU 2000 r., nr 7, poz. 260; 31.01. 2001 r., sygn. P 4/99; 9.07.2002 r., sygn. P 4/01; 19.10.2004 r., sygn. K 1/04; 10.11. 2004

kreśla przy tym, że wnioski ETPC można zastosować do sprawy zawisłej przed TK albo że orzeczenia ETPC tylko częściowo znajdują zastosowanie w toczącej się przed TK sprawie.

Przed wszystkim Trybunał stwierdził, że analiza obcego prawa wewnętrznego, a także orzecznictwa z zakresu prawa międzynarodowego publicznego – która wynika z faktu zbliżania się do siebie współczesnych systemów prawnych – musi być poprzedzona zastrzeżeniem, że wymaga ona spełnienia różnych warunków oraz zachowania świadomości różnego kontekstu. Trybunał Konstytucyjny już wcześniej zwracał uwagę na warunki, w których można w szczególności sięgnąć do pozajęzykowych metod wykładni prawa⁷⁸. Metody te pełnią subsydiarną rolę wobec wykładni językowo-logicznej, ale nawet w wypadku stwierdzenia jednoznaczności tekstu za pomocą tej metody interpretator może niekiedy wyjść poza ustalone znaczenie. Konieczne jest jednak uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych⁷⁹. Dzięki temu możliwe jest odwołanie się do EKPC i orzecznictwa opartego na jej przepisach.

Trybunał uważa, że nie jest jego zadaniem uzupełnianie orzecznictwa ETPC. Jednak rozważania ETPC mogą stanowić dodatkowy argument w jego działalności orzeczniczej⁸⁰. Trybunał stwierdził także, że stanowisko ETPC może dostarczać dodatkowych argumentów przemawiających za uznaniem, że dana regulacja narusza zasadę ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji RP, a także podważa w niedopuszczalny sposób powszechne w państwach członkowskich Rady Europy standardy ochrony⁸¹.

Trybunał Konstytucyjny zaznacza, że nie ma kompetencji do prowadzenia kontroli naruszenia praw jednostki z punktu widzenia Konwencji. Mimo tego czuje się związany określeniem jej wartości i standardów. Dlatego stosowane przez Trybunał wzorce konstytucyjne są odczytywane w świetle tych właśnie standardów i wartości⁸².

Trybunał odnosząc się do prawa do prywatności osób publicznych stwierdził, że orzecznictwo polskie, czerpiąc w szerokim zakresie z orzecznictwa ETPC, kształtującego się na tle art. 8 i art. 10 Konwencji, nie dostrzegło, także po wejściu w życie Konstytucji RP, w samej dopuszczalności szerszej ingerencji w sferę prywatności osób publicznych naruszenia normy konstytucyjnej związanej z gwarancją prawa do życia prywatnego (art. 47 Konstytucji)⁸³.

Konwencja, a w ślad za nią orzecznictwo ETPC, w sytuacji gdy nie stanowią wzorca kontroli norm poddanych ocenie Trybunału Konstytucyjnego, konstruują ramy i warunki dopuszczalnych ograniczeń wolności wyrażania opinii⁸⁴.

r., sygn. Kp 1/04, OTK ZU 2004, nr 10. Seria A, poz. 105; 30.10.2006 r., sygn. P 10/06, OTK ZU 2006, nr 10, seria A, poz. 128; 11.05.2007 r., sygn. K 2/07; 9.07.2007 r., sygn. P 30/06, OTK ZU 2007, nr 7, seria A, poz. 74; 28.11.2007 r., sygn. K 39/07; 19.02.2008 r., sygn. P 48/06, OTK ZU 2008, nr 1, seria A, poz. 4; 30.09.2008 r., sygn. K 44/07, OTK ZU 2008, nr 7, seria A, poz. 126; 18.02.2009 r., sygn. Kp 3/08; 28.04.2009 r., sygn. K 27/07, OTK ZU 2009, nr 4, seria A, poz. 54; 2.07.2009 r., sygn. K 1/07; 13.10.2009 r., sygn. P 4/08; 14.10.2009 r., sygn. Kp 4/09, OTK ZU 2009, nr 9, seria A, poz. 134; 24.02.2010 r., sygn. K 6/09, OTK ZU 2010, nr 2, seria A, poz. 15; 15.07.2010 r., sygn. K 63/07, OTK ZU 2010, nr 6, seria A, poz. 60; 18.11.2010 r., sygn. P 29/09, OTK ZU 2010, nr 9, seria A, poz. 104; postanowienie TK z 24.11.2010 r., sygn. Pp 1/08, OTK ZU 2010, nr 9, seria A, poz. 115; wyrok TK z 6.12.2004 r., sygn. SK 29/04, OTK ZU 2004, nr 11, seria A, poz. 114.

⁷⁸ Por. wyrok TK z 28.06.2000 r., sygn. K. 25/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 141.

⁷⁹ Por. wyrok TK z 3.07.2008 r., sygn. K 38/07, OTK ZU 2008, nr 6, seria A, poz. 102.

⁸⁰ Por. wyrok TK z 12.01.2000 r., sygn. P 11/98.

⁸¹ Por. wyrok TK z 19.04.2005 r., sygn. K 4/05.

⁸² Por. wyrok TK z 12.12.2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU 2005, nr 11, seria A, poz. 132.

⁸³ Por. wyrok TK z 20.03.2006 r., sygn. K 17/05, OTK ZU 2006, nr 3, seria A, poz. 30.

⁸⁴ Por. wyrok TK z 11.10.2006 r., sygn. P 3/06, OTK ZU 2006, nr 9, seria A, poz. 121.

W wyroku z 3 czerwca 2008 roku, sygn. K 42/07⁸⁵, Trybunał stwierdził, że mimo iż wnioskodawca nie wniósł o zbadanie zgodności kwestionowanych przepisów z wiążącymi Polskę normami prawa międzynarodowego, to ze względu na wagę rozpatrywanej sprawy TK uznał za konieczne uzupełnienie rozważań także o elementy prawnoporównawcze. Interesujące jest, w jaki sposób standardy ochrony praw człowieka rozumiane są w orzecznictwie ETPC⁸⁶.

W wyroku dotyczącym wolności religijnej, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że przyjęta przez niego wykładnia harmonizuje z podobnym rozumieniem świeckości, neutralności, czy rozdziału Kościoła od Państwa w tych europejskich państwach demokratycznych, w których ma miejsce nauczanie religii w szkołach publicznych, czasem nawet w formie obligatoryjnej. Ponadto jest to zgodne z międzynarodowymi konwencjami praw człowieka⁸⁷.

Powinność uwzględnienia odpowiedniego orzeczenia ETPC w działaniu organów wewnętrznych państwa zobowiązuje także Trybunał Konstytucyjny do harmonizowania w ramach kontroli konstytucyjności prawa standardów treści przepisów prawa polskiego z zasadami Konwencji i standardami sformułowanymi przez ETPC, dla eliminowania ewentualnych kolizji między nimi⁸⁸. Kognicji Trybunału podlega jednak ocena konstytucyjności norm prawnych, a nie poprawność ich stosowania w obrocie prawnym w indywidualnych sprawach, co należy do kompetencji sądów powszechnych i administracyjnych⁸⁹.

Jednocześnie Trybunał zwraca uwagę, że ETPC ze swej istoty rozstrzyga o tym, czy wydane w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy orzeczenie organu krajowego jest zgodne ze standardem konwencyjnym, a nie w kwestii zgodności przepisu aktu prawa krajowego z Konwencją. Zatem poglądy formułowane przez ETPC mają bezpośrednie odniesienie jedynie do okoliczności konkretnej sprawy i związanego z nią orzeczenia organu krajowego⁹⁰.

Trybunał Konstytucyjny czerpie z orzecznictwa ETPC wiele treści, które stanowią dla niego dodatkowy argument przy ocenie konstytucyjności danego przepisu, normy czy aktu normatywnego. Jednakże nie jest w tych działaniach bezkrytyczny i stara się dostrzec te wartości płynące z Konwencji i orzeczeń ETPC, które pomagają utrwalić standard konstytucyjny.

Odwołanie się przez Trybunał Konstytucyjny do standardów konwencyjnych w postanowieniach sygnalizacyjnych dla prawodawcy

Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z 1 sierpnia 1997 roku o Trybunale Konstytucyjnym⁹¹, Trybunał przedstawia właściwym organom stanowiącym prawo uwagi o stwierdzonych uchybieniach i lukach w prawie, których usunięcie jest niezbędne dla zapewnienia spójności systemu prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej. W postanowieniach sygnalizacyjnych Trybunał odnosi się czasem do standardów wynikających z Konwencji i orzecznictwa ETPC. Dla przykładu, Trybunał wskazał na standardy konwencyjne w postanowieniu z 30 paździer-

⁸⁵ Por. wyrok TK z 3.06.2008 r., sygn. K 42/07, OTK ZU 2008, nr 5, seria A, poz. 77.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Por. wyrok TK z 2.12.2009 r., sygn. U 10/07.

⁸⁸ por. wyrok TK z 18.10.2004 r., sygn. P 8/04.

⁸⁹ Por. wyrok TK z 22.02.2005 r., sygn. K 10/04.

⁹⁰ Por. wyrok TK z 6.07.2011 r. sygn. P 12/09.

⁹¹ Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.

nika 2006 roku, sygn. S 3/06⁹² i postanowieniu z 4 października 2011 roku, sygn. S 1/11⁹³. W postanowieniu z 7 sierpnia 2009 roku, sygn. S 5/09, Trybunał uznał, że przepis budzi wątpliwości z konstytucyjnego punktu widzenia w zakresie, w jakim nie przewiduje wzniesienia postępowania na skutek stwierdzenia przez ETPC naruszenia przez sąd EKPC⁹⁴. W postanowieniu z 9 listopada 2009 roku, sygn. S 7/09, uznał, że konieczne jest spełnienie przez ustawodawcę wymogów wynikających z art. 5 i art. 6 EKPC. Stwierdził, że „odwołanie poziome” od orzeczenia sądu odwoławczego do równorzędnego składu takiego sądu mieści się w tym systemie⁹⁵.

Podsumowanie

Najważniejszą funkcją Konwencji w działalności orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego jest stanowienie wzorca kontroli legalności. Funkcja ta ma zakotwiczenie w Konstytucji.

Przywoływanie Konwencji oraz orzeczeń ETPC w uzasadnieniach orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego ma charakter pomocniczy. Nie jest to konieczny warunek wydania przez Trybunał merytorycznego rozstrzygnięcia. Nie jest to również argument przesądzający o niekonstytucyjności lub nielegalności danego przepisu, normy prawnej lub aktu normatywnego.

Co do kierunku rozstrzygnięć orzeczeń, Trybunał Konstytucyjny nie zawsze uznaje naruszenie Konwencji. W ostatnim czasie zaczął dość krytycznie czerpać z dorobku ETPC. Zwracał uwagę, że Konstytucja i Konwencja zawierają w sferze praw człowieka różne treści i nie zawsze treść konwencyjnych praw człowieka pokrywa się z treścią praw człowieka wynikających z Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny w toku postępowania, zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o TK, powinien zbadać wszystkie istotne okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy. Przy tym nie jest on związany wnioskami dowodowymi uczestników postępowania i może z urzędu dopuścić dowody, jakie uzna za celowe dla wyjaśnienia sprawy. Nie ma więc przeszkód, by w swojej działalności Trybunał Konstytucyjny stosował argumenty wynikające z prawa międzynarodowego, w tym z EKPC, szczególnie, że wynikają z jej treści standardy, których Trybunał Konstytucyjny jako organ władzy publicznej jest zobowiązany przestrzegać na mocy art. 9 Konstytucji RP⁹⁶.

The impact of the European Convention on Human Rights on the judicial activity of Polish Constitutional Tribunal

(Summary)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is a ratified international agreement. This agreement concerns freedoms, rights or obligations of citizens, as specified in the Constitution, do its ratification, as well as denunciation there-

⁹² Por. postanowienie TK z 30.10.2006 r., sygn. S 3/06, OTK ZU 2006, nr 9, seria A, poz. 146.

⁹³ Por. postanowienie TK z 4.10.2011, sygn. S 1/11, OTK ZU 2011, nr 8, seria A, poz. 87.

⁹⁴ Por. postanowienie TK z 7.08.2009 r., sygn. S 5/09, OTK ZU 2009, nr 7, seria A, poz. 121.

⁹⁵ Por. postanowienie TK z 9.11.2009 r., sygn. S 7/09, OTK ZU 2009, nr 10, seria A, poz. 154.

⁹⁶ Zgodnie z tym przepisem „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”.

of, shall require prior consent granted by statute. This kind of the agreement shall have a precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes.

In accordance with Article 188 paragraph 2 of the Constitution of Poland, the Constitutional Tribunal shall adjudicate regarding the following matters: 1) the conformity of a statute to ratified international agreements whose ratification required prior consent granted by statute; 2) the conformity of legal provisions issued by central State organs to the Constitution, ratified international agreements and statutes. ECHR may be the higher-level norm for constitutional review. In this context there is a question about the impact of the ECHR on the judgments of the Constitutional Court.

There can be distinguished three main spheres of influence of ECHR on Polish Constitutional Tribunal: 1) the ECHR may be a the higher-level norm for constitutional review; 2) ECHR may be a part of reasons for judgment, and 3) the Constitutional Tribunal may show that the decisions of European Court of Human Rights have an impact on the outcome of the case before the Constitutional Tribunal. This interaction may be parallel.

The primary way of the impact of the Convention on the Polish Constitutional Tribunal is that the ECHR is a the higher-level norm for constitutional review. ECHR is an instrument that uses both the applicant's and the court's questioning. It does not pre-judge that their concerns will be dealt with or considered by the Tribunal.

The Convention and the jurisprudence of the ECtHR is also appointed by the parties to the proceedings before the Constitutional Tribunal as an additional argument justifying the violation of constitutional rights and freedoms, even if the Convention itself is not indicated in the *petitum* of application, question of law or a constitutional complaint.

In the case of a constitutional complaint international treaties can not be the higher-level norm for constitutional review. Therefore human rights from ECHR are not protected under the constitutional complaint. However, Constitutional Tribunal can use the argument of Convention and refer to the standards designated by the ECHR in reasons for judgment.

Actors initiating proceedings before the Constitutional Tribunal as a higher-level norm for constitutional review particularly evoked right to life (Article 2 ECHR), right to respect for private and family life (Article 8), right to a fair trial (Article 6), presumption of innocence (Article 7), freedom of assembly and association (Article 11), freedom of expression (Article 10), prohibition of discrimination (Article 14) and legal protection of property, property rights (Article 1 of Protocol No.1 to the ECHR).

The Constitutional Court recognizes the allegations concerning ECHR in several ways. 1) The Constitutional Tribunal in the ruling gives as a higher-level norm for constitutional review both the Constitution and the ECHR. 2) The Constitutional Tribunal states that it is unnecessary to rule on the basis of ECHR as a higher-level norm for constitutional review. Tribunal explained that the Constitution of Poland has exhausted constitutional problem, so there is no need to use ECHR in proceedings. 3) In some cases, Constitutional Tribunal shows that the content of the ECHR does not coincide with the contents of the Constitution and therefore refers in a different way the norms of the Convention.

Constitutional Tribunal acts case by case when it has to deal with ECHR as a higher-level norm for constitutional review.

Sometimes Constitutional Tribunal refers to the specific provisions of the Convention, pointing to human rights standards. In this case, the ECHR is an argument even if it is not shown as a higher-level norm for constitutional review.

The Constitutional Tribunal points out that ECHR has particular importance for determining the standard of basic rights and freedoms in a democratic state.

Jurisprudence of the ECtHR establishes the normative content of human rights in the Convention and Protocols. ECtHR establish a common normative content of human rights.

The Constitutional Tribunal refers to the standards of the ECHR in different situations, trying its best to emphasize the relationship between the Convention and constitutional human rights.

In addition to the above methods of use of the ECHR, the Constitutional Tribunal often refers to the jurisprudence of the ECtHR, both when the Convention is a higher-level norm for constitutional review and when it is only a part of reasons for judgment. The Tribunal does it in two ways: 1) directly, referring to the judgments of the ECtHR which relate to a matter brought before the Tribunal, and 2) indirectly, presenting a line of jurisprudence of the ECtHR or the individual decision of the ECtHR, which sets the standards of protection.

The Constitutional Tribunal draws on the jurisprudence of the ECtHR lot of content that represent for him an additional argument in assessing the constitutionality of a normative act. However, it is critical in these activities and try to see the values flowing from the Convention and decisions of the ECtHR which help preserve the constitutional standard.

In conclusion, the primary function of the Convention in the activity of Constitutional Tribunal is that ECHR is a higher-level norm for constitutional review. This function is anchored in the Constitution. The Constitutional Tribunal's reference to the Convention and decisions of the ECtHR is incidental. This is not a necessary condition for the Tribunal to take a substantive decision. ECHR is not a decisive argument for the legality of normative act.

In the proceedings the Constitutional Tribunal shall examine all relevant circumstances, to a comprehensive explanation of the matter. At the same time it is not bound by findings of evidence of the parties and may admit evidence of the authority as it deems appropriate to resolve the matter. Therefore the Constitutional Tribunal can apply the arguments based on international law, including the ECHR, which is bound to respect under Article 9 of the Constitution, under which the Republic of Poland shall respect international law binding upon it.

Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemową ochronę praw dziecka w Polsce

W dniu 26 listopada 2011 roku minęło 20 lat od przystąpienia Polski do Rady Europy i podpisania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹. Rada Europy powstała 5 maja 1949 roku, gdy mocą traktatu podpisanego w Londynie przyjęty został Statut Rady Europy, który stworzył podstawy prawne do działalności tej ważnej europejskiej organizacji międzynarodowej. Organizacja ta, mająca siedzibę w Strasburgu, szczególną wagę przywiązuje do tworzenia i wdrażania w życie standardów dotyczących demokracji, rządów prawa i ochrony praw człowieka. „Perłą w koronie” jej systemu konwencyjnego nazywa się Europejską konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, popularnie zwanej Europejską Konwencją Praw Człowieka, na której straży stoi Europejski Trybunał Praw Człowieka. Konwencja ta została przyjęta na posiedzeniu Komitetu Ministrów Rady Europy w Rzymie 4 listopada 1950 roku (weszła w życie 3 września 1953 roku)². Została ratyfikowana przez Polskę 15 grudnia 1992 roku³, zaś deklaracja o uznaniu jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka została złożona przez Polskę 1 maja 1993 roku⁴. Od początku była to jedna z najważniejszych umów międzynarodowych wiążących Polskę. Przez ostatnich 18 lat wywierała ona wpływ na przestrzeganie praw człowieka w naszym kraju, na praktyki władz publicznych oraz na obowiązujące prawo. Jest to możliwe dzięki dość powszechnemu stosowaniu instrumentu stanowiącego największą zdobycz systemu Konwencji – skargi indywidualnej na naruszenie praw człowieka przez dane państwo–stronę Konwencji. Możliwość taką stworzył art. 25 (i następne) Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, wyposażający ówczesną Europejską Komisję Praw Człowieka i Europejski Trybunał Praw Człowieka w mechanizm przyjmowania i rozpoznawania skarg skierowanych do Sekretarza Generalnego Rady Europy przez każdą osobę, organizację pozarządową lub grupę jednostek uważającą, że stała się ofiarą naruszenia przez jedną ze stron konwencji praw w niej zawartych⁵.

Po takim okresie obowiązywania powstaje pytanie o wpływ tej umowy międzynarodowej, a tym samym o jej znaczenie dla systemu polskiego prawa oraz dla ochrony praw człowieka

* Dr Paweł Jaros, Katedra Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarne, Instytut Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Zob. Internetowa Baza Traktatowa [na:] <http://www.ms.gov.pl>.

² *Prawa Człowieka. Dokumenty Międzynarodowe*, oprac. B.Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993, s. 173.

³ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁴ Zob. Oświadczenie Rządowe z 7.04.1993 r. w sprawie deklaracji o uznaniu kompetencji Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 286.

⁵ *Prawa Człowieka. Dokumenty Międzynarodowe, op. cit.*, s. 185-193.

w Polsce. Na jej oddziaływanie wpływają nie tylko czynniki krajowe, zależne od władz polskich, ale także sytuacja, w jakiej znajduje się Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wiąże się to z dużą liczbą skarg, jakie trafiają do Trybunału, ale także z dużą liczbą naruszeń praw człowieka w państwach Rady Europy. Duże znaczenie ma także coraz bardziej powszechna świadomość możliwości, jakie daje skarga indywidualna.

Celem opracowania jest ukazanie wpływu Konwencji na rozwój ochrony praw dziecka w Polsce. Nie można bowiem nie zauważyć, że prawa dziecka są typem praw człowieka i były z początku jedynie niuansiem tej szerokiej dziedziny. Z upływem lat nabrały jednak istotnego znaczenia i stały się odrębnym zagadnieniem społecznym, moralnym i jurydycznym. To jedna z najbardziej ważkich idei ostatniego ćwierćwiecza. Zaznacza ona swoją obecność niemal na wszystkich polach ludzkiej aktywności, w szczególności w obszarze prawa międzynarodowego i konstytucyjnego, które z kolei mają decydujący wpływ na prawa stanowione w ustawach i aktach wykonawczych.

Cel Konwencji

Zgodnie z Preambułą do Konwencji jej celem jest m.in. „osiągnięcie większej jedności członków Rady Europy” oraz „zagwarantowanie zbiorowego przestrzegania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka”. Najważniejszym jednak postanowieniem Konwencji jest jej art. 1, zgodnie z którym „wysokie układające się strony zapewniają każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w Rozdziale I niniejszej Konwencji”. Poprzez ujęcie przestrzegania tych praw człowieka jako zobowiązania prawnomiędzynarodowego państwa-strony Konwencji, jej twórcy sprawili, że nabrały one realnej mocy – stały się prawnie egzekwowalne.

W opinii wielu Konwencja stała się jedną z nielicznych umów międzynarodowych, które łączą skutecznie reguły pierwotne i wtórne, używając terminologii Herberta Harta. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że reguły pierwotne w odniesieniu do Konwencji to katalog praw nią gwarantowanych. Składać się na nie będą więc prawa materialne wynikające z niej oraz z protokołów dodatkowych do Konwencji. Reguły wtórne natomiast decydują o tym, czy reguły pierwotne znajdą praktyczne zastosowanie i będą przestrzegane. W przypadku Konwencji będą to zatem reguły składające się na rozbudowany system jurysdykcyjny, w szczególności przewidujące możliwość składania skarg indywidualnych i skarg między państwowych oraz przyznające Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka (wcześniej również Europejskiej Komisji Praw Człowieka) kompetencję do rozpoznawania tych skarg⁶.

Właśnie stworzenie efektywnego mechanizmu kontroli przestrzegania praw człowieka przez państwa-strony Konwencji, poprzez umożliwienie skarżenia się osobom podlegającym jurysdykcji tych państw do organu międzynarodowego, jest tym, co odróżniało ten mechanizm od wielu innych istniejących w świecie. Możliwość skarżenia się na własne państwo przełamala jednocześnie paradygmat stosunków prawnomiędzynarodowych, których jednostka nie była podmiotem, lecz podmiotami były państwa we wzajemnych stosunkach. Oczywiście od samego początku możliwość ta została przyznana każdemu człowiekowi bez jakiegokolwiek dys-

⁶ Zob. A. Bodnar, *Skuteczność Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w Polsce*, [w:] *Skuteczność prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2010, s. 190-191.

kryminacji względu na płeć, rasę, kolor skóry, język, religię, poglądy polityczne lub jakiegokolwiek inne, pochodzenie narodowe bądź społeczne, przynależność do mniejszości narodowych, majątek, urodzenie lub jakkolwiek inną przyczynę⁷, a więc również dziecku. Może ono zatem swoich roszczeń dochodzić samodzielnie, a jeżeli stopień jego rozwoju na to nie pozwala, może być reprezentowane przez rodziców lub przez inne osoby (np. pełnomocników).

Wpływ Konwencji na ochronę praw dziecka w Polsce – zagadnienia podstawowe

Jako normatywną podstawę oddziaływania Konwencji na ochronę praw dziecka w Polsce należy uznać zobowiązanie do przestrzegania prawa międzynarodowego wynikające z art. 9 oraz 91 polskiej Konstytucji. Europejska konwencja praw człowieka i podstawowych wolności stanowi zatem część krajowego porządku prawnego i może być bezpośrednio stosowana. Postanowienia Konwencji mogą być również wskazówką interpretacyjną przy wykładni przepisów prawa wewnętrznego lub bezpośrednią podstawą rozstrzygnięć organów krajowych, jeżeli pozwala na to ich charakter. W wypadku konfliktu norm ustawowych z postanowieniami Konwencji, zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji Konwencja powinna mieć pierwszeństwo, jeżeli przepisów ustawy nie da się pogodzić z Konwencją⁸.

Mając na względzie poczynione wyżej uwagi należy zauważyć, że wpływ Konwencji na ochronę praw dziecka zaznacza się na dwóch płaszczyznach: indywidualnej oraz systemowej.

Badanie oddziaływania Konwencji na płaszczyźnie indywidualnej zmierza do udzielania odpowiedzi na pytanie, czy Konwencja zapewnia rzeczywistą ochronę osobom podlegającym jurysdykcji władz polskich, które jej poszukują na podstawie postanowień Konwencji. Natomiast badanie na płaszczyźnie powszechnej ochrony zmierza do ustalenia, czy Konwencja wywiera trwały wpływ na zmianę praktyk władz publicznych lub zmianę prawa, tak aby nie dochodziło do podobnych naruszeń praw dziecka w przyszłości⁹.

Badanie wpływu konwencji na indywidualną ochronę praw dziecka musi zatem objąć takie zagadnienia, jak znaczenie skargi indywidualnej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dla rzeczywistej ochrony poszkodowanej osoby w Polsce, dostępność tego Trybunału dla skarżących oraz sprawy związane ze skutkami wyroków w naszym kraju w zakresie wypłacania zadośćuczynienia dla skarżącego, możliwości wznowienia postępowania, możliwości *restitutio in integrum* czy też odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa.

Badanie wpływu Konwencji na zakres systemowej ochrony praw dziecka powinno skupić się na tym, czy wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powodują taką zmianę przepisów oraz praktyk stosowania prawa, aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych naruszeń w Polsce. Od razu trzeba powiedzieć, że nie chodzi tu tylko o działania, które winno podjąć Państwo, by wykonać określony wyrok, ale że pewna odpowiedzialność spoczywa także na samym Trybunale, który dysponuje instrumentami pozwalającymi na wskazanie, jak taki wyrok należy wykonać oraz jakie działania ku temu byłyby potrzebne. Ważną rolę odgrywa w tej przestrzeni Komitet Ministrów Rady Europy, do którego przekazywane są wyroki Trybunału i którego zadaniem jest monitorowanie sposobu wykonania tych wyroków przez państwa – strony Konwencji¹⁰.

⁷ Zob. Art. 14 EKPC.

⁸ Zob. A. Bodnar, *op. cit.*, s. 192-193.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Wpływ Konwencji na indywidualną ochronę praw dziecka

Pomimo że niniejszy artykuł skupia się na wpływie Konwencji na systemową ochronę praw dziecka w Polsce, nie sposób nie odnieść się do jej oddziaływania na płaszczyznę indywidualnej ochrony praw dziecka, chociażby ze względu na zakreślenie ram kontekstu tej pierwszej i sygnalne naświetlenie problematyki drugiej. Zasadne zatem będzie wskazanie na rosnącą popularność skargi indywidualnej. Ze statystyk Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika, że przeciwko Polsce w 2008 roku wniesiono 4369 skarg, w 2009 roku – 4986, a w 2010 roku – 5777¹¹. Dla zobrazowania jakie miejsce wśród tych spraw zajmują sprawy związane z ochroną praw dziecka posłuży statystyka z 2008 roku, w którym wydano rekordową liczbę wyroków w sprawach polskich¹².

Spśród wniesionych 4369 spraw za niedopuszczalne uznano 3824. Rządowi polskiemu zakomunikowano 269, a liczba wydanych wyroków wynosiła 141. Niemal połowa stwierdzonych w nich naruszeń dotyczyła długości postępowania (63 sprawy), w dziewięciu przypadkach stwierdzono naruszenie innych gwarancji rzetelnego procesu (łączyło się to m.in. z procedurą kasacji i pozycją adwokatów urzędu w tym postępowaniu). 47 spraw dotyczyło nadmiernej długości tymczasowego aresztowania i aż 17 spraw dotyczyło ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 Konwencji – chodziło głównie o niewykonywanie orzeczeń sądowych ustalających zasady kontaktu z dzieckiem lub przejęcia nad nim opieki). Pozostałe naruszenia miały charakter śladowy. W kontekście przedstawionych statystyk wypada podzielić się refleksją, że w związku z tak dużą ilością skarg napływających do Trybunału musi wydłużać się czas oczekiwania na jego rozstrzygnięcie. W sprawach polskich zdarzało się, że na wyrok trzeba czekać nawet osiem do dziesięciu lat od momentu złożenia skargi, co w sprawach rodzinnych, a w szczególności kontaktów z dzieckiem, może stanowić o zupełnym braku efektywności udzielanej ochrony. Do wyjątków należą sytuacje, kiedy na wyrok oczekiwano około 1,5 roku (sprawa *Bączkowski przeciwko Polsce*, skarga nr 1543/06, została złożona 16 grudnia 2005 roku, a wyrok ogłoszono 3 maja 2007 roku). Dlatego też tym większy nacisk należy położyć na oddziaływanie konwencji na systemowy zakres ochrony praw dziecka w Polsce i na obowiązek pozytywnego działania spoczywający na władzach publicznych.

Wpływ Konwencji na systemową ochronę praw dziecka

Wpływ Konwencji na systemową ochronę praw dziecka w Polsce dokonuje się przez wszelkie działania podejmowane przez Komitet Ministrów Rady Europy oraz państwa-strony Konwencji zmierzające do zagwarantowania przestrzegania postanowień Konwencji przez państwa-strony. Nie chodzi tu zatem o wykonywanie wyroków w sprawach indywidualnych, ale podejmowanie takich działań, które spowodują wyeliminowanie nadużyć, niewłaściwych praktyk czy przepisów powodujących naruszenie praw gwarantowanych Konwencją. Oczywiście ma to szczególne znaczenie, gdy w danej sprawie stwierdzono naruszenie Konwencji, a tym samym przesądzono o naruszeniu zobowiązania międzynarodowego do przestrzegania Konwencji¹³.

¹¹ Zob. <http://www.echr.coe.int>.

¹² *Ibidem*.

¹³ Zob. A. Bodnar, *op. cit.*, s. 203-204.

W związku z tym działanie państwa zmierzające do wyeliminowania naruszeń praw dziecka gwarantowanych Konwencją będzie polegać na zmianie przepisów, które były źródłem tych naruszeń, lub zmianie praktyki postępowania przez organy państwa lub funkcjonariuszy państwowych. Cel ten można osiągnąć na przykład poprzez wewnętrzny administracyjny nadzór wykonywany przez organizowanie szkoleń dla funkcjonariuszy stosujących prawo i upowszechnianiu wśród nich zarówno treści Konwencji, jak i wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz ich głównych tez. Szczególne znaczenie ma więc uwzględnianie powyższych zagadnień w programach szkoleniowych dla określonych grup zawodowych, na przykład sędziów i prokuratorów. Dla zmiany praktyki ważne też będzie zapewnienie powszechnie dostępnej informacji o treści wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka poprzez publikowanie ich tekstów, omówień, skrótów oraz tłumaczeń¹⁴.

Wpływ Konwencji na zmianę przepisów

Przeprowadzone przez autora badanie wskazuje, że w ostatnich latach aktywność skarżących – a w konsekwencji Trybunału w zakresie ochrony praw dziecka – koncentrowała się głównie na przestrzeganiu zobowiązań państwa wynikających z art. 8 Konwencji. Uwagi nie może jednak ująć orzeczenie z 2 marca 2010 roku w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polsce*, które odnosi się do przestrzegania procesowych praw dziecka objętych treścią art. 6 Konwencji. Wobec powyższego zasadne będzie omówienie zagadnień wiążących się z orzeczeniami Trybunału dotyczącymi tych dwóch grup spraw i wynikających z nich konsekwencji dla zmian w prawie polskim.

Z punktu widzenia ochrony praw dziecka, z uwagi na rodzaj chronionego prawa, szczególne znaczenie ma przestrzeganie zobowiązań wynikających z treści art. 8 Konwencji.

Zgodnie ze wspomnianym artykułem, każdy (a więc również dziecko) ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji, przy czym niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Trybunał wielokrotnie podkreślał, że zasadniczym celem art. 8 Konwencji jest ochrona jednostki przed arbitralnym działaniem władzy publicznej. W ujęciu negatywnym na państwie spoczywa bowiem obowiązek niepodejmowania działań, które utrudniają wykonywanie przez członków rodziny ich praw. Jednak z art. 8 Konwencji wynika też pozytywne zobowiązanie państwa do skutecznego zapewnienia „poszanowania życia rodzinnego”. Zatem każde państwo, które ratyfikowało Konwencję, przyjęło na siebie obowiązek zastosowania środków mających na celu zabezpieczenie poszanowania życia rodzinnego, nawet w sferze relacji między jednostkami, włączając w to zarówno ramy regulacyjne systemu sądenia i egzekucji chroniące prawa jednostek, jak również implementację, gdy jest to właściwe, szczególnych środków¹⁵.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *X i Y przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 26.03.1985 r., skarga nr 8978/80.

Trybunał zwracał Polsce uwagę, że zarówno w kontekście negatywnym, jak i pozytywnym należy znaleźć równowagę pomiędzy interesami osób zaangażowanych w konflikt (dobro dzieci oraz każdej ze stron) a interesem ogółu, który z reguły polega na zapewnieniu poszanowania rządów prawa¹⁶.

Także w sprawach, które były wytoczone wobec innych niż Polska państw Trybunał doceniał prawa dziecka, podkreślając, że artykuł 8 Konwencji obejmuje nie tylko prawo rodzica do podejmowania działań mających na celu utrzymywanie relacji z dzieckiem, ale i obowiązek organów państwa do zagwarantowania skutecznych środków służących realizacji tego celu. Obowiązek ten odnosi się nie tylko do spraw, w których przymusowo zabiera się dziecko pod opiekę państwa, ale także do wdrażania środków opieki oraz do spraw, w których spory pomiędzy rodzicami lub innymi członkami rodziny dotyczą kontaktów z dzieckiem i jego miejsca zamieszkania¹⁷.

Obowiązek ten był wielokrotnie wyrażany przez Trybunał w dobitny sposób – władze krajowe mają obowiązek zapewnienia wykonania prawa uprawnionego do osobistych kontaktów z dzieckiem, gdyż to do nich należy wykonywanie władzy publicznej i to one dysponują środkami umożliwiającymi pokonanie przeszkód w egzekucji¹⁸ – że nieuzasadniona odmowa udzielenia pomocy przez właściwy organ państwowy w skutecznym wykonywaniu orzeczeń sądowych dotyczących dostępu do dziecka jest niezgodna z pozytywnymi zobowiązaniami państwa wynikającymi z art. 8 Konwencji. Jednakże jednocześnie twierdził, że pogląd ten nie jest absolutny, chociaż zasadniczą kwestią jest to, czy organy te podjęły wszystkie konieczne środki w celu ułatwienia kontaktu, jak tego wymagają szczególne okoliczności danej sprawy (*mutatis mutandis Hokkanen przeciwko Finlandii*).

Mając na względzie długotrwałość takich postępowań Trybunał konstatawał, że ważnym czynnikiem w postępowaniu dotyczącym dzieci jest upływ czasu, który ma szczególne znaczenie, ponieważ zawsze istnieje niebezpieczeństwo, że jakakolwiek zwłoka w postępowaniu będzie miała wpływ na faktyczne rozstrzygnięcie sądu¹⁹ oraz na to, czy proces decyzyjny zapewni wymaganą ochronę interesów rodzicielskich²⁰.

Analiza spraw kierowanych przeciwko Polsce i zapadających w nich rozstrzygnięć prowadzi do wniosku, że wytykając błędy polskim sądom Trybunał bardzo szczegółowo i skrupulatnie badał stan faktyczny, w jakim doszło do naruszenia praw dziecka. Na przykład w już przywoływanej sprawie *Zawadka przeciwko Polsce* nie zgodził się, by pozbawienie praw rodzicielskich mogło być usprawiedliwione przez nieskorzystanie przez uprawnionego z dostępnych środków prawnych w celu zapewnienia skutecznego dostępu do dziecka, a w sprawie *Wojciech Nowak przeciwko Polsce*²¹ zauważył, że niekiedy konflikt między rodzicami może szczególnie utrudniać władzom krajowym wywiązanie się z obowiązku podjęcia działań w celu wyegzekwowania prawa jednego z rodziców do osobistych kontaktów z dzieckiem. Dla oceny wykonania tego obowiązku ważne jest to, czy władze zasięgały i brały pod uwa-

¹⁶ *D przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 14.03.2006 r., skarga nr 82115/02.

¹⁷ *Olsson przeciwko Szwecji*, wyrok ETPC z 27.11.1992 r., skarga nr 13441/87; *Hokkanen przeciwko Finlandii*, wyrok ETPC z 23.09.1994 r., skarga nr 19823/92.

¹⁸ *Nowak przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 8.06.2010 r., skarga nr 11118/06.

¹⁹ *H. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 8.07.1987 r., skarga nr 9580/81.

²⁰ *W. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 8.07.1987 r., skarga nr 9749/82.

²¹ *Wojciech Nowak przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 8.06.2010 r., skarga nr 11118/06.

gę opinie biegłych dotyczące reakcji psychicznych niedojrzałego dziecka wobec wymuszonych kontaktów z uprawnionym rodzicem. Istotnym czynnikiem jest również wola samego dziecka, które stało się dojrzałe do podjęcia samodzielnej decyzji co do swoich kontaktów z rodzicem. W takiej sytuacji władze krajowe powinny wysłuchać dziecka i liczyć się z jego zdaniem.

W tym kontekście należy zauważyć, że znacząca liczba spraw o naruszenie art. 8 konwencji (trzecie miejsce, mając na względzie rodzaj naruszonego prawa) musiała spowodować aktywność polskich władz publicznych na polu ustawodawstwa.

Cytowane powyżej stanowcze rozstrzygnięcia, ich utrwalona linia oraz liczba przegranych przez Polskę spraw z tego zakresu musiały doprowadzić do konkluzji, że w tej dziedzinie mamy do czynienia z błędem systemowym, którego naprawienie wymaga daleko idących zmian ustawodawczych. Przeprowadzone przez autora badanie pozwala na stwierdzenie, że zmiany takie nastąpiły. W Ministerstwie Sprawiedliwości opracowano projekt ustawy o zmianie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz niektórych innych ustaw. Projekt ten uzyskał akceptację Sejmu, który 6 listopada 2008 roku uchwalił stosowną ustawę o zmianach²². Weszła ona w życie 13 czerwca 2009 roku.

Uwzględniając dominujące zapatrywanie doktryny i orzecznictwa, przedstawiono nową koncepcję, w związku z którą obligatoryjna część wyroku rozwodowego (art. 58 § 1 K.r.o.) obejmuje nie tylko rozstrzygnięcie kwestii trwałego i zupełnego rozkładu pożycia pomiędzy małżonkami oraz władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i kosztach utrzymania i wychowania dziecka, ale została rozszerzona o orzekanie o kontaktach z dzieckiem. Ponadto stworzono podstawę do uwzględnienia przez sąd porozumienia małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej, jeżeli będzie ono zgodne z dobrem dziecka. Nowy § 1a tego artykułu kompleksowo określa zasady kształtowania władzy rodzicielskiej rozwiedzionych małżonków. Pozostawiona zostaje mianowicie treść drugiego zdania obecnego art. 58 § 1 (powierzenie władzy rodzicielskiej jednemu z małżonków z jednoczesnym ograniczeniem jej w odniesieniu do drugiego małżonka) oraz dodane postanowienie uzależniające powierzenie władzy rodzicielskiej obojgu małżonkom od przedstawienia zgodnego z dobrem dziecka porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej, jeżeli zasadnie można oczekiwać ich współdziałania w sprawach dziecka. Przedstawione powyżej unormowanie będzie miało również zastosowanie przy orzekaniu o unieważnieniu małżeństwa (art. 21 K.r.o.) i separacji (art. 61 § 1 K.r.o.)³.

Jako istotny element relacji wewnątrzrodzinnych potraktowano kontakty z dzieckiem, które ujęto jako atrybut niezależny od władzy rodzicielskiej, ale należący do „praw rodzicielskich” wskazanych w art. 48 ust. 2 Konstytucji RP. Kontakty te powinny stanowić przedmiot nie tylko prawa, ale i obowiązku rodziców, co z kolei jest w pełni zgodne z charakterem władzy rodzicielskiej i ułatwiać powinno stosowanie prawa dotyczącego kontaktów, jako instytucji zbliżonej w miarę możliwości swoim charakterem do instytucji władzy rodzicielskiej, która także stanowi prawo i obowiązek. Utrzymywanie kontaktów z dzieckiem nowelizacja ujmuje także jako prawo i obowiązek dziecka. Ujęcie tych kontaktów tylko w kategorii prawa dziecka (tak np. czyni prawo niemieckie) jest niezasadne z uwagi na to, że prawo rodziców nie miałyby tutaj swojego odpowiednika w postaci obowiązku dziecka. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do kontaktów ze starszym już dzieckiem.

²² Dz. U. Nr 220, poz. 1431.

Takie podejście odpowiada postanowieniom art. 9 ust. 3 Konwencji o prawach dziecka, który stanowi, że dziecko ma prawo do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców, z wyjątkiem przypadków gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka²³.

Nowelizacja uwzględnia również art. 10 tej Konwencji, stanowiący, że dziecko, którego rodzice przebywają w różnych państwach, będzie miało prawo do utrzymywania regularnych (z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych), osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców. Bierze ona pod uwagę także treść Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, przyjętej przez państwa członkowskie Rady Europy w Wilnie w maju 2002 roku²⁴.

Dotychczasowy stan prawny w kontekście omawianych wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu był jednak krytykowany za brak efektywności środków stosowanych do wymuszania respektowania orzeczeń o kontaktach z dziećmi.

Na tym polu również należy odnotować daleko idące zmiany. 26 maja 2011 roku Sejm uchwalił ustawę o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 144, poz. 854), którą m.in. wprowadził doń w części pierwszej w księdze drugiej w tytule II w dziale pierwszym w rozdziale 2 nowy oddział 6 – „Sprawy dotyczące wykonywania kontaktów z dziećmi” (art. 598 ust. 15-21). Przyjmując omawiane rozwiązanie polskie sądy rodzinne w razie uzasadnionej obawy naruszenia obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach lub zawartej ugody będą mogły zagrozić osobie, która nie wykonuje lub niewłaściwie wykonuje te obowiązki, nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz osoby uprawnionej do kontaktów z dzieckiem. Jeżeli osoba zobowiązana w dalszym ciągu nie będzie wykonywała swojego obowiązku lub będzie go wykonywała niewłaściwie, sąd opiekuńczy nakaże jej zapłatę, ustalając wysokość sumy stosownie do liczby naruszeń. Rozwiązanie to zostało wprowadzone z myślą położenia kresu licznym nadużyciom w takcie wykonywania orzeczeń i ugód dotyczących kontaktów z dziećmi. Na ocenę, czy spełni ono pokładane w nim nadzieje, z uwagi na krótki czas od jego wprowadzenia, jest jeszcze za wcześnie²⁵.

Na uwagę w kontekście wpływu na systemową ochronę praw dziecka zasługuje również wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 marca 2010 roku w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polsce*²⁶.

Ze względu na jego znaczenie dla ochrony procesowych praw dziecka, które od ponad trzydziestu lat opierają się na skonstruowanym wówczas specyficznym polskim modelu postępowania w sprawach nieletnich²⁷, który jako cel stawia sobie przeciwdziałania ich demoralizacji i przestępczości oraz stwarzanie warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia społecznego, a także umacnianie funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletnich na świadomych swych obowiązków członków społeczeństw, zasadne będzie dokonanie analizy wymienionego wyroku.

W sprawie tej skarżący Paweł Adamkiewicz, powołując się na art. 6 ust. 1 i 3 Konwencji (prawo do rzetelnego procesu), zarzucił, że naruszono jego prawo obrony w toku postępo-

²³ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

²⁴ Zob. Internetowa Baza Traktatowa [na:] <http://www.ms.gov.pl>.

²⁵ Zmiany te bowiem weszły w życie 13.08.2011 r. (Dz.U. z 2011 r. Nr144, poz. 854).

²⁶ *Adamkiewicz przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 2.03.2010 r., skarga nr 54729.

²⁷ Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z 26.10.1982 r. (Dz. U. z 2002 r. Nr 11, poz. 109, t.j.)

wania wyjaśniającego prowadzonego wobec niego na podstawie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich: jego wyjaśnienia odebrane w trakcie tego postępowania z naruszeniem prawa stały się podstawą późniejszych ustaleń dokonanych przez sąd. Skarżący zarzucił nadto, że sąd rodzinny w jego sprawie nie był bezstronny, gdyż sędzia, który prowadził czynności wyjaśniające, był również członkiem składu rozpoznającego następnie sprawę.

Trybunał opierając swoje rozstrzygnięcie o art. 6. ust. 3 w związku z art. 6 ust. 1 Konwencji uznał, że zarzucane naruszenia faktycznie miały miejsce i na podstawie art. 41 Konwencji zasądził na rzecz Pawła Adamkiewicza kwotę 10 tys. euro zadośćuczynienia.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia prawa do obrony, to analiza sprawy nie pozostawia wątpliwości co do faktu jego zaistnienia. Nieletni nie został poinformowany przez swojego obrońcę o prawie do odmowy składania wyjaśnień, który uczynił to dopiero po 6 tygodniach od chwili wszczęcia postępowania. Obrońca podjął kilka nieskutecznych prób kontaktu ze skarżącym w czasie, gdy przebywał on w schronisku dla nieletnich. Zdaniem Trybunału obciążające Pawła Adamkiewicza przyznanie się do winy zostało uzyskane bez uprzedniego pouczenia o przysługujących mu prawach. Z uwagi na swój wiek skarżący nie był bowiem świadomy przysługującego mu prawa do ustanowienia obrońcy.

Odnośnie do zarzutu braku bezstronności sądu dla nieletnich Trybunał podkreślił, że postanowienie o rozpoznaniu sprawy przez sąd rodzinny w postępowaniu poprawczym opierało się na stwierdzeniu, zgodnie z którym okoliczności ujawnione w toku postępowania wyjaśniającego wskazują na skarżącego jako sprawcę. Według Trybunału ze sformułowania zawartego w treści postanowienia wynika, że sędzia miał już wyrobione przekonanie w kwestii winy skarżącego, którą to kwestię miał rozstrzygnąć jako przewodniczący składu orzekającego w sprawie. To zaś świadczyło o braku jego bezstronności przy rozpoznawaniu sprawy, a w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji.

Trybunał podkreślił, że fakt podjęcia przez sędziego czynności przed rozpoczęciem postępowania poprawczego nie może sam w sobie stanowić podstawy do formułowania ocen w zakresie jego bezstronności. Podobnie wynikająca z podjętych czynności dogłębna znajomość sprawy przez tego sędziego nie implikuje istnienia u niego uprzedzenia, uniemożliwiającego bezstronne orzekanie w sprawie. Zdaniem Trybunału również wstępna ocena dostępnych danych dokonana przez sędziego nie może być uznana za mogącą wpływać w decydującym stopniu na końcowe rozstrzygnięcie. Istotne jest natomiast to, aby ta ocena była dokonana w momencie wyrokowania, w oparciu o dowody przeprowadzone w trakcie postępowania przed sądem.

Należy zauważyć, że chociaż Trybunał podkreślił, iż nie ocenia rozwiązań prawa krajowego w zakresie postępowania w sprawach nieletnich, lecz jego funkcjonowanie w tym konkretnym przypadku, to jednak tezę, że w istocie Trybunał dyskwalifikuje rozwiązania o charakterze systemowym, trzeba uznać za uzasadnioną.

W zakresie szczegółowych rozwiązań dotyczących prowadzenia postępowania w sprawach nieletnich polski model przewiduje, że sędzia rodzinny wszczyna postępowanie, jeżeli zachodzi podejrzenie istnienia okoliczności, o których mowa w art. 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (art. 21). Prowadząc postępowanie wyjaśniające powinien on ustalić, czy istnieją okoliczności świadczące o demoralizacji nieletniego, a w sprawie o czyn karalny, czy rzeczywiście został on popełniony przez nieletniego, a także ustalenie, czy zachodzi potrzeba zastosowania wobec nieletniego środków przewidzianych w ustawie (art. 33).

Jak wspomniano wyżej, jeżeli na podstawie zebranych materiałów sędzia rodzinny uzna, że ze względu na okoliczności i charakter sprawy oraz osobowość nieletniego celowe jest zastosowanie środków wychowawczych lub leczniczych, wydaje postanowienie o rozpoznaniu sprawy w postępowaniu opiekuńczo-wychowawczym (art. 42 § 1).

Jeżeli natomiast sędzia rodzinny uzna, że zachodzą warunki do umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym, wydaje postanowienie o rozpoznaniu sprawy w postępowaniu poprawczym (art. 42 § 2). W tym wypadku postępowanie w dalszym ciągu toczy się w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania karnego.

Uregulowanie to musi zakładać, że sędzia rodzinny, który wydaje postanowienie o prowadzeniu sprawy w postępowaniu poprawczym, jest przekonany już na etapie zakończenia postępowania wyjaśniającego co do istnienia po stronie nieletniego sprawcy czynu karalnego warunków do umieszczenia go w zakładzie poprawczym. W takiej sytuacji trudno jest nie przypisać sędziemu prowadzącemu sprawę nieletniego zarzutu braku bezstronności, skoro już na wcześniejszym etapie postępowania wyrobił on sobie pogląd o tym, że okoliczności popełnienia czynu wskazują na nieletniego jako na jego sprawcę, co też określa sędzia w postanowieniu o prowadzeniu postępowania w trybie poprawczym (art. 43 § 2). Przedstawiony zarzut jest spotęgowany przez postanowienie art. 50 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, zgodnie z którym Sąd rodzinny orzeka na rozprawie w składzie jednego sędziego oraz przez praktykę mającą miejsce w polskim systemie sądownictwa rodzinnego polegającą na tym, że zarówno postępowanie wyjaśniające, jak i poprawcze prowadzi ten sam sędzia.

Ponadto, jak wynika ze statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości, na ogólną sumę 7326 rozpatrzonych spraw w postępowaniu poprawczym w latach 2005 – 2009, umieszczenie w zakładzie poprawczym orzeczono w 5871 przypadkach. Przytoczone dane obrazują zasadność obawy o praktyczne niebezpieczeństwo wynikające z nagminnego naruszania przez polskie sądy rodzinne zasady bezstronności. Jest bowiem oczywiste, że o wiele trudniej jest wykazać przez nieletniego brak sprawstwa po jego stronie w sytuacji, gdy sąd (ten sam sędzia rodzinny) jest przekonany o sprawstwie nieletniego jeszcze przed wydaniem wyroku.

Omawiane rozwiązanie było już wcześniej krytykowane w polskim piśmiennictwie, na przykład Helena Kołakowska-Przełomiec zwróciła uwagę, że dualizm procedur w postępowaniu z nieletnimi utrudnia realizację podstawowych gwarancji, m.in. zasady domniemania niewinności, i że fikcją jest podjęcie najpierw przez sędziego rodzinnego decyzji co do zastosowania określonego środka, a potem prowadzenie postępowania rozpoznawczego, w wyniku którego ma tę decyzję powziąć²⁸.

Krytycznie należy ocenić rozwiązanie przyjęte w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich polegające na tym, że sędzia rodzinny podejmuje decyzję o rodzaju środka wychowawczego lub poprawczego już w toku postępowania wyjaśniającego²⁹.

Nie bez znaczenia dla oceny obowiązującego w Polsce rozwiązania musi być bogate i ugruntowane orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kwestii bezstronności sądu. Dla celów niniejszej analizy wystarczy wskazać też 52 orzeczenia Trybunału w sprawie *Hauschildt przeciwko Danii* (skarga nr 10486), też 41 orzeczenia w sprawie *Wer-*

²⁸ H. Kołakowska-Przełomiec, *Dziecko jako sprawca i ofiara przestępstwa. Ochrona dziecka w prawie karnym*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 417.

²⁹ M. Korcył-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Warszawa 2008, s. 205.

ner przeciwko Polsce (skarga nr 26760/95), czy też tezę 35 orzeczenia w sprawie *Nortier przeciwko Holandii* (skarga nr 13924/88).

Poddane analizie rozwiązania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (art. 42 § 1, 43 § 2) oraz praktyka stosowania wymienionych przepisów obarczone są błędem systemowym. Błąd ów sprawia, że prawo dziecka do rzetelnego procesu sądowego w ramach polskiego modelu postępowania w sprawach nieletnich stało się iluzoryczne. W rzeczywistości poddane analizie rozwiązania są sprzeczne z generalną zasadą dobra dziecka, a specyfika polskiego rozwiązania polega na przyjęciu wobec dzieci niższych standardów ochrony ich praw niż wobec osób dorosłych.

Na marginesie przeprowadzonych rozważań należy wspomnieć, że dokonana analiza uwytknęła szereg innych braków ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, które już wcześniej były podnoszone w ramach międzynarodowych mechanizmów kontroli. W tym zakresie wskazać można zalecenia Komitetu Praw Dziecka z 4 października 2002 roku przedstawione po rozpatrzeniu złożonego przez Polskę sprawozdania z wykonania konwencji o prawach dziecka. Dotyczyły one określenia w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich dolnej granicy wieku odpowiedzialności dziecka³⁰, długości pobytu dziecka w schronisku dla nieletnich i stosowania środków izolacyjnych jedynie w ostateczności³¹.

W kontekście analizy ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich dokonanej na gruncie sprawy *Adamkiewicz przeciwko Polsce* należy stwierdzić, że istnieje pilna potrzeba dokonania interwencji legislacyjnej w polski model postępowania w sprawach nieletnich wchodzących w konflikt z prawem. Nie kwestionując zasadniczego celu, jakim jest zwalczanie demoralizacji wśród dzieci, należy dążyć do przyjęcia takich środków jego realizacji, by nie naruszać ich podstawowych praw procesowych. W każdym wypadku prawa te powinny być chronione w sposób szczególny. Ustawodawca jak najrychlej powinien sprostać wyzwaniu, jakie wynika z krytycznej analizy orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polsce*.

Wpływ Konwencji na zmianę praktyki stosowania prawa

Jak już wyżej wspomniano, zmiana praktyki stosowania prawa może być dokonana w drodze zmiany postępowania organów lub funkcjonariuszy państwowych. Cel ten w Polsce jest realizowany głównie w drodze wykorzystania instrumentów wewnętrznego nadzoru administracyjnego sprawowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości nad podległymi mu jednostkami. Wykonywany był on m.in. przez organizowanie szkoleń dla sędziów, prokuratorów, kuratorów i urzędników sądowych oraz przez upowszechnianie wśród nich zarówno treści Konwencji, jak i wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz ich głównych tez. W tym kontekście warto wskazać, że Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury tylko w 2010 roku przeprowadziła dwie edycje szkoleń dotyczących wcześniej omówionych zmian w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz w Kodeksie postępowania cywilnego dotyczących postępowań przed sądem opiekuńczym, wprowadzonych ustawą z 6 listopada 2008 roku o zmianie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz niektórych innych ustaw, którymi

³⁰ Zob. uwagi 25 i 26 zaleceń Komitetu Praw Dziecka [na:] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc>.

³¹ *Ibidem*, uwaga 51.

objęto 91 sędziów. Szkolenie to obejmowało takie tematy jak: orzekanie w wyroku rozwodowym o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem – plan wychowawczy, pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, obowiązek alimentacyjny, zmiany uregulowań w zakresie postępowania odrębnego w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi, obowiązek wysłuchania małoletniego w postępowaniu sądowym, możliwość orzekania przez sąd rozwodowy w kwestiach ustalenia kontaktów ze wspólnymi małoletnimi dziećmi stron w postępowaniu zabezpieczającym – art. 445 § 1 Kpc¹. Przeprowadzono także szkolenie obejmujące wybrane zagadnienia procesowe z zakresu problematyki związanej ze sprawami o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w świetle zmian dokonanych przez ustawy z 6 listopada (Dz. U. nr 220, poz. 1431) i 5 grudnia 2008 roku (Dz. U. nr 234, poz. 1571) oraz orzecznictwa SN i rozstrzygania w sprawach o ustalenie kontaktów z dzieckiem po nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego. Zostało ono zrealizowane w dwóch edycjach, które objęły łącznie grupę 99 sędziów. Inne szkolenie natomiast dotyczyło zagadnień z zakresu psychologii i psychiatrii, niezbędnych w pracy sędziego rodzinnego. W ramach tego szkolenia (dla 94 sędziów) zrealizowano następujące tematy: wysłuchanie dziecka sprawach rozwodowych oraz w postępowaniu przed sądem opiekuńczym – uwarunkowania psychologiczne, kontekst rozwojowy, rodzinny i sytuacyjny, kontekst rozwojowy wysłuchania dziecka w sądzie oraz ocena kompetencji wychowawczych rodziców³².

W październiku 2010 roku przeprowadzono także szkolenie dla grupy 50 prokuratorów na temat: „Udział prokuratora w postępowaniach z zakresu prawa administracyjnego, cywilnego oraz w sprawach rodzinnych i opiekuńczych”.

Warto też odnotować szkolenia przeprowadzone przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury dla kuratorów sądowych obejmujące problematykę praw dziecka. Zrealizowane tematy to: 1) Dziecko jako ofiara przemocy w rodzinie w ujęciu socjologiczno-psychologiczno-pedagogicznym; 2) Dziecko jako ofiara przemocy w rodzinie – rola zawodowego kuratora rodzinnego w prawno-karnej ochronie dziecka; 3) Kontakty rodzica z dzieckiem w świetle regulacji Krio i Kpc oraz orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wykonywanie orzeczeń sądów zagranicznych rozstrzygających o kontaktach z małoletnimi dziećmi. Ratyfikacja Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi; 4) Uprawnienia i obowiązki zawodowego kuratora rodzinnego w postępowaniu o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką oraz w sprawie o umieszczenie małoletnich w środowisku; 5) Nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ze szczególnym uwzględnieniem działu „Kontakty z dzieckiem” oraz ustawa postępowanie w sprawach nieletnich; 6) Mediacje rodzinne; 7) Opieka i pomoc rodzinie zagrożonej eurosieroctwem; 8) Problematyka ochrony praw dziecka w świetle prawa krajowego i międzynarodowego. Instytucje i organizacje krajowe oraz międzynarodowe działające na rzecz praw dziecka; 9) Budowanie lokalnych systemów przeciwdziałania przemocy w ramach realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie³³.

Dla zmiany praktyki ważne też będzie zapewnienie powszechnie dostępnej informacji o treści wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka poprzez publikowanie ich tekstów, omówień, skrótów oraz tłumaczeń. Aktualnie informacje takie są dostępne na stronie

³² Zob. <http://www.kSSIP.gov.pl>.

³³ *Ibidem*.

internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości <http://www.ms.gov.pl>, na której znajdują się nie tylko wyroki wydawane w „sprawach polskich”, ale także wybrane wyroki w „sprawach zagranicznych” oraz opracowania, analizy i standardy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Udostępniono m.in. tekst Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z protokołami dodatkowymi, podstawowe informacje dotyczące składania skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy mające na celu zapewnienie efektywności wdrażania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na poziomie krajowym i Europejskim, Program Działań Rządu w sprawie wykonywania wyroków ETPC wobec Polski oraz raporty z nadzoru nad wykonaniem wyroków z lat 2008-2010.

W kontekście wpływu konwencji na zmianę praktyki należy odnotować, że w listopadzie 2009 roku w strukturach Ministerstwa Sprawiedliwości przeprowadzono zmiany organizacyjne i utworzono Departament Praw Człowieka. Utworzono w nim Wydział d.s. Postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, do którego zadań należy m.in. współpraca z Ministerstwem Spraw Zagranicznych w zakresie postępowań toczących się przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu, badanie akt spraw, których dotyczą skargi złożone do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, po zakomunikowaniu skarg stronie rządowej, a w przypadku stwierdzenia uchybień – projektowanie pisma w zakresie rozważenia możliwości objęcia sprawy nadzorem administracyjnym, względnie podjęcia innych czynności mających na celu wyeliminowanie uchybień i powiadomienia o podjętych czynnościach; monitorowanie postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka lub próby ugodowej, tłumaczenie na język polski i przedstawianie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do wiadomości właściwym organom celem ich rozpowszechnienia oraz umieszczanie ich na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, zbieranie informacji o sprawach sądowych, w których sądy powołały się na międzynarodowe instrumenty ochrony praw człowieka oraz upowszechnianie w sądach sposobu korzystania z tych instrumentów, opiniowanie aktów prawnych przedstawianych przez inne komórki organizacyjne Ministerstwa oraz przygotowywanie projektów odpowiedzi na interwencje, interpelacje, zapytania poselskie i oświadczenia senatorskie³⁴.

Konkluzje

Na tle przedstawionych spraw rozstrzyganych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka dotyczących ochrony praw dziecka oraz kierunku przeprowadzonych zmian w polskim ustawodawstwie można postawić tezę, że wpływ Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności na ochronę praw dziecka w Polsce jest procesem dynamicznym, podążającym w kierunku pełnego urzeczywistnienia przysługującym dziecku praw i wolności. Z całą pewnością służą temu podejmowane inicjatywy legislacyjne, których przykłady zostały w niniejszym opracowaniu omówione. Podobną ocenę można wyrazić także w stosunku do przedstawionych działań podejmowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Niemniej jednak weryfikacja skutków podjętych przedsięwzięć będzie następowała

³⁴ Zob. <http://www.ms.gov.pl>.

w drodze praktyki stosowania prawa (w szczególności przez sądy powszechne) i poprzez oceny wyrażane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kontekście ewentualnych skarg kierowanych przeciwko Polsce.

Nie można też pominąć niektórych obszarów ochrony praw dziecka, które wymagają pilnej interwencji legislacyjnej państwa. Przykładowo należy zwrócić uwagę na problem dzieci pozostawionych bez opieki rodziców na skutek migracji³⁵. Innym zagadnieniem domagającym się uregulowania jest kwestia ustalenia pochodzenia dziecka, którego ojcem biologicznym nie jest mąż jego matki, a któremu służy domniemanie ojcostwa³⁶. Również ta problematyka powinna jak najrychlej stać się przedmiotem prac legislacyjnych, choćby z uwagi na poszanowanie prawa dziecka do poznania swojej tożsamości, które niewątpliwie mieści się w zakresie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego o którym mowa w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Na tle powyższych uwag warto też przedstawić refleksję, że podmiotem obowiązującym do działań realizujących prawa człowieka jest nie tylko państwo. Jako podmiot podejmowanych zobowiązań międzynarodowych obciążone jest ono odpowiedzialnością za naruszenia praw człowieka dokonane nie tylko przez jego organy, ale także przez podmioty podległe jego jurysdykcji³⁷. Zakłada się zatem, że podmiotem łamiącym prawa człowieka, a więc i podmiotem zobowiązanym do odpowiednich działań z tytułu tych praw, jest nie tylko państwo.

Do podobnego wniosku prowadzi także nawet pobieżna analiza zasadniczych typów obowiązków państwa, wyznaczonych postanowieniami traktatów chroniących prawa człowieka. Wyróżnia się zwykle trzy typy takich obowiązków: obowiązek respektowania, obowiązek ochrony i obowiązek zapewnienia. Realizacja tych obowiązków wymaga tego, aby państwo nałożyło na jednostki obowiązki umożliwiające realizację praw człowieka. Zmierzająca w tym kierunku działalność państwa powoduje, że w niektórych kręgach prawa człowieka, w tym i prawa dziecka, cieszą się „złą sławą”. Jednak współczesne pojmowanie praw człowieka, które wyrasta z tradycji prawnonaturalnej, nakazuje właściwe pojmowanie praw dziecka, jako takich, których nie można „przeakcentować” w takim sensie, że będzie ich „za dużo”. Dobrze pojęte prawa dziecka charakteryzowane są także przez obowiązki i prawa innych, w tym prawa rodziców i rodziny³⁸.

Realizacja przynajmniej niektórych dóbr jest dla podmiotu praw także obowiązkiem, jak to jest w przypadku omawianego prawa do utrzymywania kontaktów w ramach szerszego prawa do rodziny, czy też prawa do nauki. Zatem spór nie dotyczy zagadnienia „za dużo” czy „za mało”, ale samej koncepcji praw podmiotowych lub treści poszczególnych praw. Winna nie jest sama idea praw człowieka (ani praw dziecka), ale jej zideologizowanie lub niezrozumienie.

³⁵ Wg badań przeprowadzonych przez fundację „Prawo Europejskie” problem tzw. eurosieroctwa dotyczy ok. 110 tys. polskich rodzin. Zob. J. Mikuła, *Eurosieroctwo 2008. Materiał sygnałny (zapowiedź raportu)*, Studium Prawa Europejskiego, [na:] <http://www.fundacja-pe.nazwa.pl/joomla/pliki/eurosieroctwo.pdf>.

³⁶ Zob. *Różański przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 18.05.2006 r., skarga nr 55339/00; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2.04.2003 r. w sprawie K 18/02.

³⁷ C. Mík, *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992, s. 35.

³⁸ M. Piechowiak, *Czym są prawa dziecka*, [w:] *Prawa dziecka po przystąpieniu do Unii Europejskiej*, red. M. Potapowicz, M. Krauzowicz, P. Przybylski, Warszawa 2004, s. 26-28.

W związku z tym nie do przyjęcia wydaje się interpretacja praw człowieka, w tym i praw dziecka, jako praw podmiotowych w sensie wolnościowym. Prawa te bowiem należy charakteryzować z uwzględnieniem własnych praw i obowiązków z nimi związanych, a także praw i obowiązków innych osób, jako elementów współkorelujących ich treść i zakres³⁹.

The impact of the European Convention on Human Rights on the rights of the child protection system in Poland

(Summary)

The purpose of the article is showing the impact of the European Convention on Human Rights for development of the protection of the rights of the child in Poland. The author points out that the impact of the Convention not only depends on national factors, but also the large number of applications to the European Court of Human Rights. The creation of effective mechanism of control of observance of human rights by the State-parties to the Convention is what distinguishes it from other existing mechanisms in the World.

In this context, the author considers the impact of the Convention on the protection of the rights of the child in Poland, both on the individual and the system area – focusing on the latter. This impact shall be made by the action taken by the Committee of Ministers of the Council of Europe and the States parties to the Convention to ensure compliance with the provisions of the Convention by the Member-Parties.

The author's research indicate that in recent years the applicants' activity, and consequently of the Court for the protection of children's rights, focused mainly on compliance with the obligations under Article 8 of the Convention. An analysis was made of a number of decisions, including on *X and Y v. the Netherlands*, application No. 8978/80, judgment of 26 March 1985, *D v. Poland*, application No. 82115/02, decision of 14 March 2006, *Olsson v. Sweden*, application No. 13441/87, judgment of 27 November 1992, *Hokkanen v. Finland*, application No. 19823/92, judgment of 23 September 1994 and *Nowak v. Poland*, application No. 11118/06, judgment of 8 June 2010. The firm resolve with its fixed line and the number of cases lost by Poland, led to the conclusion that in this area we have to deal with an erroneous system which require a far-reaching legislative changes.

Studies have allowed to establish that such changes have occurred. On 6 November 2008 the Polish Parliament passed the law amending the code of family and some other acts. The Act entered into force on 13 June 2009.

In new concept, in connection with which the mandatory part of the divorce judgment covers not only issues of cohabitation between spouses, property and the parental authority over the minor child and the cost of their maintaining and education but it has been extended to decisions about dealing with the child.

A basis for the consideration by the Court is the agreement of the spouses on how to exercise parental authority. Comprehensively defined the principle of parental authority spouses by adding provisions to entrust the parental authority to both spouses from the

³⁹ *Ibidem*.

addictiveness present good-child agreement about how to exercise parental authority. This will also apply to standardize the adjudicating of marriage and separation.

Contacts with the child are treated as an important element of the relationship inside the family. These contacts should be not only the right but also the obligation of the parents. Maintaining contact with the child, the amendment act to define as the right and duty of the child. Recognition of these contacts only in the category of children's rights is groundless because the right of parents would not have any equivalent in the form of a child's obligation here.

The revision also takes into account Article 10 of the Convention on the rights of the child, that the child whose parents reside in different countries will have the right to maintain regular personal relations and direct contacts, with both parents and the content of the Convention on contact with children, adopted by the Member States of the Council of Europe in Vilnius in May 2002. It was also noted that the existing state of the law in the context of the judgments of the European Court of Human Rights in Strasbourg, was criticized for the lack of efficiency in respect of contact with children.

In this field there have been far-reaching changes. On 26 May 2011 the Parliament passed a bill amending the code of civil procedure, introducing new solutions concerning the implementation of the contacts with children. By adopting this solution, the Polish courts in the event of a breach of obligations under the family concern with provisions of contacts may prescribe the person who does not perform or improperly performs the duties of a specified sum of money, paid to the person entitled to the contacts with the child. This solution has been introduced with a view to put an end to abuses regarding to contact with children.

Referring to the impact of the Convention on the practice of application of the law, its noticeable change was in the activities of the Ministry of Justice for organizing training for judges, prosecutors, judicial officers and the dissemination among them of content Convention and the judgments of the European Court of Human Rights.

There is a commonly available information about the content of the judgments of the European Court of Human Rights on the website of the Ministry of Justice <http://www.ms.gov.pl>. There are not only judgments issued in the "Polish matters", but also selected sentences in "Foreign Affairs", their elaboration and analysis. The website provides the text of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with additional protocols, information concerning the submission of applications to the European Court of Human Rights, the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe on ensuring efficiency of the implementation of the European Convention on Human Rights, the program of action of the Government concerning the execution of the ECtHR judgments and of their implementation reports. In November 2009 a Department of Human Rights and the Division of Proceedings before the European Court of Human Rights was created in the structures of the Ministry of Justice.

In conclusion the author has put the thesis that the impact of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms for the protection of the rights of children in Poland is a dynamic process, established towards the full accomplishment of the rights and freedoms of the child. Serve this legislative initiatives taken. A similar evaluation expressed in relation to the actions taken by the Ministry of Justice.

However, the review will be followed by effects from the application of the law and by the assessment expressed in the case law of the European Court of Human Rights.

The author did not miss those areas of protection of children's rights which require urgent legislative intervention. For example he drew attention to the problem of children left without parental care as a result of migration and the issue of determining origin of the children, whose biological father is not married to his mother, and which is covered by the presumption of paternity. They should become as quickly as possible the subject of legislative works.

Europejska Konwencja Praw Człowieka a kształtowanie się standardu prawa osób pozbawionych wolności do udziału w wolnych wyborach

Art. 3 Pierwszego Protokołu dodatkowego do Europejskiej konwencji o ochronie praw Człowieka i podstawowych wolności¹ (dalej: Protokół 1), stanowiący w europejskim systemie ochrony praw człowieka podstawę normatywną prawa do wolnych wyborów, nie pojawia się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nader często. W okresie ponad 50 lat (1959–2011) Trybunał w wyrokach stwierdził naruszenie owego postanowienia jedynie 51 razy². Tematyka związana z prawem do wolnych wyborów dopiero w ostatnich latach doczekała się większej aktywności orzeczniczej Trybunału, zważywszy na to, że pierwszy jego wyrok odnoszący się do stosowania przywołanego wyżej postanowienia Konwencji został wydany dopiero w roku 1987³.

Zasadnicza część orzecznictwa wydanego po tej dacie odnosi się do kwestii ograniczenia praw wyborczych jednostek w obu postaciach: tak prawa do udziału w wyborach, jak i prawa do bycia wybieranym, a jedynie w ograniczonym zakresie do aspektu instytucjonalnego wyborów⁴. Ograniczenia, tak czynnego, jak i biernego prawa wyborczego, mogą przy tym następować w związku z wystąpieniem różnego rodzaju okoliczności faktycznych, uzasadniających w ocenie ustawodawcy krajowego potrzebę limitowania udziału jednostki w życiu publicznym. W przypadku wniesienia skargi tego rodzaju ocena jest następnie poddawana analizie przez Trybunał z punktu widzenia wypracowanego w orzecznictwie standardu odnoszącego się do prawa do udziału w wolnych wyborach. Uzasadnienia ograniczenia praw wyborczych, abstrahując od ich prawidłowości z punktu widzenia zgodności ze standardem konwencyjnym, mogą być związane na przykład z obywatelstwem osoby, jej miejscem zamieszkania, stanem zdrowia psychicznego, czy też z odbywaniem kary pozbawienia wolności, względnie – z pozbawieniem praw publicznych.

* Sędzia Szymon Janczarek, Wydział ds. Postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, Departament Współpracy Międzynarodowej i Praw Człowieka, Ministerstwo Sprawiedliwości.

¹ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. (Dz. U. z 1993 roku, Nr 61, poz. 284–285). Więcej o prawie do wolnych wyborów w europejskim systemie ochrony praw człowieka zob. L. Garlicki, *Komentarz do Artykułu 3 Protokołu nr 1 do Konwencji [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, t. II: *Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, Warszawa 2011, s. 566–590, A. Gołuch, *Zasada wolnych wyborów w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Sejmowy”, 2007, nr 2(79), s. 240–253; Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2009.

² Tabela naruszeń Konwencji za lata 1959–2011, dostępna [na] http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/TABLEAU_VIOLATIONS_EN_2011.pdf.

³ *Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 2.03.2987 r., skarga nr 9267/81.

⁴ Zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 570 i nn., A. Gołuch, *op. cit.*, s. 246–247.

Celem niniejszego opracowania jest zarysowanie ewolucji standardu wynikającego z Konwencji, jak również z orzecznictwa Trybunału w zakresie prawa osób pozbawionych wolności do udziału w wyborach.

W pierwszej kolejności zostanie zaprezentowanych kilka uwag natury ogólnej odnoszących się do samego prawa do wolnych wyborów, sformułowanego w art. 3 Protokołu 1. Dalej, przedstawione zostanie orzecznictwo Trybunału w węższym zakresie, odnoszącym się do kwestii stanowiącej główny przedmiot analizy, czyli dopuszczalności ewentualnych ograniczeń prawa do udziału w wyborach w odniesieniu do osób pozbawionych wolności – stan istniejący w orzecznictwie Trybunału przed wydaniem wyroku w sprawie *Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 2)*⁵ i po nim. Stanowi on bowiem najważniejszy jak do tej pory głos Trybunału w dyskusji co do tego, czy osoby pozbawione wolności powinny mieć prawo do udziału w wyborach, czy też – z uwagi na popełnienie przestępstw na tyle poważnych, że skutkujących pozbawieniem ich wolności – powinny być owego prawa pozbawione, ponosząc tym samym konsekwencje swoich antyspołecznych zachowań. Z racji tego, że po wyroku w sprawie *Hirst* Trybunał jeszcze kilkakrotnie zajmował się tego rodzaju tematyką, celowym będzie również przybliżenie rozumowania zaprezentowanego w wyroku *Frodl przeciwko Austrii*⁶, jak również w wyroku pilotażowym wydanym w sprawie *Greens i M. T. przeciwko Wielkiej Brytanii*⁷. To, że dyskusja w materii tej jeszcze się nie zakończyła, wynika chociażby z aktualnego stanu sprawy *Scoppola przeciwko Włochom (nr 3)*⁸. Po przeanalizowaniu zasygnalizowanego orzecznictwa zostaną sformułowane konkluzje, ze szczególnym naciskiem na kwestie związane z oddziaływaniem orzecznictwa na systemy prawne państw-członków Rady Europy oraz dynamikę procesu kształtowania się wspólnego standardu w tym zakresie.

Zagadnienia ogólne

Wprawdzie do podpisania Protokołu 1 – którego art. 3 stanowi, że Wysokie Układające się Strony zobowiązują się organizować w rozsądnych odstępach czasu wolne wybory oparte na tajnym głosowaniu, w warunkach zapewniających swobodę wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego – doszło już w 1952 roku, jednakże pierwszy wyrok, w którym Trybunał odniósł się do zarzutu jego naruszenia, w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt*, został wydany dopiero 35 lat później. Wyrok ten jest istotny z co najmniej dwóch względów: po pierwsze w ostateczny i autorytatywny sposób rozwiewa wątpliwości co do podmiotowego charakteru prawa do udziału w wolnych wyborach, po drugie zaś wskazuje na przypadki dopuszczalnego ograniczenia tego prawa, formułując szczególną postać testu pozwalającego na stwierdzenie, czy w konkretnej sprawie ograniczenie prawa do wolnych wyborów było zgodne ze standardem konwencyjnym.

Jak stwierdził sam Trybunał, specyficzne ujęcie redakcyjne art. 3 Protokołu 1 mogło początkowo sugerować, że nie powołuje on do życia *expressis verbis* prawa podmiotowego,

⁵ Wyrok Wielkiej Izby z 6.10.2005 r., skarga nr 74025/01.

⁶ Wyrok z 8.04.2010 r., skarga nr 20201/04.

⁷ Wyrok z 23.11.2010 r., skargi nr 60041/08 i 60054/08.

⁸ Wyrok z 18.01.2011 r., skarga nr 126/05.

lecz nakłada na państwo, skuteczny jedynie w relacjach międzypaństwowych, obowiązek organizacji wolnych wyborów⁹. Istnieją jednak co najmniej dwa rodzaje argumentów pozwalających na zanegowanie tego rodzaju tezy, w szczególności odwołanie się do brzmienia preambuły do Protokołu 1, jego art. 5, jak również preambuły do Protokołu 4 do Konwencji, poza tym – na tego rodzaju intencje nie wskazują również *travaux préparatoires*¹⁰. Powyższa argumentacja doprowadziła Trybunał do konkluzji wyrażonej wprost w wyroku w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt*, zgodnie z którą redakcyjne międzypaństwowe „zabarwienie” art. 3 Protokołu 1 nie wskazuje na jego odmiennosc co do istoty w zestawieniu z innymi prawami podmiotowymi, zawartymi w Konwencji i Protokołach Dodatkowych. Przyczyną tego typu stanu rzeczy wydaje się raczej potrzeba nadania szczególnej rangi przyjmowanemu zobowiązaniu, jak również fakt, że podstawowym obowiązkiem w tej materii nie jest powstrzymywanie się czy też brak ingerencji, jak ma się to w przypadku większości praw obywatelskich i politycznych, lecz zobowiązanie do przedsięwzięcia przez państwo środków o charakterze pozytywnym w celu zorganizowania wolnych wyborów¹¹.

Trybunał, determinując ostatecznie podmiotowy charakter prawa do wolnych wyborów, zabrał również głos w kwestii charakteru tego prawa, jak i jego ewentualnych ograniczeń. Oczywiście punktem wyjścia było tu stwierdzenie, że sposób postrzegania natury prawa do wolnych wyborów podlegał w orzecznictwie Europejskiej Komisji Praw Człowieka ewolucji: od idei instytucjonalnego prawa do organizacji wyborów, poprzez zasadę powszechności wyborów aż do koncepcji podmiotowych praw do udziału w wyborach w formie czynnej i biernej¹².

Jeżeli zaś chodzi o kwestie jego dopuszczalnych zgodnie ze standardem konwencyjnym ograniczeń, Trybunał nie miał wątpliwości, że pomimo braku w treści art. 3 Protokołu 1 stosownych klauzul imitacyjnych, prawo do wolnych wyborów nie ma charakteru absolutnego, a skoro nie zostały one wyartykułowane w sposób wyraźny, istnieje pewien obszar dla ograniczeń, który może być ukształtowany w sposób szerszy niż w innych przypadkach. Oczywiście państwa mają szeroki margines swobody przy określaniu warunków korzystania z prawa głosu, ale to rolą Trybunału będzie tu zweryfikowanie, czy spełnione zostały wymogi wynikające z treści art. 3 Protokołu 1. Jakiego rodzaju są to wymogi? Ograniczenia prawa do wolnych wyborów przewidziane w prawie wewnętrznym nie mogą mianowicie zawęzić prawa jednostki w zakresie naruszającym samą jego istotę oraz pozbawiającym go skuteczności, muszą być ustanawiane dla osiągnięcia prawowitego celu i być ku temu proporcjonalne. Przede wszystkim nie mogą one udaremniać swobody wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego¹³. Wnioskowanie Trybunału wskazuje więc na większą swobodę regulacyjną państwa przyznaną w sferze kształtowania prawa do wolnych wyborów

⁹ Tego rodzaju sugestia wynikała z zestawienia brzmienia postanowień o charakterze materialnym zamieszczonych w Konwencji oraz Protokołach Dodatkowych i użycia sformułowań „każdy ma prawo” oraz „nikt nie powinien” oraz zawartego w art. 3 Protokołu 1 zwrotu „wysokie układające się strony zobowiązują się”. W § 48 wyroku w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt* wspomina się w tym kontekście o § 239 orzeczenia z 18.01.1978 r., wydanego w sprawie *Irlandia przeciwko Wielkiej Brytanii*.

¹⁰ Wyrok w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt*, § 49.

¹¹ *Ibidem*, § 50.

¹² Ewolucję orzecznictwa Komisji Praw Człowieka prezentuje Trybunał w § 51 wyroku w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt*.

¹³ *Ibidem*, § 52.

niż przewidziana w przypadku praw ujętych na przykład w art. 8-11 Konwencji, skoro w przypadku ograniczeń prawa przewidzianego w art. 3 Protokołu 1 brak jest enumeratywnego wymienienia rodzajów „prawowitego celu”, którego realizacji służyć mają konkretne ograniczenia, jak również wymogu istnienia związku pomiędzy proporcjonalnością ograniczenia a warunkiem konieczności w demokratycznym społeczeństwie.

Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału wydane po roku 1987 katalog ewentualnych ograniczeń prawa do wolnych wyborów nie jest zamknięty, a podstawy ich stosowania mogą mieć charakter zależny bądź niezależny od zachowań osób, do których mają zastosowanie. Jedną z możliwych okoliczności stanowiących podstawę wprowadzania ograniczeń w korzystaniu z czynnego i biernego prawa wyborczego może być na przykład zawinione zachowanie konkretnej osoby, skutkujące pozbawieniem jej wolności

Sprawa *Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii*

W orzeczeniach wydanych przed wyrokiem w sprawie *Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii* Europejska Komisja Praw Człowieka akceptowała możliwość pozbawienia praw politycznych osób uznanych za winne zachowań antyobywatelskich (poważne nadużycie sprawowanej funkcji publicznej w okresie drugiej wojny światowej)¹⁴, czy też osoby skazanej na 8 miesięcy pozbawienia wolności za odmowę stawienia się do odbycia służby wojskowej¹⁵. Nawiązywano wówczas do pojęcia hańby, którą niosą ze sobą niektóre skazania i które powinny być brane pod uwagę przez ustawodawcę przy określaniu warunków korzystania przez jednostki z praw politycznych. Z kolei w sprawie *Patrick Holland przeciwko Irlandii*¹⁶ nie zakwestionowano sytuacji faktycznego braku możliwości głosowania w jednostkach penitencjarnych pozbawiającego osadzonych prawa udziału w wyborach.

Przełom nastąpił dopiero wówczas, gdy to Trybunał po raz pierwszy miał okazję zająć się problemem automatyzmu w zakresie pozbawieniem prawa głosu osób pozbawionych wolności w sprawie *Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 2)*¹⁷. Skarżący John Hirst został skazany na karę pozbawienia wolności w związku z zabójstwem, którego dopuścił się w warunkach poważnego zaburzenia osobowości. Skarżący, który w czasie odbywania kary pozbawienia wolności został pozbawiony prawa głosu w wyborach parlamentarnych i lokalnych zgodnie z art. 3 ustawy o reprezentacji ludności (Representation of the People Act) z 1983 roku, zainicjował postępowanie sądowe, na podstawie ustawy o prawach człowieka (Human Rights Act), celem stwierdzenia niezgodności tego przepisu z Konwencją. Jego żądanie zostało jednak oddalone. Skarżący, po wyczerpaniu drogi krajowej, wniósł skargę do Trybunału, zarzucając naruszenie art. 3 Protokołu 1 do Konwencji oraz art. 10 i 14 Konwencji. W wyroku

¹⁴ *X przeciwko Holandii*, decyzja EKPC z 10.12.1974 r., skarga nr 6573/74.

¹⁵ *H przeciwko Holandii*, decyzja EKPC z 4.07.1983 r., skarga nr 9914/82.

¹⁶ Decyzja EKPC z 14.04.1998 r., skarga nr 24827/94. W tej sprawie Komisja, wydając decyzję o niedopuszczalności skargi, ograniczyła się do zbadania, czy istniejące ograniczenie prawa głosu było arbitralne i naruszało swobodę wyrażania opinii ludności, bez odwołania się do testu wyroku w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt*.

¹⁷ Streszczenie wyroku w języku polskim zostało sporządzone i opublikowane przez M. Strzępka [w:] „Przegląd Sejmowy”, 2011, nr 3(104), s. 227-229, jego omówienie – B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 6 października 2005 r. w sprawie Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (dot. prawa wyborczego osób pozbawionych wolności)*, „Prokuratura i Prawo”, 2005, nr 12, s. 173-178.

z 30 marca 2004 roku Izba Trybunału uznała jednomyślnie, że w sprawie doszło do naruszenia art. 3 Protokołu nr 1, wychodząc z założenia, że wykluczenie z możliwości uczestniczenia w głosowaniu wszystkich skazanych odbywających karę pozbawienia wolności było nieproporcjonalne. Izba zwróciła uwagę, że tego rodzaju zakaz pozbawia prawa głosu znaczną grupę osób i jest stosowany automatycznie, niezależnie od wymiaru kary, jak również wagi przestępstwa, za które kara taka została wymierzona, natomiast konsekwencje stosowania zakazu są arbitralne i przypadkowe, uzależnione wyłącznie od tego, w jakim terminie odbyły się wybory (czy akurat przypadają w okresie odbywania kary, czy też nie). 23 czerwca 2004 roku rząd brytyjski złożył wniosek o przekazanie sprawy do rozpoznania przez Wielką Izbę.

Na marginesie głównego nurtu rozważań warto zwrócić uwagę na historyczną ewolucję instytucji pozbawienia praw wyborczych osób odbywających karę pozbawienia wolności w Wielkiej Brytanii. Korzeniami swymi sięga ona pierwszej połowy dziewiętnastego wieku, choć dopiero w 1870 roku w ustawodawstwie brytyjskim pojawiło się rozwiązanie (ustawa *Forfeiture Act*), zgodnie z którym osoby skazane za zdradę albo zbrodnie i skazane na karę pozbawienia wolności przekraczającą 12 miesięcy traciły prawo głosu w wyborach parlamentarnych i lokalnych do czasu zakończenia odbywania kary¹⁸. W 1968 roku wielopartyjna konferencja dotycząca prawa wyborczego zarekomendowała wykluczenie spośród osób uprawnionych do głosu skazanych odbywających kary pozbawienia wolności. W konsekwencji w ustawie o reprezentacji ludności z 1969 roku (art. 4) wprowadzono specyficzny zapis, w myśl którego osoby skazane były zgodnie z prawem niezdolne do udziału w wyborach w okresie pozbawienia ich wolności w jednostce penitencjarnej. Tego rodzaju przepis został następnie powtórzony w kolejnej wersji ustawy – z roku 1983. Zgodnie z art. 3 ustawy o reprezentacji ludności z 1983 roku, osoba skazana w okresie pobytu w jednostce penitencjarnej w wykonaniu wyroku jest prawnie niezdolna do głosowania w wyborach parlamentarnych oraz lokalnych. Wyjątkiem jest tu skazanie za obrazę sądu, jak również orzeczenie zastępczej kary pozbawienia wolności. W *Representation of the People Act* z 2000 roku doszło do pewnej liberalizacji obowiązującego ustawodawstwa, bowiem spośród osób pozbawionych wolności i niezdolnych do brania udziału w wyborach wyłączono tymczasowo aresztowanych oraz nieskazanych pacjentów zakładów psychiatrycznych¹⁹.

Jakie było rozstrzygnięcie Wielkiej Izby? W pierwszej kolejności Trybunał szczególnie mocno zaakcentował to, że prawo głosu nie jest przywilejem. W XXI wieku w państwie demokratycznym musi obowiązywać domniemanie na korzyść włączenia jednostki do udziału w życiu publicznym. Powszechne prawo głosu stało się bowiem zasadą o znaczeniu podstawowym²⁰. Należy jednak pamiętać, że prawa chronione w art. 3 Protokołu 1 nie

¹⁸ We wcześniejszym okresie osoby skazane za tego typu czyny traciły przysługujące im prawo do posiadanej ziemi, co warunkowało utratę praw wyborczych. Szerzej o historycznym rozwoju instytucji pozbawienia praw wyborczych osób skazanych w Wielkiej Brytanii zob. I. White, *Prisoners' voting rights*, notatka nr SN/PC/01764, 7.09.2011 r., Biblioteka Izby Gmin.

¹⁹ Wcześniej osoby te były pozbawione prawa do udziału w wyborach, bowiem ustawa o reprezentacji ludności przewidywała, że jednostki penitencjarne nie mogą być traktowane jako miejsce pobytu na potrzeby rejestracji w spisie wyborców, a zatem osoby w nich przebywające, pomimo tego, że nie odbywały prawomocnie orzeczonych kar pozbawienia wolności, w praktyce pozbawione były możliwości zarejestrowania się, a w konsekwencji – były pozbawione prawa głosu. Zob. *ibidem*, s. 11.

²⁰ *Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 2)*, § 59.

mają charakteru absolutnego, istnieje bowiem pole do ograniczeń, a państwu przysługuje w tej sferze margines swobody oceny, który umożliwia ustawodawcy krajowemu ocenę dopuszczalnych granic ograniczenia prawa głosu²¹. Zadaniem Trybunału jest tu natomiast stwierdzenie, czy wymogi określone w art. 3 Protokołu 1 zostały spełnione, czy ograniczenia nie naruszają rzeczonych praw do tego stopnia, że wpływa to negatywnie na ich istotę oraz pozbawia skuteczności, czy są one wprowadzone w prawie uzasadnionym celu, jak również czy są one zgodne z zasadą proporcjonalności. Wszelkie restrykcje nałożone na prawo głosu nie mogą ograniczać wolności wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego. Trybunał podkreślił w szczególności sposób, że jakakolwiek próba odejścia od zasady powszechności wyborów pociąga za sobą ryzyko podważenia demokratycznej legalności wybranego w ten sposób ciała ustawodawczego oraz ustanowionego przez nie prawa. Wykluczenie jakiejkolwiek warstwy lub grupy społecznej z ogółu uprawnionych do głosu musi być zgodne z podstawowymi celami art. 3 Protokołu 1²².

Punktem wyjścia było tu przyjęcie przez Trybunał założenia, zgodnie z którym osoby pozbawione wolności generalnie w dalszym ciągu korzystają z fundamentalnych praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję, z wyłączeniem prawa do wolności osobistej, gdy zgodne z prawem pozbawienie wolności w sposób oczywisty mieści się w zakresie stosowania art. 5 Konwencji²³. Nie budzi również wątpliwości fakt, że przez sam swój status osoba pozbawiona wolności nie może utracić praw zagwarantowanych Konwencją²⁴.

Generalnie istniejący standard tolerancji nie zabrania społeczeństwu obywatelskiemu podejmować kroków mających na celu jego ochronę przed działalnością zmierzającą do zniewolenia praw i wolności zawartych w Konwencji. Art. 3 Protokołu 1, który obejmuje zdolność jednostki do oddziaływania na skład ciała ustawodawczego, nie wyklucza możliwości wprowadzenia ograniczeń praw wyborczych jednostki, która na przykład poważnie nadużyła funkcji publicznej, czy też której zachowanie groziło podważeniem rządów prawa i fundamentów demokratycznych. Tak surowy środek, jakim jest pozbawienie praw publicznych, nie może być jednak stosowany w sposób pochopny, a zasada proporcjonalności wymaga istnienia klarownego i wystarczającego związku pomiędzy sankcją a zachowaniem i okolicznościami odnoszącymi się do konkretnej jednostki. Trybunał zwrócił przy tym uwagę na zalecenie Komisji Weneckiej²⁵ co do tego, że pozbawienie praw publicznych powinno być stosowane wyłącznie na podstawie wyraźnego orzeczenia sądu²⁶.

Trybunał w dalszej części rozstrzygnięcia dokonał analizy, czy w tej sprawie zostały zrealizowane wymogi warunkujące zgodność ograniczenia prawa do udziału w wolnych wyborach ze standardem wynikającym z orzeczenia Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii, tzn. czy ograniczenie tego rodzaju służy, w sposób proporcjonalny, realizacji uprawnionego celu.

²¹ *Ibidem*, § 60

²² *Ibidem*, § 62

²³ *Ibidem*, § 69

²⁴ *Ibidem*, § 70

²⁵ Mowa tu o Kodeksie Dobrych Praktyk w Sprawach Wyborczych, przyjętym przez Europejską Komisję dla Demokracji przez Prawo (Komisję Wenecką) na 51. posiedzeniu plenarnym w dniach 5–6.07.2002 r., tłumaczenie dostępne [na:] http://pkw.gov.pl/g2/i/69/15/69153/Kodeks_Dobrej_Praktyki_w_Sprawach_Wyborczych.pdf.

²⁶ *Hitts (nr 2)*, § 71.

Trybunał zaakceptował tezę, w myśl której rozwiązanie przyjęte w prawie krajowym może być postrzegane jako zmierzające do realizacji celów przytoczonych przez rząd brytyjski, sprowadzających się do zapobiegania przestępczości poprzez sankcjonowanie zachowania osób skazanych, jak również wzmacniania odpowiedzialności obywatelskiej i poszanowania rządów prawa. W okolicznościach tejże sprawy Trybunał uznał, że nie znajduje podstaw do uznania, że cele te *per se* są niezgodne z prawem gwarantowanym w art. 3 Protokołu 1²⁷.

Trybunał zwrócił jednak uwagę, że Izba w swym wyroku uznała, iż środek ten okazał się nieproporcjonalny, w szczególności przez wzgląd na fakt, że był to automatyczny zakaz o charakterze blankietowym, mający zastosowanie do wszystkich osób skazanych pozbawionych wolności, i arbitralny co do swoich konsekwencji²⁸.

Dystansując się od stanowiska zaprezentowanego przez stronę rządową, Trybunał podkreślił, że wprawdzie istnieją kategorie osób pozbawionych wolności, których zakaz ów nie dotyczy (tymczasowo aresztowani, skazani za obrazę sądu oraz na karę zastępczą), jednakże odnosi się on do szerokiego kręgu sprawców oraz wszystkich wyroków skazujących na bezwzględną karę pozbawienia wolności niezależnie od jej wymiaru, jak również do szerokiego spektrum przestępstw – od drobnych do zbrodni. Trybunał zaznaczył również wyraźnie, że nawet w sytuacji sprawców, których przestępstwa są na tyle poważne, by uzasadniać niezwłoczne pozbawienie ich wolności, to czy faktycznie są oni również pozbawieni prawa głosu, powinno zależeć od tego, czy sędzia wymierzający karę uwzględnił tego rodzaju skutek w wyroku skazującym, czy też uznał za wystarczający inny rodzaj sankcji. Co do tej ostatniej kwestii, Trybunał podkreślił, że sądy w Anglii i Walii w swych orzeczeniach nie czyniły odwołania do pozbawienia praw publicznych i nie jest oczywistym, że poza rozważaniami potwierdzającymi uznanie za odpowiednie skazania osoby na karę pozbawienia wolności, w każdej konkretnej sprawie indywidualnej istniał związek pomiędzy jej okolicznościami faktycznymi a pozbawieniem prawa głosu²⁹.

Wprawdzie rząd brytyjski powołał się na szeroki margines swobody oceny, uzasadniając go w szczególności brakiem zgody co do kwestii pozbawienia praw publicznych osób pozbawionych wolności pomiędzy państwami-stronami Konwencji, jak również rozważeniem tej kwestii zarówno przez brytyjską legislaturę, jak i sądy, jednakże Trybunał nie zaakceptował tego rodzaju argumentu wskazując, że nie można powiedzieć, by kiedykolwiek miała miejsce rzeczowa debata parlamentarna co do dalszego funkcjonowania tego rodzaju środka w świetle współczesnej polityki penalnej, jak również aktualnych standardów przestrzegania praw człowieka³⁰. Wprawdzie, jak słusznie zauważył rząd brytyjski, wśród państw-stron Konwencji brak jest jednolitego stanowiska co do pozbawienia prawa głosu osób pozbawionych wolności, jednakże zakaz blankietowy obowiązuje w mniejszości z nich, natomiast sam fakt braku wspólnego europejskiego stanowiska co do tej kwestii nie może być czynnikiem determinującym rozstrzygnięcie w tej sprawie³¹.

Trybunał powtórzył dalej, że pomimo tego, że margines swobody uznania z art. 3 Protokołu 1 jest szeroki, nie obejmuje wszystkich przypadków. Sytuacja nieco się poprawiła w związku z przyznaniem w 2000 roku prawa głosu osobom tymczasowo aresztowanym,

²⁷ *Ibidem*, § 74-75.

²⁸ *Ibidem*, § 76.

²⁹ *Ibidem*, § 77.

³⁰ *Ibidem*, § 78-79.

³¹ *Ibidem*, § 81.

jednak art. 3 ustawy z 1983 roku pozostaje wciąż tępym narzędziem (*blanket instrument*). Pozbawia on bowiem przewidzianego w Konwencji prawa głosu znaczną grupę osób, czyniąc to w sposób nie dokonujący jakiegokolwiek ich zróżnicowania. Przepis ten nakłada ów zakaz na wszystkie osoby skazane i odbywające karę pozbawienia wolności. Znajduje do tego rodzaju osób zastosowanie automatycznie, niezależnie od wymiaru kary, jak również natury i wagi popełnionego przestępstwa i ich okoliczności indywidualnych. Tego rodzaju automatyczne i nie różnicujące ograniczenie szczególnie ważnego prawa przewidzianego w Konwencji musi zostać uznane za wykraczające poza margines swobody uznania przewidzianego w art. 3 Protokołu 1, jakkolwiek byłby on szeroki³². Wyrok ten zapadł większością dwunastu głosów do pięciu³³.

W swym zdaniu odrębnym, zasadniczo zgodnym ze stanowiskiem większości, sędzia Calfisch zaproponował wskazanie przez Trybunał pewnych parametrów, które winny być przestrzegane przez państwa demokratyczne przy ograniczaniu praw wyborczych jednostek. Jego zdaniem winny one obejmować następujące elementy: 1) pozbawienie praw publicznych winno być przewidziane przepisami prawa; 2) przepisy te nie mogą mieć charakteru blankietowego, tzn. nie mogą przewidywać pozbawienia praw publicznych sprawcy jakiegokolwiek przestępstwa skazanego na karę pozbawienia wolności – stosowanie tego rodzaju środka powinno być ograniczone wyłącznie do przypadku poważnych przestępstw; 3) tego rodzaju przepisy winny przewidywać, że pozbawienie praw publicznych stanowi karę dodatkową, o której zastosowaniu powinien decydować sędzia, nie zaś egzekutywa; 4) stosowanie pozbawienia praw publicznych powinno odnosić się wyłącznie do trwania tej części kary, która ma wyraźny charakter punitivny, nie zaś do pozbawienia wolności o charakterze prewencyjnym³⁴.

Z kolei sędziowie Tulkens i Zagrebelsky podkreślili, że zaniechanie przez brytyjski system prawny wzięcia pod uwagę wagi i natury przestępstwa, za które sprawca został skazany, stanowi tylko jeden aspekt sprawy. Wystarczającą podstawą do stwierdzenia postanowień Konwencji, bez konieczności badania kwestii proporcjonalności tego środka, stanowił bowiem już sam tylko brak jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia dla tego rodzaju ograniczenia³⁵.

Sędziowie, którzy zgłosili zdania odrębne rozbieżne, podkreślili natomiast brak podstaw do zróżnicowania generalnego pozbawienia prawa głosu osób odbywających karę pozbawienia wolności i, na przykład, wymogu wieku, obywatelstwa czy rezydencji, również odnoszących się do całych grup jednostek i wynikających z mocy samego prawa. Ponadto, mniejszość nie podzieliła stanowiska większości co do przekroczenia w tej sprawie jakiegokolwiek akceptowalnego zakresu marginesu swobody. O ile bowiem ograniczenia nie naruszają istoty prawa głosu i nie są arbitralne, mogą być uznane za niezgodne z art. 3 Protokołu 1 jedynie wówczas, gdy uzasadniają to poważne względy. Tego rodzaju sytuacja, zdaniem sędziów, nie miała tu jednak miejsca³⁶.

³² *Ibidem*, § 82.

³³ Zdania odrębne do wyroku zgłosili sędziowie: Calfisch, Tulkens i Zagrebelsky (zbieżne) oraz Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kohler i Jebens (rozbieżne).

³⁴ Zdanie odrębne sędziego Calfischa do wyroku w sprawie *Hirst (nr 2)*, § 7.

³⁵ Zdanie odrębne sędziów Tulkensa i Zagrebelsky'ego, *ibidem*.

³⁶ Zdanie odrębne sędziów Wildhabera, Costy, Lorenzema, Kovlera i Jebensa, *ibidem*.

Orzeczenie w sprawie *Frodl przeciwko Austrii*

Kolejny krok w kierunku doprecyzowania standardu w omawianym zakresie Trybunał poczynił w wyroku wydanym w sprawie *Frodl przeciwko Austrii*³⁷. W sprawie tej skarżący Helmut Frodl – obywatel austriacki – został uznany winnym popełnienia przestępstwa zabójstwa i skazany przez Sąd Okręgowy w Wiedniu na karę dożywotniego pozbawienia wolności.

W trakcie odbywania kary skarżący złożył sprzeciw do lokalnego rejestru wyborców, wskazując, że jego imię i nazwisko nie zostało zamieszczone w spisie wyborców, pomimo tego, że spełnia on określone prawem wymogi ogólne, takie jak minimalny wiek, obywatelstwo oraz zamieszkiwanie w danej społeczności. Skarżący zarzucił dalej, że jego wykluczenie ze spisu wyborców na podstawie art. 22 austriackiej ustawy o wyborach do Zgromadzenia Narodowego było bezprawne z racji niezgodności tejże regulacji z Konstytucją. Skarżący powołał się przy tym między innymi na art. 3 Protokołu 1. Lokalny rejestr wyborców nie uwzględnił sprzeciwu i odwołując się do art. 22 ustawy o wyborach do Zgromadzenia Narodowego odmówił umieszczenia imienia i nazwiska skarżącego w spisie wyborców.

Skarżący wniósł odwołanie od tej decyzji, które nie zostało jednak uwzględnione. Okręgowy rejestr wyborców uznał bowiem, że organ niższego rzędu postąpił w tym przypadku w sposób zgodny z obowiązującym prawem, a nie jest jego zadaniem wypowiedanie się co do konstytucyjności zastosowanej w tym przypadku regulacji.

Kolejnym krokiem przedsięwziętym przez skarżącego było odwołanie się do Trybunału Konstytucyjnego, a w pierwszej kolejności – złożenie wniosku o przyznanie mu pomocy prawnej z urzędu celem wniesienia odwołania od decyzji Okręgowego rejestru wyborców. Trybunał Konstytucyjny odmówił przyznania skarżącemu pomocy prawnej z powołaniem się na brak jakichkolwiek szans powodzenia skargi, m.in. z uwagi na treść wydanej wcześniej decyzji z 27 listopada 2003 roku, w której nie stwierdził niezgodności z Konstytucją art. 22 ustawy o wyborach do Zgromadzenia Narodowego.

Kwestionowany przez skarżącego przepis prawa krajowego stanowi w szczególności, że każdy, kto został uznany przez sąd krajowy za winnego popełnienia jednego lub więcej przestępstw umyślnych i skazany na karę pozbawienia wolności powyżej roku, powinien być pozbawiony prawa do głosu.

Austriacki Trybunał Konstytucyjny dwukrotnie analizował wcześniej kwestię zgodności z Konstytucją art. 22 ustawy o wyborach do Zgromadzenia Narodowego. W decyzji z 27 listopada 2003 roku uznał, że wprowadzenie tego rodzaju regulacji mieści się w granicach marginesu swobody uznania przyznanego legislaturze, natomiast zestawienie stanów faktycznych objętych hipotezą owego przepisu ze skazaniami na innego rodzaju kary nie stwarzające obowiązku pozbawienia praw publicznych nie przesądza o niekonstytucyjności przepisu. Również w kolejnej decyzji, z 27 września 2007 roku, wydanej po ogłoszeniu wyroku w sprawie *Hirst*, nie stwierdził niekonstytucyjności regulacji zawartej w ustawie o wyborach do Zgromadzenia Narodowego, wskazując, że sytuacja prawna w Wielkiej Brytanii różni się od istniejącej w Austrii w istotnym tu kontekście. Art. 22 ustawy o wyborze Zgromadzenia

³⁷ Omówienie wyroku w sprawie *Frodl przeciwko Austrii* zob. H. Kuczyńska, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Biuro Studiów i Analiz SN, „Biuletyn Prawa Karnego”, 2010, nr 3, s. 40-42.

Narodowego nie przewiduje bowiem blankietowego pozbawienia prawa głosu w odniesieniu do wszystkich osób skazanych na karę pozbawienia wolności, niezależnie od charakteru, wagi popełnionego przestępstwa czy też ich okoliczności indywidualnych. Warunkiem pozbawienia prawa głosu jest tu ostateczny wyrok skazujący na karę ponad roku pozbawienia wolności za jedno lub więcej przestępstw umyślnych. Wyrok skazujący na grzywnę, karę pozbawienia wolności łagodniejszą niż rok czy też na karę z warunkowym zawieszeniem wykonania nie skutkuje pozbawieniem prawa głosu.

W sprawie *Frodl*, z uwagi na kształt regulacji austriackiej, węższej jeżeli chodzi o zakres zastosowania ograniczenia prawa głosu od normy prawa brytyjskiego, Trybunał stanął więc przed wyzwaniem udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy ograniczenie pozbawienia prawa głosu do przypadku osób skazanych na bezwzględną karę ponad roku pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne, znacznie węższe od brytyjskiego *blanket ban* dotyczącego wszystkich osób odbywających karę pozbawienia wolności (niezależnie od wymiaru kary oraz rodzaju przestępstwa), jest już zgodne z prawem do wolnych wyborów, czy też standard konwencyjny w tym zakresie zostanie spełniony dopiero wówczas, gdy model ograniczenia prawa głosu przewidziany prawem austriackim zostanie poddany modyfikacjom.

Jakie było rozstrzygnięcie Trybunału w tej sprawie? Jeżeli chodzi o prawo głosu osób skazanych, które są pozbawione wolności, Trybunał w pierwszej kolejności powtórzył, że osoby pozbawione wolności co do zasady nadal korzystają z przysługujących im podstawowych praw i wolności gwarantowanych Konwencją, oczywiście z wyłączeniem prawa do wolności osobistej, wszędzie tam, gdzie zgodne z prawem pozbawienie wolności w sposób jasny mieści się w zakresie stosowania art. 5 Konwencji. W systemie Konwencji, gdzie tolerancja i szerokie horyzonty stanowią uznane wartości demokratycznego społeczeństwa, brak jest miejsca dla automatycznego pozbawienia praw publicznych wyłącznie w oparciu o to, co mogłoby obrażać opinie publiczną³⁸.

Trybunał podkreślił również, że art. 3 Protokołu 1, który obejmuje zdolność jednostki do wywierania wpływu na skład legislatury, nie wyklucza możliwości ograniczenia praw wyborczych jednostki, która na przykład w sposób poważny nadużyła funkcji publicznej czy też której zachowanie zagrażało podważeniem rządów prawa. Zasada proporcjonalności wymaga jednak wyrażanego i wystarczającego związku pomiędzy sankcją a zachowaniem i okolicznościami osobistymi jednostki³⁹.

Trybunał odwołał się dalej do rozstrzygnięcia w sprawie *Hirst*, w którym zaakceptował co do zasady, że państwa-strony mają szeroki zakres marginesu swobody i pozostawił im decyzję co do tego, jakiego rodzaju ograniczenia prawa głosu osób pozbawionych wolności mogą być nałożone zgodnie z prawem, formułując jednak szereg wymogów, które winny być spełnione przez państwo przy ich nakładaniu. Pozbawienie praw wyborczych może być więc przewidziane w przypadku stosunkowo wąsko zdefiniowanej grupy sprawców przestępstw, odbywających długotrwałe kary pozbawienia wolności, pomiędzy pozbawieniem praw oraz okolicznościami faktycznymi stanowiącymi podstawę skazania powinien istnieć bezpośredni związek przyczynowy i tego rodzaju środek powinien być zastosowany nie z mocy samego prawa, lecz w konsekwencji decyzji wydanej przez sędziego, po przeprowadzeniu postępowania sądowego⁴⁰.

³⁸ *Frodl przeciwko Austrii*, § 25.

³⁹ *Ibidem*, § 26.

⁴⁰ *Ibidem*, § 28.

Badając zgodność istniejącego w prawie austriackim ograniczenia prawa głosu z art. 3 Protokołu 1 w oparciu o test wywodzący się jeszcze ze sprawy *Mathieu-Mohin i Clerfayt* Trybunał uznał, że pozbawienie praw wyborczych w prawie austriackim ma zapobiegać popełnieniu przestępstwa, służyć karaniu osób skazanych na karę pozbawienia wolności, wzmacniając jednocześnie odpowiedzialność obywatelską oraz poszanowanie rządów prawa, który to cel *per se* nie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami Konwencji.

Trybunał dokonał przy tym rozróżnienia stanu obowiązującego w prawie brytyjskim i austriackich rozwiązań legislacyjnych wskazując, że konstrukcja art. 22 ustawy o wyborach do Zgromadzenia Narodowego w sposób bardziej szczegółowy niż w sprawie *Hirst* definiuje dopuszczalne sytuacje pozbawienia prawa głosu osób pozbawionych wolności, nie znajduje bowiem zastosowania do wszystkich osób pozbawionych wolności, niezależnie od długości orzeczonej kary i ciężaru ich przestępstwa, ale ogranicza pozbawienie prawa głosu do węższej zdefiniowanej grupy osób⁴¹.

Niezależnie od tego, Trybunał zgodził się jednak ze skarżącym co do tego, że art. 22 nie spełnia wszystkich warunków przewidzianych w wyroku wydanym w sprawie *Hirst*. W oparciu o test z tego orzeczenia, poza wykluczeniem ograniczenia o charakterze blankietowym, elementem kluczowym jest to, by decyzja co do pozbawienia praw wyborczych została podjęta przez sędziego, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności sprawy, a pomiędzy popełnionym przestępstwem a zagadnieniami związanymi z wyborami i instytucjami demokratycznymi istniała łączność⁴².

Zasadniczym celem wprowadzenia tego typu obostrzeń jest doprowadzenie do sytuacji, w której pozbawienie praw wyborczych stanowi wyjątek, również w odniesieniu do osób pozbawionych wolności, z jednoczesnym zagwarantowaniem, że tego rodzaju ograniczeniu towarzyszą specyficzne przyczyny wskazane w indywidualnej decyzji, wyjaśniającej, dlaczego w okolicznościach konkretnej sprawy pozbawienie praw wyborczych było niezbędne. Zasada proporcjonalności wymaga bowiem istnienia związku pomiędzy sankcją, zachowaniem, a okolicznościami zindywidualizowanego przypadku⁴³. Tego rodzaju łącznik nie występował jednak w prawie austriackim, a zatem również w tej konkretnej sprawie doszło do naruszenia art. 3 Protokołu 1⁴⁴.

Kluczowe w wyroku wydanym w sprawie *Frodl* jest nie tylko potwierdzenie tez sformułowanych już wcześniej w wyroku wydanym w sprawie *Hirst*, ale przede wszystkim dalsze doprecyzowanie zasad, na jakich powinno odbywać się dopuszczalne w świetle postanowień Konwencji ograniczenie prawa głosu w przypadku osób pozbawionych wolności. Tego rodzaju ingerencja państwa po wyroku w sprawie *Frodl* będzie więc zgodna ze standardem konwencyjnym wówczas, gdy: 1) pozbawienie prawa głosu odnosi się do wąskiej grupy sprawców przestępstw, skazanych na długotrwałe kary pozbawienia wolności; 2) pomiędzy pozbawieniem prawa głosu a okolicznościami popełnienia przestępstwa istnieje związek; 3) pozbawienie prawa głosu wynika z orzeczenia sądu, wydanego po przeprowadzeniu postępowania sądowego, nie zaś z mocy samej ustawy.

⁴¹ *Ibidem*, § 33.

⁴² *Ibidem*, § 34.

⁴³ *Ibidem*, § 35.

⁴⁴ *Ibidem*, § 35.

Wyrok w sprawie *Frodl* nie zakończył jednak procesu ewolucji orzecznictwa Trybunału w zakresie prawa osób pozbawionych wolności do udziału w wyborach. W szczególności miało to związek ze znacznym zróżnicowaniem modeli obowiązujących w tym zakresie wśród państw-członków Rady Europy, jak również z kontrowersjami dotyczącymi wprowadzania zmian dostosowujących prawo wewnętrzne do wymogów wynikających z poglądów Trybunału. Ilustruje to następane analizowane orzeczenie.

Wyrok pilotażowy w sprawie *Greens i M.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*

Kolejny wyrok Trybunału dotyczący omawianej materii, wydany w sprawie *Greens i M.T. przeciwko Wielkiej Brytanii* – pomimo tego, że nie wprowadza nowych elementów merytorycznych do dyskusji, czy osoby pozbawione wolności powinny korzystać z prawa głosu – będzie miał znaczenie z trzech istotnych powodów. Po pierwsze stanowi kolejny głos potwierdzający stanowisko zaprezentowane przez Trybunał w sprawie *Hirst*, po drugie jest ważny przez wzgląd na fakt wydania go w procedurze wyroku pilotażowego, po trzecie zaś stanowi doskonałą sposobność do zaprezentowania praktycznych trudności związanych z wprowadzeniem do systemu krajowego rozwiązań, które byłyby zgodne ze standardem wypracowanym przez Trybunał w swoim orzecznictwie.

Okoliczności faktyczne sprawy nie odbiegały od tych ustalonych w sprawie *Hirst*: w momencie złożenia skargi do Trybunału Robert Greens odbywał karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym Peterhead, podobnie jak drugi ze skarżących, M.T. Skarżący złożyli wniosek o dopisanie ich do listy wyborców właściwej miejscowo dla zakładu karnego, w którym przebywali. Komisarz Rejestracji Wyborczej (Electoral Registration Officer) odmówił, powołując się na status skarżących, będących osobami pozbawionymi wolności, na podstawie art. 3 i 4 Representation of the People Act z 1983 roku. Skarżący ponownie skierowali pismo do tego organu, powołując się m.in. na rozstrzygnięcie wydane przez Trybunał w sprawie *Hirst*, jednakże bezskutecznie. Odwołania skarżących w tym zakresie nie zostały uwzględnione przez sąd. W okresie, gdy skarżący przebywali jeszcze w zakładzie karnym, odbyły się wybory do Parlamentu Europejskiego (4 czerwca 2009 roku) oraz wybory parlamentarne w Wielkiej Brytanii (6 maja 2010 roku). Skarżący nie mogli wziąć w nich udziału.

Przed omówieniem meritum rozstrzygnięcia Trybunału w tej sprawie, celowym wydaje się zaprezentowanie kilku faktów związanych z wykonaniem przez Wielką Brytanię wyroku w sprawie *Hirst*.

Jeszcze w samym wyroku w sprawie *Hirst* Trybunał odnotował liczbę 48 tys. osób pozbawionych wolności, dotkniętych regulacją art. 3 Representation of the People Act⁴⁵. Według stanu na luty 2009 roku liczba osób skazanych odbywających kary w brytyjskich więzieniach oscylowała wokół 70 tys⁴⁶. Wprawdzie szkocki Odwoławczy Sąd Rejestrowy (Registration Appeal Court) w wyroku z 24 stycznia 2007 roku w sprawie *Smith przeciwko Scottowi* stwierdził niezgodność art. 3 ustawy z 1983 roku z art. 3 Protokołu 1, jednak pomimo tego rodzaju konstatacji, jak również licznych głosów organizacji pozarządowych, władze brytyjskie nie przedsięwzięły skutecznych działań mających na celu wyeliminowanie problemu

⁴⁵ *Hirst* (nr 2), § 77.

⁴⁶ *Greens i M.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 75.

zidentyfikowanego przez Trybunał w wyroku w sprawie *Hirst*. Co ciekawe, zmiany legislacyjne w tym zakresie, do których wprowadzenia Wielka Brytania została zobowiązana na mocy art. 46 Konwencji, cieszyły się bardzo niskim poparciem społecznym⁴⁷.

Pasywność władz brytyjskich spotkała się oczywiście z reakcją ze strony Komitetu Ministrów Rady Europy. 3 grudnia 2009 roku, w rezolucji tymczasowej CM/RECDH(2009)1601, Komitet wyraził troskę co do tego, że opóźnienie w implementacji wyroku doprowadziło do powstania poważnego ryzyka, że kolejne wybory w Wielkiej Brytanii, które miały odbyć się do czerwca 2010 roku, zostaną przeprowadzone w sposób niezgodny z Konwencją. Nakłaniał również pozwane państwo, w związku z zakończeniem drugiej fazy okresu konsultacyjnego, do szybkiego przyjęcia środków niezbędnych do implementacji wyroku⁴⁸.

Kolejny głos w tej sprawie Komitet Ministrów zabrał w decyzji z 4 marca 2010 roku, wskazując, że pomimo wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Hirst*, deklaracji niezgodności z Konwencją na podstawie Human Rights Act stwierdzonej przez najwyższy cywilny sąd apelacyjny w Szkocji w sprawie *Smith przeciwko Scottowi* oraz znacznej liczby osób dotkniętych, automatyczne i nieróżnicujące ograniczenie prawa głosu osób pozbawionych wolności pozostaje w mocy. Komitet ponownie wskazał na swoje poważne zatroskanie o wdrożenie wyroku przed wyborami oraz powołał się na rosnącą liczbę osób potencjalnie dotkniętych przez ograniczenie, co może prowadzić do poważnego zagrożenia powtarzającymi się skargami do Trybunału. Komitet nakłaniał władze do szybkiego przedsięwzięcia stosownych środków, nawet o charakterze przejściowym, celem zapewnienia wykonania wyroku przed wyborami⁴⁹.

W kolejnej decyzji z 3 czerwca 2010 roku Komitet Ministrów wyraził żal, że wybory w Wielkiej Brytanii odbyły się 6 maja 2010 roku wciąż z blankietowym ograniczeniem prawa głosu osób pozbawionych wolności. Komitet wyraził wiarę w to, że nowy rząd brytyjski podejmie środki generalne celem wdrożenia wyroku przed wyborami planowanymi na rok 2011 w Szkocji, Walii i Irlandii Północnej, co wyeliminuje też przyszłe powtarzające się skargi do Trybunału⁵⁰.

Powyższa decyzja nie była jednak ostatnią wydaną w tej sprawie – 15 września 2010 roku Komitet Ministrów ponownie zwrócił uwagę na brak konkretnych i wiarygodnych informacji co do środków, które mają być podjęte celem wykonania wyroku, jak również wezwał rząd brytyjski do nadania priorytetu implementacji wyroku bez dalszych opóźnień i poinformowania Komitetu o krokach podjętych w tym względzie⁵¹.

Powracając do kwestii skargi panów Greensa i M.T., należy wskazać, że w postępowaniu przed Trybunałem strona rządowa skoncentrowała się na kwestii nie wyczerpania przez skarżących krajowych środków odwoławczych. W przypadku uznania skarg za dopuszczalne, w świetle wyroku w sprawie *Hirst*, sam rząd przyznał, że doszło do naruszenia art. 3 Proto-

⁴⁷ *Ibidem*, § 27-43, również: I. White, *op.cit.*, s. 6-7.

⁴⁸ Zob. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1556821&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>.

⁴⁹ Zob. [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1078&Language=lanEnglish&Ver=immediat&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1078&Language=lanEnglish&Ver=immediat&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

⁵⁰ Zob. [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1086&Language=lanEnglish&Ver=immediat&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1086&Language=lanEnglish&Ver=immediat&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

⁵¹ Zob. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1715857&Site=CM>.

kołu 1 w sprawie skarżących w związku z ich niezdolnością do brania udziału w głosowaniu w wyborach krajowych i do Parlamentu Europejskiego.

Uznając, że w sprawie faktycznie doszło do naruszenia art. 3 Protokołu 1, Trybunał powołał się ponownie na § 82 wyroku w sprawie *Hirst*, podkreślając, że art. 3 ustawy z 1983 roku nie został znowelizowany od czasu wydania tego rozstrzygnięcia, dlatego też skarżący zostali pozbawieni prawa głosu w wyborach parlamentarnych w Wielkiej Brytanii w maju 2010 roku. Zakres zastosowania ograniczenia o charakterze blankietowym, wprowadzonego przez art. 3 ustawy z 1983 roku, został następnie rozszerzony na wybory do Parlamentu Europejskiego. W konsekwencji skarżący nie byli w stanie brać udziału w wyborach do tej instytucji w czerwcu 2009 roku⁵².

Zatrzymajmy się na chwilę nad kwestią zastosowania w tej sprawie procedury wyroku pilotażowego. Trybunał uznał, że skorzystanie z tego rodzaju instrumentu w tej konkretnej kategorii spraw, pomimo szerokiego marginesu uznania przyznanego państwu, będzie celowe, w szczególności przez wzgląd na długotrwałe opóźnienie w implementacji wyroku w sprawie *Hirst* oraz znaczną liczbę skarg, które w dalszym ciągu wpływały do Trybunału (w momencie wydania wyroku w sprawie *Greens* w Trybunale znajdowało się ich 2500), w których zarzucono ten sam rodzaj naruszenia art. 3 Protokołu 1⁵³.

Pomimo tego, że Trybunał nie uznał za stosowne sprecyzowania, jaka powinna być wartość przyszłych propozycji legislacyjnych mających na celu rozwiązanie istniejącego w Wielkiej Brytanii problemu systemowego, jego zdaniem długotrwałe opóźnienie wskazuje na konieczność określenia ram czasowych wprowadzenia propozycji poprawek do prawa wyborczego. Dlatego też Trybunał doszedł do wniosku, że pozwane państwo musi przedstawić propozycje legislacyjne mające na celu nowelizację art. 3 ustawy z 1983 roku i, jeśli uzna to za stosowne, art. 8 ustawy z 2002 roku, w ciągu 6 miesięcy od dnia, w którym wyrok w sprawie *Greens i M. T.* stanie się ostateczny⁵⁴.

W ocenie Trybunału w tej kategorii spraw nie było konieczne indywidualne badanie konkretnych przypadków celem dokonania oceny w zakresie możliwości przyznania słusznego zadośćuczynienia, bowiem jedynym dostępnym tu środkiem jest zmiana w prawie, która – gdy niewątpliwie zaspokoi oczekiwania tych, którzy są lub będą dotknięci obowiązującym zakazem blankietowym – nie będzie w stanie wyeliminować przeszłych naruszeń Konwencji co do konkretnych jednostek⁵⁵.

W konkluzji Trybunał uznał za stosowne przerwanie rozpoznawania skarg zarejestrowanych przed dniem wydania tego wyroku, w których zostały sformułowane zarzuty analogiczne do tych ze sprawy *Hirst*, przez okres realizowania przez państwo obowiązków wskazanych w jego treści. Trybunał podkreślił, że w przypadku wywiązania się przez państwo z jego zobowiązań skargi zostaną skreślone z listy przy zastrzeżeniu możliwości ponownego ich rozpoznania, gdyby okazało się że państwo nie nowelizuje swojego prawa w sposób zapewniający zgodność z wyrokiem w sprawie *Hirst*. Rozpoznanie spraw nie zarejestrowanych i przyszłych będzie natomiast zawieszono do czasu spełnienia powyższego warunku.

⁵² *Hirst* (nr 2), § 78.

⁵³ *Greens i M. T.*, § 105.

⁵⁴ *Ibidem*, § 115.

⁵⁵ *Ibidem*, § 118.

Na swym 1115. posiedzeniu, w czerwcu 2011 roku, Komitet Ministrów odnotował fakt odmowy przyjęcia wniosku o przekazania sprawy *Greens i M.T.* Wielkiej Izbie Trybunału 11 kwietnia 2011 roku oraz rozpoczęcia biegu sześciomiesięcznego terminu określonego w § 115 wyroku do przedstawienia propozycji legislacyjnych mających na celu dostosowanie prawa brytyjskiego do standardu wynikającego z rozstrzygnięcia wydanego tak w sprawie *Hirst*, jak i *Greens i M.T.*

26 lipca 2011 władze brytyjskie zwróciły się jednak do Trybunału z prośbą o przedłużenie tego terminu do czasu rozpoznania przez Wielką Izbę sprawy *Scoppola przeciwko Włochom (nr 3)*. Prośba ta została uwzględniona, a termin do przedstawienia propozycji zmian legislacyjnych został przedłużony do 6 miesięcy począwszy od dnia, w którym zostanie wydany wyrok Wielkiej Izby w tejże sprawie. Ostateczny kształt zmian legislacyjnych w prawie brytyjskim może więc być uwarunkowany rodzajem rozstrzygnięcia, które Wielka Izba wyda w sprawie *Scoppola*.

Sprawa *Scoppola przeciwko Włochom (nr 3)*

Potwierdzeniem faktu dalszej ewolucji interesującego nas standardu jest procedowanie przez Trybunał w sprawie dotyczącej analogicznego problemu – *Scoppola przeciwko Włochom (nr 3)*. W sprawie tej skarżący Franco Scoppola został skazany za zabójstwo żony oraz usiłowanie zabójstwa jednego ze swoich synów, znęcanie się nad członkami rodziny oraz nielegalne posiadanie broni na karę trzydziestu lat pozbawienia wolności. Na skutek apelacji oskarżyciela wyrok ten został zmieniony, a skarżącemu wymierzono karę dożywotniego pozbawienia wolności, co łączyło się z kolei z dożywotnim zakazem pełnienia funkcji publicznych, który, zgodnie z art. 2 dekretu Prezydenta Republiki z 20 marca 1967 roku, jest równoznaczny z dożywotnim pozbawieniem prawa głosu. Pozbawienie skarżącego prawa głosu nie zostało więc orzeczone w wyroku skazującym na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Działając na podstawie art. 32 dekretu, Miejska Komisja Wyborcza w Rzymie skreśliła nazwisko skarżącego z list wyborczych. Skarżący wniósł środek zaskarżenia do Okręgowej Komisji Wyborczej w Rzymie. Odwołując się między innymi do wyroku Trybunału w sprawie *Hirst* skarżący zarzucił, że pozbawienie go prawa głosu było niezgodne z art. 3 Protokołu 1. Komisja odrzuciła odwołanie, wskazując, że argumenty przytoczone przez skarżącego wykraczają poza zakres jej kompetencji. Skarżący wniósł odwołanie do sądu apelacyjnego w Rzymie wskazując, że skreślenie jego nazwiska z listy wyborców stanowiło automatyczną konsekwencję jego skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności, a dożywotni zakaz sprawowania funkcji publicznych narusza przysługujące mu prawo do udziału w wolnych wyborach, gwarantowane przez art. 3 Protokołu 1. Sąd apelacyjny oddalił apelację, powołując się na różnicę w kwestionowanym stanie faktycznym i tym stwierdzonym w sprawie *Hirst*, gdzie pozbawienie prawa głosu miało zastosowanie do wszystkich osób skazanych na karę pozbawienia wolności, natomiast w prawie włoskim środek ten ma zastosowanie wyłącznie w przypadku przestępstw zagrożonych wyjątkowo surową karą, w szczególności karą dożywotniego pozbawienia wolności.

Jak wynika z art. 2 dekretu prezydenckiego 223/1967, nie są wyborcami osoby, które zostały skazane na karę łączącą się z dożywotnim zakazem pełnienia funkcji publicznych czy

będące podmiotem czasowego zakazu przez czas jego trwania. Z kolei w myśl art. 28 włoskiego Kodeksu karnego zakaz pełnienia funkcji publicznych jest dożywotni lub czasowy i obejmuje w szczególności pozbawienie prawa głosu lub bycia wybranym. Art. 29 Kodeksu precyzuje przypadki, w których skazanie łączy się z zakazem pełnienia funkcji publicznych: skazanie na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 5 lat łączy się z dożywotnim zakazem pełnienia funkcji publicznych, natomiast skazanie na karę nie niższą niż 3 lata pozbawienia wolności skutkuje zakazem pełnienia funkcji publicznych na okres 5 lat.

Odnosząc się w wyroku z 18 stycznia 2011 roku do sformułowanego przez skarżącego zarzutu naruszenia art. 3 Protokołu 1 Trybunał przypominał, że skarżący został skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności za zabójstwo, usiłowanie zabójstwa, znęcanie się nad członkami rodziny oraz nielegalne posiadanie broni i w konsekwencji *ex lege* został dotknięty dożywotnim pozbawieniem prawa głosu zgodnie z art. 28 i 29 Kodeksu karnego i art. 2 Dekretu Prezydenta Republiki 223/1967⁵⁶. Ingerencja państwa w prawa wyborcze skarżącego była więc przewidziana prawem. Uznając, że zastosowany środek służył realizacji uzasadnionego celu, jakim jest zapobieganie przestępczości i poszanowanie rządów prawa, zadaniem Trybunału było więc dokonanie oceny, czy środek ten był proporcjonalny względem celów, których osiągnięciu służył⁵⁷. W sprawie tej należało zatem zbadać, czy pozbawienie skarżącego prawa głosu miało charakter generalny i automatyczny, tak jak zostało to wskazane w wyroku w sprawie *Hirst*⁵⁸.

W ocenie Trybunału dożywotnie pozbawienie prawa głosu, które dotknęło skarżącego, stanowiło konsekwencję kary dodatkowej zakazu pełnienia funkcji publicznych. Ta ostatnia wywodzi się automatycznie z zastosowania kary głównej polegającej na skazaniu skarżącego na dożywotnie pozbawienie wolności. W sprawie tej należało więc ustalić, czy zastosowanie tego rodzaju środka miało charakter automatyczny. W tym względzie skarżący wskazywał, że w wyroku skazującym nie było na ten temat żadnej wzmianki⁵⁹.

Jeżeli chodzi o generalny charakter i niedyskryminujące zastosowanie, Trybunał zauważył, że kryteria ustalone w sprawie nie miały charakteru czasowego, skarżący został pozbawiony prawa głosu przez wzgląd na długość wymierzonej mu kary pozbawienia wolności, niezależnie od popełnionego przestępstwa, jak również od dokonania przez sędziego oceny jego natury i wagi. Według Trybunału wniosku tego nie zmienia fakt, że okoliczności te bierze pod uwagę sędzia przy wymiarze kary, jak również to, że skarżący może pewnego dnia domagać się swojej rehabilitacji⁶⁰.

Podsumowanie

Zaprezentowane wyżej w porządku chronologicznym orzeczenia Trybunału wskazują na ewolucyjny charakter kształtowania się standardu prawa osób odbywających karę pozbawienia wolności do udziału w wolnych wyborach. Kolejne wyroki wydawane przez Trybunał precyzują warunki, na jakich może dojść do ograniczenia praw wyborczych jednostek znajdujących

⁵⁶ *Scoppola przeciwko Włochom* (nr 3), § 44.

⁵⁷ *Ibidem*, § 45.

⁵⁸ *Ibidem*, § 47.

⁵⁹ *Ibidem*, § 48.

⁶⁰ *Ibidem*, § 49.

się w takiej sytuacji. Aktualnie ograniczenie czynnego prawa wyborczego osób pozbawionych wolności będzie uznane za zgodne z art. 3 Protokołu 1 wówczas, gdy pozbawienie prawa głosu wynika z orzeczenia sądu, jest stosowane wobec wąskiej grupy sprawców przestępstw skazanych na długotrwałe kary pozbawienia wolności, a pomiędzy pozbawieniem prawa głosu a okolicznościami popełnienia przestępstwa istnieje określonego rodzaju związek.

Nie we wszystkich państwach będących członkami Rady Europy, w których system prawa wewnętrznego regulował kwestie praw wyborczych osób pozbawionych wolności w sposób odbiegający od standardu strasburskiego, proces implementacji orzecznictwa w tym zakresie postępuje w sposób tak nieefektywny, jak ma to miejsce w odniesieniu do Wielkiej Brytanii. W momencie wydania przez Trybunał wyroku w sprawie *Hirst* (6 października 2005 roku) w 13 krajach obowiązywał bezwzględny zakaz korzystania z prawa głosu przez osoby skazane na karę pozbawienia wolności, przebywające w zakładach karnych. Wśród krajów tych wymienić można choćby Belgię, Cypr, Irlandię czy Słowację⁶¹.

W tym kontekście warto odnotować, że siła rażenia wyroku w sprawie *Hirst* okazała się wykraczać znacznie poza skalę jednego kraju. Zmiany legislacyjne przyjęte w Belgii w 2009 roku wyeliminowały automatyczny łącznik pomiędzy skazaniem a pozbawieniem praw publicznych, a sędzia został zobowiązany do tego, by wydając wyrok skazujący wyraźnie określił, czy wobec konkretnej osoby ma być zastosowana kara dodatkowa pozbawienia praw wyborczych. W przypadku Cypru uprzednio obowiązująca regulacja przewidywała blankietowe pozbawienie prawa głosu osób skazanych na karę pozbawienia wolności. Już w 2006 roku wprowadzono jednak zmiany przyznające tym osobom pełne prawa wyborcze. W przypadku Irlandii więźniowie mają prawo głosu od 2006 roku, kiedy to przyznano im prawo korespondencyjnego głosowania w macierzystych komisjach wyborczych. Natomiast jeśli chodzi o Słowację, to do marca 2009 roku skazani odbywający kary pozbawienia wolności byli pozbawieni prawa głosu w wyborach parlamentarnych i do Parlamentu Europejskiego. Słowacki Trybunał Konstytucyjny uchylił te przepisy wyrokiem z 11 lutego 2009 roku, uznając je za niekonstytucyjne. W okresie pomiędzy 1 kwietnia 2009 roku a 14 marca 2010 roku wszyscy więźniowie mieli prawo głosu, natomiast w lutym 2010 roku wprowadzono regulację pozbawiającą prawa głosu osób odbywających kary pozbawienia wolności za poważne przestępstwa⁶².

Nawet w sytuacji, w której ustawodawca krajowy nie wychodzi naprzeciw oczekiwaniom Trybunału, standard wynikający z jego wyroków, zwłaszcza ze stanowiska Wielkiej Izby w sprawie *Hirst*, jest odnotowywany przez sądy krajowe. Próbkę tego rodzaju sytuacji (choć zestawienie standardu krajowego z konwencyjnym nie doprowadziło sądu krajowego, w tym przypadku Trybunału Konstytucyjnego, do rozwiązania zgodnego z art. 3 Protokołu 1) mieliśmy do czynienia chociażby w omówionej wyżej sprawie *Frodl*⁶³.

Trybunał nie powiedział jeszcze ostatniego słowa w zakresie prawa osób pozbawionych wolności do udziału w wolnych wyborach. Dowodzi tego już sam fakt przyjęcia do rozpoznania przez Wielką Izbę sprawy *Scoppola (nr 3)*⁶⁴. Nie można więc wykluczyć, że ustawodawców, jak i sądy, w procesie dostosowania prawa krajowego do standardów orzecznictwa Trybunału, czeka jeszcze wiele interesujących wyzwań.

⁶¹ *Hirst (nr 2)*, § 33.

⁶² I. White, *op.cit.*, s. 45-47.

⁶³ *Frodl*, § 15.

⁶⁴ Rozprawa przed Wielką Izbą odbyła się w 2.11.2011 r.

**The European Convention on Human Rights and the development of a standard
of right to participate in the free elections of persons deprived of liberty**

(Summary)

Article 3 of the First Additional Protocol to the European Convention on Protection of Human Rights, being a normative basis for a right to free elections in the European system of human rights protection is not very often present in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Between 1959 and 2011 its violation was declared by the Court only 51 times. But only recently the issue of a right to free elections started being a subject of more intense judicial activism of the Court, especially with regards to restrictions of a right to vote of individuals in both its forms: a right to participate in the elections and a right to be elected.

The aim of this article is to present the evolution of the jurisprudence of the Court in respect of a right to vote of persons deprived of liberty. After presenting several general remarks on a right to vote, as contained in the Article 3 of the First Additional Protocol, the author provides analysis of jurisprudence of the Court specifically dealing with a problem of admissible restrictions of a right to participate in free elections of persons deprived of liberty: situation that existed before the judgment in the case *Hirst (No 2) v. The United Kingdom*, being as for now the most important voice of the Court in the discussion whether persons deprived of liberty should have a right to vote or, because of the gravity of acts they committed, resulting in their incarceration, they should be deprived of this right. The author also presents reasoning of the Court contained in the judgments of the Court subsequent to the *Hirst (No 2): Frodl v. Austria, Greens and M.T. v. The United Kingdom* and finally *Scoppola (No 3) v. Italy*.

After the analysis of the abovementioned judgments the author proposes conclusions, with emphasis placed on questions related to influence of the jurisprudence of the Court on the domestic legal systems of the Council of Europe Member States.

Prawo do kultu osoby zmarłej w kontekście możliwości uczestnictwa w pogrzebie osób pozbawionych wolności. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wobec Polski

Kult osoby zmarłej, w tym pamięć o niej czy możliwość indywidualnych praktyk odnoszących się do miejsca jej pochowania, jest chroniony w polskim systemie prawnym. Ma on swoje odzwierciedlenie również w uniwersalnych regulacjach odnoszących się do problematyki poszanowania praw człowieka.

Z punktu widzenia kwalifikacji prawnej w obrębie prawa krajowego prawo do sprawowania kultu powinno zostać uznane za „dobro osobiste”. Za taką interpretacją przemawia zarówno fakt, że jest to zjawisko ze sfery prywatnej, wymagające dużej wrażliwości, oraz to, że natura praw osobistych wskazuje na ich silny związek z osobowością człowieka. Za takim rozwiązaniem przemawiają również regulacje kodeksu cywilnego. Zawiera on jednak tylko przykładowe wyliczenie dóbr osobistych, co stanowi dowód na to, że nie jest możliwe stworzenie ich zamkniętego katalogu. W związku z tym ciężar doprecyzowania kodeksowych regulacji spoczywać będzie na doktrynie oraz orzecznictwie sądowym i to zarówno w wymiarze krajowym, jak i międzynarodowym. Z definicji sformułowanej przez Stefana Grzybowskiego wynika, że dobra osobiste to „indywidualne wartości świata uczuć, życia psychicznego człowieka”¹. Orzecznictwo krajowe natomiast wskazuje, że „otwarty katalog dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.) obejmuje także dobra osobiste związane ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze sferą intymności”². Takie definicyjne podejście pozwala nam na szerokie pojmowanie dóbr osobistych oraz możliwość ich ochrony w oparciu o zróżnicowane gwarancje przewidziane przez Europejską konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Wydaje się w związku z tym zasadne, aby określenie „kult osoby zmarłej” traktować bardzo szeroko i objąć jego zakresem cały katalog rozmaitych wolności przysługujących człowiekowi³, wypływających ze sfery uczuć i odczuć odnoszącej się do postaci osoby zmarłej, okazywania szacunku dla wspomnień i pamięci o niej, a dotyczących takich spraw jak: urządzenie pogrzebu, pochowanie zwłok w określonym grobie, urządzenie grobowca, decydowanie o jego wystroju oraz o innych sprawach go dotyczących, opieka nad nim i załatwianie spraw z zarządem cmentarza, a także ochrona przed naruszeniami i możliwość odprawiania obrzędów religijnych. Tak szerokie ujęcie nie wyklucza jednak uznania, że mamy tu do

* Dr Agnieszka Wedeł-Domaradzka, Instytut Historii i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Humanistyczny, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy.

¹ S. Grzybowski, *Ochrona praw osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 78.

² Wyrok Sądu Najwyższego (Izba Cywilna i Administracyjna) z 18.01.1984 r., I CR 400/83, LexPolonica nr 296321.

³ S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999, s. 20 i nn.

czynienia z jednym dobrem osobistym, które odzwierciedla się jednak we wszystkich tych przedstawionych wypadkach ochrony i szerokiej sferze uprawnień dotyczących pochowania osoby bliskiej i pamięci o niej⁴.

Podmiotem dobra osobistego w postaci kultu osoby zmarłej może być każda osoba spełniająca kryterium odpowiedniej bliskości. Kryterium to nie powinno wynikać jedynie z czysto subiektywnych zapatrywań, a należy stworzyć w tym wypadku sytuację pewnej obiektywnej sprawdzalności. Należy uznać, że w większości przypadków osoby z rodziny łączy z osobą zmarłą bliższa więź aniżeli innych i w związku z tym powinny one korzystać z większej ochrony⁵.

Uzasadniając jeden ze swych wyroków rozstrzygający spór pomiędzy konkubiną a dziećmi zmarłego dotyczący miejsca jego pochowania⁶, Sąd Najwyższy stwierdził, że prawo osób najbliższych zmarłemu do pochowania jego zwłok, wraz z prawem do ekshumacji, stanowi dobro osobiste chronione przepisami prawa cywilnego. Określenie „osoby najbliższe” w orzecznictwie rozszerzono jednak poza zakres przewidziany przez art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁷, gdyż decydować tu mają nie tylko więzy formalne, lecz, jak stwierdził Sąd Najwyższy, „całokształt okoliczności określających stosunek każdej ze stron do zmarłego za jego życia”.

Nie ma możliwości wyraźnego stwierdzenia, od jakiego momentu mamy do czynienia z kultem osoby zmarłej. W kontekście przepisów i orzecznictwa wydaje się zasadne stwierdzenie, że prawo to aktywizuje się z momentem śmierci osoby, w stosunku do której możemy je wykonywać i trwa już nieprzerwanie aż do śmierci podmiotu, któremu przysługiwało.

Prawo do kultu, jako prawo związane z dobrami osobistymi, czyli tymi, które są najbliższe sferze życia prywatnego i rodzinnego, wpisuje się w katalog praw chronionych na gruncie art. 8 EKPC.

O słuszności takiego spojrzenia na wymiar prawa do pochunku przesądza także fakt, pośredniego wprawdzie, przyznania mu ochrony prawnej. Jej zakres i źródło ETPC przewidział w związku z orzeczeniem wydanym sprawie opóźnienia w przekazaniu rodzicom zwłok zmarłej córki⁸. Zwłoki te po śmierci dziecka zostały poddane sekcji oraz badaniom lekarskim celem ustalenia, na ile przeprowadzona we Francji operacja mogła wpłynąć na zgon. Okres dokonywania tych czynności był jednak o wiele dłuższy niż wymagałyby tego względy medyczne. Skarżący w związku z tym słusznie domagali się stwierdzenia, że podjęte działania bezpodstawnie godziły w ich prawo do poszanowania ich życia rodzinnego i prywatnego, a tym samym naruszały prawo zawarte w art. 8 EKPC stanowiące, że „każda osoba ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego miru domowego oraz swojej korespondencji”⁹.

⁴ Za takim rozwiązaniem opowiada się między innymi A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra”, 1978, nr 8, s. 29.

⁵ S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 24–25.

⁶ Wyrok z 31.03.1980 r., II CR 88/80, cyt. za: S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 144.

⁷ Ustawa z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, tj. Dz. U. z 2011 nr 118, poz. 687.

⁸ *Pannullo i Forte przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 30.10.2001 r., nr skargi 37794/97, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=697745&portal=hbkm&source=externalbydoctrinum&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, dostęp: 20.02.2012 r.

⁹ EKPC, art. 8, [w:] *Prawa człowieka. Wybór dokumentów międzynarodowych*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1999, s. 136.

Trybunał uznał wprawdzie, że artykuł ten przede wszystkim ma chronić jednostkę przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych; może on jednak również obejmować zobowiązania pozytywne przynależne poszanowaniu życia rodzinnego. Uznał ponadto, że biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, a także szczególnie dramatyczny dla skarżących charakter straty ich dziecka, na który wpłynęły silne więzi uczuciowe i duże znaczenie religii w życiu rodziny, władze francuskie nie zachowały słusznej równowagi pomiędzy prawem skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego a realizowanym celem prawowym i tym samym naruszyły art. 8 EKPC¹⁰.

Prawo do pochowania jako element prawa do kultu może doznawać szeregu ograniczeń, zarówno z punktu widzenia prawnego, jak i faktycznego. Ograniczenia te mogą być jednak traktowane jako dopuszczalne tylko wówczas, gdy wynikają z przepisów prawa – przykładowo kolejność osób uprawnionych do pochowania (osoby bliższe mają pierwszeństwo przed dalszymi krewnymi) czy odrębne zasady chowania osób zasłużonych dla państwa bądź też gdy są konsekwencją zaistnienia szczególnych okoliczności, takich jak konflikt zbrojny.

Ograniczenie możliwości wykonania prawa do pochowania czy samego uczestnictwa w ceremonii pogrzebowej może być konsekwencją orzeczenia kary pozbawienia wolności. Pozbawienie wolności na gruncie prawa może mieć różnorakie przyczyny. W ramach tej kategorii podmiotów mieścić się będą osoby tymczasowo pozbawione wolności, skazani za popełnione przestępstwa czy też osoby skazane wprawdzie na inną karę niż pozbawienie wolności, ale z uwagi na niemożność jej wykonania została ona zamieniona na karę pozbawienia wolności¹¹. Bez względu na to, który z tych powodów poddano by analizie, konsekwencja jest zawsze taka sama. Pozbawiony wolności może być też pozbawiony możliwości realizacji innych swoich praw, takich jak prawo uczestnictwa w pogrzebie czy zorganizowania pochówku bliskiej osobie. Za znaczeniem relacji, jakie więzień powinien zachować z najbliższymi czy światem zewnętrznym, przemawiają regulacje prawne odnoszące się do Wzorcowych Reguł Minimum Postępowania z Więźniami, zgodnie z którymi więźniowie powinni mieć zabezpieczone prawo do komunikowania się z rodziną i bliskimi przyjaciółmi w regularnych odstępach czasu, zarówno korespondencyjnie, jak i poprzez przyjmowanie wizyt¹². Znacznie szersze i bardziej precyzyjne regulacje odnoszące się do sytuacji więźnia zawarte zostały w Europejskich Regułach Więziennych¹³. W części poświęconej kontaktom ze światem zewnętrznym podkreślono, podobnie jak we Wzorcowych Regułach Minimum Postępowania z Więźniami, że każdemu z więźniów przysługuje „prawo do komunikowania się tak często jak to możliwe, listownie, telefonicznie lub w innych formach z ich rodzinami, innymi osobami oraz przedstawicielami organizacji oraz do przyjmowania wizyt tych

¹⁰ *Pannullo i Forte przeciwko Francji*, pkt 40.

¹¹ A. Płonka, *Prawa więźnia*, [w:] *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, red. L. Koba, W. Waławczyk, Warszawa 2009, s. 384–385.

¹² Pkt 37, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Geneva 1955, and approved by the United Nations Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31.06.1957 and 2076 (LXII) of 13.05.1977, podano za: <http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>, dostęp: 20.02.2012 r.

¹³ Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states replaced Recommendation No. R (87) 3 of the Committee of Ministers on the European Prison Rules., podano za: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747>, dostęp: 20.02.2012 r.

osób¹⁴. Dopuszczalne ograniczenia w komunikacji mogą mieć swoje źródło w potrzebach postępowania karnego, utrzymania porządku bezpieczeństwa i ochrony, a także prewencji kryminalnej i ochrony ofiar przestępstw, przy jednoczesnym zaznaczeniu, by respektować choćby minimalne standardy komunikacji. Nawet w sytuacji, gdy więzień jest karany dyscyplinarnie, kara, jaka wobec niego jest wykonywana w więzieniu, nie może obejmować całkowitego zakazu kontaktów rodzinnych¹⁵. Poza prawem do komunikacji Europejskie Reguły Więzienne w sposób wyraźny przewidują również prawo więźnia do otrzymywania – i to niezwłocznie – informacji na temat śmierci lub poważnej choroby jakiegokolwiek bliskiego krewnego. W pozwalających na to okolicznościach dopuszczalne jest również, aby więzień otrzymał zezwolenie na „opuszczenie zakładu karnego, pod eskortą lub samodzielnie, w celu odwiedzenia chorego krewnego, uczestniczenia w pogrzebie lub z innych względów humanitarnych”¹⁶. Zapis ten był źródłem – jak wynika z analizy prac przygotowawczych¹⁷ – obecnej regulacji zawartej w kodeksu karnego wykonawczego¹⁸ i odnoszącej się do uprawnień więźnia do opuszczenia zakładu karnego.

Instytucja zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego uregulowana jest w części k.k.w. dotyczącej wykonywania kary pozbawienia wolności w zakresie odnoszącym się do nagród i ulg podczas niej. Zgodnie z regulacją, która obowiązywała w czasie, gdy wydana została większość omówionych poniżej orzeczeń¹⁹, uprawnienie do opuszczenia zakładu karnego przysługiwało skazanemu w szczególnie ważnych dla niego wypadkach. Czas udzielania zezwolenia ograniczony był maksymalnie do 5 dni, a także dopuszczalne było udzielenie zezwolenia pod konwojem funkcjonariusza Służby Więziennej, asysty osoby godnej zaufania oraz samodzielnie. Prawo do wydania zezwolenia na opuszczenie zakładu przysługiwało w stosunku do osadzonych w zakładzie karnym zamkniętym sędziemu penitencjarnemu, a w sytuacjach, które określano jako „niecierpiące zwłoki”, uprawnienie to posiadał dyrektor zakładu karnego. Wspomniane „ważne dla skarżącego wypadki” nie były nigdzie określone, ani też choćby przykładowo wskazane, a w stosunku do samego rozstrzygnięcia nie zdecydowano się na zapisanie w sposób jasny i wyraźny możliwości wniesienia środka odwoławczego. Tym samym regulacja ta – jak pokazuje bogate orzecznictwo – sprawiała wiele problemów praktycznych, szczególnie związanych z charakterem oceny okoliczności czy też uzasadnieniem odmowy udzielania tego rodzaju pozwoleń.

Niejasności te spowodowały, że tematyka możliwości kultu osoby zmarłej w kontekście zezwolenia na uczestnictwo w pogrzebie osoby najbliższej była przedmiotem wielu orzeczeń wydawanych przez ETPC i to zarówno w sprawach „polskich”, jak i toczonych przeciwko innym państwom–stronom Konwencji. Zagadnienie to jest przedmiotem częstych rozwa-

¹⁴ *Ibidem*, pkt 21.1.

¹⁵ *Ibidem*, pkt 60.4.

¹⁶ *Ibidem*, pkt 24.7.

¹⁷ W pracach przygotowawczych (dostępne [na:] <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3961.htm>) posługiwano się dosłownym tłumaczeniem tego fragmentu Europejskich Reguł Więziennych, w szczególności pojęciem „inne względy humanitarne”, ostatecznie zdecydowano się jednak odejść od tego zapisu na rzecz określenia „wypadki szczególnie ważne dla skazanego”, co wydaje się być bardziej zasadne z punktu widzenia redakcji językowej polskich tekstów prawnych.

¹⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 1997 nr 90 poz. 557).

¹⁹ Zmiany w regulacji dotyczącej opuszczania zakładu karnego weszły w życie dopiero od 1.01.2012 r., a omawiane orzeczenie mają swoje oparcie w regulacjach art. 141 § 4 lub 141a § 1.

zań, na co wskazuje fakt, że orzeczeń dotyczących zwolnienia jest co najmniej kilka, a ostatni wyrok z omawianego zakresu został wydany przez ETPC w stosunku do Polski w listopadzie 2011 roku²⁰.

Sprawa Płoski przeciwko Polsce

Pierwszą ze spraw, w których ETPC zajął się problemem dopuszczalności uczestnictwa osoby pozbawionej wolności w obrzędach pogrzebowych osób bliskich, była sprawa zainicjowana w 1995 roku przez Wacława Płoskiego. Skarżący został zatrzymany pod zarzutem kradzieży 22 lutego 1994 roku; dwa dni później prokuratura przedstawiła mu zarzuty oraz postanowiła o jego tymczasowym aresztowaniu. Kiedy 2 lipca 1994 roku zmarła matka skarżącego, zdecydował on złożyć wniosek o udzielenie przepustki celem uczestnictwa w pogrzebie. Jego treść, zgodnie z materiałem dowodowym badanym przez Trybunał, brzmiała następująco: „Bardzo proszę o udzielenie mi przepustki, na podstawie telegramu otrzymanego w dniu 3 lipca 1994 roku, w celu wzięcia udziału w pogrzebie mojej matki Stefanii Płoska, zamieszkałej Bełchatów 67–400, Osiedle Dolnośląskie, blok 225 – która zmarła, co jest potwierdzone telegramem (informującym), że pogrzeb odbędzie się w dniu 5 lipca 1994 roku. Bardzo proszę o udzielenie przepustki – chciałbym oddać matce ostatnie uszanowanie, ukochanej osobie, którą straciłem. Proszę o przychylenie się do mojego wniosku – bardzo za to dziękuję”²¹. Wniosek ten zawierał również popierające prośbę Skarżącego oświadczenie wychowawcy więziennego. Rozpatrujący sprawę Sąd Rejonowy dla Wrocławia–Śródmieścia odmówił jednak udzielenia Skarżącemu przepustki wskazując, że „był on wielokrotnym recydywistą i nie ma gwarancji jego powrotu do więzienia”²². Rozpatrujący sprawę sędzia penitencjarny stwierdził natomiast, że w przypadku skarżącego nie zachodzą przesłanki losowe przewidziane w art. 59 § 1 kodeksu karnego wykonawczego, czyli „wypadek losowy” lub „wypadek nagły”²³. W niecały miesiąc później zmarł ojciec skarżącego. Podobnie jak poprzednio, zgłosił on wniosek o udzielenie przepustki losowej podkreślając w uzasadnieniu, że jest to kolejna śmierć wśród jego najbliższych. W tym przypadku również do wniosku dołączona była pozytywna opinia wychowawcy, podkreślająca, że zachowanie skarżącego nie budzi zastrzeżeń oraz że utrzymuje on kontakty z żoną i dziećmi, co miało oznaczać, że dla skarżącego członkowie rodziny są ważni, a uczestnictwo w pogrzebie rodziców traktuje z punktu widzenia więzów i życia rodzinnego jako sprawę bardzo dla siebie istotną. Również w tym przypadku Sąd Rejonowy i sędzia penitencjarny odmówili udzielania zgody, argumentując to w ten sam sposób jak poprzednio. Skarżący w styczniu 1995 roku

²⁰ *Giszczak przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 29.11.2011 r., nr sprawy 40195/08, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=9&portal=hbkm&action=html&highlight=%22Article%203%22%20%20+%20%20ofuneral%20%20prison&sessionid=87477918&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.02.2012 r. Sprawa ta nie będzie stanowiła przedmiotu głębszej analizy z uwagi na fakt, że wniosek Skarżącego o udział w pogrzebie córki został rozpatrzony pozytywnie, sam jednak Skarżący nie wziął w tym pogrzebie udziału z uwagi na konieczność noszenia kajdan oraz jego zdaniem zbyt rygorystyczne zabezpieczenia, które mogły naruszyć przebieg ceremonii.

²¹ *Płoski przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 12.11.2002 r., skarga nr 26761/95, § 13, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=26761/95&sessionid=87181627&skin=hudoc-tr-en>, dostęp: 20.02.2012 r.

²² *Ibidem*, §15.

²³ Art. 59, Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. z 1969 nr 13 poz. 98.

zwrócił się o dostarczenie pisemnych wyjaśnień powodów, dla których nie pozwolono mu wziąć udziału, samodzielnie lub w asyście policji, w pogrzebach jego matki i ojca. Wyjaśnienie zostało przekazane przez sekretarza prawnego Sądu Wojewódzkiego we Wrocławiu i zawierało informacje, że „wnioski o przepustkę zostały odrzucone, ponieważ był on recydywistą i istniało ryzyko jego ucieczki”²⁴.

Podstawę skargi stanowiła – uznana przez skarżącego za naruszającą art. 8 EKPC, czyli gwarantującego prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego – odmowa udzielenia mu zgody na wzięcie udziału w pogrzebach jego rodziców. Skarżący podkreślał również, że w żaden sposób nie nadużył on wcześniej zaufania władz zakładu karnego w sytuacjach, gdy otrzymywał przepustki z innych powodów. Zwrócił też uwagę, że podmioty właściwe do udzielania pozwolenia na uczestnictwo w pogrzebie mogły zabezpieczyć sytuację poprzez zezwolenie mu na uczestnictwo w asyście policji. Strona rządowa natomiast podnosiła, że odmowa stanowi „normalną i nieuniknioną konsekwencję tymczasowego aresztowania”²⁵, a jej zastosowanie konieczne celem „ochrony bezpieczeństwa publicznego i porządku oraz zapobieżenia przestępstwom”²⁶.

Analizując sprawę ETPC zgodził się zarówno z faktem zaistnienia ingerencji, jak i z tym, że była ona przewidziana przez prawo, a także że została zastosowana w usprawiedliwionym celu. Jednakże w odniesieniu do „konieczności zastosowania ingerencji” Trybunał przychylił się do stanowiska skarżącego. Stwierdził mianowicie, że nawet biorąc pod uwagę margines swobody pozostawiany państwom-stronom Konwencji, przy odmowie zgody powinno zostać wykazane, że organicznie w korzystaniu z praw i wolności jest w danej sytuacji konieczne²⁷. Ponadto Trybunał zwrócił uwagę na fakt niedostatecznego umotywowania odmowy udzielenia zgody na uczestnictwo w pogrzebach rodziców, jak i całkowite odstąpienie przez właściwe organy od podjęcia decyzji o udzieleniu pozwolenia na uczestnictwo w asyście policji. Wprawdzie zdaniem Trybunału jest to zazwyczaj sytuacja trudna logistycznie i kosztowana, jednak dolegliwość decyzji odmownej jest w tym przypadku tak duża, że nie można powoływać się na te wskazane okoliczności jako uzasadniające odmowę. Ostatecznie i – co warto podkreślić – jednogłośnie Trybunał uznał, że chociaż art. 8 EKPC nie gwarantuje praw do uzyskania przepustki w celu uczestnictwa w pogrzebie, to jednak w tym konkretnym przypadku uznaje, że „odmowy udzielenia przepustki w celu uczestniczenia w pogrzebach rodziców skarżącego nie były «konieczne w społeczeństwie demokratycznym», gdyż nie odpowiadały na domagające się uwzględnienia zapotrzebowanie społeczne i nie były proporcjonalne do usprawiedliwionego celu, w jakim były podjęte”²⁸.

Podsumowując niniejszą sprawę należy – za Bożeną Gronowską²⁹ – zwrócić uwagę, że nie należy ona do grupy spraw kontrowersyjnych, jednakże wyraźnie wskazuje, że zakres poszanowania praw osoby pozbawionej wolności nie powinien obejmować tych praw, których tejsze osoby na mocy wyroku nie pozbawiono.

²⁴ *Płoski przeciwko Polsce*, § 15.

²⁵ *Ibidem*, § 29.

²⁶ *Ibidem*, § 29.

²⁷ *Ibidem*, § 35.

²⁸ *Ibidem*, § 38 i 39.

²⁹ B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 12 listopada 2002 r. w sprawie Płoski przeciwko Polsce (dot. poszanowania życia rodzinnego osoby pozbawionej wolności)*, „Prokuratura i Prawo”, 2003, nr 7-8, s. 180-181.

Pozostałe sprawy dotyczące braku zgody na udział w ceremonii pogrzebowej

W kolejnych latach regulacja prawna, która stanowiła podstawę wydanego w sprawie *Płoski przeciwko Polsce* rozstrzygnięcia, nie uległa zmianie. Przed Trybunałem zaczęły zatem pojawiać się kolejne sprawy mające za przedmiot odmowę udzielania pozwolenia na udział w pogrzebie najbliższych.

W 2008 roku Trybunał zdecydował się na rozstrzygnięcie sprawy Bogdana Kryma³⁰. Skarżący, który odbywał karę pozbawienia wolności, został powiadomiony 21 czerwca 2006 roku o śmierci matki i tego samego dnia zgłosił wniosek o pozwolenie na uczestnictwo w jej pogrzebie. Tego samego dnia wniosek został rozpatrzony negatywnie z uwagi na fakt, że z dotychczas zgromadzonych dokumentów dotyczących wnioskodawcy oraz jego zachowania wynikało, że jest on osobą agresywną, która kierowała groźby pod adresem swoich sąsiadów, oraz mającą na koncie podpalenia ich własności. Przypomniano również, że przestępstwo, za które skarżący odsiadyuje karę, zostało popełnione podczas warunkowego zwolnienia, tym samym uznano skarżącego za recydywistę pozbawionego szacunku dla porządku społecznego oraz zasad w nim panujących³¹. Sąd rejonowy wydając ostateczne rozstrzygnięcie uznał, że nieudzielenie zezwolenia było w danym stanie faktycznym uzasadnione, szczególnie, że przywoływane przez skarżącego okoliczności, choć uznane za ważne, nie wypełniały jednak zdaniem tegoż sądu przesłanek z art. 141 § 1 k.k.w. Jednakże ani władze więzienia, ani sąd rejonowy nie odniosły się w swoich rozważaniach do rzeczywistej przyczyny, w jakiej kierowany był wniosek; nie poddały też jakiegokolwiek refleksji możliwości uczestnictwa w pogrzebie z udziałem policyjnej eskorty, na co regulacje prawne pozwalały.

W sprawie tej podniesiono jeszcze jeden istotny, a porzucony w dalszych rozważaniach aspekt, a mianowicie fakt, że skarżący utrzymywał, że „odmowa narusza również art. 9 EKPC dlatego, że jako praktykujący katolik uważał pogrzeb za «rytuał»”. Biorąc pod uwagę rozważania Trybunału w przywoływanej już sprawie *Panullo i Forte przeciwko Francji* odniesienie się do tej kwestii mogłoby stanowić istotny wkład w postrzeganie i określanie zakresu prawa do swobody wyznania i religii. Z uwagi jednak na fakt, że rząd polski skierował do Trybunału oświadczenie, w którym uznał, że „odmowa umożliwienia skarżącemu zgody na udział w pogrzebie matki nie była zgodna z jego prawem do poszanowania życia rodzinnego, zagwarantowanego w art. 8 Konwencji”³², przyjął na siebie dobrowolne zobowiązanie do zapłaty odszkodowania w wysokości 6 tys. złotych.

W dwa dni później ETPC powrócił do rozważań dotyczących zagadnienia przestrzegania praw do życia prywatnego i rodzinnego w kontekście udzielania zwolnienia z zakładu karnego³³. Skarżący w tej sprawie Sebastian Gustaw odbywający karę pozbawienia wolności został poinformowany 15 marca 2004 roku o śmierci swojego ojca i mającym się odbyć dwa dni później pogrzebie. W związku z otrzymaniem tych informacji Skarżący natychmiast złożył

³⁰ *Krym przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 7.10.2008 r., sprawa nr 26938/05, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Krym&sessionId=87191982&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.2.2012 r.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Gustaw przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 13.11.2008 r., sprawa nr 39507/04, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Gustaw&sessionId=87482075&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.02.2012 r.

wniosek o zezwolenie na udział w pogrzebie. Odmawiając zezwolenia na udział sędzia penitencjarny stwierdził, że „nie zachodzą szczególnie istotne warunki, określone w art. 141a § 1 k.k.w. Ponadto, biorąc pod uwagę charakter przestępstwa, za którego popełnienie Skarżący został skazany, i długi wyrok, takie zezwolenie byłoby możliwe tylko pod eskortą policji. Z informacji dostarczonych przez więzienie w Oleśnicy wynika, że nie byłoby możliwe zapewnienie transportu oraz eskorty policyjnej dla skazańca”³⁴. Warto w tym miejscu podkreślić, że wskazany przepis k.k.w. nie przewiduje możliwości odmowy udzielania pozwolenia, jeśli nie jest możliwe samo zapewnienie eskorty dla więźnia. Tym samym należy interpretować ten przepis w sposób podkreślający, że eskorta jest elementem mającym jedynie charakter dodatkowego zabezpieczenia, ale nie mogącym wpływać na udzielenie lub brak udzielenia zgody. Z uwagi na deklarację strony rządowej w sprawie wypłaty odszkodowania oraz częściową bezzasadność, sprawa została skreślona z listy.

Rok 2009 przyniósł kolejne postępowania dotyczące udziału w ceremoniach pogrzebowych najbliższych. Decyzja w pierwszym z nich miała miejsce już 13 stycznia 2009 roku³⁵. Skarżący w tej sprawie Wiesław Gil został tymczasowo aresztowany w dniu 19 lipca 2002 roku. 20 września otrzymał on informację o śmierci ojca i mającym się o odbyć następnego dnia pogrzebie. Natychmiast złożył on wniosek o zezwolenie na udział tej ceremonii. Wniosek zarejestrowano w sądzie 20 września, jednak jego rozpatrzenie i rozstrzygnięcie miało miejsce dopiero 23 września, czyli już po planowanej ceremonii. W swoim rozstrzygnięciu sąd stwierdził, że nie było możliwe udzielenie skarżącemu zgody na udział w postępowaniu, ponieważ istniało ryzyko manipulacji dowodami i był to jedyny możliwy sposób zapewnienia prawidłowości ciągu postępowania. Z uwagi na fakt, że ceremonia się odbyła, skarżący nie zdecydował się na odwołanie, uznając jego bezcelowość. Sprawy Trybunał nie rozpatrzył merytorycznie, gdyż strona polska skierowała do trybunału oświadczenie zawierające deklarację wypłaty odszkodowania i tym samym rozstrzygnięcia sprawy polubownie.

19 stycznia 2009 roku Trybunał wydał orzeczenie w dość szeroko komentowanej sprawie *Czarnowski przeciwko Polsce*³⁶. Skarżący Edward Czarnowski wniósł do Trybunału w 2003 roku skargę na odmowę umożliwienia mu wzięcia udziału w pogrzebie ojca, która jego zdaniem, tak jak i w pozostałych sprawach, stanowiła naruszenie art. 8 Konwencji.

Skarżący w tej sprawie został uznany za winnego przemocy przeciwko swojej dziewczynie i skazany na roczną karę pozbawienia wolności w czteroletnim zawieszeniu, które zostało przez niego naruszone. Konsekwencją tego było jej wyegzekwowanie. W trakcie wykonywania wyroku w dniu 18 lipca zmarł ojciec skarżącego, który natychmiast po dowiedzeniu się o tym fakcie oraz dostarczeniu mu aktu zgonu, wystąpił do władz więzienia o udzielenie mu pozwolenia na udział w uroczystościach pogrzebowych, które miały się odbyć 22 lipca 2003 roku. W dniu 21 lipca wniosek ten został odrzucony, co argumentowano w ten sposób, że przyczyn wskazanych przez skarżącego „nie można uznać za szczególnie

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Wiesław Gil przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 13.01.2009 r., sprawa nr 10251/03, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=Gil&sessionid=87482075&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.02.2012 r.

³⁶ *Czarnowski przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 20.01.2009 r., sprawa nr 200928586/03, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=czarnowski&sessionid=87194776&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.02.2012 r.

ważne³⁷ i tym samym nie spełniają one przesłanek przewidzianych przez art. 141 § 4 k.k.w. Dostarczona Skarżącemu decyzja zawierała informacje o możliwości wniesienia odwołania w terminie siedmiu dni od daty powiadomienia o jej treści. Doręczenie decyzji nastąpiło 22 lipca, co tym samym spowodowało bezsensowność odwołania, gdyż pogrzeb ojca skarżącego już się odbył. Trybunał w orzeczeniu musiał dokonać analizy zapisu k.k.w., zgodnie z którego postanowieniami „w przypadkach, które są szczególnie ważne dla skazanego, może on otrzymać pozwolenie na opuszczenie więzienia na okres nie przekraczający 5 dni, w razie potrzeby pod eskortą strażników więziennych lub innych odpowiedzialnych osób bądź osoby godnej zaufania. Jeśli chodzi o skazane osoby zatrzymane w zamkniętych obiektach więziennych, taki urlop może być udzielony przez sędziego penitencjarnego oraz w nagłych przypadkach przez dyrektora więzienia”³⁸. W odniesieniu do tego zapisu Skarżący zarzucił naruszenie art. 8 EKPC. Podkreślił jednocześnie, że nie było w stosunku do jego osoby niebezpieczeństwa niewłaściwego zachowania się podczas zwolnienia od odbywania kary, gdyż podczas odsiadywania wyroku często otrzymywał pochwały za swoje zachowania, a także pozostawał w kontakcie z najbliższą rodziną.

Rząd Polski twierdził natomiast, że skarżący jako osoba skazana za stosowanie przemocy w rodzinie i naruszająca warunki warunkowego zwolnienia oraz – zdaniem dyrektora więzienia – mająca złe karne i społeczne prognozy, nie powinna korzystać z możliwości, jakie daje art. 141 k.k.w. Ponadto zdaniem strony rządowej skarga nie jest dopuszczalna z uwagi na fakt, że skarżący nie wykorzystał przysługujących mu środków krajowych, ponieważ posiadał on prawo do odwołania od decyzji z 21 lipca 2003 roku, z którego nie skorzystał. Ponadto zdaniem strony rządowej skarżący powinien wystąpić z powództwem cywilnym o zadośćuczynienie na podstawie art. 24 w związku z art. 448 kodeksu cywilnego (czyli przepisów dotyczących ochrony dóbr osobistych), czego również nie uczynił. Zdaniem rządu skarżący złożył swój wniosek zbyt późno, gdyż przedstawił go w dniu 21 lipca 2003 roku, mimo że dowiedział się o śmierci ojca dzień wcześniej. Tym samym władze miały bardzo ograniczony czas na zajęcie stanowiska w tej sprawie³⁹.

Oceniając kwestię dopuszczalności Trybunał wskazał, że art. 35 Konwencji, odnoszący się do wyczerpania środków krajowych, przewiduje konieczność wykazania w postępowaniu dowodowym, że środki te faktycznie przysługiwały skarżącemu i były dlań dostępne. W przesłanej dokumentacji rządowej Trybunał nie doszukał się jednak potwierdzenia faktu, że roszczenia cywilne Skarżącego miałyby jakiegokolwiek rozsądne szanse powodzenia⁴⁰.

Odnosząc się natomiast do konkretnych zarzutów Trybunał – podobnie jak to miało miejsce w innych orzeczeniach – podkreślił, że treść art. 8 EKPC nie gwarantuje osobie zatrzymanej bezwarunkowego prawa do uzyskania zgody na opuszczenie zakładu karnego celem wzięcia udziału w pogrzebie bliskiej osoby. Nawiązując do sprawy *Płoski przeciwko Polsce* podkreślił również, że działania organów państwowych ograniczające prawa jednostki pozbawionej wolności muszą być jednak uzasadnione i konieczne w demokratycznym społeczeństwie⁴¹. W odniesieniu do skarżącego takich uzasadnień jednak Trybunał nie znalazł.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, § 22 i 23.

⁴⁰ *Ibidem*, § 19.

⁴¹ *Ibidem*, § 26.

Co więcej podkreślił, że skarżący był wprawdzie osobą skazaną na karę pozbawienia wolności, ale nie był przestępcą niebezpiecznym ani też nie działał w zorganizowanej grupie przestępczej. W badanej sprawie Trybunał nie znalazł również jakichkolwiek dowodów świadczących o tym, by kiedykolwiek usiłował on się uchylić od wykonania orzeczonej wobec niego kary⁴². Ponadto, podobnie jak w sprawie *Płoski przeciwko Polsce*, nie wzięto pod uwagę możliwości udzielenia przepustki konwojowanej. Odnosząc się do zarzutu rządu polskiego o zbyt późnym przedstawieniu wniosku o udzielenie przepustki Trybunał stwierdził, że wniosek ten został przez skarżącego złożony dzień później niż dowiedział się on o śmierci ojca, jednakże śmierć ojca nastąpiła w niedzielę, tym samym wniosek złożony dzień później, czyli w poniedziałek, mógł zostać bez przeszkód rozpatrzony przez sędziego. Nie można więc wskazywać, aby Skarżący dopuścił się w tym zakresie jakiegokolwiek uchybienia. Tym samym uznano, że doszło w tej sprawie od naruszenia prawa skarżącego chronionego na mocy art. 8 EKPC, nie orzekając jednak zadośćuczynienia, gdyż skarżący o jego zasądzenie nie wnioskował.

W niecałe dwa miesiące po rozpatrzeniu sprawy Czarnowskiego Trybunał po raz kolejny musiał zająć się kwestią dopuszczalności nieudzielenia zezwolenia na udział w pogrzebie osoby bliskiej. W decyzji z 17 marca 2009 roku, która kończyła postępowania z uwagi na skierowanie przez stronę polską zobowiązania do rekompensaty strat, Trybunał zadecydował o skreśleniu sprawy z listy.

W rzeczonyj sprawie powództwo zostało wniesione przez Mariusza Zakrzewskiego, który podnosił kilka rodzajów zarzutów, jednak z punktu widzenia podjętych rozważań najważniejszym wydaje się być kwestia nieudzielenia pozwolenia na uczestnictwo w pogrzebie matki. Kiedy zmarła 25 czerwca 2003 roku, ojciec skarżącego złożył do sądu w Lublinie wniosek zwolnienie go z aresztu w celu udziału w jej pogrzebie. W dzień później sąd odmówił zwolnienia skarżącego. Podstawy podjęcia przez sąd tej decyzji nie są znane Trybunałowi, gdyż skarżący ani strona przeciwna nie przedstawili kopii decyzji. Jednakże sam skarżący twierdził, że nigdy nie został poinformowany o przyczynach odmowy. Dalsze postępowanie z uwagi na stanowisko strony polskiej w kwestii wypłaty odszkodowania nie było przeprowadzone, należy jednak zauważyć, że już przed śmiercią matki, w okresie jej choroby, skarżący czynił starania o uzyskanie pozwolenia na spotkanie się z nią, które również nie zostały uwzględnione. Sam jednak fakt ich czynienia może wskazywać na silne związki uczuciowe między skarżącym a jego najbliższymi, co znajduje także odzwierciedlenie w fakcie, że wniosek o udzielenie pozwolenia na udział w pogrzebie skierował ojciec Skarżącego.

W roku 2009 Trybunał miał się zająć sprawą Roberta Maracha. Skarżącemu, który był przetrzymywany w areszcie, 20 maja 2006 roku zmarła matka. Akt zgonu został wydany dwa dni później. W dniu jego wydania skarżący skierował wniosek do dopuszczenia do udziału w pogrzebie matki. Podkreślił również, że zgadza się, aby brać w nim udział w asyście policji czy też funkcjonariuszy więziennych. 24 maja wniosek ten został odrzucony przez prokuratorę, która jednak nie wykazała żadnych przyczyn odmowy udzielenia takiego pozwolenia. Skarżący odwołał się od tego postanowienia, jednak 12 czerwca został poinformowany, że nie ma możliwości wniesienia odwołania od postanowienia z 24 maja. Trybunał nie mógł jednak odnieść się merytorycznie do tej sprawy, gdyż na skutek oświadczenia strony rządowej i propozycji wypłaty odszkodowania strony zawarły ugodę.

⁴² *Ibidem*, § 29.

W roku 2010 Trybunał wydał kolejne rozstrzygnięcia dotyczące poszanowania praw do uczestnictwa w ceremonii pogrzebowej. W dwóch z nich, Ireneusza Jarugi⁴³ oraz Rafała Szumskiego⁴⁴, Trybunał ograniczył się do wydania decyzji dotyczących skreślenia spraw z listy w konsekwencji zawarcia między skarżącymi a stroną polską ugody i zobowiązaniem się do wypłaty odszkodowania. W tym samym roku Trybunał wydał decyzję dotyczącą podobnej problematyki, jednak o odmiennie sformułowanych zarzutach⁴⁵. 4 grudnia 2008 roku Krystian Wadielac, będący w trakcie odsiadywania trzypółtorocznej kary więzienia (do momentu zaistniałej sytuacji odbył już 3 lata i 2 miesiące), został poinformowany przez Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie o śmierci swojej matki. W powiadomieniu zawarto również informację, zgodnie z którą skarżący jako jedyny syn został wskazany jako osoba zobowiązana do zorganizowania pogrzebu oraz powiadomiony o przysługiwaniu mu prawa do zasiłku pogrzebowego. W piśmie poinformowano skarżącego również o tym, że z uwagi na fakt jego zatrzymania możliwe jest powierzenie organizacji pogrzebu przedsiębiorstwu pogrzebowemu. Tego samego dnia skarżący napisał wniosek, w którym zwrócił się z prośbą o udzielenie mu pozwolenia na opuszczenie zakładu karnego celem zorganizowania pogrzebu matki i uczestnictwa w nim. 11 grudnia 2008 roku sąd oddalił wniosek z uwagi na to, że pogrzeb miał już miejsce. Następnie skarżący wniósł kolejny wniosek, motywowany chęcią uporządkowania mieszkania zmarłej matki. Tym razem 22 grudnia zostało mu udzielone trzydziestosześciodzinne pozwolenie. Składając skargę do Trybunału, skarżący nie podnosił jednak jak jego poprzednicy naruszenia art. 8 EKPC, a domagał się ochrony w oparciu o prawa gwarantowane w innych przepisach EKPC. Po pierwsze stwierdził, że w jego mniemaniu odmowna odpowiedź na prośbę o udzielenie zwolnienia na udział w pogrzebie matki stanowiła poniżające traktowanie sprzeczne z art. 3 Konwencji. Po drugie uznał, że działanie to wyczerpywało także naruszenie praw jego zmarłej matki w oparciu o art. 9 z uwagi na fakt, że została ona pochowana na podobnych zasadach, na jakich chowane są osoby bezdomne, a także nie jak to jest zwyczajowo przyjęte w odświętnej odzieży, a w ubraniu, które miała na sobie w szpitalu. Skarżący zarzucił również naruszenie art. 13 EKPC polegające na tym, że jego skarga przez kilka dni była pozostawiona bez odpowiedzi.

Trybunał nie rozstrzygał tej sprawy merytorycznie, gdyż strona polska zadeklarowała wypłatę odszkodowania, które doprowadziło do polubownego załatwienia sprawy. Należy jednak zwrócić uwagę, że oparcie skargi o art. 3 nie znalazłoby akceptacji Trybunału. W sprawie, w której przytoczono podobne zarzuty i właśnie art. 3 EKPC jako podstawę⁴⁶ Trybunał podkreślił, że wskazał już wcześniej⁴⁷, że odmowa urlopu wnioskowanego w celu odwiedzenia chorego nie mieści się w jego zakresie. Podkreślił również, że sprawy związane z wizytami u chorych krewnych oraz udziałem w pogrzebach najbliższych są uprawnieniami,

⁴³ *Jurga przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 22.06.2010 r., sprawa nr 30540/09, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=30540/09&sessionid=87477918&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.02.2012 r.

⁴⁴ *Szumski przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 14.12.2010 r., sprawa nr 40463/09, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=40463/09&sessionid=87482075&skin=hudoc-en>, dostęp: 20.02.2012 r.

⁴⁵ *Wadielac przeciwko Polsce*, decyzja ETPC z 25.05.2010 r., sprawa nr 14260/09, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=14260/09&sessionid=87482075&skin=hudoc-en>, dostęp: 26.02.2012 r.

⁴⁶ *Lind przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 6.12.2007 r., sprawa nr 25664/05.

⁴⁷ *Sannino przeciwko Włochom*, decyzja ETPC z 3.05.2005 r., sprawa nr 72639/01.

których naruszenie powinno być dochodzone w oparciu o art. 8, jak czyniła to większość skarżących w sprawach przeciwko Polsce.

Podsumowanie

Przedstawiona analiza spraw dotyczących prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, które jest zagwarantowane art. 8 EKPC, wskazuje, że jest to prawo o charakterze niezbywalnym, które swe źródło ma w dobrach osobistych jednostki, głównie w jej przyrodzonej i niezbywalnej godności. Tym samym prawo to powinno być szanowane i uwzględniane przy podejmowaniu decyzji związanych ze sprawami rodzinnymi. Natłok prac legislacyjnych, trudna sytuacja polskiego więziennictwa, braki kadrowe czy ignorancja wobec wcześniejszego orzecznictwa ETPC nie mogą usprawiedliwiać jego naruszeń.

Analizowane orzecznictwo wskazuje, jak bardzo w polskich regulacjach prawnych standard przestrzegania tego prawa w kontekście możliwości zwolnienia celem uczestnictwa w uroczystościach pogrzebowych osoby bliskiej był niewystarczający. Wiele uwag ukazujących luki i niejasności w polskim systemie zostało przekazanych przez Helsińską Fundację Praw Człowieka⁴⁸, która wystąpiła w sprawie Czarnowskiego jako *amicus curiae*. W swojej szerokiej opinii wskazała ona na znaczenie wspomnianych już Wzorcowych Reguł Minimum Postępowania z Więźniami i Europejskich Reguł Więziennych. W kontekście nowelizacji warto zwrócić uwagę na opinię Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, która podkreślała, że regulacje kodeksowe nie są zbyt precyzyjne, gdyż pozwalają na szeroki zakres uznania organów państwowych i określenia tego, co stanowić może „bardzo istotne dla skazanego okoliczności”. Sfera braku precyzji odnosiła się także do warunków zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, samodzielnie lub pod eskortą odpowiednich służb. Jako drugą, nie mniej istotną przyczynę wskazano niejednolite traktowanie jako powód do udzielenia zezwolenia na uczestnictwo w samych uroczystościach pogrzebowych. W części spraw traktowane one były jako powody ważne i istotne dla więźnia, w innych natomiast takiej kwalifikacji nie otrzymywały albo pozostawały pominięte milczeniem. W tym miejscu trzeba zastrzec, że sam pogrzeb osoby bliskiej traktowany jako ceremonia zawsze ma podobny wymiar (prywatny i rodzinny), więc pożądane byłoby przyjęcie jednolitej linii przez organy orzekające.

Wychodząc naprzeciw regulacjom Europejskich Reguł Więziennych zdecydowano się na dokonanie nowelizacji k.k.w. 16 września 2011 roku znowelizowano art. 141a. k.k.w. nadając mu brzmienie: „Dyrektor zakładu karnego może udzielić skazanemu zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego pod konwojem funkcjonariusza Służby Więziennej, osoby godnej zaufania lub samodzielnie, na czas nieprzekraczający 5 dni, w celu odwiedzenia poważnie chorego członka rodziny, uczestnictwa w pogrzebie członka rodziny oraz w innych wypadkach szczególnie ważnych dla skazanego”.

Jak wynika z analizy prac przygotowawczych, celem twórców nowelizacji było również „ograniczenie czynności sędziego penitencjarnego do minimum niezbędnego do zabezpieczenia gwarancji procesowych skazanego”⁴⁹. Za pozytywne należy uznać również przesunięcie kompetencji

⁴⁸ *Edward Czarnowski v. Poland*, Written comments by The Helsinki Foundation for Human Rights, 19.12.2007 r., podano za: http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/czarnowski_amicus.pdf, dostęp: 20.2.2012 r.

⁴⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, Druki

decyzyjnych do udzielania zwolnienia na osobę dyrektora zakładu karnego. Takie rozwiązanie sprzyja sprawności podjęcia decyzji i daje większe szanse na uczestnictwo w ceremonii pogrzebowej zainteresowanemu z uwagi na to, że zazwyczaj okres między śmiercią a pogrzebem danej osoby wynosi jedynie kilka dni. Jak słusznie zauważono, „przekazanie natomiast kompetencji w tym zakresie sędziemu penitencjarnemu wiązałoby się z koniecznością przesyłania wniosku skazanego, a tym samym przedłużałoby niepotrzebnie tok postępowania⁵⁰”. Nie można również pominąć tego, jak ważne jest zabezpieczenie decyzji możliwością wniesienia skargi, która pojawiła się w dodanym do art. 141a § 5⁵¹. Ważne jest również to, że nie zapomniano o przykładowym wskazaniu sytuacji, które uzasadniają udzielenie zezwolenia, oraz to, że poza pogrzebem osoby bliskiej znalazła się tam również sytuacja odwiedzenia jej w trakcie poważnej choroby.

Wydaje się jednak, że podjęty wysiłek nowelizacyjny to jeszcze zbyt mało. Występując w sprawie Czarnowskiego Helsińska Fundacja Praw Człowieka w związku i bardzo rzeczowy sposób przedstawiła jeszcze inne trudności, jakie stoją u źródła naruszeń praw osób pozbawionych wolności. Zwróciła ona uwagę na nieuzasadnione rezygnowanie z udzielania zwolnień na udział z ceremonii pogrzebowej wówczas, gdy prognozy dotyczące zachowania więźnia nie były pozytywne. W takich przypadkach niezwykle rzadko w ogóle poddawano rozważaniom możliwość udzielenia zwolnienia pod eskortą, decydując się na odmowę. Fundacja słusznie krytykuje również sam mechanizm ubiegania się o zwolnienie, w którym brak stałych czy też zwiększających szansę na uzyskanie pozytywnej odpowiedzi elementów, takich jak opinia z zakładu karnego⁵². W tym zakresie nowelizacja nie przynosi bezpośrednich regulacji, pośrednio można uznać, że pewną gwarancją dla osób, którym odmówiono by zwolnienia, jest możliwość wniesienia skargi.

Należy również zastanowić się, dlaczego tak długo należało czekać na tę nowelizację, dlaczego aż tyle rozstrzygnięć ETPC musiało zapaść, dlaczego konieczna była wypłata aż tylu odszkodowań i wreszcie dlaczego tak wiele osób zostało pozbawionych jedynej i niepowtarzalnej możliwości oddania swoim bliskim szacunku i czci po raz ostatni, uczestnicząc w ceremonii pogrzebowej. W jednym ze swych felietonów Adam Bodnar wskazał, że „w dużych sprawach, kiedy należy przyjąć kompleksowe rozwiązania, np. dotyczące systemu rekompensat za utratę mienia zabużańskiego (*Broniowski przeciwko Polsce*), Polska radzi sobie nadzwyczaj dobrze. Jeśli jednak przyjrzymy się sprawom pojedynczym, o mniejszym znaczeniu czy nośności społecznej, to wcale nie wygląda to już tak różowo⁵³”. Problem ten zauważył również sam ETPC, który w rozważaniach w sprawie Czarnowskiego negatywnie odniósł się do osoby sędziego penitencjarnego i zganił go za brak wzięcia pod uwagę wydanego niedługo czas wcześniej wyroku w sprawie *Płoski przeciwko Polsce*.

Należałoby w związku z tym rozważyć, jakie działania powinny zostać podjęte, aby skuteczność rozstrzygnięć ETPC została zwiększona. Przede wszystkim należy pamiętać, że za-

Sejmowe VI kadencja, druk nr 3961, podano za: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3961>, dostęp: 20.2.2012 r.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Ustawa z 16.09. 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2011 r. nr 240 poz. 1431.

⁵² *Edward Czarnowski v. Poland*, Written comments by The Helsinki Foundation for Human Rights, pkt 15.

⁵³ A. Bodnar, *Trywializacja Strasburga. Wyroki ETPC w sprawach o naruszenia dostępu do sądu*, „Na wokandzie”, 2010, nr 2, s. 64.

dbanie o skuteczność rozstrzygnięcia nigdy nie jest jednowymiarowe. Pierwszy z wymiarów zmian, jakie należałoby wprowadzić, został już częściowo poczyniony, a mianowicie doszło do zmian w regulacjach prawnych. Nie bez znaczenia dla zwiększenia efektywności stosowania orzecznictwa jest zaangażowanie różnych organów w działalność inicjującą czy też legislacyjną. W ramach tych prac sugerowane jest w doktrynie⁵⁴ instytucjonalne wzmocnienie Pełnomocnika MSZ ds. postępowania przed ETPC, a także zapewnienie mu niezależności politycznej i stabilności działania. Zwraca się również uwagę na zintensyfikowanie prac Rządowego Centrum Legislacji oraz Rady Legislacyjnej, tak pod kątem analizy orzecznictwa, jak i okresowego przeglądu ustawodawstwa⁵⁵. Wreszcie istotne jest zwiększenie aktywności w sygnalizowaniu przez Rzecznika Praw Obywatelskich zmian przepisów lub praktyki⁵⁶. W odniesieniu do analizowanej problematyki z zadowoleniem należy postrzegać aktywność RPO, który nie tylko korzysta ze swoich kompetencji w celu żądania wyjaśnień w sprawach, jakie do niego napływają, ale również przywołuje w swoich pismach orzecznictwo ETPC i standardy, jakich w zakresie przestrzegania EKPC wymaga się od państw członkowskich⁵⁷.

Kolejnym wymiarem powinna być zmiana praktyki postępowania podmiotów podejmujących decyzje dotyczące zwolnień. Jak wskazuje Bodnar, cel ten można osiągnąć poprzez „upowszechnienie treści wyroku ETPC, jego głównych tez lub też poprzez wewnętrzny administracyjny nadzór w celu osiągnięcia zgodności postępowania z Konwencją; może to także oznaczać obowiązek przeprowadzenia szkoleń dla organów i funkcjonariuszy stosujących prawo”⁵⁸. Wreszcie należałoby dążyć do upowszechniania informacji na temat podejmowanych przez ETPC rozstrzygnięć, i to nie tylko wśród osób zajmujących się tworzeniem czy stosowaniem prawa, ale również wśród obywateli, w tym szczególnie grup zagrożonych nadużyciami tak istotnych praw, jak prawo do życia prywatnego i rodzinnego.

The right to worship of deceased opportunities in the context of funeral participation of persons deprived of their liberty. Comments of the background of the European Court of Human Rights case law against Poland

(Summary)

The cult of the deceased appears with the time of their death and includes both the right to participate in the funeral, as well as follow-up to the visit of the deceased and the burial place of the deceased. In most cases, this cult is exercised freely and smoothly. However, there may be situations in which it will be difficult or even impossible. This situ-

⁵⁴ A. Bodnar, *Instytucjonalne aspekty wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze stanowienia prawa*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim systemie prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 287 i nn.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 288.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 289.

⁵⁷ Na aktywność RPO w tym zakresie wskazuje list przesłany przez RPO do Ministra Sprawiedliwości dotyczący sprawy J.B.; podano za: <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2008/10/601904/1504782.pdf>, dostęp: 20.02.2012 r., oraz podobna inicjatywa zastępcy RPO dotycząca A.B.; podano za: <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2009/10/630978/1509294.pdf>, dostęp: 20.02.2012 r.

⁵⁸ A. Bodnar, *Skuteczność Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w Polsce* [w:] *Skuteczność prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2010, s.189.

ation occurs when we are dealing with the death of a person whose relatives are imprisoned. As far as possible it should be allowed to participate in the funeral ceremony for all those who are willing, especially the family and friends of the deceased.

According to the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules detained person shall be entitled to quickly receive an information about the death or serious illness of any near relative. It is also acceptable to the prisoner to receive a permission “to leave prison either under escort or alone in order to visit a sick relative, attend a funeral or for other humanitarian reasons”. The possibility of realization of these rights is the institution of permission to leave the prison. However, it causes confusion due to many practical problems. In particular they are related to the nature of the assessment of the circumstances or reasons for refusing to grant such permission.

The paper therefore relates to the analysis of issues and difficulties in the implementation of the exercise of the right to worship in regard to persons deprived of their liberty. The analyzed cases against Poland are: the ones of Waclaw Płoski, Bogdan Krym, Sebastian Gustaw, Wiesław Gil, Edwarda Czarnowski, Mariusz Zakrzewski, Rafał Szumski, Ireneusz Jaruga and Krystian Wadielac. They were very similar. The prisoners learned of the death of relatives (mainly one of the parents) and performed to provide a pass for the time to participate in the funeral. However, they received a rejection response due to the fact that the Polish legislation lacked clear rules relating to the granting of such passes. In particular, there was no clearly illustrated catalog of circumstances that justify granting a pass. The prisoners did not have in many cases the possibility to appeal a negative decision for them. There were therefore arbitrary features.

However, as pointed out in the *Płoski against Poland* sentence, the refusals of attendance to the funerals of the applicant’s parents were not “necessary in a democratic society”, because they were not proportionate to the legitimate aim in which they were taken. At that time, in the implementing regulations appeared more directly transferring the cases described in the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules as justifying dismissal. The situation remained unchanged until 2011 – 17 years after the first examination of the case by the ECHR. There is also the question of the effectiveness of the enforcement of the ECHR judgments, which currently in matters of “minor” or “unit” is very small. Quick changes are made only in cases where the question is one of the media hot topics.

Marcin Stępień*

Postępowanie dowodowe w polskiej procedurze karnej i cywilnej a Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybrane zagadnienia praktyczne

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie kilku wybranych zagadnień dotyczących wzajemnych relacji pomiędzy przepisami regulującymi polskie postępowanie dowodowe a standardami wynikającymi z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Autor starał się wybrać zagadnienia, które w sądowej praktyce stosowania polskiego prawa mogą budzić wątpliwości. Ograniczono się jednocześnie do spraw karnych i cywilnych w autonomicznym rozumieniu konwencyjnym, pozostawiając poza nurtem rozważań administracyjny model stosowania prawa. Rzecz jasna autor zdaje sobie sprawę z tego, że w związku z tym dobór poruszonych tu zagadnień może być poczytany za bardzo subiektywny i metodologicznie wątpliwy.

Zasady rzetelnego procesu

Postępowanie dowodowe jest częścią procedur związanych z sądowym stosowaniem prawa. W art. 6 Konwencja gwarantuje każdemu prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Gwarancje te znalazły swoje substancjalne rozwinięcie w rozlicznym orzecznictwie i w doktrynie. Szczegółowe ich omawianie w ramach niniejszego opracowania jest całkowicie zbędne, chociażby z uwagi na znakomitą literaturę w tym przedmiocie¹. Konieczne jest jednak chociażby za-sygnalizowanie treści tych standardów. Stanowią one wytwór orzecznictwa strasburskiego Trybunału. Standardy te określane są w kontekście konkretnych spraw, a nie *in abstracto*.

W odniesieniu do spraw karnych gwarancje konwencyjne wskazane są wprost w art. 6 ust. 3, przy czym w zasadzie rozważyć można, czy klauzule te nie mogłyby tak naprawdę zostać wyinterpretowane z ust. 1. Trudno tu jednak mówić o *superfluum*, a raczej o podkreśleniu

* Marcin Stępień - radca prawny prowadzący Kancelarię Radcy Prawnego w Gdyni.

¹ Przykładowo w języku polskim: Komentarz do art. 6 Konwencji autorstwa P. Hofmańskiego i A. Wróbla [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, t. I: *Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010; Rozdział XVI autorstwa B. Gronowskiej i M. Balcerzaka [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, w języku angielskim: P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998.

ich doniosłości. Jednocześnie wyliczenie to nie może być uznane za wyczerpujące – zawsze bowiem można określoną gwarancję wyinterpretować z art. 6 ust. 1, jeśli nie wywiedziono jej z ust. 3 tego przepisu, co wiąże się z koncepcją Konwencji jako „żywego instrumentu”.

W zakresie gwarancji procesowych odnoszących się do praw i obowiązków cywilnych tekst Konwencji pozostaje dość lakoniczny – w przeciwieństwie do spraw karnych. Nie jest oczywiście wykluczone posiłkowanie się gwarancjami przyznanymi *expressis verbis* w odniesieniu do spraw karnych czy też posiłkowanie się doktryną *fair trial*².

Przy nakreślaniu wyżej wskazanych standardów zasadne wydaje się przyjęcie trzech założeń. Po pierwsze, standardy prawa do sądu w sprawach cywilnych chronią postępowanie sądowe, a nie jego wynik. Z tego też względu, jak trafnie zauważa Magdalena Sykulska-Przybysz, art. 6 Konwencji nie może stanowić podstawy skutecznej skargi, jeśli jej przedmiotem jest zarzut błędnego zastosowania prawa czy też błędu w ustaleniach faktycznych, prowadzący np. do bezzasadnego oddalenia powództwa³. Po drugie, z uwagi na treść art. 6 ust. 2 i 3 Konwencji, art. 2 Protokołu 7 do tej Konwencji oraz art. 14 ust. 2-6 Paktu, państwa mają szerszy zakres marginesu uznania oraz swobody w implementacji i wykładni prawa do rzetelnego procesu w sprawach cywilnych⁴. Po trzecie, zapewnienie minimalnych standardów rzetelności postępowania cywilnego będzie się wiązać w dużej mierze z obowiązkami pozytywnymi państwa⁵.

W sprawach cywilnych zastosowanie znajdą zatem takie standardy wywiedzione z obowiązków pozytywnych państwa na gruncie spraw karnych, jak kontrydiktoryjność postępowania i związana z nią zasada równości broni stron procesu, prawo do osobistego uczestnictwa w procesie, obowiązek starannego badania materiału dowodowego oraz wniosków dowodowych, a także obowiązek uzasadnia orzeczeń oraz zapewnienia prawa do skutecznego środka odwoławczego w razie naruszenia w trakcie procesu standardów przewidzianych art. 6 Konwencji.

Szczególne znaczenie dla rzetelności procesu ma zasada jawności. Postępowanie przed sądem – zarówno w sprawach cywilnych, jak i karnych – co do zasady jest jawne. Ograniczenia w tym zakresie mogą wynikać z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości. Na gruncie prawa polskiego wyłączenie jawności może wprost wynikać z przepisów⁶ lub być konsekwencją dyskrecjonalnej kompetencji przewod-

² Por. M. Sykulska-Przybysz, *Rzetelny proces sądowy*, [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010, s. 431.

³ *Ibidem*, s. 435.

⁴ *Dombo Bebeer przeciwko Holandii*, wyrok EPTC z 27.10.1993 r., skarga nr 14448/88.

⁵ Więcej na temat obowiązków pozytywnych państwa w kontekście prawa do rzetelnego procesu sądowego w pracy doktorskiej J. Czepek, *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji*, rozdział: *Syntetyczny przegląd zobowiązań pozytywnych Państwo-Stron w sferze innych praw chronionych*, podrozdział *Na tle gwarancji prawa do słusznego procesu*, nie opublikowana praca doktorska napisana pod kierunkiem prof. T. Jasudowicza; cytaty dzięki uprzejmości autora.

⁶ Por. np. art. 359 kpk, po myśli którego „niejawna jest rozprawa, która dotyczy: 1) wniosku prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i zastosowanie środka zabezpieczającego; 2) sprawy o pomówienie lub znieważenie” (na wniosek pokrzywdzonego rozprawa odbywa się jednak jawnie); art. 427

niczącego składu orzekającego⁷. W każdym jednak przypadku ogłoszenie wyroku następuje jawnie, choć już podanie ustnych motywów rozstrzygnięcia może być utajnione.

Mając na uwadze powyższe, można sformułować następujące zasady odnoszące się do rzetelnego procesu w kontekście postępowania dowodowego: 1) prawo oskarżonego i obrońcy do zapoznania się i skomentowania każdego środka dowodowego; 2) prawo oskarżonego i obrońcy do uzyskania informacji o wszystkich zgromadzonych dowodach, zarówno tych, które przemawiałyby za skazaniem, jak i za uniewinnieniem; 3) zasada równych broni: każdy, zarówno w postępowaniu karnym, jak i cywilnym, musi mieć możliwość przedstawienia we właściwy sposób swojej sprawy sądowi, w warunkach, które nie stawiają go w wyraźnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do strony przeciwnej⁸; w sprawach karnych oskarżonemu i jego obrońcy należy zapewnić co najmniej tyle praw, ile ma oskarżyciel; 4) równe prawo stron do inicjowania środków dowodów.

Elementy postępowania dowodowego a standardy Konwencyjne

Na postępowanie dowodowe składa się kilka elementów⁹: 1) dopuszczenie konkretnego środka dowodowego; 2) przeprowadzenie dowodu na określone okoliczności; 3) paradygmaty oceny dowodów; 4) analiza przeprowadzonych dowodów w treści uzasadnienia. Nie wszystkie te elementy będą relewantne na gruncie Konwencji i orzecznictwa strasburskiego.

Zagadnienie dopuszczalności poszczególnych dowodów pozostawione jest wyłącznie sądom krajowym. Konwencja nie określa wprost żadnego katalogu dopuszczalnych czy też zabronionych środków dowodowych czy metod dowodzenia. Oczywiście niektóre zakazy dowodowe można wprost wyinterpretować z treści Konwencji (np. zakaz stosowania tortur celem uzyskania zeznań, który zawsze prowadzi do uznania procesu za nierzetelny)¹⁰. To, co wydaje się oczywiste w związku z wertykalnym oddziaływaniem Konwencji, może jednak budzić wątpliwości w zakresie horyzontalnym. Tu pojawia się pytanie o zakres obowiązków pozytywnych państwa w tym zakresie, tj. czy np. nakaz poszanowania prywatności oznacza nakaz oddalenia wniosku dowodowego uzyskanego nielegalnie przez osobę prywatną, nie działającą w imieniu państwa. Szerzej na ten temat w odniesieniu do spraw cywilnych, omówionych poniżej.

kpc (dotyczący postępowania w sprawach małżeńskich): „posiedzenia odbywają się przy drzwiach zamkniętych, chyba że obie strony żądają publicznego rozpoznania sprawy, a sąd uzna, że jawność nie zagraża moralności”.

⁷ Por. np. art. 360 § 1 kpk. Sąd wyłącza jawność rozprawy w całości albo w części, jeżeli jawność mogłaby: 1) wywołać zakłócenie spokoju publicznego; 2) obrażać dobre obyczaje; 3) ujawnić okoliczności, które ze względu na ważny interes państwa powinny być zachowane w tajemnicy; 4) naruszyć ważny interes prywatny. Zob. też art. 153 § 1 kpc: „Sąd z urzędu zarządza odbycie całego posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, jeżeli publiczne rozpoznanie sprawy zagraża porządkowi publicznemu lub moralności lub jeżeli mogą być ujawnione okoliczności objęte ochroną informacji niejawnych. § 2. Sąd może zarządzić odbycie posiedzenia przy drzwiach zamkniętych również na wniosek strony, jeżeli podane przez nią przyczyny uzna za uzasadnione lub jeżeli roztrząsane być mają szczegóły życia rodzinnego. Postępowanie dotyczące tego wniosku odbywa się przy drzwiach zamkniętych. Postanowienie w tym przedmiocie sąd ogłasza publicznie.”

⁸ Por. np. *Dombo Bebeer przeciwko Holandii*, skarga nr 14448/88.

⁹ Celowo nie piszę o fazach, gdyż nie przedstawiam tu dynamiki postępowania dowodowego, lecz jego elementy statyczne.

¹⁰ *Harutyunyan przeciwko Armenii*, wyrok ETPC z 28.06.2007 r., skarga nr 36549/03 § 58

Konwencja i orzecznictwo strasburskie nie odnoszą się w zasadzie bezpośrednio do kwestii proceduralnych związanych z dopuszczaniem dowodów, tj. do formy dopuszczenia dowodu, treści ewentualnego orzeczenia w tym zakresie czy możliwości zaskarżalności. Nie jest jednak wykluczone, by zagadnienia te były badane poprzez pryzmat zasady *fair trial*.

W polskiej procedurze karnej dopuszczenie dowodu nie wymaga wydania postanowienia, decyzja w postaci zarządzenia jest wystarczająca¹¹. Określić należy dowód oraz okoliczności, które mają być udowodnione (teza dowodowa). Oddalenie wniosku dowodowego następuje w formie niezaskarżalnego postanowienia¹². Odmowę dopuszczenia dowodu można jednak skarżyć w apelacji od wyroku zapadłego po przeprowadzeniu postępowania, w toku którego wniosek dowodowy oddalono, podnosząc zarzut obrazu art. 170 kpk¹³. Reguły te mają odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu w sprawach o wykroczenia.¹⁴

W procedurze cywilnej, zarówno w przypadku dopuszczenia, jak i odmowy przeprowadzenia dowodu, wydawane jest postanowienie. W postanowieniu tym sąd oznacza fakty podlegające stwierdzeniu, środek dowodowy i – stosownie do okoliczności – sędziego lub sąd, który ma dowód przeprowadzić, a ponadto (jeżeli to jest możliwe) termin i miejsce przeprowadzenia dowodu. Wyznaczając sędziego, sąd może pozostawić mu oznaczenie terminu przeprowadzenia dowodu¹⁵. Na postanowienie to nie przysługuje zażalenie, toteż nie podlega ono uzasadnieniu¹⁶. Jednak, zgodnie z art. 380 kpc, sąd drugiej instancji na wniosek strony rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegają zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Dokonanie przez sąd ustaleń faktycznych na podstawie wskazanych przez stronę (a także dopuszczonych z urzędu) dowodów, które nie zostały w formalny sposób dopuszczone i przeprowadzone na rozprawie, narusza ogólne reguły postępowania w zakresie bezpośredniości, jawności, równości stron i kontradyktoryjności. Podstawą ustaleń faktycznych mogą być tylko dowody prawidłowo przeprowadzone. Sąd powinien wypowiedzieć się w przedmiocie wniosku dowodowego¹⁷.

Argumentem przemawiającym za brakiem możliwości zaskarżenia oddalenia wniosku dowodowego w procedurze karnej i cywilnej są zasady ekonomiki procesowej. Z uwagi jednak na możliwość podniesienia tych kwestii w apelacji nie można tu mówić o zachwianiu równowagi pomiędzy wymogami sprawności postępowania a prawem do rzetelnego procesu. Jak się zatem zdaje, polskie procedury w zakresie dopuszczalności dowodów nie naruszają standardów rzetelnego procesu.

Konwencja jest dość lakoniczna w określaniu sposobu przeprowadzenia dowodów – w zasadzie wskazuje w tym zakresie jedynie w odniesieniu do spraw karnych, że każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania

¹¹ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-296*, red. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, t. I, Warszawa 2011, w kom. do art. 170 kpk.

¹² Niezależnie od tego czy zapadło w postępowaniu przygotowawczym, czy też w postępowaniu sądowym.

¹³ Por. art. 447 § 3 kpk.

¹⁴ Por. art. 39 § 2 kpw oraz art. 109 § 2 kpw.

¹⁵ Por. art. 236 kpc.

¹⁶ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2011, w kom. do art. 236 kpc.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 15.01.2010 r., I CSK 197/09, niepublikowany.

świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia. Brak podobnej regulacji odnoszącej się do postępowań cywilnych. Tutaj jednak w sukurs przychodzi wypracowana przez orzecznictwo koncepcja równych broni. Choć podstawą jej wypracowania były głównie sprawy karne, można i należy ją stosować z odpowiednimi modyfikacjami do postępowania cywilnego.

Koncepcja równości broni wyraża się w tym, że każdej ze stron należy zapewnić rozsądną sposobność przedstawienia jej sprawy – włączając w to jej dowody – na warunkach, które nie stawiają jej w położeniu gorszym niż przeciwnika¹⁸. Oznacza to nie tylko prawo dostępu do materiału dowodowego, ale również to, aby oskarżyciel ujawnił obronie wszystkie istotne dowody przemawiające za i przeciw oskarżonemu¹⁹. Ponadto każdy dowód musi być przeprowadzony w obecności oskarżonego podczas publicznej rozprawy celem umożliwienia przedstawienia argumentów przeciwnych²⁰.

Kolejnym z warunków realizacji tej koncepcji jest prawo oskarżonego do obecności na rozprawie²¹. Wiąże się z tym obowiązek pozytywny państwa zagwarantowania skutecznej realizacji tego prawa²², czego konsekwencją jest obowiązek sprowadzenia na rozprawę oskarżonego pozbawionego wolności lub osadzonego w areszcie²³. (*Nota bene* w polskiej praktyce sądowej nierzadko sędziowie decydują się na ustanowienie dla osadzonego pełnomocnika lub obrońcy z urzędu, gdy może się to wiązać z mniejszymi kosztami niż koszty konwojowania).

Z koncepcją równości broni łączy się wspomniana już i wynikająca wprost z treści Konwencji zasada kontradiktoryjności postępowania karnego. Najprościej rzecz ujmując oznacza ona, że oskarżyciel oraz oskarżony i jego obrońca muszą mieć możliwość uzyskania informacji na temat materiału dowodowego oraz skomentowania go, a także odniesienia się do wypowiedzi poczynionych przez drugą stronę²⁴. Oznacza to konieczność zagwarantowania *favor defensionis*. Warunkiem realizacji zasady kontradiktoryjności jest prawo do wysłuchania przez sąd²⁵. Oskarżony ma jednak również prawo zachować milczenie²⁶.

Zagadnieniem pośrednio związanym z rzetelnym procesem i zasadami przeprowadzania dowodów jest kwestia prekluzji dowodowej w postępowaniu cywilnym. Realizując założenia zasady koncentracji materiału dowodowego, której celem jest zapobieganie przewlekłości postępowania, konieczne jest stosowanie różnych środków dyscyplinujących strony w postępowaniu dowodowym. Środki te mogą wynikać wprost z mocy ustawy (np. prekluzja w sprawach gospodarczych art. 479¹² § 2 kpc, art. 479¹⁴ § 2 kpc, prekluzja w postępowaniu nakazowym i uproszczonym – odpowiednio art. 495 § 3 kpc i art. 505⁵kpc) lub dyskrecjonalnej władzy przewodniczącego (art. 207 § 3 kpc) lub sądu (art. 217 § 2 kpc, art. 242

¹⁸ *Dombo Beber przeciwko Holandii*, § 33

¹⁹ *Edwards przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 16.12.1992 r., skarga nr 13071/87, § 36.

²⁰ *Kostovski przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 20.11.1989 r., skarga nr 11454/85 § 41.

²¹ *Colozza przeciwko Włochom*, wyrok ETPC z 12.02.1985 r., skarga nr 9024/80, § 27.

²² *Stoichkov przeciwko Bułgarii*, wyrok ETPC z 24.03.2005 r., skarga nr 9808/02, § 56.

²³ *Goddi przeciwko Włochom*, wyrok ETPC z 9.04.1984 r., skarga nr 8966/80, § 29.

²⁴ *Brandstetter przeciwko Austrii*, wyrok ETPC z 28.08.1991 r., skarga nr 11170/84, § 66-67.

²⁵ *Colozza przeciwko Włochom*, § 27; *Barbera, Mesegue i Jabardo przeciwko Hiszpanii*, wyrok ETPC z 6.12.1988 r., skarga nr 10590/83, § 78.

²⁶ *Funke przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 25.02.1993 r., skarga nr 10828/84, § 44.

kpc) lub dyskrecjonalnej władzy przewodniczącego (art. 207 § 3 kpc) bądź sądu (art. 217 § 2 kpc, art. 242 kpc). Jednocześnie możliwe jest dopuszczenie i przeprowadzenie z urzędu sprekludowanego dowodu, co może stawić pod znakiem zapytania zasadę równości stron. Dostrzegł ten problem Sąd Najwyższy: „Dopuszczenie przez sąd z urzędu dowodu, który dla strony uległ sprekludowaniu, powinno znajdować usprawiedliwienie w konkretnych okolicznościach sprawy, w przeciwnym bowiem razie sąd naraża się na zarzut naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron (art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP)”²⁷. Na ten temat wypowiedziała się również doktryna²⁸, niemniej jednak bardziej szczegółowe omówienie tych kwestii przekracza ramy niniejszego opracowania. Na marginesie warto podkreślić, że 3 maja 2012 roku weszła w życie nowelizacja kpc, która m.in. znosząc odrębne przepisy o postępowaniu w sprawach gospodarczych (zatem także prekluzję) daje sądowi większe pole manewru przy dopuszczaniu spóźnionych twierdzeń²⁹.

Ocena dowodów należy w zasadzie do sądów krajowych. ETPC podkreślał wielokrotnie w swoim orzecznictwie, że zagadnienie oceny dowodów w konkretnych sprawach leży poza zakresem jego kognicji i należy bez reszty do kompetencji organów krajowych.

Także domeną porządku krajowego jest określenie paradygmatów oceny dowodów. W polskich procedurach przyjęto koncepcję swobodnej, a nie legalnej (ustawowej, formalnej) oceny dowodów przez sąd³⁰. Wyrazem tego jest art. 7 kpk i art. 233 § 1 kpc. Zgodnie z art. 7 kpk „organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”. Z kolei art. 233 § 1 kpc wskazuje, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena swobodna nie oznacza jednak dowolności. Jak wskazał Sąd Najwyższy w odniesieniu do spraw cywilnych, „ramy swobodnej oceny dowodów [...] wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i – wążąc ich moc oraz wiarygodność – odnosi je do pozostałego materiału dowodowego”³¹. Henryk Pietrkowski wskazuje, że granicę swobodnej oceny dowodów wyznaczają czynniki logiczny, ustawowy i ideologiczny. Ten pierwszy oznacza obowiązek wyprowadzenia z zebranego materiału dowodowego wniosków prawidłowych pod względem logicznym, czynnik ustawowy – ujęcie swobodnej oceny w ramy proceduralne, zaś czynnik ideologiczny wskazuje, że granice tej oceny wyznacza także poziom świadomości prawnej sędziego oraz dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa³².

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 23.10.2007 r., III CSK 108/07, Legalis.

²⁸ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366*, red. K. Piasecki, t. I, Warszawa 2010, w kom. do art. 207 kpc

²⁹ W postępowaniu zwykłym, upominawczym i nakazowym: Sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub w dalszych piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności.

³⁰ H. Pietrkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, str. 383.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 10.06.1999 r., II UKN 685/98, OSNAPUis 2000, nr 17, poz. 655.

³² H. Pietrkowski, *op. cit.*, str. 384.

Zasada swobodnej oceny dowodów w postępowaniu karnym odnosi się nie tylko do sądu, ale i innych organów postępowania karnego wydających decyzje procesowe. Jest to dyrektywa, w myśl której organy procesowe oceniają dowody i wyciągają z nich wnioski według swego wewnętrznego przekonania, niekierowanego regułami prawnymi, ukształtowanymi natomiast pod wpływem wskazań wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania³³. W praktyce podkreśla się przewagę, także w sferze swobodnej oceny, dowodów przeprowadzonych bezpośrednio przed sądem na kontradyktoryjnej rozprawie. Ujęcie to nie oznacza wszelako, by dowody przeprowadzone w postępowaniu przygotowawczym i niepowtórzone następnie w postępowaniu sądowym miały generalnie mniejszą wartość niż dowody przeprowadzone przed sądem³⁴.

Tak rozumiana zasada swobodnej oceny dowodów, choć zakłada duży poziom zaufania do sędziów, pełniej realizuje cele Konwencji w zakresie obowiązku zapewnienia rzetelnego postępowania niż zasada legalnej oceny dowodów. Stanowi uzupełnienie zasady sytuacyjności, stanowiącej jedną z zasad ogólnych prawa międzynarodowego praw człowieka³⁵.

Dokonana ocena dowodów znajduje swój wyraz w uzasadnieniu orzeczenia. Prawo do uzyskania wyroku z uzasadnieniem uznawane jest za element prawa do rzetelnego procesu³⁶. Uzasadnienie umożliwia społeczną kontrolę nad wymiarem sprawiedliwości i dowodzi, że strony zostały w procesie wysłuchane³⁷. Umożliwia stronom zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia i umożliwia podjęcie decyzji o wywiedzeniu środka odwoławczego. Z tego względu ETPC stwierdził, że sytuacja, w której termin do zaskarżenia wyroku upływa przed doręczeniem stronom uzasadnienia, narusza standard rzetelnego procesu³⁸.

W sprawach karnych uzasadnione powinno być również orzeczenie o nieuwzględnieniu wniosku dowodowego³⁹. W polskiej procedurze cywilnej na postanowienie dowodowe – zarówno pozytywne, jak i negatywne – nie przysługuje zażalenie, toteż nie podlega ono uzasadnieniu⁴⁰. Wydaje się, że w tego typu sprawach wymóg sporządzania uzasadnienia jest zbędny i naruszałby zasadę szybkości postępowania i zasady ekonomiki procesowej. W procedurze karnej nie wymaga uzasadnienia dopuszczenie dowodu; jest zaś konieczne w przypadku oddalenia wniosku dowodowego wymaga zawsze uzasadnienia.

ETPC nie bada merytorycznej treści uzasadnienia, w szczególności poprawności dokonania oceny dowodów w taki sposób, jak czynią to sądy kolejnych instancji, gdyż po prostu nie jest sądem wyższej (czwartej) instancji⁴¹. Uzasadnienie powinno podlegać jednak ocenie w ramach badania rzetelności całego postępowania przed sądem krajowym.

³³ Z. Muras, *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i w prawie karnym materialnym. Komentarz*, Warszawa 2010, w kom. do art. 7.

³⁴ *Kodeks postępowania karnego...*, red. P. Hofmański *et al.*, w kom. do art. 7 kpk, oraz liczne przykłady z orzecnictwa i doktryny tam wskazane. Por. także *Pitkänen przeciwko Finlandii*, wyrok ETPC z 9.03.2004 r., skarga nr 30508/96, § 65.

³⁵ O tej zasadzie por. B. Gronowska *et al.*, *op. cit.*, str. 176.

³⁶ R. Clayton, H. Tomlinson, *Fair Trial Rights*, Oxford 2006, s. 89, cyt. za: *Konwencja o ochronie praw człowieka...*, *op. cit.*, w kom. do art. 6.

³⁷ *Kuznetsov i inni przeciwko Rosji*, wyrok ETPC z 11.01.2007 r., skarga nr 184/02 § 83.

³⁸ *Hadjianastassiou przeciwko Grecji*, wyrok ETPC z 16.12.1992 r., skarga nr 12945/87, § 33.

³⁹ *Bricmont przeciwko Belgii*, raport Komisji z 15.10.1987 r.; *Pisano przeciwko Włochom*, raport Komisji z 27.7.2000 r., skarga nr 36732/97, § 24.

⁴⁰ H. Pietrzykowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2010, str. 253.

⁴¹ *Velikovi i inni przeciwko Bułgarii*, wyrok ETPC z 15.03.2007 r., połączone skargi 43278/98, 45437/99, 48380/99, 48014/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, 194/02, § 261.

Wybrane środki dowodowe a standardy Konwencyjne

Zarówno Konwencja, jak i polskie ustawodawstwo nie przewidują zamkniętego katalogu środków dowodowych ani metod ich uzyskiwania. Rzecz jasna, niektóre okoliczności mogą być skutecznie dowiedzione jedynie za pośrednictwem konkretnych dowodów. Istnieją też zakazy dowodowe związane np. z tajemnicą zawodową czy ograniczenia w uzyskiwaniu niektórych środków dowodowych, np. procedury związane z wykorzystaniem podsłuchu czy związane z niedopuszczalnością dowodów określoną w art. 170 § 1 pkt 1 kpk⁴².

Konkretny środek dowodowy i sposób jego przeprowadzenia mogą być analizowane z punktu widzenia standardów konwencyjnych. Uzyskanie (i wykorzystanie) dowodu uzyskanego z naruszeniem tych standardów nie prowadzi automatycznie do stwierdzenia naruszenia art. 6 Konwencji, nawet w przypadku wyroku skazującego. Co symptomatyczne, przepisy polskiej procedury cywilnej i karnej nie wprowadzają wprost zakazu przeprowadzenia dowodu nielegalnie uzyskanego. Orzecznictwo strasburskie nigdy nie było skłonne do prostego przejścia amerykańskiej doktryny „owoców zatrutego drzewa”⁴³. W przypadku środków dowodowych nielegalnych lub uzyskanych z naruszeniem przepisów należy zbadać rolę, jaką nielegalny środek dowodowy odgrywał w całości kształcie materiału prowadzącego do uznania winy oskarżonego. Jeżeli środek ten nie odgrywał roli „wyłącznej” lub „dominującej”, a istniały dostateczne dowody uzasadniające ustalenie faktów i uznanie winy oskarżonego, zastosowanie nieprawidłowo uzyskanego dowodu nie przesądza samo w sobie o niezrzetelności postępowania⁴⁴. Analogiczną regułę można by założyć w odniesieniu do spraw cywilnych.

Szczególnie drastyczne naruszenia gwarancji rzetelnego procesu zawsze jednak muszą prowadzić do dyskwalifikacji wyroku skazującego. Dotyczy to niektórych naruszeń prawa do obrony, ale także zastosowania pewnych typów dowodów, zwłaszcza uzyskanych w wyniku presji fizycznej bądź policyjnej prowokacji.

Nielegalne nagranie w procesie cywilnym

Art. 308 § 1 kpc wskazuje, że sąd może dopuścić dowód m.in. z płyt lub taśm dźwiękowych i innych przyrządów utrwalających albo przenoszących obrazy lub dźwięki. Do nośników takich zazwyczaj załącza się pisemną transkrypcję rozmów. Wątpliwość budzi kwestia, czy nagranie uzyskane bez wiedzy i zgody nagrywanego, niezależnie od jego roli w procesie, może służyć jako dowód w procesie cywilnym, a jeśli tak, to czy taki proces będzie miał walor rzetelnego w rozumieniu Konwencji.

Jak wskazuje Pietrkowski w fundamentalnej pracy dotyczącej postępowania cywilnego, „nie mogą być dowodami uzyskane podstępnie zeznania, nagranie na taśmie, dokument czy

⁴² Niedopuszczalność przeprowadzenia dowodu związana jest z zakazami dowodzenia i zakazami dowodowymi. Zakazy dowodzenia dotyczą określonej tezy dowodowej, tzn. wchodzi w rachubę wówczas, gdy danej tezy w ogóle nie wolno dowodzić (np. przebiegu narady sędziowskiej). Zakazy dowodowe natomiast dotyczą określonego źródła dowodowego lub określonego środka dowodowego.

⁴³ *Konwencja o ochronie praw człowieka...*, *op. cit.*, w kom. do art. 6.

⁴⁴ *Schenk przeciwko Szwajcarii*, wyrok ETPC z 12.07.1988 r., skarga nr 10862/84, § 46.

przedmiot oględzin [...] Działania podstępne nie tylko naruszają nietykalność psychiczną człowieka, ale mogą też prowadzić do pogwałcenia prawa do tajemnicy korespondencji [...] [i] dóbr osobistych”⁴⁵. Dalej autor ten wskazuje: „Sprzeczne z prawem jest podsłuchiwanie i utrwalanie rozmów przez osoby prywatne, niezależnie od środka ich przekazu”.⁴⁶ Nagranie takie może być uznane za naruszenie dóbr osobistych nagranych oraz naruszenie prawa do prywatności⁴⁷. Tym samym zakazu dopuszczania i przeprowadzania takiego dowodu można próbować upatrywać w art. 8 Konwencji w ujęciu horyzontalnym. W takim przypadku zapewnienie pełnej realizacji prawa do poszanowania prywatności wymagałoby od państwa-strony ustanowienia zakazu dowodowego.

Dopuszczenie takiego dowodu może mieć również wpływ na rzetelność całego postępowania. Nagranie osoby nie będącej stroną ani świadkiem stanowi naruszenie bezpośredniości. Sąd nie ma tu sposobności obserwowania zachowań osób, których głos nagrano na taśmie, ich gestów i mimiki, reakcji na zadane pytania⁴⁸. Z tego względu w doktrynie podkreśla się, że taśma dźwiękowa nie może zastępować zeznań świadka⁴⁹. W przypadku jeśli nagrano osobę, która jako świadek mogłaby odmówić składania zeznań⁵⁰, prowadziłyby to nie tylko do obejścia przepisu uprawniającego do takiej odmowy, ale i mogłoby postawić jedną ze stron procesu w korzystniejszej sytuacji, np. z uwagi trudności w weryfikacji autentyczności nagrania czy okoliczności jego powstania. Doszłoby w ten sposób do naruszenia zasady równych broni. Nie można również zapominać, że w procesie cywilnym brak jest analogicznych do postępowania karnego regulacji proceduralnych i gwarancyjnych odnoszących się do gromadzenia takich nagrań.

Przy obecnym rozwoju technik inwigilacyjnych i łatwości instalacji podsłuchów, dyktafonów, kamer itp. dopuszczanie przez sądy środków dowodowych uzyskanych nielegalnie przy wykorzystaniu takich urządzeń stanowiłoby swoistą zachętę do naruszania prywatności i dóbr osobistych.

Z wyżej zarysowanych przyczyn z krytyką⁵¹ spotkało się orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2003 roku, wedle którego „w procesie rozwodowym w zakresie wykazania winy w rozkładzie pożycia małżeńskiego służyć może także nagranie magnetofonowe rozmów prowadzonych przez strony, nawet jeżeli tych nagrań dokonano bez wiedzy jednej z nich i w okresie trwania faktycznej separacji małżonków”⁵².

Reasumując, nagrania uzyskane nielegalnie, bez zgody nagrywanego, mogą być konsekwencją naruszenia art. 8 Konwencji w aspekcie horyzontalnym. Dopuszczenie przez sąd

⁴⁵ H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego...*, str. 381.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Tak np. uznał Sąd Okręgowy w Gdańsku w jednej ze spraw prowadzonych przez autora, dzieląc jego argumentację – sprawa o sygn. akt IX GC 347/09. W postępowaniu tym Sąd oddalił wniosek dowodowy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania nagrania – rozmowy męża pozwanej z przedstawicielem powoda.

⁴⁸ Por. np. *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk, Warszawa 2010, rozdz. X.

⁴⁹ *Kodeks postępowania cywilnego...*, red. K. Piasecki, *op. cit.*, w kom. do art. 308.

⁵⁰ Por. art. 261 § 1 kpc.

⁵¹ Por. np. M. Krakowiak, *Potajemne nagranie na taśmę jako dowód w postępowaniu cywilnym*, MoP 2005, Nr 24, s. 1250–125

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z 25.4.2003 r., IV CKN 94/01, PS 2004, Nr 11-12, s. 156.

krajowy w postępowaniu cywilnym dowodu uzyskanego przez stronę w sposób naruszający podstawowe prawa, m.in. prawo do prywatności, prawo do tajemnicy korespondencji, wyboru rozmówcy i treści rozmowy, oznaczać może zarówno naruszenie prawa do rzetelnego procesu sądowego⁵³, jak i faktyczną aprobatę dla naruszeń prawa. Może się to odbić także na rzetelności procesu.

Zapobieganie powtórnej wiktyimizacji małoletnich wykorzystywanych seksualnie a zasada równych broni

Strony Konwencji mają obowiązek pozytywny ustanowienia efektywnego systemu prawa karnego karzącego wszelkie formy gwałtu i seksualnego wykorzystywania⁵⁴. Między zasadą bezpośredniości i możliwości udziału oskarżonego w postępowaniu dowodowym a próbą ochrony małoletnich przed wtórną wiktyimizacją istnieje silny rozdźwięk. Udział dziecka w postępowaniu karnym niejednokrotnie może być dla niego bardziej dolegliwy niż samo przestępstwo⁵⁵. W wielu jednak sytuacjach pokrzywdzony małoletni stanowi jedyne źródło dowodowe. Wówczas należy podjąć próby, aby wykluczyć bezpośredni kontakt ze sprawcą, a kontakty z organami procesowymi ograniczyć do minimum. Wiązać się to jednak może z poważnym ograniczeniem gwarancji procesowych oskarżonego. Rozstrzygnięcie tego niewątpliwego konfliktu interesu nie jest zadaniem łatwym; dostrzeżenie praw ofiary stanowi już jednak połowę sukcesu⁵⁶.

Za symptomatyczną w tym zakresie może być uznana sprawa Demskiego⁵⁷. Siedemnastoletnia ofiara gwałtu została trzykrotnie przesłuchana w postępowaniu przygotowawczym, w tym raz w trybie art. 316 § 3 kpk, tj. zabezpieczenia dowodu. Oskarżony zawiadomiony o terminie przesłuchania nie stawił się, ukrywając się przed wymiarem sprawiedliwości. Wezwanie pokrzywdzonej na rozprawę okazało się bezskuteczne (przebywała za granicą pod opieką kliniki psychologicznej). Sąd odczytał więc zeznania złożone w postępowaniu przygotowawczym i wydał wyrok skazujący. Nie została uruchomiona procedura pomocy prawnej. Skarżący, opierając się na art. 6 ust. 1 i 3d Konwencji zarzucił, że jego prawo zostało naruszone, gdyż nie miał on możliwości zadawania pytań głównemu świadkowi w postępowaniu prowadzonym przeciwko niemu, choć pokrzywdzona często wracała do Polski, zostając na okresy przekraczające tydzień. Tym samym, zdaniem skarżącego, nie dano mu możliwości skonfrontowania zeznań świadka z jego wersją wydarzeń oraz innymi dowodami w sprawie, w szczególności opinią biegłego ginekologa. Rząd w opozycji do argumentów skarżącego powołał się na swój pozytywny, wynikający z Konwencji obowiązek efektywnego karania gwałtcieli. Przywołując międzynarodowe standardy dotyczące ochrony ofiar przestępstw seksualnych podkreślił, że w tego typu sprawach szczególnego znaczenia nabiera zapobieganie zbędnemu, dodatkowemu cierpieniu przez pokrzywdzoną.

⁵³ Tak M. Krakowiak, *op. cit.*

⁵⁴ *M.C. przeciwko Bułgarii*, wyrok ETPC z 4.12.2003 r., skarga nr 39272/98 § 185.

⁵⁵ *Kodeks postępowania karnego...*, red. P. Hofmański *et al.*, *op.cit.*, w kom. do art. 185a kpk; P. Jarocki, *Prawa ofiar przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 127.

⁵⁶ Standardy międzynarodowe dotyczące przesłuchania małoletnich wskazuje m.in. O. Trocha, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego*, „Edukacja Prawnicza”, 2011, nr 11.

⁵⁷ *Demski przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 04.11.2008 r., skarga nr 22695/03.

Rząd utrzymywał, że biorąc pod uwagę postępowanie w sprawie skarżącego jako całość nie doszło do naruszenia art. 6.

Oceniając sprawę Trybunał podkreślił, że co do zasady każdy dowód musi w normalnych okolicznościach zostać przeprowadzony na rozprawie publicznej w obecności oskarżonego, co daje mu możliwość ustosunkowania się wobec niego. Użycie jako dowodu zeznań uzyskanych w postępowaniu przygotowawczym nie jest samo w sobie niezgodne z art. 6 ust. 3d oraz 1, pod warunkiem jednak, że prawo do obrony zostało poszanowane. Powołując się na liczne orzecznictwo⁵⁸ Trybunał stwierdził, że generalnie prawo do obrony wymaga, by oskarżony miał szansę skonfrontowania i zadawania pytań świadkowi, w momencie jego przesłuchiwania albo później. W szczególności prawo do obrony jest uszczuplone do granic niezgodnych z art. 6, jeśli skazanie nastąpiło wyłącznie lub przede wszystkim na podstawie twierdzeń świadka, któremu oskarżony nie miał możliwości zadawania pytań lub spowodować zadawania pytań podczas postępowania przygotowawczego lub przewodu sądowego. Podkreślona została konieczność wagi interesów obrony z interesami świadków oraz pokrzywdzonych⁵⁹.

Trybunał uznał, że w sprawie Demskiego doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 i ust. 3d. W uzasadnieniu wskazał m.in., że brak jest w sprawie dowodu, że pokrzywdzona unikała złożenia zeznania przed sądem w obawie przed oskarżonym. Gdyby tak było, zarzut naruszenia Konwencji nabrałby innej perspektywy⁶⁰. Podkreślono, że sądy krajowe nie podjęły efektywnych prób wezwania świadka na proces, mimo że skarżący wnosił o to wielokrotnie. Było to o tyle istotne, że zeznania pokrzywdzonej (co zresztą jest częste w sprawach gwałtu) stanowiły jedyny bezpośredni dowód przestępstwa.

Reasumując, odstąpienie od zasady bezpośredniości mogłoby być usprawiedliwione i nie stanowiłoby naruszenia art. 6 ust. 1 i ust. 3d Konwencji, gdyby wykazano, że pokrzywdzona nie mogła być przesłuchana z obawy przed wtórną wiktyimizacją.

Przesłuchanie pokrzywdzonych nie zawsze musi mieć charakter bezpośredni. Trybunał zwrócił na to uwagę w sprawie *S.N. przeciwko Szwecji*⁶¹. W sprawie tej nie stwierdzono naruszenia Konwencji, choć świadkowie – dziesięcioletnie ofiary przestępstw na tle seksualnym – w ogóle nie zostali wezwani na rozprawę. Odtworzono jedynie przebieg pierwszego przesłuchania policyjnego z taśmy video oraz odczytano protokół drugiego przesłuchania przeprowadzonego w śledztwie. Odtworzenie nagrań w trakcie rozprawy przed sądem stwarzało możliwości oceny jakości i wiarygodności tego dowodu. Trybunał uznał, że zastosowano środki adekwatne z punktu widzenia potrzeby ochrony ofiary, jednocześnie dając skarżącemu wystarczającą gwarancję i możliwość ustosunkowania się i podważania wskazanego dowodu. Co istotne, obrońca akceptował sposób procedowania w sprawie. Warto odnotować, że wyrok w tej sprawie zapadł większością 5 do 2. Sędziowie Türmen i Maruste sporządzili zdanie odrębne. Sędzia Thomassen zgadzając się z większością sporządził zdanie konkurujące, do którego przyłączył się sędzia Casadevall. Daje to pojęcie o niejednoznaczności tego typu spraw.

⁵⁸ *Sałdi przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 20.09.1993 r., skarga nr 14647/89, § 43; *Kostovski przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 20.11.1989 r., skarga nr 11454/85, § 41; *Unterpertinger przeciwko Austrii*, wyrok ETPC z 24.11.1986 r., 9120/80, § 31.

⁵⁹ *Demski przeciwko Polsce*, § 37-38.

⁶⁰ *Ibidem*, § 44.

⁶¹ *S.N. przeciwko Szwecji*, wyrok ETPC z 02.07.2002 r., skarga nr 34209/96.

Z tego względu warto zwrócić uwagę na sprawę *W.S. przeciwko Polsce*, co do której rząd utrzymywał, że jest podobna do wyżej przedstawionej⁶². W sprawie tej ofiara wykorzystywania seksualnego miała dwa lata w czasie przedmiotowych zdarzeń, a cztery w chwili badania przez psychologa. W czasie postępowania przed sądem pierwszej instancji skarżący nie żądał przesłuchania pokrzywdzonej. Jego obrońca złożył jedynie apelację od wyroku w pierwszej instancji. Małoletnia pokrzywdzona nigdy nie została przesłuchana w toku postępowania, zaś zarówno prokuratura, jak i sądy oparły się w tej mierze na opinii biegłej psycholog, która z uwagi na dobro dziecka wykluczyła możliwość przesłuchania dziecka. Sąd rozpatrujący sprawę dokładał starań, aby potwierdzić trafność metodologii użytej przez biegłą⁶³. Sądy po prostu zaakceptowały jej wnioski i nie rozważały z własnej inicjatywy, czy mogło być celowe przesłuchanie ofiary na tym etapie⁶⁴. W konsekwencji ani prokurator, ani sąd nie miał żadnej okazji do obserwowania zachowania pokrzywdzonej w czasie przesłuchania. Skarżący nigdy nie miał okazji obserwowania zachowania się pokrzywdzonej w czasie bezpośredniego przesłuchania, w rezultacie został skazany bez możliwości zadania jej pytań. Trybunał stwierdził, że nie wykazano, aby władze planowały lub próbowały sprawdzić wiarygodność pokrzywdzonej – na etapie postępowania przygotowawczego lub później – w sposób mniej inwazyjny niż poprzez bezpośrednie przesłuchanie. Trybunał zasugerował, że można byłoby to zrobić np. z użyciem bardziej wyrafinowanych metod, takich jak przesłuchanie dziecka w obecności psychologa oraz, w miarę możliwości, także jej matki, z zadawaniem pytań przedłożonych pisemnie przez obronę, albo w pomieszczeniu umożliwiającym skarżącemu lub jego obrońcy pośrednią obecność w czasie takiego przesłuchania, poprzez połączenie video lub lustro weneckie⁶⁵. Z tych m.in. względów Trybunał nie uznał tej sprawy za zbliżoną do sprawy szwedzkiej⁶⁶. Organy postępowania nie wdrożyły zatem żadnych procedur, aby zbalansować trudności, jakich doświadczała obrona, a skarżący nie otrzymał odpowiedniej i właściwej możliwości do zakwestionowania zeznań świadka oskarżenia i przesłuchania go. W sprawie tej Trybunał, zwracając uwagę na problem wtórnej wiktyimizacji, podkreślił konieczność zapewnienia procedur balansujących interesy ofiary i oskarżonego.

Reasumując, prawo krajowe może przewidywać pewne mechanizmy mające na celu ochronę małoletnich ofiar przestępstw o charakterze seksualnym, które jednak nie mogą prowadzić do pozbawienia substancji prawa do rzetelnego procesu (cel i proporcjonalność).

Polska procedura karna zapewnia możliwość zachowania wyżej zarysowanych standardów. W sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (rozdział XXV kodeksu karnego) oraz przeciwko rodzinie i opiece (rozdział XXVI kk) pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko raz (art. 185a kpk). Regulacja ta wprowadza zatem istotne odstępstwo od zasady bezpośredniości, będące wyrazem szczególnej ochrony małoletnich, zwłaszcza ich zdrowia psychicznego. Co ważne, przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu (niezależnie od tego, na jakim etapie postępowanie to się znajduje) z obowiązkowym udziałem biegłego psychologa. Istnieją dwa możliwe odstępstwa od wprowadzonej tym przepisem

⁶² *W.S. przeciwko Polsce*, wyrok z ETPC z 19.06.2007 r., skarga nr 21508/02.

⁶³ *Ibidem*, § 23 i nn.

⁶⁴ *Ibidem*, § 58.

⁶⁵ *Ibidem*, § 61.

⁶⁶ *Ibidem*, § 60.

zasady jednokrotnego przesłuchania: gdy na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania lub na żądanie oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego.

Pierwszy z wyjątków – jak inne wnioski dowodowe – podlega ocenie przez pryzmat art. 170 § 1 kpk, zgodnie z którym oddala się wniosek dowodowy, jeżeli jego przeprowadzenie jest niedopuszczalne, okoliczność, która ma być udowodniona, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy albo jest już udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, dowód jest nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności, dowodu nie da się przeprowadzić lub też gdy wniosek dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania. Organy postępowania karnego mają tu zatem pozostawiony pewien margines swobody.

Co do drugiego z wyjątków, w wypadku zgłoszenia przez oskarżonego stosownego żądania ponowne przesłuchanie małoletniego jest obligatoryjne. Jak wskazał Sąd Najwyższy w tego typu sytuacjach nie byłoby prawidłowe uzależnianie przeprowadzenia tej czynności dowodowej od formułowanych przez biegłych ocen co do możliwości uzyskania od dziecka określonych informacji oraz wpływu ponownego przesłuchania na jego psychikę⁶⁷.

Przesłuchanie w omawianym trybie podlega – jeśli względy techniczne nie stoją na przeszkodzie – obowiązkowemu utrwaleniu za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (art. 147 § 2 pkt 3 kpk). Sprzyja to zachowaniu zasady jednorazowości przesłuchania. Zapis obrazu lub dźwięku, a także przekład zapisu dźwięku, stają się załącznikami do protokołu (art. 147 § 3 kpk). Jeśli nie dokonywano nagrania, należy sporządzić szczegółowy protokół. Ten odczytuje się na rozprawie głównej, zapis obrazu i dźwięku jest natomiast odtwarzany. Skład orzekający w sprawie zdany jest więc jedynie na protokolarny zapis czynności przesłuchania małoletniego i ewentualnie na nagranie audio-video.

W przesłuchaniu mają prawo wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego (wyraźnie z tego katalogu został wyłączony oskarżony). Ponadto osoba wymieniona w art. 51 § 2 kpk (wykonujący prawa pokrzywdzonego przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje) ma również prawo być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. W sytuacji zaistnienia konfliktu interesów reprezentacja małoletniego przez jego rodzica jest wyłączona. Konieczne może być zatem ustanowienie dla dziecka w celu jego reprezentacji w postępowaniu karnym kuratora, co należy do kompetencji sądu opiekuńczego⁶⁸.

Badania przeprowadzone przez Olę Trochę wykazały, że tryb z art. 185a kpk realnie chroni małoletnich przed powtórny przesłuchaniem⁶⁹. W praktyce poważne zastrzeżenia jednak należy mieć do tego, że możliwość utrwalania zeznań uzależniona została od „względów technicznych” z uwagi na potencjalną dowolność rozumienia tego sformułowania i brak mechanizmów kontrolnych poza ewentualną apelacją. Przy obecnym rozwoju technologicznym możliwość korzystania ze sprzętu audio-video nie jest niczym nadzwyczajnym ani szczególnie skomplikowanym. Brak należytego wyposażenia może mieć negatywny wpływ nie tylko na sytuację psychiczną małoletnich, gdy zaistnieje konieczność kolejnego przesłuchania, ale i na respektowanie zasady rzetelnego procesu.

⁶⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 1.02.2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008, Nr 4, poz. 27.

⁶⁸ Uchwała składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 30.09.2010 r., I KZP 10/10, Biul. SN 2010.

⁶⁹ O. Trocha, *Praktyka przesłuchiwanie dzieci w Polsce. Raport z badań aktowych*, [na:] <http://www.dzieckoswiadek.fdn.pl>.

W konsekwencji należy uznać, że w praktyce polskiej spełnienie wymogów zrównoważenia interesów świadka-pokrzywdzonego i oskarżonego, choć odpowiednie regulacje istnieją, w dużej mierze będzie zależeć od świadomości prawnej i empatii przedstawicieli organów postępowania karnego oraz wyposażenia technicznego sądów.

Nieludzkie lub poniżające traktowanie a postępowanie dowodowe

Jak już wyżej zasygnalizowano, zastosowanie tortur w celu uzyskania środków dowodowych zawsze prowadzi do uznania procesu za nierzetelny. Wątpliwości mogą pojawić się przy zastosowaniu takich form przymusu, które nie stanowiąc tortur mogą być zakwalifikowane jako niehumanitarne lub poniżające traktowanie – czy zawsze tak uzyskany środek dowodowy prowadzi do dyskwalifikacji postępowania. Stanowisko Trybunału w tym zakresie ewoluje ku przyjęciu zasady „owoców zatrutego drzewa”; w decydujących jednak momentach brak jest postawienia kropki nad „i”, co trafnie wytknięto w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *Gäfgen przeciwko Republice Federalnej Niemiec*. Tok rozumowania Trybunału w przedstawionych poniżej sprawach stanowić może jednak istotną wskazówkę dla sądów krajowych.

W sprawie *Jalloh przeciwko Republice Federalnej Niemiec*⁷⁰ przymusowo podano skarżącemu – osobie podejrzanej o rozprowadzanie narkotyków – środki wymiotne. Wcześniej policjanci zaobserwowali bowiem, jak skarżący dwukrotnie wyjmował z ust małe plastikowe torebki i wręczył je dwu osobom, za co otrzymał zapłatę. Domyślając się, że plastikowe torebki zawierają narkotyki, policjanci zatrzymali skarżącego. W czasie zatrzymania skarżący połknął to, co miał w ustach. Policjanci przewieźli skarżącego do pobliskiego szpitala, gdzie, wobec odmowy dobrowolnego przyjęcia leku wywołującego wymioty, skarżący został przytrzymany przez czterech policjantów i podano mu stosowne środki wymiotne przez tubę wprowadzoną do żołądka przez nos. Ponadto lekarz zrobił mu zastrzyk z apomorfiny, pochodnej morfiny. Po pewnym czasie skarżący zwymiotował jedną torebkę zawierającą kokainę. Po upływie około półtorej godziny od zatrzymania skarżący został zbadany przez lekarza, który nie stwierdził przeciwwskazań medycznych do jego tymczasowego aresztowania. W toku procesu skarżący sprzeciwiał się wykorzystaniu w charakterze dowodu narkotyków uzyskanych przez podanie mu środków wymiotnych. Jego zdaniem naruszono przepisy niemieckiej procedury karnej oraz zasadę *nemo se ipsum accusare tentur*⁷¹. Ostatecznie skarżący został skazany. Sądy odwoławczy oraz rozpatrujący skargę w przedmiocie nieważności postępowania nie dopatrzyły się naruszeń.

Swą skargę skarżący oparł na zarzucie naruszenia art. 3, 6 i 8 Konwencji (zakazu niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karności; prawa do rzetelnego procesu i prawa do prywatności). Zdaniem skarżącego postępowanie karne w jego sprawie było nierzetelne, gdyż wykorzystano w nim dowody pozyskane nielegalnie. Ponadto skarżący twierdził, że przymusowe poddanie go ingerencji medycznej w celu zdobycie dowodu rzeczowego naruszało jego prawo do niedostarczania dowodów przeciwko samemu sobie⁷².

⁷⁰ *Jalloh przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 11.07.2006 r., skarga nr 54810/00.

⁷¹ *Ibidem*, § 19.

⁷² *Ibidem*, § 58-61.

Stosunkiem głosów 10 do 7 sędziowie Wielkiej Izby Trybunału uznali, że zastosowana wobec skarżącego ingerencja medyczna osiągnęła minimalny poziom dolegliwości, pozwalający uznać ją za nieludzkie i poniżające traktowanie. Za poniżające Trybunał uznał okoliczności pozyskania dowodu, tj. m.in. przymus związany z przytrzymywaniem skarżącego przez policjantów oraz konieczność wymiotowania w ich obecności. Zdaniem Trybunału użycie ingerencji medycznej w celu pozyskania narkotyku znajdującego się w żołądku skarżącego nie było konieczne, skoro organy procesowe mogły poczekać na jego naturalne wydalenie z organizmu podejrzanego⁷³.

Badając legalność tak uzyskanego dowodu Trybunał przypomniał, że nie jego, lecz prawa i sądu krajowego rolą jest badanie kwestii dopuszczalności dowodów w postępowaniu karnym. Zadaniem Trybunału jest zaś dokonanie oceny postępowania sądowego jako całości. Przypomniał, że prawo do milczenia i prawo do powstrzymania się od samooskarżania są uznawanymi powszechnie standardami międzynarodowymi, tworzącymi zręb prawa do rzetelnego procesu. Prawo do milczenia nie rozciąga się jednak na pozyskane przy użyciu przymusu dowody, które istnieją niezależnie od woli podejrzanego, jak np. dokumenty pozyskane wskutek przeszukania, próbki włosów, krwi, moczu czy innych wydzielin organizmu, pobrane np. w celu przeprowadzenia badań DNA⁷⁴. Z tego względu, mając na uwadze wskazaną przez rząd niemiecki podstawę prawną z niemieckiego kpk, Trybunał nie uznał dowodu za nielegalny, choć za pozyskany mimo zakazu nieludzkiego i poniżającego traktowania i karania. Brak jednak podstaw, by założyć, że każdy przypadek pozyskania dowodu wskutek takiego traktowania będzie zawsze spełniał standardy rzetelnego postępowania. W okolicznościach omawianej sprawy, mając na uwadze decydujące znaczenie uzyskanego w taki sposób dowodu oraz niewielką skalę przestępczej działalności skarżącego, Trybunał uznał, że przymusowe podanie środka wymiotnego przesądziło o nierzetelności postępowania. W rezultacie Trybunał, stosunkiem głosów 11 do 6⁷⁵, stwierdził naruszenie art. 6 Konwencji z dwóch powodów: użycia w postępowaniu karnym dowodu pozyskanego z naruszeniem art. 3 Konwencji i naruszenia zakazu przymuszania podejrzanego do dostarczania dowodów na jego niekorzyść⁷⁶.

W innej głośniejszej sprawie⁷⁷ zastosowano groźbę i przymus wobec podejrzanego o porwanie dla okupu. Na polecenie przełożonego funkcjonariusz (obydwaj następnie zostali za to skazani przez sądy krajowe) zastosował groźbę bezprawną wobec skarżącego w czasie przesłuchania. Straszyl go, że jeżeli nie wskaże miejsca przetrzymywania porwanego, to odpowiednio do tego szkolone osoby zadadzą mu straszny ból. Jak twierdził sam skarżący przed Trybunałem, grożono mu także zamknięciem go w celi z dwoma roslymi Murzynami, którzy będą stosować wobec niego przemoc seksualną. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez skarżącego, został on także raz uderzony ręką w twarz i jeden raz uderzono jego głową o ścianę. Pod wpływem obawy spełnienia groźb, skarżący precyzyjnie wskazał miejsce ukrycia ofiary. W toku krajowego postępowania sądowego obrońca skarżącego złożył wniosek

⁷³ *Ibidem*, § 82

⁷⁴ *Ibidem*, § 102.

⁷⁵ Do wyroku dołączono zdania odrębne i opinie konkurujące.

⁷⁶ *Jalloh przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, § 106–109.

⁷⁷ *Güfgen przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 1.06.2010 r., skarga nr 22978/05.

o umorzenie postępowanie z uwagi na użycie środków przymusu oraz o wykluczenie z materiału dowodowego wszystkich wyjaśnień złożonych przez niego po dniu wymienionych gróźb oraz „owoców zatrutego drzewa”, tj. dowodów uzyskanych pośrednio wskutek zastosowania niedozwolonych metod przesłuchania: wyników oględzin i otwarcia zwłok ofiary i śladów opon samochodu sprawcy zabezpieczone na miejscu ukrycia zwłok⁷⁸. Wnioski te nie zostały uwzględnione i skarżący został skazany.

Swą skargę skarżący oparł na zarzutach naruszenia zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania oraz naruszenia prawa do rzetelnego procesu z powodu oparcia wyroku skazującego m.in. o dowody uzyskane pośrednio wskutek zastosowania niedozwolonych metod przesłuchania.

Trybunał ustalił w stosunku 11 do 6, że w stosunku do skarżącego doszło do zachowań o charakterze nieludzkiego traktowania w postaci kombinacji skucia kajdankami i zastosowania bezpośredniej, realnej groźby użycia przemocy w razie braku współpracy z policją. Działania te były zaplanowane i nakierowane – funkcjonariusze działali w przekonaniu, że zdołają uzyskać od skarżącego informację o miejscu ukrycia ofiary porwania, o której nie wiedzieli, że już nie żyje.

Zdaniem Trybunału nie doszło w tej sprawie do naruszenia art. 6 Konwencji (11 do 6). Trybunał zwrócił tu uwagę na fakt, że w toku procesu przed sądem skarżący reprezentowany przez obrońcę i pouczony o prawie odmowy składania wyjaśnień, dobrowolnie przyznał się winy. W związku z tym doszło do przerwania związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy pozyskaniem i przeprowadzeniem dowodów przy użyciu metod sprzecznych z art. 3 Konwencji a wydaniem wyroku skazującego. Tym samym dowody pośrednio uzyskane nielegalnie nie miały wpływu na skazanie i wymiar kary⁷⁹.

W ocenie Trybunału naruszenie art. 3 Konwencji przy przesłuchaniu podejrzanego co do zasady powoduje konieczność wyłączenia z procesu nie tylko wyjaśnień złożonych pod przymusem, ale także dowodów rzeczowych uzyskanych dzięki tym wyjaśnieniom. W przeciwnym razie całe postępowanie jest nierzetelne. Z drugiej jednak strony uznano, że można prowadzić postępowanie dowodowe w sprawie karnej w oparciu o dowody uzyskane pośrednio wskutek nielegalnych metod przesłuchania, naruszających zakazy wyrażone w art. 3 Konwencji, o ile dowody te nie mają zasadniczego znaczenia w sprawie⁸⁰.

Niekonsekwencja taka została stanowczo skrytykowana w zdaniu częściowo odrębnym sześciu sędziów⁸¹. W ich ocenie Wielka Izba zaprzepaściła szansę jednoznacznego określenia skutków wykorzystania w postępowaniu karnym „owoców zatrutego drzewa” i ustalenia, że w postępowaniu karnym niedopuszczalne jest użycie jakichkolwiek dowodów zdobytych wskutek naruszenia zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania.

W tym kontekście wskazać należy, że polska procedura karna nie zawiera wprost normy, która nakazywałaby przy analizie sprawy pominięcie materiału dowodowego uzyskanego z naruszeniem art. 3 Konwencji. Brak ten jednak może być uzupełniony w praktyce poprzez odwołanie się sędziów krajowych do standardów strasburskich.

⁷⁸ *Ibidem*, § 25-36

⁷⁹ *Ibidem*, § 182-183,

⁸⁰ *Ibidem*, § 178.

⁸¹ Por. opinię sędziów: Rozakisa, Tulkensa, Jebensa, Ziemelego, Bianku i Powera.

W praktyce krajowej można zauważyć w tym kontekście problem wywierania przez funkcjonariuszy policji silnej presji psychicznej na podejrzanych, aby ci przyznali się i możliwe było zastosowanie skazania bez rozprawy (art. 335 kpk). Łatwo sobie wyobrazić, że tego typu sytuacja nie jest komfortowa – groźby skierowania „na dołek”, brak kontaktu ze światem zewnętrznym (rzadko ktoś dysponuje numerem do adwokata), poczucie niepewności z jednej strony⁸²; z drugiej – możliwość załatwienia sprawy „od ręki”. Niejednokrotnie, choć brak ku temu podstaw, podejrzani godzą się na zastosowanie takiego trybu, licząc na szybkie zakończenie sprawy. „Oferowany” im wyrok z warunkowym zawieszeniem wykonania kary wydaje się być karą łagodną. Częstość podejrzani nie zdają sobie jednak sprawy z konsekwencji, jakimi są wpis do Krajowego Rejestru Karnego czy możliwość odwieszenia kary. Wycofanie zgody, np. po konsultacji z obrońcą, często jest utrudniane. Czysto iluzoryczna staje się możliwość ubiegania się o warunkowe umorzenie postępowania, które nie pociąga za sobą statusu osoby ukaranej. W swojej praktyce autor spotkał się np. z zaproponowaniem dotychczas niekaranemu podejrzanemu o posiadanie kilku nielegalnych programów komputerowych kary 6 miesięcy pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania na okres czterech lat (*sic!*), czy za naruszenie nietykalności cielesnej poprzez uderzenie otwartą dłońią – kary 4 miesięcy pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania na okres trzech lat. Oczywiście trudno uznać, że w tego typu sytuacjach poziom dolegliwości przy przesłuchaniu osiąga pułap poniżającego lub nieludzkiego traktowania; równie trudno uznać tego typu zachowania funkcjonariuszy za zgodne z zasadami Konwencji. Co więcej, przyznanie się do winy na etapie postępowania przygotowawczego w zasadzie przesądza jeśli nie wynik postępowania, to faktyczny stosunek sądu do oskarżonego – wycofanie przyznania się do winy, nawet z wytłumaczeniem, że doszło do niego dla uniknięcia przymusu, traktowane jest jako element strategii procesowej.

Podsumowanie

Standardom strasburskim w zakresie postępowania dowodowego i jego wpływu na ocenę całości procesu sądowego można przypisać funkcje zbliżone do tych, jakie precedensom nadaje Michał Balcerzak⁸³: interpretacyjną, *quasi*-prawotwórczą, scalającą i dydaktyczną. Dwie pierwsze funkcje są ze sobą nierozzerwalnie związane i wyjaśniają istotę określonych standardów, a nierzadko odwołując się do celu Konwencji, wykraczają poza literalną treść jej zapisów. Scalająca funkcja przejawia się w tworzeniu spójnego, jednolitego systemu – europejskiego standardu ochrony praw człowieka. Funkcja dydaktyczna przejawia się w procesie edukacji prawniczej oraz doskonalenia wiedzy prawniczej.

Choć Trybunał opowiada się za oceną procesu sądowego jako całości, to jednak należy zauważyć, że postępowanie dowodowe nierzadko ma tu decydujące znaczenie. Jednocześnie coraz większe znaczenie przypisuje się ochronie praw osób niebędących stroną procesu, w szczególności pokrzywdzonym, ale także innym, będącym podmiotami uprawnio-

⁸² W jednej ze spraw, w której *post factum* zasięgnięto porady autora, elementem presji było to, że trzeba było odebrać dzieci zatrzymanych z przedszkola, czego nikt inny nie mógł zrobić. Stąd podejrzani zgodzili się na niekorzystne dla nich rozstrzygnięcie.

⁸³ M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, str. 53–54.

nymi chociażby do szanowania ich prywatności. Standardy wyznaczone przez orzecznictwo strasburskie, pełniąc funkcje wyżej wskazane, powinny określać minimalny standard przy stosowaniu prawa w praktyce krajowej. Z tych też względów konieczne jest ich ciągłe propagowanie i respektowanie.

Hearing of evidence in Polish civil and criminal procedures in terms of European Convention on Human Rights. Selected issues

(Summary)

The author of the article tries to evaluate mutual relations between Polish law regulating hearing of evidence and standards of fair trial as stipulated in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as ruled by the European Court of Human Rights. However, the article is limited to selected issues of civil and penal procedures.

For the purposes of the evaluation four stages of the hearing of evidence in Polish civil and criminal procedures have been isolated: admissibility of the evidence, presenting the evidence, rules of the consideration of the evidence, rationale of the court concerning the evidence. The relevant provisions of the Polish Code of Civil Procedure and Code of Criminal Procedure have been compared with human rights' standards resulting from the above-mentioned Convention and the ECHR's case-law.

In second part of the article three different aspects of the hearing of evidence and their influence on the fair trial have been analyzed: illegal recordings of private conversations as a proof in civil cases, the avoidance of the double victimisation of the sexually abused minors in terms of the principle of the equality of arms, inhuman or degrading treatment during the investigation (to collect the evidence or to gain the information concerning the kidnapped person or in plea bargaining procedures). The evaluation is based on the ECHR's case-law.

Standardy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a weryfikacja decyzji rentowej na niekorzyść jednostki. Refleksje w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Moskal przeciwko Polsce*

Weryfikacja decyzji rentowej na niekorzyść zainteresowanego - stan prawny

W polskim porządku prawnym jest dopuszczalna weryfikacja decyzji rentowej, zarówno na korzyść, jak i niekorzyść zainteresowanego. Dla świadczeń emerytalno-rentowych podstawę prawną zmiany decyzji organu rentowego stanowi art. 114 ust. 1 ustawy z 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227 ze zm.; dalej: u.e.r.), o brzmieniu: „Prawo do świadczeń lub ich wysokość ulega ponownemu ustaleniu na wniosek osoby zainteresowanej lub z urzędu, jeżeli po uprawomocnieniu się decyzji w sprawie świadczeń zostaną przedłożone nowe dowody lub ujawniono okoliczności istniejące przed wydaniem tej decyzji, które mają wpływ na prawo do świadczeń lub na ich wysokość”.

Ponadto do niedawna podstawę prawną weryfikacji decyzji rentowej wyłącznie na niekorzyść jednostki stanowił art. 114 ust. 1a u.e.r.. Miał on następujące brzmienie: „Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio, jeżeli po uprawomocnieniu się decyzji okaże się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia prawa do emerytury lub renty albo ich wysokości”. Wszedł on w życie 1 lipca 2004 roku, a został derogowany z systemu prawa wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 28 lutego 2012 roku (sygn. akt K 5/11).

Artykuł 114 ust. 1 i 1a u.e.r. regulowały zagadnienie dopuszczalności ponownego ustalenia prawa do świadczenia emerytalnego lub rentowego (i ich wysokości) po uprawomocnieniu się decyzji w sprawie świadczenia, poprzez wydanie nowej decyzji przez organ rentowy. Zastosowanie procedury unormowanej w art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r. nie stanowiło wznowienia postępowania sądowego, zgodnie z art. 399 i nn. ustawy z 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.; dalej k.p.c.). Ponowne ustalenie prawa do świadczenia emerytalno-rentowego (jego wysokości) nie posiadało też charakteru wznowienia postępowania zakończonych decyzją ostateczną. Wszczęcie postępowań, o których mowa w art. 114 ust. 1 u.e.r., na wniosek lub z urzędu, nie jest ograniczone czasowo, może nastąpić w każdym czasie¹. Powyższe odnosiło się także do art. 114 ust. 1a u.e.r. To specyficzne wznowienie postępowania było i jest instytucją postępowania przed organem

* Dr Szymon Pawłowski, Katedra Prawa Dyplomatycznego i Dyplomacji Publicznej, Instytut Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Specjalne podziękowania za cenne uwagi, które przyczyniły się do powstania tego tekstu, autor pragnie złożyć dr Marzenie Laskowskiej, dr. Piotrowi Radziewiczowi oraz mgr Katarzynie Gałce.

¹ Zob. zachowującą aktualność, mimo zmiany stanu prawnego, uchwałę SN z 3.10.1996 r., sygn. akt II UZP 18/96; J. Kuźniar, *Ponowne ustalenie prawa do świadczeń emerytalno-rentowych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 2004, nr 6, s. 26 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem.

rentowym i może zostać przeprowadzone również w sytuacji, gdy prawo do świadczenia nie zostało ustalone (została wydana decyzja odmowna).

Procedura uregulowana w art. 114 ust. 1 u.e.r. znajdzie zastosowanie także w przypadku, gdy to organ odwoławczy (sąd pracy i ubezpieczeń społecznych) pierwotnie ustalił prawo do świadczenia (jego wysokości), spełniły się warunki wskazane w art. 114 ust. 1 u.e.r. (ujawniły się nowe dowody lub nowe okoliczności), a organ rentowy wydał decyzję na korzyść osoby uprawnionej do świadczenia (przyznał prawo do świadczenia lub podwyższył jego wysokość; zob. art. 114 ust. 2 pkt 1 u.e.r.). Weryfikacja rozstrzygnięcia sądowego (organu odwoławczego) na niekorzyść osoby pobierającej świadczenie (ustalenie, że prawo do świadczenia nie istnieje lub przysługuje w niższej wysokości) może nastąpić wyłącznie na mocy sądowego wznowienia postępowania, które organ rentowy inicjuje (art. 114 ust. 2 pkt 2 u.e.r.). Jeżeli organ rentowy ustali, że zgodnie z art. 114 ust. 1a u.e.r. powinno nastąpić wznowienie postępowania (zgodnie z dyspozycją przepisu zawsze na niekorzyść zainteresowanego), a prawo do świadczenia zostało ustalone przez sąd, organ rentowy nie mógł samodzielnie zmienić rozstrzygnięcia. Zastosowanie znajdował wówczas art. 114 ust. 2 pkt 2 u.e.r. Stanowi to ograniczenie władztwa organu rentowego zmiany decyzji na niekorzyść osoby zainteresowanej. Ponadto, jeśli prawo do świadczeń lub ich wysokość ustalono orzeczeniem organu odwoławczego, organ rentowy wstrzymuje wypłatę świadczeń w całości lub części jeżeli emeryt lub rencista korzystał ze świadczeń na podstawie nieprawdziwych dokumentów lub zeznań albo w innych wypadkach złej woli (art. 114 ust. 2 pkt 3 u.e.r.).

W celu przedstawienia wszystkich aspektów działania instytucji weryfikacji decyzji rentowych konieczne jest przedstawienie szerszego kontekstu normatywnego. Prawo do emerytury lub renty nabywa się z mocy prawa (*ex lege*) po spełnieniu wszystkich wymaganych warunków (art. 100 u.e.r.). Decyzje rentowe, za wyjątkiem decyzji Prezesa Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o przyznaniu prawa do renty w trybie art. 83 u.e.r., mają charakter deklaratoryjny. Stwierdzają zatem jedynie zajście chronionej sytuacji prawnej i spełnienie (lub nie) warunków nabycia prawa do świadczenia².

Zgodnie z prezentowanym i dominującym w orzecznictwie poglądem, decyzja rentowa nie ma przymiotu powagi rzeczy osądzonej³. Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku z 2 grudnia 2010 roku (sygn. akt I UK 180/09): „Zasadą rządzącą stosunkami ubezpieczenia społecznego jest możliwość wzruszenia ustaleń stanowiących podstawę prawomocnych orzeczeń (art. 114 ustawy z 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych), także przez wydanie nowej decyzji organu rentowego”⁴.

Organ rentowy może zweryfikować swoją wadliwą decyzję, którą ustalił prawo do świadczenia (w określonej wysokości), pomimo niespełnienia ustawowych warunków powstania uprawnień do emerytury lub renty (powstania prawa do świadczenia w orzeczonej wysokości).

² Zob. I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2010, s. 133.

³ Zob. wyroki SN z 4.10.2006 r., sygn. akt II UK 30/06; 5.05.2005 r., sygn. akt III UK 242/04; 23.11.2004 r., sygn. akt I UK 15/04; 28.01.2004 r., sygn. akt II UK 228/03; 12.01.2001 r., sygn. akt II UKN 182/00; 30.11.2000 r., sygn. akt II UKN 79/00; 18.11.1994 r., II URN 45/94; postanowienie SN z 24.03.2003 r., sygn. akt II UK 393/02 oraz – wciąż aktualne w zmienionym stanie prawnym – postanowienie SN z 19.01.1984 r., sygn. akt III URN 131/83; wyrok SA w Rzeszowie z 27.01.1994 r., III AUr 23/94.

⁴ Zob. też wyrok SN z 16.09.2009 r., sygn. akt I UK 121/09; wyrok SA w Warszawie z 30.10.2008 r., sygn. akt III AUa 729/08.

Także osoba zainteresowana jest uprawniona do ponownego wystąpienia z wnioskiem o ustalenie prawa do tego samego świadczenia, którego poprzednio mu odmówiono, lub przyznano w zbyt niskiej wysokości. Ustawowym warunkiem wznowienia postępowania jest powołanie się na nowe dowody lub ujawnienie okoliczności istniejących przed wydaniem decyzji, mające wpływ na ustalenie świadczenia emerytalno-rentowego. Nie następuje zatem stwierdzenie nieważności decyzji rentowej wydanej w sprawie już dawniej ostatecznie rozstrzygniętej inną decyzją (art. 156 § 1 pkt 3 ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm. [dalej k.p.a.] w zw. z art. 124 u.e.r.). Zastosowanie instytucji ponownego ustalania prawa do świadczenia stanowi nadzwyczajną kontynuację postępowania w tej samej sprawie, w której organ rentowy ma możliwość zniwelowania uchybienia powstałego przy ustalaniu prawa do świadczenia, natomiast zainteresowany uprawniony jest do ubiegania się o świadczenie, którego mu nie przyznano, jeżeli wcześniej nie powołał się na okoliczności uzasadniające powstanie takich uprawnień⁵. W rezultacie można wzruszyć zarówno korzystne, jak i niekorzystne rozstrzygnięcia dla zainteresowanego. Niekorzystna decyzja organu rentowego wydana po weryfikacji pierwotnego rozstrzygnięcia oraz decyzja odmawiająca zmiany decyzji rentowej na korzyść ubezpieczonego podlegają zaskarżeniu do sądu ubezpieczeń społecznych, który, zgodnie z linią orzecniczą Sądu Najwyższego, bada merytorycznie decyzję organu rentowego (to jest czy wystąpiły nowe dowody lub ujawnione zostały okoliczności, o których mowa w art. 114 ust. 1 u.e.r., lub czy spełniona została hipoteza art. 114 ust. 1a u.e.r.), aby następnie – w przypadku negatywnej oceny odwołania ubezpieczonego – oddalić je (art. 477 k.p.c.¹⁴), a nie odrzucić ze względu na zarzut *rei iudicatae*⁶.

Omawianą instytucję należy odróżnić od mechanizmu ponownego ustalania prawa do świadczenia (jego wysokości) po wydaniu decyzji przyznającej prawo i określającej jego wysokość ze względu na zmianę stanu faktycznego, które dezaktualizuje lub uaktualnia dotychczasowe ustalenia organu rentowego (np. ustanie niezdolności do pracy; zob. art. 61, art. 101, art. 101a, art. 107, art. 108–110 u.e.r.)⁷.

Odmienne niż decyzja organu rentowego, prawomocny wyrok korzysta z powagi rzeczy osądzonej (art. 366 k.p.c.). Nie jest zatem dopuszczalne ponowne rozpoznanie sprawy między tymi samymi stronami o to samo roszczenie (art. 379 pkt 3 k.p.c.). Postępowanie sądowe zakończone prawomocnym wyrokiem może być wznowione z przyczyn i na zasadach określonych w art. 399–416 k.p.c.⁸. Jednakże prawomocny wyrok sądu ubezpieczeń społecznych nie zamyka organowi rentowemu drogi do zakwestionowania przyznanych uprawnień ubezpieczeniowych, a zainteresowanemu możliwości ponownego złożenia wniosku o świadczenie. Wznowienie postępowania jest instytucją prawa ubezpieczeń społecznych, odrębną, szczególnie i korzystającą z pierwszeństwa w stosunku do przepisów k.p.c. i k.p.a. procedurą

⁵ Por. wyroki SN z 21.09.2010 r., sygn. akt III UK 94/09; 15.11.2000 r., sygn. akt II UKN 41/00; uchwała SN z 3.10.1996 r., sygn. akt II UZP 18/96; *Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, red. K. Antonów, Warszawa 2009, s. 478.

⁶ Art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.; zob. wyroki SN z 18.02.2003 r., sygn. akt II UK 139/02; 19.02.2007 r., sygn. akt I UK 266/06; 27.10.2007 r., sygn. akt II UK 59/09; postanowienie SN z 22.06.2004 r., sygn. akt II UK 404/03; *Ustawa o emeryturach i rentach...*, op. cit., s. 482.

⁷ K. Antonów, *Ponowne ustalenie prawa do świadczeń z ubezpieczeń społecznych*, „Przegląd Sądowy”, 2009, nr 1, s. 61.

⁸ Postanowienie SN z 22.06.2004 r., sygn. akt II UK 404/03; wyrok SA w Warszawie z 13.01.2005 r., sygn. akt III AUa 970/04.

ponownego ustalania prawa do emerytur lub rent i ich wysokości⁹. Niezbędnym warunkiem ponownego ustalenia prawa do świadczeń przed sądem ubezpieczeń społecznych jest spełnienie warunków wskazanych w art. 114 ust. 1 u.e.r. W takim przypadku, gdy organ rentowy powołał nowe dowody lub wskazał ujawnione okoliczności istniejące przed wydaniem decyzji rentowej, które mogą mieć wpływ na istnienie tego prawa, podstawą prawną zgłoszenia wniosku o wznowienie postępowania będzie art. 114 ust. 2 pkt 2 u.e.r., a nie art. 403 § 2 k.p.c. Natomiast jeśli zainteresowany, pomijając procedurę ponownego ustalania prawa do świadczenia emerytalno-rentowego, skieruje swoją skargę bezpośrednio do sądu ubezpieczeń społecznych, wówczas sąd bada, czy spełnione są bardziej rygorystyczne przesłanki wznowienia postępowania sądowego uregulowane w art. 403 § 2 k.p.c. Zastosowanie art. 114 ust. 2 pkt 1 u.e.r. (zmiana przez organ rentowy na korzyść zainteresowanego rozstrzygnięcia sądowego o prawie do świadczenia lub jego wysokości) nie jest jednak tożsame ze wznowieniem postępowania sądowego¹⁰.

Ponowna ocena decyzji rentowej, która może doprowadzić do wzruszenia pierwotnego rozstrzygnięcia, nastąpi po spełnieniu przesłanki „przedłożenia nowych dowodów” (art. 114 ust. 1 u.e.r.; w kwestii środków dowodowych zob. § 18-28 rozporządzenia Rady Ministrów z 7.02.1983 r. w sprawie postępowania o świadczenie emerytalno-rentowe i zasad wypłaty tych świadczeń; Dz. U. Nr 10, poz. 49 ze zm.). Jak precyzuje się w orzecznictwie, postępowanie może zostać wszczęte ze względu na przedłożenie nowych dowodów, z których wynikają fakty istniejące przed wydaniem decyzji¹¹. Przedstawienie nowych dowodów może podważyć wiarygodność uprzednio zgromadzonego materiału dowodowego, np. świadectwo pracy zawierało dane, których wiarygodność została zakwestionowana nowym dowodem. Wówczas dopuszczalna jest ponowna ocena całego materiału dowodowego¹².

Drugą przesłanką weryfikacji decyzji jest „ujawnienie okoliczności istniejących przed wydaniem decyzji rentowej, które mają wpływ na prawo do świadczeń lub ich wysokości”.

Ujawnionymi okolicznościami, o których mowa w art. 114 ust. 1 u.e.r., mogą być nie tylko okoliczności faktyczne, na które strony nie mogły powołać się w poprzednim postępowaniu, gdyż ich wówczas nie znały, lecz także takie fakty, które powinny być znane przy dołożeniu należytej staranności, jednakże na skutek błędu, zaniedbania, przeoczenia czy niezajomości przepisów nie zostały uwzględnione¹³. Ponadto Sąd Najwyższy stwierdził, że z treści art. 114 ust. 1 u.e.r. nie wynika wymóg, aby ujawnione okoliczności, mające wpływ na pierwotną decyzję organu rentowego, były nowe. Muszą one jedynie istnieć przed wydaniem prawomocnej decyzji i mieć wpływ na prawo do świadczeń lub ich wysokość. Nie ma natomiast znaczenia, że owe okoliczności były znane organowi rentowemu, a mimo to ten ich nie powołał, czy też były mu nieznane i dlatego z nich nie skorzystał¹⁴.

⁹ Zob. wciąż aktualny wyrok SN z 10.09.1999 r., sygn. akt II UKN 103/99; postanowienie SN z 22.06.2004 r., sygn. akt II UK 404/03 oraz wciąż aktualne postanowienia SN z 14.01.1997 r., sygn. akt II UKN 50/96; 28.02.1997 r., sygn. akt II UKN 76/96; 9.12.1999 r., sygn. akt II UKN 694/99.

¹⁰ Postanowienie SN z 22.06.2004 r., sygn. akt II UK 404/03; *Ustawa o emeryturach i rentach...*, op. cit., s. 481 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem.

¹¹ Wyrok SN z 22.02.2010 r., sygn. akt I UK 247/09.

¹² Zob. uchwała siedmiu sędziów SN z 5.06.2003 r., sygn. akt III UZP 5/03.

¹³ Wyrok SN z 5.11.2009 r., sygn. akt II UK 87/09; zob. też nadal aktualny wyrok SN z 28.01.2004 r., sygn. akt II UK 228/03.

¹⁴ Zob. uchwała SN z 8.08.2007 r., sygn. akt II UZP 3/07 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem; por. jednakże

Ujawnione okoliczności mogą zatem wynikać zarówno ze zgłoszenia nowych (nieznanych) dowodów wpływających na odmienną od dokonanej pierwotnie ocenę stanu faktycznego (okoliczności faktyczne), jak i stanowić podstawę do ponownego ustalenia prawa do świadczenia w sytuacji wydania decyzji rentowej nieuwzględniającej lub błędnie uwzględniającej te okoliczności, które wpłynęły na wadliwe nabycie prawa do świadczenia lub przyczyniły się do nieuzasadnionej odmowy przyznania uprawnień ubezpieczeniowych (okoliczności sprawy). W tym drugim przypadku ujawniona okoliczność, o której mowa w art. 114 ust. 1 u.e.r., będzie ściśle związana z uchybieniem organu rentowego, którego dopuścił się w trakcie pierwotnego postępowania. Stanowiące takie okoliczności błędy organu rentowego przy ustalaniu uprawnień do emerytur i rent mogą polegać na pominięciu istotnych dla danej sprawy okoliczności (np. ustania stosunku pracy ze względu na niemożność kontynuowania zatrudnienia wynikającą z konieczności sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, ustalenia stanu chorobowego dziecka wymaganego przepisami lub osiągnięcia przez matkę zmarłego pracownika wymaganego wieku), od których istnienia albo nieistnienia zależy stwierdzenie spełnienia warunków powstania prawa do świadczenia¹⁵. Ujawnioną okolicznością uzasadniającą weryfikację świadczenia jest także ustalenie bezprawnego działania ubezpieczonego lub innych osób. Zgodnie z nadal aktualnym orzeczeniem Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2000 roku (sygn. akt II UKN 500/99), „złożenie nieprawdziwych zeznań co do okresu zatrudnienia i posłużenie się oświadczeniami świadków ze świadomością, że nie są one prawdziwe, świadczy o złej wierze osoby składającej wniosek i uzasadnia przyjęcie, że przyznane jej na podstawie takich dowodów świadczenie miało charakter nienależny”.

A zatem, jak podkreśla doktryna prawa, „ujawnione okoliczności” to określone w przepisach prawa materialnego fakty warunkujące powstanie uprawnień ubezpieczeniowych (tj. przesłanki nabycia prawa do świadczeń) oraz uchybienia normom prawa materialnego lub procesowego wpływające na dokonanie ustaleń w sposób niezgodny z ukształtowaną *ex lege* sytuacją prawną zainteresowanego¹⁶.

Z treści art. 114 ust. 1a u.e.r. wynikało, że może on zostać zastosowany wyłącznie w sytuacji konieczności weryfikacji decyzji rentowych na niekorzyść zainteresowanego. Jeśli po uprawnymocnieniu się decyzji okazało się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia prawa do emerytury lub renty albo do świadczenia w określonej wysokości, pierwotna decyzja rentowa była zmieniana. Przepis ten nie wymieniał wprost katalogu przesłanek, których spełnienie może spowodować weryfikację wadliwie przyznanego świadczenia. Wskazywał jedynie, że ponowne określenie prawa do świadczenia powinno nastąpić w sytuacji, kiedy zostanie ustalone, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do wydania korzystnej dla zainteresowanego decyzji. Z orzecznictwa sądowego wynika, że przesłanką weryfikacji decyzji rentowej na podstawie art. 114 ust. 1a u.e.r. było stwierdzenie uchybienia organu

wyrok SN z 21.09.2010 r., sygn. akt III UK 94/09, w którym sąd przychylił się do tezy, że „ujawnione okoliczności” muszą być nieznane organowi rentowemu, ale w zakresie tego pojęcia wchodzi również okoliczności, które powinny być znane organowi przy dołożeniu minimum staranności.

¹⁵ Zob. wyroki SN z 28.01.2004 r., sygn. akt II UK 228/03; 4.11.2009 r., sygn. akt I UK 141/09; 26.05.2010 r., sygn. akt II UK 354/09; wyrok SA w Katowicach z 10.07.2003 r., sygn. akt III AUa 1512/03.

¹⁶ Zob. *Ustawa o emeryturach i rentach...*, *op. cit.*, s. 481; R. Babińska, *Wzruszalność prawomocnych decyzji rentowych*, Warszawa 2007, s. 132.

rentowego, który błędnie, bo niezgodnie z prawem, podjął korzystną dla zainteresowanego decyzję¹⁷.

Zgodnie uchwałą siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2003 roku (sygn. akt III UZP 5/03) organ rentowy nie posiada uprawnień do dokonania odmiennej oceny dowodów, na mocy których wydał decyzję rentową, jeżeli nie zostały przedłożone nowe dowody lub ujawnione okoliczności istniejące przed wydaniem decyzji, mające wpływ na prawo do świadczeń lub ich wysokość. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jest sporne, czy powyższa teza – po dodaniu od 1 lipca 2004 roku ustępu 1a w art. 114 u.e.r. – uległa rewizji ze względu na umożliwienie organom rentowym dokonywania, po uprawomocnieniu się decyzji w sprawie świadczeń, ponownej oceny tych samych dowodów, na podstawie których ustalono prawo do świadczeń emerytalno-rentowych albo ich wysokość¹⁸.

Sąd Najwyższy wypowiedział się na temat przesłanek weryfikacji decyzji rentowych w nowym stanie prawnym. „W świetle tej uchwały [7 sędziów SN z 5.06.2003 r. (sygn. akt III UZP 5/03) – przyp. Sz.P.] nie jest dopuszczalne ponowne ustalenie prawa do świadczeń tylko z tej przyczyny, że organ rentowy w wyniku ponownej oceny dowodu uzna go za niewiarygodny, lub też poweźmie wątpliwości co do jego wiarygodności i przeprowadzi postępowanie dowodowe w celu ponownego sprawdzenia stwierdzonych tym dowodem okoliczności. W niniejszej sprawie nie pojawiły się ani nowe dowody, ani nie zostały ujawnione nieuwzględnione dotychczas okoliczności. [...] Jeżeli podstawą do wszczęcia postępowania były wątpliwości co do wiarygodności świadectwa pracy (prawdziwość zamieszczonych w nim danych), to nie była to wystarczająca podstawa do zastosowania art. 114 ust. 1 [u.e.r. – przyp. Sz.P.]. Wszystkie ewentualne wątpliwości mogły być wyjaśnione w poprzednim postępowaniu. Jeżeli dokument został uznany za prawdziwy i wiarygodny, organ rentowy nie mógł zmienić prawomocnej decyzji w oparciu o «wytyczne przekazane na szkoleniach». W tych warunkach nie mógł być zastosowany przepis art. 114 ust. 1 [u.e.r. – przyp. Sz.P.], a ewentualna zmiana w prawie do świadczeń mogła nastąpić tylko w oparciu o przepis art. 114 ust. 1a. [...] Przepis ten ma zastosowanie wówczas, gdy świadczenie zostało przyznane w wyniku błędu organu rentowego (na przykład podwójnego uwzględnienia tych samych okresów zatrudnienia u różnych pracodawców) lub w wyniku pominięcia ustalenia istotnych okoliczności (na przykład niezbadania spełnienia jednego spośród kilku wymaganych warunków). W niniejszej sprawie przepis ten mógłby być zastosowany, gdyby świadectwo pracy nie zawierało wszystkich danych wymaganych do ustalenia wykonywania przez wnioskodawcę pracy w szczególnych warunkach. W świadectwie tym zostały wskazane okresy wykonywania pracy w szczególnych warunkach i stanowiska zajmowane przez wnioskodawcę [...]. Świadectwo pracy zawierało więc pełne dane pozwalające na stwierdzenie, że we wskazanych w nim okresach wnioskodawca wykonywał prace wymienione w wykazie A [...] załącznika do powołanego rozporządzenia Rady Ministrów w warunkach określonych w § 2 tego rozporządzenia – stale i w pełnym wymiarze czasu pracy [...] W sytuacji gdy po uprawomocnieniu się decyzji przyznającej prawo do emerytury nie przedstawiono nowych dowo-

¹⁷ Wyroki SN z 7.10.2009 r., sygn. akt III UK 38/09; 30.01.2008 r., sygn. akt I UK 195/07; 19.02.2008 r., sygn. akt II UK 104/07; uchwała SN z 8.08.2007 r., sygn. akt II UZP 3/07; zob. także wyrok SA w Poznaniu z 16.02.2007 r., sygn. akt III AUa 1233/05.

¹⁸ Krytycznie treść art. 114 ust. 1a u.e.r., jako niezgodnej z art. 2 i 67 Konstytucji, oceniają J. Kuźniar, *op. cit.*, s. 29; R. Babińska, *op. cit.*, s. 132-135.

dów ani nie ujawniono nieuwzględnionych poprzednio okoliczności, a uznane poprzednio za wiarygodne dowody dawały podstawy do przyznania tego prawa, organ rentowy nie może z urzędu wszcząć postępowania o ponowne ustalenie prawa do świadczeń w trybie art. 114 ust. 1 i ust. 1a¹⁹. Z drugiej strony należy zwrócić uwagę na wyrok z 7 października 2009 roku (sygn. akt III UK 38/09), w którym Sąd Najwyższy wyjaśnia, że „równocześnie należało mieć na uwadze, że na gruncie art. 114 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach Sąd Najwyższy w składzie powiększonym istotnie podjął uchwałę 5.06.2003 r., III UZP 5/03 (OSNP 2003 nr 18, poz. 442), przyjmując, że odmienna ocena dowodów dołączonych do wniosku o emeryturę lub rentę, przeprowadzona przez organ rentowy po uprawomocnieniu się decyzji przyznającej świadczenie, nie jest okolicznością uzasadniającą wszczęcie z urzędu postępowania o ponowne ustalenie prawa do świadczeń na podstawie art. 114 ust. 1 tej ustawy. To stanowisko mogłoby wspierać racje skarżącej, która czuje się pokrzywdzona odebraniem jej po wielu latach prawa do wcześniejszej emerytury, zwłaszcza że skarżąca trafnie zarzuciła organowi rentowemu, że nie podał żadnego konkretnego przepisu ustawy o emeryturach i rentach jako podstawy wydania zakwestionowanej emerytalnej «decyzji odmownej» ani decyzji o wstrzymaniu wypłaty emerytury od 1.08.2008 r. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19.02.2007 r., I UK 266/06, OSNP 2008 nr 5–6, poz. 79). Jednakże te ujawnione wady nie wykluczały osądzenia sprawy skarżącej przez pełne odniesienie się do obowiązującego stanu prawnego, w którym nie wolno pominąć nowości normatywnej zawartej w art. 114 ust. 1a ustawy o emeryturach i rentach w związku z art. 316 k.p.c., który wymaga wyrokowania na podstawie stanu rzeczy, w tym stanu prawnego, istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy. Przepis art. 114 ust. 1a ustawy o emeryturach i rentach, który został dodany przez art. 1 pkt 25 ustawy zmieniającej ustawę o emeryturach i rentach z dniem 1.07.2004 r., w aktualnym stanie prawnym, który obowiązywał w datach wydania kontestowanych przez skarżącą decyzji organu rentowego «o odmowie przyznania» oraz o wstrzymaniu wypłaty emerytury od 1.08.2008 r., dopuszcza możliwość ponownego ustalenia prawa do świadczeń także wtedy, gdy po uprawomocnieniu się decyzji okaże się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia takiego prawa. W tym normatywnym ujęciu poszerzona i odrębna od wznowienia postępowania administracyjnego konstrukcja ponownego ustalenia prawa do świadczeń emerytalnych lub rentowych w prawie ubezpieczeń społecznych umożliwia zatem weryfikację także wcześniejszych decyzji korzystnych dla ubezpieczonych, jeżeli po uprawomocnieniu się takich decyzji okaże się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia prawa do emerytury lub renty, dlatego że nigdy nie zostały spełnione przesłanki prawne kreujące nabycie takich uprawnień, które zostały wadliwie stwierdzone wcześniejszymi błędnymi decyzjami organu rentowego o deklaracyjnym przyznaniu świadczeń, które ubezpieczonym nie przysługiwały i nie powinny być przyznane. Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy, ubezpieczona nie miała prawa do wcześniejszej emerytury ze względu na potwierdzone wynikami postępowania dowodowego niespełnienie warunku zaliczenia schorzeń jej syna do stanów chorobowych, z powodu których skarżąca nie mogła kontynuować zatrudnienia, bo nie wymagały one stałej opieki oraz pielęgnacji w czyn-

¹⁹ Wyrok SN z 30.01.2008 r., sygn. akt I UK 195/07; zob. też wyrok SN z 19.02.2008 r., sygn. akt II UK 104/07; uzasadnienie uchwały SN z 8.08.2007 r., sygn. akt II UZP 3/07, w którym podtrzymał on pogląd wyrażony w uchwale SN z 5.06.2003 r., sygn. akt III UZP 5/03; zob. także wyrok SA w Poznaniu z 16.02.2007 r., sygn. akt III AUa 1233/05.

nościach samoobsługowych jej syna. [...] Powyższe oznacza, że z mocy art. 114 ust. 1a tej ustawy dopuszczalne jest ponowne ustalenie z urzędu prawa do emerytury także wtedy, gdy po uprawomocnieniu się decyzji o przyznaniu prawa do emerytury okaże się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw i nie uprawniały do jego nabycia”.

Z powyższego wynika, że w judykaturze nie brak głosów, iż pomimo wejścia w życie zaskarżonego przepisu nadal aktualna jest uchwała siedmiu sędziów SN z 5 czerwca 2003 roku o sygn. akt III UZP 5/03, a zatem nie jest dopuszczalne wznowienie postępowania na podstawie art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r. jeżeli nie przedłożono nowych dowodów ani nie ujawniono nieuwzględnionych poprzednio okoliczności, a uznane w pierwotnym postępowaniu za wiarygodne dowody dawały podstawy do przyznania tego prawa. Jednakże jednolita linia orzecznicza, która akceptowałaby powyższą tezę, jeszcze się nie wykształciła. Wzmacnia ją jednak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 lutego 2012 roku (sygn. akt K 5/11), który uchylił art. 114 ust. 1a u.e.r.

Należy podkreślić, że postępowanie weryfikacyjne nie może zostać wszczęte bez powiadomienia zainteresowanego. Zgodnie z uchwałą siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 10 czerwca 2011 roku (sygn. akt III UZP 1/11), „ponowne ustalenie prawa do świadczeń lub ich wysokości w trybie art. 114 ust. 1 i 1a ustawy z 17.12.1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (jednolity tekst: Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227 ze zm.) nie wymaga wydania przez organ rentowy postanowienia o wznowieniu postępowania na podstawie art. 149 § 1 k.p.a.; wymaga natomiast zawiadomienia stron o wszczęciu postępowania na podstawie art. 61 § 4 k.p.a. w związku z art. 124 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych”.

Istotne z punktu widzenia oceny instytucji jest wskazanie, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, świadczenia nienależnie wypłacone (wówczas, kiedy osoba zainteresowana nie przyczyniła się do powstania błędu, lecz leży on wyłącznie po stronie organu) w odróżnieniu od nienależnie pobranych (art. 138 u.e.r.), nie podlegają zwrotowi. Błąd organu rentowego zawarty w decyzji deklaratoryjnej o przyznaniu prawa do świadczenia, które było nienależne, wyklucza możliwość żądania przez sprawcę błędu, tj. przez organ rentowy, zwrotu pobranych wcześniej świadczeń emerytalnych albo rentowych²⁰.

Wstrzymanie wypłaty świadczenia (wypłata w niższej wysokości) następuje od miesiąca, w którym decyzja weryfikująca została wydana (zob. art. 134 ust. 2 pkt 2; zasada ta obowiązuje od 1 lipca 2004 roku; wcześniej wstrzymanie wypłaty następowało od najbliższego miesiąca po wydaniu decyzji).

Podsumowując, zgodnie z polskim porządkiem prawnym dopuszczalna jest zmiana decyzji rentowej: 1) na niekorzyść jednostki; 2) w każdym czasie; 3) ze względu na błąd organu rentowego, do którego osoba zainteresowana się nie przyczyniła. Natomiast polski ustawodawca przewidział następujące gwarancje interesów ochrony jednostki: 1) weryfikacja decyzji przyjętej na podstawie błędu organu rentowego nie wiąże się z koniecznością zwrotu środków finansowych, uzyskanych do momentu zmiany; 2) postępowanie weryfikacyjne nie może zostać wszczęte bez powiadomienia zainteresowanego; 3) niedopuszczalna jest zmiana

²⁰ Wyrok SN z 7.10.2009 r., sygn. akt III UK 38/09; zob. też wyrok SN z 10.06.2008 r., sygn. akt I UK 376/07; równocześnie zob. wcześniejsze orzecznictwo SN z 26.06.1985 r., sygn. akt II URN 98/85; 21.05.1984 r., sygn. akt III UZP 20/84, zgodnie z którym dopuszcza się dochodzenie roszczeń o zwrot świadczenia nienależnie wypłaconego w drodze procesu cywilnego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

decyzji organu rentowego na niekorzyść jednostki wyłącznie na podstawie arbitralnej re-interpretacji przedłożonych już dowodów, okoliczności albo przepisów prawa; 4) ustalone przez sąd prawo do świadczenia w określonej wysokości nie może zostać zweryfikowane przez organ rentowy na niekorzyść obywatela; może jedynie wystąpić do sądu o wznowienie postępowania.

Standard konwencyjny – wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Moskal przeciwko Polsce*

Zarówno w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 roku (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), jak i w Protokole 1 do Konwencji sporządzonym w Paryżu 20 marca 1952 roku (Dz. U. 1995 r. Nr 36, poz. 175) nie zostało wprost przewidziane prawo do emerytury (renty), ani tym bardziej zakaz weryfikacji takich decyzji na niekorzyść jednostki. Jednakże zagwarantowane w art. 1 Protokołu 1 prawo do poszanowania mienia obejmuje także świadczenia z ubezpieczenia społecznego²¹. Należy dodać, że ochrona wynikająca z Protokołu 1 statuowana jest tylko wówczas, gdy na ubezpieczonym ciąży obowiązek opłacania składek na rzecz określonego funduszu²². Przykładowo w orzeczeniu *Skórkiewicz przeciwko Polsce* Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że uprawnienia kombatanckie mają charakter przywileju i nie są objęte przedmiotową ochroną, właśnie ze względu na to, że skarżący nie uczestniczył w gromadzeniu funduszu ubezpieczeniowego, z którego wypłacane są świadczenia²³. W niektórych wcześniejszych rozstrzygnięciach Trybunału dodatkowo wskazywano na konieczność występowania możliwości zidentyfikowania indywidualnego udziału ubezpieczonego w funduszu ubezpieczeniowym²⁴. Przesłanki ochrony prawa do świadczenia emerytalno-rentowego jako mienia były zatem pierwotnie bardziej rygorystyczne.

Prawo do emerytury (renty) mogłoby zatem zostać włączone w obszar gwarancji wynikającej z Protokołu EKPC, tylko pod warunkiem występowania zasady wzajemności pomiędzy świadczeniem a ciężarami ponoszonymi w okresie aktywności zawodowej. Nawet gdyby przyjąć, że określone oczekiwania prawne znajdują się w zakresie pojęcia „mienia”, to jego ochrona „nie ma charakteru bezwzględny. Państwu przysługuje prawo do ingerencji w prawa nabyte, jeśli tylko jest ku temu prawna podstawa i znajduje oparcie w konieczności realizacji interesu publicznego”²⁵. Takim interesem publicznym, stanowiącym uzasadnienie dla ingerencji w prawa emerytalno-rentowe, może być zachowanie funkcjonalności systemu ubezpieczeń i realności świadczeń w sytuacji niekorzystnych trendów demograficznych.

W wyroku z 15 września 2009 roku w sprawie *Moskal przeciwko Polsce* (skarga nr 10373/05) Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że polskie organy władzy publicznej, wy-

²¹ *Staarman przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 16.05.1985 r., skarga nr 10503/83; *Vos przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 10.07.1985 r., skarga nr 10971/84; *Skórkiewicz przeciwko Polsce*, wyrok ETPC z 1.06.1999 r., skarga nr 39860/98; *Kuna przeciwko Niemcom*, orzeczenie ETPC z 10.4.2001 r., skarga nr 52449-99.

²² Zob. *Kuna przeciwko Niemcom* wraz ze wskazaną tam linią orzeczniczą.

²³ Zob. *Skórkiewicz przeciwko Polsce*.

²⁴ *Staarman przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 16.05.1985 r., skarga nr 10503/83; *Vos przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 10.7.1985 r., skarga nr 10971/84.

²⁵ K. Ślęzak, *Ochrona emerytalnych praw nabytych*, Warszawa 2009, s. 124.

dając na podstawie art. 114 ust. 1 u.e.r. (w momencie wydania decyzji art. 114 ust. 1a u.e.r. jeszcze nie obowiązywał) decyzję o uchyleniu decyzji przyznającej osobie zainteresowanej prawo do wcześniejszej emerytury z tytułu opieki nad dzieckiem wymagającym stałej opieki oraz utrzymując ją w mocy w toku odwoławczego postępowania sądowego, naruszyły art. 1 Protokołu 1²⁶. Doszło bowiem do pozbawienia przysługującego skarżącej „mienia” w postaci wcześniejszej emerytury.

Stan faktyczny kształtował się następująco. W 2001 roku skarżąca – pani Maria Moskal – uzyskała prawo do wcześniejszej emerytury z tytułu opieki nad przewlekle chorującym dzieckiem²⁷. Warunkiem uznania prawa do świadczenia była rezygnacja z pracy zawodowej. Po 10 miesiącach organ rentowy wydał decyzję weryfikującą, stwierdzając, że warunki do nabycia prawa nie zostały spełnione, a zatem prawo do świadczenia nie może zostać ustalone. Tym samym, w drodze decyzji administracyjnej, wypłata świadczenia została wstrzymana (zob. art. 134 ust. 1 pkt 4 u.e.r.). Podstawą wydania decyzji weryfikującej było stwierdzenie braków w przekazanej przez skarżącą dokumentacji medycznej. A zatem organ rentowy zastosował art. 114 ust. 1 u.e.r. (art. 114 ust. 1a u.e.r. wciąż jeszcze nie obowiązywał), powołując się na przesłankę ujawnienia okoliczności istniejących przed wydaniem decyzji, które mają wpływ na prawo do świadczenia (braki w dokumentacji). Organy odwoławcze podtrzymały zasadność decyzji organu rentowego. W postępowaniu rentowym ustalono, że pierwotna decyzja rentowa została wydana pod wpływem błędu organu, a skarżąca nie przyczyniła się do niego, przekazała bowiem w dobrej wierze dokumentację medyczną choroby dziecka, którą najpierw pozytywnie, a następnie negatywnie ocenił organ rentowy. Wypłacone świadczenie nie podlegało zatem zwrotowi. Skarżąca w czasie trwania sporu z organem rentowym o zasadność decyzji weryfikującej nie otrzymywała żadnych świadczeń socjalnych. Dopiero w październiku 2005 roku przyznano jej zasiłek przedemerytalny, jednakże jego wysokość była znacząco niższa od odebranej wcześniejszej emerytury. Zasiłek ten został wypłacony za trzy lata wstecz, to jest od października 2002 roku²⁸.

W uzasadnieniu ETPC uznał, że art. 1 Protokołu 1 jest adekwatnym wzorcem kontroli postępowania państwa-strony Konwencji. Pogłębiając swój wywód o adekwatności wzorca badania w stosunku do praw emerytalno-rentowych stwierdził, że postanowienia tego artykułu nie naruszają prawa państwa-strony Konwencji do swobodnego ukształtowania własnego systemu świadczeń socjalnych. Jeśli jednak państwo wprowadzi do swojego porządku prawnego określone świadczenie socjalne (bez znaczenia jest, czy świadczenie było uzależnione od wcześniejszych wpłat), to musi ono, stanowiąc dla jednostki korzyść majątkową, zostać potraktowane jak prawo majątkowe w rozumieniu ww. przypisu. Uzasadniając adekwatność wzorca Trybunał posiłkował się argumentem pozaprawnym, wskazując, że w wielu systemach demokratycznych egzystencja coraz większej liczby jednostek jest zależna od świadczeń socjalnych. Podkreślił ponadto, że fakt dopuszczalności odebrania świadczenia nie zmienia jego charakteru jako „mienia” w rozumieniu art. 1 Protokołu 1. Jeśli jednak uzyskanie prawa do świadczenia uzależnione jest od spełnienia określonych warunków, nie

²⁶ Trybunał nie stwierdził natomiast naruszenia art. 6 i 8 Konwencji, chociaż taki zarzut podnosiła skarżąca.

²⁷ Podstawę prawną tego świadczenia stanowiło nieobowiązujące już rozporządzenie Rady Ministrów z 15.05.1989 r. w sprawie uprawnień do wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki (Dz. U. Nr 28, poz. 149).

²⁸ *Moskal przeciwko Polsce*, § 5–27.

można powoływać się na prawo do „mienia” w sytuacji, gdy jednostka nie spełniła tych warunków²⁹.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia konwencyjnej ochrony praw majątkowych konieczne jest wykazanie legalności ingerencji („na warunkach przewidzianych ustawą”), jej uzasadnionego celu („w interesie publicznym”) oraz proporcjonalności. Trybunał podkreślił ponadto, że w tym kontekście znaczenia nabiera zasada „dobrej administracji” (*good governance*), istotna z punktu widzenia oceny naruszenia praw majątkowych.

Po analizie przesłanek testu legalności sąd międzynarodowy stwierdził, że weryfikacja świadczenia skarżącej nastąpiła na podstawie ustawy. Warunek legalności został zatem spełniony³⁰.

Przeprowadzając test celowości Trybunał stwierdził, że w zakresie konstrukcji praw ekonomicznych i socjalnych władzom krajowym powinien zostać pozostawiony szeroki margines oceny tego, co leży w „interesie publicznym”. Posiadają one bowiem wiedzę, której pozbawiony jest Trybunał, jak kształtują się socjalne potrzeby społeczeństwa. To władze krajowe wskazują i definiują problem publiczny wymagający ingerencji w sferę praw majątkowych i także w tym aspekcie posiadają znaczny zakres swobody regulacyjnej. ETPC uznaje prawo ustawodawcy do oceny, co tak naprawdę „leży w interesie publicznym”, chyba że jest ona oczywiście bezzasadna. W niniejszej sprawie Trybunał uznał, że weryfikacja decyzji rentowej polegająca na odebraniu skarżącej świadczenia emerytalnego jest w interesie publicznym (test celowości został spełniony), gdyż ma służyć ochronie środków publicznych, które nie powinny być wypłacane bez spełnienia ustawowych warunków otrzymania świadczenia (to jest bez uzasadnienia)³¹.

Następnie Trybunał przystąpił do badania, czy został spełniony warunek proporcjonalności ingerencji. Oceniając zgodność działań organów władzy publicznej z art. 1 Protokołu 1, ustalił, że skarżąca nie spełniała ustawowych warunków do otrzymania świadczenia emerytalnego, a pierwotne przyznanie świadczenia nastąpiło pod wpływem błędu organu rentowego, do którego skarżąca się nie przyczyniła. Wziął także pod uwagę czas, jaki upłynął pomiędzy przyznaniem prawa a ustaleniem błędu i wstrzymaniem wypłaty emerytury (10 miesięcy), uznając, że był on zbyt długi. Zbadał, czy państwu przysługiwało roszczenie o zwrot wypłaconego świadczenia, stwierdzając, że takie nie istnieje. Oceniał także długość postępowania odwoławczego od nowej decyzji organu rentowego odmawiającej przyznania świadczenia, stwierdzając, że skarżąca pozostawała zbyt długo bez środków do życia.

Z zasady dobrej administracji (*good governance*) wynika, że organ władzy, zwłaszcza zajmując się sprawami kluczowymi dla egzystencji jednostki, takimi jak świadczenia socjalne, musi działać z najwyższą precyzją i rozważą. W niniejszej sprawie ETPC uznał, że po wykryciu swego błędu organy władzy nie wywiązały się ze swego obowiązku w postaci działania bez zwłoki oraz w sposób odpowiedni i konsekwentny.

Należy wskazać, mając na względzie znaczenie sprawiedliwości społecznej, że – co do zasady – nie powinno się odmawiać organom władzy publicznej możliwości weryfikacji błędów, nawet tych, które wynikają z własnych zaniedbań takich organów. Przyjęcie innego wniosku byłoby sprzeczne z doktryną bezpodstawnego wzbogacenia się. Byłoby to także

²⁹ *Ibidem*, § 38-40.

³⁰ *Ibidem*, § 49-52, 56-57.

³¹ *Ibidem*, § 61-63.

nieuczciwe względem innych osób korzystających z systemu zabezpieczenia społecznego, w szczególności tych, którym odmówiono przyznania świadczenia wobec niespełnienia przez nie wymogów ustawowych. Wreszcie, sprowadzałoby się to do usankcjonowania niewłaściwej alokacji rzadkich zasobów publicznych, co samo w sobie byłoby sprzeczne z interesem publicznym. Powyższe wartości nie mogą jednak uzyskać nadrzędnego charakteru nad interesem jednostki, która została pozbawiona przyznanego jej wcześniej świadczenia, a dolegliwość takiej ingerencji jest nadmierna. Jeżeli błąd został zatem spowodowany przez same organy władzy krajowej, bez winy ze strony osoby trzeciej, Trybunał musi rozstrzygnąć, czy ciężar ponoszony przez skarżącego jest nadmierny; należy wówczas przyjąć odmienne (bardziej rygorystyczne dla organów władzy) podejście do kwestii proporcjonalności. Decyzję o naruszeniu zasady proporcjonalności (nadmiernego obciążenia jednostki) Trybunał podjął po zbadaniu także skutków społecznych nowej decyzji organu rentowego. Przesłanką uzyskania wcześniejszej emerytury było zaprzestanie pracy zarobkowej, a zatem wskutek przyjęcia zaskarżonego środka skarżąca praktycznie z dnia na dzień utraciła jedyne źródło dochodu. ETPC zwrócił uwagę na potencjalne ryzyko związane z tym, że wobec wieku skarżącej oraz sytuacji gospodarczej panującej w kraju, szczególnie w słabo rozwiniętym województwie podkarpackim, mogła ona mieć poważne trudności ze znalezieniem nowego zatrudnienia. Ponadto wskazał, że skarżąca spełniała warunki do uzyskania innego typu świadczenia przedemerytalnego od państwa z chwilą utraty jej uprawnień do wcześniejszej emerytury, jednakże jej prawo do świadczenia przedemerytalnego zostało uznane dopiero po trzech latach, kiedy zakończyło się postępowanie odwoławcze od decyzji odbierającej prawo do wcześniejszej emerytury. Świadczenie przedemerytalne było także znacząco niższe (o 50%) od wcześniejszego. ETPC uznał, że bez znaczenia jest okoliczność, że skarżąca otrzyma prawo do emerytury ze względu na wiek od roku 2015. Mając powyższe na względzie ETPC stwierdził, że nie została zachowana sprawiedliwa równowaga pomiędzy wymogami powszechnego interesu społeczeństwa i wymaganiami ochrony podstawowych praw jednostki, a obciążenie nałożone na skarżącą było nadmierne³².

Zauważyć trzeba, że orzeczenie zostało przyjęte stosunkiem głosów 4 do 3, a do wyroku zostały zgłoszone trzy zdania odrębne. Podkreśla się w nich, że odebranie państwu prawa do weryfikacji swojej decyzji wydanej na skutek błędu i zmuszenie go do jego powielania poprzez dalszą wypłatę świadczenia, które nie było należne, prowadziłoby do bezpodstawnego wzbogacenia osoby zainteresowanej. Takie postępowanie byłoby również niesprawiedliwe wobec osób płacących składki na ubezpieczenie społeczne, szczególnie wobec tych, którym zgodnie z prawem odmówiono przyznania świadczenia emerytalno-rentowego.

Chociaż stwierdzenie naruszenia Protokołu 1 nastąpiło w stanie prawnym, w którym nie obowiązywał jeszcze art. 114 ust. 1a u.e.r., to – jak podkreśla się w literaturze przedmiotu – jego treść normatywna pozostaje w ścisłym związku z badanym przez ETPC zagadnieniem³³.

³² *Ibidem*, § 69-76; orzeczenie zostało także wnikliwie omówione i skomentowane w literaturze przedmiotu; zob. w szczególności E. Łętowska, *Czekając na Godota, czyli jak wykonywać wyroki ETPC (uwagi na tle sprawy Moskal v. Polska)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 2, s. 4-10; A. Bodnar, B. Grabowska, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka w sprawie Moskal przeciwko Polsce*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 2010, nr 6, s. 28-32; M. Jackowski, *Glosa do wyroku z 15 IX 2009 r. w sprawie Moskal v. Polska, skarga Nr 10373/05*, „Państwo i Prawo”, 2010, nr 7, s. 115-119.

³³ Zob. E. Łętowska, *op. cit.*, s. 9; A. Bodnar, B. Grabowska, *op. cit.*, s. 32; M. Jackowski, *op. cit.*, s. 119.

Zagadnienie dopuszczalności utrzymania w mocy instytucji weryfikacji decyzji rentowej w każdym czasie na niekorzyść jednostki wobec wyroku w sprawie *Moskal przeciwko Polsce*

Ogólna procedura administracyjna przewiduje określony, maksymalny termin, w którym możliwe jest wznowienie postępowania albo stwierdzenie nieważności decyzji (art. 146 § 1 oraz art. 156 § 1 i 2 k.p.a.). Uznaje zatem zasadę trwałości decyzji administracyjnych za podstawę działalności organów władzy. Jednakże ustawodawca ustanowił zarazem wyjątki od tej zasady. Kodeks postępowania administracyjnego nie wprowadza ograniczeń czasowych stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnych wydanych bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa, niewykonalnych w dniu ich wydania (niewykonalność ma charakter trwały), a także tych, których wykonanie wywołałoby czyn zagrożony karą – chyba że wywołały one już nieodwracalne skutki prawne (art. 156 § 2 w zw. z art. 156 § 1 k.p.a.)³⁴. Natomiast, zgodnie z art. 163 k.p.a., organ administracji może uchylić lub zmienić decyzję, na mocy której strona nabyła prawo, także w innych przypadkach oraz na innych zasadach niż określone w k.p.a., jeśli przepis szczególnie tak stanowi. Ustawodawca, regulując podstawową procedurę administracyjną, przewidywał zatem, że mogą zajść sytuacje, w których należy, w imię innych wartości doniosłych prawnie, odstąpić od zasady stabilności decyzji administracyjnych.

Kształt procedury weryfikacyjnej decyzji rentowych wynika ze specyfiki świadczeń emerytalno-rentowych. Jak już wspomniano, prawo do nich uzyskuje się co do zasady z mocy prawa; decyzja ma zatem charakter jedynie deklaratoryjny. Z kolei zmiana decyzji ma na celu, zgodnie z przepisami, określenie świadczenia (jego wysokości) i to niezależnie od kierunku weryfikacji (na korzyść czy na niekorzyść zainteresowanego); uchylana pierwotna decyzja jest bowiem niezgodna z prawem, co stanowi punkt wyjścia wszystkich czynności korygujących, na co słusznie zwracał uwagę rząd Polski we wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby³⁵. W myśl polskiego orzecznictwa sądowego, w przypadku ustalenia, że określone świadczenie nigdy nie przysługiwało, gdyż nie zostały spełnione ustawowe przesłanki jego nabycia, nie można powoływać się na ochronę praw nabytych. Zasada ta, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego³⁶ stanowiąca uzasadnienie dla stabilności decyzji administracyjnych, dotyczy bowiem jedynie praw nabytych słusznie i w zgodzie z przepisami. Nie może ona chronić prawa do świadczenia (jego wysokości), a zwłaszcza prawa do dalszego jego otrzymywania, które nigdy nie powinno zostać zainteresowanemu przyznane³⁷. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, „uzasadnieniem dla ponowienia postępowania zakończonego prawomocną decyzją organu rentowego, wyznaczającym jego cel, jest niezgodność zawartego w niej rozstrzygnięcia z ukształtowaną *ex lege* sytuacją prawną zainteresowanego, powstałą np. na skutek popełnionych przez organ rentowy uchybień normom prawa materialnego czy procesowego”³⁸.

³⁴ Zob. np. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011, s. 921.

³⁵ Wniosek o przekazanie w trybie art. 43 Konwencji został odrzucony; zob. *Requests for referral to the Grand Chamber*, Press release 8.03.2010.

³⁶ Zob. przykładowo wyroki TK z 15.05.2000 r., sygn. akt SK 29/99; 8.05.2000 r., sygn. akt SK 22/99.

³⁷ Wyroki SN z 7.10.2009 r., sygn. akt III UK 38/09; 4.11.2009 r., sygn. akt I UK 141/09; 2.12.2009 r., sygn. akt I UK 180/09.

³⁸ Wyrok SN z 22.02.2010 r., sygn. akt I UK 247/09.

W tym kontekście rząd Polski słusznie wskazywał we wniosku o przekazanie sprawy Wielkiej Izbie³⁹ na istotną różnicę pomiędzy ochroną słusznie i legalnie nabytego prawa majątkowego do świadczenia socjalnego⁴⁰ a ochroną prawa, które nigdy nie istniało, ponieważ świadczenie zostało ustalone i wypłacone na podstawie błędu organu rentowego. W tym drugim przypadku należy stwierdzić, że nie doszło do nabycia prawa ani nie występuje uzasadniona ekspektatywa jego nabycia (*legitimate expectations*). A zatem wywód Trybunału, uzasadniający objęcie ochroną wynikającą z art. 1 Protokołu 1 „nabytego” mienia w postaci świadczenia emerytalnego uzyskanego wyłącznie na skutek błędu organu rentowego, ale niezgodnie z obowiązującym prawem, może budzić wątpliwości.

Przywrócenie stanu zgodnego z prawem stanowi podstawowy argument za dopuszczalnością weryfikacji; istotą procedury z art. 114 ust. 1 u.e.r. jest zmiana decyzji, na podstawie której niesłusznie przyznano uprawnienie. Powyższe odnosiło się także do art. 114 ust. 1a u.e.r. Ponadto w polskim orzecznictwie sądowym zwraca się uwagę, że utrzymanie w mocy wadliwej decyzji przyznającej prawo do świadczenia w sytuacji, gdy innym zainteresowanym odmówiono prawa do emerytury albo renty zgodnie z obowiązującymi przepisami, stanowi naruszenie zasady równości i sprawiedliwości. Za wprowadzeniem obowiązku doprowadzenia do stanu zgodnego z prawem przemawia również interes ogółu ubezpieczonych, którzy objęci przymusem podlegania ubezpieczeniu tworzą solidarną wspólnotę ryzyka, w ramach której płacący składki finansują świadczenie osób, wobec których ziściło się określone ryzyko socjalne. Organ rentowy nie dysponuje bowiem „własnymi” środkami finansowymi, a jedynie zarządza środkami pochodzącymi – ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu – ze składek⁴¹. Ten ostatni argument jest o tyle istotny, że w stosunku do świadczeń emerytalno-rentowych podstawowe znaczenie ma wkład osoby uprawnionej w finansowanie systemu.

W systemie zdefiniowanego świadczenia, w którym wymierzane są renty z tytułu niezdolności do pracy, emerytury osób urodzonych przed 1 stycznia 1949 roku, osób urodzonych później spełniających warunki nabycia prawa do emerytury w niższym wieku lub do wcześniejszej emerytury oraz emerytury górniczej – wymiar świadczenia uwzględnia indywidualny wkład do systemu, mierzony bezpośrednio czasem udziału w tym systemie oraz wysokością osiągniętych zarobków. Natomiast w systemie zdefiniowanej składki (emerytury osób urodzonych po 31 grudnia 1948 roku) wysokość świadczenia zależy od sumy składek zgromadzonych na koncie ubezpieczonego⁴². Art. 114 u.e.r. (zasada dopuszczalności weryfikacji decyzji rentowych) znajduje także zastosowanie do ustalenia prawa do emerytury kapitałowej oraz jej wysokości⁴³, tj. świadczenia wypłacanego ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych i na subkoncie, na którym ewidencjonuje się informacje o zwaloryzowanej wysokości wpłaconych składek. Podkreślenia wymaga również fakt, że świadczenia emerytalne w systemie zdefiniowanego świadczenia, za wyjątkiem emerytury górniczej, mają charakter wygasający. A zatem *pro futuro* zyskiwać na znaczeniu będzie model zdefiniowanej składki, w którym powiązania pomiędzy wpłaconymi składkami a wypłacanym świadczeniem są bardzo ścisłe. Warto wspomnieć, że – co do zasady – na

³⁹ Por. pkt A. wniosku; wniosek polskiego rządu znajduje się w aktach sprawy.

⁴⁰ *Stec i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 12.04.2006 r., nr skargi 65731/01 i 65900/01.

⁴¹ Wyrok SN z 9.02.2005 r., sygn. akt III UK 191/04.

⁴² I. Jędrasik-Jankowska, *op. cit.*, s. 105

⁴³ Zob. art. 6 pkt 2 ustawy z 21.11.2008 r. o emeryturach kapitałowych, Dz. U. Nr 228, poz. 1507 ze zm.

prawo państwa do weryfikacji błędnych decyzji, nawet wynikających z zaniedbań organów rentowych, wskazywał także sam Europejski Trybunał Praw Człowieka w przedmiotowym orzeczeniu.

Istotne znaczenie ma okoliczność, że podstawowym celem weryfikacji świadczenia jest przywrócenie stanu zgodnego z prawem, polegającym przede wszystkim na zaprzestaniu dalszej wypłaty świadczenia nienależnego⁴⁴. Przyjęcie zasady stabilności decyzji administracyjnych także w stosunku do decyzji organów rentowych ustalających prawo do świadczenia emerytalnego albo rentowego (jego wysokości) petryfikowałoby bezprawny stan, w którym również na przyszłość miałyby być wypłacane świadczenia nienależne albo w nienależnej wysokości. Wydaje się, że taka generalna teza (ogólny nakaz dalszej wypłaty świadczenia nienależnego, bez względu na inne warunki związane ze sprawą) nie wynika z wyroku ETPC⁴⁵ w sprawie *Moskal przeciwko Polsce*.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, świadczenia nienależnie wypłacone, w odróżnieniu od nienależnie pobranych⁴⁶, nie podlegają zwrotowi. Błąd organu rentowego zawarty w decyzji deklaratoryjnej o przyznaniu prawa do świadczenia, które było nienależne, wyklucza możliwość żądania przez sprawcę błędu, tj. przez organ rentowy, zwrotu pobranych wcześniej świadczeń emerytalnych albo rentowych⁴⁷. Na zainteresowanego nie są zatem nakładane nagle zobowiązania finansowe (zwrot wypłaconego świadczenia nienależnego), których nie przewidział i nie mógł przewidzieć. Na powyższe elementy zwraca uwagę rząd polski we wniosku o przekazanie w trybie art. 43 Konwencji⁴⁸.

W przypadku, gdy zainteresowany poniósł szkodę na skutek wadliwego ustalenia prawa do świadczenia emerytalno-rentowego (jego wysokości), to zgodnie z art. 417¹ § 2 ustawy z 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny⁴⁹ może żądać jej naprawienia. Wymóg stwierdzenia we właściwym postępowaniu niezgodności z prawem decyzji ostatecznej należy uznać za spełniony na skutek wydania decyzji zmieniającej pierwotną decyzję rentową, ze względu na ustalenia prawa do świadczenia emerytalno-rentowego niezgodnie z przepisami. W przypadku, gdy uchybienie organu rentowego nastąpiło na skutek błędu podmiotu trzeciego (np. wydania przez pracodawcę niewłaściwego świadectwa pracy) może on domagać się odszkodowania od tego podmiotu.

Jednym z nakazów postępowania w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych jest dążenie do szybkiego rozpoznania sprawy⁵⁰. Uzasadnia to, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wprowadzenie szczególnych reguł procesowych⁵¹. W wyroku z 11 września 2007

⁴⁴ Natomiast w sytuacji zmiany korzystnej dla zainteresowanego bezzwłocznego rozpoczęcia wypłaty świadczenia lub wypłaty świadczenia w podwyższonej wysokości zob. art. 133 ust. 1 pkt 1 u.e.r.

⁴⁵ Zob. wywód TK odnoszący się do konkurencji zasady stabilności wyroku sądowego i prawa do uzyskania wyroku zgodnego z prawdą materialną; zgodnie z tezą TK ta druga wartość ma pierwszeństwo; wyrok TK z 24.10.2007 r., sygn. akt SK 7/06.

⁴⁶ Art. 138 u.e.r.

⁴⁷ Wyrok SN z 7.10.2009 r., sygn. akt III UK 38/09; zob. też wyrok SN z 10.06.2008 r., sygn. akt I UK 376/07; równocześnie zob. wcześniejsze orzecznictwo SN z 26.06.1985 r., sygn. akt II URN 98/85; 21.05.1984 r., sygn. akt III UZP 20/84, zgodnie z którym dopuszcza się dochodzenie roszczeń o zwrot świadczenia nienależnie wypłaconego w drodze procesu cywilnego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

⁴⁸ Zob. wniosek rządu polskiego pkt B.11.

⁴⁹ Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁵⁰ Zob. art. 118 u.e.r.

⁵¹ Wyrok TK z 19.02.2008 r., sygn. akt P 49/06.

roku sąd konstytucyjny stwierdził, że „organ rentowy nie powinien zatem zwlekać (nawet dążąc do korzystniejszego ustalenia uprawnień zainteresowanego) z wydaniem decyzji do czasu rozstrzygnięcia okoliczności, które mogą mieć wpływ na nieznaczne podwyższenie świadczenia”⁵². Choć dążenie do szybkiego rozstrzygnięcia sprawy nie zwalnia organu rentowego z obowiązku rzetelnego postępowania i wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, jednakże brak możliwości weryfikacji błędnych decyzji z pewnością utrudniłby realizację postulatu szybkości postępowania.

Przyjęcie instytucji bezterminowej weryfikacji decyzji ostatecznych w polskim porządku prawa ubezpieczeń społecznych nie stanowi bezprecedensowego wyjątku wśród państw demokratycznych. Zgodnie bowiem z prawem niderlandzkim, organ administracji jest zawsze uprawniony, z zastrzeżeniem zakazu działania na szkodę interesów osób trzecich, do zmiany ostatecznej decyzji i w zależności od okoliczności istnienie takiego uprawnienia może oznaczać obowiązek cofnięcia takiej decyzji⁵³. Warto wspomnieć o podnoszonym w literaturze i orzecznictwie sądowym problemie dopuszczalności weryfikowania decyzji rentowych na niekorzyść zainteresowanego wyłącznie na podstawie odmiennej oceny dowodów.

W powyższym kontekście należy wskazać, że już na gruncie art. 114 ust. 1 u.e.r. jest możliwa ponowna ocena wiarygodności materiału dowodowego w przypadku przedstawienia nowych dowodów lub okoliczności istniejących przed wydaniem tej decyzji, które mają wpływ na prawo do świadczeń albo ich wysokość⁵⁴. Sama możliwość weryfikacji wiarygodności dowodów nie powinna zatem budzić wątpliwości. Przesłankę odmiennej oceny dowodów rozumieć zatem należy jako dopuszczalność reinterpretacji wiarygodności przedstawionych i ocenionych już pierwotnie dowodów, w sytuacji gdy nie zostały ujawnione nowe dowody.

Przesłanki ponownego ustalenia prawa do świadczenia emerytalno-rentowego zostały przedstawione powyżej. W tym miejscu należy jedynie dodać, że na podstawie zaskarżonego przepisu weryfikacja prawa do świadczenia na niekorzyść zainteresowanego może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy organ rentowy – wydając pierwotną, korzystną decyzję – błędnie, bo niezgodnie z przepisami, ustalił istnienie prawa do emerytury lub renty albo ich wysokość. Przesłanką podjęcia postępowania jest zatem ustalenie uchybienia organu rentowego.

Odnosząc się natomiast do zagadnienia odmiennej oceny dowodów na podstawie art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r., ponownie należy odwołać się do poglądu prawnego Sądu Najwyższego, zgodnie z którym w sytuacji, gdy po uprawomocnieniu się decyzji przyznającej prawo do emerytury nie przedstawiono nowych dowodów ani nie ujawniono nieuwzględnionych poprzednio okoliczności, a uznane poprzednio za wiarygodne dowody dawały podstawy do przyznania tego prawa, organ rentowy nie może z urzędu wszcząć postępowania o ponowne ustalenie prawa do świadczeń w trybie art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r.⁵⁵. Z powyższego wynika, że w przypadku gdy organ rentowy w pierwotnym postępowaniu uznał dowody za wiary-

⁵² Wyrok TK z 11.09.2007 r., sygn. akt P 11/07.

⁵³ Zob. rekonstrukcję stanu prawnego w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 13.01.2004 r. w sprawie C-453/00 [*Kühne & Heitz NV v. Productschap voor Pluimvee en Eieren*]; zob. art. 4:6 der Algemene wet bestuursrecht.

⁵⁴ *Ustawa o emeryturach i rentach...*, op. cit., s. 479 i nn.

⁵⁵ Wyrok SN z 30.01.2008 r., sygn. akt I UK 195/07; zob. także uchwałę SN z 8.08.2007 r., sygn. akt III UZP 3/07; wyrok SN z 19.02.2008 r., sygn. akt II UK 104/07 oraz wyrok SA w Poznaniu z 16.02.2007 r., sygn. akt III AUa 1233/05.

godne (np. dane wskazane w świadectwie pracy lub zaświadczeniu lekarza), to nie może następnie arbitralnie uznać je za niewiarygodne. Dla skutecznego wznowienia postępowania konieczne jest chociażby przedstawienie dowodów podważających wiarygodność ocenionego już dowodu (art. 114 ust. 1 u.e.r.) albo ujawnienie mających wpływ na prawo do świadczenia okoliczności, w tym uchybień organu rentowego w trakcie pierwotnego postępowania, które naruszają przepisy prawa materialnego lub procesowego⁵⁶. Powyższy pogląd, zdaniem autora, nie został *expressis verbis* zakwestionowany w wyroku z 7 października 2009 roku (sygn. akt III UK 38/09), w którym Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na nowość normatywną zawartą art. 114 ust. 1a u.e.r. Z analizy dotychczasowego orzecznictwa sądowego wynika, że zaskarżony przepis znajdzie zastosowanie w przypadku, gdy: 1) świadectwo pracy, stanowiące w pierwotnym postępowaniu dowód, że praca była wykonywana w szczególnych warunkach, nie będzie zawierało wszystkich danych wymaganych do ustalenia wykonywania przez wnioskodawcę ww. pracy; natomiast nie jest dopuszczalna ponowna reinterpretacja danych zawartych w świadectwie pracy, np. ze względu na fakt uzyskania innych informacji od pracodawcy, bez uzyskania nowego dowodu podważającego wiarygodność pierwotnych danych; 2) podwójne uwzględnienie tych samych okresów zatrudnienia u różnych pracodawców; 3) niezbadanie występowania wszystkich, lecz tylko niektórych, warunków wymaganych do uzyskania świadczenia⁵⁷. Do kategorii uchybień organów rentowych, które upoważniają do wznowienia postępowania, należy zaliczyć także błąd rachunkowy urzędnika przy ustalaniu prawa do świadczenia lub jego wysokości, a także błąd systemu informatycznego. Natomiast nie może stanowić przesłanki podjęcia postępowania w celu ponownego ustalenia wysokości świadczenia w trybie art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r. protokół niektórych komisji weryfikacyjnych⁵⁸.

Z analizy poszczególnych judykatów Sądu Najwyższego wynika również, że treść przesłanki podjęcia postępowania na podstawie art. 114 ust. 1a u.e.r. pokrywa się z tzw. okolicznościami sprawy, które stanowią element szerokiego rozumienia warunku weryfikacji decyzji rentowej wskazanego w art. 114 ust. 1 u.e.r. – ujawnionych okoliczności⁵⁹. Jak stwierdza bowiem Sąd Najwyższy, „art. 114 ust. 1 i odpowiednio stosowany art. 114 ust. 1a ustawy emerytalnej umożliwiają ponowne ustalenie prawa do świadczeń, jeżeli po ich przyznaniu zostaną przedłożone nowe dowody lub ujawnione okoliczności istniejące przed ustaniem prawa, które mają wpływ na prawo do świadczeń, a uzasadnieniem dla ponowienia postępowania jest niezgodność weryfikowanego rozstrzygnięcia z ukształtowaną *ex lege* sytuacją

⁵⁶ Art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r.; zob. cytowane powyżej wyroki SN z 30.01.2008 r., sygn. akt I UK 195/07; 22.02.2010 r., sygn. akt I UK 247/09.

⁵⁷ Wyrok SN z 30.01.2008 r., sygn. akt I UK 195/07; uchybienie organu rentowego polegające na wydaniu decyzji ustalającej prawo, pomimo niedysponowania dowodem stwierdzającym spełnienie jednego z wymaganych warunków, stanowi naruszenie przepisów prawa procesowego, zgodnie z którymi organ rentowy wydaje decyzję w sprawie po wyjaśnieniu ostatniej okoliczności niezbędnej do wydania decyzji; art. 118 ust. 1 u.e.r.; zob. wyrok SN z 5.05.2005 r., sygn. akt III UK 242/04.

⁵⁸ Wówczas, gdy działa na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z 6.02.2004 r. w sprawie ewidencjonowania przez pracodawców okresów zatrudnienia na stanowiskach, na których okresy pracy górniczej zalicza się w wymiarze półtorakrotnym przy ustalaniu prawa do górniczej emerytury oraz na niektórych innych stanowiskach pracy górniczej; Dz. U. Nr 40, poz. 358 ze zm.; zob. uchwałę SN z 8.08.2007 r., sygn. akt III UZP 3/07.

⁵⁹ Zob. R. Babińska, *op. cit.*, s. 127-130.

prawną zainteresowanego. [...] Należy więc przyjąć, że przesłanki ponownego rozpoznania sprawy zachodzą w każdym wypadku ujawnienia okoliczności wskazujących na nieistnienie prawa do świadczeń i że nie chodzi o nowe, wcześniej nieznanne okoliczności, gdyż takiej przesłanki ponownego ustalenia prawa, art. 114 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach nie przewiduje⁶⁰.

Wskazane powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego eksponują gwarancyjną dla ubezpieczonego funkcję art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r. Tym samym należałoby przyznać, że *de lege lata* powrót do sprawy w trybie art. 114 ust. 1a u.e.r. jest niedopuszczalny, jeżeli po uprawomocnieniu się decyzji przyznającej prawo do emerytury albo renty nie przedstawiono nowych dowodów lub nie ujawniono nieuwzględnionych poprzednio okoliczności, a uznane poprzednio za wiarygodne dowody dawały podstawy do przyznania tego prawa.

Jak wynika z powyżej przedstawionego orzecznictwa Sądu Najwyższego, na podstawie art. 114 ust. 1 i 1a u.e.r. nie jest możliwa zmiana decyzji rentowej ze względu na arbitralną reinterpretację przedstawionych w pierwotnym postępowaniu i ocenionych wówczas dowodów. Zgodnie z tym orzecznictwem ww. przepisy należy interpretować wąsko.

Tego poglądu odnośnie art. 114 ust. 1a u.e.r. nie podzielił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 lutego 2012 roku (sygn. akt K 5/11) stwierdzając, że jak wynika z praktyki organów rentowych, art. 114 ust. 1a u.e.r. jest interpretowany szeroko, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, i rozumiany jako odrębna i szersza przesłanka weryfikacji decyzji niż warunki wskazane w art. 114 ust. 1 u.e.r. Ponadto TK wskazał, że uznaje ten przepis za kreujący „doraźny instrument” umożliwiający nieograniczoną w czasie weryfikację świadczeń, który stwarza swoistą pułapkę dla świadczeniobiorców. Tym samym art. 114 ust. 1a u.e.r. jest niezgodny z art. 2 i art. 67 ust. 1 Konstytucji⁶¹.

Treść normatywna art. 114 ust. 1 u.e.r. musi być wykładana w sposób zapewniający minimalne gwarancje jednostce. Wywieść zatem należy, że wynika z niego również zakaz arbitralnej reinterpretacji ocenionych już i uznanych za wiarygodne dowodów. Natomiast za utrzymaniem samej zasady dopuszczalności weryfikacji decyzji rentowej na niekorzyść osoby zainteresowanej, ze względu na pierwotny błąd organu rentowego przemawiają wspomniane już argumenty, tj. nakaz przestrzegania prawa, realizacji zasady równości i sprawiedliwości społecznej oraz ochrony interesów finansowych ubezpieczonych. Przyjęcie innego stanowiska prowadziłaby do akceptacji sytuacji, w której pomimo obiektywnego braku przesłanek nabycia świadczenia emerytalno-rentowego, niezgodnie z prawem następuje dalsza wypłata świadczenia, a wadliwe czynności organu rentowego pozostają w mocy pomimo ewidentnego naruszenia przepisów prawa materialnego lub procesowego⁶². Za utrzymaniem dopuszczalności weryfikacji decyzji rentowych na niekorzyść jednostki – i to weryfikacji w każdym czasie – przemawiają przedstawione powyżej argumenty systemowe. Odnosząc się natomiast do problemu utrzymania tej zasady po wyroku ETPC, wskazać trzeba co następuje.

⁶⁰ Wyrok SN z 26.05.2010 r., sygn. akt II UK 354/09; zob. także cytowane powyżej wyroki SN z 5.11.2009 r., sygn. akt II UK 87/09; 4.11.2009 r., sygn. akt I UK 141/09 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem.

⁶¹ W momencie pisania tego opracowania nie było dostępne uzasadnienie do wyroku Trybunału Konstytucyjnego; odtworzenie *ratio decidendi* nastąpiło na podstawie ustnego uzasadnienia przedstawionego przez TK po ogłoszeniu wyroku oraz komunikatu prasowego; zob. <http://www.trybunal.gov.pl>.

⁶² Zob. np. wyrok SA w Katowicach z 10.07.2003 r., sygn. akt III AUa 1512/03.

ETPC wypowiedział się odnośnie przypadku weryfikacji szczególnego świadczenia – wcześniejszej emerytury w celu podjęcia opieki nad przewlekle chorym dzieckiem. Świadczenie to ma charakter wygasający, a zatem wypowiedzi Trybunału, jeśli traktować je jako odnoszące się wyłącznie do tego typu świadczeń, będą miały niewielki wpływ na cały system emerytalno-rentowy. Za takim ograniczonym rozumieniem też trybunalskich przemawiają argumenty, które legły u podstaw orzeczenia. ETPC dokonując oceny zgodności władczych działań organów polskich ze zobowiązaniem Polski wynikającym z art. 1 Protokołu 1 podkreślił, że argumentem przemawiającym za stwierdzeniem naruszenia Konwencji jest fakt, że świadczenie zostało odebrane osobie, która wcześniej, aby je uzyskać, zaprzestała pracy zawodowej. Jednak taki warunek (rezygnacji z pracy i zakazem powrotu do niej pod groźbą utraty świadczenia) w stosunku do innych świadczeń weryfikowalnych na podstawie art. 114 u.e.r. zasadniczo nie występuje (wyjątek stanowi np. renta z tytułu niezdolności do pracy). Zasada dopuszczalności weryfikacji decyzji rentowych na niekorzyść jednostki odnosi się do wszystkich rodzajów rent i emerytur, w tym emerytury kapitałowej⁶³. Powyższy argument ETPC jest zatem nieadekwatny do pełnego zakresu obowiązywania tej zasady. W szczególności nie dotyczy on zagadnienia ponownego ustalenia wysokości świadczenia na niekorzyść ubezpieczonego.

Podjmując decyzję o stwierdzeniu naruszenia Konwencji Trybunał oparł się również na argumentach pozaprawnych, jak stopień bezrobocia w województwie podkarpackim. A zatem jego teza musi ograniczać się jedynie do specyficznego, rozpatrywanego przez sąd międzynarodowy przypadku, w którym istotny jest kontekst ekonomiczno-społeczny.

Warto wspomnieć, że jednym z istotnych motywów wyroku było natychmiastowe pozabawienie jednostki przyznanego pierwotnie świadczenia. Być może efektem wyroku powinna być zatem zmiana prawa, ale nie o charakterze fundamentalnym. Źródła naruszenia należałoby upatrywać nie w samej weryfikacji decyzji rentowej (art. 114 u.e.r.), lecz w nagłym zaprzestaniu wypłaty świadczenia (art. 134 u.e.r.). Moim zdaniem, nie ma zatem potrzeby wprowadzanie bezwzględnej zasady stabilności decyzji organów rentowych, zwłaszcza że zgodnie z wyrokiem ETPC nawet wykrycie błędu po bardzo krótkim okresie (10-miesięcznym)⁶⁴ było niewystarczające. Bardziej pożądane byłoby wydłużenie okresu, w którym świadczenie jest nadal wypłacane (np. o 3-6 miesięcy) po wydaniu decyzji weryfikującej, jeśli świadczenie przyznano wyłącznie na skutek błędu organu rentowego. Taki okres przejściowy z jednej strony pozwoliłby świadczeniobiorcy na przystosowanie do nowych warunków życia, a z drugiej, umożliwiłby powrót do stanu zgodnego z prawem, a zatem zaprzestanie wypłaty świadczenia nienależnego.

Daleko idącym rozwiązaniem⁶⁵ byłoby wprowadzenie odpowiednio długiego, np. dziesięcioletniego okresu, po którym weryfikacja na niekorzyść zainteresowanego już nie mogłaby nastąpić, lecz wówczas w imię ochrony interesów osobistych jednostki poświęceniu uległy-

⁶³ Zob. art. 83a ust. 4 u.s.u.s.

⁶⁴ Po takim czasie organ rentowy dokonał weryfikacji pierwotnej decyzji przyznającej p. Moskał świadczenie emerytalne; ETPC uznał ten okres za zbyt długi.

⁶⁵ Wydaje się, że za taką zmianą instytucji weryfikacji decyzji rentowych na niekorzyść zainteresowanego opowiadał się Rzecznik Praw Obywatelskich, będący wnioskodawcą w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym zakończonym wyrokiem z 28.02.2012 r. (sygn. akt K 5/11); zob. wniosek RPO dostępny w zakładce dokumenty w sprawie [na:] <http://www.trybunal.gov.pl>.

by istotne wartości konstytucyjne, takie jak zasada legalności działań organów rentowych, równość osób wobec prawa oraz zasada sprawiedliwości społecznej, gdyż po upływie tego okresu świadczenie nienależne nadal byłoby wypłacane, choćby ustalono, że jego wypłata była i jest niezgodna z prawem.

Zdaniem autora, nie ma potrzeby odstąpienia od zasady weryfikacji decyzji rentowych na niekorzyść jednostki, a nawet ze względu na wskazane powyżej argumenty systemowe byłoby to wysoce niewskazane. W wyroku ETPC zostały wskazane określone warunki, których spełnienie powoduje naruszenie polskich zobowiązań międzynarodowych. Dopiero ich łączne ziszczenie się może przemawiać za odstąpieniem od zastosowania zasady weryfikacji decyzji rentowych. Na marginesie należy podkreślić, że ustawodawca regulując w taki sposób instytucję weryfikacji decyzji ustalających prawo do świadczenia emerytalno-rentowego (jego wysokości) zapobiega powstawaniu zjawiska określanemu w doktrynie ekonomii jako *free rider problem* (tzw. efekt gapowicza). *Free rider* to podmiot, który korzysta z dóbr lub usług w stopniu przewyższającym jego udział w kosztach ich wytwarzania i tym samym zmniejsza efektywność całego systemu⁶⁶.

Wykonanie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

W reakcji na orzeczenie ETPC Sąd Najwyższy w wyroku z 21 września 2010 roku (sygn. akt III UK 94/09) stwierdził: „Nowe okoliczności i dowody w rozumieniu art. 114 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych muszą jednak «mieć wpływ na prawo do świadczenia lub jego wysokość». Wypełniając tę otwartą formułę i oceniając jej znaczenie dla wyniku sprawy o wznowienie postępowania w trybie tegoż przepisu sądy krajowe powinny sięgnąć do art. 1 Protokołu 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i zastosować kryteria sformułowane w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 15 września 2009 roku, 10373/05 w sprawie *Moskal v. Polska*. Powinny zatem ustalić, czy pominięcie dowodów lub okoliczności zostało wywołane przez stronę, czy też stanowiło błąd Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a także wziąć pod uwagę czas, jaki upłynął od wydania decyzji stwierdzającej prawo do emerytury lub renty oraz ocenić proporcjonalność skutków ewentualnej ingerencji w świadczenie. W przypadku, gdy prawo do świadczenia zostało ustalone niezasadnie, ale nastąpiło to z przyczyn leżących wyłącznie po stronie organu rentowego lub innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne, a ingerencja wiązałaby się z istotnymi, negatywnymi skutkami dla ubezpieczonego, w szczególności gdy jest wysoce prawdopodobne, iż ubezpieczony nie mógłby przystosować się do zmienionych okoliczności z uwagi na wiek, stan zdrowia lub sytuację rodzinną, należy uznać, że nowe dowody lub okoliczności nie miały wpływu na prawo do świadczenia i odmówić uchylecia wcześniejszej decyzji”.

Wydaje się, że powyższy wyrok ukształtował stałą linię orzecniczą Sądu Najwyższego, gdyż późniejsze judykaty SN powtarzają zawartą w pierwszym wyroku tezę⁶⁷.

Sąd Najwyższy w wyroku wskazuje, że jeśli wystąpią wymienione w orzeczeniu ETPC *Moskal przeciwko Polsce* przesłanki, weryfikacja decyzji rentowej na niekorzyść jednostki nie

⁶⁶ Zob. B. Czarny, R. Rapacki, *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2002, s. 295.

⁶⁷ Zob. wyrok SN z 24.03.2011, sygn. akt I UK 317/10.

może nastąpić. Podstawą prawną takiego działania jest ustalenie, że wyliczone w art. 114 ust. 1 u.e.r. wymogi zmiany decyzji nie są spełnione; nowe dowody lub okoliczności nie będą miały wpływu na prawo do świadczenia. Natomiast w przypadku art. 114 ust. 1a u.e.r. taka przesłanka *expressis verbis* nie była wskazana, lecz organ rentowy musiał ustalić, czy po uprawomocnieniu się decyzji przedłożone dowody dawały podstawy do ustalenia prawa do emerytury lub renty albo ich wysokości.

Zdaniem autora, aby gwarancyjny charakter wyroku Sądu Najwyższego został utrzymany, musiał odnosić się również do art. 114 ust. 1a u.e.r., gdyż w przeciwnym wypadku wypowiedzi Sądu Najwyższego byłyby iluzoryczne. Weryfikacja na niekorzyść jednostki mogła bowiem nastąpić zarówno na podstawie art. 114 ust. 1, jak i ust. 1a u.e.r., a przepisy te nie regulowały odrębnych stanów faktycznych. Pomiędzy art. 114 ust. 1 i ust. 1a u.e.r. dochodziło bowiem do ścisłego treściowo powiązania. Innymi słowy, każde ujawnienie okoliczności istniejącej przed wydaniem pierwotnej decyzji, które miało niekorzystny dla jednostki wpływ na prawo do świadczeń lub na jego wysokość wypełniało dyspozycję art. 114 ust. 1a u.e.r. (po uprawomocnieniu się decyzji okaże się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia prawa do emerytury lub renty albo ich wysokości). Ponadto, jak wyżej wykazano, art. cały 114 u.e.r. interpretować należy w ten sposób, że niedopuszczalna jest arbitralna reinterpretacja pierwotnie ocenionych i uznanych za wiarygodne dowodów. A zatem stwierdzenie, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia prawa do emerytury (renty) lub jej wysokości może nastąpić wyłącznie, jeśli zostanie ujawniona okoliczność, że został popełniony przez organ rentowy błąd (rachunkowy, subsumcyjny lub inny, jednakże nie może on polegać na stwierdzenie pierwotnej błędnej interpretacji przepisu ze względu na nowe „wytyczne otrzymane na szkoleniu”). Ujawnioną okolicznością, istniejąca przed wydaniem pierwotnej decyzji, będzie zatem ustalenie prawdziwego stanu faktycznego lub prawnego (stwierdzenie nieuwzględnionego warunku wykluczającego nabycie prawa do świadczenia; prawidłowe zsumowanie okresów zatrudnienia, prawidłowego dokonania innych operacji liczbowych, koniecznych do ustalenia prawa do świadczenia, które zostało błędnie dokonane przez urzędnika lub system informatyczny). A zatem skoro linia orzecznicza odnosząca się do art. 114 ust. 1 u.e.r. wzmacnia jego gwarancyjny charakter, to musiała ona odnosić się także do art. 114 ust. 1a u.e.r.

Analiza najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego wzmacniała powyższą argumentację. Szczególnie zwrócić należy uwagę na następujące wypowiedzi Sądu Najwyższego:

1) „Z art. 114 ust. 1 i 1a ustawy z 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych wynika jednoznacznie, że ponowne ustalenie prawa do świadczenia, [...] zarówno na wniosek osoby zainteresowanej jak i z urzędu, wymaga kumulatywnego spełnienia przesłanek ustawowych wymienionych w tym przepisie [...] W sytuacji gdy po uprawomocnieniu się decyzji przyznającej prawo do emerytury nie przedstawiono nowych dowodów, istniejących przed dniem wydania tej decyzji a nieznanymi w tym dniu organowi rentowemu, to organ rentowy nie może z urzędu wszcząć postępowania o ponowne ustalenie prawa do świadczenia w trybie art. 114 ust. 1a w związku z ust. 1 ustawy z 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych” (wyrok SN z 5 kwietnia 2011 roku, sygn. akt III UK 91/10);

2) „Zawarte w art. 114 ust. 1a u.e.r.f.u.s. z 1998 r. określenie «przedłożone dowody» oznacza nowe dowody w rozumieniu art. 114 ust. 1 ustawy, a to z kolei jest równoznaczne

z uznaniem, że w sytuacji gdy po uprawomocnieniu się decyzji przyznającej prawo do emerytury nie przedstawiono nowych dowodów, istniejących przed dniem wydania tej decyzji a nieznanymi w tym dniu organowi rentowemu, to organ rentowy nie może z urzędu wszcząć postępowania o ponowne ustalenie prawa do świadczeń w trybie art. 114 ust. 1a w związku z ust. 1 u.e.r.f.u.s. Odmienne interpretacja tego przepisu, a mianowicie przyjęcie, że przepis ten nawet po upływie wielu lat przyznaje organowi rentowemu kompetencję do wszczęcia postępowania z urzędu wyłącznie w oparciu o odmienną ocenę wcześniej przedłożonych dowodów narusza zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przezeń prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji” (wyrok SN z 5 kwietnia 2011 roku, sygn. akt UK 93/10).

W wyżej wymienionych wyrokach Sąd Najwyższy podkreśla, że podziela pogląd o charakterze przesłanek weryfikacji decyzji rentowych wskazanych w art. 114 ust. 1a u.e.r. przedstawiony w wyroku SN z 7 października 2009 roku (sygn. akt III UK 38/09). Równocześnie stwierdza, że nie oznacza to jednak, że art. 114 ust. 1a u.e.r. może być interpretowany w całkowitym oderwaniu od treści przepisu art. 114 ust. 1 ustawy, jako samodzielna przesłanka ponownego postępowania w sprawie ponownego ustalenia prawa do świadczenia (wyroki SN z 5 kwietnia 2011 roku, sygn. akt: III UK 91/10; III UK 93/10).

Jednakże ze względu na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 lutego 2012 roku (sygn. akt K 5/11) powyższa linia orzecznicza Sądu Najwyższego musi się odnosić jedynie do art. 114 ust. 1 u.e.r. Dopiero wnikliwa lektura uzasadnienia do wyroku TK da odpowiedź na pytanie, czy konieczna będzie ingerencja ustawodawcy w celu wykonania orzeczenia trybunalskiego, czy też jego wykonanie nastąpiło poprzez derogację art. 114 ust. 1a u.e.r. W najnowszym orzecznictwie sądowym znalazły potwierdzenie także inne ww. tezy.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyroki z 24 marca 2011 roku, sygn. akt I UK 317/10; 5 kwietnia 2011 roku, sygn. akt UK 93/10; 5 kwietnia 2011 roku, sygn. akt III UK 91/10) można odnaleźć argumenty przemawiające za stanowiskiem, że sądy krajowe powinny dokonywać wykładni art. 114 ust. 1 u.e.r. w zgodzie z art. 1 Protokołu 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175 ze zm.), co będzie prowadziło to tego, że w niektórych sytuacjach faktycznych osobie zainteresowanej wypłacane świadczenie nadal będzie przysługiwało, pomimo iż jest nienależne (przesłanki wynikają z wyroku SN z 21 września 2010 roku, sygn. akt III UK 94/09). Można zatem przyjąć, że wykonanie wyroku ETPC nastąpiło na skutek aktywności sądów krajowych.

Ponadto należy zwrócić uwagę na wyrok ETPC z 26 lipca 2011 roku w sprawie *Iwaszkiewicz przeciwko Polsce* (skarga nr 30614/06). Znalazła w nim potwierdzenie teza, że z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie wynika generalny nakaz odstąpienia od mechanizmu weryfikacji decyzji rentowych, które zostały podjęte ze względu na wyłączne uchybienie organu rentowego. Jak podkreśla się w tym orzeczeniu, państwo musi posiadać możliwość naprawienia swoich błędów, nawet tych, które wynikają z własnych zaniedbań jego organów. W tym judykacie ETPC stwierdził, że „w rzeczywistości Trybunał w określonych okolicznościach akceptuje możliwość zmniejszenia uprawnień do świadczeń z zabezpieczenia społecznego [...] W rzeczy samej, gdyby uprawnienia do otrzymywania rent inwalidzkich były utrzymywane bez względu na spełnianie przez świadczeniobiorców warunków ich otrzymywania, byłoby to nieuczciwe w stosunku do osób uiszczających składki na poczet systemu zabezpieczenia społecznego, w szczególności tych osób, którym odmówiono

wypłaty świadczeń wobec niespełnienia przez nie odnośnych wymogów. Ogółem rzecz ujmując sankcjonowałyby to niewłaściwe dysponowanie funduszami publicznymi, lekceważąc przy tym cele, jakie renty inwalidzkie miały w tym zamierzeniu realizować oraz zasadę solidarności [...] Należałoby to ponadto uznać za naruszenie sprawiedliwej równowagi, gdyby organy władzy nie mogły, po odkryciu swej pomyłki, naprawić jej skutków i w dalszym ciągu musiały utrzymywać błędny stan rzeczy i wypłacać świadczenie przyznane na wadliwych podstawach”. Ostatecznie ETPC nie stwierdził naruszenia art. 1 Protokołu 1.

Nie jest wykluczone, że w przypadku proponowanej zmiany legislacyjnej (nowelizacji sposobu wstrzymywania wypłaty świadczenia nienależnego, uwzględniającej okres dostosowawczy dla osoby, której świadczenie się odbiera i/lub wypłaca w niższej wysokości) Sąd Najwyższy odstąpiłby od omawianej powyżej linii orzeczniczej. Jego interwencja, w celu wykonania wyroku ETPC, byłaby wówczas niekonieczna. Do tego czasu, ze względu na charakter przesłanek wskazanych w wyroku ETPC bardziej właściwe do wykonania tego orzeczenia są polskie organy rentowe i sądy niż polski ustawodawca. Wymogi wymienione przez ETPC, które muszą podlegać badaniu, są bowiem bardzo zindywidualizowane (np. otoczenie ekonomiczne osoby zainteresowanej – stopień bezrobocia w regionie, skutki ingerencji i możliwości jednostki do ponownego dostosowania się do zmienionych okoliczności)⁶⁸.

European Convention on Human Rights standards and the verification of the pension decision to disadvantage of an individual. Reflections based on the European Court of Human Rights judgement in the *Moskal versus Poland* case

(Summary)

This article is an attempt to answer the question about the standard of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in issue of *ex officio* re-opening of the social security proceedings, which resulted in the quashing of the final decision granting a right to a pension. The Polish Act of 17 December 1998 on retirement pension and other pensions from the Social Insurance Fund in Art. 114.1. established: “Eligibility for benefits and their amounts shall be re-assessed on an application filed by the interested party or *ex officio*, if, after the decision concerning the benefits has become final and valid, new evidence or circumstances that existed before the decision was issued and that influence the benefit eligibility or benefit amounts are revealed”. Also Art. 114.1a Act of 17 December 1998, which came in force in 2004, entitled a pension authority to quashing the final pension decision, if the evidence didn’t authorize to constitute the right to pension or amounts of benefit.

In the case of Maria Moskal, the applicant was a Polish national born in 1955 who lives in Glinik Chorzewski (Poland). She is the mother of a child born in 1994 who suffers from asthma, various allergies and recurring infections. In August 2001 Ms Moskal asked

⁶⁸ Zauważyć należy, że w ustnym wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28.02.2012 (sygn. akt K 5/11) sąd konstytucyjny podkreślał, że zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji to do ustawodawcy należy wprowadzanie ograniczeń praw i wolności.

the Social Security Board for an early retirement pension in order to care for her child who, she claimed, needed constant care because of his medical condition. Her request was granted from 1 September 2001 after which she gave up her job of 30 years. Subsequently she was issued a pensioner's identity card marked "valid indefinitely" and for the following ten months she received her early retirement pension without interruption. In June 2002 the Social Security Board decided to discontinue the payment of Ms Moskal's pension from 1 July 2002. The Board found in particular that the medical documentation in support of the applicant's request submitted the previous year had been insufficient. Ms Moskal appealed unsuccessfully in court against the discontinuation of her pension. The final domestic judicial instance – the Supreme Court – found that reopening was justified because the authorities had only found out that crucial evidence had been lacking from the file after the decision granting the pension had been taken. Ms Moskal was not asked to return her early retirement payments she had received till that date. The European Court of Human Rights first noted that Ms Moskal had acquired a property right as a result of the 2001 Social Board's decision granting her an early retirement pension. That decision had been in force for ten months before the authorities had become aware of their error. The Court emphasized that the authorities had to act with the utmost scrupulousness when dealing with matters of vital importance for individuals, such as welfare benefits. Thus, while public authorities had to be able to correct their mistakes, they had to take particular care to avoid that individuals bear excessive hardship as a result of their errors. Following the authorities' 2002 decision to stop Ms Moskal's pension, found to have been granted wrongly, she had suddenly lost her only source of income. As she had only been granted the new pre-retirement benefit in October 2005, to half of the amount of the revoked pension and without any interest, it followed that the authorities' mistake had left her with 50% of her expected income, and that after three-years of proceedings. Consequently, there had been a violation of Article 1 of Protocol No 1.

The author provides an analysis of the domestic regulation and jurisprudence of Polish Supreme Court in case of verification of pensions decision. Crucial is that the person who "lost" his pension right, never legally arise it. The principal of social justice and principal of equal treatment (before the law) are reasons, to granted the pension authority the right to quashing of the final decision, which establish unlawful social benefit. In the same situation in many cases, pension authority acting by law refused establishing pension right of other person.

It should be emphasized that the Social Fund does not possess its "own" financial resources, but it only manages funds of insured person participating in its creation.

Prawa transseksualisty w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a oddziaływanie na polski system prawny

Zgodnie z definicją Kazimierza Imielińskiego transseksualizm to „rozbieżność pomiędzy poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno-biologiczną oraz płcią socjalną (metrykalną), które odczuwane są jako obce i należące do płci przeciwnej”¹. Jest zatem tzw. dysforią płciową – odmianą zaburzeń związanych z tożsamością i rolą płciową. Zgodnie z Międzynarodową Statystyczną Klasyfikacją Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-10) jest klasyfikowany jako choroba² pod nr F64.0.

Istota tej choroby polega na nieodpartym poczuciu nieadekwatności i pragnienia życia w otoczeniu społecznym w roli płci przeciwnej oraz na nienawiści do własnego ciała i pragnieniu posiadania cielesnych znamion płci przeciwnej³. Zatem, zdawać by się mogło, wyłącznie zabieg chirurgiczny zapewnia pełną identyfikację transseksualistów z płcią pożądaną. W ostatnim czasie dość wyraźnie zaakcentowano sprzeciw wobec takiego postrzegania transseksualizmu. Według oponentów pierwszej definicji, transseksualistami są również jednostki, które z rozmaitych powodów, np. finansowych, zdrowotnych czy jakichkolwiek innych nie są w stanie poddać się operacji. Operacja w tym wypadku jest jednym, ale nie jedynym sposobem leczenia transseksualizmu. Takie ujęcie transseksualizmu zostało przedstawione również w Zasadach Yogyakarty – dokumencie przyjętym przez Międzynarodową Komisję Prawników oraz Service for Human Rights, w którym podjęto próbę rekonstrukcji standardów ochrony praw człowieka w odniesieniu do tożsamości płciowej oraz orientacji seksualnej. Zgodnie z zasadą 3 Yogyakarty „nikt nie może być zmuszony do poddania się procedurom medycznym, włączając w to chirurgiczną zmianę płci, jako warunek prawny uznania tożsamości płciowej”⁴.

Transseksualizm dotyka osób obojga płci, jednak występuje u relatywnie małej liczby osób. Leczenie transseksualizmu może nastąpić jedynie przy pełnej akceptacji *gender* (płci psychicznej i społecznej). Prawo jest instrumentem, który ma realny wpływ na kształtowanie postaw społecznych osób nierozumiejących zjawiska transseksualizmu.

* Mgr Natalia Dampc-Kryspowicka, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański.

¹ S. Dulko, K. Imieliński, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 118.

² [Http://www.who.int/classifications/icd/en/](http://www.who.int/classifications/icd/en/).

³ A. Grodzka, L. Podobińska, *Komentarz do zmiany prawa o finansowaniu leczenia transseksualistów*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 205.

⁴ R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu*, [w:] *Orientacja seksualna...*, op. cit., s. 22.

Pozycja prawna transseksualisty w orzecznictwie ETPC

Status prawny osób transseksualnych jasno wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wprawdzie Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie przyznaje odrębnych praw osobom należącym do mniejszości seksualnych, w tym transseksualistom, to Trybunał dokonując jej interpretacji zgodnie z zasadą, że jest ona żywym instrumentem, który winien być interpretowany w świetle aktualnych okoliczności, dostosowując się do ciągle zmieniającej się sytuacji społecznej, stworzył system ochrony osób transseksualnych. Podejście do zjawiska transseksualizmu przeszło znamiennej ewolucję od wskazania, że dopuszczalność sądowej zmiany płci jest sprawą wewnętrzną państwa (margines swobody państw), aby w 2002 roku, ze względu na stabilną międzynarodową tendencję, objąć transseksualistów we wszystkich państwach członkowskich takim samym standardem ochrony.

Przyjrzyjmy się zatem orzecznictwu EKPC dotyczącemu transseksualizmu. Na marginesie należy wskazać, że wszystkie przedstawione poniżej orzeczenia dotyczą pooperacyjnych transseksualistów.

W pierwszej sprawie dotyczącej problematyki transseksualizmu odnotowanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, *X przeciwko Niemcom*, nie doszło do rozpatrzenia przez Trybunał meritum sprawy. Po decyzji Europejskiej Komisji Praw Człowieka, która uznała skargę za dopuszczalną, mimo że skarżąca nie wyczerpała drogi sądowej przed sądami krajowymi, doszło do zawarcia ugody między skarżącą a rządem Niemiec, na podstawie której zmieniono imię i płeć skarżącej w dokumentach⁵. W kolejnej sprawie, *Van Oosterwijck przeciw Belgii*, również nie doszło do rozstrzygnięcia merytorycznych problemów na tle transseksualizmu⁶. Skarżący Van Oosterwijck powołując się na art. 3 Konwencji podkreślił, że sytuacja, która go dotknęła, była rodzajem śmierci cywilnej oraz zarzucił Belgii pogwałcenie art. 8 i 12 Konwencji. Wprawdzie Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła naruszenie art. 8 oraz art. 12, to Trybunał uznał, że skarżący nie powołał się przed sądami krajowymi na Konwencję, stanowiącą integralną część prawa belgijskiego, a także nie odwołał się do Sądu Kasacyjnego, przez co nie zostały wykorzystane prawne odwoławcze środki krajowe.

Pierwszą sprawą, w której Trybunał zmierzył się z problemem transseksualizmu, była sprawa *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*⁷. Skarżący przeszedł zabieg chirurgicznej zmiany płci opłacony przez państwo. Złożył wniosek do głównego kanclerza (Registrar General) o poprawienie błędnego zapisu w rejestrze. Pozostałe dokumenty przedstawiały informacje o płci. W skardze do Trybunału powoływał się na naruszenie art. 8 (prawo do prywatności i życia rodzinnego) i 12 (prawo do zawarcia małżeństwa) Konwencji. Komisja przyznała naruszenie art. 8, nie dopatrzyła się natomiast naruszenia art. 12. Trybunał po raz kolejny nie zgodził się ze stanowiskiem zajęтым przez Komisję. Orzekł, że „władze Wielkiej Brytanii mają prawo, korzystając z przysługującego im marginesu swobody, uwzględnić różne okoliczności faktyczne przy ocenie, jakie środki należy zastosować”⁸. Trybunał stwierdził,

⁵ *X przeciwko Niemcom*, decyzja EKPC z 15.12.1977 r., nr skargi 6699/74.

⁶ *Van Oosterwijck przeciwko Belgii*, decyzja EKPC z 6.11.1980 r., nr skargi 7654/76.

⁷ *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 17.10.1986 r., nr skargi 9532/81.

⁸ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. II: *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002, s. 623.

że państwo ma nie tylko negatywny obowiązek bronięcia jednostki przed arbitralnym działaniem władz, ale również pozytywny obowiązek zapewnienia środków niezbędnych do skutecznego realizowania postanowień konwencji. Następnie stwierdził, że w tym przypadku pozytywne obowiązki państwa nie mogą jednak sięgać tak daleko i nie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji (stosunkiem głosów 12 do 3). Trybunał jednak zaznaczył, że potrzebę istnienia stosowanych instrumentów należy systematycznie badać, w szczególności mając na uwadze postęp naukowy i zmiany w świadomości społecznej. Dalej jednogłośnie uznał, że nie doszło do naruszenia art. 12 Konwencji, gdyż wymóg, aby nupturienti byli różnej płci biologicznej, nie ogranicza prawa skarżącego do małżeństwa.

Cztery lata później Trybunał odpowiadał na to samo pytanie w sprawie *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii*. Trybunał nie zmienił swojego stanowiska. Caroline Cossey w skardze do Trybunału podniosła zarzut, że prawo angielskie nie uznaje w pełni jej tożsamości płciowej oraz uniemożliwia zawarcie małżeństwa. Komisja uznała, że został naruszony art. 12. Trybunał natomiast rozpatrywał, czy niniejsza sprawa różni się od uprzednio rozpatrywanej (*Rees*). Wprawdzie Trybunał nie jest związany wcześniejszymi orzeczeniami, podporządkowuje się im jednak mając na względzie uporządkowanie rozwoju orzecznictwa oraz zachowanie pewności prawnej. Może zmienić swoje stanowisko, gdy zaistnieje potrzeba dostosowania Konwencji np. do zmieniającej się sytuacji społecznej, rozwoju naukowego itd. Trybunał stwierdził, że nie widzi podstaw do odejścia od poprzedniego orzeczenia i orzekł, że nie nastąpiło naruszenie art. 8 i 12 Konwencji. Odnośnie naruszenia art. 8 złożono aż 8 zdań odrębnych. Wskazano w szczególności na Rekomendację Zgromadzenia Parlamentu Europejskiego (nr 1117/89) oraz Rezolucję Parlamentu Europejskiego z 12 września 1989 roku, które wzywały do przyjęcia przez państwa regulacji prawnych w zakresie statusu transseksualistów.

Kolejna sprawa, *B. przeciwko Francji*, była przełomowa, gdyż Trybunał częściowo odstąpił od surowego stanowiska ze sprawy *Rees*. Znamienne było to, że sprawa dotyczyła prawa francuskiego, a nie brytyjskiego, i w rezultacie otwierała możliwość odstąpienia od precedensu. B., urodzona jako mężczyzna, przeszła terapię hormonalną, a następnie zabieg zmiany płci. Odmówiono jej prawa do zmiany płci w procedurze krajowej. W przedmiotowej sprawie Trybunał poddał szczegółowej analizie francuski i angielski system aktów prawnych i stwierdził, że różnią się znacząco. W systemie angielskim zasadniczo rejestrowany jest stan z chwili urodzenia i nie podlega on zmianie w ciągu życia danej osoby. System francuski ma zaś za zadanie obrazować aktualny stan i przewiduje w pewnych okolicznościach możliwość wprowadzenia zmian. W efekcie Trybunał orzekł, że Francja naruszyła art. 8 uniemożliwiając B. zmianę wpisu w akcie urodzenia co do jej przynależności do określonej płci w akcie. Przyjęto, że we francuskim systemie zmiana wpisu co do płci jest dopuszczalna, zaś wobec B. bezzasadnie zmianę uniemożliwiono.

Następna skarga, która zawisła przed Trybunałem, to sprawa *X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii*, a dotyczyła transseksualisty-mężczyzny urodzonego jako kobieta, jego partnerki oraz dziecka urodzonego dzięki zapłodnieniu *in vitro*⁹. Prawo Brytyjskie przewiduje, że biologiczny mężczyzna może być uznany za ojca, nawet jeżeli nie jest dawcą spermy. X chciał zostać zarejestrowany jako ojciec Z. Nie uzyskawszy na to zgody organów, wystąpił ze skargą naruszenia art. 8 Konwencji (prawo do życia rodzinnego) przez nieuznanie relacji X z Y i Z.

⁹ *X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 22.04.1997 r., nr skargi 21830/93.

Trybunał stwierdził, że życie rodzinne obejmuje nie tylko tzw. tradycyjne rodziny (heteroseksualne), ale także inne związki faktyczne. Nie stwierdził jednak naruszenia art. 8 poprzez brak możliwości wpisu X jako ojca Z. Trybunał doszedł do konkluzji, że konsekwencje prawne wynikające z faktu, że X nie został uznany za ojca Z, dadzą się zminimalizować, np. dziedziczenie ustawowe można zastąpić przez wprowadzenie testamentu, ponadto Z może mieć nazwisko X, a X może sprawować władzę rodzicielską. Sześciu sędziów zgłosiło zdanie odrębne, w którym podkreślono niekonsekwencję systemu prawa angielskiego: państwo finansuje kosztowną operację zmiany płci, nie sprzeciwia się też sztucznemu zapłodnieniu partnerki, a ignoruje konsekwencje prawne tych rozwiązań.

W sprawie *Sheffield and Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał odnotował, że w państwach członkowskich Rady Europy rośnie tendencja do akceptacji zmiany płci przez transseksualistów¹⁰. Nie można jednak mówić o jednolitości podejścia ani dominacji tej tendencji. Kristina Scheffield urodziła się jako mężczyzna. Zanim uświadomiła sobie, że jest osobą transseksualną, wzięła ślub i dochowała się dziecka. Następnie podała się terapii psychologicznej niezbędnej do operacyjnej zmiany płci. Musiała uzyskać rozwód. Jednakże długotrwała terapia naraziła ją na drwiny ze strony innych, które mogły zostać uznane za naruszenie dóbr osobistych. W jej ocenie była z tego powodu również dyskryminowana, gdyż straciła pracę jako pilot. Rachel Horsham również urodziła się jako mężczyzna; w wieku 21 lat przeszła zabieg chirurgicznej zmiany płci. Zamieszkała w Holandii. Aby zmienić dokumenty, musiała dostarczyć sądom holenderskim akt urodzenia z uwidocznionym aktualnym stanem rzeczywistym. Skargi obu pań zostały połączone. Skarżące zarzuciły naruszenie art. 8, 12 i 14 Konwencji. Trybunał w konsekwencji doszedł do wniosku, że mimo iż rzeczywiście rośnie akceptacja dla zmiany płci w państwach członkowskich, to nie może przyjąć, że uformowała się jednolita tendencja¹¹. Ponadto wskazane przez skarżące okoliczności, w których zmuszone były ujawniać swoją płć, są wyjątkowe i rzadkie oraz nie naruszają interesu prywatnego, gdyż są zgodne z interesem publicznym. Sąd państwowy ma prawo wiedzieć, czy dana osoba popełniła czyny karalne pod aktualnym czy też poprzednim nazwiskiem¹². Zdaniem Piotra Podgórskiego warto zwrócić uwagę na zdania odrębne sędziów złożone do orzeczenia, w tym Polaka Jerzego Makarczyka. Sędziowie stanęli na stanowisku, że od wydania wyroku w sprawie *Rees* upłynęło 12 lat i aktualnie zachowanie właściwej równowagi w orzecznictwie Trybunału wymaga większej ochrony oraz że każdy człowiek ma prawo do życia własnym życiem, zgodnie z dokonany przez siebie samego wyborem, pod warunkiem że nie ingeruje tym samym w interes publiczny lub interesy innych ludzi¹³.

Rewolucję w orzecznictwie trybunału stanowiło orzeczenie w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*¹⁴. Rozstrzygnięcie zapadło jednomyślnie. Skarżąca urodziła się mężczyzną. Była ojcem czwórki dzieci, następnie podała się terapii hormonalnej. Gdy chciała iść na emeryturę, odmówiono jej przejścia w wieku ustalonym dla kobiet. Trybunał w rzeczonych sprawie odstąpił od ustalonej linii orzeczniczej. Orzekł, że wykładnia konwencji

¹⁰ *Sheffield and Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z dnia 30.07.1998 r., nr skarg 22985/93, 23390/94.

¹¹ *Ibidem*, §51.

¹² *Ibidem*, §59.

¹³ P. Podgórski, *Znudziłem się Bogu w połowie. Skutki prawne transseksualizmu*, Warszawa 2009, s. 132.

¹⁴ *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 11.07.2002 r., nr skargi 28957/95.

musi być dynamiczna i reagować na zachodzące zmiany w prawie państwowym członków Rady Europy. Stwierdził, że mimo iż nadal brak jednolitego podejścia do problemu poszczególnych państw, to jednak odnotowano w większości z nich stabilną tendencję do akceptacji społecznej transseksualistów oraz ich prawa do zmiany płci. Zdaniem Trybunału płeć chromosomalna nie jest czynnikiem wyłącznie determinującym przynależność osobnika do danej płci. Dopuszczenie prawnej zmiany płci w aktach stanu cywilnego nie stanowiłoby również zagrożenia dla funkcjonowania systemu aktów stanu cywilnego. Odnośnie kwestii małżeństwa Trybunał stwierdził, że art. 12 Konwencji chroni fundamentalne prawo mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Ograniczenie w prawie krajowym pojmowania pojęcia płci do tej zarejestrowanej przy sporządzeniu aktu urodzenia jest naruszeniem istoty prawa do małżeństwa. Trybunał doszedł do konkluzji, że zagwarantowanie szeroko rozumianych praw osób transseksualnych jest obowiązkiem państw członkowskich. Nałożył na Wielką Brytanię obowiązek podjęcia inicjatywy ustawodawczej i konieczność wprowadzenia regulacji prawnych dotyczących transseksualistów pooperacyjnych. Przyznanie analogicznych praw transseksualistom przedoperacyjnym (w tym osobom, które nie chcą lub nie mogą poddać się zabiegowi zmiany płci) nadal pozostaje w marginesie swobody państw.

Dokładnie tego samego dnia zapadło orzeczenie w sprawie *I. przeciwko Wielkiej Brytanii*¹⁵. Skarżący mężczyzna przeszedł zabieg chirurgicznej zmiany płci, jednak nie uzyskał prawnej zmiany płci, co uniemożliwiło mu zatrudnienie i uzyskanie kredytu studenckiego. (aby go uzyskać, I. musiał przedstawić akt urodzenia). Co do meritum orzeczenie Trybunału było identyczne jak w sprawie *Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*.

Kolejna wytoczona przed Trybunałem sprawa dotyczyła finansowania kosztów terapii hormonalnej i zabiegu chirurgicznego transseksualisty. Skarżąca była ubezpieczona w prywatnej firmie ubezpieczeniowej i odmówiono jej zwrotu kosztów przeprowadzonego leczenia. Van Kuck złożyła skargę na naruszenie art. 6 i 8 Konwencji. Trybunał stwierdził, że na skarżącej nie może spoczywać ciężar dowodzenia konieczności zabiegu chirurgicznej zmiany płci. Determinującym czynnikiem w procesie jest opinia biegłych lekarzy, który to dowód Sąd Niemiecki powinien był dopuścić z urzędu. W rezultacie Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia obu artykułów.

Kolejna sprawa, *Grant przeciwko Wielkiej Brytanii*, ugruntowała stanowisko zajęte w sprawie *Goodwin*. Trybunał podkreślił, że od momentu wydania orzeczenia w sprawie *Goodwin* regulacje prawa wewnętrznego naruszające prawo do życia prywatnego transseksualisty są sprzeczne z Konwencją, a państwo nie może usprawiedliwiać się tym, że potrzebuje czasu na przygotowanie aktu¹⁶.

W sprawie *L. przeciwko Litwie* skarżący urodził się jako kobieta, przeszedł kurację hormonalną, następnie wystąpił do ministra z żądaniem przeprowadzenia zabiegu chirurgicznej zmiany płci¹⁷. W odpowiedzi poinformowano go, że trwają prace nad przygotowaniem odpowiedniej regulacji prawnej o warunkach i dopuszczalności takiego zabiegu. Przeprowadzono częściowy zabieg zmiany płci. W międzyczasie weszły w życie zmiany przepisów

¹⁵ *I. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 11.07.2002 r., nr skargi 25680/94.

¹⁶ *Grant przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z 23.05.2006 r., nr skargi 32570/03.

¹⁷ *L. przeciwko Litwie*, wyrok ETPC z 11.08.2007 r., nr skargi 27527/03.

kodeksu cywilnego, wprowadzając roszczenie o przeprowadzenie zabiegu zmiany płci, jednak nie wydano do niego aktów wykonawczych. Skarżący wystąpił ze skargą do Trybunału zarzucając naruszenie art. 3 (stosowanie tortur i poniżającego traktowania), 8 (poszanowania życia prywatnego), 12 (prawo do zawarcia małżeństwa) i 14 (zakaz dyskryminacji). Zdaniem Trybunału, w świetle art. 8 państwa mają pozytywny obowiązek umożliwić prawną zmianę płci. Stwierdził, że w litewskim prawie istnieje luka i do czasu przyjęcia kompletnych przepisów należy uznać, że na Litwie nie ma rozsądnie dostępnych procedur medycznych umożliwiających zmianę płci. W konsekwencji skarżący znajduje się w sytuacji pośredniej jako transseksualista, który został poddany częściowej operacyjnej zmianie płci i uzyskał zmianę pewnych ważnych dokumentów regulujących jego status. Do czasu pełnej operacyjnej zmiany płci nie może jednak ulec zmianie jego osobisty numer ewidencyjny wskazujący na poprzednią płeć. W konsekwencji w pewnych istotnych w jego życiu prywatnym sytuacjach, w szczególności w zakresie zatrudnienia i podróży zagranicznych, pozostaje kobietą. Wywołuje to u niego stan dokuczliwej niepewności w życiu prywatnym. Zgodnie z wyrokiem ETPC doszło do naruszenia art. 8, natomiast brak jest naruszenia art. 3 oraz zbędnym było osobne rozpatrywanie naruszenia art. 12 oraz 14. Litwa musiała również w ciągu trzech miesięcy od uprawomocnienia się wyroku ETPC przyjąć przepisy stanowiące dopełnienie art. 2 ust. 27 litewskiego k.c. o zmianie płci przez transseksualistów – 5 głosami przeciwko 2.

Reasumując przytoczone orzecznictwo, można podjąć się próby zrekonstruowania wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka uprawnień tworzących swoisty status osób transpłciowych.

Podstawowym uprawnieniem osób transseksualnych jest prawo do przeprowadzenia zabiegu chirurgicznej zmiany płci. Europejska Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności nakłada na państwa-strony obowiązek zapewnienia możliwości przeprowadzenia legalnego chirurgicznego zabiegu zmiany płci. Luki w regulacjach prawnych, dotyczące możliwości przeprowadzenia zabiegu chirurgicznej zmiany płci, stawiają jednostkę w bolesnej i niepewnej sytuacji prawnej dotyczącej jego życia prywatnego i uznania jego prawdziwej tożsamości¹⁸. Jak wynika z raportu *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States*, nie jest jasne, czy możliwość zapewnienia jednostkom odpowiedniego leczenia za granicą, np. w oparciu o art. 49 Konstytucji Europejskiej, może stanowić akceptowalną alternatywę¹⁹. Sytuacja taka ma miejsce w przypadku małych państw (np. Luksemburga), które nie mają wykwalifikowanego personelu medycznego do przeprowadzenia takiego typu zabiegów.

Kolejnym uprawnieniem jest oficjalne uznanie płci osoby transseksualnej uzyskanej w wyniku zabiegu chirurgicznej zmiany płci i odzwierciedlenie tej zmiany w akcie urodzenia. ETPC po raz pierwszy w wyroku w sprawie *B. przeciwko Francji* uznał za dopuszczalne uaktualnienie dokumentów tożsamości w taki sposób, by odzwierciedlały obecne położenie zainteresowanego²⁰. Operacja pociąga za sobą nieodwracalne usunięcie zewnętrznych oznak oryginalnej płci i fakt ten jest wystarczająco ważny, by był wzięty pod uwagę wespół z innymi czynnikami w związku z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

¹⁸ *Ibidem*, § 59.

¹⁹ European Union Agency for Human Rights, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States*, Wiedeń 2010, s. 135 i nn.

²⁰ K. Osajda, *Orzecznictwo ETPC dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2009, nr 5, s. 37.

Prawo do zawarcia małżeństwa przez pooperacyjnego transseksualistę z osobą przeciwnej płci zostało potwierdzone przez Trybunał dopiero w wyroku w sprawie *Christine Goodwin przeciw Wielkiej Brytanii*²¹. Pierwotnie Trybunał stał na stanowisku, że prawo do zawarcia małżeństwa odnosi się do tradycyjnego małżeństwa pomiędzy osobami przeciwnej płci biologicznej²².

David Montero Gonzalez obok wymienionych uprawnień wskazuje również na prawo do rekompensaty kosztów związanych z zabiegiem chirurgicznej zmiany płci²³. Wprawdzie w wyroku w sprawie *Van Kuck przeciwko Niemcom* Trybunał dopatrzył się naruszenia prawa do rzetelnego procesu w toku dochodzenia roszczenia zapłaty kosztów zabiegu chirurgicznej zmiany płci przez prywatnego ubezpieczyciela²⁴, jednakże wniosek jakoby osobom transseksualnym przysługiwało prawo do zwrotu wydatków przeznaczonych na kurację hormonalną i zabieg chirurgicznej zmiany płci wydaje się przedwczesny.

Na przestrzeni ostatnich lat organy Rady Europy wydały dwa istotne dokumenty, które nie są wiążącym prawem, jednak pozwalają przewidywać, w jakim kierunku może rozwinąć się prawo europejskie i jego interpretacja w zakresie ochrony praw osób transpłciowych. Są to: zalecenia Komisarza Praw Człowieka Rady Europy na temat praw człowieka i tożsamości płciowej z dnia 29 lipca 2009 roku²⁵ oraz Zalecenie Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej²⁶. Obydwa dokumenty uzupełniają wyroki ETPC w zakresie twierdzeń dotyczących zmiany dokumentów transseksualistów i podkreślają konieczność umożliwienia osobom transpłciowym zmiany imienia, nazwiska i płci w oficjalnych dokumentach w sposób szybki i przejrzysty. Zgodnie z art. 21, „państwa członkowskie powinny przyjąć odpowiednie środki gwarantujące pełne prawne uznanie zmiany płci we wszystkich dziedzinach życia, w szczególności poprzez umożliwienie zmiany imienia, nazwiska i płci w oficjalnych dokumentach w sposób szybki, przejrzysty i dostępny; państwa członkowskie powinny także zagwarantować, tam gdzie jest to wskazane, odpowiednie uznanie lub wprowadzenie zmian w kluczowych dokumentach wydawanych przez podmioty niepaństwowe, takich jak dokumenty potwierdzające wykształcenie czy świadectwa pracy”.

Wpływ orzecznictwa ETPC na porządek prawny Polski

Normatywną podstawę skuteczności Europejskiej Konwencji stanowi art. 9 i 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁷. W związku z tym postanowienia Konwencji mogą być wskazówką interpretacyjną przy wykładni przepisów prawa wewnętrznego, a czasem nawet bezpośrednią podstawą rozstrzygnięć, o ile pozwala na to ich charakter. Skuteczność konwencji może być badana z dwóch perspektyw: powszechnej i indywidualnej. Skuteczność

²¹ *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 103.

²² *Sheffield and Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 66.

²³ D.M. Gonzalez, *Orientación sexual e identidad de genero: los derechos menos entendidos*, Barcelona 2007, s. 56.

²⁴ *Van Kuck przeciwko Niemcom*, wyrok ETPC z 12.06.2003 r., nr skargi 35968/97.

²⁵ <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>.

²⁶ http://rownetraktowanie.gov.pl/sites/default/files/rec_cm_2010_5_rekomendacja_pl_2_0.pdf.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późniejszymi zmianami.

powszechna dotyczy wpływu na zmianę praktyk władz publicznych lub zmianę prawa, aby nie dochodziło do naruszeń praw człowieka związanych z problematyką transseksualizmu w przyszłości. Badanie skuteczności indywidualnej określa, czy Konwencja zapewnia realną ochronę osobom poddanym jurysdykcji władz polskich, które poszukują ochrony na podstawie jej postanowień.

Sceptycy mogą wskazać, że w zakresie problematyki transseksualizmu nie odnotowano oddziaływania ETPC na system polski, gdyż w naszym ustawodawstwie nie ma żadnych unormowań dotyczących medycznego postępowania z osobami, u których stwierdzono transseksualizm. Mimo to od kilkudziesięciu lat prowadzone są kuracje medyczne i zabiegi dostosowujące ciało do psychiki. Brak przepisów prawnych w tym zakresie przerzucił na sądy ciężar rozwikłania problemu. Te, zdaniem Elżbiety Holewińskiej-Łapińskiej, stosując „kreatywną” wykładnię przepisów nieprzeznaczonych do normowania problemów będących konsekwencją transseksualizmu, zadośćuczyniły w pewnym stopniu żądaniom transseksualistów²⁸.

Orzecznictwo stało pierwotnie na stanowisku, że zagadnienie prawnej możliwości zmiany płci, tj. zmiany dotychczasowej treści aktu stanu cywilnego, należy rozstrzygnąć na zasadzie art. 26 ust. 3 p.a.s.c. (prawo o aktach stanu cywilnego, aktualnie art. 31) stosując analogię z ustawy²⁹. Zgodnie z rozstrzygnięciem Sądu Wojewódzkiego w Warszawie z 1964 roku organy administracji państwowej miały obowiązek sprostować akt urodzenia pooperacyjnego transseksualisty przez zmianę płci z męskiej na żeńską. Podobnie Sąd Najwyższy w pierwszym rozstrzygnięciu opowiedział się za dopuszczalnością sądowej zmiany płci w trybie sprostowania aktu urodzenia w wyjątkowych wypadkach także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny³⁰.

W 1989 roku nastąpiła zmiana linii orzeczniczej. SN podjął uchwałę w składzie siedmiu sędziów stwierdzającą, że występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania aktu urodzenia³¹. W 1991 roku stwierdził o dopuszczalności sądowej zmiany płci w trybie powództwa o ustalenie z art. 189 k.p.c. W ten sposób SN przychylił się do poglądu wyrażonego w uchwale z 1989 roku, dając jednocześnie do dyspozycji inny środek prawny. Prawomocne orzeczenie Sądu jest podstawą dokonania wpisu do aktu stanu cywilnego w formie wzmianki dodatkowej. Wzmianka wywiera skutek *ex nunc*. W uchwale z 22 września 1995 roku Sąd Najwyższy stwierdził, że w tym procesie pozwanymi są rodzice³². Takie działanie przysparza transseksualistom dodatkowych kłopotów. Ponadto z uwagi na brak jakichkolwiek rozwiązań ustawowych i występowanie tylko ogólnych wskazówek zawartych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, kluczowym staje się kształtowanie empirycznego modelu procesu o zmianę płci przez orzecznictwo sądów powszechnych.

Kolejne kroki podejmowane przez transseksualistów już po uzyskaniu orzeczenia zostały unormowane w przepisach. Transseksualista, po uzyskaniu orzeczenia o ustalenie płci,

²⁸ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z 1991-2008*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślebzak, t. IV, Poznań 2010, s. 14.

²⁹ Wyrok Sądu Wojewódzkiego dla miasta stołecznego Warszawy z 24.09.1964 r., PiP 1965, s. 692.

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 25.02.1978 r., III CZP 100/77, OSPiKA 1983 r., z 10, poz. 217.

³¹ Uchwała Sądu Najwyższego z 22.06.1989 r., III CZP 37/89, OSNCP 1989, Nr 12, poz. 188.

³² Uchwała Sądu Najwyższego z 22.09.1995 r., III CZP 118/95, OSN 1996, Nr 1, poz. 7.

występuje z wnioskiem do kierownika urzędu stanu cywilnego o wpisanie wzmianki dodatkowej w trybie art. 21 ustawy p.a.s.c. z 29 września 1986 roku³³. Może też zwrócić się do kierownika urzędu stanu cywilnego o zmianę nazwiska, dołączając do wniosku odpis skrócony aktu urodzenia, orzeczenie sądu o zmianie płci oraz odpis zupełny aktu urodzenia, uwzględniający wzmiankę dodatkową. Kierownik wydaje decyzję w trybie ustawy o zmianie imion i nazwisk³⁴, w której zmienia imię i nazwisko wnioskodawcy, zgodnie z jego wnioskiem. Zawiadomienie o zmianie imienia lub nazwiska jest wysyłane m.in. do ewidencji ludności miejsca zameldowania wnioskodawcy. Transseksualista występuje o wymianę dowodu osobistego, a po jego otrzymaniu zmienia wszystkie pozostałe dokumenty³⁵.

Zmianę pozostałych dokumentów regulują bezpośrednio przepisy rangi podustawowej. Zgodnie z § 17 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 14 września 2011 roku, „po ukończeniu studiów nie dokonuje się zmiany imienia (imion) lub nazwiska absolwenta w jego dyplomie i dokumentach, o których mowa w § 11 ust. 1, chyba że zmiana imienia (imion) i nazwiska nastąpiła na podstawie decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądu wydanego w postępowaniu w sprawie zmiany płci. W tych przypadkach wydaje się dyplom na nowe imię (imiona) lub nazwisko, po przedstawieniu decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądu”³⁶. Analogicznie, sprostowanie świadectwa dojrzałości, świadectw szkolnych itd. reguluje § 21 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z 28 maja 2010 roku w sprawie świadectw, dyplomów państwowych i innych druków szkolnych³⁷. Uregulowania te wydają się być zgodne ze standardami europejskimi.

Należy jednak wskazać, że ETPC odnotował również skargę w sprawie przeciw Polsce. Skarżąca transseksualistka przesłała częściową zmianę płci oraz zmieniła odpowiednie dokumenty, co trwało dwa lata; w tym czasie składała skargi na przewlekłość postępowania. Przez okres trwania postępowania skarżąca nie mogła kontynuować leczenia ani zmienić imienia w dokumentach codziennego użytku oraz musiała znosić upokarzające sytuacje (wrogie reakcje społeczeństwa). Zmuszona była również do przerwania studiów pielęgniarskich. Skarżąca zarzuciła naruszenie art. 6, 8 i 13 Konwencji. Nie doszło do merytorycznego rozpoznania sprawy, gdyż rząd polski złożył jednostronną deklarację uznając naruszenie artykułów i oferując odszkodowanie. Skarga została skreślona z listy spraw.

Czy jednak rozpatrzenie skargi miało wpływ na praktykę sądowniczą w Polsce? Ze Studiów i Analiz Sądu Najwyższego orzeczeń dotyczących lat 1991-2008 (dostarczonych do Biura Studiów i Analiz SN przez Sady Okręgowe) wynika, że na 245 powództw o ustalenie płci 243 zakończyły się decyzją pozytywną. Postępowania w pierwszej instancji zakończyły się w 241 sprawach ustaleniem płci zgodnie z żądaniem powoda, w 4 przypadkach – oddaleniem powództwa. Trzykrotnie orzeczenie zostało zaskarżone; we wszystkich przypadkach od wyroku oddalającego powództwo. Wyrok bez zaskarżenia uprawomocnił się w 242 sprawach. Również istotne zmiany nastąpiły w długości trwania postępowania. Zważywszy,

³³ Ustawa z 29.09.1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. z 2011 r. Nr 212., poz. 1264., tekst jednolity.

³⁴ Ustawa z 17.10.2008 r. o zmianie imion i nazwisk, Dz.U. 208, Nr 220., poz. 1414.

³⁵ K. Gładych, *Odzwierciedlenie transseksualizmu w polskim akcie urodzenia*, „Technika i USC”, 2001, nr 1(26), s. 14.

³⁶ Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 14.09.2011 r. w sprawie dokumentacji przebiegu studiów, Dz.U. z 2011 r., Nr 201, poz. 1188.

³⁷ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 28.05.2010 r. w sprawie świadectw, dyplomów i innych druków szkolnych, Dz.U. z 2010 r., Nr 97, poz. 624.

że prawie we wszystkich sprawach postępowanie toczyło się tylko w jednej instancji, ważna była jego długość od dnia wpływu pozwu do sądu do dnia wydania wyroku przez sąd pierwszej instancji. Długość postępowania była przedmiotem ustalenia z punktu widzenia pozostawiania powoda w stanie niepewności, gdy subiektywnie „był w procesie”. Dlatego, jeżeli doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy o zmianę płci na podstawie tego samego pozwu, mimo że np. sąd, do którego wpłynął pozew (lub inaczej nazwane pismo powoda), uznał swą niewłaściwość (rzeczową lub miejscową) i przekazał sprawę do rozpoznania sądowi właściwemu, albo sprawa nieopłacona należycie w terminie uzyskała nowy numer, czas postępowania był liczony od daty wpływu pozwu. Najwięcej postępowań – ok. 30% – toczyło się od 4 do 6 miesięcy. Ponad 90% procesów zakończyło się przed upływem roku. Niespełna 1% procesów (dwa procesy) trwał dłużej niż 2 lata³⁸.

Czy istnieją zatem obawy, że przeciwko Polsce będą kierowane do Trybunału kolejne skargi? Poważne wątpliwości budzi nadal nie uregulowana kwestia losów prawnych małżeństwa zawartego przed dokonaniem prawnej zmiany płci oraz kwestia finansowania leczenia transseksualistów. Potrzeba podjęcia prac legislacyjnych jest powszechnie dostrzegana w doktrynie i wśród organów państwowych m.in. Rzecznika Praw Obywatelskich. W liście do Ministra Sprawiedliwości RPO wskazała na problemy związane z prawną drogą płci merytorycznej oraz na potrzebę uchwalenia aktu prawnego, na wzór ustawodawstwa brytyjskiego, który w całości regulowałby politykę dotyczącą transseksualizmu³⁹. Istotne jest zatem przyjęcie modelu regulacji kompleksowej i interdyscyplinarnej, a nie fragmentarycznej i wycinkowej. Ważnym rozwiązaniem jest również dokładne określenie przesłanek zmiany płci i procedury jej dokonywania.

The convention rights of transsexuals and the effectiveness of the European Court of Human Rights jurisprudence in Polish legal system

(Summary)

Transsexualism is a desire to live and to be accepted as a member of the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort with, or inappropriateness of, one's anatomic sex, and a wish to have surgery and hormonal treatment to make one's body as congruent as possible with one's preferred sex. As most legal jurisdictions have at least some recognition of the two traditional genders at the exclusion of other categories, this raises many legal issues and aspects of transsexualism. A particular challenge for transsexuals is the legal recognition of preferred gender, which may involve complicated administrative and medical procedures.

The European Court for Human Rights has established in its jurisprudence a legal status of transsexuals which should be applicable in all States parties. First two cases before the ECHR were *X. v. Germany* and *Van Oosterwijck v. Belgium*. In those cases Court did not examine the meritum. The evolution of the Court's jurisprudence concerning transsexuality and the Article 8 (right to privacy) is apparent in line of cases that began in 1986 with

³⁸ E. Holewińska-Łapińska, *op. cit.*, 14 i nn.

³⁹ <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2010/11/660929/1583682.pdf>.

Rees v. The United Kingdom in which there was a decision in favor of the state. By 1990, in *Cossey v. The United Kingdom* in which nothing has changed to case *Sheffield v. The United Kingdom* in the 1998 in which there were some powerful dissents. Judges argued that there was considerable evolution in the direction of legally recognizing transsexuality and that Article 8 has been infringed.

However, in the case of *B. v. France* from 1992, the ECHR did find a violation of Article 8 owing to the failure of the French civil register system to recognize the gender reassignment of the applicant. The ECHR argued that the situation in France was different from that prevailing in the United Kingdom and found that the applicant's daily situation, taken as a whole, was not compatible with the respect due to her private life.

The ECHR Grand Chamber judgments in *Christine Goodwin v. The United Kingdom* and *I. v. The United Kingdom* from 2002 constituted a watershed in European jurisprudence on gender identity. The ECHR was fully aware of the significant changes the respondent state had to carry out in order to fulfill its positive obligations in the fields of birth registration, access to records, family law, affiliation, inheritance, criminal justice, employment, social security and insurance. Judgment in case *Grant v. The United Kingdom* strengthened position expressed in case *Christine Godwin v. The United Kingdom*.

There were two more cases before ECHR. In case *Van Kuck v. Germany* question about financing medical treatment by transsexuals was raised. In case *L. v. Lithuania* Court found that the circumstances of the case revealed a limited legislative gap in gender-reassignment surgery, which left the applicant in a situation of distressing uncertainty about his private life and the recognition of his true identity.

To sum transsexual rights which result from the jurisprudence up, we must say that the European Convention on Human Rights firstly imposes on all States parties that they provide the possibility to undergo a surgery leading to full gender-reassignment. Secondly, the legal consequences of gender reassignment are recognition of the acquired gender and right to change one's name in accordance with the acquired gender. Thirdly, case law described above allow the transgender person to marry a person of an opposite sex to the gender he or she has acquired. Lastly, transsexuals has a right to get a refund of the costs of medical treatment.

Legal position of transsexuals in Poland is unclear. There exist no legislation on this subject. Power is currently exercised by national courts.

The first milestone sentence in the case of gender shifting was given by Warsaw's Voivode Court in 1964. The court claimed to be possible, in face of civil procedure and acting on civil registry records, to change one's legal gender after their genital reassignment surgery had been conducted. In 1983, the Supreme Court ruled that in some cases, when the attributes of the individual's preferred gender were predominant, it is possible to change one's legal gender even before genital reassignment surgery.

Although in the Polish legal system there is no specific institution or act considering it, the right to change one's legal gender is generally recognized. Article 189 of Polish Civil Procedure Code allows an individual to ask court to determine their right or legal relations in many contexts, including gender and civil registry records. On the grounds of this provision, Polish courts often approve legal claims for modifying registry records, name and all other public documents.

Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na ustawodawstwo w Turcji. Uwagi w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego wolności wyznania

W 1949 roku Turcja jako trzynaste państwo przystąpiła do Rady Europy, w 1954 roku ratyfikowała Europejską Konwencję Praw Człowieka, a mechanizm skargi indywidualnej uznała dopiero po naciskach innych krajów RE w 1987 roku. Standardy Konwencji powinny zatem wpływać na stanowienie i stosowanie prawa w Turcji już prawie pół wieku. Europejski Trybunał Praw Człowieka do 2010 roku stwierdził naruszenie Konwencji przez Turcję w 2245 sprawach. Poza Turcją są tylko dwa państwa, w przypadku których naruszenia Konwencji w tym czasie zostały stwierdzone ponad tysiąc razy – Włochy (1617) i Rosja (1019)¹.

Historia najnowsza ukształtowała prawo w Turcji w taki sposób, że prawa i wolności osobiste nie są wystarczająco chronione, co powoduje dużą ilość skarg do Trybunału. W drugiej połowie XX wieku w Turcji miały miejsce trzy wojskowe zamachy stanu (w 1960, 1971 i 1980 roku), a w związku z walkami z PKK² na wschodzie i południowym wschodzie Turcji w latach 1987-2002 obowiązywał stan wyjątkowy. Wydarzenia te mają wpływ również na obecną sytuację w kraju – obowiązująca konstytucja z 1982 roku została uchwalona w czasie rządów junty wojskowej, a niepokoje na wschodzie Turcji nie ustały³, choć straciły na mocy. Z tego powodu część ustawodawstwa w Turcji jest niezgodna z zasadami demokracji i podstawowymi prawami człowieka.

W ciągu ostatnich dwóch dziesięcioleci wprowadzono szerokie zmiany do prawa tureckiego. Szczególnie istotne z punktu widzenia Konwencji były reformy demokratyczne początku XXI wieku, zmiany wprowadzone w związku z negocjacjami akcesyjnymi z Unią Europejską oraz nowelizacja art. 90 Konstytucji Turcji w 2004 roku, wprowadzająca bezpośrednie stosowanie umów międzynarodowych.

Mimo tych zmian Turcja dalej pozostaje w czołówce państw, przeciwko którym składane są skargi – obecnie 10,9% spraw czekających na rozpatrzenie przez Trybunał to sprawy przeciwko niej⁴. Co więcej, liczba tych spraw wzrasta – w 2008 roku na decyzje Trybunału czekało 3706 spraw, w 2009 roku 4474, a w 2010 roku 5821⁵. Ponadto w przypadku Turcji

* Mgr Grażyna Baranowska, Poznańskie Centrum Praw Człowieka; Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

¹ *Table of violation; Violation by Article and by Country 1959-2010*, [na:] <http://www.echr.coe.int>, dostęp tu i dalej 25.11.2011 r.

² Partia Pracujących Kurdystanu (kurd. Partiya Karkerên Kurdistan), założona w 1978 roku kurdyjska lewicowa organizacja niepodległościowa, wpisana przez Unię Europejską i USA na listę organizacji terrorystycznych.

³ Por. K. Kirişçi, W. Gareth, *Kürt sorunu: Kökeni ve Gelişimi*, İstanbul 2007; G. Chaliand, *A people without a country. Kurds & Kurdistan*. New York 1993.

⁴ *Pending Cases, Pending Cases allocated to a judicial formation 31/10/2011*, [na:] <http://www.echr.coe.int>.

⁵ *Analysis of statistics 2010*, [na:] <http://www.echr.coe.int>.

za dopuszczalne uznawanych jest 12% składanych skarg, co znacząco przewyższa średnią, która dla wszystkich państw-członków wynosi 4%. Dodatkowo Trybunał w wyrokach dotyczących Turcji częściej niż w stosunku do innych państw stwierdza naruszenie Konwencji. W 87% rozpatrywanych skarg przeciwko Turcji Trybunał stwierdza naruszenie EKPC, zaś przeciętna dla wszystkich 47 państw wynosi 83%⁶. W wyniku ostatnich reform konstytucyjnych w Turcji przewidziano dwie nowelizacje, które powinny długofalowo zmniejszyć ilość spraw tureckich w Trybunale. Wprowadzono możliwość skargi konstytucyjnej, co spowoduje wydłużenie krajowej drogi odwoławczej, oraz przewidziano funkcję Rzecznika Praw Obywatelskich⁷.

Po wydaniu przez Trybunał wyroku stwierdzającego naruszenie Konwencji przez państwo ciąży na nim dwa obowiązki. Pierwszy to wykonanie zaleceń wynikających z wyroku w stosunku do ofiary, drugi – doprowadzenie do zgodności prawa i jego stosowania do Konwencji. Wybór działań i środków, które powinny być w tym celu podjęte, spoczywa na państwie. Poniższe opracowanie skupia się na drugim aspekcie, czyli na zmianie prawa krajowego po wyroku Trybunału. Najpierw zostanie omówiony wpływ Konwencji na najważniejsze akty prawne Turcji, następnie pokazana implementacja wyroków na podstawie kilku przykładów oraz związane z tym problemy. W kolejnej części zostaną przedstawione tureckie skargi do Trybunału związane z wolnością wyznania. Temat ten jest o tyle istotny i ciekawy, że choć obywatele Turcji w swych skargach niezwykle często powoływali się na naruszenie art. 9 Konwencji (wolność myśli, sumienia i wyznania), dotychczas jedynie w czterech przeciwko Turcji ETPC wydał wyroki stwierdzające naruszenie art. 9 Konwencji.

Pierwsze tureckie skargi w Trybunale

Ilość i tematyka spraw tureckich przed Trybunałem ewaluowała od momentu uzyskania możliwości wniesienia skargi indywidualnej w 1987 roku. Pierwsze sprawy tureckie w Trybunale, ich kontekst oraz podejście do nich Trybunału wpłynęły na to, jakie były składane kolejne skargi i tym samym jakie skargi przeważały w pierwszym okresie. To z kolei przyczyniło się do tego, w jakich dziedzinach prawa tureckiego nastąpiły zmiany poprzez implementowanie wyroków.

Początkowo zdecydowanie przeważały tzw. sprawy kurdyjskie. Pierwsze skargi do ETPC zostały złożone przez prawników kurdyjskich 5 lat po uzyskaniu tej możliwości. Nastąpiło to w 1992 roku po wizycie w Diyarbakir⁸ brytyjskiego profesora Kevina Boyle'a. Spotkanie zorganizowała londyńska organizacja Kurdish Human Rights Project, która następnie wspierała kontakty między prawnikami kurdyjskimi w Turcji a społecznością międzynarodową. Wykład Kevina Boyle'a sprawił, że kurdyjscy prawnicy stali się w Turcji pionierami w zakresie składania skarg indywidualnych do Trybunału i tym samym okazał się przełomowy dla spraw tureckich w ETPC⁹. Dla skarg kurdyjskich punktem zwrotnym

⁶ European Court of Human Rights. *Statistics 1959-2010. Statistics on judgment by State*, 2011.

⁷ Komisja Europejska, *Turkey Progress Report 2011*, Bruksela 2011, s. 12.

⁸ Miasto na wchodzie Turcji, zwane często ze względu na ilość zamieszkujących tam Kurdów „stolicą tureckiego Kurdystanu”.

⁹ D. Kurban, O. Erözdan, H. Güllalp, *Supernational rights litigation, implementation and the domestic impact of Strasbourg Court jurisprudence: A case study of Turkey*, Athens 2008, s. 4.

była sprawa *Akdıvar przeciwko Turcji*, w której Trybunał uznał, że skarga spełnia kryterium dopuszczalności, mimo że skarżący nie wykorzystał drogi krajowej¹⁰. ETPC stwierdził, że obowiązujący w tym czasie na wschodzie i południowym wschodzie Turcji stan wyjątkowy uniemożliwił *de facto* dochodzenia praw przed sądami w tych rejonach kraju.

Ze względu na sytuację wewnętrzną w Turcji dla wielu osób składanie skarg do Trybunału było jedyną możliwością dochodzenia swoich praw. Przejście do prowadzenia litygacji strategicznych¹¹ nastąpiło znacznie później. Współczesnym przykładem jest sprawa prowadzona przez turecką organizację TOHAV¹², a wspierana przez Minority Rights International Group¹³, dotycząca używania liter *x*, *w* i *q* w imionach kurdyjskich. Skarga była spowodowana tym, że ustawodawca równoległe z wprowadzeniem prawa zezwalającego na używanie imion kurdyjskich, zabronił używania w imionach liter niewystępujących w alfabecie tureckim, czyli m.in. również wspomnianych liter, występujących w języku kurdyjskim. Choć Trybunał w wyroku w sprawie *Kemal Taşkın i inni przeciwko Turcji*¹⁴ ostatecznie nie stwierdził naruszenia art. 8 i 14 Konwencji, to sprawa wywołała w Turcji spore dyskusje i jest przykładem nowego podejścia do składania skarg przez prawników kurdyjskich.

Kurdowie to jednak nie jedyna grupa, która od lat dziewięćdziesiątych masowo próbowała dochodzić swoich praw przed Trybunałem. Drugą dużą grupą są muzułmanie sprzeciwiający się polityce sekularyzacyjnej państwa. Szczególnie dużo było spraw dotyczących wojskowych, np. zwalnianych z pracy ze względów religijnych¹⁵, oraz kobiet sprzeciwiających się zakazowi noszenia chust, w szczególności na uczelniach¹⁶. W zdecydowanej większości Trybunał stwierdzał niedopuszczalność spraw lub brak naruszenia, dlatego też skargi te nie wywarły żadnego wpływu na ustawodawstwo tureckie. Więcej informacji na temat tych spraw znajduje się w części artykułu dotyczącym wolności wyznania w Turcji. Skargi do Trybunału składają również przedstawiciele innych mniejszości religijnych i etnicznych, jednak jest ich znacznie mniej niż skarg złożonych przez wspomniane dwie grupy.

Wpływ wyroków ETPC na prawo w Turcji

Sposób i efektywność wykonywania wyroków ETPC przez Turcję zmieniała się z czasem. Szczególnie na początku wyroki były implementowane bardzo powierzchownie i nieskutecznie. Zmiana nastąpiła w wyniku przeprowadzonych na początku XXI wieku reform demokratycznych oraz negocjacji akcesyjnych z Unią Europejską. Wraz z uzyskaniem przez

¹⁰ *Akdıvar przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 16.09.1996 r., skarga 21893/93, § 68–69.

¹¹ Litygacja strategiczna to działania (wszczynanie lub przystępowanie do toczącego się postępowania) wykonywane w zakresie jednostkowym, ale w celu zmiany niedoskonałego prawa lub praktyki stosowania prawa ze skutkiem *erga omnes*. Na temat różnych form litygacji strategicznej zob. E. Rekosh, K. Buchko, V. Terzieva, *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists*, New York 2001, s. 81–114.

¹² *Toplusam ve Hukuk Araştırmaları Vakfı*, tur. Fundacja Badań Społecznych i Prawnych, <http://www.tohav.org>.

¹³ <http://www.minorityrights.org>.

¹⁴ *Kemal Taşkın i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 2.02.2010 r., nr skarg: 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05.

¹⁵ Np. *Kalaç przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 1.07.1997, nr skargi 20704/92; *Yanaşık przeciwko Turcji*, decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi z 6.01.1993, nr skargi 14524/89; *Mehmet Paktaş przeciwko Turcji*, decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi z 3.10.2002, nr skargi 39682/89.

¹⁶ Np. *Leyla Şahin przeciwko Turcji*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 10.11.2005, nr skargi 44774/98.

Turcję statusu oficjalnego kandydata do Unii Europejskiej rząd turecki rozpoczął bardziej skuteczne dostosowywanie prawa w celu realizacji standardów Konwencji. Przykładami takich działań mogą być: nowelizacja Konstytucji wprowadzająca bezpośrednio stosowanie umów międzynarodowych w 2004 roku, zniesienie stanu wyjątkowego w 2002 roku czy kary śmierci w czasie pokoju w 2002 roku. Szereg najważniejszych i najbardziej podstawowych zmian przypadł na pierwszą kadencję rządu AKP¹⁷ w latach 2002-2007¹⁸.

Wśród reform demokratycznych, które doprowadziły do dostosowania ustawodawstwa tureckiego do Konwencji, na szczególną uwagę zasługują liczne nowelizacje Konstytucji tureckiej, a także zmiany w zakresie prawa karnego.

Wpływ wyroków ETPC na Konstytucję i prawo karne

Pierwsza znacząca zmiana Konstytucji została przeprowadzona w 2001 roku, kiedy znowelizowano preambułę oraz trzydzieści artykułów, których znaczna część dotyczyła praw człowieka. Między innymi zmieniono kolejne artykuły Konstytucji: art. 13 (ograniczanie podstawowych praw i wolności), art. 19 (bezpieczeństwo i wolności osobiste, ustalając długość zatrzymania przed przekazaniem do dyspozycji sądu na 4 dni), art. 20 (prywatność życia osobistego), art. 31 (dostęp do mediów), art. 33 (wolność zgromadzeń) i art. 34 (zgromadzenia i marsze demonstracyjne). Szczególnie duże znaczenie miała nowelizacja art. 26 (wolność wypowiedzi) i 28 (wolność prasy), dzięki którym uległy ulepszeniu prawne uregulowania wolności słowa w Turcji. Niemniej nowelizacja tych artykułów nie zmieniła wciąż przewidzianej w Konstytucji Turcji możliwości ograniczenia wolności wypowiedzi ze względu na niepodzielność państwa z narodem i terytorium¹⁹.

Kolejna nowelizacja nastąpiła w 2004 roku, kiedy zmieniono dziewięć artykułów. Znowelizowano wtedy m.in. art. 10 dotyczący równości przed prawem, art. 15 o wyjątkach w stosowaniu podstawowych praw i wolności czy wspomniany już art. 90 Konstytucji, wprowadzający bezpośrednio stosowanie umów międzynarodowych²⁰.

Najnowszy pakiet reform konstytucyjnych został przyjęty podczas referendum w czerwcu 2010 roku i również te powoli wdrażane zmiany demokratyzują Turcję i wzmacniają przestrzeganie praw człowieka.

Mimo tylu nowelizacji, ustawa zasadnicza Turcji wciąż jeszcze wymaga zmian, stąd wydaje się, że konieczna jest raczej zmiana całej Konstytucji niż nowelizacja jej poszczególnych artykułów. Obecna konstytucja przyjęta w trakcie rządów junty wojskowej nie może zapewnić wystarczającej ochrony jednostce, co wynika nie tyle z jej pojedynczych artykułów, ile z jej istoty²¹.

Analizując wpływ wyroków ETPC na ustawodawstwo tureckie, można zauważyć, że te dotyczące art. 5 Konwencji (wolności osobiste i bezpieczeństwo osobiste) doprowadziły do

¹⁷ Adalet ve Kalkınma Partisi, tur. Partia Sprawiedliwości i Rozwoju.

¹⁸ E. Kalaycıoğlu, D. Kurban, *Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in Turkey: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform*, Athens 2007, s. 23.

¹⁹ O. Erözdan *et al.*, *op. cit.*, s. 30.

²⁰ Konstytucja turecka [na:] <http://www.byegm.gov.tr>, dostęp 5.01.2012 r. Wszystkie tłumaczenia w tekście pochodzą od autorki.

²¹ Komisja Europejska, *Turkey Progress Report 2011*, Bruksela 2011, s. 7.

największych zmian w prawie. Pierwsze zmiany w zakresie prawa karnego rozpoczęły się bardzo wcześnie – już w 1992 roku znowelizowano Kodeks Postępowania Karnego, zakazując stosowania tortur oraz niehumanitarnego traktowania jako metod przesłuchania, a w 2005 roku wprowadzono nowy Kodeks Postępowania Karnego. W 1997 roku rozszerzono prawa osób podejrzanych o terroryzm, a w 2002 i 2004 roku znowelizowano rozporządzenia w sprawie zatrzymania, aresztowań i przesłuchań. Wszystkim tym zmianom towarzyszyły nie tylko wyroki Trybunału stwierdzające naruszenia Konwencji przez Turcję, ale również rezolucje i raporty Komitetu Ministrów Rady Europy wzywające do zmiany prawa²².

Duże znaczenie miały zmiany wprowadzone do słynnego art. 301 tureckiego Kodeksu Karnego, przewidującego karę więzienia za obrazę tureckości. Po nowelizacji tego artykułu w 2008 roku, szeroko rozumiana „tureckość” została zastąpiona węższym znaczeniowo zwrotem „naród turecki”, zmniejszono maksymalną karę z trzech do dwóch lat pozbawienia wolności, zrezygnowano też z zapisu, który mówił, że jeśli obraza zostanie dokonana za granicą, to kara zostaje podwyższona o jedną trzecią. Ponadto po powyższych zmianach do wszczęcia dochodzenia dotyczącego naruszenia art. 301 potrzebna jest zgoda ministra sprawiedliwości²³. Mimo tych pozytywnych zmian, przepis ten dalej obowiązuje i wydaje się, że usunięcie go w całości byłoby znacznie lepszym rozwiązaniem niż liberalizacja.

Przykłady implementacji wyroków

W kontekście prawa karnego istotne były również zmiany poczynione w związku ze stwierdzeniem przez Trybunał naruszenia art. 6 Konwencji (prawo do rzetelnego procesu sądowego). W szczególności problemowe okazało się ponowne rozpatrywanie spraw skazanych, których wyroki zostały uznane przez Trybunał za niezgodne z Konwencją.

Komitet Ministrów wywierał duży nacisk na Turcję w celu implementacji licznych wyroków Trybunału i wznowieniu postępowań osób już skazanych. Szczególną wagę Komitet przykładał do wyroku w sprawie *Sadak i inni przeciwko Turcji*²⁴ i do wznowienia postępowania w tej sprawie. W celu umożliwienia wznowienia krajowego postępowania w przypadkach, w których Trybunał stwierdził naruszenie artykułu 6 Konwencji, w 2003 roku władze tureckie znowelizowały Kodeks Postępowania Karnego. W związku ze zmianami legislacyjnymi, wznowiono proces Sadaka, otrzymał on jednak po rocznym procesie znów wyrok skazujący. Po tym wyroku w wyniku nacisków Komitetu Ministrów oraz Komisji Europejskiej, władze tureckie podjęły jeden z najbardziej znaczących środków indywidualnych w celu wykonania wyroków Trybunału. Sąd apelacyjny uchylił wspomniany wyrok skazujący Sadaka oraz nakazał zawieszenie wykonania kary i uwolnienia skarżącego, w wyniku czego Komitet Ministrów ogłosił zrealizowanie wyroku przez Turcję. W międzyczasie, po ponownym rozpatrzeniu sprawy Sadaka, sąd znów doszedł do tego samego wniosku i wydał kolejny wyrok skazujący, a jedyną zmianą było zmniejszenie wyroku o połowę, co wynikało z kolejnych nowelizacji w Kodeksie Karnym. Obrońcy nieskutecznie odwołali się do sądu apelacyjnego

²² O. Erözdan *et al.*, *op. cit.*, s. 24–26.

²³ <http://www.tbmm.gov.tr>.

²⁴ *Sadak i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 17.07.2001, nr skarg 29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96. Sprawa dotyczyła 4 kurdyjskich polityków, członków DEP, którzy zostali skazani na 15 lat więzienia za rzekomą przynależność do PKK. Trybunał uznał sposób przeprowadzenia procesu za naruszenie art. 6.

i podnosili, że wyrok Trybunału został implementowany jedynie połowicznie, gdyż Sadak kolejny raz otrzymał wyrok skazujący. O ile jednak jego sprawa została wznowiona, to wielu innych skarżących nadal czeka na wznowienie²⁵.

W celu pokazania, jak sprawnie przebiegało niekiedy wykonywanie wyroków Trybunału do porządku prawnego Turcji, posłużyć się można przykładem sprawy *Doğan i inni przeciwko Turcji*²⁶. Wyrok dotyczył 15 osób, które do października 1994 mieszkały w wiosce Boydaş w okolicach Tunceli w południowo-wschodniej Turcji. W październiku 1994 zostali oni zmuszeni przez państwowe siły bezpieczeństwa do opuszczenia miejsca zamieszkania, ich własność została zniszczona i uniemożliwiono im powrót do wioski. Po wyczerpaniu drogi krajowej, wnieśli w 2002 roku skargi do Trybunału. W momencie wydawania wyroku w sprawie *Doğan i inni przeciwko Turcji* przez Trybunał, na rozpatrzenie czekało około 1500 podobnych spraw z Turcji południowo-wschodniej, co stanowiło 25% wszystkich skarg złożonych przeciwko Turcji w tym czasie. Liczby te pokazują, jak istotne znaczenie miał wyrok nie tylko dla skarżących, ale i dla państwa. Trybunał w wyroku z 29 czerwca 2004 roku stwierdził naruszenie artykułów 8 i 13 Konwencji i art. 1 Protokołu 1 do Konwencji. Już niecały miesiąc później, 17 lipca, została w parlamencie tureckim przyjęta Ustawa o odszkodowaniach za szkody spowodowane terroryzmem i walką z terroryzmem.

Warto jednak w tym miejscu zwrócić też uwagę na niedoskonałości tej ustawy. Nie przewidywała ona żadnego odszkodowania za poniesione cierpienia, a należy pamiętać, że została uchwalona 10 lat po wysiedleniach i osoby wysiedlone przez ten okres nie otrzymywały od państwa żadnej pomocy. Ponadto ustawę wdrażano bardzo powoli i nierówno, w zależności od regionu²⁷. Mimo to Trybunał uznał jej wprowadzenie za skuteczną implementację wyroku, wymagając od tego momentu od tureckich uchodźców wewnętrznych wyczerpania środków przewidzianych we wspomnianej ustawie przed złożeniem skargi do Trybunału. W związku z tym kolejna istotna skarga w sprawie wysiedleń kurdyjskich *İçyer przeciwko Turcji*²⁸ została uznana przez Trybunał za niedopuszczalną. Decyzja ta jest często krytykowana przez prawników i organizacje zajmujące się prawami człowieka, zarówno w samej Turcji, jak i za granicą²⁹. Szczególnie krytycznie wyrok został oceniany przez prawników kurdyjskich, którzy uznają, że zamyka on drogę do sprawiedliwości tureckim uchodźcom wewnętrznym. Dla wielu z nich niedopuszczenie skargi *İçyer przeciwko Turcji* było punktem zwrotnym w ich stosunku do ETPC. Według nich Trybunał coraz mniej przychylnie (jak również mniej starannie) podchodzi do skarg z Turcji, nie okazując już zrozumienia dla sytuacji wewnętrznej Turcji, co było jego mocną stroną w latach dziewięćdziesiątych. Jako przykład takiego podejścia Trybunału Meşut Beştaş, jeden z prawników kurdyjskich, podaje, że w 1999 i w 2007 roku złożył podobną skargę do ETPC w imieniu ofiary obo-

²⁵ Dotyczy to m.in. spraw *Hulki Güneş przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 19.06.2003 r., skarga nr 28490/95; *Göçmen przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 17.10.2006 r., nr skargi 72000/01; *Söylemez przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 21.09.2006 r., nr skargi 46661/99.

²⁶ *Doğan i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 29.06.2004, nr skarg: 8803-8811/02, 8813/02, 8815-8819/02.

²⁷ O. Erözdan *et al.*, *op. cit.*, s. 15.

²⁸ *İçyer przeciwko Turcji*, decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi z 9.02.2006, nr skargi 18888/02.

²⁹ Np. Human Rights Watch, *Unjust, Restrictive, and Inconsistent. The Impact of Turkey's Compensation Law with Respect to Internally Displaced People*, grudzień 2006, nr 1; Kurdish Human Rights Project oraz Bar Human Rights Committee of England and Wales, *The Status of Internally Displaced Kurds in Turkey: Return and Compensation Rights - An Update: Fact-Finding Mission Report*, grudzień 2006.

wiązkowego testu dziewictwa. W 1999 skarga ta została przyjęta przez Trybunał, a w 2007 roku uznana za niedopuszczalną³⁰.

Problemy związane z wykonywaniem wyroków przez Turcję

Nie wszystkie wyroki Trybunału są jednak wykonywane tak szybko, jak w sprawie *Doğan i inni przeciwko Turcji*. Wciąż jeszcze pewna część wyroków nie jest implementowana w ogóle albo w sposób niewłaściwy, szczególnie te dotyczące bardziej drażliwych tematów.

Jednym z podstawowych problemów w Turcji przy wykonywaniu wyroków ETPC jest to, że za zmianami legislacyjnymi nie idą zmiany faktyczne. Przeszkodą do rzeczywistej zmiany jest często mentalność urzędników, sędziów i wojskowych, którzy wciąż w większości przedkładają ochronę szeroko pojętego interesu państwa nad prawa jednostki. Fundamenty Republiki Tureckiej, którymi są integralność terytorialna i jedność narodu oraz laicyzm, są silnie osadzone w tureckiej kulturze prawnej, która gra kluczową rolę przy kształceniu urzędników i sędziów³¹. Szczególnie na wschodzie Turcji bardzo często w administracji publicznej pracują osoby o bardzo konserwatywnych i propanstwowych poglądach, co przyczynia się do znacznie powolniejszej implementacji zmienionego prawa albo stosowania zmienionego prawa nie w interesie jednostki. Powoduje to, że na terenach zamieszkałych przez Kurdów wprowadzanie w życie zmian zainicjowanych przez Trybunał przebiega znacznie wolniej niż na innych terenach Turcji.

Osobną kategorią są wyroki nieimplementowane ze względów politycznych, czego przykładem jest sprawa *Cypr przeciwko Turcji*³². Wyrok ten jest związany z trwającą od inwazji wojsk tureckich w 1974 roku sytuacją na Cyprze Północnym i jest od wielu lat wymieniany w raportach Komitetu Ministrów Rady Europy³³ jako wymagający uwagi, niemniej jego wykonanie jest wstrzymywane przez władze tureckie w związku z nierozwiązanym konfliktem. W sprawie *Cypr przeciwko Turcji* ETPC stwierdził naruszenie dziesięciu artykułów Konwencji. Niektóre, np. dotyczące wolności wyznania, została już implementowana przez Turcję, ale duża część jest dalej monitorowana przez Komitet Ministrów. Dlatego też całościowo sprawa ta nie jest zamknięta. Jednocześnie jednak nie ma istotnego wpływu na ustawodawstwo w Turcji.

ETPC a wolność wyznania w Turcji

Naruszenia art. 9 przez Turcję

Jak już wspomniano, mimo wielu wniesionych przeciwko Turcji skarg dotyczących wolności wyznania, jedynie w czterech wyrokach Trybunał stwierdził naruszenie art. 9 Konwencji. Wielokrotnie, gdy skarżący powoływali się na naruszenie tego artykułu, Trybunał stwierdzał niedopuszczalność skargi, nie stwierdzał naruszenia lub w związku z naruszeniem innych artykułów Konwencji nie rozpatrywał naruszenie art. 9 Konwencji.

³⁰ O. Erözdan *et al.*, *op. cit.*, s. 44-46.

³¹ *Ibidem*, s. 36.

³² *Cypr przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 11.09.1999 r., nr skargi 25781/94.

³³ Np. Council of Europe Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights. 4th annual report 2010*.

Pierwsza sprawa, w której Trybunał stwierdził naruszenie art. 9 Konwencji, to jedna z niewielu toczących się przed nim spraw międzypaństwowych, *Cypr przeciwko Turcji*. Trybunał stwierdził w tej sprawie naruszenie art. 9, obok naruszenia artykułów 2, 3, 5, 6, 8, 10, 13 Konwencji i art. 1 i 2 do Protokołu nr 1 do Konwencji. Sama wolność wyznania nie miała więc w kontekście całej sprawy większego znaczenia, a dodatkowo sprawa dotyczyła Cypru, nie ma więc bezpośrednio wpływu na zakres wolności wyznania w Turcji.

Pozostałe trzy wyroki zapadły stosunkowo niedawno – *Sinan Işık przeciwko Turcji*³⁴ (w 2010 roku), *Ahmet Arslan i inni przeciwko Turcji*³⁵ (2010) oraz *Erçep przeciwko Turcji*³⁶ (2011). Wszyscy trzech skarżący należą do mniejszości religijnych w Turcji.

Sinan Işık jest członkiem mniejszości alewickiej³⁷, a skarga dotyczyła obowiązkowego podawania wyznania w dowodzie osobistym. Sinan Işık wnioskował, by zamiast „islam” podano „alewi”, na co w 2004 roku nie otrzymał zgody odpowiednich urzędów, w związku z czym złożył skargę do Trybunału. Argumentacja strony tureckiej oparta była m.in. na ocenie dokonanej przez Departament Spraw Religijnych³⁸, którego przedstawiciel stwierdził, że „termin «alewi», który oznacza podgrupę w ramach islamu, nie może być uznawany za niezależną religię ani odłam islamu. Chodzi o jedną z interpretacji islamu, pozostającą pod wpływem sufizmu i mającą specyficzne cechy kulturowe”³⁹. Przed wydaniem wyroku przez Trybunał, ustawodawca turecki zmienił prawo zezwalając na pozostawienie pustej rubryki dotyczącej wyznania i argumentował, że dzięki tym zmianom umożliwiał alewitom wybór. Jednak Trybunał w 2010 roku uznał, że sprzeczny z Konwencją jest sam fakt obowiązkowego podawania wyznania w dowodzie osobistym i w związku z tym stwierdził naruszenie art. 9 Konwencji.

Z kolei Ahmet Arslan wraz z 127 innymi skarżącymi tworzącymi Aczmendi tarikát⁴⁰, został skazany za pojawienie się na ulicach Ankarzy z okazji ceremonii religijnej w tradycyjnych dla ich bractwa strojach. Trybunał uznał to za naruszenie art. 9 Konwencji, podkreślając jednocześnie, że dla wyroku niezwykle ważne było to, że w przeciwieństwie do spraw dotyczących zakazu chust na uczelniach, skarga nie dotyczyła specyficznego środowiska instytucji edukacyjnych, które może być regulowane bardziej restrykcyjnie⁴¹.

Skarżący w ostatniej sprawie, Yunus Erçep, jest świadkiem Jehowy i został wielokrotnie skazany za odmowę odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania wynikające z wyznawanej religii. Ponieważ wytaczano przeciwko niemu sprawy sądowe przy okazji każdego poboru, na który się nie zgłosił, to od 1998 roku w tureckich sądach toczyło się przeciwko niemu ponad 25 spraw. Również w tej sprawie Trybunał wydał wyrok stwierdzający naruszenie art. 9 Konwencji przez Turcję⁴².

³⁴ *Sinan Işık przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 2.02.2010 r., nr skargi 21924/05.

³⁵ *Ahmet Arslan i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 23.02.2010 r., nr skargi 41135/98.

³⁶ *Erçep przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 22.11.2011 r., nr skargi 43965/04.

³⁷ Alewici to muzułmańskie ugrupowanie religijne związane z szyizmem, zob. J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, t. 1, Warszawa 2002 r., s. 335 i n.

³⁸ Organ powołany przez konstytucję, sprawujący kontrolę nad kwestiami religii w państwie.

³⁹ *Sinan Işık przeciwko Turcji*, § 8.

⁴⁰ Bractwo muzułmańskie działające w Turcji, więcej informacji [na:] <http://www.aczmendi.net>.

⁴¹ *Ahmet Arslan i inni przeciwko Turcji*, § 49.

⁴² Podobny stan faktyczny zaistniał w sprawie *Ülke przeciwko Turcji*, w której wyrok ETPC zapadł 24.01.2006 r., nr skargi 39437/98. Jednak w tym wypadku Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 9, lecz art. 3, i uznał,

Implementacja wyroków w skargach dotyczących naruszenia art. 9 Konwencji nie doprowadziła jeszcze do zmian w ustawodawstwie tureckim. Co prawda Turcja w 2010 roku wykonała wyrok w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* w zakresie naruszenia art. 9⁴³, ale pozostałe wyroki, bardziej znaczące dla wolności wyznania w Turcji, nie zostały jeszcze wdrożone. Wynika to oczywiście również z tego, że zostały one wydane stosunkowo niedawno. Implementowanie ich w najbliższej przyszłości może znacząco wpłynąć na wolność wyznania mniejszości religijnych w Turcji.

Naruszenia innych artykułów EKPC przez Turcję

Przestrzegania wolności wyznania dotyczyły też wyroki ETPC stwierdzające naruszenie innych artykułów Konwencji. Jedną z najważniejszych spraw dotyczących wolności wyznania była sprawa *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji*⁴⁴. Skarżący Hasan Zengin i jego córka Eylem należą do mniejszości alewickiej. W momencie składania skargi Eylem Zengin była uczennicą siódmej klasy szkoły podstawowej i uczęszczała na lekcje kultury religijnej i etyki, z których ojciec próbował ją bezskutecznie zwolnić. Owe lekcje są obowiązkowe dla uczniów klas 4-8 i mogą z nich zostać zwolnieni jedynie chrześcijanie i żydzi⁴⁵. Trybunał, badając treści przekazywane w podręczniku oraz podstawę programową przedmiotu, doszedł do wniosku, że nie spełniają kryteriów obiektywności i pluralizmu⁴⁶, w związku z czym naruszone zostały prawa skarżącego gwarantowane w art. 2 Protokołu 1⁴⁷. W wyroku z 2007 roku Trybunał stwierdził, że zmiana w systemie edukacji oraz prawie krajowym pozwoliłyby na zakończenie stwierdzonego naruszania Konwencji⁴⁸, jednak w Turcji istnieje sprzeciw wobec implementacji tego wyroku, w związku z czym nie dostosowano jeszcze prawa.

Krótko po wyroku w sprawie *Zengin przeciwko Turcji* sąd krajowy powołując się na wyrok Trybunału orzekł na korzyść innego rodzica pochodzącego z mniejszości alewickiej, niezgadzającego się na uczestnictwo dziecka w obowiązkowych lekcjach kultury religijnej i etyki⁴⁹. Wyrok Trybunału doprowadził więc już przynajmniej raz na poziomie krajowym do przyznania prawa rodzicom, mimo braku woli politycznej do zmiany prawa. Władze od momentu wydania wyroku przez Trybunał odnosiły się do niego niechętnie i wielokrotnie podkreślały, że alewici są nie tyle mniejszością religijną, co kulturalną i dlatego też nie należą im się prawa w zakresie wolności wyznania. Pozytywnym aspektem z kolei jest wprowadzenie nowego podręcznika do przedmiotu w roku szkolnym 2011/12, który zawiera również informacje o alewitach⁵⁰. Nie rozwiązuje to oczywiście problemu obowiązkowego charakteru lekcji.

że nie ma potrzeby badania sprawy pod kątem naruszenia art. 9 Konwencji. Wyrok ten po sześciu latach nie został jeszcze implementowany.

⁴³ Council of Europe Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights. 4th annual report 2010*, s 196-197.

⁴⁴ *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 9.10.2007 r., nr skargi 14448/04.

⁴⁵ *Ibidem*, § 18-21.

⁴⁶ *Ibidem*, § 70.

⁴⁷ Prawo do nauki: „Nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki. Wykonując swoje funkcje w dziedzinie wychowania i nauczania, Państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi”.

⁴⁸ *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji*, § 84.

⁴⁹ O. Erözdan *et al.*, *op. cit.*, s. 43.

⁵⁰ Komisja Europejska, *Turkey Progress Report 2011*, Bruksela 2011, s 29.

Wolność wypowiedzi jest kolejną wolnością gwarantowaną w Konwencji, z naruszeniem której w Turcji związana jest wolność wyznania. Duża część wyroków Trybunału stwierdzających naruszenie art. 10 Konwencji dotyczy skazania stacji telewizyjnych i radiowych, dziennikarzy, polityków czy pisarzy za wypowiedzi lub dzieła promujące treści religijne albo krytykujące turecki sekularyzm. Przykładem mogą być wyroki w sprawach *Nur Radyo ve Televizyon Yayinciligi A.S. przeciwko Turcji*⁵¹ czy *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.S. przeciwko Turcji*⁵², w których kary zastosowane przez państwo w związku z treściami religijnymi emitowanymi przez stacje zostały uznane przez Trybunał za naruszające art. 10 Konwencji. Poza muzułmanami krytycznie nastawionymi do sekularyzmu, tureckie sądy skazują również osoby, które w ich mniemaniu obrażają uczucia religijne sunnickiej większości. Przykładem takiej sprawy jest skarga *Tatlav przeciwko Turcji*⁵³, kiedy skarżący został skazany w Turcji za napisanie i wydanie książki *İslamiyet Gerçeği* (Prawda o islamie), w której m.in. przedstawiał opinię, że islam pogłębił nierówności społeczne. ETPC uznał, że publikacje tego rodzaju powinny być dozwolone w demokratycznym kraju i skazanie Tatlava narusza art. 10. Skarga ta obrazuje, że ograniczenia dotyczące wolności wypowiedzi w Turcji są niezwykle restrykcyjnie stosowane wobec osób krytykujących zarówno sekularyzm, jak i religię większości.

W skargi związane z wolnością wyznania wpisują się również skargi niemuzułmańskich fundacji religijnych na konfiskatę własności. Państwo tureckie przejęło mienie fundacji religijnych, jednak regulacje te dotyczyły jedynie tych z nich, które nie były muzułmańskie. Pierwsze skargi do Trybunału na te konfiskaty zostały złożone przez ormiańskie fundacje i uzyskały sukces przy czwartej skardze. Stało się to w 2007 roku w sprawie *Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı przeciwko Turcji*⁵⁴ na skutek ugody z Turcją, która zgodziła się na zwrot nieruchomości. Był to pierwszy przypadek, kiedy niemuzułmańskiej fundacji udało się odzyskać skonfiskowane mienie. W tym samym roku zapadł wyrok w sprawie greckiej fundacji *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı przeciwko Turcji*⁵⁵, w której Trybunał pierwszy raz w związku z konfiskatą stwierdził naruszenie art. 1 Protokołu 1 do Konwencji. Kwestia prawa do własności organizacji niemuzułmańskich jest rzadkim przykładem dziedziny, którą najpierw zajęła się Unia Europejska (w 1999 roku), a dopiero później Trybunał. Dzięki naciskom ze strony UE, Turcja wprowadziła w latach 2002 i 2003 szereg zmian w prawie, które umożliwiły religijnym fundacjom niemuzułmańskim posiadanie tytułu prawnego do własności. Problem zwrotu skonfiskowanego majątku lub otrzymania za nie odszkodowania pozostał jednak nierozwiązany. Kwestia ta została poruszona dopiero po wyroku ETPC z 2007, jednak wprowadzenie takiej nowelizacji wywołało duży sprzeciw polityczny, łącznie z wetem prezydenta i skierowaniem sprawy do Trybunału Konstytucyjnego⁵⁶.

⁵¹ *Nur Radyo ve Televizyon Yayinciligi A.S. przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 12.10.2010 r., nr skargi 42284/05.

⁵² *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.S. przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 30.03.2006 r., nr skarg: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00

⁵³ *Tatlav przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 2.05.2006 r., nr skargi 50692/99.

⁵⁴ *Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı przeciwko Turcji*, nr skarg: 50147/99, 51207/99. Ugoda zawarta 26.06.2007.

⁵⁵ *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 9.01.2007 r., nr skargi 34478/97.

⁵⁶ O. Erözdan *et al.*, *op. cit.*, s. 29-30.

Niezwykle ciekawym zagadnieniem są wyroki Trybunału dotyczące rozwiązywania partii politycznych w Turcji, a więc związanych z art. 11 Konwencji. Zagadnienie to zostanie poruszone z tego powodu, że dotyczy również partii religijnych, w tym partii Refah⁵⁷. Obowiązujące w Turcji prawo dotyczące partii politycznych zezwala Trybunałowi Konstytucyjnemu na rozwiązanie partii, jeśli jej działalność jest niezgodna z fundamentami państwa, czyli m.in. laicyzmem oraz integralnością terytorialną i narodową⁵⁸. W praktyce Trybunał Konstytucyjny rozwiązywał partie już wielokrotnie, w szczególności dotyczyło to partii kurdyjskich i „muzułmańskich”, tj. niezgadających się z polityką sekularyzacji państwa. W momencie rozwiązania partii, czołowi działacze – często pełniący funkcję posłów czy samorządowców – otrzymują zakaz działalności publicznej na kilka lat, a pozostali działacze tworzą kolejną partię. Po nowelizacji Konstytucji Turcji z 2001 roku, rozwiązywanie partii zostało utrudnione, m.in. Trybunał Konstytucyjny musi podjąć tę decyzję kwalifikowaną większością. Dzięki tej zmianie nie rozwiązano rządzącej obecnie partii AKP (głosy w tureckim Trybunale Konstytucyjnym rozłożyły się pięć do sześciu⁵⁹).

Dotychczas turecki Trybunał Konstytucyjny ponad dwadzieścia razy rozwiązywał partie polityczne, z czego dziesięć razy poszkodowani zdecydowali się na skargę do ETPC. Dziewięć razy ETPC stwierdził naruszenie art. 11 Konwencji⁶⁰; prawie wszystkie skargi dotyczyły partii kurdyjskich. Na ich tle wyróżnia się wyrok ETPC w sprawie *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji*, ponieważ jest to dotychczas jedyna sprawa dotycząca rozwiązania partii politycznej przez turecki Trybunał Konstytucyjny, w którym ETPC nie stwierdził naruszenia Konwencji. W przeciwieństwie do poprzednich dziewięciu partii, partia Refah nie była partią kurdyjską, lecz muzułmańską, rozwiązaną ze względu na to, że „stała się centrum działalności sprzecznej z zasadą świeckości”⁶¹. Warto w tym momencie zaznaczyć, że w przeciwieństwie do terroryzmu kurdyjskiego, nie ma w Turcji terroryzmu muzułmańskiego. Niemniej nie można uznać obaw przed ekstremizmem muzułmańskim w Turcji za nieuzasadnione.

⁵⁷ *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 13.02.2003 r., nr skarg: 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

⁵⁸ Ustawa nr 2820 o Partiach Politycznych (Siyasi Partiler Kanunu. Kanun No: 2820), art. 101, Konstytucja Turcji, art. 68-69. Art. 68 Konstytucji przewiduje, że partie polityczne nie mogą być w konflikcie z niepodległością kraju, jego niepodzielnością z terytorium i narodem, prawami człowieka, zasadami równości i praworządności, suwerenności narodu, fundamentami demokratycznej i laickiej republiki; nie może być ich celem ochrona lub ustanowienie dyktatury klasowej lub grupowej lub dyktatury jakiegokolwiek typu ani podleganie obywateli do przestępstw. Trybunał Konstytucyjny na podstawie art. 69 Konstytucji oraz art. 101 Ustawy nr 2820 o Partiach Politycznych może rozwiązać partię naruszającą powyższy artykuł.

⁵⁹ *AKP kapatılmadı, Hazine yardımı kısıltıyorsa*, „CNN Türk”, 30.07.2008 r.

⁶⁰ *The United Communist Party of Turkey (TBKP) i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 30.01.1998 r., nr skargi 19392/92; *Socialist Party of Turkey (STP) i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 25.05.1998 r., nr skargi 26482/95; *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 8.12.1999 r., nr skargi 23885/94; *Yazar i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 9.04.2022 r., nr skarg: 22723/93, 22724/93, 22725/93; *Dicle w imieniu Partii Demokratycznej (DEP) przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 10.12.2002 r., nr skargi 25141/94; *Socialist Party of Turkey (STP) przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 12.11.2003 r., nr skargi 23885/94; *Democracy and Change Party i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 26.04.2005 r., nr skarg: 39210/98, 39974/98; *Emek Partisi (Partia Pracy) i Senol przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 31.05.2005 r., nr skargi 39434/98; *HADEP i Demir przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 14.12.2010 r., nr skargi 28003/03.

⁶¹ *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji*, § 23.

Wolność wyznania jest więc problemem, którym Trybunał zajmuje się nie tylko w związku z naruszeniem art. 9 Konwencji. Istotne w tym zakresie były również wyroki Trybunału w związku ze skargami o naruszenie art. 10 i art. 11 Konwencji oraz do art. 1 i 2 Protokołu 1 do Konwencji.

Nieskuteczne skargi na naruszenie art. 9 przez Turcję

W większości skarg na naruszenie art. 9 przez Turcję Trybunał stwierdza jednak niedopuszczalność bądź brak naruszenia Konwencji. W większości są to skargi muzułmańskiej większości, które najczęściej dotyczą zakazu noszenia chust oraz wojskowych ukaranych za postawy religijne.

W wypadku skarg dotyczących wojskowych, w zdecydowanej większości zostały one uznane przez Trybunał za niedopuszczalne z wyjątkiem sprawy *Kalaç przeciwko Turcji*⁶², w której Trybunał po rozpatrzeniu uznał, że powodem zwolnienia skarżącego z wojska nie były jego poglądy religijne czy sposób, w jaki wykonywał swoje obowiązki religijne, lecz zachowanie i postawa⁶³. Trybunał podkreślił też, że Faruk Kalaç dobrowolnie wybrał karierę wojskową, co było jednoznaczne z przyjęciem z własnej woli dyscypliny wojskowej, która może ograniczyć niektóre prawa i wolności⁶⁴. Ponieważ kolejne podobne skargi zostały uznane przez Trybunał za niedopuszczalne, jest to jedyny wyrok odnoszący się do wojskowych wydalonych z wojska z powodów religijnych. Można więc uznać ten wyrok za reprezentujący podejście Trybunału do tej kwestii.

Skarg związanych z zakazem noszenia chust było znacznie więcej niż wojskowych, dodatkowo podobne skargi napływają też z innych krajów Rady Europy⁶⁵, dlatego też temat ten cieszy się dużym zainteresowaniem opinii publicznej. W Turcji zasady regulujące noszenie chust dotyczą znacznej części społeczeństwa, dlatego też mają większe znaczenie niż w innych krajach Europy. Jednocześnie obawy przed ekstremizmem muzułmańskim doprowadziły do uznania sekularyzmu jako podstawy funkcjonowania państwa, czemu z kolei sprzeciwia się znaczna część społeczeństwa. Dlatego też kwestia zakazu noszenia chust muzułmańskich na uniwersytetach jest tematem stale obecnym w dyskusji publicznej. Zdecydowaną większością głosów (411 z 550 posłów) uchwalono w parlamencie prawo zezwalające na noszenie chust na uniwersytetach, zostało ono jednak w 2008 roku uznane przez Trybunał Konstytucyjny za niekonstytucyjne i unieważnione. W związku z tym składanie skargi do ETPC jest uznawane za jedyną możliwość protestu. O tym, jak ważną rolę odgrywa ta droga również dla obecnej partii rządzącej Turcji, może świadczyć fakt, że Hayrünnisa Gül, żona obecnego prezydenta Turcji Abdullaha Güla, złożyła skargę do Trybunału w związku z niemożliwością podjęcia przez nią studiów na Uniwersytecie w Ankarze ze względu na zakaz noszenia chust⁶⁶. Do rozpatrzenia sprawy przez Trybunał nie doszło, ponieważ Hayrünnisa Gül wycofała skargę, kiedy jej mąż objął funkcję ministra spraw zagranicznych.

⁶² *Kalaç przeciwko Turcji*, wyrok ETPC z 1.07.1997 r., nr skargi 20704/92.

⁶³ *Ibidem*, § 30.

⁶⁴ *Ibidem*, § 28.

⁶⁵ Por. *Dogru przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 4.12.2008 r., nr skargi 27058/05; *Dablab przeciwko Szwajcarii*, decyzja o niedopuszczalności skargi z 15.1.2011, nr skargi 42393/98.

⁶⁶ *Hayrünnisa Gül: The next first lady*, "Today's Zaman", 25.04.2007 r.

Najbardziej znaną sprawą dotyczącą zakazu noszenia chust muzułmańskich jest sprawa Leyli Şahin⁶⁷, w której najpierw Izba, a następnie Wielka Izba nie stwierdziły naruszenia Konwencji przez Turcję. Leyla Şahin studiowała na uniwersytecie przez cztery i pół roku nosząc muzułmańską chustę. W lutym 1998, w wyniku zaostżenia zasad, nie zezwolono jej na kontynuację studiów w chuście. Po nieskutecznych protestach kontynuowała studia w Austrii, gdzie mogła ukończyć studia w chuście, ponieważ tam, jak w większości krajów Rady Europy, tocząca się dyskusja o noszeniu chust przez uczennice dotyczy szkół podstawowych i średnich. Zakaz noszenia chust na uniwersytetach obowiązuje tylko w trzech krajach Rady Europy – Azerbejdżanie, Armenii i Turcji⁶⁸. Mimo restrykcyjności tego zakazu, Trybunał stwierdził, że nie narusza on Konwencji.

We wszystkich decyzjach, a szczególnie odnośnie do skarg dotyczących noszenia chust, Trybunał przywiązywał duże znaczenie do tego, że laicyzm jest jednym z fundamentów państwa tureckiego, który kształtuje politykę i wpływa na ustawodawstwo. Zasada sekularyzmu jest zapisana w art. 2 Konstytucji. Ma tym większe znaczenie, że art. 4 Konstytucji zakazuje nowelizowania, a nawet zgłaszania nowelizacji do art. 1-3 Konstytucji, w tym do zasady laickości państwa. Turecki sekularyzm jest jednocześnie sekularyzmem bardzo specyficznym. W przeciwieństwie do sekularnej Francji, polityka państwa nie opiera się na rozdzieleniu państwa od religii, lecz na państwowej kontroli nad religią. Konstytucja przewiduje w art. 136 powołanie Departamentu Spraw Religijnych, który ma „działać zgodnie z zasadami świeckości [...] w celu solidarności narodowej i integralności”, a w art. 24 „Edukacja i nauczanie religii i etyki będą prowadzone pod nadzorem i kontrolą państwa. Nauczanie kultury religijnej i wychowania moralnego będzie obowiązkowe w programach nauczania szkół podstawowych i średnich”. Wspomniany Departament Spraw Religijnych określa więc „prawidłową” wersję dominującego wyznania i przez pryzmat islamu sunnickiego ocenia inne jego odłamy. Oficjalnie uznawane mniejszości religijne pod nadzorem państwa regulują swoje sprawy, ale te nieuznawane (np. bahaici) napotykać problemy w realizacji podstawowych potrzeb grup religijnych, między innymi w zakresie cmentarzy czy miejsc spotkań i modlitw⁶⁹.

Ponieważ sekularyzm jest jednym z fundamentów Republiki Tureckiej, nie zezwala się na noszenie chust przez dorosłe kobiety na uniwersytetach, jednocześnie jednak w szkołach religia jest obowiązkowa, w dowodach osobistych znajduje się informacja na temat wyznania, władze państwowe oceniają i różnicują mniejszości religijne przez pryzmat jednej religii, fundacje mniejszości religijnych mają problemy z odzyskaniem skonfiskowanego mienia, a uznane mniejszości religijne nie mają takiej samej pozycji jak islam sunnicki. Wydaje się, że polityka tureckiego sekularyzmu wynika nie tyle z wiary w konieczność oddzielenia państwa od religii, ile z obawy przed muzułmańskim ekstremizmem. Wskazuje na to również argumentacja państwa w sprawie *Zengin przeciwko Turcji*: „obowiązkowy charakter zajęć [z kultury religijnej i etyki – przyp. G.B.] wynika z tego, że było to konieczne, aby uchronić

⁶⁷ *Leyla Şahin przeciwko Turcji*, wyrok ETPC (Wielka Izba) z 10.11.2005 r., nr skargi 44774/98.

⁶⁸ *Ibidem*, § 55.

⁶⁹ H. Güllalp, *Secularism in Europe, As refracted through the Prism of the European Court of Human Rights: Comparative Analysis of State-Church Relations and the State Regulations of Religion*, 2009, [na:] <http://www.juristras.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/05/secularism-in-europeas-refracted-through-the-prism-of-the-european-court-of-human-rights.pdf>, dostęp 23.01.2013 r.

dzieci przed mitami i błędnymi informacjami, które dają początek fundamentalizmowi”⁷⁰. Już w pracach nad brzmieniem art. 9 Konwencji przedstawiciel Turcji próbował ograniczyć zakres wolności wyznania, argumentując: „Należy zwrócić uwagę na to, że w toku naszej historii wiele prób reform i modernizacji zostało udaremnionych przez silny opór niektórych grup osób, które miały interes w utrzymaniu ludności w niewiedzy”⁷¹.

Ciekawym komentarzem do tureckiego sekularyzmu może być również opinia sędziego Rızı Türmena, który był tureckim sędzią w ETPC między innymi w czasie wyroku w sprawie *Leyla Şahin przeciwko Turcji*. Zapytany dlaczego na uniwersytetach państw zachodnich nie ma zakazu noszenia chust odpowiedział, że „to całkowicie naturalne, ponieważ w państwach zachodnich chusta jest kwestią mniejszościową. W przeciwieństwie do Niemiec, Francji czy innych krajów, w Turcji jest to problem całego kraju. Rozwiązanie go dotyczy każdego. W jaki sposób? Na przykład w momencie zniesienia zakazu noszenia chust może się okazać, że w Anatolii będzie trudno wejść do szkoły bez chusty”⁷². Obecne rozwiązanie prowadzi jednak do sytuacji, w których wiele kobiet nie może podjąć nauki czy pracy w instytucjach państwowych ze względu na swoje przekonania religijne. Jak pokazują badania, dyskryminacja kobiet w chustach rozciąga się również na sektor prywatny⁷³. Mężczyzn, którzy popierają noszenie chust przez kobiety, nie dotyczą żadne konsekwencje.

Wydaje się również, że ETPC do pewnego stopnia podziela to podejście, obawiając się terroryzmu islamskiego i oceniając islam jako religię niedemokratyczną. W zdaniu odrębnym do wyroku *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji* sędzia Kovlera, mający zastrzeżenia nie do samego wyroku, lecz do sposobu argumentacji przez Trybunał, napisał: „Wolałbym, żeby sąd międzynarodowy unikał zwrotów zapożyczonych z dyskursu polityczno-ideologicznego, takich jak «fundamentalny islam» (§ 94), «ruchy totalitarne» (§ 99), «zagrożenie dla ustroju demokratycznego» (§ 107) itd., których konotacje w kontekście omawianej sprawy mogą być zbyt silne”⁷⁴. Z kolei sędzia Tulkens w zdaniu odrębnym do wyroku *Leyla Şahin przeciwko Turcji* sprzeciwia się znaczeniu, jaki Trybunał nadał chuście muzułmańskiej. W wyroku sędziowie stwierdzili bowiem, że noszenie chusty jest „silnym zewnętrznym symbolem”, który „wydaje się być narzucony kobietom przez nakaz religijny, który jest trudny do pogodzenia z zasadą równości płci”. W opinii odrębnej sędzia Tulkens stwierdza natomiast: „Nie jest zadaniem Trybunału oceniać w ten sposób – w tym przypadku jednostronnie i negatywnie – religię bądź praktykę religijną, tak samo, jak nie jest jego rolą określanie w sposób ogólny i abstrakcyjny znaczenia noszenia chusty czy narzucanie skarżącej swojego punktu widzenia”⁷⁵.

Podsumowanie

Konwencja i Trybunał wywarły bardzo duży wpływ na tureckie ustawodawstwo, czyniąc je bardziej demokratycznym i zgodnym ze standardami praw człowieka. W pierwszych latach po uznaniu mechanizmu skargi indywidualnej wyroki były wykonywane powierzchownie i często nieskutecznie.

⁷⁰ *Zengin przeciwko Turcji*, § 44.

⁷¹ H. Güllalp, *op. cit.*, s. 19.

⁷² C. Dündar, *Türkiye’de artık parti kapatılmasın*, „Milliyet”, 16.06.2008 r.

⁷³ Por. D. Cindoğlu, *Headscarf ban and discrimination: professional headscarved women in the labor market*, Ankara 2011.

⁷⁴ *Refah Partisi (Partia Dobrobytu) i inni przeciwko Turcji*, zdanie odrębne sędziego Kolvery.

⁷⁵ *Leyla Şahin przeciwko Turcji*, zdanie odrębne sędziego Tulkensa, § 12.

Zmiana nastąpiła wraz z reformami demokratycznymi w Turcji. Dużą rolę odegrały też negocjacje akcesyjne z Unią Europejską, szczególnie nacisk, jaki UE kładzie na wykonywanie wyroków ETPC oraz na demokratyzację i prawa człowieka. Mimo wprowadzonych już poprawek prawo wymaga jeszcze wielu zmian, na co składają się różne czynniki. Obecna konstytucja została uchwalona w czasie przewrotu wojskowego, co skutkuje tym, że jej istota jest niedemokratyczna i najlepszym rozwiązaniem wydaje się być przyjęcie nowej. Podobnie daleko idące zmiany należałoby zastosować do wielu innych aktów prawnych. Konieczne są jeszcze odważniejsze zmiany, jak pokazują chociażby modyfikacje art. 301 Kodeksu Karnego. Ponadto podczas implementowania wyroku Trybunału często zostaje zmienione prawo, ale opór ze strony sędziów i urzędników państwowych, którzy niezwykle często mają poglądy bardzo zachowawcze, nie gwarantuje jego realizacji. Szczególnie w regionach południowo-wschodniej Turcji dochodzenie praw człowieka – nawet zagwarantowanych w prawie tureckim – jest często problematyczne. Wydaje się, że istnieje również trend wykonywania przez Turcję „niedrażliwych” wyroków, a pomijania wyroków w tematach „drażliwych”. Inną kwestią jest nieimplementowanie wyroków z powodów politycznych.

W zakresie wolności wyznania Trybunał dotychczas oceniał, że polityka prowadzona przez Turcję mieści się w marginesie swobody uznania państwa. Pierwsze istotne wyroki stwierdzające naruszenie art. 9 pojawiły się w 2010 roku. Modyfikacja prawa po wyrokach *Sinan Işık przeciwko Turcji*, *Ahmet Arslan i inni przeciwko Turcji* oraz *Erçep przeciwko Turcji* może okazać się pierwszym krokiem do zmian w tym zakresie. W szczególności w wyroku *Ahmet Arslan i inni przeciwko Turcji* Trybunał odrzucił wspieranie rygorystycznej, sekularnej polityki mającej na celu wymazanie widoczności religii z przestrzeni publicznej. Wyrok ten wpisuje się w kilka wyroków ukazujących inne podejście Trybunału do ochrony prawa do sumienia⁷⁶. Nasuwa się pytanie, czy wyroki z 2010 i 2011 roku były pierwszym krokiem w kierunku zmiany tureckiego sekularyzmu, Trybunał zaczął bowiem stwierdzać, że część zjawisk występujących w Turcji nie mieści się w granicach sekularyzmu i ochrony przed ekstremizmem. Może się okazać, że takie wyroki długofalowo przybliżą turecki sekularyzm do francuskiego.

Jak pokazuje powyższa analiza, nawet jeśli pojedyncze wyroki są nieimplementowane lub wykonywane nieskutecznie, całościowo wpływ orzecznictwa Trybunału na ustawodawstwo tureckie jest bardzo duży, w szczególności w zakresie wolności i bezpieczeństwa osobistego oraz prawa do rzetelnego procesu sądowego. Należy oczekiwać, że podobny wpływ będą miały również wyroki w sprawie wolności wyznania.

**The impact of the European Convention on Human Rights
on the Turkish legislation. Observations based on the European Court
of Human Rights jurisprudence regarding freedom of religion**

(Summary)

Both the European Convention of Human Rights (hereinafter Convention) and the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) have had a great impact on the Turkish legislation. Through the changes initiated by them, the Turkish law has become

⁷⁶ J. Martinez-Torron, *The (Un)protection of Individual Religious Identity of Strasbourg Court Law*, “Oxford Journal of Law and Religion”, 2012, vol. 1, s 25.

more consistent with human rights standards. Until the year 2010 the ECtHR has found Turkey's violation in 2245 cases. There are only two other countries that have received such rulings more than one thousand times – Italy (1617) and Russia (1019). A judgment of the ECtHR finding a violation of the Convention imposes on the state two obligations. Firstly, the implementation of recommendations arising from the judgment in relation to the victim. Secondly, brining the law and its application in conformity with the Convention. This article focuses on the second aspect.

During the first years after recognizing the individual complaint mechanism, the judgments have been implemented superficially and often ineffectively. That changed due to the democratic reforms and the accession negotiations with the European Union, and currently most of the judgments are implemented properly.

There has been many amendments to the Turkish law, especially to the Constitution and the criminal law. Despite the already introduced changes, the Turkish law still needs many modifications which is caused by various factors. One of them is the history of Turkey in the twentieth century – there have been three military coups (1960, 1971, 1980) and in the east and south-east of Turkey there has been a state of emergency in force (1987-2002). The Turkish Constitution, like many other acts, was adopted during the military coup and therefore its essence is not democratic. For that reason, it seems that adopting a new constitution would be a better solution than amending it. Similarly, far reaching changes should be applied to many other acts. Another factor is the resistance of judges and officials, who often oppose the democratic changes and apply the law in a way that favors state interest. Moreover, the Turkish government seems to be refraining from implementing judgments concerning sensitive issues, while focusing on the non-sensitive ones. Another matter is not implementing judgments for political reasons, for example associated with the Northern Cyprus conflict.

Despite those problems, changes made by Turkey under the influence of the ECtHR should be considered positive, especially in the context of art. 5 and 6 of the Convention. In particular, significant amendments have been introduced to the criminal law.

The judgments concerning freedom of religion are an interesting and important topic because although Turkish citizens have very often invoked the violation of Art. 9 of the Convention (freedom of thought, conscience and religion), it is a rare area where the ECtHR has by and large upheld domestic law and ruled in favor of the government. The ECtHR has considered in most cases that Turkey's policies fall within the margin of appreciation.

Hitherto, when the applicant claimed violation of the Art. 9 of the Convention, the Court found the application inadmissible or found no violation. Most of those cases were lodged by Muslims who opposed Turkey's secular policies, either by former military officers expelled from the army allegedly on the ground of their fundamentalist religious activities, or by women whose educational or professional activities were restricted due to their headscarves.

So far only in four cases the ECtHR has issued a judgment stating a violation of Art. 9 of the Convention, namely *Cyprus vs. Turkey* (judgment in 2001), *Sinan Işık vs. Turkey* (2010), *Abmet Arslan and others vs. Turkey* (2010), and *Erçep vs. Turkey* (2011). The first

case concerned violations caused by the Northern Cyprus conflict, so it is not of important meaning for the freedom of religion in Turkey itself. The remaining three judgments were delivered after 2010 and are yet to be implemented. Nevertheless, they mark an important change in attitude of the ECtHR toward the Turkish secularism. Especially important is the judgment in *Ahmet Arslan and others vs. Turkey*, in which the ECtHR refused to support the policy designed to erase the visibility of religion from the public sphere. Which must be marked, the ECtHR stressed the difference between this judgment and *Leyla Şahin vs. Turkey*, stating that the specific environment of educational institutions may be subject to more restrictions.

Even when some judgments are not implemented at all or not effectively, the overall impact of the Court on the Turkish is significant. Similar to the changes made in the criminal law, the ECtHR judgments might change Turkey's policy concerning freedom of religion.

Bibliografia

- Abresch W., *A Human Rights Law of International Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, "European Journal of International Law", 2005, vol. 16, no. 4;
- Aldana-Pindell R., *An Emerging Universality of Justiciable Victims' Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes*, "Human Rights Quarterly", 2004, vol. 26;
- Antkowiak T.M., *An emerging mandate for international courts: victim-centered remedies and restorative justice*, "Stanford Journal of International Law", 2011, vol. 47;
- Antkowiak T.M., *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, "Columbia Journal of Transnational Law", 2008, vol. 46;
- Antonów K., *Ponowne ustalenie prawa do świadczeń z ubezpieczeń społecznych*, „Przegląd Sądowy”, 2009, nr 1;
- Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons convention*, ed. by M. Meyer, London 1989;
- Babińska R., *Wzruszalność prawomocnych decyzji rentowych*, Warszawa 2007;
- Bachmann S.-D.O.V., P.P. Miretski, *Global business and human rights – the UN norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights – a requiem*, "Deakin Law Review", 2012, vol. 17, no 1;
- Backer L.C., *Multinational corporations, transnational law: the United Nations' norms on the responsibilities of transnational corporations as a harbinger of corporate social responsibility in international law*, "Columbia Human Rights Law Review", 2005, vol. 37;
- Balcerzak M., B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010;
- Balcerzak M., *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008;
- Bañbor J., J. Berny, D. Kuziel, *Konflikty na Kaukazie*, Warszawa 1997;
- Barber R.J., *The Proportionality equation: balancing military objectives with civilian lives in the armed conflict in Afghanistan*, "Journal of Conflict & Security Law", 2010, vol. 15, no. 3;
- Barcik J., A. Bentkowska, *Prawo UE z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2008;
- Barcz J., M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2011;
- Barnidge jr. R.P., *The due diligence principle under international law*, "International Community Law Review", 2006, vol. 8, no. 1;
- Bassiouni M.Ch., *International Recognition of Victims' Rights*, „Human Rights Law Review”, 2006, vol. 6, no. 2;
- Bennoune K., *Toward a Human Rights Approach to Armed Conflict: Iraq 2003*, "U.C. Davis Journal of International Law and Policy", 2004-2005, no. 11;

- Berry E., *The extra territorial reach of the ECHR*, "European Public Law", 2006, vol. 12, no. 4;
- Bertoni E.A., *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards*, "European Human Rights Law Review", 2009, vol. 3;
- Bieńkowska E., C. Kulesza, *Europejskie standardy kształtowania sytuacji ofiar przestępstw*, Białystok 1997;
- Bieńkowska E., L. Mazowiecka, *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009;
- Bieńkowska E., L. Mazowiecka, *Uprawnienia pokrzywdzonego przestępstwem*, Warszawa 2009;
- Bodansky D., J.R. Crook, *The ILC's state responsibility articles. Introduction and overview*, "The American Journal of International Law", 2002, vol. 96;
- Bodnar A., *Trywializacja Strasburga. Wyroki ETPC w sprawach o naruszenia dostępu do sądu*, „Na wokandzie”, 2010, nr 2;
- Bodnar A., B. Grabowska, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka w sprawie Moskal przeciwko Polsce*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 2010, nr 6;
- Bohlander M., *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London 2007 ;
- Bond P., D. McDonald, G. Ruiters, *Water Privatisation in Southern Africa: The State of the Debate*, "Economic and Social Rights Review", 2003, vol. 4, issue 4;
- Bouvier A.A., M. Sassòli, *How does law protect in war?*, vol. I, 2nd ed., Geneva 2006;
- Boven T. van, *Reparative Justice – Focus on Victims, SIM Lecture 2007*, "Netherlands Quarterly of Human Rights", 2007, vol. 25;
- Brown Weiss E., *Invoking state responsibility in the twenty-first century*, "The American Journal of International Law", 2002, vol. 96
- Brownlie I., *Principles of public international law*, 5th ed., Oxford 1998;
- Brownlie I., *System of the law of nations: state responsibility*, t. I, Oxford 1983;
- Burgogue-Larsen L., R. Greenstein, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford 2011;
- Cançado Trindade A.A., *Current State and Perspectives of the Inter-American System of Human Rights Protection at the Dawn of the New Century*, "Tulane Journal of International and Comparative Law", 2000, vol. 8;
- Canton S.A., *The Role of the OAS Special Rapporteur for Freedom of Expression in Promoting Democracy in the Americas*, "University of Miami Law Review", 2002, vol. 56;
- Cassese A., *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, „Journal of International Criminal Justice”, 2006, t 4 (2), s. 410
- Cassese A., *International law*, Oxford 2001;
- Chaliand G., *A people without a country. Kurds & Kurdistan*. New York 1993;
- Cieślak E., K. Józwiak, *Użycie samolotów bezzałogowych w działaniach taktycznych wojsk lądowych*, Warszawa 1998;
- Cindoglu D., *Headscarf ban and discrimination: professional headscarved women in the labor market*, Ankara 2011;
- Clapham A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996;
- Clapham A., *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford 2006;
- Clayton R., H. Tomlinson, *Fair Trial Rights*, Oxford 2006;
- Commentary on the Additional Protocols*, ed. by Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, Geneva 1987;

- Concepts of General Domestic Remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process, 4th Warsaw Seminar. In memory of Professor Krzysztof Skubiszewski (1926-2010) 9-10 September 2010*, Warszawa 2010;
- Corporate criminal liability, Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*, ed. by M. Pieth, R. Ivory, London 2011;
- Costello C., *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, "Human Rights Law Review", 2006, vol. 6;
- Counter-Terrorism: International Law and Practice*, ed. by A.M. Salinas de Frias, K.L.H. Samuel, N.D. White, Oxford 2012;
- Crawford J., *The ILC's Articles on responsibility for states for internationally wrongful acts: a retrospect*, "The American Journal of International Law", 2001, vol. 96;
- Crimes of War*, ed. by R. Gutman, D. Rieff i A. Dworkin, New York – London 2007;
- Croquet N., *The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence?*, "Human Rights Law Review", 2011, nr 11;
- Cryer R., H. Friman, D. Robinson, E. Wilshurt, *An Introduction to International Criminal Law and Procedures*, Cambridge 2010;
- Customary International Humanitarian Law*, ed. by J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, vol. 1: *Rules*, New York 2005;
- Cyprian T., S. Sawicki, *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa – Kraków 1948;
- Czapliński W., A. Wyzomska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004;
- Czarny B., R. Rapacki, *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2002;
- Czupryński A., *Współczesna sztuka wojenna a humanitaryzm działań bojowych, Prawne ograniczenia środków walki. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki*, „Zeszyt Problemowy”, 2010, nr 3 (63);
- D.M. Chirwa, *The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights*, "Melbourne Journal of International Law", 2004, vol. 1;
- Dennis M.J., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, "American Journal of International Law", 2005, vol. 99;
- Dijk P. van, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston 1990;
- Dinstein Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge 2004;
- Doswald-Beck L., *International Humanitarian Law: A Means of Protecting Human Rights in Time of Armed Conflict*, "African Journal of International and Comparative Law", 1989, no. 1;
- Doswald-Beck L., *The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?*, "International Review of the Red Cross", 2006, no. 864;
- Douglas-Scott S., *A tale of two courts: Luxemburg, Strasburg and the growing European human rights acquits*, "Common Market Law Review", 2006, vol. 43;
- Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk, Warszawa 2010;
- Draper G.I.A.D., *Human Rights and the Law of War*, "Virginia Journal of International Law", 1971-1972, no. 12;
- Dröge C., *Elective affinities? Human rights and humanitarian law*, "International Review of the Red Cross", 2008, no. 871;

-
- Dröge C., *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, [b.m.] 2003;
- Dröge C., *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, "Israel Law Review", 2007, no. 40;
- Dulko S., K. Imieliński, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988;
- Dupuy P.-M., *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, "European Journal of International Law", 1999, vol. 10, no 2;
- Duxbury N., *Robert Hale and the Economy of Legal Force*, "Modern Law Review", 1990, vol. 53, no. 4;
- Edwards A., *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge 2011;
- Engström V., *Who is responsible for corporate human rights violations?*, Turku 2002;
- Erözdan O., H. Güllalp, D. Kurban, *Supernational rights litigation, implementation and the domestic impact of Strasburg Court jurisprudence: A case study of Turkey*, Athens 2008;
- Escudero-Pascual A., I. Hosein, *The Hazards of Technology-Neutral Policy: Questioning Lawful Access to Traffic Data*, "Communications of the Association for Computing Machinery", 2004, nr 47;
- Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgoszka, Toruń 2011;
- Europejska Konwencja Praw Człowieka. Poradnik praktyczny*, red. Ł. Bojarski, M. Krzyżanowska-Mierzewska, Warszawa 2011;
- Faúndez Ledesma H., *The Inter-American System for the Protection of Human Rights: Institutional and Procedural Aspects*, San José 2007;
- Feinstein B.A., *The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier*, "Northwestern Journal of International Human Rights", 2005-2006, no. 4;
- Flemming M., *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów, uzupełn. i red. M. Gąska i E. Mikos-Skuza*, Warszawa 2003;
- Florjanowicz-Błachut P., A. Wilk, *Ochrona praw podstawowych w Europie. Sprawa Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vs Ireland*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, 2006, nr. 4-5;
- Forrest Martin F., *Using International Human Rights Law for Establishing a Unified Use of Force Rule in the Law of Armed Conflict*, "Saskatchewan Law Review", 2001, no. 64;
- Gaeta P., *The Armed Conflict in Chechnya before the Russian Constitutional Court*, "European Journal of International Law", 1996, vol. 7, no. 4;
- Gallagher A.T., *The international law of human trafficking*, Cambridge 2010;
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006;
- Garraway Ch., *To Kill or Not to Kill? – Dilemmas on the Use of Force*, "Journal of Conflict and Security Law", 2009, no. 14;
- Gewirtz P., *Remedies and Resistance*, „Yale Law Journal”, 1983, vol. 92;
- Globalizacja a stosunki międzynarodowe*, red. E. Halizak, R. Kuźniar, J. Symonides, Bydgoszcz 2004;
- Gładych K., *Odzwierciedlenie transseksualizmu w polskim akcie urodzenia*, „Technika i USC”, 2001, nr 1(26);
- Gołuch A., *Zasada wolnych wyborów w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Sejmowy”, 2007, nr 2(79);

-
- Gondek M., *Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization*, "Netherlands International Law Review", 2005, vol. 52, no. 3;
- Gonzalez D.M., *Orientación sexual e identidad de genero: los derechos menos entendidos*, Barcelona 2007;
- Grabowska B., *Sfera publiczna – zbyteczna czy niezbędna w państwie liberalnym?*, „Filo-Sofija”, 2003, nr 1(3);
- Gronowska B., *Europejski Trybunał Praw Człowieka w poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011;
- Gronowska B., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 12 listopada 2002 r. w sprawie Płoski przeciwko Polsce (dot. pozbawienia życia rodzinnego osoby pozbawionej wolności)*, „Prokuratura i Prawo”, 2003, nr 7-8;
- Gronowska B., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 6 października 2005 r. w sprawie Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (dot. prawa wyborczego osób pozbawionych wolności)*, „Prokuratura i Prawo”, 2005, nr 12;
- Groome D., *The Right to Truth in the Fight Against Impunity*, "Berkeley Journal of International Law", 2009, vol. 29, no. 1;
- Grossman C., *Freedom of Expression in the Inter-American System for the Protection of Human Rights*, "ILSA Journal of International and Comparative Law", 2001, vol. 7;
- Grossman C., *The Inter-American System and its Evolution*, "Inter-American and European Human Rights Journal", 2009, vol. 2;
- Grossman D., *On killing*, New York 2009;
- Grzebyk P., *Pojęcia „osoba cywilna” oraz „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych” (wytyczne Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża)*, „Państwo i Prawo”, 2012, nr 2;
- Grzybowski S., *Ochrona praw osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957;
- Guild E., *Inside Out or Outside In? Examining Human Rights in Situations of Armed Conflict*, "International Community Law Review", 2007, no. 9;
- Guisández Gómez J., *The law of air warfare*, "International Review of the Red Cross", 1998, no. 323;
- Hale R.L., *Force and the State: A Comparison of 'Political' and 'Economic' Compulsion*, "Columbia Law Review", 1935, vol. 35;
- Hampson F.J., *The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body*, "International Review of the Red Cross", 2008, no. 871;
- Hansen A., *Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict*, "Military Law Review", 2007, vol. 194;
- Harmsen R., *National Responsibility for European Community Acts under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*, "European Public Law", 2001, vol. 7;
- Harris D.J., S. Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford 1998;
- Heintze H.-J., *On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, "International Review of the Red Cross", 2004, no. 856;
- Henckaerts J. M., L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules*, Cambridge 2005;
- Henderson I., *The contemporary law of targeting*, Leiden – Boston 2009;
- Hillemanns C.F., *UN norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, "German Law Journal", 2003, vol. 4, no. 10;

- Hioureas C., *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: Is corporate liability under the alien tort statute on its way out?*, "Berkeley Journal of International Law Publicist", 2011, vol. 9;
- Ignatieff M., *Virtual war*, New York 2001;
- International criminal law*, ed. by M.Ch. Bassiouni, vol. III: *International enforcement*, 3rd ed., Leiden 2008;
- International human rights and humanitarian law. Treaties. Cases and analysis*, ed. by F.F. Martin, S.J. Schnably, R.J. Wilson, J.S. Simon, M.V. Tushnet, Cambridge 2006;
- International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, ed. by G. Alfredsson, J. Grimheden, B.G. Ramcharan, A. Zayas, Leiden 2009;
- Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, ed. by M. Fitzmaurice, D. Sarooshi, Oxford 2004;
- Jackowski, *Glosa do wyroku z 15 IX 2009 r. w sprawie Moskal v. Polska, skarga Nr 10373/05*, „Państwo i Prawo”, 2010, nr 7
- Jankowska-Gilberg M., *Zakres obowiązków pozytywnych państwa na tle aktualnego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, 2009, vol. VII;
- Jarocki P., *Prawa ofiar przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10;
- Jasiński F., *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2003;
- Jasudowicz Tadeusz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 1997;
- Jasudowicz Tadeusz, *Widmo krąży po Europie. Bezprawie paktu Ribbentrop-Mołotow*, Toruń 1993;
- Jędrasik-Jankowska I., *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2010;
- Jochnick C., *Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights*, "Human Rights Quarterly", 1999, vol. 21, no 1;
- Kalaycıoğlu E., D. Kurban, *Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in Turkey: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform*, Athens 2007;
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010;
- Kamiński I.C., *Sankcje karne w orzecznictwie ETPC za nadużycia swobody wypowiedzi*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2009, nr 1;
- Kamiński I.C., *Sądowy zakaz publikacji a europejskie standardy swobody wypowiedzi*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 9;
- Kamiński I.C., *Zakaz karania bez podstawy prawnej – orzecznictwo ETPC za lata 2008-2010*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 11;
- Karpowicz J., K. Kozłowski, *Bezzałogowe aparaty latające i miniaturowe aparaty latające*, Warszawa 2003;
- Karski K., *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2011, nr 2;
- Katyn: State-sponsored-extermination*, ed by. M.B. Szonert, Cleveland 2012;
- Kempen P.H. van, *Human rights and criminal justice applied to legal persons. Protection and liability of private and public juristic entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and Af-ChHPR*, "Electronic Journal of Comparative Law", 2010, vol. 14.3;
- Kinley D., J. Tadaki, *From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law*, "Virginal Journal of International Law", 2004, vol. 44;
- Kirişçi K., W. Gareth, *Kürt sorunu: Kökeni ve Gelişimi*, İstanbul 2007;
- Knutsen E.S., *Techno-Neutrality of Freedom of Expression in New Media Beyond the Internet*, "UCLA Entertainment Law Review", 2001, nr 8;

- Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011;
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366*, red. K. Piasecki, t. I, Warszawa 2010;
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2011;
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, t. I, Warszawa 2007;
- Kolb R., *Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme*, "Canadian Yearbook of International Law", 1999, no. 37;
- Koncewicz T.T., *Prawa człowieka w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, „Przeegląd Sądowy”, 2002, nr 10;
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, t. I: *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010;
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. L. Garlicki, t. II: *Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, Warszawa 2011;
- Konwencja o prawach dziecka*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999;
- Koops B.J., M. Lips, C. Prins, M. Schellekens, *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*, Den Haag 2006;
- Korcyl-Wolska M., *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Warszawa 2008;
- Koziej S., *Między piekłem a rajem: szare bezpieczeństwo na progu XXI wieku*, Toruń 2006;
- Kronobis-Romanowska D., *Europejska Konwencja Praw Człowieka w systemie prawa Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2001;
- Królikowski M., *Odpowiedzialność karna jednostki za sprawstwo zbrodni międzynarodowej*, Warszawa 2011;
- Księga Pamiątkowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, Toruń 2004;
- Kuczyńska H., *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Biuro Studiów i Analiz SN, „Biuletyn Prawa Karnego”, 2010, nr 3;
- Kuźniar J., *Ponowne ustalenie prawa do świadczeń emerytalno-rentowych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 2004, nr 6;
- Kuźniar R., *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, wyd. 3, Warszawa 2006;
- La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, éd. E. Decaux, P.-H. Imbert, L.-E. Pettiti, Paris 1999;
- Lachs M., *Prawne gwarancje praw człowieka*, „Nowa Polska”, 1946, nr 4;
- Lécuyer Y., *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2009;
- Leksykon ochrony praw człowieka*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010;
- Lenaerts K., J. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, "Common Market Law Review", 2010, vol. 47;
- Letsas G., *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, "European Journal of International Law", 2004, vol. 15, no. 2;
- Lock T., *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Review", 2010, vol. 10;
- Łętowska E., *Czekając na Godota, czyli jak wykonywać wyroki ETPC (uwagi na tle sprawy Moskal v. Polska)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 2;

- Manfred Lachs – wybitny prawnik świata*, red. Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa, Warszawa 2011;
- Martinez-Torron J., *The (Un)protection of Individual Religious Identity of Strasbourg Court Law*, “Oxford Journal of Law and Religion”, 2012, vol. 1;
- Masternak-Kubiak M., *Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1998;
- McIntyre G., *Equality of Arms – Defining Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, “Leiden Journal of International Law”, 2003, nr 16;
- Meron T., *Prawo humanitarne a prawa człowieka*, „Państwo i Prawo”, 2009, nr 4;
- Meron T., *The Humanization of Humanitarian Law*, “American Journal of International Law”, 2000, no. 94;
- Mężykowska A., *Ochrona pokrzywdzonych przestępstwem w świetle Europejskiej konwencji praw człowieka*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2010, nr 3;
- Michalska A., *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994;
- Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007;
- Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, Toruń 2007, Toruń 2007;
- Mik C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000;
- Mik C., *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994;
- Mik C., *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992;
- Modern Challenges of Human Rights Protection*, ed. by S. Ożóg, Olsztyn 2011;
- Mongelard E., *Corporate civil liability for violations of international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross”, 2006, vol. 88, no 863;
- Morawska E.H., *Odpowiedzialność państwa za bierność wobec przemocy domowej i dyskryminację jej ofiar. Glosa do wyroku ETPC z 9.06.2009 r. w sprawie Opuz v. Turcja*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 2;
- Muras Z., *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i w prawie karnym materialnym. Komentarz*, Warszawa 2010;
- Murray R., *Serious or massive violations under the African Charter on Human and Peoples’ Rights*, “Netherlands Quarterly of Human Rights”, 1999, vol. 17, no. 2;
- Negri S., *The Principle of “Equality of Arms” and the Evolving Law of International Criminal Procedure*, “International Criminal Law Review”, 2005, vol. 5;
- Non-state actors and human rights. Collected Courses of the Academy of European Law*, ed. by Ph. Alston, Oxford 2005;
- Nowicki M.A., *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999;
- Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. II: *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002;
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010;
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej: krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2000;
- Obokota T., *Smuggling of human beings from a human rights perspective: obligations of non-state and state actors under international human rights law*, “International Journal of Refugee Law”, 2005, vol. 17;
- Olson L.M., M. Sassòli, *The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*, “International Review of the Red Cross”, 2008, no. 871;

- Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009;
- Osajda K., *Orzecznictwo ETPC dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2009, nr 5;
- Pasqualucci J.M., *Criminal Defamation and the Evolution of Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law”, 2006, vol. 39;
- Pasqualucci J.M., *The Inter-American Human Rights System: Progress Made and Still to Be Made*, „German Yearbook of International Law”, 2009, vol. 52;
- Pasqualucci J.M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge 2003;
- Patten Ch., *Complementarity in the Human Rights Arena. Strengths and weaknesses of the European Union*, „Human Rights Law Journal”, 2000, vol. 21;
- Paulus A., M. Vashakmadze, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*, „International Review of the Red Cross”, 2009, vol. 91, no. 873;
- Pauw E.J., A.Ch. Shapiro, *Defamation, the Free Press, and Latin America: a Roadmap for the Inter-American Court of Human Rights and Emerging Democracies*, „Miami Inter-American Law Review”, 1998, vol. 30;
- Pictet J., *Development and principles of international humanitarian law*, Dordrecht – Boston – Lancaster – Genève 1985;
- Pieszczyk M., *Zasada lex retro non agit w kontekście zbrodni wojennych – rozważania na tle orzeczeń ETPC w sprawie Kononov v. Łotwa*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2011, nr 6;
- Pietrzykowski H., *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009;
- Pietrzykowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2010;
- Pisillo Mazzeschi R., *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, Alphen aan den Rijn 2008;
- Pisillo Mazzeschi R., *The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states*, „German Yearbook of International Law”, 1992, vol. 35;
- Pisillo Mazzeschi R., *The marginal role of the individual in the ILC's Articles on state responsibility*, „Italian Yearbook International Law”, 2004, no. 14;
- Plaňavova-Latanowicz J., *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000;
- Płachta M., *Międzynarodowy Trybunał Karny*, t. I, Kraków 2004;
- Podgórski P., *Znudziłem się Bogu w połowie. Skutki prawne transseksualizmu*, Warszawa 2009;
- Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin profesora Janusza Gilasa*, red. C. Mika, Toruń 1997;
- Political Rights under Stress in 21st Century Europe*, ed. by W. Sadurski, Oxford 2006;
- Pozycja ofiary w procesie karnym – standardy europejskie a prawo krajowe*, red. J.B. Banach-Gutierrez, T. Cielecki, A. Suchocka, Szczytno 2008;
- Prawa człowieka. Wybór dokumentów międzynarodowych*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1999;
- Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, red. L. Koba, W. Waclawczyk, Warszawa 2009;
- Prawa dziecka po przystąpieniu do Unii Europejskiej*, red. M. Potapowicz, M. Krauzowicz, P. Przybylski, Warszawa 2004;
- Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. K. Gałka, C. Mik, Toruń 2009;

-
- Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa prof. Renaty Sonnenfeld-Tomprek*, red. J. Menkes, Warszawa 2006;
- Prawo międzynarodowe – terażniejszość, perspektywy, dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, red. E. Mikos-Skuza, K. Myszońska-Kostrzewa, J. Poczobut, Warszawa 2013;
- Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna. Wybór dokumentów*, oprac. L. Gelberg, Warszawa 1954;
- Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe - granice i wspólne obszary. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, red. B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małuścka, Katowice 2009;
- Prawo międzynarodowe. Źródła i materiały*, oprac. A. Górbiel, Katowice 1970;
- Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, ed. by M.G. Kohen, Leiden 2007;
- Pulkowski D., B. Simma, *Of planets and the universe: self-contained regimes in international law*, "European Journal of International Law", 2006, vol. 17;
- Ratner S.R., *Corporations and human rights: A theory of legal responsibility*, "Yale Law Journal", 2001-2002, vol. 111;
- Regulating International Business: Beyond Liberalization*, ed. by S. Picciotto, R. Mayne, London 1999;
- Rekosh E., K. Buchko, V. Terzieva, *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists*, New York 2001;
- Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, ed. by C. Ferstman, M. Goetz, A. Stephens, Leiden 2009;
- Ress G., *Problems of extraterritorial human rights violations – the jurisdiction of the European Court on Human Rights: the Banković case*, "Italian Journal of International Law", 2002, vol. 12;
- Ress G., *State responsibility for extraterritorial human rights violations: the case of Banković*, „Zeitschrift für Europarechtlichen Studien”, 2003, H. 6;
- Robots militaires: aspects éthique et juridiques*, éd. R. Doaré, H. Hude, Paris 2011;
- Rodríguez-Pinzón D., *The "Victim" Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of "Person" in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System*, "ILSA Journal of International and Comparative Law", 2001, vol. 7;
- Rudnicki S., *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999;
- Rüth A., M. Trilsch, *European Convention on Human Rights – NATO military operation in Kosovo – notion of „jurisprudence” under Article 1 – conditions for extraterritorial applicability of the Convention*, "American Journal of International Law", 2003, vol. 97, no. 1;
- Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009;
- Schabas W.A., *Lex specialis? Belt and Suspenders? The Parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of ius ad bellum*, "Israel Law Review", 2007, no. 40;
- Schmitt M.N., *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, "Air Force Law Review", 2008, vol. 62;
- Schmitt M.N., *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, "Chicago Journal of International Law", 2005, vol. 5, no. 2;

- Schmitt M.N., *Precision attack and international humanitarian law*, "International Review of the Red Cross", 2005, vol. 87, no. 859;
- Schomburg W., *The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights*, "Northwestern Journal of International Human Rights" 2009, vol. 8;
- Schutter, O. de, *International human rights law. Cases, materials, commentary*, Cambridge 2010;
- Selected Problems of the European Protection of Human Rights*, ed. by J. Czepek, Olsztyn 2011;
- Shamir R., D. Weiss, *Corporate accountability to human rights: the case of the Gaza strip*, "Harvard Human Rights Journal", 2011, vol. 24
- Shaw M., *International law*, 5th ed., Cambridge 2003;
- Shelton D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford 2005;
- Shue H., *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, Princeton 1980;
- Sieńczyło-Chłabcz J., *Dozwolona krytyka prasowa osób pełniących funkcje publiczne w orzecznictwie ETPC*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 4;
- Singer P.W., *Wired for War*, London 2009;
- Skrzydło J., *Wolność słowa a ochrona prywatności osób powszechnie znanych w orzecznictwie ETPC*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2009, nr 7;
- Skrzypkowski A., M. Wojtkowiak, *Praca operatora bezzałogowych samolotów bojowych w aspekcie medycyny lotniczej*, „Przegląd Wojsk Lotniczych i Obrony Powietrznej”, 2004, nr 4;
- Skuteczność prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2010;
- Sozański J., *Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym*, Warszawa – Poznań 2003;
- Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, red. E. Zielińska, t. III: *Prawo karne*, Warszawa 1997;
- Stone C.D., *Corporate Vices and corporate virtues: do public/private distinctions matter?*, "University of Pennsylvania Law Review", 1982, vol. 130, no. 6;
- Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005;
- Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Słebzak, t. IV, Poznań 2010;
- Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyta, Warszawa 2003;
- Szpak A., *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009;
- Szpunar A., *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra”, 1978, nr 8;
- Szuniewicz M., *Wpływ orzecznictwa strasburskiego na standard ochrony praw człowieka w Unii europejskiej (z uwzględnieniem zmian traktatowych z grudnia 2007 r.)*, „Studia Europejskie”, 2008, nr 1;
- Ślęzak K., *Ochrona emerytalnych praw nabytych*, Warszawa 2009;
- Tarnogórski R., *Pierwszy wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Biuletyn PISM”, 2012, nr 45 (910);
- Taylor R.S., *The Capture versus Kill Debate: Is the Principle of Humanity Now Part of the Targeting Analysis When Attacking Civilians Who Are Directly Participating in Hostilities?*, "Army Lawyer", 2010, June;
- The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, ed. by A. Constantinides, N. Zaikos, Leiden 2009;
- The EU and Human Rights*, ed. by Ph. Alston, Oxford 1999;
- The European system for the protection of human rights*, ed. by R.S.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht-Boston 1993;
- The impact of human rights law on general international law*, ed. by M.T. Kamminga, M. Scheinin, Oxford 2009;

-
- The Inter-American System of Human Rights*, ed. by D.J. Harris, S. Livingstone, Oxford 1998;
- The International Dimensions of Human Rights*, ed. by K. Vasak, t. 1, Paris 1982;
- The International Law Commission's Articles on state responsibility. Introduction, text and commentaries*, ed. by J. Crawford, 3rd ed., Cambridge 2005;
- The right to food*, ed. by M. Nijhoff, The Hague 1982;
- The Role of the Nation-State in the 21st Century*, ed. by M. Castermans, F. van Hoof, J. Smith, The Hague 1998;
- Tochilovsky V., *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights. Procedure and Evidence*, Leiden 2008;
- Traktat nicejski*, red. A. Podraza, Lublin 2001;
- Trocha O., *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego*, „Edukacja Prawnicza”, 2011, nr 11;
- Trzciński J., *Komentarz, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1999
- Úbeda de Torres A., *Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: a Comparison with the Inter-American System of Protection of Human Rights*, “Human Rights Brief”, 2003, vol. 10;
- Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, red. K. Antonów, Warszawa 2009;
- Val-Garijo F., *Reparations for Victims as a Key Element of Transitional Justice in the Middle East Occupied Territories: A Legal and Institutional Approach*, „International Studies Journal”, 2010, vol. 6, no. 4;
- Vázquez C.M., *Direct vs. indirect obligations of corporations under international law*, “Columbia Journal of Transnational Law”, 2005, working paper no. 844367;
- Velu J., R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990;
- Voorhoof D., *Freedom of Expression under the European Human Rights System*, “Inter-American and European Human Rights Journal”, 2009, vol. 2;
- Watkin K., *Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict*, “American Journal of International Law”, 2004, no. 98;
- Wąsek-Wiaderek M., *The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries: a comparative view*, Leuven 2000;
- Wierczyńska K., *Podstawa prawna odpowiedzialności za działania zbrojne na Węgrzech w 1956 r. – glosa do wyroku ETPC z 19.09.2008 r. w sprawie Korbely v. Węgrom*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2010, nr 4;
- Wiśniewski A., *Wolność wypowiedzi w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w świetle skarg kierowanych przeciwko Polsce*, „Radca Prawny”, 2005, nr 3;
- Wróbel W., A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010;
- Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, red. J. Kolasa, B. Mielnik, t. I: *Zagadnienia instytucjonalne*, Wrocław 2009;
- Zagrożenia asymetryczne współczesnego świata*, red. S. Wojciechowski, R. Fiedler, Poznań 2009;
- Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim systemie prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011;
- Zappalà S., *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford 2003.

