

4

2013

ISSN 2082-1786

POLSKI ROCZNIK
PRAW CZŁOWIEKA
I PRAWA HUMANITARNEGO



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

Rada Programowa

**GAETANO DAMMACCO (BARI), GRAŻYNA MICHAŁOWSKA, ANDRZEJ RZEPLIŃSKI,
JAN SANDORSKI, JANUSZ SYMONIDES, JERZY ZAJADŁO**

Komitet Redakcyjny

**PIOTR DARANOWSKI, TADEUSZ JASUDOWICZ (PRZEWODNICZĄCY),
ELŻBIETA KARSKA, CEZARY MIK (WICEPRZEWODNICZĄCY), MAREK PIECHOWIAK**

Recenzenci

**PIOTR DARANOWSKI, BOŻENA GRONOWSKA, KAROL KARSKI,
GRAŻYNA MICHAŁOWSKA, IRENA RZEPLIŃSKA, ANDRZEJ RZEPLIŃSKI, ADAM WIŚNIEWSKI**

Redakcja tomu

JAKUB CZEPEK, RADOSŁAW FORDOŃSKI, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redaktor wydawniczy

DANUTA JAMIOŁKOWSKA

Projekt okładki

MARIA FAFIŃSKA

Adres Redakcji

**Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego
ul. Warszawska 98, 10-702 Olsztyn
tel. (89) 524-64-24, e-mail: jakub.czepek@uwm.edu.pl; r.ford@neostrada.pl;
m.lubiszewski@uwm.edu.pl**

ISSN 2082-1786

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2013

Wydawnictwo UWM
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. (89) 523 36 61, fax (89) 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład 170 egz. ark. wyd. 21,5; ark. druk. 18,25
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 54

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek , Czy wymuszone zaginięcia mogą stanowić problem systemowy w kontekście orzecznictwa ETPC? Rozważania na temat wyroku ETPC w sprawie Aslakhanova i inni przeciwko Rosji	7
Tadeusz Jasudowicz , Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	19
Małgorzata Judycka , Problematyka dyscypliny szkolnej w świetle międzynarodowych standardów praw człowieka	41
Maciej Lubiszewski , O jakości polskiego rozliczenia z przeszłością w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie <i>Przemysław przeciwko Polsce</i>	59
Rafał Mizerski , Podstawy obowiązku ustanowienia i stosowania krajowych gwarancji proceduralnych w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka	69
Adam Nawrocki , Refleksje na temat prawa do życia na tle orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie <i>P. i S. przeciwko Polsce</i>	107

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Iłona Biedrzycka , Dziecko–żołnierz jako czynna ofiara konfliktu zbrojnego	115
Radosław Fordoński , Unilateral Use of Force under Article 2(4) of the UN Charter: Hostage-Rescue Operations	133
Kornelia Anna Grabowska , Zbrodnie przeciwko ludzkości na tle konfliktu w Sierra Leone	159
Agnieszka Szpak , Problematyka odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych podczas niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych	179
Marta Szuniewicz , Ochrona rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego	205

MISCELLANEA

Miłosz Andruszkiewicz, Marcin Naruszewicz , Prawa podstawowe a swobody rynku wewnętrznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej	225
Paulina Pajkiert , Observaciones generales sobre los regímenes de excepción, con un análisis enfocado a la regulación de situaciones excepcionales en el sistema legislativo e institucional Polaco	249
Bogusław Sygit, Damian Wąsik , Wybrane problemy ograniczania swobody wyznania przez kryminalizację praktyk religijnych na przykładzie wyroku Landgericht Köln Nr 151 NS 169/11 (7.5.2012)	271

RECENZJE I OMÓWIENIA

- Leila Nadya Sadat (red.), *Forgoing the Convention for Crimes against Humanity*,
Cambridge 2011 (Olga Łachacz) 281
- Jacek Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów
Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza
porównawcza*, Toruń 2013, Wyd. Adam Marszałek (Michał Balcerzak). 286

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Jakub Czepek , Can Enforced Disappearances Constitute a Systemic Problem Under ECtHR Case-Law? Reflections on Aslakhanova and Others r. Russia Judgment	7
Tadeusz Jasudowicz , The Right to Marry and to Found a Family under the European Convention of Human Rights	19
Małgorzata Judycka , The Issue of School Discipline in the Light of International Human Rights Standards	41
Maciej Lubiszewski , On the Quality of Polish Coming to Terms with the Past in the Light of Judgment of European Court of Human Rights in the Case of <i>Przemysk v. Poland</i>	59
Rafał Mizerski , The Bases of the Obligation to Establish and Apply the Domestic Procedural Guarantees in the System of the European Convention on Human Rights	69
Adam Nawrocki , Reflections on the Right to Life in Respect of the Judgment of the European Court of Human Rights on the <i>P. and S. v. Poland</i>	107

INTERNATIONAL LAW OF ARMED CONFLICT

Iłona Biedrzycka , A Child Soldier as an Active Victim of Armed Conflict	115
Radosław Fordoński , Unilateral Use of Force under Article 2(4) of the UN Charter: Hostage-Rescue Operations	133
Kornelia Anna Grabowska , Crimes against Humanity against the Background of the Conflict in Sierra Leone	159
Agnieszka Szpak , Responsibility of Perpetrators of War Crimes Committed in Non-International Armed Conflicts	179
Marta Szuniewicz , The Scope of Protection of Family in International Humanitarian Law	205

MISCELLANEA

Miłosz Andruskiewicz, Marcin Naruszewicz , Fundamental Rights versus Internal Market Freedoms in the light of the Judicature of the Court of Justice of the European Union	225
Paulina Pajkiert , General Comments on the State of Emergency with In-Depth Analysis of Relevant Regulation in the Polish Legislative and Institutional System	249
Bogusław Sygit, Damian Wąsik , The Selected Problems of Limitation of Freedom of Religion by Criminalization of the Religious Practices Based on the Example of Landgericht Köln's Judgment No. 151 NS 169/11 (7.5.2012)	271

BOOK REVIEWS

- Leila Nadya Sadat (red.), *Forgoing the Convention for Crimes against Humanity*,
Cambridge 2011 (Olga Łachacz) 281
- Jacek Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów
Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza
porównawcza*, Toruń 2013, Wyd. Adam Marszałek (Michał Balcerzak). 286

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Czy wymuszone zaginięcia mogą stanowić problem systemowy w kontekście orzecznictwa ETPC? Rozważania na temat wyroku ETPC w sprawie *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*¹

Słowa kluczowe: wymuszone zaginięcia, problem systemowy, dysfunkcja systemowa, procedura pilotażowa, *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*, sprawy czecheńskie

1. Wprowadzenie

Zjawisko wymuszonych zaginięć jest niezwykle okrutnym naruszeniem szeregu praw człowieka. Stanowi też szczególnie poważne zagrożenie dla ochrony praw i wolności nie tylko samej ofiary wymuszonego zaginięcia, ale także jej najbliższych. Zapobieganie temu zjawisku jest niezwykle ważnym zadaniem, z którym borykają się zarówno uniwersalny, jak i regionalne systemy międzynarodowej ochrony praw człowieka.

Celem artykułu jest dokonanie analizy problematyki wymuszonych zaginięć na podstawie wybranego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) oraz podjęcie próby rozważań dotyczących sprawy *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*², a także stwierdzenie, czy wymuszone zaginięcia mogą stanowić problem systemowy (systemową dysfunkcję) w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) i co wiąże się z takim rozwiązaniem.

¹ Niniejszy artykuł powstał w ramach projektu badawczego pt. Procedura wyroku pilotażowego w praktyce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2011/01/D/HS5/02383.

² Wyrok ETPC w sprawie *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji* z 18.12.2012, nr skargi 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10.

Przed rozpoczęciem dalszych rozważań, z pewnością warto byłoby wyjaśnić zarówno termin „wymuszone zaginięcia”, jak i przybliżyć założenia związane z systemowymi naruszeniami w orzecznictwie ETPC.

2. Zagadnienie wymuszonych zaginięć

Zjawisko wymuszonych zaginięć stało się przedmiotem regulacji międzynarodowych za sprawą Międzynarodowej Konwencji w sprawie Ochrony Wszystkich Osób przed Wymuszonymi Zaginięciami³. Sama Konwencja za wymuszone zaginięcie uznaje „zatrzymanie, aresztowanie, uprowadzenie lub jakąkolwiek inną formę pozbawienia osoby wolności, dokonane przez przedstawicieli Państwa albo przez osoby lub grupy osób działające z upoważnieniem, pomocą lub milczącą zgodą Państwa, po którym następuje odmowa przyznania faktu pozbawienia wolności lub ukrywanie losów bądź miejsca pobytu takiej osoby, co powoduje, że znajduje się ona poza ochroną prawa”⁴.

Wymuszone zaginięcia są szczególnie ciężkim naruszeniem szeregu praw jednostki. Podkreśla to wspomniana Konwencja w sprawie Ochrony Wszystkich Osób przed Wymuszonymi Zaginięciami, dostrzegając „szczególnie poważny” charakter wymuszonego zaginięcia, które stanowi przestępstwo oraz w pewnych okolicznościach zbrodnię przeciwko ludzkości⁵.

W ostatnich latach wymuszone zaginięcia miały miejsce np. na terytorium Federacji Rosyjskiej. Wskazuje na to szereg tzw. spraw czecheńskich, rozpatrywanych przez ETPC.⁶

Scenariusz wymuszonych zaginięć w sprawach czecheńskich jest dość podobny: zamaskowani osobnicy porywają w nocy człowieka z jego domu, najczęściej na oczach najbliższych, nie identyfikują się jako przedstawiciele służb, a następnie przewożą uprowadzoną osobę nieoznakowanym samochodem wojskowym. Jeżeli chodzi o śledztwo to najczęściej jest długotrwałe, brakuje w nim dowodów (lub giną w trakcie śledztwa), a żadna ze służb nie posiada danych o zaginionej osobie i jej zatrzymanie nie jest w żaden sposób udokumentowane.⁷

ETPC postrzega zjawisko wymuszonych zaginięć jako szczególnie poważne zagrożenie dla szeregu praw człowieka. Dotyczy ono naruszenia prawa do życia (art. 2), zarówno w jego aspekcie materialnym, jak i proceduralnym;

³ Międzynarodowa Konwencja w sprawie Ochrony Wszystkich Osób przed Wymuszonymi Zaginięciami, przyjęta 20.12.2006; Konwencja weszła w życie 23.12.2010 (podpisana przez Polskę 25.06.2013).

⁴ Ibidem, art. 2.

⁵ Ibidem, Preambuła.

⁶ Szerzej na temat „spraw czecheńskich”: J.Czepek, *Wyroki ETPC w kontekście konfliktu zbrojnego na tle spraw czecheńskich*, [w:] E.Karska (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, Warszawa 2013, s. 79–85.

⁷ Ibidem, Typowy scenariusz wymuszonego zaginięcia przedstawia M. Nowak; zob. *Forereward by M.Nowak, M.F.Pérez Solla, Enforced Disappearances in International Human Rights*, London 2006, s. 1.

zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania bądź karania (art. 3) w odniesieniu zarówno do osoby zaginionej, jak też wobec najbliższych osoby zaginionej; prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art.5) oraz prawa do skutecznego środka ochrony prawnej (art.13) najczęściej odczytywanego w połączeniu z art. 2 lub 3 Konwencji⁸.

Jeżeli chodzi o naruszenie art. 2 EKPC, to trybunał postrzega wymuszone zaginięcia jako naruszenie zarówno materialnego, jak i proceduralnego aspektu tego prawa. W zakresie materialnym ETPC bada, czy sam fakt śmierci osoby zaginionej wiązał się z naruszeniem prawa do życia. W tym zakresie stosunkowo trudno jest udowodnić, że śmierć jednostki wiązała się z naruszeniem art. 2 w jego aspekcie materialnym. Dzieje się tak, ponieważ Trybunał korzysta ze standardu dowodu „ponad rozsądną wątpliwość”. Jest to dość wymagający standard dowodowy. Według ETPC taki dowód może wynikać ze zbiegu wystarczająco silnych, jasnych i spójnych wniosków albo podobnych niekwestionowanych domniemań faktycznych. W tym kontekście, również postępowanie stron podczas pozyskiwania dowodów musi być wzięte pod uwagę.⁹

Standard dowodu „ponad rozsądną wątpliwość” wiąże się z koniecznością uprawdopodobnienia, że osoba zaginiona zmarła i że wiązało się to z naruszeniem art. 2. Jest to trudne w sprawach o wymuszone zaginięcia, gdyż bardzo rzadko ciała ofiar są odnajdywane¹⁰. Oznacza to, że w przypadku braku dowodów, trudno jest wykazać w postępowaniu przed Trybunałem, że śmierć osoby zaginionej wiązała się z naruszeniem art. 2 EKPC w jego aspekcie materialnym.

Zdecydowanie częściej Trybunał dochodzi do wniosku, że wymuszone zaginięcie wiązało się z naruszeniem art. 2 EKPC w jego aspekcie proceduralnym. ETPC jest zdania, że w każdej sytuacji, kiedy śmierć jednostki jest wynikiem użycia siły, państwo ma obowiązek proceduralny, polegający na przeprowadzeniu skutecznego, urzędowego śledztwa. Celem takiego śledztwa jest zapewnienie skutecznej implementacji przepisów prawa krajowego, które chronią prawo do życia oraz – w sprawach dotyczących odpowiedzialności funkcjonariuszy lub organów krajowych – ma ono zapewnić ich odpowiedzialność związaną ze śmiercią, która miała miejsce w związku z wykonywaniem ich obowiązków.¹¹

⁸ Zob. także J.Czepek, *European Court of Human Rights on Enforced Disappearances. Case-Law study*, „Internal Security”, Vol. 5 (jan-jun), Issue 1, 2013, s. 8 i n.

⁹ Ibidem, s. 9 i nn.; wyrok ETPC w sprawie *Av²ar przeciwko Turcji* z 10.07.2001, nr skargi 25657/94, § 282; wyrok ETPC w sprawie *Luluyev i inni przeciwko Rosji* z 9.11.2006, nr skargi 69480/01, § 77; *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*, § 95; wyrok ETPC w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* z 27.07.2006, nr skargi 69481/01, § 106; wyrok ETPC w sprawie *Av²ar przeciwko Turcji* z 10.07.2001, nr skargi 25657/94, § 282; zob. także A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009, s. 166.

¹⁰ Taka sytuacja miała miejsce np. w sprawie *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, kiedy to udało się odnaleźć ciało żony skarżącego i wykazać, że miało miejsce naruszenie art. 2 EKPC w jego aspekcie materialnym – zob. *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, § 80–85.

¹¹ Np. *Bazorkina przeciwko Rosji*, § 117.

Takie śledztwo musi być wszczęte przez państwo, to znaczy, że wyłączna inicjatywa w tym zakresie nie może pozostawać w gestii członka rodziny osoby zaginionej¹². Istotne jest także, aby śledztwo było skuteczne w znaczeniu praktycznej zdolności do ustalenia okoliczności, w jakich wydarzenie miało miejsce oraz doprowadzenia do identyfikacji i ukarania osób odpowiedzialnych¹³.

W opinii Trybunału zaginięcie jest poważnym zjawiskiem, charakteryzującym się sytuacją ciągłej niepewności oraz braku odpowiedzialności przy braku informacji, a nawet umyślnym jej ukrywaniu i zaciemnianiu tego, co się wydarzyło. Taka sytuacja jest często przeciągana w czasie, wydłużając cierpienie członków rodziny. Z tego powodu obowiązek proceduralny będzie potencjalnie trwał tak długo, jak długo los zaginionej osoby będzie pozostawał nieznanym. Trwający brak zapewnienia wymaganego śledztwa będzie postrzegany jako trwałe naruszenie.¹⁴

Powyższe stanowisko Trybunału wskazuje, że szczególnie istotne przy wymuszonych zaginięciach jest zapewnienie obowiązku skutecznego śledztwa. Zresztą spełnienie tego obowiązku dotyczy każdego przypadku śmierci jednostki. ETPC praktycznie we wszystkich sprawach o wymuszone zaginięcia stwierdza, że doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym.

Nieco inaczej przedstawia się kwestia naruszenia art. 3 w odniesieniu do osoby zaginionej. Trybunałowi dość często trudno jest stwierdzić, że osoba zaginiona przed śmiercią była poddawana torturom, a także nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu. Wiąże się to z koniecznością sprostania wymogom standardu dowodowego „ponad rozsądną wątpliwość”. Stwierdzenie, że w odniesieniu do sytuacji wymuszonego zaginięcia doszło do naruszenia art. 3 w odniesieniu do osoby zaginionej jest oczywiście możliwe, np. po odnalezieniu ciała osoby zaginionej i wykazaniu, że była poddawana torturom przed śmiercią. Niestety, takie sytuacje są rzadkością¹⁵. Z tej przyczyny coraz rzadziej zarzut naruszenia art. 3 w odniesieniu do osoby zaginionej jest podnoszony przed ETPC¹⁶.

Zdecydowanie częściej skarżący podnoszą przed Trybunałem zarzut naruszenia art. 3 w odniesieniu do nich samych, czyli w odniesieniu do rodziny osoby zaginionej. Trybunał stoi na stanowisku, że brak wiadomości o zaginionym, brak możliwości uzyskania informacji o tym się co się przydarzyło zaginionemu, powoduje obawę i niepokój u jego najbliższych, co stanowi traktowanie sprzeczne z art. 3 EKPC¹⁷.

¹² Wyrok ETPC w sprawie *Ýlhan przeciwko Turcji* z 27.06.2000, nr skargi 22277/93, § 63.

¹³ Wyrok ETPC w sprawie *Varnava przeciwko Turcji* z 18.09.2009, nr skargi 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, § 191.

¹⁴ *Ibidem*, § 148.

¹⁵ Zob. J. Czepek, *European Court...*, s.12.

¹⁶ Zob. np. *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*.

¹⁷ Np. wyrok ETPC w sprawie *Imakayeva przeciwko Rosji* z 6.11.2006, nr skargi 7615/02, § 164

Oczywiście, muszą zaistnieć „specjalne czynniki”, aby Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 3 w odniesieniu do osób najbliższych zaginionego. ETPC uznał, że będzie orzekał na korzyść członków rodziny, jeśli zostanie stwierdzone wystąpienie specjalnych czynników nadających cierpieniom skarżącego wymiar i charakter różny od emocjonalnego dyskomfortu, który może być uznawany 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, do konkretnych okoliczności związku, a także zakres bezpośredniego doświadczenia przez członków rodziny przedmiotowych wydarzeń, zaangażowanie członków rodziny w próby uzyskania informacji o zaginionym oraz sposób, w jaki władze reagowały na takie próby. ETPC podkreśla, że istota naruszenia nie leży w samym fakcie zaginięcia, ale dotyczy reakcji władz w takiej sytuacji.¹⁸

W sprawach dotyczących wymuszonych zaginięć ETPC często uznaje, że miało miejsce naruszenie prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5) w jego rozmaitych aspektach. Co więcej, podkreśla, że jest to szczególnie ciężkie naruszenie, jako że art. 5 chroni wolność jednostek w ustroju demokratycznym od arbitralnej detencji. ETPC podkreśla też, że niepotwierdzona detencja stanowi zupełną negację gwarancji wyrażonych w art. 5.¹⁹

Artykuł 13 jest podnoszony w sprawach dotyczących wymuszonych zaginięć dość często w kontekście braku istnienia odpowiedniego środka ochrony prawnej, z którego mogliby skorzystać najbliżsi zaginionego. ETPC bardzo często odczytuje obowiązek zapewnienia skutecznego środka ochrony prawnej łącznie z obowiązkiem proceduralnym wynikającym z art. 2 lub art. 3 Konwencji. Warto wspomnieć, że zdecydowanie częściej jest to połączenie z art. 2. Tak pojmowane zobowiązanie obejmuje, poza wypłatą odszkodowania w przypadku niezgodnego z prawem zatrzymania – obowiązek przeprowadzenia dokładnego i efektywnego śledztwa mającego doprowadzić do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych.²⁰

¹⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Çakıcı przeciwko Turcji* z 8.7.1999, nr skargi 23657/94, § 98, zob. także wyrok ETPC w sprawie *Orhan przeciwko Turcji* z 18.6.2002, nr skargi 25656/94, § 358, zob. A.Szpak, op.cit., s. 149; J. Czepek, *Wyroki ETPC...*, s. 81; idem, *European Court...*, s. 12 i n.

¹⁹ J. Czepek, *Wyroki ETPC...*, s. 82; idem, *European Court...*, s.13, zob. także wyrok ETPC w sprawie *Çiçek przeciwko Turcji* z 27.2.2001, nr skargi 25704/94, § 164; zob. także *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, § 122.

²⁰ Ibidem, Zob. także *Imakayeva przeciwko Rosji*, § 192–196, *Luluyev i inni przeciwko Rosji*, § 136–140.

3. Zagadnienie problemu systemowego

Pojęcie problemu systemowego (lub systemowej dysfunkcji) dotyczy poważnych uchybień w prawie krajowym. Może ono wynikać z karygodnej luki prawnej²¹, wadliwej organizacji systemu wymiaru sprawiedliwości²² lub każdego nieprawidłowego rozwiązania prawnego w systemie prawa krajowego, które wiąże się z szerokim naruszeniem praw człowieka, dotyczącym dużej liczby potencjalnych poszkodowanych, a więc – potencjalnych skarżących.

Rozwiązaniem problemu systemowego, który powodowałyby potencjalnie dużą liczbę identycznych skarg jest procedura wyroku pilotażowego (*Pilot Judgment Procedure*). W jej toku ETPC identyfikuje problem systemowy oraz daje władzom krajowym jasne wskazówki, jak należy go wyeliminować. Trybunał niekiedy wskazuje też termin, w jakim państwo powinno rozwiązać dany problem systemowy. Ważnym elementem procedury pilotażowej jest zawieszenie pozostałych skarg skierowanych do Trybunału, które dotyczą tego samego problemu systemowego.²³

Procedura wyroku pilotażowego ma więc za zadanie wydanie jednego wyroku „modelowego” i umożliwienie państwu–stronie rozwiązanie istniejącego problemu systemowego przy „zawieszeniu” rozstrzygnięcia pozostałych identycznych skarg. Zjawisko problemu systemowego wymaga pilnego działania. Dlatego też Regulamin Trybunału nadaje tego rodzaju sprawom priorytet²⁴.

Rozwiązaniem problemu systemowego może być „klasyczna” procedura wyroku pilotażowego lub tzw. procedura quasi-pilotażowa. P. Leach uznaje, że „klasyczna” procedura wyroku pilotażowego wiąże się z identyfikacją systemowego problemu, leżącego u podstaw sprawy oraz określeniem środków ogólnych w części operatywnej wyroku.²⁵ Rzeczywiście są to podstawowe cechy „klasycznej” procedury pilotażowej. Została ona zastosowana przez Trybunał w sprawach: *Broniowski przeciwko Polsce*²⁶, *Hutten-Czapska przeciwko Polsce*²⁷, *Burdov (nr 2) przeciwko Rosji*²⁸ czy *Olaru i inni przeciwko*

²¹ Wyrok ETPC w sprawie *Vyerentsov przeciwko Ukrainie* z 11.04.2013, nr skargi 20372/11.

²² Wadliwa organizacja wymiaru sprawiedliwości może wiązać się np. z brakiem skutecznego wykonywania wyroków ETPC lub taką przewlekłością postępowania, która stanowi masowy problem w prawie krajowym i wynika ze sposobu jego organizacji.

²³ J.Czepek, *Początkowe zastosowanie przez ETPC procedury wyroku pilotażowego na przykładzie sprawy Broniowski przeciwko Polsce*, [w:] R.Szytchmiller, J.Krzywkowska (red.) *Problemy z sądową ochroną praw człowieka*, s. 544.

²⁴ *Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, 1.07.2013, Reguła 61.1.c.

²⁵ P. Leach, H. Hardman, S. Stephenson, B. K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Antwerp-Oxford-Portland 2010, s22.

²⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce* z 22.06.2004, nr skargi 31443/96.

²⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Hutten-Czapska przeciwko Polsce* z 19.06.2006, nr skargi 35014/97.

²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Burdov przeciwko Rosji* z 15.01.2009, nr skargi 33509/04; zob. także P. Leach, H. Hardmann, S. Stephenson, *Can the European Court's Pilot Judgment*

*Mołdawii*²⁹. Warto dodać, że w tych przypadkach ETPC najczęściej wspomina w wyroku, że ma w nim zastosowanie procedura pilotażowa. Trybunał może też zawiesić inne skierowane do rozpatrzenia sprawy dotyczące tego samego problemu systemowego.

Procedura *quasi-pilotażowa* (niekiedy *semi-pilotażowa*) była bardzo często stosowana w ostatnich latach i różni się zdecydowanie od „klasycznej” procedury pilotażowej w kilku kwestiach. Przede wszystkim, procedura *quasi-pilotażowa* wiąże się z zastosowaniem przez Trybunał art. 46 konwencji aby wskazać państwu, że ma ono obowiązek zlikwidowania naruszenia poprzez przyjęcie skutecznych środków. Poza tym Trybunał nie określa wyroków tego rodzaju jako pilotażowych oraz nie wskazuje środków generalnych w części operatywnej wyroku. Zazwyczaj w tego rodzaju sprawach ETPC nie wyznacza państwu czasu na podjęcie środków. Poza tym wyroki *quasi-pilotażowe* najczęściej nie wiążą się z zawieszeniem pozostałych toczących się spraw odnoszących się do danego problemu systemowego.³⁰ Przykładami są wyroki w sprawach *Kauczor przeciwko Polsce*³¹, *Sławomir Musiał przeciwko Polsce*³², *Lukenda przeciwko Słowenii*³³ czy *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*³⁴.

Niektórzy autorzy³⁵ wymieniają jeszcze jedną grupę wyroków, które dotyczą rozwiązywania problemów systemowych. Chodzi tu o wyroki, które za pomocą innych sposobów zmierzają do rozstrzygnięcia problemu systemowego. Takim wyrokiem był np. wyrok w sprawie *Kudła przeciwko Polsce*³⁶. Wydaje się, że można byłoby wyróżnić w ramach tej grupy wyroków nie jedną lecz więcej kategorii. Ta kwestia nie będzie jednak przedmiotem dalszych rozważań w niniejszej pracy.

Jak widać, Trybunał rozwiązuje problemy systemowe za pomocą szeregu różnych środków. Wydaje się, że nie należy przywiązywać uwagi do samej procedury, jaką stosuje ETPC. Zastosowana procedura („klasyczna” procedura wyroku pilotażowego, procedura *quasi-pilotażowa* lub inna) wynika z samego charakteru danego problemu systemowego, charakteru sprawy oraz ilości potencjalnych skarżących, których dany problem dotyczy.

Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court' Decisions in Russia, „Human Rights Law Review”, Vol. 10, Issue 2, 2010, s.346 i nn.

²⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Olaru i inni przeciwko Mołdawii* z 28.07.2009, nr skargi 476/07, 22539/05, 17911/08 and 13136/07.

³⁰ P.Leach, H.Hardman, S. Stephenson, B.K.Blitz, op. cit., s. 25.

³¹ Wyrok ETPC w sprawie *Kauczor przeciwko Polsce* z 3.02.2009, nr skargi 45219/06.

³² Wyrok ETPC w sprawie *Musiał przeciwko Polsce* z 20.01.2009, nr skargi 28300/06.

³³ Wyrok ETPC w sprawie *Lukenda przeciwko Słowenii* z 6.10.2005, nr skargi 23032/02.

³⁴ *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*.

³⁵ Zob. P.Leach, H.Hardman, S. Stephenson, B.K.Blitz, op. cit., s. 26.

³⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Kudła przeciwko Polsce* z 26.10.2000, nr skargi 30210/96.

4. Wymuszone zaginięcia jako problem systemowy: wyrok *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*

Okoliczności faktyczne w sprawie *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji* właściwie szczególnie się nie różnią od pozostałych spraw czecheńskich, dotyczących wymuszonych zaginięć na terytorium Federacji Rosyjskiej.

Skarga została wniesiona przez pięć rodzin w sprawie zaginięcia ośmiu członków ich rodzin w Groznm oraz w okolicy Groznego między marcem 2002 i lipcem 2004. Zaginięcia miały miejsce w podobnych okolicznościach: członkowie rodzin skarżących byli aresztowani przez grupy zamaskowanych mężczyzn w ich domach lub na ulicach w sposób przypominający operację służb. W każdej ze spraw lokalna prokuratura otwierała śledztwo. Pod koniec roku 2011 śledztwa pozostawały w toku bez żadnych wyraźnych rezultatów dotyczących zaginionych oraz tożsamości osób odpowiedzialnych za zaginięcia.³⁷

Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 2 zarówno w jego aspekcie substancjalnym, jak i w odniesieniu do obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa, czyli w aspekcie proceduralnym. ETPC uznał, że doszło też do naruszenia art. 3 EKPC w odniesieniu do rodzin zaginionych oraz w odniesieniu do jednego z zaginionych. Trybunał uznał też, że miało miejsce naruszenie art. 5 Konwencji w odniesieniu do zaginionych oraz że doszło do naruszenia art. 13 EKPC odczytywanego łącznie z art. 2 i 3.³⁸

Najciekawsze w sprawie *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji* jest jednak zastosowanie art. 46 Konwencji i procedury quasi-pilotażowej. Należy wspomnieć, że jest to rozwiązanie absolutnie wyjątkowe w sprawach dotyczących wymuszonych zaginięć. Nigdy dotąd Trybunał nie badał tego zjawiska w kontekście problemu systemowego.

Wyjaśniając zastosowanie tego mechanizmu ETPC przypomniał, że art. 46, interpretowany w świetle art. 1 Konwencji nakłada na państwo obowiązek prawny przyjęcia pod nadzorem Komitetu Ministrów odpowiednich środków ogólnych i indywidualnych mających na celu ochronę prawa skarżącego, co do którego Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia. Wynikający z prawa międzynarodowego obowiązek państwa–strony polegający na spełnieniu wymogów Konwencji może wymagać podjęcia działań przez władze państwowe, łącznie z władzą legislacyjną. Takie środki muszą też zostać podjęte w odniesieniu do innych osób znajdujących się w takiej sytuacji jak skarżący, w szczególności poprzez rozwiązanie problemów, które doprowadziły do rozstrzygnięć Trybunału.³⁹

W tej sprawie Trybunał oparł rozwiązanie problemu systemowego o art. 46 EKPC. W wyroku nie pojawia się też odniesienie do „klasycznej” procedury pilotażowej. ETPC nie wyznaczył też terminu na podjęcie odpowiednich środków. Wskazuje to na zastosowanie procedury quasi-pilotażowej.

³⁷ *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*, § 6.

³⁸ *Ibidem*, § 116–157.

³⁹ *Ibidem*, § 220.

Problem systemowy, który zidentyfikował Trybunał, odnosi się do wspomnianych wcześniej naruszeń związanych z art. 2,3,5 i 13 EKPC. Ich systemowy charakter podkreślają statystyki. ETPC wskazał, że do sierpnia 2012 r. w podobnych sprawach wydał 120 wyroków (należy także uwzględnić ponad 100 zakomunikowanych podobnych spraw oraz sprawy toczące się przed Trybunałem)⁴⁰.

ETPC podkreślił, że taka sytuacja wynika ewidentnie z problemów systemowych na poziomie krajowym, na które nie ma skutecznego środka ochrony prawnej. Wpływa to na istotę praw człowieka i wymaga szybkiego przyjęcia jasnych i kompleksowych środków.⁴¹ W opinii Trybunału, wymuszone zaginięcia są tak poważnym naruszeniem szeregu praw człowieka, że toczące się sprawy nie powinny być zawieszane. ETPC uznał, że mając na uwadze naturę i zakres problemów systemowych, zadaniem Trybunału nie jest nakazywanie przyjęcia przez Rosję dokładnych środków o charakterze ogólnym i szczególnym, jako że należy to do zadań Komitetu Ministrów Rady Europy.⁴²

Mimo to Trybunał sformułował pewne sugestie rozwiązań, które mogłyby zostać podjęte przez władze rosyjskie. W odniesieniu do rodzin zaginionych wiele rozmaitych organizacji sugerowało już stronie rosyjskiej pewne rozwiązania. Trybunał w swojej sugestii dostrzega interesującą propozycję stworzenia jednego organu wysokiego szczebla, odpowiedzialnego za rozwiązanie spraw o wymuszone zaginięcia w regionie, który korzystałby z pełnego dostępu do wszystkich istotnych informacji i pracowałby w oparciu o zaufanie wspólnie z najbliższymi osób zaginionych. Organ ten mógłby zebrać i utrzymywać pełną bazę danych wszystkich zaginięć, czego ciągle brakuje.⁴³

W odniesieniu do skuteczności śledztwa, mając na uwadze jasne schematy i podobieństwa zdarzeniach wymuszonych zaginięć, Trybunał sugeruje przyjęcie określonej czasowo strategii lub planu działania aby wyjaśnić kwestie wspólne dla wszystkich spraw, gdzie podejrzanymi o uprowadzenia są funkcjonariusze państwa. Taki plan powinien zawierać również ocenę skuteczności istniejących definicji prawnych dotyczących przestępstw prowadzących do wymuszonych zaginięć oraz specyfiki i ogromu skali tego zjawiska.⁴⁴ Należałoby również umożliwić śledczym dostęp do ważnych danych agencji wojskowych. Trudno wyobrazić sobie możliwość wyjaśnienia zaginięć bez możliwości dostępu do świadków ich przesłuchania, sprawców, danych oficerów kierujących operacją itp.⁴⁵ Skuteczne śledztwo powinno też zapewniać możliwość udziału najbliższym osób zaginionych i one również powinny mieć dostęp przynajmniej do części dokumentów⁴⁶.

⁴⁰ Ibidem, § 216.

⁴¹ Ibidem, § 217.

⁴² Ibidem, § 220.

⁴³ Ibidem, § 225.

⁴⁴ Ibidem, § 232.

⁴⁵ Ibidem, § 234.

⁴⁶ Ibidem, § 236.

5. Podsumowanie

Uznanie, że zjawisko wymuszonych zaginięć w Rosji może stanowić problem systemowy w znaczeniu EKPC jest ważnym wydarzeniem. Podkreśla ciągle występowanie problemu, któremu winne są rosyjskie władze.

Czym może skutkować zastosowanie w tego rodzaju sprawach procedury quasi-pilotażowej i uznanie, że ciągły brak działań wymiaru sprawiedliwości w sprawach o wymuszone zaginięcia stanowi problem systemowy? Przede wszystkim uznanie, że wystąpił problem systemowy wskazuje, że nie chodzi o pojedyncze przypadki naruszeń, ale że mamy do czynienia ze zjawiskiem szerokim, którego istnienie funkcjonuje ze względu na przyzwolenie ze strony władz.

Poza tym, państwo–strona ma obowiązek, w porozumieniu z Komitetem Ministrów Rady Europy, podjąć wszelkie środki, które mają na celu wyeliminowanie problemu systemowego. Oczywiście, zmiana niezgodnych z Konwencją przepisów lub procedur prawa krajowego wiąże się z każdym wyrokiem ETPC, ale w przypadku likwidacji problemu systemowego mamy do czynienia z działaniami szerszymi i bardziej kompleksowymi. Celem takich działań jest dotarcie do sedna problemu i jego likwidacja.

Uznanie, że zjawisko wymuszonych zaginięć w Federacji Rosyjskiej stanowi problem systemowy wiąże się również z ułatwieniem dla potencjalnych skarżących. Z pewnością łatwiej będzie im wykazać w toku postępowania przed ETPC braki proceduralne po stronie państwa w innych tego rodzaju sprawach, które Trybunał będzie rozpatrywał.

Można zadać pytanie: czy lepsze byłoby zastosowanie w sprawie *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji* procedury pilotażowej, czy procedury quasi-pilotażowej? Zastosowanie przez Trybunał procedury quasi-pilotażowej w tym zakresie jest lepszym rozwiązaniem, ponieważ ze względu na wagę problemu – ETPC podjął decyzję, że wpływające sprawy, dotyczące tego problemu nie będą zawieszane. Ponadto ETPC musiałby wówczas rozważyć wyznaczenie terminu na usunięcie problemu systemowego (z czym mógłby być problem ze względu na jego charakter) oraz wskazanie (a nie tylko zasugerowanie, jak miało to miejsce) konkretnych sposobów jego rozwiązania.

Wyrok ETPC w sprawie *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji* jest z pewnością ważnym krokiem na drodze zwalczania szczególnie ciężkiego zjawiska jakim są wymuszone zaginięcia. Trudno nie docenić też ważnego faktu, jakim jest uznanie istnienia problemu systemowego w tym zakresie i zastosowanie procedury quasi-pilotażowej. Jednak dopiero przyszłość pokaże, jakie legislacyjne – i zapewne polityczne – kroki podejmą władze rosyjskie w tym zakresie. Dlatego też dopiero po przyjęciu przez nie odpowiednich środków krajowych będzie można oceniać ich skuteczność oraz skuteczność wyroku *Aslakhanova i inni przeciwko Rosji* w zwalczaniu zjawiska wymuszonych zaginięć.

CAN ENFORCED DISAPPEARANCES CONSTITUTE A SYSTEMIC PROBLEM UNDER ECTHR CASE-LAW? REFLECTIONS ON ASLAKHANOVA AND OTHERS R. RUSSIA JUDGMENT

Keywords: enforced disappearances, systemic problem, systemic dysfunction, pilot judgment procedure, Aslakhanova and others v. Russia, Chechen cases

Summary

Enforced disappearances constitute very serious threat to several human rights. Despite taking up new methods of combating this phenomenon, it is still an important issue to international law of human rights both, in the universal and regional systems.

In the system of European Convention of Human Rights (ECHR), this issue on many occasions had been a subject of judgments given by European Court of Human Rights (ECtHR). Most of the cases concerned enforced disappearances in Turkey (Turkish cases) and – more recently – Russia (Chechen cases).

Most of judgments in such cases prove that there had been a violation of several human rights enshrined in Convention. Moreover, these violations are very similar. Very similar are also the situations, in which enforced disappearances take place. The forthcoming negligence and inability of state forces to provide effective investigation, find the disappeared person or the kidnapers is also very similar in all of such cases.

In *Aslakhanova and others v. Russia* case, the Court was faced with the question: can those similarities and identical deficiencies presented by state forces constitute a systemic problem? The main aim of the above article is to analyze the meaning of this judgment and the possibilities brought by regarding enforced disappearances as a systemic violation.

Tadeusz Jasudowicz

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, prawa osób transseksualnych, prawo do refundacji zabiegu medycznie wspomaganey prokreacji

1. *Travaux preparatoires* art. 12 Konwencji

W projekcie Konwencji, wypracowanym przez Ruch Europejski, art. 1g dotyczył zwłaszcza: *praw naturalnych, wynikających z małżeństwa i rodzicielstwa oraz praw należnych rodzinie*. Na włączenie tego postanowienia do Konwencji niewątpliwy wpływ miało, z jednej strony, postanowienie art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, a z drugiej strony, chęć i potrzeba odcięcia się od rasistowskich dekretów norymberskich dotyczących małżeństwa w Niemczech¹. 8 sierpnia 1949 r. Zgromadzenie Doradcze Rady Europy przyjęło rezolucję nr 38 domagającą się włączenia tego prawa do przygotowywanej Konwencji.

Art.10 ust. 2 raportu P.-H.Teitgena przewidywał *prawo do zawarcia małżeństwa za swobodną i pełną zgodą oraz założenia rodziny, zgodnie z art. 16 Deklaracji Narodów Zjednoczonych*². Nie została przyjęta poprawka sugerująca odłożenie tej sprawy do protokołu dodatkowego; przyjęta jednak została inna poprawka, dotycząca wyeliminowania zwrotu *za swobodną i pełną zgodą*³.

Problem włączenia tego prawa do tekstu Konwencji stał się ponownie przedmiotem zażartych dyskusji. Podkreślano brak jego związku z podstawowymi prawami politycznymi, charakterystycznymi dla Konwencji, oraz rozbieżności w unormowaniu prawnym małżeństwa w państwach członkowskich Rady Europy. Jego obrońcy zwracali uwagę na istnienie innych postanowień Konwencji zezwalających państwom na ustalanie reguł gwarantowania

¹ M. E. Mas, *Article 12*, [w:] *La Convention Europeenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, red. L. E. Pettiti, E. Decaux, P.-K. Imbert, Paris b.d.w., s. 438. Por.: J. Velu, R.Ergec, *La Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, s. 571.

² M.E.Mas, op.cit., s. 438.

³ Ibidem.

ochrony na ich terytoriach, oraz na okrutne naruszenia tego prawa przez nazistów. W rezultacie, prawo w projekcie utrzymano, sugerując wzorowanie się na art.16 Deklaracji Powszechnej⁴.

W toku prac komitetu ekspertów powołanego przez Komitet Ministrów Rady Europy, ekspert brytyjski zaproponował nową formułę, a specjalnie powołany komitet redakcyjny zasugerował tekst następujący: *1. Po osiągnięciu wieku małżeńskiego, mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*. *2. Wysokie Umawiające się Strony mają tytuł do wydawania przepisów regulujących korzystanie z tych praw*⁵. Wobec niemożności osiągnięcia porozumienia w komitecie ekspertów, Komitet Ministrów zwołał Konferencję Wyższych Funkcjonariuszy, która się wypowiedziała na korzyść poprawki brytyjskiej, z kilkoma modyfikacjami⁶. W porównaniu z art. 16 Deklaracji Powszechnej – poza wspomnianym usunięciem wzmianki o swobodnej i pełnej zgodzie – wyeliminowano również zwroty dotyczące równych praw małżonków oraz prawa rodziny do ochrony⁷. Ostatecznie przyjęty tekst jest bardzo syntetyczny; niemniej jednak ustala podstawowe elementy prawa i zasadniczo odsyła do krajowej kompetencji regulacyjnej Umawiających się Stron.

Moim zdaniem, wyrugowanie elementów zgody i równości z określenia prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w art.12 Konwencji – jak by tego nie oceniać, a ja oceniam dość negatywnie – prowadzi do trudności praktycznych, jako że prawo to jawi się jako w pewnym sensie okaleczone czy nagie. One w sposób konieczny wchodzi i muszą wchodzić w grę. Ich zupełne wyodrębnienie, jakby zerwanie więzi z samym prawem do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, może prowadzić do wątpliwości i trudności praktycznych. To prawda, że one i tak wejdą w grę z mocy owych *ustaw krajowych regulujących korzystanie z tego prawa*, jednakże – wobec okaleczenia czy obnażenia tego prawa – umawiające się państwa uzyskiwały niejako już nie tylko szeroki czy bardzo szeroki margines oceny, ale zgoła *carte blanche* dla wszelkich i jakichkolwiek unormowań. Toteż, moim zdaniem, fundamentalne wymagania zgody i równości stanowią elementy *ius necessarium* w każdej koncepcji zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, choćby wyraźnie ich do tekstu traktatowego nie wprowadzono.

2. Art. 12 w katalogu praw konwencyjnych

Art. 12 Konwencji zamyka katalog praw chronionych, bezpośrednio w niej samej umocowanych. Oczywiście, z faktu, że komentowane prawo stanowi końcowy element tego katalogu, nie można – prawnie rzecz biorąc – wywodzić żadnych konsekwencji, ani pozytywnych, ani też negatywnych.

⁴ Ibidem, s. 439.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, s. 440.

Syntetyczna postać, w jakiej artykuł został ujęty, pozwala mimo wszystko na precyzyjne ustalenie istotnych wyznaczników dotyczących podmiotów uprawnionych do zawarcia małżeństwa, przesądzenie o jedności tego prawa, w którym zawarcie małżeństwa i założenie rodziny to jakby dwie strony tego samego medalu, a także bardzo istotne odesłanie do krajowej kompetencji reglamentacyjnej.

Zwraca zarazem uwagę fakt, że w samym sformułowaniu komentowanego artykułu – poza wymogiem *wieku małżeńskiego* – nie ma żadnych elementów ograniczających korzystanie z tego prawa, nie towarzyszy też temu prawu klauzula limitacyjna, tak charakterystyczna dla postanowień w Konwencji prawo to bezpośrednio poprzedzających. Nie musi to oznaczać i wcale nie oznacza, iżby było to prawo absolutne. Jak słusznie zauważa van Dijk, *Art. 12 nie posiada drugiego ustępu ustalającego możliwości ograniczeń; Jednakże z włączenia formuły „zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”, jasno wynika, iż art. 12 nie gwarantuje prawa nieograniczonego Ustawodawstwu krajowemu pozostawiono pewien margines dla poddania korzystania z prawa umocowanego w art. 12 pewnym warunkom, regulującym konsekwencje prawne małżeństwa i ustalającym przepisy dotyczące wynikających z niego więzi rodzinnych. Jednakże zakres przyznany prawu krajowemu nie jest nieograniczony, ponieważ czyniłoby to art. 12 zbyt sztywnym. Ograniczenia płynące z prawa krajowego nie mogą ograniczać czy redukować prawa do zawarcia małżeństwa w taki sposób bądź w takim zakresie, by doznawała szwanku sama istota tego prawa*⁸.

Jak stwierdziła Komisja w sprawie van Oosterwijck, *aczkolwiek prawo do zawarcia małżeństwa zostaje w ten sposób w znaczącym zakresie poddane przez sam art. 12 ustawodawstwu krajowemu, prawu krajowemu każdego z małżonków bądź prawu forum, to odwołanie się do prawa krajowego nie może upoważniać państw w zupełności do pozbawienia osoby czy kategorii osób prawa do zawarcia małżeństwa*⁹. Przypomniała zarazem, że – jak to stwierdził wcześniej Trybunał – *środek, który reguluje korzystanie z prawa, nie może obejmować ingerencji w substancję samego tego prawa*¹⁰. W innej sprawie doprecyzowała, iż *Rolą prawa krajowego, jak na to wskazuje sformułowanie art. 12, jest „rządzić korzystaniem” z tego prawa; dodając, że prawo krajowe nie może swoją drogą pozbawiać osoby czy kategorii osób pełnej zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa. Nie może też w sposób istotny ingerować w korzystanie przez nie z tego prawa*¹¹.

⁸ P. van Dijk, *Chapter 16: The Right to Marry and to Found a Family (Article 12)*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., ed. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Antwerpen-Oxford b.d.w., s. 842.

⁹ *Digest of Strassbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, vol.3, Köln-Berlin-Bonn-München 1984, s. 572.

¹⁰ Ibidem. Por.: *Belgian Linguistic Cases*. Wyrok ETPC z 23 lipca 1968 r., ser.A, nr 6, pkt 5; *Golder Case*, wyrok z 21 lutego 1975, ser.A, nr 18, pkt 38.

¹¹ *Digest*, t. 3, s. 592.

Jak wskazuje Mas, odwołanie się art. 12 do *ustaw krajowych [...] już dorozumiewa ograniczenia, choćby nawet tekst ten nie zawierał drugiego paragrafu podobnego do paragrafu w art. 8, 9, 10 i 11 Konwencji*; jego zdaniem, *pozostawiony tu państwu margines oceny jest o wiele szerszy: mogą one reglamentować małżeństwo, jego celebrowanie i jego skutki, uwzględniając swe rozmaite tradycje*¹².

Słusznie zwraca uwagę van Dijk, że – odwołując się do prawa krajowego – art. 12 Konwencji *akceptuje możliwość różnienia się systemów prawnych Umawiających się Państw co do wchodzących w grę zagadnień, a zarazem nie przewiduje rozwiązania dla przypadków, w których zawarcie małżeństwa pozostaje w związku z różnymi systemami prawnymi; zatem, pozostawione to jest regułem prawa prywatnego międzynarodowego (prawa kolizyjnego) znajdującym zastosowanie w kraju, gdzie zawarcie małżeństwa ma miejsce*¹³. Mas – zwracając uwagę, że reguły prawa kolizyjnego *stanowią składnik prawa wewnętrznego Umawiających się Państw a w konsekwencji nic nie stoi na przeszkodzie stosowaniu w pewnych przypadkach ustaw obcych, do których reguły te się odwołują, pod warunkiem, że nie naruszają one art. 12 lub istotnego przepisu krajowego*¹⁴. Stosowanie reguł prawa kolizyjnego nie może również powodować dyskryminacji¹⁵.

Niestety, prawo to nie znalazło się w katalogu praw niederogowalnych, określonych w art. 15 ust. 2 Konwencji. Występuje więc swego rodzaju niekonsekwencja: z jednej strony, ma się wrażenie, że chodzi o prawo zbliżające się w swym charakterze do absolutnego; z drugiej strony, formalnie gwarancje absolutnego charakteru mu nie służą¹⁶. Warto więc w tym miejscu uświadomić i przypomnieć, że w katalogu praw niederogowalnych klauzuli derogacyjnej art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka znalazło się miejsce dla jej art.17: Prawa rodziny, obejmującego swoją substancją także prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny¹⁷. W sposób szczególny warto podkreślić, że – mocą art.233 ust.1 Konstytucji RP z 1997 r. – *w czasie stanu wojennego i wyjątkowego ustawa nie może ograniczyć m.in. art. 48 i art. 72 (rodzina i dziecko)*¹⁸.

¹² N. E. Mas, op.cit., s. 447.

¹³ P. van Dijk, op.cit., s. 845.

¹⁴ N.E.Mas, op.cit., s. 449. Por.: J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 573–574.

¹⁵ N. E. Mas, op.cit., s. 451.

¹⁶ Por.: P. van Dijk, op.cit., s. 862; J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 572.

¹⁷ Tekst [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 311 i n.

¹⁸ *Konstytucja RP* z 2 kwietnia 1997 r. – Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483.

3. Analiza prawa z art.12 Konwencji

3.1. Prawo do zawarcia małżeństwa

Trzy podstawowe pojęcia użyte w art. 12 Konwencji wymagają wyjaśnienia: po pierwsze, *zawarcie małżeństwa*, a w jego ramach przede wszystkim pojęcie *małżeństwa*; po drugie, *założenie rodziny*, a w jego ramach w pierwszym rzędzie pojęcie *rodziny*; oraz po trzecie, *wiek małżeński*.

Zacznijmy od tego ostatniego pojęcia. Jest rzeczą charakterystyczną i zastanawiającą, że uznane komentarze w ogóle tego problemu nie dotyczą. Van Dijk ogranicza się w tym względzie do stwierdzenia, że *w kwestii, kiedy osoba osiąga wiek małżeński, nie musi być również odpowiedź udzielana w taki sam sposób we wszystkich umawiających się państwach*¹⁹. Dodaje przy tym na szczęście, że *Tak długo, jak długo zachowany jest rozsądny stosunek między taką granicą wieku a koncepcją „wieku małżeńskiego”, esencja tego prawa nie doznaje w stosunku do nich [tj. osób poniżej tej granicy wieku – T.J] szwanku*²⁰.

W każdym razie Konwencja – choć wymóg wieku małżeńskiego wprowadza – zupełnie takiego wieku nie określa. Także w orzecznictwie strasburskim kwestia ta nie została precyzyjnie rozstrzygnięta. Wymóg ten – jak by nie było – wchodzi jednak do istoty komentowanego prawa i nie może być przez państwo–stronę zupełnie wyeliminowany. Warto przypomnieć, że pewne wnioski wynikają z postanowień art.1 /c/ i /d/ Konwencji Uzupełniającej w sprawie Zniesienia Niewolnictwa, Handlu Niewolnikami oraz Instytucji i Praktyk podobnych do Niewolnictwa z 7 września 1956 r.²¹ Konwencja w sprawie Zgody na Małżeństwo, Minimalnego Wieków Małżeńskiego oraz Rejestracji Małżeństw z 7 listopada 1962 r. zobowiązuje w art. 2 państwa–strony do podjęcia *działań ustawodawczych dla określenia minimalnego wieku małżeńskiego i wyklucza zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie osiągnęła tego wieku, za wyjątkiem sytuacji, w których kompetentne władze udzieli – z poważnych powodów i w interesie przyszłych małżonków – dyspensy co do tego wieku*²². W szczególności, Konwencja w sprawie Wylimitowania Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet z 18.XII.1979 r. w art. 16 ust. 2 wyklucza skutki prawne *przrzeczenia małżeństwa oraz małżeństwa dziecka i również przewiduje podjęcie działań celem określenia dolnej granicy wieku zdolności do zawarcia związku małżeńskiego*²³.

Pojęcie *małżeństwa* w rozumieniu art.12 dotyczy *mężczyzn i kobiet*, a zatem prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje w zasadzie każdemu mężczyźnie i każdej kobiecie, wobec czego – jak to ujmuje Europejski Trybunał Praw

¹⁹ P. van Dijk, op.cit., s. 844.

²⁰ Ibidem, s. 845.

²¹ Tekst [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Zbiór dokumentów*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 102.

²² Tekst [w:] *ibidem*, s. 95 i n.

²³ Tekst [w:] *ibidem*, s. 48 i n.

Człowieka – chodzi tu o *tradycyjne małżeństwo między dwiema osobami przeciwstawnej płci biologicznej*²⁴. Już w 1979 r. Komisja w sprawie van Oosterwijck stwierdziła, że – *niezależnie od jakichkolwiek warunków substancjalnych nakładanych przez jakiekolwiek ustawodawstwo krajowe – małżeństwo wymaga istnienia relacji między dwiema osobami przeciwstawnej płci*²⁵. W sprawie Cossey Trybunał ponownie sprzeciwił się *jakiemukolwiek uchylaniu tradycyjnej koncepcji małżeństwa i powtórzył, że o przeszkodzie prawnej dotyczącej małżeństwa osób, które nie są przeciwstawnej płci biologicznej, nie da się powiedzieć, iżby godziła w samą esencję prawa do zawarcia małżeństwa*²⁶. W swej opinii odrębnej sędzieja Martens – chociaż zgodził się, że art. 12 odnosi się do dwojga osób przeciwstawnej płci – uważał, że wcale nie musi to oznaczać, iżby „płeć” w tym kontekście koniecznie musiała oznaczać „płeć biologiczną”. Zauważył przy tym, że: *Małżeństwo jest czymś o wiele więcej niż li tylko związkiem seksualnym, a zatem zdolność do pożycia seksualnego nie jest „istotna” dla małżeństwa. Osoby, które nie są albo przestały być zdolne do prokreacji albo utrzymywania pożycia seksualnego, również mogą chcieć zawierać i zawierają małżeństwa. Dzieje się tak dlatego, że małżeństwo jest czymś o wiele więcej niż li tylko związkiem, który legitymizuje życie seksualne i ma na celu prokreację; to instytucja prawna, która wytwarza trwałą relację prawną między obojgiem partnerów a stronami trzecimi (w tym – władzami); co więcej, to rodzaj jedności („togetherness”), w której więzi intelektualne, duchowe i emocjonalne są co najmniej tak istotne, jak więź fizyczna*²⁷. Także w sprawie Sheffield i Horsham Trybunał potwierdził, iż *to przywiązanie do tradycyjnej koncepcji małżeństwa w art. 12 stanowi wystarczający powód dla dalszego przyjmowania przez państwo kryteriów biologicznych w celu określenia płci osoby z punktu widzenia małżeństwa w ramach kompetencji państwa do regulowania prawem krajowym korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa*²⁸.

3.2. Prawo do założenia rodziny

Jeśli chodzi o pojęcie *założenia rodziny*, Trybunał uznał, że nie wchodzi w zakres art. 12 *sytuacje, które pod pewnymi względami są porównywalne z małżeństwem*, w tym sytuacja rodziców „nieprawowitego” dziecka²⁹. Komisja zaś odrzuciła dopatrywanie się naruszenia art. 12 w tym, że *dzieci nieprawowite redukują szanse ich matek na małżeństwo*³⁰. I przeciwnie, widziała

²⁴ Por. wyrok ETPC w sprawie *Rees v. the United Kingdom* z 17 października 1986 r., ser.A, nr 106, pkt 49.

²⁵ Por.: *Digest*, vol. 3, s. 573.

²⁶ *Cossey Case*, wyrok ETPC z 27 września 19980 r., pkt 46.

²⁷ *Ibidem*, *in fine*.

²⁸ *Sheffield and Horsham Case*, wyrok z 30 lipca 1998 r., pkt 66–67.

²⁹ *Marckx Case*, wyrok ETPC z 13 czerwca 1979 r., ser. A, nr 31, pkt 67.

³⁰ *Marckx Case*. Raport Komisji z 10 grudnia 1977 r., ser.B, nr 29, pkt 103. Por. w teście sprawie – dec. o dopuszczalności z 29 września 1975 r., [w:] *Decisions and Reports (DR)* 3, s. 133.

problem z art. 12 w związku z wymaganiem od matki *dziecka nieprawowitego* – dla nadania mu takich samych praw jak dziecku prawowitemu – jego legitymizacji, a więc zawarcia małżeństwa³¹. Komisja uznała również, że – *choć prawo do założenia rodziny jest prawem absolutnym, w tym sensie, że żadne ograniczenia podobne do ograniczeń w par. 2 art. 8 Konwencji nie są wyraźnie przewidziane – nie oznacza to, iżby osobie w każdym czasie należało zapewnić autentyczną możliwość prokreacji jej potomków*³². W innej sprawie stwierdziła: *Aczkolwiek małżeństwo i rodzina faktycznie w Konwencji i w krajowych systemach prawnych są połączone, nie ma jednak niczego, co by wspierało wniosek, jakoby zdolność do prokreacji stanowiła istotny warunek małżeństwa bądź jakoby prokreacja była istotnym celem małżeństwa, wskazując wobec postoperacyjnego transseksualisty, że operacja, jaką przeszedł skarżący, pozbawiła go zdolności prokreacji, a więc to on sam uczynił się niezdolnym do korzystania z prawa do założenia rodziny, które art. 12 nierozdzielnie dołącza do prawa do zawarcia małżeństwa*³³.

Jak zauważa van Dijk, *art. 12 nie implikuje pozytywnego zobowiązania do zagwarantowania społeczno-gospodarczego prawa np. do wystarczającego poziomu życia oraz wystarczających środków dla utrzymania rodziny, lecz w pierwszym rzędzie zawiera zakaz ingerowania władz w założenie rodziny, wobec czego ustawy krajowe nie mogą wykluczyć go zupełnie bądź ugodzić je w jego esencji, np. poprzez wprowadzenie przymusowego używania środków antykoncepcyjnych, zarządzanie niedobrowolnej sterylizacji lub aborcji albo tolerowanie ich dokonywania*³⁴. Koncepcja rodziny w art. 12 ogranicza się do kręgu rodziców i dzieci, zaś zarzut dotyczący rzekomego uniemożliwienia skarżącym założenia większej rodziny dzięki posiadaniu wnuków, w sytuacji, gdy ich dzieci wybrały celibat, został uznany za niedopuszczalny *ratione materiae*, bowiem: *prawo do posiadania wnuków ani prawo do prokreacji nie są objęte przez art. 12*³⁵. Można powiedzieć, że chodzi tu o tzw. małą rodzinę, i to rodzinę opartą na małżeństwie³⁶.

Velu i Ergec silnie podkreślają, że *Prawo do założenia rodziny jest intymnie związane z prawem do zawarcia małżeństwa. Jak na to wskazuje spójnik „i”, art. 12 ma na myśli te dwa prawa jako prawa pojedyncze; drugie prawo prezentuje się w jakimś sensie jako odpowiednik pierwszego, a zatem rodzina zakłada istnienie związku małżeńskiego, w tym sensie, że osoba samotna nie może wywodzić z art. 12 prawa do adopcji dziecka*³⁷. Podobnie, zdaniem P. van Dijka, *dwa prawa są w art. 12 połączone w jedno prawo, za pośrednictwem słów „korzystanie z tego prawa”, przy czym w tymże kierunku wskazują*

³¹ Ibidem.

³² Skarga nr 6564/74. dec. o dopuszczalności z 21 maja 1975, DR 2. s. 106.

³³ *Van Oosterwijk Case*, raport Komisji z 1 marca 1979, ser. B, nr 36, pkt 59.

³⁴ P. van Dijk, op.cit., s. 853–854.

³⁵ Ibidem, s. 854.

³⁶ Por.: *Rees v. the United Kingdom*, wyrok ETPC, ser. A, nr 106, pkt 49; *Cossey Case*, pkt 43a.

³⁷ J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 574.

słowa „w wieku matżeńskim”; wobec tego – jak stwierdził Trybunał w sprawie *Rees*: Art. 12 jest w głównej mierze zainteresowany ochroną małżeństwa jako podstawy rodziny³⁸.

Jak by nie było, z zawarciem małżeństwa naturalnie i ściśle się kojarzy założenie rodziny, a zatem również prokreacja i prawo do prokreacji, którego w związku małżeńskim negować niepodobna. Oczywiście, nie jest to prawo absolutne; liczy się ono i musi się liczyć z naturalną zdolnością do prokreacji obojga i każdego z małżonków; wyklucza zarazem formy pożycia małżeńskiego angażując przemoc w ogóle, a gwałt w szczególności. Nie od rzeczy jest tu przypomnieć, że w dwóch sprawach brytyjskich z 1995 r. Trybunał – badając je z punktu widzenia art. 7 Konwencji, w związku z odejściem systemu brytyjskiego od tradycji tzw. immunitetu mężowskiego – wyraźnie podkreślił, że *pozostawało to w zgodzie nie tylko z cywilizowaną koncepcją małżeństwa., lecz także – nade wszystko – z fundamentalnymi celami Konwencji, samą istotą których jest poszanowanie ludzkiej godności i ludzkiej wolności*³⁹. Tym bardziej, wszelki przymus i przemoc ze strony państwa zakładający przymusowe używanie środków antykoncepcyjnych lub poronnych bądź sterylizację czy aborcję muszą być co do zasady wykluczone.

Nieuleczalny brak naturalnej zdolności do prokreacji, zwłaszcza po stronie małżonka, chociaż nie tylko, otwiera nas na problematykę medycznie wspomaganą prokreacji. Trybunał bez zdziwienia i bez oporów przyjmował do wiadomości dopuszczanie przez państwa–strony, a nawet finansowanie przez nie technik sztucznej prokreacji ludzkiej, aczkolwiek przypadków takich nie badał z perspektywy art.12 Konwencji, lecz raczej jej art.8 i art. 2. Akceptował więc przypadki realizacji tą metodą *prawa do założenia rodziny*.

Podobnie, zwłaszcza Komisja, wielokrotnie stawała wobec problematyki adopcji. W sprawie X. przeciwko Belgii i Holandii Komisja stwierdziła, że *prawo do adopcji nie jest jako takie włączone do zbioru praw gwarantowanych przez Konwencję*; Komisja uznała – co prawda – że *państwo nie może rozdzielić dwóch osób złączonych kontraktem adopcyjnym ani zakazać im spotkania się*, jednakże *nie można stąd wywodzić pozytywnego zobowiązania państwa do przyznania specjalnego statusu – statusu adopcyjnego – skarżącemu i osobie pod jego pieczę*⁴⁰.

W sprawie X. i Y. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Komisja nie zaakceptowała stanowiska rządu pozwanego, jakoby słowo „rodzina” w art. 12 nie mogło być interpretowane jako obejmujące osoby inne niż naturalne

³⁸ P. van Dijk, op.cit., s. 856. Por.: *Rees...*, pkt 49.

³⁹ *Case of S.W. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 22 listopada 1995, ser. A, nr 335–B, pkt 44; *Case of C.R. v. the United Kingdom*, wyrok z tegoż dnia, ser. A, nr 335–C, pkt 42.

⁴⁰ *X. v. Belgium and the Netherlands*, dec. o dopuszczalności z 10 lipca 1975, DR 7, s. 77. Problem orzeczenia adopcyjnego sądu bez zgody matki biologicznej rozpatrywała Komisja z perspektywy art. 8 EKPC oraz Europejskiej Konwencji w sprawie Adopcji Dzieci z 1967 r. – por.: *X. v. the United Kingdom*, dec.o dopuszczalności z 11 lipca 1977, DR 11. s.165 i n.

dzieci związku małżeńskiego, zwracając uwagę na to, że o adopcji dziecka i jego integracji w rodzinie ze związkiem małżeńskim można – przynajmniej w niektórych okolicznościach – powiedzieć, iż stanowi założenie rodziny przez ten związek. Zupełnie zrozumiałym jest, że „rodzina” może w ten sposób zostać „założona”⁴¹. Zarazem, aczkolwiek mieści się dorozumienie w art. 12, iż gwarantuje on prawo do prokreacji dzieci, nie gwarantuje on jako takiego prawa do adoptowania bądź zintegrowania w rodzinie w inny sposób dziecka, które nie jest dzieckiem naturalnym tego związku. Zdaniem Komisji, prawu krajowemu pozostawione jest rozstrzygnięcie, czy bądź na jakich warunkach można dopuścić korzystanie z tego prawa w taki sposób⁴². W innej sprawie Komisja dodała, że koncepcja życia rodzinnego w znaczącej liczbie państw członkowskich upoważnia do poglądu, iż założenie rodziny w znaczeniu art. 12 ma na względzie nie tylko dzieci naturalne, ależ także dzieci adopcyjne. Jak przewidyuje ten artykuł, korzystaniem z takiego prawa rządzą ustawy krajowe⁴³.

3.3. Prawo z art.12 Konwencji w interakcji z innymi prawami

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny pozostaje, oczywiście, w związku i interakcji z niektórymi innymi prawami umocowanymi w Konwencji. Przede wszystkim chodzi tu o jej art. 8, i to w aspekcie – jak to ujęła Komisja – szerszej koncepcji „życia rodzinnego”, gdyż można również powiedzieć o niektórych aspektach praw chronionych przez ten artykuł, iż tworzą część „życia rodzinnego” w art. 8⁴⁴. Gdy skarżący już pozostawali w związku małżeńskim i już założyli rodzinę, Komisja uznała, że Ingerencja w życie rodzinne, która jest usprawiedliwiona na podstawie art. 8 ust. 2 Konwencji, nie może jednocześnie stanowić naruszenia art. 12⁴⁵. W zasadzie, gdy istnieje już małżeństwo, ingerencja w życie małżeńskie dwojga osób jest problemem badanym na podstawie art. 8 Konwencji, nie zaś art. 12; zdarza się jednak, że oddzielnie będzie podlegał zbadaniu zarzut oparty na art. 12, gdy wchodzi w grę kwestia z zakresu prawa do założenia rodziny⁴⁶. P. van Dijk wskazuje,

⁴¹ X. and Y. v. the United Kingdom, dec. o dopuszczalności z 15 grudnia 1977, DR 12, s. 34.

⁴² Ibidem. Odmowę uznania w W. Brytanii adopcji dokonanej w Indiach uznała Komisja za dającą się pogodzić z art. 12, ponieważ odnośne ustawy krajowe nie dopuszczały korzystania z tego prawa w taki sposób, a przy tym nie było ingerencji w prawo pierwszego skarżącego i jego żony do prokreacji dzieci – ibidem, s. 35.

⁴³ X. v. the Netherlands, dec. o dopuszczalności z 10 marca 1981, DR 24, s. 177–178. Chodziło o adoptowanie przez małżeństwo osób w podeszłym wieku dwojga dzieci polskich w wieku szkolnym, co przeczyło ustawowym kryteriom wieku przedszkolnego dzieci oraz różnicy wieku między adoptującymi a adoptowanymi. Komisja nie dopatrzyła się sprzeczności z art. 12, ponieważ odnośne ustawy krajowe nie dopuszczały korzystania z tego prawa w sposób rozważany przez skarżącą i jej męża.

⁴⁴ Skarga nr 98041/77, dec. o dopuszczalności z 15 grudnia 1977, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 570.

⁴⁵ Skarga nr 8166/78, dec. o dopuszczalności z 3 października 1978, DR 13, s. 243–244.

⁴⁶ Por.: E.P. v. Italy, dec. o dopuszczalności z 7 września 2000; Schober, dec. o dopuszczalności z 9 listopada 1999 – patrz: P. van Dijk, op.cit., s. 841–842.

że „rodzina” w znaczeniu art. 8 jest koncepcją szerszą niż rodzina oparta na małżeństwie⁴⁷. Zajmując się relacją pomiędzy rodzicami a dziećmi, Trybunał uznał, że art. 8 ma być traktowany jako *lex specialis* i żadne odrębne zagadnienie nie powstaje na podstawie art. 12⁴⁸. Podobnie, art. 12 nie zajmuje się konsekwencjami rozwiązania małżeństwa, a takie problemy, jak piecza i kontakt z dziećmi, badane są na podstawie art. 8 Konwencji w aspekcie prawa do poszanowania życia rodzinnego⁴⁹.

I przeciwnie – zawarcia małżeństwa pod przymusem nie powinno się rozpatrywać z perspektywy naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego, jak to czynili Frowein i Peukert, a powtarzali za nimi Veli i Ergec⁵⁰. Moim zdaniem, wchodzi w takim przypadku w grę rażące naruszenie samego art. 12 Konwencji i szukanie „pomocy” w art. 8 jest całkowicie zbędne.

Rozpatrzyć też trzeba związek i interakcje pomiędzy art. 12a art. 9 Konwencji. Zdaniem Komisji, nie można wymagać od państwa uznania związku zawartego zgodnie ze specjalnymi rytuałami religijnymi, lecz z brakiem poszanowania norm cywilnych lub tradycyjnych norm religijnych. Nie można tego problemu postrzegać wyłącznie z perspektywy art. 9, bez równoczesnego uwzględniania art. 12. Jak to ujęła Komisja, *Małżeństwo nie jest po prostu formą wyrażenia myśli, sumienia lub religii, lecz rządzi się specyficznym postanowieniem art. 12. które odwołuje się do ustaw krajowych regulujących korzystanie z tego prawa*⁵¹.

Zarazem za usprawiedliwiony należy uznać postulat, by ustawodawstwo krajowe gwarantowało – obok formy świeckiej – uznanie religijnej formy zawarcia małżeństwa, bez szkody dla swej zasadniczej kompetencji w tym zakresie. Czas wyłącznie świeckiej formy ważnego małżeństwa w Polsce trwał o wiele dłużej niż sam system realnego socjalizmu. Dopiero – na warunkach szczegółowo określonych w art. 10 Konkordatu Polskiego z 28 lipca 1993 r. – ustalono, że *Od chwili zawarcia małżeństwo kanoniczne wywiera takie skutki, jakie pociąga zawarcie małżeństwa zgodnie z prawem polskim oraz że Celem wprowadzenia w życie niniejszego artykułu dokonane zostaną konieczne zmiany w prawie polskim*⁵².

Ciekawe refleksje nasuwa sprawa Selim przeciwko Cyprowi, rozstrzygnięta 16 lipca 2002 r. Skarżący chciał zawrzeć małżeństwo świeckie z Rumunką. Władze Nikozji powiadomiły go jednak, że ustawa o małżeństwie nie przewiduje możliwości zawarcia małżeństwa cywilnego przez tureckiego

⁴⁷ P. van Dijk, op.cit., s. 843. Por.: *Berrehab Case*, wyrok ETPC z 21 czerwca 1988, pkt 21.

⁴⁸ *P., C. and S. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 16 lipca 2002, pkt 142.

⁴⁹ P. van Dijk, op.cit., s. 853.

⁵⁰ J. A. Frowein, W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Strasbourg 1985, s. 205; J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 575.

⁵¹ Skarga nr 6167/73, dec. o dopuszczalności z 18 grudnia 1974, DR 1, s. 64–65. Por. M. E. Mas, op.cit., s. 448.

⁵² Tekst konkordatu [w:] *Wolność religii. Wybór materiałów. Dokumenty. Orzecznictwo*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 2001, s. 22 i n.

Cypryjczyka wyznającego islam. Musiał więc zawrzeć małżeństwo w Rumunii, a potem władze imigracyjne Cypru domagały się specjalnej opłaty, którą zwróciły dopiero po rocznym zamieszkiwaniu żony ze skarżącym⁵³. W sprawie tej doszło do polubownego załatwienia. Co więcej, Cypr powiadomił Trybunał o zmianach w ustawodawstwie, umożliwiających zawieranie małżeństw cywilnych przez tureckich Cypryjczyków, a Trybunał przyjął do wiadomości, iż nowa ustawa przewiduje zastosowanie dz. 279 Ustawy o małżeństwie do członków wspólnoty tureckiej, tym samym przyznając im prawo do zawarcia małżeństwa⁵⁴.

Większe komplikacje mogą powstać w związku z zawarciem małżeństwa zgodnie z rytuałami czy tradycjami jakiejś mniejszości. W wyroku z 8 grudnia 2009 r. w sprawie Munoz Diaz przeciwko Hiszpanii Trybunał stanął wobec zagadnienia tytułu żony do renty pośmiertnej po mężu, przy czym małżeństwo zawarte było zgodnie z rytuałami i tradycjami wspólnoty romskiej, bez przestrzegania obowiązującej w tym zakresie ustawy hiszpańskiej i bez jego zarejestrowania w wymaganym trybie. W czasie, gdy małżeństwo było zawierane, prawo hiszpańskie nie przewidywało żadnej innej formy poza rytuałami prawa kanonicznego Kościoła katolickiego. Gdy stosowne możliwości optowania na rzecz małżeństwa cywilnego w prawie hiszpańskim powstały, skarżąca i jej mąż z nich nie skorzystali, będąc przekonani, iż *małżeństwo celebrowane zgodnie z rytuałami i tradycjami romskimi wywoływało wszystkie skutki przynależne instytucji małżeństwa*⁵⁵. Trybunał uznał, że *aczkolwiek fakt przynależności do mniejszości nie tworzy wyjątku od przestrzegania ustaw małżeńskich, może on jednak mieć znaczenie dla sposobu, w jaki ustawy te są stosowane*⁵⁶. Według Trybunału, *dobra wiara skarżącej co do ważności jej małżeństwa, znajdując potwierdzenie w oficjalnym uznawaniu jej sytuacji przez władze, dawała jej prawowitą ekspektatywę uważania jej za małżonkę M.D. i tworzenie z nim uznanego związku małżeńskiego; zatem, odmowa uznania skarżącej za małżonkę z punktu widzenia renty pośmiertnej kłóciła się z poprzednim uznawaniem jej statusu przez władze*⁵⁷. Było więc dysproporcjonalnym to, że państwo hiszpańskie, które wydało skarżącej i jej romskiej rodzinie książeczkę małżeńską, przyznało im status wielkiej rodziny, udzielało opieki zdrowotnej jej samej i jej 6 dzieciom oraz pobierało składki ubezpieczenia społecznego od jej romskiego męża przez ponad 19 lat, teraz odmawiało skutków małżeństwa romskiego, gdy dochodzi do sprawy renty pośmiertnej⁵⁸.

Z drugiej strony, z perspektywy zarzutów opartych na art.12 Konwencji, w związku z jej art.14, Trybunał przypomniał, że *art.12 zapewnia mężczyźnie*

⁵³ *Case of Selim v. Cyprus*, wyrok ETPC z 16 lipca 2002, pkt 7–9.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 10–16.

⁵⁵ *Case of Munoz Diaz v. Spain*, wyrok ETPC z 8 grudnia 2009, pkt 58 *in fine*, w zw. z pkt 52–57.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 61.

⁵⁷ *Ibidem*, pkt 64.

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 69.

*i kobiecie fundamentalne prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, korzystanie z którego rodzi konsekwencje społeczne, osobiste i prawne, a które podlega ustawom krajowym, przy czym wprowadzane przez nie limitacje nie mogą ograniczać czy redukować prawa w taki sposób bądź w takim zakresie, iż sama esencja prawa doznaje szwanku*⁵⁹. Trybunał uznał, że unormowanie małżeństwa cywilnego nie zawiera żadnej dyskryminacji na podstawach religijnych lub innych. [...] Nie ma żadnego wymogu deklarowania swojej religii lub przekonań bądź przynależności do grupy kulturowej, lingwistycznej, etnicznej lub innej⁶⁰. Niektóre religijne formy wyrażania zgody [katolickie, protestanckie, muzułmańskie i żydowskie – T.J.] są na podstawie prawa hiszpańskiego akceptowane, jako że są one uznawane na mocy układów z państwem i dlatego wywołują takie same skutki jak małżeństwo cywilne, podczas gdy inne formy (religijne lub tradycyjne) nie są uznawane. [...] jest to rozróżnienie wywodzące się z przynależności religijnej, która w przypadku wspólnoty romskiej nie jest istotna i nic nie stoi na przeszkodzie ani nie zakazuje małżeństwa cywilnego, które stoi otworem przed Romami, na takich samych warunkach, jak przed osobami nie należącymi do ich wspólnoty [...]”⁶¹.

4. Refleksje na tle krajowego prawa rodzinnego

Ustawy krajowe regulujące korzystanie z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny operują, oczywiście, różnorodnymi formalnościami, warunkami i wymogami. Można wśród nich wyróżnić przepisy formalne i substancjalne. Do pierwszych Trybunał zalicza np. publiczny charakter i celebrowanie małżeństwa. Jak już wyżej stwierdzono, państwo nie ma obowiązku uznawania specjalnych rytuałów religijnych lub innych, chyba że jest związane odpowiednimi układami z poszczególnymi kościołami lub związkami religijnymi. Ich uznanie może i powinno być uzupełnione obowiązkiem dopełnienia w takich przypadkach pewnych wymogów dla pełnego zintegrowania takich małżeństw w ramach prawa małżeńskiego i rodzinnego danego państwa⁶².

Przepisy substancjalne mogą się odnosić do zdolności do czynności prawnych, zgody i pewnych przeszkód małżeńskich⁶³. Jak podkreśla P. van Dijk, *formalności wymagane przez prawo krajowe dla zawarcia małżeństwa z reguły są akceptowane jako usprawiedliwione*⁶⁴. Mogą one dotyczyć np. zakazu

⁵⁹ Ibidem, pkt 78.

⁶⁰ Ibidem, pkt 79.

⁶¹ Ibidem, pkt 80. Sędzia Myjer w swej opinii odrębnej wyraźnie odrzucił tezę, zgodnie z którą państwo ma pozytywny obowiązek adaptacji swoich ustaw małżeńskich do życzeń jednostek lub grup, kierując się szczególnym trybem życia, choćby nawet – jak Romowie w Hiszpanii – takie jednostki lub grupy stanowiły znaczny odsetek ludności.

⁶² Por.: M. E. Mas, op.cit., s. 448. Por.też: J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 572.

⁶³ Por. wyrok w sprawie *F. v. Switzerland*, 18 grudnia 1987, ser.A, nr 128, pkt 32.

⁶⁴ P. van Dijk, op.cit., s. 844.

bigamii czy poligamii⁶⁵, niedopuszczalności zawarcia małżeństwa z osobą zmarłą⁶⁶, przeszkody bliskiego pokrewieństwa⁶⁷ itp.

W sprawie B. i L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której skarżący zarzucali niedopuszczalność zawarcia małżeństwa teścia z synową, Trybunał potwierdził, iż *Art. 12 przewiduje uregulowanie małżeństwa przez prawo krajowe, a z uwagi na wchodzące w grę sensytywne wybory moralne oraz znaczenie przypisywane ochronie dzieci i sprzyjaniu bezpiecznemu środowisku rodzinnemu, Trybunał nie może iść w kierunku zastępowania swym własnym osądem osądu władz, które znajdują się w lepszym położeniu dla oceny potrzeba społeczeństwa i udzielania odpowiedzi na nie*⁶⁸. Z drugiej strony, Trybunał zwrócił uwagę na *brak przepisów prawa karnego mających zapobiegać ustanowieniu stosunków pozamałżeńskich między teściami a synowymi / zięciami oraz na to, że zakaz małżeństwa przy tym stopniu powinowactwa nie ma charakteru absolutnego, nie służy w istocie ochronie rodziny przed szkodliwymi wpływami, wobec czego świadczy o naruszeniu art. 12 Konwencji*⁶⁹.

Może też wchodzić w grę problem dopuszczalności rozwodu i zawarcia ponownego małżeństwa po rozwodzie. W sprawie Johnstona Trybunał wyraźnie stwierdził, że *art. 12 nie zobowiązuje Umawiających się Państw do zapewnienia prawnych możliwości rozwiązania małżeństwa, a „travaux preparatoires nie przejawiają żadnego zamiaru włączenia do art. 12 jakiegokolwiek gwarancji prawa do rozwiązania więzi małżeńskich przez rozwód*⁷⁰. Na sugerowaną przez skarżących potrzebę ewolucyjnej interpretacji art. 12, potwierdzoną w sprawie Marckx, Trybunał wskazał, iż *nie może – za pomocą interpretacji ewolucyjnej – wywodzić z tych instrumentów prawa, które od początku nie było tam włączone. Jest tak zwłaszcza tutaj, gdzie pominięcie było umyślne*⁷¹. Na uwagę skarżącego, że zakaz rozwodu stanowiłby ograniczenie prawa do zawarcia małżeństwa, Trybunał odparł, że nawet gdyby tak było, ograniczenia takiego nie można by postrzegać jako godzącego w substancję prawa do zawarcia małżeństwa *w społeczeństwie wiernym zasadzie monogamii*⁷².

⁶⁵ Ibidem, s. 844–845. Por. ibidem, s. 852; M. E. Mas, op.cit., s. 443. Komisja nie dopatrzyła się naruszenia art. 12, w związku z odmową prawa do zawarcia małżeństwa Pakistańczykowi, który nie udowodnił rozwiązania poprzedniego małżeństwa w Pakistanie – skarga nr 3898/68, dec. o dopuszczalności z 22 lipca 1970, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 593. Por. też: skarga nr 8042/77, dec. o dopuszczalności z 15 grudnia 1977, DR 12, s. 206.

⁶⁶ Por.: *M. v. Germany*, skarga nr 10995/84, dec. o dopuszczalności z 13 grudnia 1984, DR 41, s. 261.

⁶⁷ Por. M. E. Mas, op.cit., s. 448.

⁶⁸ *Case of B. and L. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 13 września 2005, pkt 36. Trybunał zwrócił uwagę, że *wiele jest Umawiających się Państw, które w swoim prawie mają podobny zakaz*.

⁶⁹ Ibidem, pkt 41, w zw. z pkt 38–40.

⁷⁰ *Johnston Case*, wyrok ETPC z 18 grudnia 1986, pkt 52.

⁷¹ Ibidem, pkt 54.

⁷² Ibidem, pkt 52. P. van Dijk, op.cit., s. 852, wskazuje jednak, że *w wielu przypadkach możliwość rozwodu właśnie służy unikaniu sytuacji bigamii faktycznej*.

W sprawie F. przeciwko Szwajcarii Trybunał stanął wobec problemu czasowego zakazu zawarcia małżeństwa po uzyskaniu rozwodu. Wyraził wątpliwość, czy rozwiązanie takie rzeczywiście służy *ochronie stabilności rodziny*, a także pewność, że nie służy ono interesom przyszłej małżonki, zaś interesom dziecka pozamałżeńskiego wręcz ono szkodzi; kontekst więc był zupełnie inny niż w sprawie Johnston i Trybunał uznał, że: *Jeżeli ustawodawstwo krajowe dopuszcza rozwód, co nie stanowi wymogu konwencyjnego, art. 12 zapewnia osobom rozwiedzionym prawo do ponownego zawarcia małżeństwa bez nierozsądnych ograniczeń*⁷³. W innej sprawie Trybunał odrzucił zarzut zwłoki w postępowaniu dotyczącym separacji, jako że postępowanie w sprawie separacji nie prowadzi do rozwiązania małżeństwa i w konsekwencji nie dotyczy prawa do ponownego zawarcia małżeństwa⁷⁴. Jeszcze inny kontekst wystąpił w kolejnej sprawie przeciwko Szwajcarii. Argentynczyk, współżycjący ze Szwajcarką, domagał się możliwości zawarcia z nią małżeństwa, powołując się na swój wcześniejszy rozwód na podstawie prawa argentyńskiego. Trybunał zwrócił jednak uwagę, że *divorcio* nie oznaczało pełnego rozwodu i nie upoważniało do zawarcia drugiego małżeństwa, taki system miały niektóre państwa–strony, a art.12 Konwencji *nawet nie wymaga od samych Umawiających się Państw zorganizowania ich systemów małżeńskich w taki sposób, by zapewniać możliwość pełnego rozwodu, obejmującego rozwiązanie więzi prawnych małżeństwa*⁷⁵.

Zatem, z art. 12 Konwencji nie wynika żadne prawo do rozwodu. Mimo pewnych pryncypialnych wątpliwości, zgodzić by się trzeba z poglądem, że Trybunał także w tym zakresie pozostawia rozstrzygnięcie prawu krajowemu, widząc możliwości pogodzenia z jej art. 12 zarówno systemów wykluczających dopuszczalność pełnego rozwodu, jak i systemów pozwalających na stosunkowo łatwe jego uzyskanie.

5. W obliczu nowych tendencji

Specjalne problemy na tle interpretacji i stosowania art. 12 Konwencji stwarzały względy płci, a ściślej rzecz ujmując, problem dopuszczalności korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa przez homoseksualistów i przez transseksualistów. Co do tych pierwszych sprawa przedstawia się, moim zdaniem, wystarczająco jasno. Przyjęta przez orzecznictwo strasburskie zasada związku między dwiema osobami przeciwstawnej płci biologicznej nie pozostawia wątpliwości. Małżeństwo między homoseksualistami – tak między gejami, jak i między lesbijkami – jest wykluczone. W każdym razie nikt dopuszczalności takiego typu małżeństwa nie może wywodzić z art.12 Konwencji. Warto przypomnieć, że w wyroku Munoz Diaz z 8 grudnia 2009 r.

⁷³ *Case of F. v. Switzerland*, wyrok ETPC z 18 grudnia 1987, pkt 38.

⁷⁴ *Case of D.P. v. Italy* cyt. za: P.van Dijk, op.cit., s. 853.

⁷⁵ Skarga nr 9057/80, dec. o dopuszczalności z 5 października 1981, DR 26, s. 208.

Trybunał ponownie przypomniał, że *art. 12 zapewnia mężczyźnie i kobiecie [podkr. moje – T.J.] fundamentalne prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*⁷⁶.

Bardziej skomplikowanie przedstawia się problem korzystania z tego prawa przez postoperacyjnych transseksualistów. Problem ten ma swoją dość długą historię i wyrazistą ewolucję. W sprawie van Oosterwijck Komisja zajęła dwuznaczne stanowisko; z jednej strony, stwierdziła, że *niezależnie od jakichkolwiek warunków substancjalnych nakładanych przez jakiekolwiek konkretne ustawodawstwo krajowe, małżeństwo wymaga istnienia związku między dwiema osobami przeciwstawnej płci*; z drugiej strony, zwróciła uwagę na to, że *skarżący posiada obecnie zewnętrzne fizyczne cechy płci męskiej, a falloplastyka umożliwia mu utrzymywanie stosunków seksualnych, przy czym aczkolwiek małżeństwo i rodzina faktycznie są w Konwencji i w krajowych systemach prawnych złączone, [...] nie ma jednak nic, co by wspierało wnioszek, iż zdolność prokreacji jest istotnym warunkiem małżeństwa albo że prokreacja stanowi istotny cel małżeństwa*⁷⁷. W kolejnych sprawach Trybunał odrzucał możliwość korzystania z art.12 przez transseksualistów, acz wskazywał na nie do końca wyjaśnione problemy istoty i charakteru transseksualizmu oraz odnotowywany w tym zakresie postęp nauki i medycyny. Tak było w sprawach Rees, Cossey oraz Sheffield i Horsham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu⁷⁸.

Nie przyniosła przełomu sprawa X., Y. i Z. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której Trybunał nie zajmował się kwalifikacją związku między X. a Z. z perspektywy art.12 Konwencji, uznał natomiast – z perspektywy jej art. 8 – że w relacji X., Y. i Z. wchodziły w grę więzi rodzinne i *życie rodzinne* domagające się na podstawie Konwencji poszanowania, co jednak nie przesądzało formalnego uznania praw rodzicielskich ojca transseksualisty-z-kobiety-na mężczyznę⁷⁹. Prawdziwą rewolucją okazały się dwa wyroki Trybunału wydane w tymże dniu w 2002 r. W wyroku Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Trybunał zaproponował spojrzenie na problem *w świetle dzisiejszych warunków, zwracając uwagę, że nie chodzi tu o drobną niedogodność wynikającą z formalności, lecz o konflikt między rzeczywistością społeczną a prawem, który lokuje transseksualistę w nienormalnym położeniu, w którym może on doświadczać uczuć podrażnienia, poniżenia i niepokoju*⁸⁰. Trybunał nadal dostrzegał wątpliwości *co do przyczyn transseksualizmu, a w szczególności co do tego, czy jest to zjawisko w pełni psychologiczne, czy też potączone z dyferencjacją fizyczną w mózgu*⁸¹. Trybunał postanowił przypisywać

⁷⁶ *Case of Munoz Diaz v. Spain*, pkt 78.

⁷⁷ Por.: *Digest...*, vol. 3, s. 569, 572–573.

⁷⁸ Por.: P. van Dijk, op.cit., s. 846–849; M. E. Mas, op.cit., s. 443–444. W sprawie *B. v France* Trybunał w ogóle nie badał skargi z perspektywy art. 12, ograniczając się do problemu poszanowania życia prywatnego na podstawie art.8 Konwencji.

⁷⁹ *X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 22 kwietnia 1997, pkt 47 i 51.

⁸⁰ *Case of Christine Goodwin v the United Kingdom*, wyrok ETPC z 11 lipca 2002, pkt 77.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 81.

mniej znaczenia brakowi dowodu na wspólne podejście europejskie niż jasnemu i niekwestionowanemu dowodowi ciągłej tendencji międzynarodowej na korzyść już nie tylko wzrastającej akceptacji społecznej transseksualistów, ale też uznania prawnego nowej tożsamości seksualnej transseksualistów postoperacyjnych⁸². W rezultacie Trybunał uznał, że W dwudziestym pierwszym wieku prawo transseksualistów do osobistego rozwoju oraz do bezpieczeństwa fizycznego i moralnego, w pełnym zakresie realizowane przez inne osoby w społeczeństwie, nie może już być uważane za przedmiot kontrowersji, a niezadowolająca sytuacja, w jakiej żyją w strefie pośredniej postoperacyjni transseksualiści – jako niezupełnie należący do jednej bądź do drugiej płci – jest już nie do utrzymania⁸³.

Ostatecznie, Trybunał – niby powtarzając swoje wcześniejsze tradycyjne ustalenia – zarazem wyraził wątpliwość, czy pojęcia „mężczyzny” i „kobiety” muszą się odnosić do określania płci kryteriami czysto biologicznymi, uznając też, że negowanie dążeń skarżącej oznacza, iż sama istota jej prawa do zawarcia małżeństwa podlega naruszeniu⁸⁴. Trybunał nie pozostawił tego w sferze marginesu oceny państw–stron: *Byłoby to równoznaczne z ustaleniem, iż skala opcji stojących otworem przed Umawiającym się Państwem obejmuje skuteczny zakaz jakiegokolwiek korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa. Margines oceny nie może tak daleko się rozciągać*⁸⁵. Choć należy do kompetencji państw–stron regulowanie szczegółowych detali związanych z korzystaniem z tego prawa, Trybunał nie znajduje żadnego usprawiedliwienia dla zakazywania transseksualiście korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa bez względu na okoliczności⁸⁶.

6. Prawo z art.12 Konwencji w odniesieniu do osób pozbawionych wolności

Innym problemem budzącym wątpliwości, który w orzecznictwie strasburskim podlegał ewolucji, było korzystanie z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny przez osoby pozbawione wolności. Komisja pierwotnie uznawała, że odmowa więźniowi prawa do zawarcia małżeństwa nie stanowiła naruszenia art.12 Konwencji⁸⁷. W sprawie Hamera jednak odnotowała ogólną tendencję w europejskich systemach prawnych w ostatnich latach w kierunku redukcji różnic pomiędzy życiem więziennym a życiem na wolności i wzmaganie akcentu na rehabilitację⁸⁸. Uznała więc, że osoba

⁸² Ibidem, pkt 85.

⁸³ Ibidem, pkt 90.

⁸⁴ Ibidem, pkt 104 *in fine*, w zw. z pkt 98–100. Por. *Case of L. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC 1 lipca 2002, pkt 81 *in fine*.

⁸⁵ Ibidem, pkt 103. Por. L, pkt 83.

⁸⁶ Ibidem, *in fine*. Por. L, pkt 83 *in fine*.

⁸⁷ *X. v. Germany*, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 569.

⁸⁸ *Hamer Case*, raport Komisji z 13 grudnia 1979, DR 24, s. 13.

pozbawiona wolności na podstawie art. 5 zachowuje w zasadzie tytuł do prawa do zawarcia małżeństwa, a jakiegokolwiek ograniczenie czy unormowanie korzystania z tego prawa nie może być tego rodzaju, by godziło w jego substancję⁸⁹. Zwróciła przy tym uwagę, że Wolność osobista nie jest konieczną przesłanką korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa. Pozwalanie więźniom na zawarcie małżeństwa w praktyce państw – czy to w więzieniu, czy też podczas przepustki pod eskortą – wykazuje, iż nie są konieczne żadne szczególnie uciążliwe czy skomplikowane rozwiązania⁹⁰. Dla nadania temu prawu skuteczności niezbędne mogą się okazać pewne rozwiązania administracyjne i pewne działania pozytywne; [...] tam, gdzie więźniowi odmawia się w takich przypadkach niezbędnego zezwolenia czy udogodnień, jego niezdolność do skorzystania z tego prawa nie może być postrzegana jako wynikająca z samego faktu, iż znajduje się on w więzieniu, ani z jego własnego postępowania, gdyż chodzi tu raczej o ingerencję władz w odnośne prawo konwencyjne, która może się dawać bądź nie dawać usprawiedliwić na podstawie Konwencji⁹¹. Nie ma przy tym rozstrzygającego znaczenia fakt, iż więzień nie będzie mógł zamieszkać za swoją żoną ani – odbywając wyrok – skosztować swego małżeństwa; Zdaniem Komisji, istotą prawa do zawarcia małżeństwa jest ukształtowanie prawnie wiążącego związku między mężczyzną a kobietą. Do nich należy decyzja, czy życzą sobie czy też nie życzą zawrzeć taki związek w okolicznościach, w których nie będą mogli wspólnie mieszkać⁹². Wszelki wchodzący ewentualnie w grę substancjalny okres zwłoki będzie na ogół postrzegany jako godzący w samą substancję prawa do zawarcia małżeństwa⁹³. W sprawie Drapera Komisja dodała: Jest to w istocie prawo do ukształtowania relacji prawnej, do nabycia statusu. Korzystanie z niego przez więźniów nie rodzi żadnego zagrożenia dla bezpieczeństwa więzienia ani dla należytego porządku [...]. W szczególności, ceremonia zawarcia małżeństwa może mieć miejsce pod nadzorem władz więziennych⁹⁴. Nie godzi to w żaden interes publiczny; przeciwnie, małżeństwo może mieć wpływ stabilizacyjny i rehabilitacyjny, co dotyczy również więźniów skazanych na dożywocie⁹⁵.

Inaczej rzecz się przedstawia, jeśli chodzi o korzystanie przez więźniów z prawa do założenia rodziny. Komisja uważała, że takie same rozumowanie, jak związane z ograniczeniami z art. 8 ust. 2 Konwencji, równie dobrze może być zastosowane do ograniczeń, jakie detencja z konieczności nakłada na korzystanie z praw przezeń [tj. przez art. 12 – T.J.) gwarantowanych⁹⁶. Nie dopatrzyła się też naruszenia art. 12, nawet zakładając, iż postanowienie to znajduje zastosowanie do osoby, która już ma związek małżeński i dzieci,

⁸⁹ Ibidem, s. 14–15.

⁹⁰ Ibidem, s. 15.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, s. 15–16.

⁹³ Ibidem, s. 16.

⁹⁴ *Draper Case*, raport Komisji z 10 lipca 1980, DR 24, s. 81.

⁹⁵ Ibidem, s. 81–82.

⁹⁶ Skargi nr 5269/71 i 5277/71, dec. o dopuszczalności z 5 lutego 1973, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 590.

ponieważ: *Aczkolwiek prawo do założenia rodziny jest prawem absolutnym, w tym sensie, że żadne ograniczenia podobne do tych zawartych w art. 8 ust. 2 Konwencji nie są wyraźnie przewidziane, nie oznacza to, iż osobie trzeba w każdym czasie zapewnić autentyczną możliwość prokreacji jej potomków*⁹⁷. Jak komentuje P. Van Dijk, Komisja zda się rozróżniać tu między możliwością założenia rodziny w ogóle a taką możliwością w danym momencie i – jej zdaniem – *środki, wskutek których osoba jest czasowo niezdolna do założenia rodziny albo powiększenia jej rodziny, nie stanowią naruszenia art. 12, ponieważ co do całości osoba ta nie zostaje pozbawiona tego prawa*⁹⁸.

Ustalenie to stosuje się także wówczas, gdy oboje małżonkowie przebywają w tym samym więzieniu. Zajmując się tego typu skargą przeciwko Szwajcarii, Komisja wzięła pod uwagę ogólną praktykę państw–stron i Standardowe Reguły Minimalne Traktowania Więźniów z 1973 r. i stwierdziła, że *na ogół uważa się za usprawiedliwione dla zapobiegania zamieszkom w więzieniu nie dopuszczać do stosunków seksualnych związków małżeńskich w więzieniu, co odnosi się również do małżonków przetrzymywanych w tym samym więzieniu*⁹⁹. Zdaniem Komisji, *bezpieczeństwo i należyty porządek w więzieniu faktycznie mogłyby zostać poważnie zagrożone, gdyby wszystkim osobom w związkach małżeńskich zezwolić na utrzymywanie w więzieniu pożycia małżeńskiego. W takich przypadkach poszanowanie prywatności wymagałoby wyrzeczenia się przez władze więzienne ich prawa do stałego nadzoru. Niekontrolowane wizyty czy kontakty mogłyby inter alia umożliwić wymianę sekretnych informacji, szmuglowanie towarów, takich jak narkotyki, czy nawet broń. W szczególności, w stosunku do osób tymczasowo aresztowanych, które mogą być przetrzymywane, gdy istnieje niebezpieczeństwo, iż mogłyby one uciec i/lub zniszczyć dowody, gdyby zostały zwolnione, sam cel ich detencji wymaga ścisłego nadzoru nad ich kontaktami z osobami odwiedzającymi lub współoskarżonymi), przy czym ingerencja w życie rodzinne, która jest usprawiedliwiona na podstawie art. 8 ust. 2, nie może jednocześnie stanowić naruszenia art. 12*¹⁰⁰. Zdaniem P. van Dijka, *Komisja otworzyła drzwi dla dynamicznego rozwoju, wyraźnie i z aprobatą odwołując się do „reformatorskiego” ruchu w niektórych krajach europejskich, jeśli chodzi o poprawę warunków uwięzienia i możliwości kontynuowania w ograniczonym zakresie przez osoby zatrzymane ich pożycie małżeńskiego*¹⁰¹.

W sprawie o charakterze raczej wyjątkowym chodziło o zarzut odmowy umożliwienia pożycia małżeńskiego w sytuacji, gdy żona więźnia wymagała operacji dla uzyskania zdolności poczęcia dziecka, przy czym szanse takie istniałyby, gdyby wkrótce po operacji miało miejsce poczęcie. Komisja wzięła pod uwagę fakt, że w tym czasie możliwe było sztuczne zapłodnienie, odrzu-

⁹⁷ Skarga nr 6564/74, dec. o dopuszczalności z 21 maja 1975, DR 2, s. 106.

⁹⁸ P. van Dijk, op.cit., s. 860.

⁹⁹ *X. and Y. v. Switzerland*, dec. o dopuszczalności z 3 października 1978, DR 13, s. 243.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 244.

¹⁰¹ P. Van Dijk, op.cit., s. 861.

cając twierdzenie skarżących, że – jako praktykujący katolicy – z takiej opcji skorzystać nie mogą: *Art. 9 Konwencji, który chroni wolność manifestowania przekonań religijnych, nie gwarantuje prawa do wyłączenia spod działania norm, które znajdują powszechne i neutralne zastosowanie, takich jako normy zakazujące „wizyt małżeńskich” w więzieniu*¹⁰². P. van Dijk uważa, że *Komisja kładzie zbyt silny akcent na usprawiedliwienie ingerencji na podstawie art. 8, wziętego oddzielnie; jego zdaniem, Powinna ona przynajmniej pozostać otworem pewną możliwość, by ocena tego usprawiedliwienia dawała inny wynik, gdy zbada się ją w związku z art. 12 i 9*¹⁰³.

7. Prawo z art. 12 Konwencji w kontekście wydalenia lub ekstradycji

Art. 12 Konwencji może mieć pewne znaczenie w kontekście wydalenia i ekstradycji. W jednej ze spraw Komisja nie dopatrzyła się naruszenia art. 12, ponieważ skarżący *nie wyjaśnił, z jakiego powodu jego żona nie mogła dotrzeć do niego w Republice Federalnej Niemiec dla umożliwienia życia małżeńskiego*¹⁰⁴. W innej sprawie, gdzie skarżący zarzucał naruszenie jego prawa do zawarcia małżeństwa, Komisja zwróciła uwagę, że *powinien on przynajmniej dostarczyć precyzyjnych informacji o swojej narzeczonej, by udowodnić, że jego „prawo do zawarcia małżeństwa” doznało jakiegoś szwanku w wyniku odmowy władz administracyjnych, [...] nie wykazał wiarygodności swego zaangażowania ani nie ustalił, jakoby jego wydalenie uniemożliwiło mu zawarcie małżeństwa i prowadzenie życia małżeńskiego z osobą, z którą chce się on ożenić, poza Niemcami*¹⁰⁵. Komisja nieraz podkreślała, iż – ponieważ do zawarcia małżeństwa doszło po wydaniu orzeczenia o wydaleniu – skarżący *powinni zatem takie ryzyko uwzględnić*¹⁰⁶.

8. Standardy prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny spoza systemu Rady Europy

Gwarancji z art. 12 Konwencji odpowiada ściśle postanowienie art. 23 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: *Uznaje się prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa*

¹⁰² *H. and H. v. the United Kingdom*, skargi nr 32094/96 i 32568/96, pkt 2.

¹⁰³ P. Van Dijk, op.cit., s. 862. Por. T.Jasudowicz, [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona...*, s. 435.

¹⁰⁴ *X. v. Switzerland*, dec. o dopuszczalności z 12 lipca 1976, DR 6, s. 126. Z wcześniejszych spraw por.: skarga nr 5269/71, dec. o dopuszczalności z 8 lutego 1972; skarga nr 5301/71, dec. o dopuszczalności z 3 października 1972, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 581–582.

¹⁰⁵ *X. v. Germany*, dec. o dopuszczalności z 12 lipca 1976, DR 6, s. 139–140.

¹⁰⁶ Por.: skarga nr 2535/65, dec. o dopuszczalności z 16 lipca 1965, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 580.

i założenia rodziny. Ono samo jest jakby podwójnie uboższe od gwarancji z Konwencji Europejskiej, jako że nie jest sformułowane w postaci typowej dla skutecznego prawa podmiotowego ani nie wskazuje na pierwszorzędną rolę ustaw krajowych¹⁰⁷ drugiej strony, postanowienie art. 23 ust. 3 Paktu wprowadza wymóg *dobrowolnej i pełnej zgody przyszłych małżonków*, a ponadto art. 23 ust. 4 dodaje obowiązek *zapewnienia równych praw i obowiązków małżonków*, zaś art. 23 ust.1 zawiera fundamentalną gwarancję, zgodnie z którą *Rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i Państwa*. Jeśli dodamy do tego, że art. 24 Paktu umocowuje prawa dziecka, jasne się staje, że gwarancje Paktu mają o wiele szerszy zakres substancjalny. Istotnych wyjaśnień – także co do prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny – dostarczają Uwagi Ogólne Komitetu Praw Człowieka ONZ z 24 lipca 1980 r.¹⁰⁸

Ciekawych refleksji dostarcza Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r. Jej art. 17 *Prawa rodziny* w ust. 2 i 3 niemal powtarza postanowienia art. 23 ust. 2 i 3 Paktu, tyle, że *prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny* uzupełnione jest zastrzeżeniem: *jeżeli odpowiadają oni warunkom wymaganym przez prawo krajowe, przy czym warunki te nie naruszają zasady niedyskryminacji ustanowionej w niniejszej Konwencji*. Co więcej, mocą art. 27 ust. 2 Konwencji art. 17 jest zaliczony do praw niederogowalnych, co obejmuje również *zasadnicze gwarancje sądowe dla ochrony takich praw*¹⁰⁹. Zatem, status badanego prawa w systemie amerykańskim jest wyraźnie wzmocniony.

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny nie mieściło się w kompetencjach Wspólnot Europejskich¹¹⁰. W Deklaracji Podstawowych Praw i Wolności z 12 kwietnia 1989 r. Parlament Europejski w ogóle nie wyodrębnił tego prawa, ograniczając się w jej art.7 do ogólnikowego postanowienia o ochronie rodziny¹¹¹.

Komentarza wymaga natomiast art. 9 *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny* Karty Praw Podstawowych UE z 7 grudnia 2000 r., który głosi: *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny będzie gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw*. Sformułowanie to radykalnie się różni od postanowienia art. 12 Konwencji. Wyeliminowano bardzo istotne sprecyzowanie podmiotowe *mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim*. Zamiast zwrotu końcowego *korzystanie z tego prawa*

¹⁰⁷ Por.: J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 571.

¹⁰⁸ Zwłaszcza pkt 4 i 5. Tekst [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...Zbiór...*, s. 36 i n.

¹⁰⁹ Tekst [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty...*, s. 311 i n.

¹¹⁰ Szerzej na ten temat: C. Mik, *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym*, [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej (...)*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 135 i n.

¹¹¹ Tekst [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...Zbiór...*, s. 298 i n.

użyto wcale nie równoznacznego zwrotu *korzystanie z tych praw*. Zerwano w ten sposób – i to świadomie – z założeniem o jedności tego prawa; w rezultacie, prawo do zawarcia małżeństwa oraz prawo do założenia rodziny jawią się jako dwa odrębne, autonomiczne prawa. Likwidacja podmiotowego kształtu tego prawa „rozbraja” substancję międzynarodowo chronioną i pozostawia na placu boju „zwycięskie”(?) ustawy krajowe. Następuje zerwanie z istotą prawa umocowaną w art.12 Konwencji.

Kłóci się to z zapewnieniem specjalnie wpisanym w postanowienie art. 52 ust. 3 Karty, mocą którego w przypadku *praw, które odpowiadają prawom chronionym przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, znaczenie i zakres tych praw będą takie same jak ustalone przez rzeczoną Konwencję*. Moim zdaniem, formuła art. 9 Karty daleko odbiega od formuły art. 12 Konwencji, ale musi być interpretowana i stosowana tak, by jej *znaczenie i zakres* były zgodne ze *znaczeniem i zakresem* nadawanym formule art. 12 Konwencji – m.in. i zwłaszcza – przez orzecznictwo strasburskie. Zapewnienie przez prawo Unii *ochrony bardziej rozległej* nie może być postrzegane jako odejście od istoty prawa z art. 12 Konwencji, w tym przede wszystkim jako uznanie małżeńskiego i rodzinnego statusu związków homoseksualnych. Przede wszystkim zaś, nie wolno wobec krajów, które za takimi „nowoczesnymi” tendencjami nie podążają, stosować restrykcji i nacisków wymuszających uznanie przez nie równego małżeństwom statusu związków homoseksualnych.

Konstytucja RP w swym art. 18 gwarantuje *ochronę i opiekę Rzeczypospolitej Polskiej [...] rodzinie, macierzyństwu i rodzicielstwu*, a przede wszystkim *małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny*. To bardzo istotne, że tego typu gwarancja znalazła się już w rozdz. I *Rzeczypospolita*. Szkoda natomiast, że w rozdz. II *Konstytucji Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* zabrakło miejsca dla wyrażenia prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Niejedyny to brak w naszej Konstytucji istotnych elementów z katalogu międzynarodowo chronionych praw człowieka; tym bardziej istotne są gwarancje bezpośredniej zastosowalności w polskim porządku prawnym gwarancji wynikających ze standardów międzynarodowych, w tym z art.12 EKPC.

THE RIGHT TO MARRY AND TO FOUND A FAMILY UNDER THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Keywords: European Convention of Human Rights, right to marry and to found a family, rights of transgender people, right to assisted procreation

Summary

The Article provides a detailed analysis of the right to marry and to found a family under Article 12 of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms. It discusses regular understanding of the right in new contextual perspective involving applicability of the right to prisoners, its implications for extradition and deportation procedures and interaction with other rights protected under the European Convention. The analysis also addresses new tendencies concerning implementation of the right to marry and to found a family under national laws including Article 12's applicability to transgender people and admissibility of claims to assisted procreation. The Article contains extensive analysis of the Convention's *travaux préparatoires* as well as multiple references to the European Court and European Commission of Human Rights case law in addition to comparative study of the right in the universal, non-European regional and national systems of human rights protection.

Małgorzata Judycka

Doktorantka w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Problematyka dyscypliny szkolnej w świetle międzynarodowych standardów praw człowieka

Słowa kluczowe: prawo do nauki, dyscyplina szkolna, cele edukacji, godność, prawa dziecka, ideał edukacyjny

1. Wstęp

Problematyka dyscypliny szkolnej jest tematem bardzo aktualnym w dobie dzisiejszych przemian cywilizacyjnych. Od zarania dziejów świadomym zadaniem wszystkich społeczeństw było ustalenie reguł postępowania oraz autorytetów moralnych w celu uformowania osobowości młodego pokolenia. Dyscyplinę, przymus uznania autorytetu wprowadzała rodzina, klasa społeczna, grupa wyznaniowa, narodowościowa, szkoła oraz państwo. W każdej epoce kształtowały się wzorce zachowań powszechnie akceptowane oraz sankcje za ich nieprzestrzeganie.

Współczesna dyscyplina szkolna nierozzerwalnie związana z edukacją i wychowaniem dziecka nakreśla granice poszanowania jego godności jako źródła praw oraz integralności w kontekście korzystania z prawa do nauki w szkole, środowisku pozaszkolnym i w domu. Termin dyscyplina szkolna zdefiniowany przez *Encyklopedię pedagogiczną XXI wieku* wiąże się z organizacją grup społecznych, podporządkowaniu przepisom, regulaminom oraz z dobrowolnym bądź przymusowym uznaniem autorytetu tego, kto reguły ustalił.¹ Łaciński źródłosłów terminu *discipline* oznacza nauczanie, instruowanie, pochodzi od słowa *discipulus* czyli uczeń.² Dyscyplinę szkolną współtworzy ideał edukacyjny będący najwyższym celem wychowania, określonym wzorem osobowym³, koncentrującym się na kształceniu jednostek do dojrzałości, autonomii, uwzględniającym ewolucję i ich rozwój w kierunku

¹ *Encyklopedia pedagogiczna XXI wieku*, red. J. M. Śnieciński, t. I, A-F, Warszawa 2003, s. 818–819.

² *Ibidem*,

³ *Encyklopedia popularna PWN*, Warszawa 1982, s. 878.

samourzeczywistnienia⁴. Problematyka systemu dyscyplinarnego i wychowawczego w szkole winna wynikać z podmiotowego traktowania ucznia, eliminacji kar zbiorowych, kar cielesnych⁵, współdziałaniu, partnerstwie i prawidłowym nastawieniu do dziecka⁶.

Celem niniejszej pracy jest przybliżenie treści postanowień dotyczących dyscypliny szkolnej na tle międzynarodowych standardów praw człowieka w kontekście prawa do nauki, obowiązku nauki na bazie poszanowania godności ucznia oraz międzynarodowo ustalonych celów edukacji. Istotne bowiem jest wychowanie do poczucia godności osoby, właściwe autorytety moralne, stosowanie dyscypliny szkolnej w sposób zgodny z godnością dziecka, ukształtowanie prawidłowych osobowości, społeczności zdrowych moralnie, szanujących pokój, bliźnich, z dala od przemocy i barbarzyństwa. Szkoła winna ukazać pozytywne przykłady godne naśladowania, uczyć dzieci i młodzież szacunku dla innych, patriotyzmu, właściwych postaw moralnych i obywatelskich, współuczestniczyć w budowaniu wolnego, świadomego, demokratycznego społeczeństwa w pełni odpowiedzialnego za losy świata.

2. Poszanowanie godności dziecka jako źródła praw

Godność będąc fundamentalną miarą, wartością człowieczeństwa zajmuje ważne miejsce w dziedzinie dyscypliny szkolnej, bowiem wpływa na prawidłowe ukształtowanie osobowości człowieka⁷. Zasada znajomości praw człowieka podkreśla, iż prawa wynikają z przyrodzonej godności osoby ludzkiej, są istotne dla jej swobodnego i pełnego rozwoju⁸. Ogólne pojęcie godności – *dignitas hominis* jako właściwości wpływającej ze struktury bytowoosobowej należy utożsamiać z faktem, iż występuje ona jako cel, a nie środek ludzkiego działania⁹. Przyrodzona i niezbywalna godność jest źródłem wolności i praw człowieka¹⁰, celem ludzkiego działania, rozwoju, doskonalenia się¹¹ oraz autokreacji¹². Godność osobowa nierozzerwalnie związana z wychowaniem do pokoju, a kształtując osobowość człowieka, pobudza w nim obronę własnej tożsamości, systemu przekonań, podejmowania odważnych wyzwań, kreowania pozytywnej wizji przyszłości, samorealizacji w poszanowaniu

⁴ B. Sliwerski, *Nauczyciel edukacji wczesnoszkolnej między postuszeństwem a oporem*, [w:] red. M. Suświłło, *Nauczyciel wczesnej edukacji – konteksty i wyzwania*, Olsztyn 2012, s. 15.

⁵ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *O prawach dziecka*, Toruń 1994, s. 35.

⁶ B. Sliwerski, *Współczesne teorie i nurty wychowania*, Kraków 1998, s. 28.

⁷ U. Ostrowska, *Studenci wobec godności. Między nieodzownością a kontestacją*, Kraków 2004, s. 57.

⁸ Ibidem.

⁹ *Powszechna encyklopedia filozofii*, t. IV, Lublin 2003, s. 15.

¹⁰ Z. Witkowski, J. Galster, B. Gronowska, A. Bień-Kacała, W. Szyszkowski, *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1998, s. 88.

¹¹ *Powszechna encyklopedia filozofii...*, s. 15.

¹² Ibidem, s. 21.

siebie i innych¹³. Godność osobista chroni przed zniewagą, nagannym zachowaniem, naruszeniem nietykalności osobistej, cielesnej¹⁴ będąc protestem przeciwko złu czy gwałtowi dokonany na ogólnie przyjętych zasadach i moralnych wartościach¹⁵. Szkoła będąc miejscem realizacji prawa dziecka do nauki w sposób szczególny wpływa na sposób wykonywania tego prawa, stosowaną dyscyplinę, kładąc nacisk na wychowanie w duchu prawdziwych ideałów, właściwe zrozumienie godności każdego, jego praw¹⁶, a tym samym kształtuje losy uczniów¹⁷. Stąd też idea praw człowieka jest uświadomienie znaczenia promocji tych praw, zrozumienie konieczności edukacji dla demokracji i wychowania do godności w warunkach pokojowych oraz zwiększenia ich skuteczności.

Prawo do nauki realizując cele edukacji decyduje o pogłębianiu ludzkiej godności, pełnym rozwoju osobowości, nauczaniu dla praw człowieka, pobudzaniu aktywności społecznej, krzewieniu zrozumienia, szacunku między narodami, grupami, a także ideałów pokoju i sprzeciwu wobec przemocy. Dyscyplina szkolna stymulując do ukształtowania społeczności zdrowej moralnie uwidacznia istotę budowania godności osobowości dziecka w procesie związanym z jego edukacją obligując instytucje oświatowe do odpowiedniego doboru metod wychowawczych ściśle współgrających w prawami dziecka, jego rodziców, ich wolnością religijną oraz zasadami moralnymi. Zważywszy, iż podstawy normatywne nie regulują w sposób bezpośredni dyscypliny szkolnej należy powołać się na treść postanowień dokumentów systemu uniwersalnego i europejskiego, które poprzez prawo do nauki i obowiązek nauki ujmują elementy pośrednio odnoszące się do stosowanej w szkole dyscypliny.

2. Prawo do nauki jako kontekst normatywny zagadnień dyscypliny szkolnej

Prawo do nauki stanowiąc kontekst normatywny zagadnień dotyczących dyscypliny szkolnej wpływa na jej kształt w obowiązującym systemie edukacji. Dokumenty chronologicznie ukazują ewolucję celów edukacji wynikającą z jej dziejów czy tradycji, a także zmiany w podejściu do samego dziecka, podmiotowego traktowania jego praw czy poszanowania praw rodziców. Należy w tym miejscu także zaznaczyć, iż prawo to implikując zasady stosowania dyscypliny – występuje w związku z innymi prawami, które ze względu na swój szczególny charakter, podobnie jak poszanowanie wolności rodziców, nie podlegają derogacji nawet w sytuacji niebezpieczeństwa publicznego zagrożającego życiu narodu¹⁸.

¹³ U. Ostrowska, op. cit., s. 55.

¹⁴ A. Marek, *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 2000, s. 274.

¹⁵ *Powszechna encyklopedia filozoficzna...*, s. 22.

¹⁶ U. Ostrowska, op. cit., s. 53.

¹⁷ Ibidem, s. 57.

¹⁸ Art. 4 pkt 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

2.1. Standardy uniwersalne o charakterze ogólnym i standardy specjalne

Jednym z najstarszych standardów uniwersalnych uznających potrzebę edukacji jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., która podkreśla znaczenie przyrodzonej godności, zapewnienie poparcia dla praw człowieka oraz dążenie poprzez nauczanie, wychowanie każdej jednostki do zapewnienia poszanowania praw i wolności w niej zawartych¹⁹. Deklaracja stanowi o prawie każdego do nauki ujmując, iż nauczanie winno być nieodpłatne i przymusowe w zakresie wykształcenia podstawowego, zaś techniczne i zawodowe powszechnie dostępne²⁰. Cele edukacji ujęte w Deklaracji stymulują do pełnego rozwoju osobowości, umacniania poszanowania dla praw człowieka i podstawowych wolności, zrozumienia, tolerancji, przyjaźni między narodami, grupami rasowymi lub religijnymi oraz poparcia działalności Narodów Zjednoczonych na rzecz utrzymania pokoju.²¹ Deklaracja uznaje prawo pierwszeństwa rodziców odnośnie do wyboru rodzaju wykształcenia, jakie ma być dane ich dzieciom²².

Postanowienia Deklaracji to krok naprzód w całej chronologii ewolucji ideału edukacyjnego, bowiem po raz pierwszy zasygnalizowana została konieczność ustalenia celów i zadań edukacji w kontekście stosowanej szkolnej dyscypliny. Prawo do nauki ujęte w Deklaracji wraz z ideałem edukacyjnym miały ogromny wpływ na późniejsze postanowienia dokumentów systemu uniwersalnego, wśród których Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r.²³, jak i Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.²⁴ zajmują istotną pozycję.

Pakt Gospodarczy podkreślając, iż prawa wynikają z przyrodzonej godności²⁵ stanowi o prawie do nauki pośrednio odnosząc się do zagadnień dyscypliny. W art. 13 Pakt ujmując cele nauczania, podkreśla wartość odpowiednio wdrożonej edukacji, uznając istotę pełnego rozwoju osobowości na bazie budowania ludzkiej godności w poszanowaniu praw człowieka i jego podstawowych wolności²⁶. Pakt, stanowiąc o powinnościach edukacji, odnosi się zarówno do wychowania na rzecz kształtowania wolnego społeczeństwa, zdrowego moralnie sprzyjającego zrozumieniu, tolerancji i przyjaźni między

¹⁹ Preambuła Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., [w:] B. Groñowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka: dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 16.

²⁰ Ibidem, art. 26 pkt 1.

²¹ Ibidem, art. 26 pkt 2.

²² Ibidem, art. 26 pkt 3.

²³ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38 poz. 169.

²⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

²⁵ Ibidem, preambuła.

²⁶ Ibidem, art. 13 pkt 1.

wszystkimi narodami, grupami rasowymi, etnicznymi bądź religijnymi, jak i udziela poparcia działalności pokojowej Organizacji Narodów Zjednoczonych²⁷. Cele edukacji ujęte w Pakcie w sposób bezpośredni mają wpływ na metody stosowanej dyscypliny i kształt państwowej edukacji, bowiem Pakt udziela poparcia nauce obowiązkowej, dostępnej i nieodpłatnej na poziomie podstawowym²⁸, obliguje do upowszechniania nauczania średniego, w tym technicznego i zawodowego we wszystkich formach²⁹ oraz nauczania wyższego na zasadzie równości, w zależności od zdolności³⁰.

Pakt dostrzegając ważną rolę rodziców w procesie wychowawczym zobowiązuje państwa do poszanowania ich wolności odnośnie zapewnienia dzieciom wychowania moralnego i religijnego zgodnie z ich własnymi przekonaniami, uznaje swobodę rodziców w zakresie wyboru edukacji dziecka³¹ w szkole publicznej, bądź w placówce edukacyjnej utworzonej przez dowolną osobę, czy instytucję³², jeżeli zapewnione zostanie minimum programowe ustalone przez państwo³³. Pakt gwarantuje mężczyznom i kobietom równouprawnienie w zakresie korzystania z praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych³⁴ oraz dostrzega możliwość ograniczenia ustawowego tych gwarancji, jeżeli wymaga tego sytuacja oraz konieczność poparcia dobrobytu w społeczeństwie demokratycznym³⁵.

Komitet Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych, badając realizację postanowień Paktu, jest zdania, że edukacja jako niezbędny środek służący realizacji innych praw człowieka stanowi podstawowe narzędzie umożliwiające zmarginalizowanym społecznie i gospodarczo dorosłym oraz dzieciom wydostać się z biedy, bądź w pełni uczestniczyć w ich rodzimych społecznościach. Komitet zauważa ponadto, że edukacja chroni dzieci przed wyzyskiem, niebezpieczną pracą lub seksualną eksploatacją³⁶, stąd też dostrzega konieczność zapewnienia im równego dostępu do nauki oraz poczucia bezpieczeństwa³⁷. Komitet podkreśla konieczność wprowadzania przez państwa odpowiednich form, treści i metod nauczania dostosowując je do zmieniających się potrzeb społeczeństw oraz społeczności³⁸. Priorytetem dla państw, zdaniem Komitetu winno być upowszechnianie szkolnictwa obowiązkowego,

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem, art. 13 pkt 2 a).

²⁹ Ibidem, art. 13 pkt 2 b).

³⁰ Ibidem, art. 13 pkt 2 c).

³¹ Ibidem, art. 13 pkt 3.

³² Ibidem, art. 13 pkt 4.

³³ Ibidem, art. 13 pkt 3, 4.

³⁴ Ibidem, art. 3.

³⁵ Ibidem, art. 4.

³⁶ Pkt 1 General Comment No. 13 Implementation of The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: The Right to Education (Art 13) 8 December 1999, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Twenty-first session 15 November-3 December 1999, E/C.12/1999/10.

³⁷ Ibidem, pkt 6.

³⁸ Ibidem.

bezpłatnego, ogólnodostępnego, edukacji podstawowej umożliwiającej kontynuację nauki, a tym samym zdobycie zawodu³⁹.

Komitet dostrzega znaczenie wolności rodziców i opiekunów do zapewnienia wychowania religijnego i moralnego zgodnie z ich przekonaniami podkreślając, iż religia i etyka winny być przekazywane w sposób bezstronny i obiektywny z szacunkiem dla wolności poglądów, sumienia i wypowiedzi⁴⁰. Komitet zauważa istotę prawa rodziców odnośnie wyboru dla swych dzieci szkół innych, niż szkoły założone przez władze publiczne oraz wolności osób i instytucji do ustanowienia oraz prowadzenia instytucji oświatowych⁴¹. W kwestii stosowania kar cielesnych, Komitet jest zdania, że są one niezgodne z podstawową główną zasadą prawa międzynarodowego praw człowieka oraz poszanowaniem godności i integralności dziecka jako jednostki⁴². Stąd też obliguje państwa do podejmowania działań na rzecz wprowadzania zakazu stosowania dyscypliny szkolnej, niezgodnej z prawami człowieka, tak w publicznych, jak i prywatnych instytucjach edukacyjnych⁴³.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych uznając, iż prawa jednostki wynikają z przyrodzonej godności ludzkiej⁴⁴ stanowi, iż każde dziecko bez żadnej dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową lub urodzenie winno korzystać z prawa do środków ochrony jakich wymaga status małoletniego ze strony rodziny, społeczeństwa oraz państwa⁴⁵. Pakt zobowiązuje państwa do poszanowania wolności rodziców lub opiekunów prawnych do zapewnienia swoim dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnie z własnymi przekonaniami⁴⁶. Stanowi także, iż każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania, posiadania, przyjmowania religii, przekonań oraz uczestniczenia w praktykowaniu i nauczaniu⁴⁷ nadmienając o zakazie przymusu, który stanowiłby zamach na wolność posiadania lub przyjmowania religii albo przekonań według własnego wyboru⁴⁸. Pakt ujmuje możliwość wprowadzania ograniczeń ustawowych odnośnie do korzystania z wolności uzewnętrzniania religii lub przekonań ze względu na ochronę bezpieczeństwa publicznego, porządek, zdrowie lub moralność publiczną albo prawa i wolności innych osób⁴⁹.

³⁹ Ibidem, pkt 12.

⁴⁰ Ibidem, pkt 28.

⁴¹ Ibidem, pkt 29.

⁴² Ibidem, pkt 41.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Preambuła Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

⁴⁵ Ibidem, art. 24.

⁴⁶ Ibidem, art. 18 pkt 4.

⁴⁷ Ibidem, art. 18 pkt 1.

⁴⁸ Ibidem, art. 18 pkt 2.

⁴⁹ Ibidem, art. 18 pkt 3.

Komitet Praw Człowieka jest zdania, że prawa dziecka ujęte w Pakcie obligują państwa do przyjmowania szczególnych środków ochrony dzieci⁵⁰, bowiem są one adresatami wszystkich praw obywatelskich w nim zawartych⁵¹. Komitet zauważa znaczenie prawidłowego rozwoju osobowości dziecka, konieczność edukacji⁵² podkreślając, iż odpowiedzialność za dziecko spoczywa na rodzinie, społeczeństwie oraz państwie⁵³. Biorąc pod uwagę istotę tego prawa, Komitet przypomina, iż obowiązuje ono nawet w sytuacji nadzwyczajnej zgodnie z art. 4 pkt 2 Paktu⁵⁴, stąd też, jego zdaniem, zakazane są jakiegokolwiek formy ograniczania dostępu do edukacji oraz ingerowania w sferę wolności rodziców w odniesieniu do wychowania dzieci zgodnie z ich przekonaniami. Edukacja publiczna, zdaniem Komitetu powinna uwzględniać życzenia rodziców przy wypełnianiu swej funkcji wychowawczej i edukacyjnej⁵⁵.

Do standardów uniwersalnych o charakterze specjalnym, ujmujących problematykę dyscypliny szkolnej w kontekście prawa do nauki, należą Deklaracja Praw Dziecka z 20 listopada 1959 r. oraz Konwencja Praw Dziecka z 20 listopada 1989 r., które w sposób bezpośredni odnoszą się do praw dziecka. Deklaracja potwierdza wiarę w podstawowe prawa człowieka, w jego godność i wartość, zauważa, że dziecko z powodu swej fizycznej i umysłowej niedojrzałości wymaga specjalnych gwarancji, opieki i właściwej ochrony prawnej⁵⁶. Deklaracja podkreśla, że dziecko – korzystając ze szczególnej ochrony – ma prawo do zdrowego i normalnego rozwoju fizycznego, umysłowego, moralnego, duchowego i społecznego, w warunkach wolności i godności⁵⁷. Deklaracja dostrzega, iż dziecko winno wzrastać pod pieczę rodziców odpowiedzialnych przede wszystkim za jego edukację, ukierunkowanie⁵⁸ oraz rozwój osobowości⁵⁹. W zasadzie 7 Deklaracja stanowi o prawie dziecka do nauki bezpłatnej i obowiązkowej, przynajmniej w zakresie szkoły podstawowej, podkreślając, iż każde dziecko winno otrzymać wychowanie kształtujące jego kulturę ogólną, zdolności, odpowiedzialność, tolerancję⁶⁰ oraz winno korzystać ze środków ochrony przed złem i okrucieństwem⁶¹.

⁵⁰ Pkt 1 General Comment No. 17: Rights of the Child (Art 24): 1989-24-07 CCPR General Comment No.17. (General Comments), Office of the High Commissioner for Human Rights.

⁵¹ Ibidem, pkt 2.

⁵² Ibidem, pkt 3.

⁵³ Ibidem, pkt 6.

⁵⁴ Pkt 1 General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art 18);, 30.07.1993 CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General No Comment 22. (General Comments), Office of the High Commissioner for Human Rights.

⁵⁵ Ibidem, pkt 6.

⁵⁶ Preambuła Deklaracji Praw Dziecka z 20 listopada 1959 r., [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny-prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Zbiór dokumentów*, Toruń 1999, s. 54.

⁵⁷ Ibidem, zasada 2.

⁵⁸ Ibidem, zasada 6, 7.

⁵⁹ Ibidem, zasada 6.

⁶⁰ Ibidem, zasada 9.

⁶¹ Ibidem, zasada 10.

Konwencja Praw Dziecka z 20 listopada 1989 r. powołując się na zasady proklamowane w Karcie Narodów Zjednoczonych, potwierdza uznanie przyrodzonej godności, wiarę w podstawowe prawa człowieka, znaczenie wychowania dzieci w środowisku rodzinnym dla ich pełnego i harmonijnego rozwoju⁶². Konwencja stanowi, iż dziecko z uwagi na niedojrzałość fizyczną oraz umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej⁶³. Konwencja obliguje państwa do respektowania i gwarantowania praw w niej zawartych bez żadnej dyskryminacji⁶⁴, zabezpieczenia najlepszych interesów dziecka oraz zapewnienia mu odpowiedniej opieki i ochrony uznając prawa i obowiązki rodziców⁶⁵ do ukierunkowania dziecka, udzielania właściwych rad⁶⁶ w poszanowaniu jego przekonań⁶⁷, poglądów⁶⁸, a także wypowiedzi⁶⁹. Konwencja obliguje państwa do zapewnienia opieki i ochrony w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla dobra dziecka, zapewnieniu właściwego nadzoru, odpowiedniej kadry⁷⁰ oraz warunków sprzyjających rozwojowi dziecka⁷¹. Zgodnie z Konwencją dziecko korzysta z prawa do poziomu życia odpowiadającemu jego rozwojowi fizycznemu, psychicznemu, duchowemu, moralnemu i społecznemu⁷², ochrony życia prywatnego i rodzinnego⁷³, ochrony przed wszelkimi formami przemocy fizycznej bądź psychicznej, krzywdy lub zaniedbania, złego traktowania i wyzysku⁷⁴.

Konwencja ujmując prawo do nauki w kontekście stosowanej dyscypliny podkreśla, że realizacja tego prawa winna odbywać się na zasadzie równych szans⁷⁵, nauczanie podstawowe winno być obowiązkowe i bezpłatne dla wszystkich⁷⁶, średnie ogólnokształcące i zawodowe powszechnie dostępne⁷⁷, zaś wyższe dostępne dla wszystkich w zależności od zdolności⁷⁸. W kwestii stosowania dyscypliny szkolnej, Konwencja obliguje państwa do podejmowania działań zapewniających, by dyscyplina była stosowana w sposób zgodny z postanowieniami Konwencji oraz ludzką godnością dziecka⁷⁹. Stanowi także, iż nauka winna być ukierunkowana na rozwój osobowości, zdolności,

⁶² Preambuła Konwencji Praw Dziecka z 20 listopada 1989 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 120 poz. 526.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem, art. 2.

⁶⁵ Ibidem, art. 3.

⁶⁶ Ibidem, art. 5.

⁶⁷ Ibidem, art. 14.

⁶⁸ Ibidem, art. 12.

⁶⁹ Ibidem, art. 13.

⁷⁰ Ibidem, art. 3 pkt 2, 3.

⁷¹ Ibidem, art. 6 pkt 2.

⁷² Ibidem, art. 27.

⁷³ Ibidem, art. 16.

⁷⁴ Ibidem, art. 19.

⁷⁵ Ibidem, art. 28 pkt 1.

⁷⁶ Ibidem, art. 28 pkt 1 a).

⁷⁷ Ibidem, art. 28 pkt 1 b).

⁷⁸ Ibidem, art. 28 pkt 1 c).

⁷⁹ Ibidem, art. 28 pkt 2.

talentów⁸⁰, szacunku dla praw człowieka, rodziców dziecka, jego tożsamości kulturowej, języka, wartości oraz innych kultur⁸¹. Konwencja uznaje, że nauka winna przygotować dziecko do odpowiedzialnego życia w wolnym społeczeństwie, w duchu zrozumienia, pokoju, tolerancji, równości płci, przyjaźni między narodami, grupami etnicznymi, narodowymi, religijnymi, osobami rdzennego pochodzenia⁸², a także rozwijać poszanowanie dla środowiska naturalnego⁸³.

Konwencja dostrzega konieczność interpretacji postanowień w sposób nienaruszający wolność osób bądź ciał zbiorowych do zakładania i prowadzenia instytucji oświatowych, jeżeli kształcenie w tych placówkach odpowiada minimalnym standardom zatwierdzonym przez państwo⁸⁴. Edukacja, zgodnie z postanowieniami Konwencji winna zapewnić realizację postanowień dotyczących ochrony dziecka przed wyzyskiem gospodarczym czy wykonywaniem pracy, która byłaby niebezpieczna lub kolidowałaby z jego kształceniem⁸⁵, przed nielegalnym używaniem środków narkotycznych i substancji psychotropowych⁸⁶. Konwencja obliuguje państwa do zapewnienia, by żadne dziecko nie podlegało torturowaniu bądź okrutnemu, nieludzkiemu czy poniżającemu traktowaniu lub karaniu⁸⁷, zaś w sytuacji, gdy jest podejrzane, oskarżone bądź uznane winnym naruszenia prawa karnego – traktowania w sposób sprzyjający poczuciu ludzkiej godności⁸⁸.

Konwencja, będąc światową konstytucją praw dziecka, upomina się o najmłodszych członków społeczności, poszanowanie ich ludzkiej godności, prywatności, integralności, uwrażliwienie na dziecięce losy, ostrzegając jednocześnie przed konsekwencjami nieprzestrzegania jej postanowień. Konwencja przywraca ducha Karty Narodów Zjednoczonych do życia bez przemocy, z dala od barbarzyństwa chroniąc dzieci przed złem, niebezpieczeństwami, nierównym traktowaniem czy dyskryminacją. Wychowanie w warunkach pokoju, edukacja w kierunku praw człowieka, znajomość tych praw, ochrona przed niebezpieczeństwami, wyzyskiem czy wykorzystywaniem charakteryzuje Konwencja, bowiem będąc traktatem międzynarodowym praw człowieka, Konwencja traktuje priorytetowo każde dziecko jako indywidualną jednostkę ludzką. Przyrodzoną i niezbywalną godność Konwencja postrzega jako źródło wolności i praw dziecka, fundamentalną wartość człowieczeństwa, stąd też uczy dorosłych miłości do dzieci, poszanowania ich praw, prawidłowego traktowania zawierając katalog praw oparty na podmiotowości dziecka, niedyskryminacji oraz nadrzędności jego interesów⁸⁹. Wiara

⁸⁰ Ibidem, art. 29 pkt 1 a).

⁸¹ Ibidem, art. 29 pkt 1 b), c).

⁸² Ibidem, art. 29 pkt 1 d).

⁸³ Ibidem, art. 29 pkt 1 e).

⁸⁴ Ibidem, art. 29 pkt 2.

⁸⁵ Ibidem, art. 32 pkt 1.

⁸⁶ Ibidem, art. 33.

⁸⁷ Ibidem, art. 37.

⁸⁸ Ibidem, art. 40 pkt 1.

⁸⁹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *O prawach dziecka...*, s. 14–17.

w podstawowe prawa człowieka, godność i wartość jednostki ludzkiej, zakaz dyskryminacji, prawidłowy rozwój osobowości, poszanowanie praw rodziców, własnej tożsamości, innych kultur i religii przyświeca celom edukacji ujętym przez Konwencję, stosowaniu dyscypliny szkolnej w sposób zgodny z godnością dziecka, wychowaniu do pokoju w warunkach sprzyjających dorastaniu w dobrobycie, dobrej kondycji oraz właściwej ochronie zdrowia.

Konwencja definiując pojęcie dziecka jako istoty ludzkiej poniżej osiemnastego roku życia⁹⁰ dostrzega jego *integrum*, poszanowanie praw i potrzeb⁹¹, których źródłem jest przyrodzona godność osoby ludzkiej. Pomimo iż dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość psychiczną i fizyczną wymaga szczególnej troski i opieki, Konwencja podkreśla konieczność traktowania praw dziecka w kategoriach praw człowieka. Stąd też wyraźnie ujmuje w swych postanowieniach, iż dziecko jako podmiot uprawniony z tytułu praw człowieka winno korzystać z prawa do poznawania swoich praw, działania na ich podstawie, wykorzystywania szans jakie prawo do jego dyspozycji stawia⁹². W kontekście stosowanej dyscypliny w szkole i prawa do nauki, Konwencja podejmuje próbę stworzenia zarysu praw i obowiązków ucznia, celów edukacji na bazie poszanowania jego ludzkiej godności⁹³. Prawa dziecka ujęte w Konwencji wzmacniają pozycję dziecka na płaszczyźnie międzynarodowej w pełni odzwierciedlając idee, zasady i cel poszanowania jego praw. Kryterium poszanowania praw dziecka uświadamia państwom obowiązek w dziedzinie nauczania i krzewienia praw człowieka w systemach edukacyjnych. Z owym kryterium wiąże się uznanie przez Konwencję obowiązkowego charakteru nauczania podstawowego, formułowanie ideału edukacyjnego zakładającego obowiązek ukształtowania wychowania i nauczania, zmierzającego do pełnego rozwoju osobowości i poczucia godności ludzkiej, a także służącego umacnianiu poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności⁹⁴.

Komitet Praw Dziecka jest zdania, że Konwencja gwarantując dzieciom poszanowanie ludzkiej godności obliguje państwa do podejmowania działań, zakazujących i eliminujących stosowanie kar cielesnych oraz innych okrutnych lub poniżających form karania dzieci⁹⁵. Odnośnie do kar cielesnych, Komitet jest zdania, iż są one niezgodne z fundamentalną zasadą przewodnią prawa międzynarodowego praw człowieka⁹⁶, bowiem wywołują zaburze-

⁹⁰ Ibidem, art. 1.

⁹¹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 210.

⁹² Ibidem, s. 213.

⁹³ Art. 28 pkt 2, art. 29 Konwencji Praw Dziecka.

⁹⁴ Ibidem, s. 213.

⁹⁵ Pkt 1 General Comment No 8(2006), The rights of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading form of punishment, Committee on the Rights of the Child, Forty-second session, Geneva, 15 May-2 June 2006, Distr. General CRC/C/GC/8 2 March 2007.

⁹⁶ Pkt 41 Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. General Comments No.13: The Right to Education 8 grudnia 1999 r.– UN Doc.E/C.12/1999/10.

nia emocjonalne, psychiczne, fizyczne, lękowe, depresyjne, prowokują do prób samobójczych, nadużywania substancji psychotropowych, narkotycznych, a także wczesnego rozpoczynania zachowań seksualnych⁹⁷.

Szkoła, zdaniem Komitetu winna uszanować przyrodzoną godność i integralność dziecka, uczyć je szacunku dla praw człowieka, promować te prawa⁹⁸, stosować dyscyplinę zgodną z ich ideą, zakazując tym samym stosowania przemocy⁹⁹. Komitet zauważa, że dzisiejszy system nauczania – poza nauką szkolną – obejmuje doświadczenia, procesy uczenia się pogłębiające intelektualnie osobowość dziecka, rozwijające jego talent, zdolności i wszelkie umiejętności¹⁰⁰. Komitet popiera edukację w kierunku wzajemnego zrozumienia, tolerancji i przyjaźni między narodami, szacunku dla tożsamości kulturowych, języka, wartości narodowych, a także różnych kultur¹⁰¹. Według uwag Komitetu, istotne jest zapewnienie dostępu do edukacji każdemu dziecku bez żadnej dyskryminacji¹⁰², tworzenie programów nauczania według zasady równości płci i tolerancji¹⁰³, zapewnienie poprzez edukację rozwoju osobowości, talentów, umiejętności, indywidualnych cech oraz zainteresowań¹⁰⁴.

Komitet podkreślając, iż najistotniejsze jest poszanowanie i przestrzeganie praw dzieci sugeruje państwu zaprzestanie praktyk zagrażających ich rozwojowi¹⁰⁵, zaś poprzez zwiększenie ochrony¹⁰⁶ dostrzega konieczność poszanowania ich ludzkiej godności, integralności psychicznej i fizycznej, równości wobec prawa¹⁰⁷. Komitet podkreśla, iż pojęcie godności dziecka wymaga, by każde dziecko było uznawane, szanowane i chronione jako posiadacz praw wszędzie: w szkole, w rodzinie w większych aglomeracjach, prowincjach i w mniejszych osiedlach wiejskich, a także widzi konieczność wprowadzania programów „zero tolerancji”, gdyż – zdaniem Komitetu – brak reakcji na przemoc jest jej akceptacją.¹⁰⁸

Wśród systemów normatywnych o charakterze standardów specjalnych, podejmujących problematykę dyscypliny szkolnej i godności ucznia, na uwagę zasługują dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury – UNESCO (United Nations Educational, Scientific

⁹⁷ General Comment No 13.: The Right of the Child to Freedom from all forms of Violence. 18 April 2011 r. – CRC/C/GC/13.

⁹⁸ Uwagi Ogólne nr 1(2001) Komitetu Praw Dziecka „Art 29(1): cele kształcenia” *CRC/GC/2001/1*, pkt 1.

⁹⁹ *Ibidem*, pkt 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, pkt 4.

¹⁰² *Ibidem*, pkt 10.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ General Comments No 13(2011) Committee on the Rights of the Child: „The right of the child to freedom from all forms of violence „: *CRC/C/GC/13*, pkt 1.3.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pkt 5.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pkt 7.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

and Cultural Organization), zaś w szczególności postanowienia Konwencji w sprawie Zwalczenia Dyskryminacji w dziedzinie Oświaty z 15 grudnia 1960 r. Konwencja proklamując prawo każdego do nauki i jednakowy dostęp do edukacji podkreśla znaczenie poszanowania praw¹⁰⁹ oraz godności człowieka¹¹⁰. Uznaje w swych postanowieniach możliwość utworzenia bądź utrzymywania z przyczyn natury religijnej lub językowej oddzielnych systemów oświatowych lub zakładów nauczania dających wykształcenie odpowiadające wyborowi rodziców, jak i utworzenie lub utrzymywanie prywatnych zakładów nauczania, jeżeli ich działalność została zatwierdzona przez właściwe organy oświatowe¹¹¹. Konwencja ponadto obliguje państwa do zapewnienia przestrzegania obowiązku szkolnego, utworzenia bezpłatnej i obowiązkowej oświaty na poziomie podstawowym, powszechnie dostępnej na poziomie średnim, zaś na poziomie wyższym dostępnej na zasadzie równości w zależności od uzdolnień¹¹². Konwencja podkreśla, iż celem oświaty winien być pełny rozwój osobowości ludzkiej, ugruntowanie poszanowania dla praw człowieka i podstawowych swobód, wzajemne zrozumienie, tolerancja i przyjaźń między narodami, grupami rasowymi, wyznaniowymi oraz rozwój Organizacji Narodów Zjednoczonych na rzecz utrzymania pokoju¹¹³. Konwencja dostrzega także znaczenie poszanowania wolności rodziców w kwestii wyboru szkół dla swoich dzieci oraz wychowania religijnego i moralnego zgodnego z ich osobistymi przekonaniami¹¹⁴.

2.2. Standardy europejskie

Kontynuując przegląd podstaw normatywnych, ujmujących problematykę dyscypliny szkolnej i godności ucznia w kontekście prawa do nauki, konieczne jest przybliżenie treści postanowień standardów europejskich, które nawiązują do zagadnień dyscypliny szkolnej na tle międzynarodowo ustalonych celów edukacji i gwarancji ochronnych praw człowieka. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. jako jeden z najważniejszych dokumentów systemu europejskiego uznaje za cel większą ochronę i skuteczniejszą realizację praw człowieka¹¹⁵. Konwencja, pomimo iż w swych postanowieniach nie zawiera prawa do nauki, poprzez postanowienia Protokołu nr 1¹¹⁶ podkreśla konieczność edukacji

¹⁰⁹ Preambuła Konwencji w sprawie Zwalczenia Dyskryminacji w dziedzinie Oświaty z 15 grudnia 1960 r., Dz. U. 1964 Nr 40 poz. 268.

¹¹⁰ Ibidem, art. 1 pkt d).

¹¹¹ Ibidem, art. 2 pkt b), pkt c).

¹¹² Ibidem, art. 4 pkt a).

¹¹³ Ibidem, art. 5 pkt a).

¹¹⁴ Ibidem, art. 5 pkt b).

¹¹⁵ Preambuła Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. nr 61 poz. 284.

¹¹⁶ Art. 2 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 20 marca 1952 r., Dz. U. z 1995 r. Nr 36 poz. 175.

obligując państwo do wykonywania funkcji wychowawczych i edukacyjnych, zapewniających poszanowanie praw rodziców w odniesieniu do wychowania i nauczania dzieci zgodnie z ich przekonaniami filozoficznymi i religijnymi¹¹⁷. Gwarancje ujęte w Protokole rozszerzają zakres praw uznanych przez Konwencję.

Kwestia dyscypliny szkolnej wielokrotnie była tematem rozważań zarówno Europejskiej Komisji Praw Człowieka, delegalizującej nawet drobne formy karcenia cielesnego¹¹⁸, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który dostrzega w stosowanych w szkole środkach dyscyplinarnych istotny element¹¹⁹ dający szkole rację bytu, łącznie z rozwijaniem zdolności intelektualnych uczniów.¹²⁰ W sprawie A przeciwko Wielkiej Brytanii (1994–1998) Trybunał orzekł, że dzieci powinny podlegać szczególnej ochronie państwa, zaś znęcanie się nad nimi dorosłych jest niedopuszczalne.¹²¹ Prawo do nauki, zdaniem Trybunału, zobowiązuje państwa do posiadania powszechnych systemów nauczania oraz narzuca korzystanie ze środków nauczania uznanych przez system praw człowieka¹²² istniejących w danym czasie.¹²³

Trybunał uznał obowiązek państwa co do ustanowienia przymusowej edukacji szkolnej, podkreślając konieczność umożliwienia dzieciom w indywidualnych przypadkach edukacji domowej.¹²⁴ Komisja Praw Człowieka jest zdania, że państwo nie może zabraniać rodzicom kierowania dziećmi do szkół prywatnych¹²⁵ oraz uznała prawo określania sposobu edukacji dziecka za integralną część praw opiekuńczych.¹²⁶ Edukacja szkolna, zdaniem Komisji, winna być ustanowiona przez państwo w formie edukacji przymusowej w szkołach państwowych bądź prywatnych o zadowalającym standardzie.¹²⁷ Trybunał jest zdania, że wychowanie dzieci stanowi sumę działań, poprzez które dorośli dążą do przekazania dzieciom swych wierzeń, obyczajów i innych wartości. W kwestii edukacji szkolnej Trybunał wyraził pogląd, iż winna ona mieć na względzie głównie przekaz wiedzy i formację intelektualną¹²⁸.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ *Seven individualis v. Sweden*, Adm. Dec., 13 May 1982, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie w świetle standardów praw człowieka. Orzecznictwo strasburskie*, Toruń 1999, s. 125.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ *Campbell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 25 lutego 1982 r., [w:] V. Beržer, L.E. Pettiti, *Jurisprudence de la Copr. Europeenne des droits de l'homme*, wyd. II, Paris 1989, s. 33.

¹²¹ *Prawa człowieka. Poradnik nauczyciela*, red: K. Koszewska, Warszawa 2002, s. 144.

¹²² Belgijska sprawa językowa, wyrok ETPC z 23 lipca 1968 r., [w:] V. Berger, L. E. Pettiti, *Jurisprudence de la europeenne des droits de l'homme*, wyd. II Paris 1989, s. 16.

¹²³ P. van Dijk, G.I.H. van Hoof, wyrok z 3 lipca 1968 r. [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, wyd. II, Deventer – Boston 1990, s. 467.

¹²⁴ *Family H. v. The United Kingdom*, Adm. Dec., 6 March 1984, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 130.

¹²⁵ G. Cohen – Jonathan, *la Conrention Europeene des Droits de l'Homme*, Paris 1989, s. 495–496.

¹²⁶ *Sweden*, Adm. Dec. 12 December 1977, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 29.

¹²⁷ *Familly H. v. the Unitet Kingom*, Adm. Dec., 6 March 1984 [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 129.

¹²⁸ G. Cohen – Jonatan, *La Convention europeenne des Droits de l'Homme*, Paris 1989, s. 498.

Trybunał podkreślił, iż konieczne jest poszanowanie przez państwa przekonania filozoficznych rodziców w kwestii wychowania i nauczania dzieci. Wyraził też pogląd, że przekonania filozoficzne rodziców dają się pogodzić z godnością osoby, nie sprzeciwiają się fundamentalnemu prawu dziecka do nauki¹²⁹, zaś funkcje przyjęte przez państwo w sferze edukacji obejmują ogólny nadzór nad systemem edukacyjnym, w tym dyscyplina szkolna¹³⁰. W kwestii poszanowania wolności religijnej Trybunał orzekł, iż godność człowieka koreluje z wolnością w demokratycznym społeczeństwie.¹³¹ Nauczanie wiedzy religijnej, zdaniem Trybunału winno mieć na celu naukę o religii ze względu na znaczenie treści¹³², które zawiera w kwestii obowiązkowego udziału dzieci w lekcjach edukacji moralnej i społecznej Trybunał uznał, iż nie stanowi to ingerencji w korzystanie ze swobody myśli lub sumienia¹³³, a wręcz podkreślił konieczność umożliwienia rodzicom swobody co do wyłączenia dzieci ze zintegrowanego wychowania seksualnego oraz skierowania ich do szkół prywatnych, mających mniej ściśle obowiązki.¹³⁴ Ustawodawstwo wprowadzając obligatoryjność edukacji seksualnej w szkołach, zdaniem Trybunału czyni zasadnym i usprawiedliwionym posyłanie przez rodziców dzieci do szkół prywatnych.¹³⁵

Nie jest możliwe, zdaniem Komisji, wykluczenie obowiązkowego noszenia mundurków w szkole na czas lekcji, bowiem w szkole winny obowiązywać odpowiednie reguły, a nie swoboda ubioru¹³⁶. Komisja podkreśla, że obowiązek szkolny obliguje zarówno rodziców do współpracy ze szkołą w celu osiągnięcia właściwego poziomu kształcenia ich dzieci, jak i szkołę do współpracy z rodzicami w sytuacjach podyktowanych chorobą dzieci poprzez umożliwienie im edukacji w warunkach domowych¹³⁷. Poszanowanie praw rodziców, zgodnie z orzeczeniami Komisji i Trybunału zobowiązuje państwa do zorganizowania edukacji publicznej w sposób uwzględniający wolę i przekonania rodziców¹³⁸, bowiem brak poszanowania tego prawa może naruszyć

¹²⁹ *Campbell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 25 lutego 1982, [w:] V. Beržer, L. E. Pettiti, *Jurisprudence de la Copr. européenne des droits de l'homme*, wyd. II, Paris 1989, s. 152–153.

¹³⁰ *Campbell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 25 lutego 1982, Ser. A, nr 48, [w:] T. Jasudowicz, *Wolność religii. Wybór materiałów. Dokumenty. Orzecznictwo*, Toruń 2001, s. 281.

¹³¹ Art. 14 Rekomendacji 1202 (1993) ZPRE w sprawie Tolerancji Religijnej w Demokratycznym Społeczeństwie z 2 lutego 1993 r.

¹³² *Lena i Anna Nina Angeleni przeciwko Szwecji*, decyzja z 3 grudnia 1986 r.

¹³³ *Bernard i Inni przeciwko Luksemburgowi*, decyzje z 8 września 1993 r.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ P. van Dijk, G.I.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, wyd. II, Deventer–Boston 1990, s. 471.

¹³⁶ *Rodzina H przeciwko Wielkiej Brytanii*, decyzja Komisji z 6.03.1984 r., [w:] B. Gro-nowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa...*, s. 451.

¹³⁷ *Decyzja Komisji w sprawie H. przeciwko Wielkiej Brytanii*, 1984, skarga nr 10233/83, [w:] M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 1992, s. 123.

¹³⁸ *Campbell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 25 lutego 1982, Ser. A, nr 48, [w:] T. Jasudowicz, *Wolność religii...*, s. 281.

art. 8 Konwencji dotyczący prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Zdaniem Komisji, przepisy dotyczące języka nauczania mogą powodować poważne trudności dla życia prywatnego i rodzinnego, stąd też konieczne jest uwzględnienie życzeń rodziców dzieci¹³⁹. Komisja podkreśla, że państwo wówczas wypełni swe zobowiązania na podstawie art. 2 Protokołu, jeżeli wykaże poszanowanie religijnych i filozoficznych przekonań rodziców w ramach istniejącego i rozwijanego systemu edukacji¹⁴⁰.

Kary dyscyplinarne stosowane w szkole, zdaniem Trybunału, stanowią integralny składnik procesu edukacyjnego nie mogą kolidować z poszanowaniem wolności rodziców sprzeciwiających się stosowaniu kar cielesnych względem dzieci uczęszczających do szkoły¹⁴¹, pomimo iż w świetle orzecznictwa nie każdy klaps narusza prawo¹⁴². Kary cielesne, zdaniem Trybunału, można uznać za niedopuszczalne w szkole, jeżeli osiągnęły odpowiedni poziom solidności, powagi czy spójności, bądź spowodowały naruszenie przekonań filozoficznych i religijnych rodziców karanych dzieci¹⁴³. Komisja podkreśla, iż kary stosowane w szkołach są często karami poniżającymi mimo charakteru wychowawczego, stąd też wymierzenie ich przez nauczyciela względem dziecka może naruszać art. 3 Konwencji dotyczący zakazu tortur, poniżającego traktowania i karania¹⁴⁴. Komisja jest zdania, że regulacje dotyczące kar cielesnych w wielu szkołach są niezgodne z postanowieniami Konwencji, bowiem mogą stanowić dolegliwość będącą jej pogwałceniem¹⁴⁵. Komisja jest zdania, że głównym celem obowiązującego prawa jest zapobieganie – perswazją bądź odstraszeniem – postępowaniu, którego ono zakazuje¹⁴⁶.

W europejskim systemie ochrony praw człowieka rolę wspomagającą prawo dziecka do nauki, a tym samym skutecznie gwarantującą ochronę dzieci i młodzieży posiada Europejska Karta Socjalna z 18 października 1961 r.¹⁴⁷ Karta już w Preambule udziela poparcia dla postępu gospodarczego i społecznego poprzez obronę, rozwój praw człowieka i podstawowych wolności oraz podkreśla konieczność zapewnienia szczególnej ochrony dzieciom

¹³⁹ *Belgian Linguistic Case*, Comm.Report, 24 June 1965, Ser.B, No.3, s.292–294, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 117.

¹⁴⁰ *X.v.the United Kingdom*, Adm.Dec., 2 May 1978, Appl.7782/77, DR 14, s. 180–182, [w:] Ibidem, s. 122.

¹⁴¹ Wyrok *ETPC w Belgijskiej Sprawie Językowej* z 23 lipca 1968 r., [w:] M. A Nowicki, *Wokół Konwencji...*, s. 182.

¹⁴² *Seven individuals v. Sweden*, Adm.Dec.,13 May 1982, Appl. No.8811/79, DR 29, s. 109–114, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 128.

¹⁴³ *B. and D. v. the United Kingdom*, Adm. Dec., 13 October 1986, Appl, No9303/81,DR 49, s. 49–51, [w:] ibidem, s. 136.

¹⁴⁴ *Sprawozdanie Komisji z 16.5.1980 r. Campbell i Cosans*, 7743/76, 7511/76, Serie B tom 42(1985), s. 10 i n., [w:] P. Hoffmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 161.

¹⁴⁵ Wyrok z 29.10.1992 r., *Y przeciwko Wielkiej Brytanii*, Serie A tom 247-A(1993), [w:] P. Hoffmański, *Konwencja...*, s. 168.

¹⁴⁶ *Seven individuals v. Sweden*, Adm.Dec., 13 May 1982, Appl. No.8811/79, DR 29, s. 109–114, w: T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 127.

¹⁴⁷ Europejska Karta Socjalna z 18 października 1961 r., Dz. U. z 1999 r. Nr 8 poz. 67.

i młodzieży¹⁴⁸. Karta zabrania, by dzieci, które podlegają jeszcze obowiązkowemu nauczaniu były zatrudniane przy pracach uniemożliwiających im pełne korzystanie z tego nauczania¹⁴⁹. Obliguje w swych postanowieniach państwa do zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do szkolenia zawodowego, w tym także technicznego¹⁵⁰, zapewnienia lub popierania systemu przysposobienia zawodowego oraz innych systemów szkoleń młodych chłopców i dziewcząt w różnych zawodach¹⁵¹. Karta ponadto stanowi, iż państwa winny udzielić poparcia pełnemu wykorzystywaniu ułatwień, jak chociażby obniżenie lub zniesienie wszelkich kosztów lub opłat oraz przyznanie w indywidualnych przypadkach pomocy finansowej, włączenie do zwykłego czasu pracy czasu spędzanego na zawodowym szkoleniu uzupełniającym w okresie zatrudniania pracownika na życzenie jego pracodawcy¹⁵². Karta stanowi o konieczności zapewnienia poprzez odpowiedni nadzór w porozumieniu z organizacjami pracodawców i pracowników skutecznego systemu przysposobienia zawodowego, każdego innego systemu szkolenia młodych pracowników, a także w sposób ogólny, odpowiedniej ochrony młodych pracowników¹⁵³.

Komitet Niezależnych Ekspertów badając realizację postanowień Karty podkreśla, iż ochrona dzieci i młodzieży przed wszelkimi niebezpieczeństwami dotyczy ochrony w każdej sytuacji, na jaką dzieci i młodzież są narażone¹⁵⁴. Komitet dostrzega konieczność podejmowania działań dla zapobiegania złemu traktowaniu, przestępczości nieletnich, alkoholizmowi, narkomanii¹⁵⁵, ochrony przed niebezpieczeństwami w domu i na ulicy¹⁵⁶.

Komitet jest zdania, że art. 10 Karty obliguje państwa do promocji szkolenia technicznego i zawodowego¹⁵⁷, zapewnienia dostępu do wyższego nauczania technicznego i uniwersyteckiego¹⁵⁸ podkreślając, iż prawo do szkolenia zawodowego nie może być uzależnione od korzyści, jakie z niego wynikają¹⁵⁹. Komitet badając realizację postanowień art 10 Karty dostrzega, iż państwa winny dostarczać w swoich sprawozdaniach danych dotyczących

¹⁴⁸ Ibidem, art. 7 pkt 10.

¹⁴⁹ Ibidem, art. 7 pkt 3.

¹⁵⁰ Ibidem, art. 10 pkt 1.

¹⁵¹ Ibidem, art. 10 pkt 2.

¹⁵² Ibidem, art. 10 pkt 4 a, b, c.

¹⁵³ Ibidem, art. 10 pkt d.

¹⁵⁴ *Conclusions XII-1*, s. 132–133, w: T. Jasudowicz, *Prawa rodziny-prawa w rodzinie w systemie Europejskiej Karty Socjalnej. Orzecznictwo Komitetu Niezależnych Ekspertów*, Toruń 1999, s. 192.

¹⁵⁵ Ibidem, s. 192.

¹⁵⁶ *Conclusions XII-1*, s. 135, w: T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w systemie...*, s. 192.

¹⁵⁷ *Conclusions I*, s. 55–56, [w:] *Recueil de Jurisprudence relative a la Charte Sociale Europeenne*, Strasbourg 1982, s. 100–101.

¹⁵⁸ *Conclusions I*, s. 55, [w:] ibidem.

¹⁵⁹ *Conclusions VII*, s. 62, [w:] ibidem.

środków, podejmowanych na rzecz promocji tego prawa oraz przybliżonych wskaźników liczbowych młodzieży korzystających z praktyk zawodowych¹⁶⁰.

Dokumentem, który w sposób szczególny zwraca uwagę na poszanowanie godności młodego człowieka, są Europejskie Reguły Więzienne. Reguły stanowią, iż pozbawienie wolności winno być wykonywane w warunkach zapewniających poszanowanie godności ludzkiej¹⁶¹. Młodych więźniów, zgodnie z postanowieniami Reguł, winno się chronić przed szkodliwymi wpływami uwzględniając potrzeby charakterystyczne dla ich wieku w warunkach dyscypliny i porządku utrzymywanego na terenie zakładu¹⁶². Reguły podkreślają, iż osoby pozbawione wolności korzystają z prawa do nauki, możliwości rozwoju umiejętności, doradztwa zawodowego oraz szkoleń¹⁶³.

3. Podsumowanie

Dyscyplina szkolna nakreśla granice poszanowania godności ucznia jako źródła praw, jego integralności w aspekcie korzystania z prawa do nauki. Międzynarodowe standardy praw człowieka w sposób pośredni bądź bezpośrednio, poprzez prawo do nauki, stanowią o dyscyplinie szkolnej, ukazując znaczenie poszanowania przyrodzonej godności dziecka jako fundamentalnej miary, wartości człowieczeństwa stymulującej prawidłowe ukształtowanie jego osobowości. Pomimo iż dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość psychiczną i fizyczną wymaga szczególnej troski i opieki, istnieje konieczność traktowania praw dziecka w kategoriach praw człowieka. Poszanowanie godności dziecka ma ścisły związek z zasadą poszanowania praw człowieka, uniwersalizmu, równości i niedyskryminacji oraz integralności. Zasady te mieszczą się w kategoriach klauzul generalnych wpływają na treść traktatów praw człowieka, bowiem stanowią one fundamentalny budulec praw uznanych przez społeczność międzynarodową¹⁶⁴. Promocja idei praw człowieka, zakaz dyskryminacji, sprzeciw wobec przemocy, zagwarantowanie integralności każdemu dziecku, realizacja celów edukacji, uznanie ideału edukacyjnego jako określonego wzorca osobowego, wychowanie dziecka do poczucia godności w warunkach pokoju i dobrobytu, ustalenie właściwych autorytetów moralnych to priorytety dzisiejszej edukacji.

Pomimo szczytnych celów, realizacja tych praw ukazuje bieżące problemy, do których nawiązują w swych sprawozdaniach zarówno Komitet Praw

¹⁶⁰ *Conclusions I*, s. 56–57, [w:] ibidem.

¹⁶¹ Art. 1 Części I Zasady podstawowe Europejskich Reguł Więziennych. Poprawiona wersja Wzorcowych Reguł Minimalnych Postępowania z Więźniami, Załącznik do Zalecenia Nr R(87)3 Zalecenia Komitetu Ministrów w dniu 12 lutego 1987 r., [w:] D. Gajdus, B. Gronowska, *Europejskie Reguły Traktowania Więźniów (rekonstrukcja standardów oraz ich znaczenie dla polskiego prawa i praktyki penitencjarnej)*, Toruń 1998, s. 203.

¹⁶² Art. 11 pkt 4 części II Zarządzanie systemami więziennymi, [w:] ibidem, s. 205.

¹⁶³ Art. 65, 66 części IV Cele oddziaływania i rygory, [w:] ibidem, s. 217.

¹⁶⁴ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, op. cit., s. 190–191.

Człowieka, Komitet Praw Dziecka, jak i w swych orzeczeniach Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Komitet Niezależnych Ekspertów. Stąd też konieczne jest przybliżenie treści standardów międzynarodowych dotyczących dyscypliny szkolnej, jak i ich rekonstrukcja i aktualizacja.

THE ISSUE OF SCHOOL DISCIPLINE IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS STANDARDS

Keywords: the right to education, school discipline, aims of education, dignity, rights of the child, ideal educational

Summary

Inextricably linked to the child's education, school discipline outlines the boundaries of respect for their dignity, rights and integrity in the context of the exercise of the right to education. Inherent and inalienable dignity occupies an important place in education and the education of young people, hence the promotion of human rights is essential in the current education system. Present in the documents showing the aims of education, the right to education mentions the deepening human dignity, personal development, education for human rights, opposition to violence and respect for the liberty of parents to direct the upbringing of their children. System of universal and european documents through the right to study include in its content the discipline problems emphasizing the importance of the guidelines of international educational ideal, the need to promote friendship among nations, tolerance, respect for personal identity and other cultures, peace education centred on democracy values, love and respect for the world around, promoting the rights and freedoms of all without discrimination.

Maciej Lubiszewski

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

O jakości polskiego rozliczenia z przeszłością w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Przymek przeciwko Polsce*¹

Słowa kluczowe: aspekt proceduralny prawa do życia, jurysdykcja temporalna Trybunału, rozliczenie z przeszłością, wyrok pilotażowy, deklaracja jednostronna rządu

Stosunkowo niedawno Europejski Trybunał Praw Człowieka² wydał wyrok w sprawie *Przymek przeciwko Polsce*.³ Celem niniejszego artykułu (głosy) jest zwięźle omówienie tego orzeczenia oraz podzielenie się z czytelnikami kilkoma refleksjami, jakie nasuwają się po jego lekturze.

Sprawa zabicia Grzegorza Przymeka w maju 1983 r. przez funkcjonariuszy MO jest stosunkowo dobrze znana i nie wymaga omówienia w tym miejscu. Natomiast istotne, z perspektywy wyroku Trybunału, jest opisanie postępowań karnych prowadzonych przeciwko milicjantom oskarżonym o poobicie ze skutkiem śmiertelnym Grzegorza Przymeka.

Pierwsze z nich, wszczęte w 1983 r. zakończyło się w 1984 r. uniewinnieniem funkcjonariuszy.⁴ Wyrok ten został uchylony w czerwcu 1990 r. przez Sąd Wojewódzki w Warszawie, który nakazał prokuraturze wszcząć śledztwo na nowo. W marcu 1993 r. wniesiono akt oskarżenia przeciwko Ireneuszowi Kościukowi, Arkadiuszowi Dankiewiczowi i Kazimierzowi Otłowskiemu. Pierwszy wyrok zapadł w kwietniu 1997 r. – Sąd Wojewódzki w Warszawie uniewinnił Kościuka, Dankewicza skazał na 4 lata pozbawienia wolności⁵, zaś Otłowski został uznany za winnego niszczenia dowodów w 1990 r.

W maju 1998 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok w części dotyczącej Kościuka, ponadto uniewinnił Otłowskiego i podtrzymał wyrok skazujący Dankewicza. Skargi kasacyjne zostały oddalone przez Sąd Najwyższy we wrześniu 1999 r.

¹ Niniejszy artykuł powstał w ramach projektu badawczego pt. *Procedura wyroku pilotażowego w praktyce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*. Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2011/01/D/HS5/02383.

² Dalej także jako Trybunał lub ETPC.

³ Wyrok Izby z dnia 17.09.2013 r., w sprawie *Przymek przeciwko Polsce*, skarga nr 22426/11.

⁴ Skazano za to sanitariuszy, którzy transportowali Przymeka z komisariatu do szpitala.

⁵ Wyrok ten zmniejszono do dwóch lat pozbawienia wolności na mocy amnestii z 1990 r.

O ile sprawy dotyczące Dankiewicza i Otłowskiego definitywnie się zakończyły, o tyle postępowanie przeciwko Ireneuszowi Kościukowi zostało wznowione. Warszawski Sąd Okręgowy uniewinnił go w czerwcu 2000 r. Wyrok ten został podtrzymany przez sąd apelacyjny w styczniu 2001 r. Sąd ten stwierdził, że nastąpiło przedawnienie karalności. Rozstrzygnięcie zostało zaskarżone m.in. przez Prokuratora Generalnego, który uznał, iż sąd naruszył prawo dotyczące przedawnienia – czyn, o którego popełnienie był oskarżony Kościuk powinien być uznany za zbrodnię komunistyczną, która w ogóle nie podlega przedawnieniu.

We wrześniu 2001 r. Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie i zwrócił sprawę do ponownego rozpatrzenia. Uznano, iż Sąd Apelacyjny wadliwie przyjął, iż bieg okresu przedawnienia rozpoczął się w 1983 r. W opinii Sądu Najwyższego, w tej sprawie znajdują zastosowanie przepisy nakazujące liczenie terminów przedawnienia od 1 stycznia 1990 r. i nie ma znaczenia fakt, iż postępowanie karne wszczęto przed tą datą (tj. w 1983 r.). Przeciwna interpretacja uniemożliwiłaby ściganie przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego, którzy nie zostali pociągnięci do odpowiedzialności w okresie PRL z przyczyn politycznych. Jak wskazał Sąd Najwyższy wyznaczenie na nowo początku biegu przedawnienia karalności przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego „stanowi przecież element koncepcji restytucji praworządności wymiaru sprawiedliwości rażąco naruszanej w niektórych sprawach karnych”⁶.

W styczniu 2002 r. warszawski Sąd Apelacyjny uchylił wyrok Sądu Okręgowego uniewinniający Kościuka i zwrócił sprawę do ponownego rozpatrzenia. W styczniu 2004 r. Sąd Okręgowy uniewinnił oskarżonego. Wyrok ten został zaskarżony do Sądu Apelacyjnego, który w czerwcu 2004 r. kolejny raz uchylił rozstrzygnięcie pierwszej instancji przekazując sprawę do ponownego rozpatrzenia. Wznowione postępowanie rozpoczęło się w listopadzie 2004 r. W maju 2008 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uznał Kościuka winnym zarzucanym mu czynów i skazał go na 8 lat pozbawienia wolności, choć na mocy amnestii z 1990 r. wymiar kary został obniżony o połowę. Obrona skorzystała z apelacji. Tym razem Sąd Apelacyjny w Warszawie zwrócił się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym, czy przestępstwo pobicia uległo przedawnieniu. Sąd Najwyższy odmówił odpowiedzi, gdyż nie była ona niezbędna do rozstrzygnięcia tej sprawy. W grudniu 2009 r. Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i zakończył postępowanie uznając, że 1 stycznia 2005 r. nastąpiło przedawnienie karalności.

W lutym 2010 r. Prokurator Generalny wniósł skargę kasacyjną zarzucając, że Sąd Apelacyjny w Warszawie dokonał nieprawidłowej interpretacji prawa uznając, że umyślne przestępstwo pobicia popełnione przez funkcjonariusza państwa przed 1 stycznia 1990 r. podlega przedawnieniu. Jeszcze

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12 września 2001 r., sygn. II KKN 158/01, Lex nr 51857.

w tym samym miesiącu Sąd Najwyższy oddalił skargę, stwierdził bowiem, iż przepis określający, które z przestępstw nie podlegają przedawnieniu nie wymienia przestępstwa pobicia, o które został oskarżony Kościuk. Sąd Najwyższy uznał niemożność ustalenia odpowiedzialności Kościuka przez ponad dwadzieścia lat za porażkę wymiaru sprawiedliwości.⁷

Lektura wyroku ETPC w sprawie Przemyska pozwala na wyróżnienie jego trzech aspektów: 1) stanowisko Trybunału w przedmiocie deklaracji jednostronnej rządu, 2) kwestia dopuszczalności skargi w kontekście temporalnego zakresu jurysdykcji Trybunału oraz 3) rozstrzygnięcie merytoryczne sprawy.

Zważywszy na fakt, iż stan faktyczny – o czym będzie jeszcze mowa – nie dawał szans na skuteczną obronę przez zarzutami skarżącego, rząd przyjął strategię minimalizacji strat. W listopadzie 2012 r. Polska złożyła deklarację jednostronną, w której zgłosiła gotowość przyznania, że doszło do naruszenia praw proceduralnych wynikających z art. 2 Konwencji oraz zaproponowała skarżącemu kwotę 57.078 zł. tytułem zadośćuczynienia za szkodę niepieniężną. W zamian rząd polski oczekiwał skreślenia skargi z listy.⁸ Gdyby Trybunał zaakceptował tę propozycję, straty wizerunkowe byłyby zapewne mniejsze. Stało się jednak inaczej.

Trybunał ma możliwość skreślenia sprawy z listy nawet wówczas, gdy sprzeciwia się temu skarżący pod warunkiem, że deklaracja jednostronna daje wystarczającą podstawę, by sądzić, iż poszanowanie praw człowieka z Konwencji i jej protokołów nie wymaga dalszego badania skargi.⁹ Z praktyki orzeczniczej wynika, iż decyzja w przedmiocie skreślenia skargi z listy uwzględnia różne czynniki, takie jak: natura podniesionych zarzutów, w tym kwestia, czy podobne zarzuty były badane już wcześniej przez Trybunał w podobnych sprawach, natura i zakres środków podjętych przez władze w ramach wykonania wcześniejszych rozstrzygnięć Trybunału w podobnych sprawach, a także wpływ tych środków na badaną sprawę. Trybunał bierze również pod uwagę stanowisko rządu, w szczególności przyznanie, że doszło do naruszenia, zakres tego przyznania, oferowane zadośćuczynienie, w tym wysokość oferowanej kwoty. Katalog tych czynników jest otwarty i sam Trybunał nie wyklucza, że ocena deklaracji jednostronnej może uwzględniać również inne okoliczności.¹⁰

W tym aspekcie Trybunał uznał, że zarzuty skarżącego mają bardzo poważną naturę, dotyczą bowiem postępowania, którego celami były – a przynajmniej powinno być – wyjaśnienie okoliczności śmierci człowieka i ustalenie

⁷ Stan faktyczny opracowany głównie na podstawie wyroku ETPC w sprawie Przemyska – por. §§ 7–27.

⁸ *Przemysk p. Polsce*, § 35.

⁹ *Ibidem*, § 37. Por. też art. 62A Regulaminu Trybunału, który został wprowadzony 2 kwietnia 2012 r. Tekst Regulaminu został opublikowany na stronie internetowej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pod adresem: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

¹⁰ *Przemysk p. Polsce*, § 38–39.

osób winnych tej śmierci i pociągnięcie ich do odpowiedzialności karnej. Poza tym zaferowana suma nie odpowiada kwotom zwykle zasądzanym przez Trybunał w podobnych sprawach.

Jednak tym, co budzi moje największe zainteresowanie, jest zaakcentowanie, że orzeczenia ETPC mają nie tylko wymiar indywidualny. Służą one również wyjaśnianiu gwarancji konwencyjnych oraz rozwijaniu reguł ustanowionych przez Konwencję.¹¹ Chodzi więc o wywieranie odpowiedniego wpływu na przestrzeganie EKPC przez państwa-strony. Trybunał działa zatem w interesie ogólnym, wzmacniając standardy z dziedziny ochrony praw człowieka we wszystkich państwach związanych EKPC.¹²

Sądzę, że właśnie w tym kontekście Trybunał podkreślił, iż „nadmierna długość postępowań sądowych i opóźnienia, do jakich dochodzi przy wyjaśnianiu domniemyanych naruszeń praw człowieka chronionych przez art. 2 i 3 Konwencji są przedmiotem nawracających skarg wnoszonych przed Trybunał w sprawach przeciwko Polsce.”¹³ Kluczowe jest zdanie następne: „Trybunał nie może nie odnotować, że to zdaje się ujawniać strukturalny problem, który wymaga odpowiednich środków generalnych, które powinny być podjęte przez władze.”¹⁴

Zidentyfikowanie strukturalnego problemu tkwiącego w krajowym systemie prawnym oraz wskazanie konieczności podjęcia środków generalnych to dwa kluczowe komponenty tzw. wyroku pilotażowego.¹⁵ Często towarzyszą im inne elementy, jak określenie, w jakim czasie państwo powinno wprowadzić środki generalne¹⁶ czy zawieszenie rozpatrywania innych skarg, których źródło tkwi w zidentyfikowanym problemie¹⁷. Niejednokrotnie Trybunał powołuje się na art. 61 Regulaminu Trybunału, który stanowi obecnie jedyną podstawę prawną procedury wyroku pilotażowego.¹⁸ Trzeba jednak mieć świadomość, że elementy te mają charakter opcjonalny i ich brak nie oznacza, że wyrok nie może zostać zaliczony do kategorii wyroków pilotażowych.

W świetle powyższego uzasadnione jest przypisanie orzeczenia w sprawie *Przemysław p. Polsce* do kategorii wyroków pilotażowych. Z pewnością nie będzie to „pełny wyrok pilotażowy”. Mam też wątpliwości, czy zaliczyć go do

¹¹ Ibidem, § 40.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, § 41.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Por. też L. Wildhaber, *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, [w:] R. Wolfrum, U. Deutsch (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: The Problems and Possible Solutions*, Berlin-Heidelberg 2009, s. 75; F. Tulkens, *A Typology of the Pilot-Judgment procedure*, „Crossroads. The Macedonian Foreign Policy Journal”, 2010, Vo. II, No. 3, s. 126.

¹⁶ Por. np. wyrok Izby z dn. 15.01.2009 r. w sprawie *Burdov p. Rosji* (nr 2), skarga nr 33509/04, wyrok Izby z dn. 08.01.2013 r. w sprawie *Torreggiani i in. p. Włochom*, skargi nr 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 i 37818/10.

¹⁷ Por. np. wyrok Izby z dn. 28.07.2009 r. w sprawie *Olaru i in. p. Mołdawii*, skarga nr 476/07, 22539/05, 17911/08 i 13136/07.

¹⁸ Naturalnie dotyczy to wyroków wydanych po wprowadzeniu do Regulaminu art. 61 w lutym 2012 r.

wyroków „quasi-pilotażowych” zwanych też „wyrokami z art. 46”¹⁹. Słusznie zauważa się w literaturze przedmiotu, iż jest to kategoria bardzo szeroka. Obejmuje bowiem nie tylko pełne wyroki pilotażowe, ale także te rozstrzygnięcia, w których Trybunał identyfikuje problem systemowy dostrzegając tym samym szerszy kontekst sprawy.²⁰

Czy zaklasyfikowanie wyroku w sprawie Przemyka do grupy wyroków pilotażowych pociąga za sobą jakieś konsekwencje? Myślę, że przywołany *passus* omawianego orzeczenia nie znalazł się w nim przypadkowo. Uważam, że Trybunał świadomie wykorzystał tę konstrukcję, aby wyrzucić presję na władze krajowe, które powinny przedsięwziąć środki zmierzające do wyeliminowania zjawisk przewlekłości postępowań sądowych i śledztw, w których w grę wchodzi domniemane naruszenie praw zagwarantowanych przez art. 2 i 3 EKPC. Władze polskie mają pełne prawo potraktować rozważania Trybunału jako ostrzeżenie – by nie rzec, groźbę – pełniejszego zastosowania w przyszłości procedury pilotażowej wobec tego typu spraw.

Jest to też dowód na elastyczność procedury pilotażowej. Zdaniem L. Garlickiego – byłego sędziego ETPC – Trybunał preferuje zróżnicowane reakcje na problem systemowy²¹, dobierając narzędzia najlepiej odpowiadające potrzebom. Najwidoczniej uznano, iż w tym przypadku wystarczy jedynie ujawnienie, że Trybunał dostrzega istnienie problemu strukturalnego i brak stosownej reakcji władz polskich na ten problem. Ruch teraz należy do strony polskiej. Jeżeli sytuacja zostanie uzdrowiona, najprawdopodobniej do sprawy już nie będzie wracał – cel procedury pilotażowej zostanie osiągnięty.

Zasadne jest pytanie o charakter środków generalnych. Nie jest celem niniejszego artykułu udzielenie wyczerpującej odpowiedzi. Można jedynie wskazać, że środki te powinny pójść w dwóch kierunkach. Z jednej strony, powinny one prowadzić do przyspieszenia postępowań i śledztw odnoszących się do domniemanego naruszenia prawa z art. 2 i 3 EKPC. Nie myślę tu o działaniach prawodawczych, choć oczywiście nie wykluczam, że takowe mogą być potrzebne i pożyteczne. Główny ciężar odpowiedzialności za realizację standardu szczególnej staranności i pilności w prowadzeniu takich postępowań spoczywa jednak na sędziach i prokuratorach. Sądzę więc, że o wiele skuteczniejsze mogą być konferencje, szkolenia, publikacje etc., a zatem działania upowszechniające wiedzę o proceduralnych aspektach praw zagwarantowanych w Konwencji.

¹⁹ Por. np. Ph. Leach, H. Hardman, S. Stephenson, B.K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of „Pilot Judgment” of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Antwerp–Oxford–Portland 2010, s. 24.

²⁰ Por. A. Buyse, *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, [w:] Nomiko Vima. *European Court of Human Rights – 50 Years*, Athens 2010, s. 84.

²¹ L. Garlicki, *Broniowski and After: On the Dual Nature of „Pilot Judgments”* [w:] L. Calfish, J. Callewaert, R. Liddell, P. Mahoney, M. Villiger (eds.), *Human Rights-Strasbourg Views. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl 2007, s. 190.

Z drugiej strony, warto rozważyć wprowadzenie specjalnej ścieżki dochodzenia zadośćuczynienia dla ofiar reżimu komunistycznego, które ze względu na przedawnienie, do którego doszło z powodu błędów popełnionych przez organy państwa (głównie sądy i prokuratorów) nie mogą dochodzić swych słusznych praw.

Kolejnym wątkiem sprawy Przemyka, o którym warto wspomnieć w niniejszym opracowaniu, jest kwestia dopuszczalności skargi w kontekście temporalnego zakresu jurysdykcji Trybunału. Jak wiadomo, deklaracja o uznaniu przez Polskę kompetencji do badania skarg indywidualnych weszła w życie 1 maja 1993 r. Wynika z tego, że okres wcześniejszy nie podlega jurysdykcji temporalnej. W konsekwencji, nie powstaje zagadnienie odpowiedzialności Polski za naruszenie materialnego aspektu art. 2 EKPC. Innymi słowy, śmierć Grzegorza Przemyka nie podlega ocenie Trybunału pod kątem domniemanego naruszenia prawa do życia zagwarantowanego w Konwencji, bowiem w czasie, kiedy do niej doszło, Polska nie była związana tym traktatem.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, z art. 2 wynikają również obowiązki proceduralne.²² Chodzi o wymóg przeprowadzenia przez władze krajowe skutecznego urzędowego śledztwa, którego celem jest wyjaśnienie okoliczności śmierci i ewentualnie pociągnięcie do odpowiedzialności osób winnych.²³ Obecnie zobowiązania proceduralne z art. 2 EKPC traktowane są jako obowiązki odrębne i autonomiczne od aspektu materialnego tego prawa.²⁴ To prowadzi do wniosku, iż okres, w którym państwo może zostać pociągnięte do odpowiedzialności z tytułu naruszenia prawa do życia uległ znaczącemu rozciągnięciu. Jak wskazał Trybunał, „zobowiązanie z art. 2 (...) wiąże państwo przez cały okres, w którym można rozsądnie oczekiwać od władz, że podejmą środki mające na celu wyjaśnienie okoliczności śmierci i ustalenie odpowiedzialności za nią.”²⁵

W konsekwencji, nie zawsze jest tak, że fakt, iż śmierć miała miejsce przed datą ratyfikacji Konwencji powstrzymuje Trybunał przed zbadaniem, czy doszło do naruszenia art. 2 EKPC. Oczywiście fakt ten oznacza brak możliwości badania materialnego aspektu prawa do życia, jednak w pewnych okolicznościach Trybunał może się zająć jego aspektem proceduralnym.

²² Początków koncepcji zobowiązań proceduralnych w sferze prawa do życia można doszukać się w głośnej sprawie *McCann p. Wielkiej Brytanii* z 1995 r. – por. M. Wąsek-Wiaderek, *O proceduralnych obowiązkach państwa na gruncie art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – wykładania czy tworzenie prawa?*, [w:] C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 128.

²³ Por. np. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 363 i przywołane tam orzecznictwo ETPC.

²⁴ Por. wyrok Wielkiej Izby z dn. 09.04.2009 r. w sprawie *İilih p. Słowenii*, skarga nr 71463/01, § 159.

²⁵ *Przemyk p. Polsce*, § 47.

Z orzecznictwa wynika, iż aby to nastąpiło musi wystąpić „rzeczywisty związek” (ang. *genuine connection*, franc. *lien véritable*) pomiędzy śmiercią a wejściem w życie Konwencji wobec danego państwa. W praktyce oznacza to m.in., że znaczna część kroków proceduralnych musiała być podjęta już po fakcie ratyfikacji Konwencji.²⁶

W badanej sprawie pierwsze postępowanie w sprawie śmierci Przemyska wszczęto w 1983 r., a zatem na 10 lat przed uznaniem przez Polskę kompetencji Trybunału do badania skarg indywidualnych. Jednak w 1990 r. postępowanie to zostało wznowione, zaś orzeczenie z 1984 r. uchylone. Akt oskarżenia został wniesiony w marcu 1993 r. Przeważająca część postępowania została przeprowadzona zatem po 1 maja 1993 r. W szczególności w tym okresie zapadały wyroki, w tym wyrok ostatecznie kończący sprawę. Z dwudziestu lat, w ciągu których prowadzone było postępowanie w sprawie śmierci Grzegorza Przemyska, aż siedemnaście przypadło na okres, w którym Polska była związana Konwencją.²⁷ Choć w wyroku nie stwierdzono tego *expressis verbis*, to jest właśnie ów „rzeczywisty związek”, którego istnienie jest niezbędne, by Trybunał mógł zbadać, czy doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym.

Konkluzja Trybunału odnośnie temporalnego zakresu jego jurysdykcji może dowodzić przydatności kryterium „rzeczywistego związku” pomiędzy śmiercią a wejściem w życie Konwencji. W istocie jednak kryterium to budzi wiele poważnych wątpliwości. Część z nich ujawnił wyrok Izby w sprawie *Janowiec i in. p. Rosji*.²⁸ Analiza tego kryterium wymaga odrębnego opracowania i ta kwestia nie będzie w tym miejscu rozwijana. Nie można też wykluczyć, że przynajmniej niektóre z wątpliwości rozwieje wyrok Wielkiej Izby w sprawie „skargi katyńskiej”, które ma zostać ogłoszone 25.10.2013 r., tj. dwa tygodnie po przekazaniu niniejszego tekstu Redakcji Rocznika.

Merytoryczne rozstrzygnięcie w przedmiocie aspektu proceduralnego art. EKPC jest ostatnim wątkiem niniejszego opracowania.

Trybunał przypomniał, że z art. 2 odczytywanego wspólnie z art. 1 Konwencji wynika obowiązek przeprowadzenia „jakiejsz formy skutecznego, oficjalnego śledztwa, wówczas gdy osoby zostały zabite na skutek użycia siły”.²⁹ Tam, gdzie w grę wchodzi pozbawienie życia przez funkcjonariuszy państwa, skuteczność śledztwa wymaga, by osoby, które je prowadzą były „niezależne i bezstronne zarówno w prawie, jak i praktyce”.³⁰ Skuteczność oznacza również, że postępowanie jest prowadzone w taki sposób, aby było w stanie

²⁶ Ibidem, § 48.

²⁷ Ibidem, § 53.

²⁸ Por. I.C. Kamiński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie „skargi katyńskiej”*. Właściwość czasowa (*ratione temporis*) w sprawach dotyczących prawa do życia, [w:] B. Sitek, T. Jasudowicz, M. Seroka (red.), *Fides et bellum. Księga poświęcona pamięci Księdza Biskupa, Profesora, Generała śp. Tadeusza Płoskiego*, Olsztyn 2012, T. I, s. 81 i n.

²⁹ *Przemysk p. Polsce*, § 63.

³⁰ Ibidem, § 64.

ustalić, czy użycie siły było uzasadnione i doprowadzić do zidentyfikowania sprawcy oraz pociągnięcia go do odpowiedzialności. Duże znaczenie Trybunał przywiązuje do sposobu, w jaki władze krajowe zbierają, zabezpieczają i oceniają dowody.³¹ Co ważne, standardy te nie odnoszą się wyłącznie do śledztwa, rozumianego jako przedsądowa faza postępowania, ale także do dalszych jego etapów, w tym do procesu sądowego. Sądy nie mogą więc pozwolić, by przypadki wywołania cierpienia fizycznego bądź psychicznego pozostały bezkarne.³²

Oceniając okoliczności sprawy Trybunał zwrócił szczególną uwagę na wielokrotne uchylanie wyroków pierwszej instancji i przekazywanie sprawy do ponownego rozpatrzenia. Częstym problemem, dostrzeganym przez sąd apelacyjny, były braki w zakresie postępowania dowodowego. O ile zwrot sprawy do pierwszej instancji świadczy o błędzie popełnionym przez sąd, o tyle wielokrotne uchylanie wyroków wydawanych przez sąd okręgowy wskazuje na „poważne ułomności w funkcjonowaniu systemu sądowego”.³³ Do takich konkluzji sędziowie dochodzili już przy okazji wcześniejszych spraw kierowanych przeciwko Polsce. Były one formułowane w kontekście przewlekłości postępowań sądowych. Samo uznanie, że władze polskie naruszyły wymóg przeprowadzenia rozprawy w rozsądnym terminie wynikający z art. 6 EKPC, w pewnym sensie „spowszedniało”. Był czas, kiedy można było mówić, iż jest to wręcz „polska specjalność”.³⁴ Wyrok w sprawie Przemyska to zupełnie inna kategoria wagowa. Tu w grę wchodzi art. 2 Konwencji gwarantujący, fundamentalne przeciwieństwo, prawo do życia.

Trybunał uznał, iż do przewlekłości przyczyniła się postawa sądów prowadzących postępowanie, które dopuściły do kilku długotrwałych okresów całkowitej bezczynności. Tytułem przykładu można wskazać na dwa ponad dwuletnie okresy: 29 marca 1993 – 22 maja 1995 oraz 22 maja 1998 – 22 września 1999 r.

Co gorsza, postawa sądów doprowadziła do przedawnienia karalności, uniemożliwiając pełne wyjaśnienie okoliczności śmierci Grzegorza Przemyska, w szczególności rozstrzygnięcie kwestii winy wszystkich osób, którym postawiono zarzuty w tej sprawie i ewentualne pociągnięcie ich do odpowiedzialności karnej.

Rozstrzygnięcie merytoryczne skargi ma, w mojej ocenie, dwa ważne aspekty. Po pierwsze, Trybunał dostrzegł poważne wady polskiego wymiaru sprawiedliwości, których konsekwencją jest naruszenie proceduralnego wy-

³¹ Ibidem, § 65.

³² Ibidem, § 66.

³³ Ibidem, § 69.

³⁴ Sytuację do pewnego stopnia poprawiło uchwalenie ustawy o skardze na przewlekłość postępowania. Wprawdzie problem opieszałości polskich sądów nie zniknął, ale w dużym stopniu te sprawy są załatwiane na gruncie krajowym: jeżeli przyznana przez polski sąd kwota pieniężna zadowala skarżącego, nie ma on podstaw, by kierować swoje roszczenia do Trybunału w Strasburgu.

miaru prawa do życia z art. 2 EKPC. Zdaniem ETPC system wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych okazał się niewystarczająco zdeterminowany do „skutecznego przeciwdziałania nielegalnym czynom w rodzaju tych, które były przedmiotem zarzutów skarżącego”. Orzeczenie to powinno być przedmiotem uważnej lektury sędziów i prokuratorów, którzy mają decydujący wpływ na jakość postępowań prowadzonych w związku ze śmiercią osoby. Można pokusić się o stwierdzenie, że w tego typu przypadkach obowiązuje standard szczególnej staranności (w tym także pilności) postępowania.

Po drugie, sędziowie ze Strasburga w sposób jednoznaczny i negatywny ocenili jakość polskiego rozliczenia z totalitarną przeszłością. Dotąd taka ocena odnosiła się do postępowań lustracyjnych, które nie przystawały do wymogów z art. 6 EKPC.³⁵ Tym razem Trybunał użył bardzo dobitnych sformułowań, przed czym zwykle się powstrzymuje. Wspomniałem już wcześniej o uznaniu sposobu, w jaki prowadzone było postępowanie za „porażkę wymiaru sprawiedliwości”. W wyroku w sprawie Przemyka czytamy: „wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych, który został użyty w niniejszej sprawie, nie był wystarczająco zdeterminowany, by wnieść wkład do rozliczenia schedy po totalitarnej przeszłości”.

Do bardzo podobnych konkluzji doszedł Trybunał wcześniej w sprawach rumuńskich, związanych z rozliczeniem krwawego tłumienia antykomunistycznych wystąpień, które doprowadziły m.in. do obalenia reżimu Nicolae Ceaușescu.³⁶ Dowodzi to konsekwencji ze strony ETPC w ocenie tego typu postępowań. Można przewidywać, że takich wyroków będzie przybywało. Zbliżone zarzuty można bowiem sformułować m.in. wobec procesów dotyczących pacyfikacji kopalni „Wujek”, w szczególności zaś wobec wciąż toczącego się procesu Czesława Kiszczaka, który w lipcu 2013 r. został zawieszony ze względu na stan zdrowia oskarżonego.

³⁵ Por. np. wyrok Izby z dn. 24.04.2007 r w sprawie *Matyjek p. Polsce*, skarga nr 38184/03; wyrok Izby z dn. 15.01.2008 r. w sprawie *Luboch p. Polsce*, skarga nr 37469/05; wyrok Izby z dn. 28.04.2009 r w sprawie *Rasmussen p. Polsce*, skarga nr 38886/05; wyrok Izby z dn. 19.04.2011 r w sprawie *Moczulski p. Polsce*, skarga nr 49974/08. W Polskim Roczniku Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego opublikowano dwa teksty dotyczące polskich spraw lustracyjnych w Strasburgu: M. Lubiszewski, *Lustracja a prawa człowieka. W poszukiwaniu podstawowych standardów*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego”, 1/2010, s. 81 i n.; A. Napiórkowska, *Lustracja „po polsku”*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego”, 2/2011, s. 147 i n.

³⁶ Por. np. wyrok Izby z dn. 19.04.2011 r. w sprawie *Pastor i Piclete p. Rumunii*, skargi nr 30911/06 i 40967/06; wyrok Izby z dn. 24.05.2011 r. w sprawie *Stowarzyszenie 12 grudnia 1989 i in. p. Rumunii*, skargi nr 33810/07 i 18817/08.

**ON THE QUALITY OF POLISH COMING TO TERMS WITH
THE PAST IN THE LIGHT OF JUDGMENT OF EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE OF *PRZEMYK V. POLAND***

Keywords: procedural aspect of right to life, temporal jurisdiction of the Court, coming to terms with the past, pilot judgment, unilateral declaratorion of Government

Summary

Article discusses the judgment of European Court of Human Rights delivered on 17 September 2013 in the case of *Przemyk v. Poland*. This adjudication concerns the question of the Court's temporal jurisdiction. The Court is of the opinion that it is competent to assess investigation conducted to elucidate the circumstances of death of the person and to punish those responsible even when this death took place before the date of entry into force of the Convention with respect to defendant state. The criterion of „genuine connection” applied in this context is not clear. Hopefully judgment of Grand Chamber in the case of *Janowiec and others v. Russia* will dispel these doubts. Considering the unilateral declaration of Polish government, the Court held that the case of *Przemyk* ought to be seen in a broader context, which disclose a structural problem which calls for adequate general measures. This expression allows to include judgment in question in the category of pilot judgment. As a result, it can be assumed that the Court expects an adequate response of the national authorities which goes beyond individual just satisfaction. Finally, the Strasbourg judges deciding a case have found that the domestic proceedings conducted into the death of Grzegorz *Przemyk* did not completely elucidate the circumstances of the case and to punish those responsible. In the Court's view criminal justice system was not sufficiently dissuasive to contributing to coming to terms with the legacy of the totalitarian past. Judgment may be a prelude to a series of similar decisions, such as on the process of *Kiszczak* in the case of pacification of *Wujek Coal Mine*.

Rafał Mizerski

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Podstawy obowiązku ustanowienia i stosowania krajowych gwarancji proceduralnych w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*

Słowa kluczowe: Europejska konwencja praw człowieka, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, gwarancje proceduralne, zobowiązania pozytywne, test legalności, test konieczności

1. Wstęp

Artykuł poświęcony jest krajowym gwarancjom proceduralnym w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC), przez co rozumiem wszelkie środki prawne służące zapewnieniu praw człowieka zawarowanych w Konwencji¹ i protokołach dodatkowych do niej², które ustanowiono i/lub stosuje się w porządku krajowym, ale których obowiązek ustanowienia i/lub stosowania wynika z obowiązującej i pierwotnej podstawy prawnej w Konwencji lub protokołach dodatkowych do niej, o ile cechują się samoistnością w stosunku do międzynarodowych mechanizmów kontrolnych.

Pierwszym elementem tej definicji, zarazem dotyczącym istoty omawianej instytucji, są „środki prawne”, które zostały scharakteryzowane poprzez

* Artykuł powstał w ramach projektu badawczego, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm. wynikającymi z Protokołu nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczącego przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, Dz.U. z 1998 r., nr 147, poz. 962 oraz z Protokołu nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zmieniającego system kontroli Konwencji, Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 587.

² Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Protokół nr 4 do powyższej Konwencji, Dz. U. z 1995 r., nr 36, poz. 175; Protokół nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczący zniesienia kary śmierci, Dz.U. z 2001 r., nr 23, poz. 266; Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 2003 r., nr 42, poz. 364; Protokół nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, nieratyfikowany przez RP; Protokół nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczący zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach, nieratyfikowany przez RP.

pełnioną funkcję, tj. zapewnienie praw człowieka. Mam tu na myśli wszelkie procedury prawne wraz ze związanymi z nimi uprawnieniami stron i uczestników oraz innymi zabezpieczeniami, pozwalającymi właściwie realizować ten cel. To, w jaki sposób jest on realizowany, ma znaczenie drugorzędne. Mogą tu więc wchodzić w grę środki cywilne, karne lub administracyjne, o charakterze prewencyjnym i retroaktywnym, w tym środki odwoławcze i odszkodowawcze, ale także środki niepozostające w dyspozycji ofiary. Ważne jest natomiast to, by środki te stały na straży tych praw człowieka, czy też ich konkretnych, dających się wyodrębnić aspektów uprawnieniowych, które zagwarantowane zostały w Konwencji i protokołach dodatkowych do niej.

Po drugie, środki o które chodzi muszą być ustanowione i stosowane albo przynajmniej stosowane w porządku krajowym – w tym więc sensie nie mogą mieć zasadniczo charakteru międzynarodowego. Ponieważ jednak międzynarodowe mechanizmy kontrolne niosą pewne proceduralne konsekwencje dla porządków wewnętrznych, za środki krajowe uważać będą wyłącznie środki samoistne, tj. takie, których obowiązek ustanowienia i/lub stosowania nie powstaje wyłącznie w wykonaniu celu danego mechanizmu międzynarodowego.

Po trzecie, zajmować mnie będą wyłącznie środki mające podstawę prawną w Konwencji bądź w jej protokołach dodatkowych, innymi słowy, takie środki, których ustanowienie i stosowanie, bądź samo stosowanie, wynika z ciężących na państwie zobowiązań będących następstwem przystąpienia do traktatów tworzących ten system. Taka podstawa musi być obowiązująca i mieć pierwotny charakter, czyli być w systemie pierwotnym, a nie wtórnym źródłem tych zobowiązań.

Tak rozumiane krajowe gwarancje proceduralne mają kluczowe i niewymagające dalszego dowodzenia znaczenie dla zapewnienia realnego poszanowania praw człowieka. Dotyczy to tych wszystkich przypadków, w których naruszenie bądź groźba naruszenia owych uprawnień nie wynika z braku dobrej wiary państw-stron danego traktatu. Jeśli bowiem jest inaczej, skuteczność prawa międzynarodowego praw człowieka pada ofiarą przede wszystkim niewystarczająco wykształconych mechanizmów przymusowej egzekucji jego norm, co z kolei relatywizuje znaczenie proceduralnego zabezpieczenia tych praw w porządku krajowym.

Ten generalny argument na rzecz zajęcia się krajowymi gwarancjami proceduralnymi wzmacnia na gruncie systemu EKPC złożoność owego zjawiska wynikająca z różnej charakterystyki poszczególnych gwarancji oraz niejasności ich wzajemnych relacji, czemu towarzyszy jednocześnie zauważalny w praktyce orzeczniczej Trybunału strasburskiego proces dowartościowywania proceduralnych aspektów uprawnień kosztem ich aspektów materialnych. U podstaw wspomnianej złożoności zjawiska stoi zaś wielość podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych, którym poświęcono niniejszy artykuł. Można więc powiedzieć, że jest on jedynie wprowadzeniem w tę skomplikowaną i wymagającą dalszych badań materię. Wprowadzeniem,

którego zadaniem jest określenie katalogu podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych (par. 2), rozważenie przyczyn ich wielości (par. 3) oraz zaproponowanie ich systematyki (par. 4).

2. Poszukiwanie podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych

Wśród norm tworzących system EKPC, tj. Konwencję i protokoły dodatkowe do niej, wyróżnić można normy materialne, proceduralne i techniczne. Te pierwsze obejmują uprawnienia wraz z postanowieniami wyznaczającymi zakresy ich obowiązywania bądź też stanowiącymi podstawę do ich wyznaczenia, drugie regulują – najogólniej rzecz biorąc – mechanizmy zapewniające realizację zobowiązań wynikających z systemu, w tym zwłaszcza mechanizmy zapewniające realizację chronionych w nim uprawnień, a trzecie odnoszą się do norm właściwych dla umów międzynarodowych jako takich, tj. nie wykazują bezpośredniego związku z przedmiotem i celem Konwencji, a ponadto określają relacje między traktatami wchodzącymi w skład systemu. Przedstawiony podział nie jest przy tym do końca rozłączny, bowiem niektóre normy materialne wyrażające uprawnienia regulują zarazem mechanizmy służące zapewnieniu przestrzegania praw człowieka, a zatem mogą być klasyfikowane także jako normy proceduralne (klasycznym przykładem jest tu art. 13 EKPC). Co więcej, można też wskazać normę zasadniczo proceduralną, która w orzecznictwie strasburskim postrzegana jest również jako źródło uprawnienia podmiotu prywatnego, którego pogwałcenie prowadzi do konkluzji o naruszeniu wobec niego EKPC (art. 34)³.

Funkcja krajowych gwarancji proceduralnych nakazuje w oczywisty sposób poszukiwać ich podstaw prawnych pośród norm proceduralnych systemu. Z drugiej strony, z obszaru zainteresowania bezpiecznie wyłączyć można jego normy techniczne. Z kolei w grupie norm materialnych badanie musi obejmować te z nich, w których zaznaczony jest aspekt proceduralny. Choć aspekt ten pozwala na ich równoległe klasyfikowanie w ramach kategorii norm proceduralnych, to z uwagi na ich specyfikę normy te rozważyć oddzielnie.

2.1. W kręgu norm proceduralnych

Z punktu widzenia systematyki Konwencji normy proceduralne znajdują się przede wszystkim w jej rozdz. 2, poświęconym działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zgodnie z art. 19, rozpoczynającym tę część Konwencji, Trybunał został utworzony „W celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań wynikających dla Wysokich Układających się Stron z Konwencji

³ Np. wyrok z 19. 12. 2006 r. w sprawie *Maksym p. Polsce*, skarga nr 14450/02, niepubl., pkt 31–33; por. też wyrok z 6. 12. 2005 r. w sprawie *Drozdowski p. Polsce*, skarga nr 20841/02, niepubl., zwł. pkt 19 i 31.

i jej protokołów (...)”. Zadanie to realizowane jest przez niego w ramach dwóch procedur uregulowanych w tym rozdziale, tj. postępowania skargowego (w wariacie między państwowym i indywidualnym) oraz postępowania doradczego. Unormowania te są uzupełniane przez przepisy ustrojowe dotyczące Trybunału, co w efekcie prowadzi do wniosku, że wszystkie postanowienia od art. 19 do 51 mają charakter proceduralny. Do kategorii tej zaliczyć należy także przepisy rozdz. 3 Postanowienia różne: art. 52 dotyczący procedury sprawozdawczej; art. 54 dotyczący kompetencji Komitetu Ministrów oraz art. 55 wykluczający co do zasady inne sposoby rozstrzygnięcia sporów z Konwencji niż te, które w niej samej przewidziano.

2.1.1. Artykuły 33, 34, 47 oraz 52 Konwencji

Ustalenie podstaw prawnych gwarancji proceduralnych wymaga jednak wyodrębnienia wśród wymienionych przepisów tych, które przewidują środki prawne służące zapewnieniu praw człowieka. W tym kontekście w pierwszej kolejności narzucają się normy będące bezpośrednimi podstawami wspomnianych wyżej procedur, tj. skargi między państwowej (art. 33), skargi indywidualnej (art. 34), postępowania doradczego (art. 47) oraz postępowania sprawozdawczego (art. 52). To wstępne wskazanie podlega jednak krytycznej weryfikacji.

Po pierwsze, przedostatniego z tych przepisów nie sposób uznać za podstawę gwarancji proceduralnej, ponieważ postępowanie doradcze w systemie EKPC nie służy ochronie jakichkolwiek uprawnień indywidualnych. Opinie doradcze mogą, co prawda, dotyczyć kwestii prawnych związanych z interpretacją Konwencji, ale z wyłączeniem problematyki odnoszącej się do zakresu praw i wolności bądź podlegającej rozpatrzeniu w wyniku postępowania „podjętego na podstawie postanowień Konwencji” (art. 47 ust. 2). W granicach jurysdykcji doradczej Trybunału nie mieści się zatem żadne zagadnienie, które mogłoby się stać przedmiotem analizy, w związku z orzekaniem o dopuszczalności bądź zasadności skargi wniesionej na podstawie art. 33 lub 34 Konwencji⁴.

Powyższego zarzutu nie można postawić postępowaniom ze skargi między państwowej oraz indywidualnej, a także postępowaniu sprawozdawczemu – wszystkie one mają w swojej bezpośredniej perspektywie zapewnienie praw człowieka. Artykuł 33 pozwala stronie Konwencji wnieść do Trybunału strasburskiego „sprawę międzynarodową”, jeśli uważa ona, że inna strona naruszyła postanowienia Konwencji lub protokołów dodatkowych, co obejmuje także, a nawet przede wszystkim, gwarantowane w systemie uprawnienia. Jeszcze bardziej jednoznaczne jest w tym zakresie brzmienie art. 34: „Trybunał może przyjmować skargi każdej osoby, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, która uważa, że stała się ofiarą naruszenia przez jedną

⁴ Por. decyzję w sprawie kompetencji Trybunału do wydawania opinii doradczych z 2.06.2004 r., ECHR 2004-VI, pkt 33.

z Wysokich Układających się Stron praw zawartych w Konwencji lub jej protokołach. (...)”. Z kolei art. 52, przy całej swojej ogólnikowości i specyfice przyjętych rozwiązań, jest przykładem popularnego w traktatach praw człowieka mechanizmu kontrolnego sprawozdań, pozwalającego na weryfikowanie zaangażowania państw–stron w realizację zobowiązań traktatowych na podstawie przedkładanych przez nie sprawozdań⁵.

Zadaniem tego artykułu jest jednak ustalenie gwarancji proceduralnych, które mają charakter krajowy, podczas gdy profil wspomnianych powyżej procedur jest zasadniczo międzynarodowy. Słowa komentarza wymaga jednak zd. 2 art. 34 oraz sformułowanie art. 52 odwołujące się do sposobu, w jaki prawo krajowe „zapewnia skuteczne stosowanie wszystkich postanowień Konwencji”.

Artykuł 34 w zd. 2 stanowi, że „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się nie przeszkadzać w żaden sposób skutecznemu wykonywaniu tego prawa (tj. prawa do skargi – RM)”. Jak się okazuje, przepis ten jest postrzegany w orzecznictwie jako źródło nie tylko obowiązku negatywnego, polegającego na nieingerowaniu w prawo do skutecznego przedstawienia i popierania skargi⁶, ale też interesującego w tym miejscu obowiązku pozytywnego, „wymagającego od władzy zapewnienia wszelkich koniecznych ułatwień, by uczynić możliwym właściwe i skuteczne badanie skarg”⁷. Dotyczy to zwłaszcza spraw, w których pojawia się zarzut naruszenia Konwencji przez funkcjonariuszy publicznych i w których jedynie pozwany rząd może mieć dostęp do informacji pozwalających potwierdzić lub odeprzeć zarzuty⁸. Tego rodzaju obowiązkiem aktualizującym się w szczególnym przypadku niemocy bądź zależności skarżących jest obowiązek dostarczenia im kopii dokumentów potrzebnych do rozpatrzenia sprawy przez Trybunał⁹. Wynika z tego, że art. 34 może być źródłem obowiązków natury proceduralnej, realizowanych w porządku wewnętrznym. Moim zdaniem, nie kwalifikują się one jednak do grona gwarancji, których dotyczy to opracowanie – nie są to bowiem samoistne gwarancje krajowe. Przeciwnie, są one ściśle powiązane z procedurą międzynarodową, jaką jest skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i stoją na straży jej prawidłowego toku na etapie krajowym. Bez nich skarga

⁵ W systemie EKPC weryfikacji tej dokonuje Sekretarz Generalny Rady Europy, który oprócz oceny sposobu wywiązania się z obowiązku sprawozdawczego (prawdziwości, przedmiotowości, precyzyjności i terminowości podanych informacji) formułuje też uwagi i zalecenia dotyczące urzeczywistniania przez monitorowane państwo postanowień Konwencji i protokołów. Szerzej na ten temat: R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, s. 149–154.

⁶ Wyrok z 20.03.1991 r. w sprawie *Cruz Varas i inni p. Szwecji*, skarga nr 15576/89, A 201, pkt 99.

⁷ Wyrok z 14.10.2010 r. w sprawie *Naydyon p. Ukrainie*, skarga nr 16474/03, niepubl., pkt 63; por. też wyrok z 26.07.2012 r. w sprawie *Savitskyy p. Ukrainie*, skarga nr 38773/05, niepubl., pkt 156.

⁸ Wyrok z 4.12.2012 r. w sprawie *Lenev p. Bułgarii*, skarga nr 41452/07, niepubl., pkt 165.

⁹ Wyrok z 14.10.2010 r. w sprawie *Naydyon p. Ukrainie...*, pkt 63; wyrok z 26.07.2012 r. w sprawie *Savitskyy p. Ukrainie...*, pkt 156.

indywidualna byłaby gwarancją pozorną, łatwą do zablokowania, ale z drugiej strony, one same straciłyby rację bytu, jeśli by zabrakło mechanizmu skargowego. Jasne jest zatem, że pełnią one w tym mechanizmie funkcje służebne, a sam mechanizm, mimo nakładania na strony EKPC pewnych obowiązków realizowanych w porządku wewnętrznym, ma charakter międzynarodowy.

Z kolei w nawiązaniu do obowiązku zapewnienia skutecznego stosowania wszystkich postanowień Konwencji, wynikającego pośrednio z art. 52, trzeba zauważyć, że kontekst, w jakim się on pojawia w tym przepisie – określając, co może być przedmiotem żądania Sekretarza Generalnego, a w efekcie przedmiotem sprawozdania państwa – a nadto jego generalność i ogólnikowość, każą wątpić, by mógł się on kiedykolwiek stać pierwotnym źródłem gwarancji proceduralnej.

2.1.2. Artykuły 35 ust. 1, 41, 46 Konwencji

Na tych konkluzjach nie można zakończyć poszukiwań źródeł normatywnych krajowych gwarancji proceduralnych w grupie norm proceduralnych systemu EKPC. Pośród przepisów regulujących procedurę skargową znajdujemy bowiem inne unormowania bezwzględnie wymagające rozważenia. Mam tu na myśli art. 35 ust. 1, art. 41 oraz art. 46 Konwencji.

Artykuł 35 ust. 1 określa dwie przesłanki dopuszczalności skargi indywidualnej i międzypaństwowej, tj. sześciomiesięczny termin na ich wniesienie oraz konieczność uprzedniego „wyczerpania wszystkich środków odwoławczych przewidzianych prawem krajowym” – warunek, na którym się skoncentruję. Ma on zapewnić wykorzystanie krajowych środków prawnych przed skierowaniem sprawy do Strasburga; jest wobec tego zasadniczo źródłem obowiązków skarżącego, nie zaś jego uprawnień czy powiązanych z nimi gwarancji proceduralnych. Niemniej, Trybunał uzależnia obowiązek wyczerpania środków odwoławczych od posiadania przez nie takich właściwości, jak skuteczność, wystarczalność i dostępność¹⁰, co z kolei tworzy zobowiązania po stronie państwa¹¹. Są to, rzecz jasna, zobowiązania o charakterze proceduralnym realizowane w porządku wewnętrznym. Wątpliwości może budzić jedynie status art. 35 ust. 1 EKPC jako ich pierwotnego źródła. Trybunał konsekwentnie powtarza, że obowiązek wykorzystania środków ochrony krajowej „opiera się na założeniu odzwierciedlonym w art. 13 Konwencji – z którym jest blisko powiązany – że w razie domniemanego naru-

¹⁰ Wyrok z 1.03.2006 r. w sprawie *Sejdovic p. Włochom*, skarga nr 56581/00, ECHR 2006-II, pkt 45; por. też M. Balcerzak, *Procedury ochrony praw człowieka i kontroli wykonywania zobowiązań przez państwa*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, TNOiK, Toruń 2010, s. 173.

¹¹ Na państwie – pozwanym w danej sprawie – spoczywa też ciężar wykazania w trakcie postępowania przed Trybunałem strasburskim, że przewidziane w jego porządku prawnym środki odwoławcze spełniają wspomniane kryteria, por. wyrok z 27.02.1980 r. w sprawie *Deweer p. Belgii*, skarga nr 6903/75, A 35, pkt 26.

szenia, w systemie krajowym dostępny będzie skuteczny środek odwoławczy i to bez względu na to, czy przepisy Konwencji są inkorporowane do prawa krajowego, czy też nie¹². Zdaje się z tego wynikać, że za pierwotną podstawę prawną obowiązku wprowadzenia do porządku wewnętrznego skutecznego, wystarczającego i dostępnego środka odwoławczego na wypadek pogwałcenia EKPC należy uważać nie art. 35 ust. 1, lecz art. 13. Trzeba przy tym zaznaczyć, że praktyka łącznego rozpatrywania przez Trybunał zarzutu niewyczerpania wszystkich środków ochrony krajowej wraz z merytorycznym zarzutem naruszenia Konwencji wskazuje, że w tym wypadku w grę mogą wchodzić także inne podstawy gwarancji proceduralnych niż tylko art. 13¹³.

Artykuł 46 pozwala Trybunałowi na zasądzenie „słusznego zadośćuczynienia” w razie ustalenia, że doszło do pogwałcenia EKPC lub protokołów dodatkowych, a prawo wewnętrzne odpowiadające za to państwa umożliwia tylko częściowe usunięcie jego konsekwencji. Jest to środek prawny o charakterze międzynarodowym, zasadniczo odmienny od prawa do odszkodowania, o którym mówi art. 5 ust. 5 Konwencji, na co Trybunał zwrócił uwagę już w początkowym okresie swojego funkcjonowania¹⁴. Jednak, w kontekście art. 41 pojawia się także wątek środków krajowych, które musi podjąć państwo w wykonaniu ostatecznego wyroku Trybunału. Ponieważ z orzecznictwa strasburskiego wynika ich bezpośredni związek z art. 46¹⁵, zostaną one omówione na tle tego ostatniego przepisu.

Artykuł 46 zawiera regulacje dotyczące „mocy obowiązującej oraz wykonania wyroków” Trybunału strasburskiego. Zgodnie z jego ust. 1, wyroki ostateczne są prawnie-wiążące dla państw związanych Konwencją, w sprawach, w których były one stronami. Ustalenie w orzecznictwie konsekwencji prawnych tej dyspozycji miało charakter procesu. Doprowadził on Trybunał do wniosku, że wyrok potwierdzający naruszenie Konwencji nakłada na po-

¹² Wyrok z 16.09.1996 r. w sprawie *Akdivar i inni p. Turcji*, skarga nr 21893/93, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, pkt 65; wyrok z 1.03.2006 r. w sprawie *Sejdovic p. Włochom...*, pkt 43.

¹³ Np. art. 5 ust. 4, wyrok z 22.01.2013 w sprawie *Mihailovs p. Łotwie*, skarga nr 35939/10, niepubl., pkt 110; art. 6, wyrok z 17.09.2009 r. w sprawie *Scoppola p. Włochom (nr 2)*, skarga nr 10249/03, niepubl., pkt 126; obowiązki pozytywne z art. 2, wyrok z 9.04.2009 r. w sprawie *Šilih p. Słowenii*, skarga nr 71463/01, niepubl., pkt 169–170; obowiązki pozytywne z art. 8, wyrok z 20. 03. 2007 r. w sprawie *Tysiąc p. Polsce*, skarga nr 5410/03, ECHR 2007-I, pkt 54, 61, 128–130.

¹⁴ Wyrok z 7.05.1974 r. w sprawie *Neumeister p. Austrii*, skarga nr 1936/63, A 8, pkt 30. Trybunał wskazał na odmienny poziom regulacji oraz charakter tych norm: uprawnieniowy w przypadku art. 5 ust 5 oraz kompetencyjny w przypadku art. 41 (ówczesnego art. 50). To samo można rzec o relacji art. 41 z innymi unormowaniami systemu EKPC, które są źródłami prawa do odszkodowania, realizowanego na gruncie krajowym.

¹⁵ Wyrok z 31.10.1995 r. w sprawie *Papamichalopoulos i inni p. Grecji*, skarga nr 14556/89, A 330-B, pkt 34; wyrok z 13.07.2000 r. w sprawie *Scozzari i Giunta p. Włochom*, skargi nr 39221/98 i 41963/98, ECHR 2000-VIII, pkt 249; wyrok z 22.06.2004 r. w sprawie *Broniowski p. Polsce*, skarga nr 31443/96, ECHR 2004-V, pkt 192; wyrok z 6.10.2005 r. w sprawie *Lukenda p. Słowenii*, skarga nr 23032/02, ECHR 2005-X, pkt 97; wyrok z 4.12.2008 r. w sprawie *S. i Marper p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 30562/04 i 30566/04, ECHR 2008, pkt 134.

zwane państwo obowiązek zaprzestania naruszenia i naprawienia jego skutków w taki sposób, by przywrócić – na ile się tylko da – sytuację istniejącą przed naruszeniem (*restitutio in integrum*)¹⁶. Zaprzestanie naruszenia i naprawienie jego skutków oznacza też konieczność zastosowania w porządku krajowym środków prawnych zarówno o charakterze indywidualnym, jak i generalnym¹⁷. Państwo ma bowiem wynikający z tej regulacji ogólny obowiązek rozwiązania problemu powodującego naruszenie Konwencji¹⁸, tak by ochroną objęte były i inne osoby pozostające w podobnej sytuacji do ofiar naruszenia¹⁹.

Wśród środków prawnych, o których w kontekście art. 46 wspomina Trybunał, znajdują się także środki proceduralne²⁰. Środki te nie tworzą jednak jednolitej grupy. Po pierwsze, będą tu wchodziły w grę środki mające za zadanie usunięcie wad porządku prawnego, które były przyczyną stwierdzonego pogwałcenia Konwencji, a więc działające na przyszłość i w innych sprawach niż ta, której dotyczył wyrok Trybunału; po drugie, środki wpływające na sytuację prawną samej ofiary naruszenia bądź w inny sposób usuwające skutki tego naruszenia.

Przykładem z pierwszej grupy są środki, do których Trybunał nawiązał w sprawie *Aslakhanova i inni p. Rosji*²¹, dotyczącej przypadków zaginięć na obszarze Czeczenii. Trybunał stwierdzając w kończącym ją wyroku liczne naruszenia Konwencji, w tym zaniedbania proceduralne, oraz mając na uwadze ich powtarzalność ujawnioną we wcześniejszym „orzecznictwie czeczeńskim”, prowadzącą do wniosku o istnieniu w tym zakresie stałej praktyki sprzecznej z Konwencją, uznał za stosowne, by z powołaniem się na art. 46 sprecyzować swoje oczekiwania co do działań pozwanego państwa, koniecznych dla właściwego wykonania wyroków w takich sprawach. Zdaniem Trybunału, działania te powinny obejmować m.in. utworzenie specjalnej instytucji powołanej do badania zaginięć, usytuowanej odpowiednio wysoko w hierarchii władzy i dysponującej odpowiednimi zasobami do prowadzenia szeroko zakrojonych prac związanych z ustalaniem miejsc pochówków, eks-humacjami i identyfikowaniem szczątków²². Rosja powinna także zadbać o poprawę skuteczności śledztw prowadzonych w związku z zaginięciami – w tym kontekście Trybunał wymienił zapewnienie śledczym nieograniczonego dostępu do potrzebnych dokumentów, pozwalających np. na ustalenie funkcjonariuszy zaangażowanych w działania na danym terenie czy odpowiedzialnych za osoby zatrzymane, uniemożliwienie prowadzenia śledztw

¹⁶ Wyrok z 31.10.1995 r. w sprawie *Papamichalopoulos i inni p. Grecji* ..., pkt 34 i 38.

¹⁷ Wyrok z 13.07.2000 r. w sprawie *Scozzari i Giunta p. Włochom* ..., pkt 249.

¹⁸ Wyrok z 6.10.2005 r. w sprawie *Lukenda p. Słowenii* ..., pkt 94.

¹⁹ Wyrok z 4.12.2008 r. w sprawie *S. i Marper p. Zjednoczonemu Królestwu* ..., pkt 134.

²⁰ Por. J.-F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 7, Council of Europe, Strasbourg 2007, s. 63–64.

²¹ Wyrok z 18.12.2012 r. w sprawie *Aslakhanova i inni p. Rosji*, skargi nr 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, niepubl.

²² *Ibidem*, pkt 225–226.

przez osoby zamieszane w zaginięcia, udostępnianie akt spraw rodzinom ofiar czy niezamykanie śledztw wyłącznie z powodu upływu terminu do ich prowadzenia²³. Choć nie ulega wątpliwości, że wskazane środki zaliczyć można do gwarancji proceduralnych stosowanych na gruncie krajowym, to błędem byłoby identyfikowanie ich pierwotnej konwencyjnej podstawy prawnej właśnie z art. 46. Jak wskazuje samo uzasadnienie wyroku *Aslakhanova*, konieczność powołanie do życia wyspecjalizowanej instytucji do spraw zaginięć to raczej konsekwencja obowiązku wyjaśnienia okoliczności śmierci i miejsca pochówku ofiary, który wynika z art. 3 Konwencji i jest korelatem wolności od tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karaniania bliższych tej ofiary²⁴. Podobnie rzecz się ma z obowiązkiem przeprowadzenia skutecznego śledztwa – jego normatywnym źródłem w systemie Konwencji nie jest art. 46, lecz art. 13 i ciążące na państwie obowiązki pozytywne, zwłaszcza na gruncie art. 2 i 3²⁵.

To samo da się powiedzieć o części środków z drugiej grupy, tj. środków usuwających skutki konkretnego naruszenia stwierdzonego wyrokiem. Jeśli np. w związku z nagłą śmiercią człowieka nie wszczęto w ogóle postępowania wyjaśniającego, a następnie Trybunał uznał to za naruszenie art. 2, to ewentualny obowiązek przeprowadzenia takiego postępowania w ramach naprawiania skutków naruszenia, znajdujący podstawę w art. 46, będzie miał charakter wtórny wobec analogicznego obowiązku wynikającego z art. 2. Co jednak, gdy wykonanie wyroku będzie wymagało zastosowania środka, którego nie można bezpośrednio powiązać z innymi postanowieniami Konwencji i protokołów dodatkowych? Wydaje się, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wznowienia postępowania. Jest to środek proceduralny, stanowiący element krajowego porządku prawnego. Z drugiej strony, obowiązek jego zastosowania może aktualizować się dopiero po wydaniu przez Trybunał wyroku i w jego wykonaniu. Można mieć wobec tego wątpliwości, czy jest to gwarancja samoistna – ostatecznie więc art. 46 nie zostanie zaliczony do grona podstaw prawnych gwarancji proceduralnych, co oznacza, że w grupie norm proceduralnych systemu EKPC nie znajduje się żadna podstawa prawna krajowych gwarancji proceduralnych w przyjętym rozumieniu.

2.2. W kręgu norm materialnych

Normy materialne w systemie EKPC są grupą szeroką, na którą składają się normy wynikające z art. 1 Konwencji, wszystkich przepisów jej rozdz. 1 (art. 2–18), trzech artykułów rozdz. 3 (art. 53, 56 oraz 57), oraz większości przepisów protokołów nr 1, 4, 6, 7, 12 i 13. W przypadku części z tych norm możliwe jest wyodrębnienie zaznaczonego wprost w ich treści bądź potwierdzonego w odnoszącym się do nich orzecznictwie, aspektu proceduralnego.

²³ Ibidem, pkt 233–237.

²⁴ Ibidem, pkt 223.

²⁵ Ibidem, pkt 229 w zw. z pkt. 127 i 147.

Takie właśnie normy, o zasadniczo materialnym charakterze, ale jednocześnie posiadające także komponent proceduralny, staną się przedmiotem mojego dalszego badania. Jak wcześniej zaznaczono, mogą być one klasyfikowane także jako normy proceduralne, z tym że ich odrębne ujęcie uzasadnione jest ich specyfiką na tle pozostałych norm proceduralnych, podkreśloną przez fakt, że wśród pozostałych norm proceduralnych nie znaleziono żadnej gwarancji proceduralnej odpowiadającej charakterystyce naszkicowanej we wstępie do artykułu.

Przegląd wchodzących w grę przepisów rozpocznię od tych spośród nich, których samo brzmienie mniej czy bardziej wskazuje na obecność komponentu proceduralnego zobowiązania, uzupełniając następnie ten obraz o źródła krajowych gwarancji proceduralnych, których faktycznej podstawy szukać należy raczej w koncepcjach orzeczniczych Trybunału strasburskiego.

2.2.1. Artykuł 2 Konwencji

Pierwszym z unormowań, które należy rozważyć, jest art. 2 rozpoczynający konwencyjny katalog uprawnień. Przepis ten zawiera fundamentalną gwarancję prawa do życia. W jego zd. 1 ust. 1 została sformułowana zasada prawnej ochrony życia ludzkiego, podczas gdy zd. 2 ust. 1 określa sytuację, w której może być ono odebrane zgodnie z Konwencją: „Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które prawo przewiduje taką karę”²⁶. Jest to jedna z tych nielicznych regulacji systemu Konwencji, która stawia wprost wymaganie proceduralne w związku z ingerencją w konkretne uprawnienie objęte jego ochroną²⁷. W tym wypadku ingerencja w prawo do życia musi być konsekwencją procesu karnego spełniającego wymogi art. 6 Konwencji²⁸.

Komentowany przepis można jednak pominąć przy określaniu podstaw prawnych gwarancji proceduralnych w systemie Konwencji w związku ze stanowiskiem Trybunału w sporze *Al-Saadoon i Mufdhi p. Zjednoczonemu Królestwu*, w którym zauważył on, że poziom ratyfikacji Protokołu nr 13 oraz jednolita praktyka państw–stron w zakresie niestosowania kary śmierci „silnie wskazują na to, iż art. 2 został poprawiony w sposób zakazujący kary śmierci we wszelkich okolicznościach” oraz że brzmienie art. 2 ust. 1 zd. 2 nie może stać dłużej na przeszkodzie takiej interpretacji sformułowania „nie-ludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie” użytego w art. 3 Konwencji,

²⁶ W oficjalnym przekładzie Konwencji: „ (...) za które ustawa przewiduje taką karę”.

²⁷ W art. 2 Protokołu nr 6, który także dotyczy pozbawienia życia w związku z wykonaniem kary śmierci, wymóg odpowiedniej procedury wynika już tylko pośrednio z nakazu, by kara ta była stosowana w przypadkach przewidzianych przez prawo i zgodnie z jego postanowieniami.

²⁸ Wyrok Izby z 12.03.2003 r. w sprawie *Öcalan p. Turcji*, skarga nr 46221/99, nie-publ., pkt 203 oraz wydany w tym samym sporze wyrok Wielkiej Izby z 12.05.2005 r., ECHR 2005-IV, pkt 166.

które obejmowałyby tę karę²⁹. Skoro zatem kara śmierci jako taka – a nie tylko okoliczności związane z jej stosowaniem³⁰ – wypełnia znamiona nie-ludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, to znaczy, że w systemie Konwencji została ona w istocie zdelegalizowana³¹. Jestem wobec tego zdania, że art. 2 ust.1 zd. 2 nie może uchodzić za obowiązującą podstawę prawną przewidzianej w tym przepisie krajowej gwarancji proceduralnej.

2.2.2. Artykuł 5 Konwencji

Zgoła odmiennie rzecz się ma z art. 5 gwarantującym prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, który określa warunki zgodnej z Konwencją detencji (ust. 1) oraz podstawowe uprawnienia osoby pozbawionej wolności (ust. 2–5). Wymiar proceduralny tego przepisu zaznaczony jest już w jego ust. 1, co szczególnie eksponuje angielskie brzmienie zdania drugiego: *No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (...)*. Kontynuacją tego zdania jest wskazanie w punktach a–f sytuacji, w których dopuszczalne jest pozbawienie człowieka wolności – w każdym z tych przypadków przepis podkreśla, że chodzi wyłącznie o taką detencję, która jest zgodna z prawem, ewentualnie ma podstawę w zgodnym z prawem orzeczeniu (pkt d). „Zgodność z procedurą” czy też „trybem” pozbawienia wolności, o którym mówi oficjalny, polski przekład Konwencji, jest ujmowana jako jeden z aspektów jej legalności³². Legalne jest zatem tylko takie pozbawienie wolności, które pozostaje w zgodzie nie tylko z materialnymi, ale i proceduralnymi normami prawa³³.

Dalsze ustępy art. 5 określają gwarancje związane z procedurą pozbawienia wolności (ust. 2–4) oraz dochodzeniem odszkodowania za niezgodne z Konwencją pozbawienie wolności. Nie może być zatem wątpliwości co do *stricte* proceduralnego charakteru tych gwarancji³⁴ i funkcji ochronnej, jaką pełnią wobec prawa do wolności. Z punktu widzenia ich zakresu podmiotowego można je podzielić na gwarancje przysługujące każdej osobie poddanej detencji (ust. 2, 4–5) oraz gwarancje przysługujące tylko pewnej kategorii

²⁹ Wyrok z 2.03.2010 r. w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi* p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 61498/08, ECHR 2010 (wyciąg), pkt 120.

³⁰ Por wyrok z 7.07.1989 r. w sprawie *Soering* p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 61498/08, A 161, pkt 103–104.

³¹ Por. A. Ashworth, A. Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, London 2012, s. 90

³² Tzw. legalność proceduralna wyróżniana obok „legalności materialnoprawnej”, por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy*, TNOiK, Toruń 1996, s. 32.

³³ Wyrok z 22.02.1990 r. w sprawie *Van der Leer p. Holandii*, skarga nr 11509/85, A 170-A, pkt 22; por. też wyrok z 28.03.2000 r. w sprawie *Baranowski p. Polsce* z 2000, skarga nr 28358/95, ECHR 2000-III, pkt 50.

³⁴ Obrazują to używane wobec tych gwarancji określenia: „gwarancje proceduralne” (np. B. Gronowska, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego*, [w:] B. Gronowska i inni, *Prawa człowieka ...*, s. 319); „prawa proceduralne” (Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2011, s. 238).

takich osób (ust. 3). Wśród tych pierwszych znajduje się prawo do niezwłocznego poinformowania o przyczynach pozbawienia wolności i stawianych zarzutach (ust. 2), prawo do inicjowania postępowania sądowego celem niezwłocznego zbadania legalności pozbawienia wolności i uzyskania zwolnienia, jeśli jest ono niezgodne z prawem (ust. 4) oraz prawo do odszkodowania w razie pozbawienia wolności niezgodnego z art. 5 Konwencji (ust. 5). Ustęp 3 tego przepisu dotyczy natomiast wyłącznie osób zatrzymanych lub aresztowanych w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przez nie czynu zagrożonego karą, bądź w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu (art. 5 ust. 1c). Osobom tym służy prawo do niezwłocznego postawienia przed sędzią bądź urzędnikiem uprawnionym do wykonywania władzy sądowej oraz prawo do bycia sądzonym w rozsądnym terminie lub zwolnienia na czas postępowania.

2.2.3. Artykuł 6 Konwencji

Ciekawym wyzwaniem z punktu widzenia badanej problematyki jest art. 6 Konwencji i to mimo sformułowania w nim wyraźnych wymogów proceduralnych. Jak głosi tytuł tego przepisu, przedmiotem ochrony jest w tym przypadku prawo do rzetelnego procesu sądowego. Podstawowe właściwości takiego procesu określone są w zd. 1 ust. 1 tego artykułu (rzetelne i publiczne rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd). Zdanie drugie ust. 1 zawiera niepełną klauzulę limitacyjną określającą warunki, na jakich można ograniczyć publiczny charakter (jawność) postępowania³⁵. Z kolei ustępy 2 i 3 wymieniają gwarancje procesowe oskarżonego, konkretyzując w ten sposób minimalne wymogi rzetelnego procesu karnego³⁶. Składają się na nie domniemanie niewinności (ust. 2)³⁷ oraz uprawnienia ogniskujące się wokół prawa do obrony³⁸: prawo do informacji o istocie i przyczynie oskarżenia; prawo do przygotowania obrony; prawo do obrony osobistej lub z pomocą obrońcy; prawo do przesłuchania lub wzywania świadków; prawo do tłumacza (ust. 3).

Obraz ten – w swoich zasadniczych rysach – uzupełnia wywiedzione w orzecznictwie prawo dostępu do sądu w sprawach cywilnych, w znaczeniu prawa do inicjowania postępowania sądowego w sporach o takim charakterze³⁹.

³⁵ R. Mizerski, *Test legalności ...*, s. 103–105.

³⁶ Wyrok z 27.02.1980 r. w sprawie *Deweere p. Belgii*, skarga nr 6903/75, A 35, pkt 56.

³⁷ Wymiar proceduralny art. 6 ust. 2 Trybunał wypuklił już w jednym ze swych wcześniejszych wyroków wskazując, że przepis ten zostanie naruszony jeśli bez zgodnego z prawem udowodnienia winy, w szczególności bez możliwości korzystania przez oskarżonego z prawa do obrony, orzeczenie sądowe będzie odzwierciedlać opinię o jego winie, wyrok z 25.03.1983 r. w sprawie *Minelli p. Szwajcarii*, skarga nr 8660/79, A 62, pkt 37.

³⁸ P. Hofmański, A. Wróbel, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, s. 407.

³⁹ Wyrok z 21.5.1975 r. w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 4451/70, A 18, pkt 36.

Prawo dostępu oskarżonego do sądu w sprawach karnych w sensie prawa do bycia osądzonym przez sąd wynika ze zd. 1 ust. 1 art. 6, nakazującego rozstrzygnięcie zasadności każdego oskarżenia. Komentowany przepis nie przewiduje natomiast generalnego prawa osoby pokrzywdzonej przestępstwem do inicjowania osobiście bądź za pośrednictwem oskarżyciela publicznego procesu karnego przeciwko sprawcy przestępstwa – co oczywiście nie znaczy, że państwo nie ma obowiązku ścigania i karania sprawców czynów naruszających konwencyjne uprawnienia. Niemniej, pokrzywdzonemu służy ograniczone prawo dostępu do sądu w sprawach karnych, gdy wiąże się z tym choćby symboliczne roszczenie cywilne⁴⁰.

Wszystkie te gwarancje muszą być zapewnione przy rozstrzyganiu o „prawach lub obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia (...) w sprawie karnej”. Jeśli zatem sprawa nie jest ani cywilna, ani karna, gwarancje z art. 6 nie mają do niej zastosowania. Rodzi się wobec tego pytanie, czy art. 6 chroni także konwencyjne prawa i wolności, a tym samym spełnia wymogi gwarancji proceduralnej w przyjętym w artykule rozumieniu.

Rozpocząć należy od tego, że kategorie „praw lub obowiązków o charakterze cywilnym” (ang. *civil rights and obligations*) oraz „oskarżenia w sprawie karnej” (ang. *criminal charge*) zyskały na gruncie Konwencji autonomiczne znaczenie, którego nie determinuje prawo wewnętrzne państw–stron⁴¹.

Druga z autonomicznych kategorii wyznaczających zakres stosowania gwarancji z art. 6, składa się ze swoicie interpretowanych pojęć „oskarżenie” i „sprawa karna”. Pierwsze z nich rozumiane jest jako „oficjalne poinformowanie osoby przez właściwy organ o zarzucie popełnienia przez nią przestępstwa”, co odpowiada testowi sprawdzającemu, „czy w istotny sposób wpłynęło na sytuację podejrzanego”⁴². W pewnych sytuacjach oskarżenie może mieć jednak inną formę niż oficjalne poinformowanie o zarzucie, jeśli zastosowany środek (np. zatrzymanie, przesłuchanie w charakterze podejrzanego) sugeruje możliwość postawienia takiego zarzutu i istotnie wpływa na sytuację podejrzanego⁴³. Takie rozumienie pojęcia „oskarżenie” oznacza,

⁴⁰ Por. wyrok z 12.02.2004 r. w sprawie *Perez p. Francji*, skarga nr 47287/99, ECHR 2004-I, pkt 70.

⁴¹ To podejście ma w strasburskim *case law* długą tradycję. Za uznaniem autonomiczności pojęcia „prawa i obowiązki o charakterze cywilnym” Europejska Komisja Praw Człowieka opowiedziała się już w 1964 r., decyzja z 2.10.1964 r. w sprawie *X p. Austrii*, skarga nr 1931/63, Recueil 15. Z kolei o „oskarżeniu” „w znaczeniu nadanym mu przez Konwencję” Trybunał mówił w sprawie *Neumeister*, a Komisja w sprawie *Engel i inni p. Holandii* o autonomicznych terminach „oskarżenie” i „sprawa karna”; odpowiednio: wyrok z 27.06.1968 r. w sprawie *Neumeister p. Austrii*, skarga nr 1936/63, A 8, As to the Law pkt 18; raport z 19.07.1974 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii*, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72, 5370/72, B 20, pkt 114.

⁴² Wyrok z 27.02.1980 r. w sprawie *Deweere p. Belgii*, skarga nr 6903/75, A 35, pkt 46; por. też np. wyrok z 16.01.2007 r. w sprawie *Bączka p. Polsce*, skarga nr 7870/04, niepubl., pkt 73.

⁴³ Wyrok z 10.12.1982 r. w sprawie *Corigliano p. Włochom*, skarga nr 8304/78, A 57, pkt 34; por. też np. decyzja Trybunału z 30. 05. 2006 r. w sprawie *Matyjek p. Polsce*, 38184/03, ECHR 2006-VII, pkt 49.

że art. 6, a precyzyjniej rzecz ujmując, niektóre z zawartych w nim gwarancji⁴⁴, mają zastosowanie także do postępowań przedprocesowych⁴⁵. Inną konsekwencją związaną z występowaniem kategorii „oskarżenia” jest wyłączenie z zakresu stosowania art 6 czynności podjętych przed jego postawieniem⁴⁶.

Kryteria wykorzystywane przy ustalaniu, czy dana sprawa jest sprawą karną, Trybunał sformułował w wyroku rozstrzygającym spór *Engel i inni p. Holandii*⁴⁷ i do tej pory konsekwentnie je stosuje⁴⁸. Przede wszystkim rzeczony charakter ma ta sprawa, która zgodnie z prawem krajowym jest sprawą karną, co zarazem przesądza o zastosowaniu art. 6⁴⁹. Jeśli stanowisko prawa krajowego jest odmienne, Trybunał samodzielnie klasyfikuje sprawę, biorąc pod uwagę charakter czynu oraz charakter i surowość kary przewidzianej za popełnienie danego czynu⁵⁰. Stosowanie tych kryteriów doprowadziło do wyłączenia z zakresu spraw karnych niektórych rodzajów procedur np. dotyczących przypadku przedmiotów pochodzących z przestępstw, niezwłocznego zatrzymania prawa jazdy, przyznania pomocy w sprawie karnej czy ekstradycji⁵¹.

Powyższe ograniczenia nie zmieniają jednak ogólnego obrazu rzetelnego procesu w jego wymiarze karnym jako środka ochrony pewnych aspektów konwencyjnych praw i wolności, zarówno tych, które służą sprawcy przestęp-

⁴⁴ Prawo do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, prawo do sprawiedliwego procesu, w tym m.in. domniemanie niewinności, prawo do informacji o istocie i przyczynie oskarżenia czy prawo do obrony; por. 31; P. Hofmański, A. Wróbel, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 387.

⁴⁵ Por. np. decyzję Trybunału z 9.10.2007 r. w sprawie *Rybacki p. Polsce*, skarga nr 52479/99, niepubl., The Law pkt 3. Szerzej na temat pojęcia „oskarżenie” np.: P. Hofmański [w:] *Komentarz*, s. 274–280; P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2006, s. 540–542. W pewnych sytuacjach przepis ten może znaleźć także zastosowanie do postępowań wykonawczych jako konsekwencji rozstrzygnięcia o zasadności oskarżenia – jak stało się to w sprawie *Assanidze* (wyrok z 8.04.2004 r. w sprawie *Assanidze p. Gruzji*, skarga nr 71503/01, Reports of Judgments and Decisions 2004-II, pkt 183) – w której Trybunał zauważył, że jeśli władze publiczne mogłyby nie wykonywać bądź zwlekać z wykonaniem wyroku uniewinniającego, uprawnienia oskarżonego przewidziane w art. 6 stałyby się w części iluzoryczne.

⁴⁶ Była to jedna z przesłanek uznania, że art. 6 nie znajduje zastosowania w przypadku niezwłocznego zatrzymania prawa jazdy, wyrok z 28.10.1999 r. w sprawie *Escoubet p. Belgii*, skarga nr 26780/95, Reports of Judgments and Decisions 1999-VII, pkt 35.

⁴⁷ Wyrok z 8.06.1976 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii*, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72, 5370/72, A 22, pkt 81–82.

⁴⁸ Por. jednak wyrok z 24.02.1994 r. w sprawie *Bendenoun p. Francji* (skarga nr 12547/86, A 284, pkt 47), w którym o zakwalifikowaniu sprawy jako karnej przesądziły nieco inaczej sformułowane kryteria.

⁴⁹ Jak zauważył Trybunał autonomiczność koncepcji „sprawy karnej” działa tylko w jedną stronę, wyrok z 8.06.1976 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii ...*, pkt 81.

⁵⁰ Ibidem, pkt 82; por też wyrok z 29.08.1997 r. w sprawie *A.P., M.P. i T.P. p. Szwajcarii*, skarga nr 19958/92, Reports 1997-V, pkt 39. Szerzej na temat kryteriów „sprawy karnej” por. np.: P. Hofmański [w:] *Komentarz*, s. 281–287; S. Trechsel, op. cit., s. 16–31; P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 543–557.

⁵¹ Por. S. Trechsel, op. cit., s. 33–36; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 405–407.

stwa, jak i tych służących jego ofierze. Przeprowadzenie rzetelnego postępowania karnego z zachowaniem towarzyszących mu gwarancji oskarżonego jest warunkiem dopuszczalności takich ingerencji związanych z zarzutem karnym, jak pozbawienie wolności – a w czasach, gdy w systemie EKPC kara śmierci była legalna, także życia – w wyniku skazania, oraz ingerencje w prywatność (dobre imię), mienie (np. grzywna) czy wolności wyborcze (pozbawienie praw publicznych), które są lub mogą być bezpośrednimi konsekwencjami wyroku skazującego. Z kolei z punktu widzenia ofiary przestępstwa proces karny może stanowić element naprawiania skutków ewentualnych naruszeń praw i wolności zawarowanych w Konwencji. Często bowiem działania bądź zaniechania naruszające te uprawnienia mają charakter przestępczy. Co więcej, przedmiotem ochrony niektórych z nich są dobra niepozwalające na pozostawienie jakiegokolwiek ingerencji w nie bez represji karnej (wolność od tortur, wolność od niewolnictwa i poddaństwa). Nieprzypadkowo zatem możliwość uruchomienia systemu skargowego warunkowana jest wykorzystaniem środków krajowych również o charakterze karnym. W poruszonym kontekście nie ma znaczenia fakt, że Konwencja nie gwarantuje pokrzywdzonemu prawa do wytoczenia procesu karnego, jako że pojęcie gwarancji proceduralnych w przyjętym w artykule znaczeniu nie ogranicza się tylko do środków prawnych, pozostających w dyspozycji ofiary naruszenia.

O ile ochrona konwencyjnych uprawnień w drodze procesu karnego ma ze swej istoty charakter selektywny, zważywszy, że dotyczyć może tylko naruszeń spowodowanych czynem karnym, to postępowanie sądowe w sprawie praw i obowiązków cywilnych wydaje się mieć większy potencjał w tym kontekście.

Żeby art. 6 ust. 1 w jego „części cywilnej” znalazł zastosowanie, prawa i obowiązki o takim charakterze muszą być przedmiotem „sporu”, co wynika z francuskiego tekstu art. 6 ust. 1 posługującego się terminem *contestation*, także rozumianym autonomicznie. Spór musi być rzeczywisty oraz poważny i dotyczyć istnienia albo zakresu i sposobu realizacji prawa. W grę wchodzi przy tym wszelkie postępowania, których wynik niesie bezpośredni skutek dla tych praw, a zatem nie tylko takie, których stronami są podmioty prywatne. Nie ma przy tym znaczenia, jaki z krajowej perspektywy jest charakter norm regulujących postępowanie (cywilny, handlowy, administracyjny), ani jaki charakter mają organy rozstrzygające (sądowny, administracyjny, samorządowy)⁵². Możliwe jest wobec tego zastosowanie art. 6 ust. 1 do sporu toczzonego przez podmiot prywatny z władzą publiczną, nawet jeśli w tym sporze władza ta nie występuje w charakterze podmiotu prywatnego⁵³, co ma istotne znaczenie dla postrzegania art. 6 ust. 1 w jego wymiarze cywilnym jako krajowej gwarancji proceduralnej.

⁵² Wyrok z 16.07.1971 r. w sprawie *Ringeisen p. Austrii*, skarga nr 2614/65, A 13, pkt 94; wyrok z 23.10.1985 r. w sprawie *Bentham p. Holandii*, skarga nr ,A 97, pkt 32.

⁵³ Wyrok z 28.06.1978 r. w sprawie *König p. Niemcom*, skarga nr 6232/73, A 27, pkt 90.

Przedmiotem sporu musi być prawo, o którym przynajmniej można twierdzić na dającej się uzasadnić podstawie, że jest uznawane w prawie krajowym, bez względu na to, czy przewiduje je także Konwencja. Artykuł 6 ust. 1 nie gwarantuje bowiem żadnej konkretnej treści praw i obowiązków o charakterze cywilnym, a Trybunał nie może ich kreować w drodze interpretacji tego przepisu. Punktem wyjścia są zawsze przepisy krajowe i ich wykładnia w praktyce krajowego wymiaru sprawiedliwości. Wyjątkowo tylko możliwe jest stwierdzenie przez Trybunał istnienia prawa wbrew stanowisku krajowych sądów najwyższych⁵⁴. Musi on wówczas odnosić się do realnie istniejącej sytuacji, a nie języka czy innych elementów zewnętrznych danej regulacji. Okolicznością przemawiającą za zdyskwalifikowaniem pewnych świadczeń jako prawa w rozumieniu art. 6 ust. 1 są kompetencje dyskrecjonalne władzy w zakresie ich przyznawania. Z drugiej strony, wskazaniem w przeciwnym kierunku jest potwierdzenie przez sądy krajowe spornego prawa w innych acz podobnych okolicznościach oraz podjęcie merytorycznego badania roszczenia, o które chodzi⁵⁵. Także majątkowa natura roszczenia wnikającego z prawa o takiej samej naturze sugeruje jego cywilny charakter⁵⁶.

Część sporów ogniskujących się wokół praw człowieka, zagwarantowanych w prawie krajowym i odpowiadających prawom i wolnościom przewidzianym w Konwencji i protokołach dodatkowych, może spełnić powyższe kryteria. Jednocześnie stosowanie tych kryteriów doprowadziło Trybunał do zdyskwalifikowania pewnych spraw jako niecywilnych (w szczególności postępowań deportacyjnych, ekstradycyjnych i dotyczących przyznania azylu politycznego, postępowań podatkowych, postępowań związanych z wyborem i zniesieniem ze stanowiska politycznego bądź niewłaściwym wykonywaniem urzędu, postępowań dyscyplinarnych w służbach mundurowych), a w konsekwencji wyłączenia mogących wchodzić w tych przypadkach w grę praw człowieka z ochrony rzetelnego procesu. I choć orzecznictwo strasburskie zdaje się ujawniać tendencję do poszerzającej interpretacji art 6 ust. 1 w tym zakresie⁵⁷, referowane podejście Trybunału spotkało się z krytyką doktryny, a także niektórych członków Europejskiej Komisji Praw Człowieka i sędziów strasburskich⁵⁸. Kategoria praw cywilnych jest bowiem postrzegana jako

⁵⁴ Wyrok z 3.04.2012 r. w sprawie *Boulois p. Luksemburgowi*, skarga nr 37575/04, ECHR 2012, pkt 90–91; por. też wyrok z 8.06.2006 r. w sprawie *Woś p. Polsce*, skarga nr 22860/02, ECHR 2006-VII, pkt 76.

⁵⁵ Wyrok z 3.04.2012 r. w sprawie *Boulois p. Luksemburgowi* ..., pkt 92–94

⁵⁶ Wyrok z 26.03.1992 r. w sprawie *Editions Périscope p. Francji*, skarga nr 11760/85, A 234-B, pkt 40; por. też wyrok z 3.11.2009 r. w sprawie *Sierpiński p. Polsce*, skarga nr 38016/07, niepubl., pkt 87–90.

⁵⁷ Por. wyroki: z 8.12.1999 r. w sprawie *Pellegrin p. Francji*, skarga nr 28541/95, ECHR 1999-VIII oraz z 19.04.2007 r. w sprawie *Vilho Eskelinen i inni p. Finlandii*, skarga nr 63235/00, ECHR 2007-II.

⁵⁸ L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Leiden–Boston 2007, s. 195. Podobnie P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 538; por. też M.-B. Dembour, *Who Belives in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press 2006, s. 132. Raport z 8. 10. 1983 r.

nadająca się do tego, by obejmować wszystkie spory wynikające z praw i wolności chronionych w systemie EKPC⁵⁹.

Reasumując, konwencyjne wolności i prawa mogą stać się przedmiotem postępowania sądowego rozstrzygającego o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym, jak i przedmiotem ochrony gwarancji procesu karnego, a wobec tego art. 6 Konwencji pełni wobec nich funkcje krajowej gwarancji proceduralnej. Jednak przepis ten w obecnej interpretacji nie znajduje zastosowania w każdym przypadku pogwałcenia uprawnień systemu EKPC.

2.2.4. Pozostałe gwarancje procesu karnego

Na tej samej zasadzie co środki prawne z „części karnej” art. 6, znaczenie proceduralne z punktu widzenia uprawnień systemu EKPC zyskują art. 7 Konwencji oraz art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7.

Pierwszy z tych przepisów wyraża regułę *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Jego ust. 1 przewiduje, po pierwsze, że nikt nie będzie uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Po drugie, zakazuje on wymierzania kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony. Wbrew pozorom⁶⁰ żadnego wyjątku od powyższych reguł nie wprowadza ust. 2 tej regulacji⁶¹. Proceduralny wymiar art. 7 wynika z faktu, że zarówno uznanie za winnego, jak i wymierzenie kary może nastąpić tylko w procesie karnym, a jego ochrona aktualizuje się wraz z wydaniem wyroku skazującego naruszającego wyrażone w nim zakazy.

Poza dyskusją jest również wymiar proceduralny gwarancji zawartych w Protokole nr 7: prawa do odwołania w sprawach karnych (art. 2); odszkodowania za niesłuszne skazanie (art. 3) oraz zakazu ponownego sądenia lub karania.

Ponieważ art. 6 nie gwarantuje kontroli instancyjnej orzeczeń sądowych⁶², lukę tę w zakresie spraw karnych wypełnia art. 2 Protokołu nr 7, którego ust. 1 zapewnia każdemu, kto został uznany przez sąd za winnego

w sprawie *Bentham p. Holandii*, skarga nr 8848/80, zdanie odrębne członków Komisji Melchiora i Froweina, do którego przyłączyli się członkowi Komisji Tenekides, Sampalo, Weitzel oraz Soyer, pkt 9. Wyrok z 28.10.1998 r. w sprawie *Osman p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 23452/94 Reports 1998-VIII, zdanie zbieżne sędziego Jambreka, pkt 6. Wyrok z 5.10.2000 r. w sprawie *Maaouia p. Francji*, skarga nr 39652/98, ECHR 2000-X, zdanie odrębne sędziego Loucaidesa.

⁵⁹ Por. *ibidem*.

⁶⁰ Por. P. Hofmański, *Artykuł 7. Zakaz karania bez podstawy prawnej*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 463.

⁶¹ Por. wyrok z 17.05.2010 r. w sprawie *Kononov p. Lotwie*, skarga nr 36376/04, ECHR 2010, pkt 186.

⁶² Wyrok z 17.01.1970 r. w sprawie *Delcourt p. Belgii*, skarga nr 2689/65, A 11, pkt 25. Wyrok z 26.10.2000 r. w sprawie *Kudła p. Polsce*, skarga nr 30210/96, ECHR 2000-XI, pkt 122

popelnienia przestępstwa, prawo do rozpatrzenia przez sąd wyższej instancji jego sprawy, tak w przedmiocie orzeczenia o winie, jak i karze, z czego jednak nie wynika obowiązek zapewnienia przez państwo w każdym przypadku kontroli zarówno kwestii winy, jak i kary⁶³.

Artykuł 3 Protokołu nr 7 jest drugim przykładem krajowego środka odszkodowawczego przewidzianego *expressis verbis* w systemie Konwencji (prócz art. 5 ust. 5 Konwencji). W tym wypadku tytułem do odszkodowania jest niesłuszne skazanie, tj. prawomocne skazanie za przestępstwo, a następnie uniewinnienie lub ułaskawienie z powodu pomyłki sądowej, jeśli skazany odbył zasądzoną karę i nie ponosi odpowiedzialności za nieujawnienie faktów pozwalających na uniknięcie tej pomyłki. Przepis mówi, że uprawnionemu przysługuje odszkodowanie zgodnie z prawem⁶⁴ lub praktyką państwa–stroiny, co oznacza zgodę na regulowanie w pewnym zakresie tego uprawnienia⁶⁵.

Artykuł 4 Protokołu nr 7 wprowadza z kolei zakaz ponownego sądenia lub karania przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które dana osoba została uprzednio skazana prawomocnym wyrokiem lub uniewinniona zgodnie z prawem i zasadami postępowania karnego tego państwa (*ne bis in idem*).

2.2.5. Artykuł 13 Konwencji

Przeгляд unormowań materialnych nie może pomijać art. 13, który zawiera podstawową, a zarazem jedyną wyrażoną *expressis verbis* ogólną, tj. dotyczącą wszystkich konwencyjnych uprawnień⁶⁶, krajową gwarancję proceduralną systemu EKPC: „Každy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe”. Regulacja ta jest logiczną konsekwencją przyjętego w art. 1 zobowiązania do „zapewnienia” chronionych tym instrumentem praw i wolności⁶⁷, ujawniając w czytelny sposób proceduralną funkcję art. 13 wobec tych uprawnień⁶⁸. Omawiany przepis nie precyzuje właściwości zawarowanej w nim gwarancji, z wyjątkiem dość oczywistej w tym kontekście skuteczności, co pozostawia szerokie pole do opisu orzecznictwu.

⁶³ *Explanatory report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe, Strasbourg 1985, pkt 17.

⁶⁴ W tłumaczeniu urzędowym „zgodnie z ustawą”

⁶⁵ To oczywiście nie znaczy, że państwo może nie przewidzieć żadnego odszkodowania w sytuacji przewidzianej w hipotezie tej normy; wyrok z 12.06.2012 r. w sprawie *Poghosyan i Baghdasaryan p. Armenii*, skarga nr 22999/06, ECHR 2012, pkt 51.

⁶⁶ Por. np. P. Hofmański, A. Wróbel, *Artykuł 13. Prawo do skutecznego środka odwoławczego*, [w:] L. Garlicki, *Komentarz. Tom 1*, s. 725.

⁶⁷ Por. np. wyrok z 13.12.2012 r. w sprawie *De Souza Ribeiro p. Francji*, skarga nr 22689/07, ECHR 2012, pkt 77.

⁶⁸ E. Carmona Cuenca, *The Right to an Effective Remedy Before a National Authority: Problems of Interpretation (Art. 13 ECHR)*, [w:] J. García Roca, P. Santolaya (red.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden 2012, s. 450.

2.2.6. Artykuł 15 ust. 3 Konwencji

Jedynym wymagającym omówienia unormowaniem materialnym, które nie wyraża uprawnień, jest art. 15 Konwencji. Ta tzw. klauzula derogacyjna oddziałuje na zakres obowiązywania chronionych w systemie EKPC praw i wolności poprzez określenie warunków ich ograniczenia „w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu”. Ustęp 3 tego przepisu nakłada na państwo uciekające się do derogacji obowiązek wyczerpującego poinformowania Sekretarza Generalnego Rady Europy o podjętych środkach i czasie ich działania oraz powodach uzasadniających ich zastosowanie. Chodzi tu zatem o obowiązek notyfikacji, aktualizujący się po wprowadzeniu przez państwo środków derogacyjnych oraz ich przynajmniej częściowym cofnięciu. Ułatwia on Sekretarzowi Generalnemu oraz stronom Konwencji monitorowanie sytuacji wewnętrznej w państwie korzystającym z art. 15, a w razie potrzeby podjęcie decyzji o użyciu dostępnych w systemie środków ochrony praw i wolności, tj. odpowiednio: żądania sporządzenia sprawozdania (obecny art. 52)⁶⁹ oraz skargi międzypaństwowej do Trybunału strasburskiego (obecny art. 33)⁷⁰. Jak z tego wynika, obowiązek, o którym mówi ust. 3, związany jest z procedurami o charakterze międzynarodowym. Nawet jeśli brak notyfikacji wyklucza możliwość powołania się przez państwo na art. 15⁷¹, a tym samym wpływa na sytuację prawną podmiotów w tym państwie, to nie zmienia to faktu, że nie jest to środek ustanowiony i stosowany w porządku krajowym.

⁶⁹ Por. R. St. J. Macdonald, *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, [w:] *Columbia Journal of Transnational Law* 1997, t. 36, s. 253–256.

⁷⁰ Por. raport Komisji z 10.7.1976 r. w sprawie Cypr p. Turcji, skargi nr 6780/74 oraz 6950/75, *European Human Rights Reports* 1982, nr 4, pkt 526.

⁷¹ Tak L. Garlicki, *Artykuł 15. Uchylenie stosowania zobowiązań w stanie niebezpieczeństwa publicznego*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom 1*, s. 807. Podobnie M. M. El Zeidy, *The ECHR and States of Emergency: Article 15 – A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations*, [w:] *San Diego International Law Journal* 2003, t. 4, s. 299–300. Nieco inaczej widzi to R. St. J. Macdonald. Jego zdaniem, konsekwencje braku notyfikacji zależą od skali naruszenia tego obowiązku – w przypadku niewielkiego naruszenia „nie byłoby prawdopodobnie żadnych konsekwencji dla derogacji”, R. St. J. Macdonald, op. cit., s. 252. Na pewno badanej kwestii nie rozstrzygnęło – jak się niekiedy błędnie sądzi – stanowisko Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Cypr p. Turcji. Komisja powstrzymała się od określenia skutków pogwałcenia obowiązku z ust. 3, uznając jednocześnie, że pozwane państwo nie może się powoływać na art. 15 bowiem nie dokonało w sposób publiczny i formalny aktu derogacji. Uwagi tej nie sposób rozumieć inaczej niż jako odnoszącej się do działań w porządku krajowym, nie zaś międzynarodowym, raport Komisji z 10. 7. 1976 r. w sprawie Cypr p. Turcji ..., pkt 527–528; por. też A.-L. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception: With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-law of the International Monitoring Organs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London 1998, s. 320–321.

2.2.7. Artykuły 4 Protokołu nr 4 oraz 1 Protokołu nr 7

Prócz wspomnianych już przepisów art. 2–4 Protokołu nr 7, rozważenia w analizowanym kontekście wymagają dwie inne regulacje zawarte w protokołach dodatkowych do Konwencji. Mam tu na myśli art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7. Wspominam o nich łącznie bowiem, z jednej strony, dotyczą tego samego zjawiska, tj. wydalania z terytorium umawiających się stron cudzoziemców, z drugiej, te same przesłanki stoją za konkluzją kończącą te rozważania.

Art. 4 Protokołu nr 4 należy do najkrótszych regulacji w systemie Konwencji – „Zbiorowe wydalanie cudzoziemców jest zabronione” – i *prima facie* zdaje się nie mieć nic wspólnego z badaną problematyką. Trybunał rozumie jednak ten zakaz jako dotyczący „każdego środka zmuszającego cudzoziemców jako grupę do opuszczenia kraju, z wyjątkiem środka podjętego na podstawie rozsądnego i obiektywnego zbadania (*reasonable and objective examination*) indywidualnego przypadku każdego cudzoziemca z tej grupy”⁷²; powtarza też, że „fakt, iż pewna liczba cudzoziemców podlega podobnym decyzjom, nie prowadzi samo przez się do wniosku, że jest to zbiorowe wydalanie, jeśli każda z tych osób miała możliwość indywidualnego przedstawienia właściwym władzom argumentów przeciwko swojemu wydaleniu”⁷³. W sprawie *Ēonka* dotyczącej wydalania z Belgii rodziny słowackich Romów, Trybunał stwierdził naruszenie art. 4 Protokołu nr 4 przyznając, że zastosowana wobec skarżących „procedura, nie pozwoliła mu rozwiązać wszystkich wątpliwości co do tego, czy wydalenie nie było zbiorowe”, a następnie, że nie dostarczyła ona „wystarczających gwarancji, dowodzących, że rzeczywiście i indywidualnie uwzględniono osobiste okoliczności każdego z zainteresowanych”⁷⁴. Do podobnych wniosków doszedł on w sprawie *Hirsi Jamaa i inni*, zainicjowanej przez grupę Somalijszczyków i Erytrejszczyków przejętych na pełnym morzu przez okręty włoskie i zawróconych do Libii bez rozpoznania indywidualnej sytuacji każdego z nich⁷⁵.

Jak z tego wynika, „zbiorowość” wydalania nie tyle jest funkcją takiej czy innej charakterystyki grupy cudzoziemców, których ono dotyka, co właściwości procedury, w ramach której zapadła decyzja o wydaleniu⁷⁶. Procedura ta powinna pozwalać na rozważenie sytuacji każdego cudzoziemca z osobna, w tym zapewnić wystarczające gwarancje rzeczywistego i indywi-

⁷² Decyzja z 23.02.1999 r. w sprawie *Andric p. Szwecji*, skarga nr 45917/99, niepubl., pkt 1; wyrok z 5.02.2002 r. w sprawie *Ēonka p. Belgii*, skarga nr 51564/99, ECHR 2002-I, pkt 59; wyrok z 23.02.2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*, skarga nr 27765/09, ECHR 2012, pkt 166; por. też decyzję Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 3.10.1975 r. w sprawie *Hennig Becker p. Danii*, skarga nr 7011/75, DR 4, s. 235.

⁷³ Decyzja z 23.02.1999 r. w sprawie *Andric p. Szwecji* ..., pkt 1; wyrok z 23.02.2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom* ..., pkt 184.

⁷⁴ Wyrok z 5.02.2002 r. w sprawie *Ēonka p. Belgii* ..., pkt 61 i 63.

⁷⁵ Wyrok z 23.02.2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom* ..., pkt 185–186.

⁷⁶ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit. , s. 955.

dualnego uwzględnienia dotyczących ich okoliczności osobistych oraz umożliwić im przedstawienie właściwym władzom argumentów przeciwko wydaleniu. W istocie więc walor uprawnieniowy art. 4 Protokołu nr 4 związany jest z jego wymiarem proceduralnym⁷⁷.

Bez wątplenia, to samo można powiedzieć o walorze uprawnieniowym art. 1 Protokołu nr 7 – co oznajmia jego nagłówek i potwierdza jego treść. Jest to regulacja bardziej złożona niż art. 4 Protokołu nr 4, dotycząca tylko cudzoziemców „legalnie przebywających” na terytorium państwa wydalającego. W ust. 1 przepis wymienia gwarancje proceduralne przysługujące takiemu cudzoziemcowi (wydalenie na podstawie decyzji podjętej zgodnie z prawem, prawo do przedstawienia racji przeciwko wydaleniu, do reprezentacji oraz do rozpatrzenia sprawy), z których co najmniej część wynika też *implicit*e z art. 4 Protokołu nr 4. Ustęp 2 zawiera natomiast wzorzec limitacyjny, którego brakuje temu drugiemu przepisowi, z czego wyciągany jest wniosek, że zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców nie podlega ograniczeniom⁷⁸. Zachowanie spójności obu regulacji wymaga zatem takiej interpretacji ust. 2 art. 1 Protokołu nr 7, która nie pozwoli na ograniczenie gwarancji proceduralnych cudzoziemców legalnie przebywających na terytorium państwa wydalającego poniżej standardu przewidzianego przez art. 4 Protokołu nr 4, chyba że ta ostatnia norma będzie rozumiana jako dopuszczająca ograniczenia dorozumiane (*implied limitations*)⁷⁹. Tak czy inaczej, związek obu przepisów jest oczywisty i zapewne głębszy niż przewidywali to twórcy Protokołu nr 7⁸⁰.

To co każe krytycznie ustosunkować się do klasyfikowania tych unormowań pośród podstaw prawnych gwarancji proceduralnych w przyjętym w tej pracy znaczeniu, nie wiąże się więc z niewystępowaniem w ich przypadku komponentu proceduralnego, nie wiąże się także z utratą przez niego mocy prawnej, co stało się udziałem art. 2 ust. 1 zd. 2 Konwencji. Problem tkwi raczej w tym co jest przedmiotem ochrony rzeczonych gwarancji. Jak zaznaczono we wstępie, jednym z elementów definiujących gwarancje proceduralne jest ochrona uprawnień przewidzianych w systemie Konwencji (w tym innych uprawnień bądź dających się wyodrębnić aspektów tego samego uprawnienia, jeśli sama gwarancja ma charakter uprawnieniowy). Tymcza-

⁷⁷ O „gwarancjach proceduralnych” art. 4 Protokołu nr 4 pisze np. H. Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Human rights files, No. 8 (revised), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007, s. 35.

⁷⁸ Por. A. Wróbel, *Protokół nr 4. Art. 4. Zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 2. Komentarz do art. 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 610.

⁷⁹ O ograniczeniach dorozumianych min.: R. Mizerski, *Test legalności ...*, s. 134–140; B. Gronowska, *Koncepcja ograniczeń domniemanych, a sytuacja prawna i faktyczna osób pozbawionych wolności. Rozważania na tle orzecznictwa strasburskiego* [w:] Probacja 2011, nr 4, s. 74–94.

⁸⁰ Uderzające jest, że sprawozdanie wyjaśniające do Protokołu nr 7 – wskazując inne konwencyjne i pozakonwencyjne standardy chroniące cudzoziemca w obliczu groźby wydalenia – nie wspomina w ogóle o art. 4 Protokołu nr 4, *Explanatory report on Protocol No. 7 ...*, zwił. pkt 6.

sem, w związku z tym, że bez spełnienia wymogów proceduralnych określonych przez Trybunał na podstawie art. 4 Protokołu nr 4 i art. 1 Protokołu nr 7 wydalenie cudzoziemca będzie uznane za sprzeczne z Konwencją, zaś konsekwencją zastosowania wspomnianych przepisów jest w istocie ochrona pobytu cudzoziemców na terytorium państwa-strony tej umowy. System EKPC nie przewiduje jednak prawa cudzoziemca do pozostania na terytorium wybranego przez siebie państwa. Jak niezmiennie podkreśla to Trybunał: „Wysokie Układające się Strony posiadają władzę dyskrecyjną co do decydowania o wydaleniu cudzoziemca pozostającego na ich terytorium (...)”⁸¹. Innymi słowy gwarancje, które wynikają z art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7 i które niewątpliwie mają charakter proceduralny, nie chronią żadnego innego uprawnienia konwencyjnego, ani żadnego innego dającego się wyodrębnić aspektu uprawnieniowego przepisów, które stanowią ich podstawę prawną, a wobec tego nie są gwarancjami proceduralnymi, których dotyczy ten artykuł.

2.2.8. Obowiązki pozytywne

Mimo że krajowe gwarancje proceduralne mają wyraźne normatywne podstawy w przepisach Konwencji i protokołów dodatkowych nr 4 i 7, to uzasadnione wydaje się twierdzenie, że swoje obecne znaczenie w systemie EKPC zawdzięczają przede wszystkim koncepcji obowiązków pozytywnych rozwiniętej w orzecznictwie strasburskim. Koncepcja ta ma pewne oparcie w przepisach (zwłaszcza w art. 1 Konwencji wymagającym od stron tej umowy „zapewnienia” przewidzianych w niej uprawnień), ale ich brzmienie nie było przesądzające dla jej kształtu, co oznacza, że ważniejszą rolę odegrał w tym przypadku „czynnik sędziowski”. Choć Trybunał odżegnuje się od potrzeby rozwijania ogólnej teorii obowiązków pozytywnych⁸², orzecznictwo strasburskie pozwala na ich traktowanie jako jednego – choć niejednolitego wewnątrznie – fenomenu prawnego.

Obowiązki pozytywne definiować trzeba w opozycji do obowiązków negatywnych ciążących na stronach traktatów systemu EKPC. Rozróżnienia tych dwóch kategorii Trybunał dokonał w sprawie *Marckx*, zauważając na gruncie art. 8 Konwencji, że prócz obowiązków negatywnych zakazujących ingerencji państwa w to uprawnienie, jeśli nie odpowiada ona warunkom z ust. 2 art. 8, na państwie ciążyą też obowiązki pozytywne, takie jak obowiązek ustanowienia w systemie prawnym zabezpieczeń umożliwiających integrację dziecka z rodziną⁸³. Innymi słowy, samo powstrzymanie się państw-stron od ingerowania w gwarancje systemu EKPC może okazać się niewystarczające, jeśli Trybunał uzna, że zapewnienie tych gwarancji wymaga podjęcia na ich rzecz

⁸¹ Np. wyrok z 5.10.2006 r. w sprawie *Bolat p. Rosji*, skarga nr 14139/03, ECHR 2006-XI (wyciąg), pkt 81.

⁸² Wyrok z 21.06.1988 r. w sprawie *Plattform „Ärzte Für Das Leben” p. Austrii*, skarga nr 10126/86, A 139, pkt 31.

⁸³ Wyrok z 13.06.1979 r. w sprawie *Marckx p. Belgii*, skarga nr 6833/74, A 31, pkt. 31.

działań pozytywnych. Biorąc zatem pod uwagę sposób realizacji obowiązków pozytywnych, można je sprowadzić do obowiązków legislacyjnych, wymagających wprowadzenia do systemu prawnego odpowiednich regulacji, chroniących konwencyjne prawa i wolności oraz obowiązków związanych ze stosowaniem prawa, nadających praktyczne znaczenie tym gwarancjom. Obowiązki związane ze stosowaniem prawa objęłyby też czynności operacyjne (np. fizyczną ochronę osoby zagrożonej), których konieczność podjęcia może wynikać z bardzo ogólnej podstawy prawnej. Z kolei, ze względu na treść tych obowiązków należałoby wyróżnić obowiązki materialne (np. zapewnienie odpowiednich sankcji karnych) oraz obowiązki o charakterze proceduralnym (np. obowiązek przeprowadzenia śledztwa). W końcu biorąc pod uwagę skutki obowiązków pozytywnych można byłoby wskazać obowiązki odnoszące skutki wobec państwa oraz odnoszące skutki wobec podmiotów prywatnych. W takim podziale gwarancje proceduralne byłyby oczywiście obowiązkami proceduralnymi, zarówno legislacyjnymi, jak i związanymi ze stosowaniem prawa, które mogłyby odnosić skutki wobec władzy publicznej, ale też podmiotów prywatnych.

Jak się zdaje, Trybunał po raz pierwszy odwołał się do obowiązku pozytywnego o charakterze proceduralnym w 1978 r., rozstrzygając spór Irlandii ze Zjednoczonym Królestwem. Orzekł on wówczas, biorąc pod uwagę art. 14 Konwencji i angielskie sformułowanie *shall secure* z jej art. 1, że Konwencja nie tylko zobowiązuje władze państwowe do poszanowania praw i wolności w niej zawartych, ale także wymaga od tych władz, by zapobiegały lub naprawiały skutki (*remedy*) naruszeń tych uprawnień⁸⁴. Następnie wyrokiem w sprawie *McCann p. Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał zapoczątkował kształtowanie strasburskich standardów dotyczących wszczynania i prowadzenia postępowań o charakterze karnym. Idąc śladami Europejskiej Komisji Praw Człowieka uznał on konieczność istnienia skutecznej i urzędowej „procedury badania legalności użycia przez władze państwowe siły, której skutkiem była śmierć człowieka”⁸⁵. Trybunał doszedł do takiego wniosku, powołując się na zasadę efektywności Konwencji oraz obowiązek prawnej ochrony życia ludzkiego (art. 2 ust. 1) w związku z obowiązkiem zapewnienia praw i wolności z art. 1. Kontynuowanie tej linii orzeczniczej doprowadziło do potwierdzania obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa nie tylko w razie nagłej śmierci osoby (art. 2), ale także podejrzenia jej maltretowania (art. 3)⁸⁶, handlu ludźmi (art. 4 ust. 1)⁸⁷, gwałtu (art. 8)⁸⁸, ataku na prasę

⁸⁴ Wyrok z 18.01.1978 r. w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5310/71, A 25, pkt 239.

⁸⁵ Wyrok z 27.09.1995 r. w sprawie *McCann i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 18984/91, A 324, pkt 161.

⁸⁶ Wyrok z 28.10.1998 w sprawie *Assenov i inni p. Bułgarii*, skarga nr 24760/94, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII., pkt 102

⁸⁷ Wyrok z 7.01.2010 r. w sprawie *Rantsev p. Cypru i Rosji*, skarga nr 25965/04, ECHR 2010 (wyciąg), pkt 288.

⁸⁸ Wyrok z 4.12.2003 r. w sprawie *M.C. p. Bułgarii*, skarga nr 39272/98, ECHR 2003 XII, pkt 152–153. Ale w sprawie *P.M. p. Bułgarii* (wyrok z 24. 01. 2012 r., skarga

i dziennikarzy (art. 10)⁸⁹, czy aktu przemocy o rasistowskim podłożu (art. 14 w zw. z art. 2 lub 3)⁹⁰.

Trzeba w tym miejscu zauważyć, że zakres koncepcji obowiązków pozytywnych w tym obowiązków proceduralnych, jest bardzo szeroki i w zasadzie nieograniczony żadnymi strukturalnymi barierami systemu EKPC. Zdaniem P. van Dijka, może być ona zastosowana w kontekście praktycznie wszystkich materialnych postanowień Konwencji i jej protokołów. Wynika to z tego, że wszystkie zagwarantowane w tych dokumentach uprawnienia mogą wymagać od władz podjęcia pewnych pozytywnych środków w celu zapewnienia skutecznego korzystania z nich zarówno w relacji z władzami, jak i innymi podmiotami prywatnymi⁹¹. Co więcej, wprowadzenie do tekstu Konwencji pewnych ewidentnych obowiązków pozytywnych, bez – jak się zdaje – pełnej świadomości ich odrębności w stosunku do obowiązków negatywnych, świadczy o tym, że są one nieodzownym elementem zobowiązań państw w dziedzinie praw człowieka, co jest też argumentem za rozwojem tej koncepcji w orzecznictwie Trybunału.

2.2.9. Testy legalności i konieczności

Test legalności i test konieczności należą – obok koncepcji obowiązków pozytywnych – do najbardziej znaczących przykładów rozwijania standardów konwencyjnych w drodze wykładni orzeczniczej. Oba testy są w sensie funkcjonalnym związane z procesem ograniczania konwencyjnych praw i wolności, formułując warunki ingerencji w te uprawnienia. Ich „kolebką”, środowiskiem, w którym Trybunał rozwinął całość ich treści, są tzw. pełne klauzule limitacyjne. Klauzule te cechuje: opisywanie warunków dopuszczalnej ingerencji za pomocą pojęć otwartych, nie nawiązujących bezpośrednio do treści uprawnienia; stosowalność zarówno w stanach nadzwyczajnych, jak i podczas normalnego funkcjonowania państwa; ograniczanie uprawnień w celu realizacji interesu indywidualnego lub publicznego; w końcu specyficzna budowa. Ta ostatnia obejmuje triadę wymogów stawianych każdej ingerencji: jej zgodność z prawem (test legalności); realizację któregoś z wymienionych

nr 49669/07, niepubl., pkt 58) Trybunał uznał, że wystarczającą podstawą obowiązku prowadzenia skutecznego śledztwa jest w przypadku poważnego przestępstwa przeciwko integralności fizycznej osoby sam art. 3.

⁸⁹ Wyrok z 16.03.2000 r. w sprawie *Özgür Gündem p. Turcji*, skarga nr 23144/93, ECHR 2000-III, pkt 43–46.

⁹⁰ Wyrok z 6.07.2005 r. w sprawie *Nachova i inni p. Bułgarii*, skargi nr 43577/98, 43579/98, ECHR 2005-VII, pkt 161; wyrok z 13.12.2005 r. w sprawie *Bekos i Koutropoulos p. Grecji*, skarga nr 15250/02, ECHR 2005-XIII (wyciąg), pkt 70.

⁹¹ P. van Dijk, *«Positive Obligations» Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the «Masters» of the Convention?*, [w:] M. Castermans-Holleman, F. Van Hoof, J. Smith (red.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations, and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr*, Hague 1998, s. 32. Nie jest to odosobniony punkt widzenia – por. np. A. Campbell, *Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors*, [w:] *The Edinburgh Law Review* 2006, t. 10, nr 3, s. 412.

w danej klauzuli celów prawowitych (test celowości); w końcu jej konieczność w społeczeństwie demokratycznym (test konieczności). Niesprostanie przez państwo–stronę któremuś z tych testów prowadzi do wniosku o niedopuszczalności limitacji.

Pełne klauzule limitacyjne wprowadzono do treści ust. 2 art. 8–11 Konwencji oraz art. 2 ust. 3 Protokołu nr 4. Oprócz nich testy legalności i konieczności są obecne w niepełnych klauzulach limitacyjnych, stanowiących zubożoną – o jeden lub dwa ze wspomnianych testów – wersję klauzul pełnych (m.in. art. 6 ust. 1 zd. 2 Konwencji; art. 1 Protokołu nr 1; art. 2 ust. 4 Protokołu nr 4; art. 1 ust. 2, art. 5 zd. 2 Protokół nr 7). Co więcej, są one także wpisana *expressis verbis* lub wyinterpretowaną częścią innych mechanizmów ograniczających prawa człowieka w systemie EKPC. Mam tu na myśli: klauzulę derogacyjną, pozwalającą w stanach nadzwyczajnych ingerować w substancję chronioną w celu ochrony dobra wspólnego (art. 15 Konwencji); ograniczenia definicyjne, wyłączające spod ochrony konkretne sytuacje faktyczne bądź prawne, mieszczące się w hipotezie danej normy (m.in. art. 2 ust. 1 zd. 2 oraz ust. 2 a–c; art. 15 ust. 2 w zakresie śmierci osoby będącej wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych; art. 4 ust. 3 a–d; art. 5 ust. 1 a–f; art. 10 ust. 1 zd. 3; z art. 16 – ograniczenie wolności ekspresji, wolności zgromadzeń i zrzeszania się oraz zakazu dyskryminacji w zakresie działalności politycznej cudzoziemców; art. 2 zd. 1 Protokołu nr 6; art. 2 ust. 2 Protokołu nr 7; art. 4 ust. 2 Protokołu nr 7); ograniczenia dorozumiane, nie zaznaczone w tekście przepisów, ale wrodzone w uprawnienia (m.in. prawo do sądu z art. 6 ust. 1; prawo do głosowania oraz prawo do kandydowania do ciała ustawodawczego z art. 3 Protokołu nr 1). Co więcej, bliższa analiza stosowania konwencyjnych mechanizmów ograniczających w praktyce orzeczniczej Trybunału strasburskiego prowadzi do wniosku, że w zasadzie we wszystkich przypadkach kiedy do takiego ograniczenia dochodzi, przeprowadzona jest – niekiedy wbrew językowej podstawie – jakaś forma testów legalności, celowości i konieczności.

Wyjaśnienie związków krajowych gwarancji proceduralnych z testem legalności i konieczności wymaga krótkiego scharakteryzowania każdego z nich. I tak, istotą testu legalności jest badanie, czy państwo-strona postępuje zgodnie z prawem, do którego odsyła – co najmniej w sposób dorozumiały – Konwencja. W takim przypadku przestrzeganie prawa, do którego Konwencja odsyła, staje się integralną częścią zobowiązań państwa na gruncie EKPC i podlega kontroli Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁹². Wchodzi tu w grę przestrzeganie prawa materialnego, ale również ustanowionych w krajowym porządku prawnym procedur. Tym samym, ujawnia się pierwszy aspekt proceduralny testu legalności, związany z koniecznością stosowania gwarancji proceduralnych przewidzianych w prawie krajowym, ale niekoniecznie będących realizacją zobowiązań konwencyjnych.

⁹² Por. np. decyzję Trybunału z 9.07.2002 r. w sprawie *P. K. p. Finlandii*, skarga nr 37442/97, niepubl.

Asumpt do podjęcia, a następnie zgłębiania w orzecznictwie tego zagadnienia dawały liczne przepisy systemu EKPC nakazujące państwu–stronie – zwykle w wyraźnie zaznaczonym kontekście ograniczenia uprawnienia – działanie „w trybie ustalonym przez prawo” (art. 5 ust. 1 zd. 2), „zgodne z prawem” (np. art. 5 ust. 1 a-e), „przewidziane przez prawo”⁹³ (np. art. 8 ust. 2), „zgodne z prawami krajowymi”⁹⁴ (art. 12) itp. Początkowo podejście organów strasburskich do tego wymogu miało charakter zachowawczy i sprowadzało się do ustalenia istnienia podstawy prawnej działań państwa bez jakiegokolwiek głębszej analizy⁹⁵. Ten stan rzeczy przełamał wyrok w sprawie *Sunday Times*⁹⁶, w którym Trybunał po raz pierwszy sformułował wymogi jakościowe, jakie spełniać powinno prawo będące podstawą ingerencji w uprawnienie, tj. dostępność i przewidywalność. Innymi słowy, sprawdzając, czy ingerencja w uprawnienie odpowiada standardowi legalności Trybunał bada, po pierwsze, czy ma ona w ogóle jakąkolwiek podstawę w danym porządku prawnym, a następnie analizuje tę podstawę pod kątem jej dostępności czyli możliwości uzyskania wystarczającej informacji na temat norm prawnych mających zastosowanie w określonej sytuacji oraz jej przewidywalności, czyli możliwości przewidzenia w rozsądnym zakresie, konsekwencji, które może pociągnąć za sobą podjęte działanie⁹⁷. Oba wspomniane wymogi jakościowe (dostępność i przewidywalność) mogą znaleźć zastosowanie także w stosunku do norm proceduralnych.

Ten standard jakości prawa, na podstawie którego dochodzi do ingerencji w uprawnienie został uzupełniony w wyroku *Silver* o warunek zapewnienia czegoś, co określam mianem efektywnego środka kontroli (Trybunał posłużył się określeniem *some form of safeguards*)⁹⁸. Chodzi o środek uzyskujący znaczenie zwłaszcza wtedy, gdy prawo pozostawia organom władzy publicznej szeroki margines swobody; środek, który polega na poddaniu ich działań niezależnej kontroli, a tym samym zabezpiecza jednostkę przed arbitralnością z ich strony. Efektywny środek kontroli oznaczać musi zatem istnienie stosownych instytucjonalnych i proceduralnych zabezpieczeń w porządku krajowym, które należy kojarzyć z gwarancjami proceduralnymi praw człowieka. Trybunał wyinterpretował go w tej sprawie z zasady rządów prawa, ale z powołaniem się na wcześniejszy wyrok w sporze *Klass i inni p. Niemcom*⁹⁹, który zapadł na tle warunku konieczności rozważanego w kontekście ingerencji w prawo do prywatności (art. 8 ust. 2 Konwencji).

⁹³ W oficjalny przekładzie „przewidziane przez ustawę”.

⁹⁴ W oficjalnym przekładzie „zgodne z ustawami krajowymi”.

⁹⁵ Szerzej na ten temat R. Mizerski, *Test legalności ...*, s. 168–169.

⁹⁶ Wyrok Trybunału z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times p. Zjednoczonemu Królestwu (1)*, skarga nr 6538/74, A 30.

⁹⁷ Wyrok Trybunału z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times p. Zjednoczonemu Królestwu (1)* ..., pkt 49.

⁹⁸ Wyrok z 25.03.1983 r., w sprawie *Silver i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, A 61, pkt 90.

⁹⁹ Wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom*, skarga nr 5029/71, A 28.

Przejdźmy wobec tego do testu konieczności, który jest najbardziej wartościującym etapem rozstrzygnięcia o dopuszczalności ingerencji. W jego ramach organ kontrolny musi zająć stanowisko co do tego, czy zgodna z prawem i realizująca cel prawowity ingerencja była także konieczna, a to wymaga wyważenia konkurujących dóbr: z jednej strony, ograniczanego uprawnienia; z drugiej, realizowanego celu prawowitego. W tym kontekście, Trybunał bada, po pierwsze, czy za ingerencją stała „pilna potrzeba społeczna” odpowiadająca któremuś z celów prawowitych. Wymaga to skonkretyzowania przyczyn ograniczenia uprawnienia i ustalenia, czy znajdują one uzasadnienie w wartościach i prawidłowym funkcjonowaniu społeczeństwa demokratycznego, a przynajmniej nie kolidują z nimi, tj. mieszczą się w tzw. marginesie oceny, czyli pewnej swobodzie implementacyjnej, pozostawionej państwom–stronom Konwencji¹⁰⁰. W drugiej kolejności znajduje zastosowanie wymóg proporcjonalności, który jest swoistym standardem minimalnym konieczności ingerencji także poza klauzulami limitacyjnymi. Jego zadaniem jest ustalenie, czy ingerencja w uprawnienie była proporcjonalna w stosunku do celu prawowitego, któremu miała służyć, uwzględniając takie okoliczności, jak natura naruszonego uprawnienia, status ofiary naruszenia, zakres i środki ingerencji czy charakter chronionego dobra publicznego¹⁰¹. Stwierdzenie braku konieczności ingerencji może wynikać także z faktu, że powody przytoczone przez władze krajowe dla jej uzasadnienia nie były istotne i wystarczające¹⁰². „Wystarczalność” powodów ingerencji dotyka bezpośrednio kwestii jej proporcjonalności w stosunku do realizowanych celów prawowitych¹⁰³. Z kolei „istotność” należałoby raczej wiązać z pilną potrzebą społeczną, jeśli nie wręcz z testem celowości¹⁰⁴. Często jednak Trybunał traktuje

¹⁰⁰ R. Mizerski, *Krytyka wymiaru sprawiedliwości w interesie publicznym: Kudeshkina p. Rosji*, [w:] *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego* 2012, nr 1, s. 102–103. I. C. Kamiński, w kontekście art. 10 EKPC, wiąże pilną potrzebę społeczną ze „zobiektywizowanymi racjami ogólnymi”, *Ograniczenie swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 62.

¹⁰¹ Por. np. decyzję Komisji z 5.05.1979 r., w sprawie *X i Kościół Scjentologiczny p. Szwecji*, skarga nr 7805/77, *Decisions and Reports* 16/68; wyrok z 26.10.1995 r. w sprawie *Vogt p. Niemcom*, skarga nr 17851/91, A 323, pkt 53, 60–61; wyrok z 31.07.2001 r. w sprawie *Refah Partisi i inni p. Turcji*, skarg nr 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, niepubl., pkt 43–53 oraz 82–83.

¹⁰² Wyrok z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times p. Zjednoczonemu Królestwu ...*, pkt 59 i 62.

¹⁰³ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, op. cit., s. 341 oraz L. Garlicki, *Artykuł 8. Prawo do prywatności*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 490. W charakterystyce proponowanej przez I. C. Kamińskiego przesłanka istotności i wystarczalności powodów uzasadniających ingerencję dotyczy „zobiektywizowanych racji indywidualnych”, op. cit., s. 62. Natomiast zdaniem J. Christoffersena wszystkie wspomniane tu wymogi stawiane przed ingerencją, która ma być uznana za konieczną, tj. pilna potrzeba społeczna, proporcjonalność środków ingerencji oraz istotność i wystarczalność powodów ją uzasadniających współformują zasadę proporcjonalności, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Hague 2009, s. 254.

¹⁰⁴ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 341.

istotność i wystarczalność integralnie, bez wdawania się w precyzowanie powodów, które zdecydowały o spełnieniu bądź nie każdego z tych wymogów z osobna.

Oceniając konieczność ingerencji Trybunał sięga czasami i po inne kryteria, które pozostają jednak w bliższej czy dalszej relacji z wymienionymi powyżej¹⁰⁵. Okazuje się, że także efektywny środek kontroli występuje w teście konieczności poza tym paradygmatem¹⁰⁶. Wynika to zapewne z faktu, że precedensowy dla konceptu efektywnego środka kontroli wyrok *Klass* zapadł zanim wspomniany paradygmat zdążył się ukształtować, a Trybunał jest niechętny do podjęcia teoretycznego wysiłku przystosowania go do tego paradygmatu.

We wspomnianym wyroku Trybunał rozpatrywał zarzut naruszenia prawa do prywatności (art. 8) w związku z regulacjami ustawowymi zezwalającymi na przeglądanie korespondencji oraz podsłuchiwanie i nagrywanie rozmów telefonicznych. Stwierdziwszy, że okoliczności sprawy potwierdzają, iż doszło do ingerencji w to uprawnienie, musiał on dokonać oceny, czy była to ingerencja dopuszczalna z punktu widzenia ust. 2 art. 8. Bez szczególnego wgłębiania się w materię tego zagadnienia Trybunał ustalił, że dochowano zarówno warunku legalności, jak i celowości ingerencji¹⁰⁷. Rozstrzygnięcie sporu zależało zatem od wyniku testu konieczności. W jego ramach Trybunał, powołując się na zasadę rządów prawa, stwierdził m.in, że „ingerencja władz wykonawczych w prawa indywidualne powinna być poddana efektywnej kontroli (*effective control*), którą normalnie zapewnić powinno sądownictwo, przynajmniej w ostatniej instancji, jako że kontrola sądowa oferuje najlepsze gwarancje niezależności, bezstronności i odpowiednią procedurę”¹⁰⁸.

Zarówno wyrok w sprawie *Klass*, jak i wyrok w sprawie *Silver* zapadły na gruncie prawa do prywatności (art. 8 Konwencji), które nadal pozostaje głównym obszarem działania efektywnego środka kontroli. Dzieje się tak, ponieważ Trybunał odwołuje się do tego środka w zetknięciu ze szczególnym zagrożeniem arbitralnymi działaniami państwa, zwłaszcza gdy jego służby prowadzą działania inwigilacyjne (podsłuch, przechwytywanie korespondencji), a zatem godzące w prywatność człowieka¹⁰⁹. O ile jednak wydaje się, że

¹⁰⁵ Np. na tle art. 10 Konwencji Trybunał odwołuje się również do wymogu zachowania właściwej równowagi między wchodzącymi w kolizję interesami czy bardzo ogólnego obowiązku zastosowania przez władze krajowe standardów ucieleśnionych w art. 10 Konwencji i jego orzecznictwie; por. odpowiednio wyrok z 25.03.1985 r. w sprawie *Barthold p. Niemcom*, skarga nr 8734/79, A 90, pkt 58 oraz wyrok z 18.03.2008 r. w sprawie *Kuliš p. Polsee*, skarga nr 15601/02, niepubl., pkt 54.

¹⁰⁶ Por. wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom ...*, pkt 46–60; wyrok z 24.08.1998 r. w sprawie *Lambert p. Francji*, skarga nr 23618/94, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, pkt 74–78; wyrok z 29.03.2005 r. w sprawie *Matheron p. Francji*, skarga nr 57752/00, niepubl., pkt 34–44; wyrok z 10.04.2007 r. w sprawie *Panarisi p. Włochom*, skarga nr 46794/99, niepubl., pkt 74–78.

¹⁰⁷ Wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom ...*, pkt 41–46.

¹⁰⁸ Ibidem, pkt 55.

¹⁰⁹ Wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom ...*; wyrok z 25.03.1983 r. w sprawie *Silver i inni p. Zjednoczonemu Królestwu ...*; wyrok z 24.08.1998 r. w sprawie *Lambert p. Francji ...*; wyrok z 4.05.2000 r. w sprawie *Rotaru p. Rumunii*, skarga

w kontekście testu konieczności efektywny środek kontroli nie przekroczył w orzecznictwie granic art. 8, to inaczej rzecz się przedstawia z jego odpowiednikiem, współformującym warunek legalności ingerencji, który zdążył już odegrać rolę na gruncie art. 5 ust. 1¹¹⁰, art. 9¹¹¹ oraz art. 10 Konwencji¹¹², a także art. 1 Protokołu nr 1¹¹³, art. 2 Protokołu nr 4¹¹⁴ oraz art. 1 Protokołu nr 7¹¹⁵.

Dualizm podstaw prawnych efektywnego środka kontroli nie jest tylko wspomnieniem przeszłości, przeciwnie, podtrzymywany jest nadal w orzecznictwie Trybunału odwołującego się do niego raz w kontekście testu legalności, raz – testu konieczności. Niemniej, w sporze *Kvasnica p. Słowacji*, Trybunał postanowił rozważyć jego istnienie, rozpatrując łącznie zagadnienie legalności i konieczności ingerencji w prawo do prywatności¹¹⁶. Warto więc zauważyć, że lepszym orzecznictwym wehikułem dla koncepcji efektywnego środka kontroli wydaje się być test legalności. Po pierwsze, jest on ucieleśnieniem zasady rządów prawa, z której Trybunał wyczytał potrzebę istnienia takiej proceduralnej ochrony – czego mimo wszystko o teście konieczności powiedzieć się nie da. Po drugie, efektywny środek kontroli wpisuje się bezkonfliktowo w *modus operandi* testu legalności, podczas gdy w strukturze testu konieczności wydaje się elementem obcym.

2.2.10. Podsumowanie

Przeprowadzone badanie prowadzi do wniosku, że wśród obowiązujących i pierwotnych podstaw prawnych krajowych gwarancji praw człowieka chronionych w systemie EKPC, które cechuje samoistność w stosunku do procedur międzynarodowych, wymienić należy art. 5, art. 6, art. 7 i art. 13 Konwencji oraz art. 2, art. 3 i art. 4 Protokołu nr 7, a ponadto będące faktycznymi podstawami prawnymi koncepcje orzecznicze obowiązków pozytywnych, testu legalności i testu konieczności.

nr 28341/95, ECHR 2000-V; wyrok z 29.03.2005 r. w sprawie *Matheron p. Francji*, ...; wyrok z 2.11.2006 r. w sprawie *Volokhy p. Ukrainie*, skarga nr 23543/02, niepubl.; wyrok z 10.04.2007 r. w sprawie *Panarisi p. Włochom*, skarga nr 46794/99, niepubl.

¹¹⁰ Wyrok z 5.10.2004 r. w sprawie *H.L. p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 45508/99, ECHR 2004-IX, pkt 119–124; por też wyrok z 13.07.2010 r. *Ahmed p. Rumunii*, skarga nr 34621/03, niepubl., pkt 33; w sprawie tej Trybunał połączył w istocie wątek przewidywalności z istnieniem efektywnego środka kontroli.

¹¹¹ Wyrok Trybunału z 26.10.2000 r. w sprawie *Hasan i Chaush p. Bułgarii*, skarga nr 30985/96, Reports of Judgments and Decisions 2000-XI, pkt 85.

¹¹² Wyrok z 9.02.1995 r. w sprawie *Vereniging Weekblad Bluf! p. Holandii*, skarga nr 16616/90, A 306-A, pkt 32.

¹¹³ Wyrok z 24.11.2005 r. w sprawie *Capital Bank AD p. Bułgarii*, skarga nr 49429/99, ECHR 2005-XII (wyciąg), pkt 134.

¹¹⁴ Wyrok z 25.01.2007 r. w sprawie *Sissanis p. Rumunii*, skarga nr 23468/02, niepubl., pkt 70.

¹¹⁵ Wyrok z 13.07.2010 r. *Ahmed p. Rumunii* ..., pkt 52.

¹¹⁶ Wyrok z 9.06.2009 r. w sprawie *Kvasnica p. Słowacji*, skarga nr 72094/01, niepubl., pkt 84.

3. Przyczyny wielości podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych

Jeżeli różne przepisy tego samego aktu prawnego regulują w odrębny sposób tożsamą w swej istocie instytucję prawną, to punktem wyjścia przy wyjaśnianiu przyczyn tego stanu rzeczy powinno być założenie racjonalnego działania prawodawcy. W tym wypadku oznacza to założenie świadomego różnicowania zakresu i pożądanego poziomu proceduralnej ochrony różnych gwarancji materialnych praw człowieka.

Przypatrując się temu zagadnienie z poziomu samego tekstu Konwencji nieobrosłego orzecznictwem, który zdaje się najlepiej ujawniać pierwotną wolę prawodawcy, zauważamy w pierwszej kolejności, że niektóre procedury mają charakter sądowy bądź *quasi-sądowy*, a inne o takim charakterze nie przesadzają. O sędziwie jako elemencie wymagań proceduralnych mówi art. 2 ust. 1 w związku z nakładaniem kary śmierci, art. 5 ust. 1a w związku z pozbawieniem wolności w wyniku skazania za przestępstwo, art. 5 ust. 4 w związku z badaniem legalności pozbawienia wolności, art. 6 ust. 1 Konwencji w związku z rozstrzygnięciem o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym oraz o zasadności oskarżenia w sprawie karnej, a także art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 w związku z kontrolą instancyjną orzeczeń w sprawach karnych¹¹⁷. Kiedy więc w art. 5 ust. 3 Konwencji ocenę legalności detencji osób podejrzanych o popełnienie czynu zabronionego lub zamiar jego popełnienia powierzono nie sądowi lecz „sędziemu lub innemu urzędnikowi uprawnionemu na mocy prawa¹¹⁸ do wykonywania władzy sądowej” to nie stało się to przez przypadek lecz, by nie gubiąc istoty tej gwarancji, uelastyczyć ją na tyle, żeby możliwe było pogodzenie z nią różnych wariantów procedury stosowania aresztu, obowiązujących w porządkach prawnych stron Konwencji¹¹⁹. Jeszcze większą swobodę pozostawia państwom art. 13 EKPC, który posługuje się pojęciem „władzy państwowej”¹²⁰. Biorąc jednak pod uwagę, że w przepisie tym chodzi o środek odwoławczy, który ma służyć w przypadku naruszenia wszelkich konwencyjnych praw i wolności – a więc znajdować zastosowanie w bardzo szerokim spektrum stanów faktycznych – a także pamiętając, że w czasie tworzenia Konwencji praktyka międzynarodowa i krajowa związana z funkcjonowaniem tego typu instytucji była ograniczona¹²¹ i nie oferowała

¹¹⁷ Nie uwzględniłem w tym zestawieniu art. 5 ust. 1b pozwalającego na zatrzymanie lub aresztowanie osoby, która „nie podporządkowała się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu” ponieważ w tym przypadku „orzeczenie sądu” nie ma charakteru gwarancji proceduralnej.

¹¹⁸ W przekładzie oficjalnym: „uprawnionemu przez ustawę”.

¹¹⁹ Por. J. Murdoch, *The treatment of prisoners. European standards*. Council of Europe Publishing, Strasbourg 2006, s. 157.

¹²⁰ W przekładzie oficjalnym: „właściwy organ państwowy”.

¹²¹ Por. S. B. Starr, *The Right to an Effective Remedy: Balancing Realism and Aspirations*, [w:] M. A. Baderin, M. Ssenyonjo, *International Human Rights Law. Six Decades after the UDHR and Beyond*, Ashgate, Farnham – Burlington 2010, s. 478–479.

wystarczająco pewnego wzorca, takie rozwiązanie wydaje się zabiegiem zrozumiałym i celowym. Te same okoliczności tłumaczą wstrzemięźliwość art. 13 w precyzowaniu innych elementów oferowanego przez niego środka prawnego, co jest uderzające, gdy zestawimy go z art. 5 czy 6 EKPC¹²².

Świadomym wyborem prawodawcy, choć nieco innego rodzaju niż opisane powyżej, są też art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7. Prawo do odwołania w sprawach karnych, odszkodowanie za niesłuszne skazanie oraz zakaz ponownego sądenia i karania mogłyby z powodzeniem stać się częścią prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 Konwencji), jak stało się to w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych¹²³. Wówczas wymagałoby to jednak zgody wszystkich układających się państw, a jak pokazuje obecny stan ratyfikacji Protokołu nr 7, czterech spośród dwunastu¹²⁴ pierwotnych sygnatariuszy Konwencji wciąż nie jest jego stronami¹²⁵. Oddzielne uregulowanie wspomnianych uprawnień wpisuje się zresztą w charakterystykę Konwencji, będącej z założenia instrumentem selektywnej ochrony praw człowieka¹²⁶.

Z drugiej strony, świadomy wybór prawodawcy wydaje się nieprzekonującym wyjaśnieniem dla innych różnic w obszarze gwarancji proceduralnych. Nasuwa się np. pytanie o przyczynę otoczenia szczególną proceduralną ochroną prawa do wolności (art. 5 ust. 2-5) w braku analogicznych regulacji związanych z innymi nie mniej ważnymi – a wręcz przeciwnie – uprawnieniami. Autorzy zwracają przy tym uwagę na wyjątkowe, a przez to kontrolersyjne, rozwiązanie ust. 5 tego artykułu, przewidujące prawo do odszkodowania za niezgodne z Konwencją pozbawienie wolności¹²⁷. Do systemu

¹²² Racjonalne uzasadnienie znajduje także wyraźnie niższy niż przewidziany w art. 5 i 6 Konwencji poziom ochrony proceduralnej cudzoziemca poddanego procedurze ekspulsji (art. 1 Protokołu nr 7). Przepis ten co prawda został zdyskwalifikowany jako podstawa prawna gwarancji proceduralnych, ale nie z powodu kwestionowania jego proceduralnego i krajowego wymiaru. O brzmieniu art. 1 Protokołu nr 7 zdecydowała wola pozostawienia państwom tradycyjnie szerokiego zakresu swobody w decydowaniu o dostępie do swego terytorium cudzoziemców i apatrydów.

¹²³ Art. 14, Dz.U. z. 1977 r., nr 38, poz. 167.

¹²⁴ Nie licząc Kraju Saary.

¹²⁵ Stan na 1.03.2013 r. Holandia, Niemcy, Turcja i Wielka Brytania, Council of Europe. Treaty Office, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=29/04/2013&CL=ENG>; problemem zdaje się tu być sposób uregulowania zakazu *ne bis in idem*, por. opinię rzecznika generalnego Cruza Villalóna z 12.06.2012 r. w sprawie *Åklagaren p. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 pkt 72–72.

¹²⁶ Jak wynika z preambuły EKPC jest ona „pierwszym krokiem w celu zbiorowego zagwarantowania n i e k t ó r y c h praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”. Komplementarnie do tego stwierdzenia preambuła Protokołu nr 7 określa przyjęcie tej umowy jako podjęcie „dalszych kroków w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw i wolności”.

¹²⁷ Jeśli art. 5 ust. 5 miałyby w zamierzony sposób czynić realną różnicę w zakresie gwarancji proceduralnych otaczających konwencyjne uprawnienia poprzez „uprzywilejowanie” jednego z nich – prawa do wolności, to jakie *ratio legis* za tym stoi? Dlaczego naruszenie innych praw i wolności nie miałyby nakładać na państwo obowiązku zagwarantowania ofierze lub jej bliskim prawa do odszkodowania? W literaturze wskazuje się w tym kontekście

EKPC podobną instytucję – prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie – wprowadza jeszcze tylko art. 3 Protokołu nr 7. Można też zapytać, dlaczego „sąd”, o którym mówi art. 2 ust. 1, art. 5 ust. 1a, art. 5 ust. 4, art. 6 ust. 1 Konwencji, a także art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 tylko w tym przedostatnim przypadku określany jest jako „niezależny” i „bezzstronny” – wątpliwe, by stał za tym zamysł różnicowania poziomów gwarancji w tym zakresie¹²⁸. Zastanawia także szczegółowe uregulowanie uprawnień, z których korzysta oskarżony w procesie karnym (art. 6 ust. 2 i 3) w zestawieniu z nieuregulowaniem gwarancji osoby aresztowanej pod zarzutem popełnienia czynu zabronionego lub zamiarem jego popełnienia (art. 5 ust. 3). Nie inaczej jest z warunkowaniem ingerencji w prawo do wolności dotrzymaniem „trybu przewidzianego przez prawo” (art. 5 ust. 1), podczas gdy w przypadku ingerencji w inne uprawnienia formułuje się jedynie generalny obowiązek jej zgodności z prawem¹²⁹.

Wydaje się zatem, że pewne znaczenie w kształtowaniu się tej proceduralnej polifonii mogło mieć również ujmowanie niektórych uprawnień jako tradycyjnie obejmujących gwarancje proceduralne, czy też odwoływanie się do utrwalonych i w miarę jednolitych wzorców krajowych – jeśli takowe istniały w porządkach prawnych układających się stron – i przenoszenie ich na grunt traktatowy bez uwzględniania perspektywy całej Konwencji, tj. konsekwencji odrębności takich gwarancji w stosunku do innych (*argumentum a contrario*).

Wpływ tradycji jest szczególnie wyczuwalny w przypadku prawa do wolności, które swój ostateczny, konwencyjny kształt zawdzięcza propozycji zgłoszonej przez Brytyjczyków¹³⁰. Propozycja ta nawiązuje m.in. do dziedzictwa

wolność od tortur jako jaskrawy przykład uprawnienia, którego naruszenie może nieść ze sobą poważniejsze skutki niż naruszenie prawa do wolności, a z którym Konwencja nie wiąże *expressis verbis* prawa do odszkodowania (nie wiąże zresztą żadnych innych krajowych gwarancji proceduralnych prócz generalnego prawa do skutecznego środka odwoławczego z art. 13); por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, op. cit., s. 508; D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 197; S. Trechsel, op. cit., s. 496. Innym jaskrawym przykładem może być wolność od niewolnictwa i poddaństwa oraz pracy przymusowej i obowiązkowej, której pogwałcenie może pociągać za sobą pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5. W takim przypadku sąd krajowy mógłby w zgodzie z Konwencją ograniczyć się do wynagrodzenia tylko szkody i krzywdy związanej bezpośrednio z pozbawieniem wolności, pomijając szkody i krzywdy wynikłe z innych praktyk sprzecznych z art. 4, mimo że te naruszenia byłyby ze sobą ściśle powiązane.

¹²⁸ Tak też interpretuje to Trybunał Strasburski, dla którego niezależność i bezstronność są immanentnymi cechami sądu; por. wyrok z 23.06.1981 r. w sprawie *Le Compte, Van Leuven i De Meyere p. Belgii*, skargi nr 6878/75 i 7238/75, A 43, pkt 78.

¹²⁹ Także art. 4 Protokołu nr 7 w kontekście zakazu *ne bis in idem* wymaga dla zaktualizowania się tej gwarancji „zgodnego z prawem i procedurą karną” uprzedniego uniewinnienia bądź skazania (ust. 1), uzależniając możliwość wznowienia postępowania karnego po zapadnięciu ostatecznego wyroku od tego, by nastąpiło to „w zgodzie z prawem i procedurą karną” (ust. 2).

¹³⁰ Propozycja brytyjska pojawiła się na etapie prac w Komitecie Ekspertów, powołanym przez Komitet Ministrów Rady Europy i oparta była na projekcie przedstawionym przez Wielką Brytanię w związku z opracowywaniem w ramach ONZ paktu praw człowieka.

habeas corpus – sądowej kontroli legalności detencji – instytucji o długiej, sięgającej poza rok 1215 i Wielką Kartę Wolności, historii¹³¹. Choć jej początki wiążą się z zapewnieniem obecności przed sądem pozwanego w sporze cywilnym¹³², *habeas corpus* przekształciło się z czasem w jedną z najistotniejszych gwarancji praw podmiotowych. W tym procesie szczególne miejsce zajmuje *Habeas Corpus Act* z 1679 r., który skodyfikował tę instytucję¹³³. Z czasem gwarancja *habeas corpus* zaczęła oddziaływać na inne systemy prawa krajowego i prawo międzynarodowe¹³⁴. To, że z perspektywy różnych traktatów praw człowieka możemy mówić o *consensusie* opinii międzynarodowej w odniesieniu do sfery gwarancyjnej wolności osobistej¹³⁵ – nie tylko ściśle rozumianego *habeas corpus* – jest w dużym stopniu konsekwencją wcześniejszego wniknięcia tych gwarancji w tradycję prawną wielu państw świata, w tym państw europejskich.

Nieprzypadkowa wydaje się też obecność gwarancji proceduralnej w art. 2 ust. 1 zd. 2 Konwencji, dopuszczającym stosowanie kary śmierci. Już na etapie opracowywania omawianej umowy musiało być oczywiste i niekontrolowersyjne, że ze względu na szczególność chronionego w tym przepisie dobra i nieodwracalność skutków kary zasadniczej, jej nałożeniu musi towarzyszyć ochrona sądowa. Gdy więc Brytyjczycy zaproponowali uściślenie przedmiotu i zakresu konwencyjnych zobowiązań, zakazowi umyślnego pozbawiania

Przyświecał jej zamysł możliwie precyzyjnego określenia przedmiotu i zakresu zobowiązań wynikających z przyszłej konwencji, w tym prawa do wolności. Konkurował z nią projekt wspierany przez Belgów, Francuzów i Włochów, który powielał zasadniczo model umowy zaakceptowany wstępnie przez Zgromadzenie Konsultatywne, w którym to uprawnienia traktowane były hasłowo. Artykuł 2 ust. 3 pkt a tego ostatniego projektu mówił jedynie o zakazie arbitralnego pozbawienia wolności. Por. oba warianty prawa do wolności, *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights* (drugi tyt. w jęz. fr.), Martinus Nijhoff Publisher 1975–1985, vol. IV, s. 52–53 oraz 58–61. Przyjęta w maju 1948 r. – a zatem poprzedzająca Powszechną Deklarację Praw Człowieka – Amerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka, zakazywała w art. XXV pozbawiania człowieka wolności, „chyba że zgodnie z procedurą ustanowioną przez uprzednio istniejące prawo”, a każdej osobie pozbawionej wolności gwarantowała m.in. prawo do bezwzględnej, sądowej kontroli legalności detencji oraz prawo do osądzenia bez zbędnej zwłoki lub uwolnienia, tekst angielski [w:] T. van Banning, M. Sepúlveda, G. D. Gudmundsdottir, Ch. Chamoun, *Human Rights Instruments*, University for Peace 2004.

¹³¹ Por. L. W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press 1999, s. 44 i 50.

¹³² Por. J. Farbey, R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford University Press 2011, s. 2.

¹³³ Ustawa ta określała m.in. terminy na doprowadzenie pozbawionego wolności przed oblicze sędziego (pkt II) i konsekwencje, jakie powinni ponieść urzędnicy, którzy je naruszają (pkt V), tekst *Habeas Corpus Act*, [w:] E. Reich, *Select Documents Illustrating Medieval and Modern History*, London 1905.

¹³⁴ Na ten temat por. B. Farrell, *From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law*, „Michigan State Journal of International Law” 2008–2009, t. 17, nr 3, zwł. s. 556–562; por. też K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, PWN, Warszawa 1989, s. 367. W trakcie prac nad art. 9 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych odnoszącym się do gwarancji analogicznej do art. 5 Konwencji, dyskutowano nawet możliwość użycia w tym przepisie zwrotu *habeas corpus*, co ostatecznie zostało odrzucone, por. S. Trechsel, op. cit. s. 463.

¹³⁵ B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste ...*, s. 79.

życia zaczął towarzyszyć wyjątek pozwalający państwom, w których kara zasadnicza jest zgodna z prawem, na „wykonanie tej kary zgodnie z wyrokiem sądu”¹³⁶, co w nieco zmodyfikowanej postaci trafiło do ostatecznego tekstu EKPC.

Wpływ tradycji *common law*, „która zawsze przywiązywała szczególne znaczenie dla gwarancji proceduralnych”, można dostrzec też w rozbudowanej regulacji prawa do rzetelnego procesu¹³⁷. Chodzi tu o ust. 3 obecnego art. 6, wymieniający gwarancje oskarżonego w procesie karnym, który nie miał swego odpowiednika w konkurencyjnej propozycji państw kontynentalnych¹³⁸.

Trzeciego z zasadniczych czynników odpowiedzialnych za opisywane zjawisko szukać należy w działalności orzeczniczej organów strasburskich, motywowanej w szczególności potrzebą uczynienia z Konwencji instrumentu skutecznego oraz stojącego na straży zasady rządów prawa.

Już na wczesnym etapie funkcjonowania systemu EKPC Trybunał charakteryzował Konwencję jako traktat mający na celu zapewnienie praw praktycznych i skutecznych, nie zaś teoretycznych czy iluzorycznych¹³⁹. Takie stanowisko tworzyło korzystny grunt dla rozwijania koncepcji gwarancji proceduralnych, tak w ich aspekcie horyzontalnym (poszerzanie podstaw prawnych), jak i wertykalnym (pogłębianie wymogów). Jak to przyznała Wielka Izba Trybunału w sporze *Ýlhan p. Turcji*: „Zobowiązania proceduralne były wywodzone na gruncie Konwencji w różnych kontekstach, wówczas gdy było to postrzegane jako konieczne do zapewnienia, by prawa zagwarantowane w Konwencji były nie teoretyczne czy iluzoryczne, lecz praktyczne i skuteczne”¹⁴⁰. Na przykład w sprawie *McCann i inni*, z powołaniem się m.in. na zasadę skuteczności, Trybunał wywiódł z art 2 Konwencji „procedurę badania legalności użycia przez władze państwowe śmiertelnej siły”¹⁴¹. Można podać także szereg przykładów na wertykalne oddziaływanie zasady skuteczności – gdy w obliczu jej obowiązywania Trybunał dochodzi do wniosku, że już istniejąca gwarancja proceduralna rodzi dodatkowe obowiązki. Tak było chociażby w sporze *Kamasinski p. Austrii*, w której Trybunał zauważył, że konieczność zapewnienia prawu oskarżonego do pomocy tłumacza z art. 6 ust. 3 Konwencji praktyczności i skuteczności, nie może ograniczać

¹³⁶ *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” ...*, vol. III, s. 158–159.

¹³⁷ Por. P. Hofmański, A. Wróbel, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego* [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 246. W tradycji *common law* zauważalna jest precedencja środków prawnych nad prawami, w myśl zasady *ubi remedium ibi ius*; por. D. Friedmann, *Rights and Remedies*, [w:] N. Cohen, E. McKendrick (red.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005, s. 4.

¹³⁸ Propozycja konkurująca z brytyjską przewidywała jedynie prawo do rzetelnego i publicznego procesu przed niezawisłym i bezstronnym sądem na równych zasadach, *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” ...*, vol. IV, s. 52–53.

¹³⁹ Wyrok z 9.10.1979 w sprawie *Airey p. Irlandii*, skarga nr 6289/73, A 41, pkt 24.

¹⁴⁰ Wyrok z 27.06.2000 r. w sprawie *Ýlhan p. Turcji ...*, pkt 91.

¹⁴¹ Wyrok z 27.09.1995 r. w sprawie *McCann i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 18984/91, A 324, pkt 161.

się do obowiązku władz w zakresie wyznaczenia tłumacza, ale w pewnych okolicznościach będzie się rozciągać na obowiązek następczej kontroli trafności tłumaczenia¹⁴².

Podobny wpływ na rozwijanie w judykaturze Trybunału koncepcji gwarancji proceduralnych ma zasada rządów prawa. To z powołaniem się na nią Trybunał uzupełnił najpierw test konieczności, a następnie test legalności o aspekt proceduralny, określanej w tej pracy mianem efektywnego środka kontroli¹⁴³, wywiódł z art. 6 prawo dostępu do sądu w sprawach cywilnych¹⁴⁴ czy też wyprowadzał dalsze konsekwencje ze sformułowanych wprost gwarancji proceduralnych¹⁴⁵. Jak sformułowano to w wyroku Tysiąc: „Zgodność z wymogami nałożonymi przez zasadę rządów prawa zakłada, że unormowania prawa krajowego muszą przewidywać środki ochrony prawnej przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych w prawa zawarowane przez Konwencję”¹⁴⁶.

4. Klasyfikacja krajowych gwarancji proceduralnych

Jak każde złożone zjawisko prawne, także krajowe gwarancje proceduralne poddają się różnorakiemu szeregowaniu. Logicznym następstwem tematyki podejmowanej w tym artykule jest odwołanie się w pierwszej kolejności do kryterium ich podstawy prawnej. Z tego punktu widzenia w zbiorze krajowych gwarancji proceduralnych wyróżnić można te, które posiadają wyraźną podstawę w tekście Konwencji lub protokołów dodatkowych oraz gwarancje pozbawione takiej wyraźnej podstawy, odkryte dla systemu w drodze działalności orzeczniczej organów strasburskich. Do tych pierwszych należą gwarancje wynikające z art. 5, 6, 7 i 13 Konwencji oraz z art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7. Grupę drugą tworzą środki proceduralne postrzegane jako element zobowiązań pozytywnych państwa, testu legalności oraz testu konieczności. Jednocześnie pewna grupa gwarancji z art. 5 (zwłaszcza gwarancje procesowe w postępowaniu dotyczącym legalności detencji) i art. 6 (prawo do sądu, gwarancje współformujące standard rzetelnego procesu) rodzi problemy delimitacyjne. Z jednej strony, nie są one *expressis verbis* nazwane w tych przepisach i musiały czekać na potwierdzenie w judykaturze Trybunału, z drugiej, są jednak ściśle związane z innymi gwarancjami art 5 lub 6 stanowiąc ich logiczne dopełnienie, a niekiedy jedynie doprecyzowując pojawiające się w nich ogólniejsze kategorie (np. kategorię sądu, o którym mówi art. 5 ust. 4, o takie jego przymioty jak niezależność i bezstronność).

¹⁴² Wyrok z 19.12.1989 r. w sprawie *Kamasinski p. Austrii*, skarga nr , A 168, pkt 74.

¹⁴³ Odpowiednio wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom* ..., pkt 55 oraz wyrok z 25.03.1983 r. w sprawie *Silver i inni p. Zjednoczonemu Królestwu* ..., pkt 90.

¹⁴⁴ Wyrok z 21.5.1975 r. w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu* ..., pkt 36.

¹⁴⁵ Np. zakaz „dziedziczenia” winy z domniemania niewinności z art. 6 ust. 2 Konwencji, wyrok z 29.08.1997 r. w sprawie *A.P., M.P. i T.P. p. Szwajcarii* ..., pkt 48.

¹⁴⁶ Wyrok z 20.03.2007 r. w sprawie *Tysiąc p. Polsce* ..., pkt 112.

Odwracając sytuację, w grupie gwarancji, których koncepcję rozwinęło orzecznictwo, grunt językowy nawiązujący do ochrony proceduralnej istnieje jedynie w przypadku testu legalności z art. 5 ust. 1 Konwencji, wymagającego pozbawienia wolności „w trybie (*procedure*) przewidzianym przez prawo”. W takich przypadkach o klasyfikacji decydować musi nieprecyzyjne kryterium pomocnicze, jakim jest intensywność zabiegów interpretacyjnych, prowadzących do ustalenia właściwości danego środka prawnego – im mniej wyraźny związek między podstawą językową a charakterystyką takiego środka, tym wyraźniejsze wskazanie na rzecz jego orzeczniczej proveniencji. Ostatecznie skłaniam się do uznania gwarancji proceduralnych rozwiniętych na gruncie art. 5 ust. 2-5 oraz art. 6 za posiadające wyraźną podstawę prawną w tych przepisach, a proceduralnych konsekwencji wymogu pozbawienia wolności w trybie przewidzianym przez prawo za element wypracowanego w strasburskim *case law* testu legalności.

Drugi istotny podział odwołuje się do zakresu zastosowania krajowych gwarancji proceduralnych. Z punktu widzenia tego kryterium możemy wyróżnić gwarancje ogólne oraz specjalne. Podczas gdy te pierwsze służą bądź mogą służyć zapewnieniu wszystkich lub prawie wszystkich konwencyjnych praw i wolności, gwarancje specjalne pełnią taką funkcję tylko wobec niektórych z nich, w kontekście pewnych rodzajów naruszeń.

Nie ulega wątpliwości, że przez proklamowanie prawa do skutecznego środka odwoławczego, które przysługuje każdemu, kogo prawa i wolności zawarte w Konwencji – a przez regułę odpowiedniego stosowania jej przepisów – także w protokołach dodatkowych, zostały naruszone, umowa ta wprowadza na grunt utworzonego wokół niej systemu generalną zasadę *ubi ius, ibi remedium*¹⁴⁷. Więcej zastrzeżeń w tej mierze mogą wzbudzić dwie pozostałe platformy normatywne, na podstawie których w systemie EKPC rozprzestrzeniają się krajowe gwarancje proceduralne zaliczane przeze mnie do gwarancji ogólnych: obowiązki pozytywne, a zwłaszcza traktowane łącznie testy legalności i konieczności. Jak powyżej wskazano, koncepcja obowiązków pozytywnych zdaje się nie mieć naturalnych granic w obszarze praw i wolności. W istocie z obowiązku ich zapewnienia, o którym mówi art. 1 Konwencji, wynika możliwość wyciągnięcia pozytywnych konsekwencji także o charakterze proceduralnym wobec wszystkich tych uprawnień. Przekonanie to ucieleśnia się w orzecznictwie, w którym widoczny jest stały proces rozszerzania się koncepcji obowiązków pozytywnych na coraz to nowe gwarancje.

Nieco inaczej rzecz się przedstawia w przypadku testów legalności i konieczności. Jako elementy składowe różnych mechanizmów ograniczających nie znajdują one zastosowania wobec praw absolutnych, niepodlegają-

¹⁴⁷ Innymi słowy jest środkiem „generalnym”; por. H. van der Wilt, S. Lyngdorf, *Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle*, „International Criminal Law Review” 2009, t. 9, nr 1, s. 46.

cych żadnym restrykcjom. Krag takich praw jest jednak ograniczony, nawet jeśli nie daje się sprowadzić do art. 3, art. 4 ust. 1, oraz Protokół nr 7 Konwencji, a także art. 1 Protokołu nr 13, których rzeczony charakter wynika z samego tekstu Konwencji i protokołów. Ponadto, koncepcja „prawa” rozwinięta w orzecznictwie w ramach testu legalności i obejmująca wymóg istnienia dostępnej i przewidywalnej podstawy prawnej oraz efektywnego środka kontroli, zdążyła już wykroczyć poza test legalności i jest przywoływana w judykaturze Trybunału nie tylko jako jeden z warunków ingerencji w uprawnienia, ale też jako pozytywny element ich definicji. Rzeczywiście, póki co grupa praw, w kontekście których powołano się w orzecznictwie na efektywny środek kontroli, jest dość wąska, co jednak nie podważa potencjału tej kategorii.

W oczywisty sposób do gwarancji specjalnych przynależą za to środki proceduralne przewidziane w art. 5 Konwencji. Wszystkie one służą wyłącznie zapewnieniu prawa do wolności, co też podkreślane jest w strasburskim *case law*. Pozostałe gwarancje specjalne składają się na szeroko rozumiany rzetelny proces sądowy, chociaż sam Trybunał odmawia wywiedzenia środków przewidzianych w Protokole nr 7 z koncepcji rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1 Konwencji. Wśród tych gwarancji można wyróżnić dalej gwarancje rzetelnego procesu w sprawach cywilnych (art. 6 ust. 1) oraz gwarancje rzetelnego procesu w sprawach karnych (art. 6 ust. 1-3 oraz art. 7 Konwencji, a także art. 2-4 Protokołu nr 7). Trzeba też dodać, że choć art. 5 nakierowany jest na swój własny cel i choć orzecznictwo nie zaadaptowało w pełni na gruncie jego ust. 3 i zwłaszcza 4 wszystkich wymogów z art. 6, to przecież w swym proceduralnym wymiarze przepis ten chroni także rzetelny proces¹⁴⁸.

Można w tym miejsce zapytać, czy faktycznie prawidłowe jest klasyfikowanie art. 6 do grupy gwarancji specjalnych. Przepis ten ma przecież, z jednej strony zakres szerszy od art. 13, bowiem dotyczy nie tylko konwencyjnych praw i wolności, ale wszelkich praw i obowiązków o charakterze cywilnym oraz oskarżeń w sprawach karnych. Jednak z punktu widzenia samych uprawnień chronionych w systemie EKPC – a taki jest punkt odniesienia w tym artykule – jego stosowanie wobec nich, przeciwnie niż art. 13, napotyka na konstrukcyjny problem z ich cywilnym i karnym charakterem. Ta terminologia, odwołująca się wszak do prawa krajowego, pokazuje też wyraźnie, że art. 6 nie był przewidziany do takiej generalnej ochrony – choć oczywiście wyobrażalne jest takie zreinterpretowanie kategorii praw cywilnych, by pomieścić w niej wszystkie prawa i wolności z Konwencji i protokołów dodatkowych.

Na koniec trzeba zauważyć, że możliwość grupowania gwarancji specjalnych pokazuje ponadto inną cechę ich zbioru – mianowicie to, że są wśród nich gwarancje główne i ciężące do nich gwarancje akcesoryjne (np. prawo

¹⁴⁸ Por. np. N. Ademović, *Bosnia and Herzegovina: The Right to Liberty and Security of the Person through Relevant Case Law*, „Review of Central and East European Law 2007”, nr 32, s. 389.

do sądu w sprawach karnych z art. 6 ust. 1 i ciążące do niego gwarancje z Protokołu nr 7 albo prawo do obrony i ciążące do niego pozostałe gwarancje z art. 6 ust.3 Konwencji).

THE BASES OF THE OBLIGATION TO ESTABLISH AND APPLY THE DOMESTIC PROCEDURAL GUARANTEES IN THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Keywords: European Convention on Human Rights, case law of the European Court of Human Rights, procedural guarantees, positive obligations, test of legality, test of necessity

Summary

The paper is dedicated to „the domestic procedural guarantees in the system of the European Convention on Human Rights (ECHR)”. This notion refers to all legal remedies and measures applying at national level to protect the rights and freedoms set forth in the Convention or protocols thereto, provided that these remedies and measures have a legal basis in the Convention or protocols thereto. Binding, primary and self-contained bases of the obligation to establish and apply the domestic procedural guarantees are founded on articles 5, 6, 7, 13 of the Convention and articles 2, 3, 4 of the Protocol No. 7 to the Convention, as well as on – being the actual but not formal – the concepts of positive obligations, test of legality and test of necessity, developed in the case law of the European Court of Human Rights. The paper systematizes the guarantees in question and discusses the causes of the multiplicity of their legal bases in the system of the Convention.

Adam Nawrocki

Doktorant w Katedrze Praw Człowieka UMK w Toruniu

Refleksje na temat prawa do życia na tle orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *P. i S.* *przeciwko Polsce*

Słowa kluczowe: prawo do życia, aborcja na życzenie, ciąża

Ochrona najślabszych jest naturalnym odruchem człowieka, a w skali globalnej społeczeństwa. O ile ochrona praw dzieci została uregulowana również na poziomie Organizacji Narodów Zjednoczonych – w Konwencji o prawach dziecka, o tyle ochrona życia poczętego nie została należycie uregulowana. Wydaje się, że ani przyjęte na poziomie Rady Europy konwencje, ani orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie są w tej kwestii wystarczające.

W dniu 30 września 2012 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wydał wyrok w sprawie *P. i S. przeciwko Polsce* (skarga nr 57375/08). Skarżące zarzuciły Polsce naruszenie artykułu 3, 5 ust.1 i 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Skarżące, matka i córka, wnosiły następujące zarzuty: naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a także – wobec córki – naruszenie integralności fizycznej i moralnej poprzez niedostateczne uregulowanie przepisów dotyczących dostępu do legalnej aborcji. Następnie skarżące sformułowały zarzut naruszenia art. 8 Konwencji, przez ujawnienie poufnych informacji na temat zdrowia oraz danych osobowych pierwszej skarżącej. Ostatnim zarzutem sformułowanym przez skarżące jest naruszenie art. 5 ust.1 Konwencji, tj. prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego w wyniku umieszczenia córki w pogotowiu opiekuńczym.

Analiza powyższego wyroku skłoniła mnie do rozważań na temat art. 2 Konwencji tj. prawa do życia w kontekście zamierzonego i przedwczesnego zakończenia ciąży wskutek interwencji zewnętrznej – aborcji. Refleksja ta nasunęła się sama, niejako naturalnie, zważywszy na kontekst i okoliczności sprawy. Oczywiście wydaje się, że nastąpiła tu tzw. aborcja na życzenie.

O „aborcji na życzenie” mówimy w przypadku, gdy zabieg zostanie przeprowadzony mimo niespełnienia przesłanek zawartych w Ustawie o planowaniu rodziny z dnia 7 stycznia 1993 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78.).

Ustawa ta wymienia następujące przesłanki:

- 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej,
- 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu,
- 3) zachodzi podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

W tym miejscu należy dodać, że 20 listopada 1996 r. prezydent Kwaśniewski podpisał nowelizację ustawy, która dopuszczała ona przerwanie ciąży na życzenie, czyli tzw. aborcję ze względów społecznych. Zamieszczona w ustawie czwarta przesłanka dopuszczalności przerwania ciąży, tj. kobieta ciężarna znajdująca się w ciężkiej sytuacji życiowej lub osobistej, utraciły moc obowiązywania na podstawie *Obwieszczenia Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 157, poz. 1040)*. Obwieszczenie uzasadniano twierdzeniem, że czwarta przesłanka *legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz postępuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego*.

Prawo do życia, co nie ulega wątpliwości, jest podstawowym elementem poszanowania przyrodzonej godności i wolności człowieka¹. Prawo do ochrony życia zostało zagwarantowane w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w art. 38: *Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia*.

W Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności prawo do życia zostało umieszczone już w artykule drugim, co ma podkreślić wagę i znaczenie tego prawa. Takie skatalogowanie prawa do życia nie ma oczywiście znaczenia z prawnego punktu widzenia, natomiast umieszczenie tego prawa w tak doniosłym miejscu oznacza, że jest niejako przesłanką do korzystania z reszty praw człowieka².

Art. 2 Prawo do życia.

1. *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.*

2. *Pozbawienie życia nie będzie uznawane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły:*

- 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.*

¹ A. Redelbach, *Prawa naturalne – prawa człowieka – wymiar sprawiedliwości*, Toruń 2000 s. 175.

² T. Jasudowicz, [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 235.

Rozważając pojęcie prawa do życia naturalnie nasuwa się pytanie o ramy temporalne terminu „życie”. Należy też odpowiedzieć na pytanie, czy człowiek nienarodzony jest nienarodzonym człowiekiem. Pytanie to, choć z pozoru pozbawione sensu, w kontekście lansowanych współcześnie tez, że embrionu ludzkiego za człowieka uznać nie można, jest jednak w pełni zasadne. Wariacje terminu „życie” zostaną przedstawione na podstawie następujących kryteriów, które zostały przywołane przez Janusza Gulę w pracy pt. *W imieniu dziecka poczętego*:

1. Kryterium narodzin,
2. Kryterium zdolności do samodzielnego istnienia,
3. Kryterium neurologiczne,
4. Kryterium implementacji,
5. Kryterium genetyczne.

1. Kryterium narodzin

Narodziny wydają się najbardziej wygodną ramą czasową dla wyznaczenia początku życia człowieka. Jednak i to kryterium podlega swoistemu zróżnicowaniu. Należy rozważyć, w którym momencie, posługując się tym kryterium oczywiście, wyznacza się opuszczenie łona matki przez dziecko. Pierwsze stanowisko głosi, że za osobę ludzką można uznać dziecko, które wykazuje całkowitą odrębność w stosunku do organizmu matki oraz możliwość samodzielnego oddychania. Jest to tzw. stanowisko fizyczno-fizjologiczne. Następne stanowisko przyjmuje za przesłankę powstania człowieka wyłącznie cechę przestrzennego stosunku ciała dziecka od ciała matki, przy czym zakłada, że nawet częściowe oddzielenie spełnia przesłankę powstania człowieka. Ostatnie stanowisko, bazujące na tzw. kryterium położniczym, zakłada, że status człowieka powstaje już na początku akcji porodowej³.

2. Kryterium zdolności do samodzielnego istnienia

W tradycji lekarskiej kryterium zdolności do samodzielnego istnienia oznacza tzw. „wczesniaka”; z reguły uważa się, że taką zdolność winien wykazać już 28-tygodniowy płód. Jednakże wraz z rozwojem medycyny, również na poziomie lokalnym, granica ta przesuwana się dynamicznie w dół⁴.

3. Kryterium neurologiczne

Kryterium to opiera się na założeniu, że życie ludzkie powstaje wskutek zaistnienia wyższych czynności nerwowych, z czego wynika, że status człowieka przyznaje się już embrionowi w chwili, gdy jego mózg „ożywa”⁵.

³ J. Gula, *W imieniu dziecka poczętego*, Rzym– Lublin 1988, s. 146.

⁴ Ibidem, s. 151.

⁵ Ibidem, s. 153.

4. Kryterium implementacji

Jest to kryterium opierające się na pojęciu zagnieżdżenia się zarodka w śluzówce macicy, co następuje zwykle między 6 a 7 dniem ciąży. Według pewnych badań, aż 50 % zarodków ginie nie dokonawszy tegoż zagnieżdżenia⁶.

5. Kryterium genetyczne

Według tego kryterium, każdy kto zostaje poczęty przez ludzkich rodziców staje się człowiekiem, ponieważ właściwy człowiekowi jest kod genetyczny, a jego dalszy rozwój to „realizacja” tego kodu⁷.

Zdecydowana większość traktatów prawa międzynarodowego nie wyraża w tej sprawie jednoznacznego stanowiska. Wyjątkiem od tej zasady jest Amerykańska Konwencja Praw Człowieka przyjęta w San Jose w 1969 r. Dziwi fakt, iż Europa, uważana za kolebkę cywilizacji i źródło praw człowieka, nie potrafiła wypowiedzieć się jednoznacznie w tej kwestii, natomiast Amerykańska Konwencja Praw Człowieka już tak. W artykule pierwszym rozdziału pierwszego AKPC zawarto zapis „Dla celów niniejszej Konwencji „osoba” oznacza każdą istotę ludzką” celem uniknięcia niedookreślenia tej kwestii. Ponadto w art. 4 AKPC pkt 1 brzmi: „Każda osoba ma prawo do poszanowania jej życia. Prawo to będzie chronione ustawą i, w zasadzie, od momentu poczęcia. Nikt nie będzie arbitralnie pozbawiony życia.”.

Kolejnym wyzwaniem będzie odpowiedź na pytanie, czy art. 2 obejmuje ochronę bezwzględnego prawa do życia płodu, czy uznaje prawo do życia płodu z pewnymi domniemanymi ograniczeniami, czy może do płodu się nie odnosi⁸. Nieodpowiednie wydaje się być rozstrzygnięcie prawa do życia płodu w izolacji od matki, między innymi ze względów biologicznych. Komisja w sprawie *X. v Wielka Brytania* z dnia 13 maja 1980 r. stwierdziła, że życie płodu jest nierozzerwalnie związane z życiem matki, przez co nie może być rozpatrywane oddzielnie. Czy daje to jednak matce pełną swobodę dysponowania życiem dziecka?

Odpowiedź na to pytanie wydaje się być oczywista, jeśli chodzi o zagrożenie ciążą życia matki. Czy jednak takie dysponowanie przysługuje matce w sytuacji powstania ciąży na skutek czynu zabronionego. Na to pytanie odpowiedź nie wydaje się już taka prosta. Linia orzecznicza ETPC wydaje się coraz bardziej odbiegać od tego, co podkreśla sędzia De Gaetano, czyli od podstawowego celu Konwencji, jakim jest ochrona życia. Trybunał w Strasburgu w żadnym ze swych orzeczeń nie objął, niestety, ochroną życia nienarodzonego. Znaczącym wydaje się wyrok Trybunału w głośno krytykowanej

⁶ Ibidem, s. 155.

⁷ Ibidem s. 157.

⁸ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 128.

sprawie Vo przeciwko Francji z dnia 8 lipca 2004 r., nr skargi 53924/00. W orzeczeniu Trybunał stwierdził, że w wielu regulacjach prawnych dotyczących aborcji „nienarodzone dziecko nie jest uznawane za osobę bezpośrednio chronioną art. 2 Konwencji, a nawet jeśli nienarodzone ma prawo do życia to jest ono implicite ograniczane przez prawa i interesy matki”. Jednakże sędziowie nie wykluczyli, że „w pewnych okolicznościach ochrona może być rozszerzona na dziecko nienarodzone”. Trzeba również podkreślić, że trzech sędziów w swoich opiniach odrębnych wskazało, że zagwarantowane w art. 2 Konwencji prawo do życia przysługuje również dziecku nienarodzonemu.

Zdefiniowanie momentu powstania człowieka jest o tyle ważne, że od niego rozpoczynają się pozytywne oraz negatywne zobowiązania państwa w sferze prawa do życia. Zobowiązanie negatywne można skrótowo opisać jako imperatyw, zakazujący umyślnego pozbawienia życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo, za które ustawa taką karę przewiduje oraz w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą, w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem oraz w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania. Zobowiązania pozytywne wyrażają się przede wszystkim w zobowiązaniu państwa do zapewnienia skutecznego ustawodawstwa karnego, które przewiduje penalizację wszelkiego rodzaju zamachów na życie, jak również zapewnienie skutecznego funkcjonowania ustawodawstwa przez odpowiednie struktury i mechanizmy. Do zobowiązań pozytywnych państwa należy doliczyć również prewencję, czyli wymóg podjęcia wszelkich rozsądnie koniecznych środków dla zapobiegania przypadkom pozbawienia życia we wszelkich okolicznościach, zarówno z rąk osób prywatnych, jak i funkcjonariuszy państwowych⁹.

Przejdziemy teraz do *sprawy P. i S. przeciwko Polsce*. Pierwsza skarżąca wносиła, że jej prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a w tym przypadku w szczególności życia prywatnego, zostało naruszone przez brak odpowiednich środków prawnych, które umożliwiłyby jej poddać się zabiegowi przerwania ciąży. Skarżąca podnosi ten zarzut, mimo tego, iż ostatecznie umożliwiono jej przerwanie ciąży, co więcej, przy zastosowaniu specjalnych środków, tj. transportu ministerialnym samochodem na koszt podatnika. Należałoby rozważyć, czy pozytywny obowiązek państwa, który przejawiałby się takim zobowiązaniem lekarzy praktykujących w publicznych szpitalach, które odmawiałyby im prawa do korzystania z klauzuli sumienia, nie byłby pogwałceniem art. 9 Konwencji, tj. prawa do wolności myśli, sumienia i religii. Trybunał odrzucił jednak ten argument. Należy jednak podkreślić, że wszelkie środki prawne były skuteczne i państwo spełniło swój pozytywny obowiązek wynikający z rozwiązań prawnych; blokadą okazali się jednak lekarze, których państwo nie może zmusić do przeprowadzenia zabiegu niezgodnego z ich sumieniem.

⁹ T. Jasudowicz, op. cit., s. 239.

Państwo nie naruszyło prawa skarżącej do poszanowania życia prywatnego poprzez uniemożliwienie dostępu do legalnej aborcji, ponieważ ostatecznie została przeprowadzona, zgodnie z Ustawą o planowaniu rodziny, ochrony płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Przypomnę, że ustawa dopuszcza przerwanie ciąży powstałej na podstawie uzasadnionego podejrzenia, że ciąża zaistniała wskutek czynu zabronionego; okoliczność ta musi być stwierdzona przez prokuratora, ponadto od początku ciąży nie może minąć więcej niż 12 tygodni.

Jest to swoiste kuriozum, ponieważ dopuszcza się pozbawienia życia na podstawie podejrzenia. Porównywanie tej sprawy do *sprawy Tysiãc v Polska* w tym aspekcie jest chybione, ponieważ w tamtej sprawie aborcja nie została ostatecznie przeprowadzona. W rozpatrywanej tutaj sprawie państwo dopuściło do przerywania ciąży zgodnie z ustawą. Należy zauważyć, że organy konwencyjne kilkakrotnie zajmowały się kwestią, czy krajowe przepisy aborcyjne, które zakazują w określonych okolicznościach dokonania aborcji, uderzają w prawa kobiety. Interpretacja art. 8 EKPC dokonana przez organy konwencyjne wskazuje, że życie prywatne powinno być traktowane bardzo szeroko; interpretacja ta uwzględnia nie tylko prawo do życia prywatnego jako zgodne z potrzebami ludzkimi oraz brakiem kontroli ze strony trzeciej, ale również jako prawo do integralności moralnej i fizycznej.

Komisja w *sprawie Brüggeman i Scheuten v RFN* wskazała, że ciąża i jej przerwanie co do zasady stanowi element życia prywatnego. Zaskarżona ustawa zezwalała na przeprowadzenie zabiegu przerywania ciąży po 12 tygodniu wyłącznie wtedy, jeżeli ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety, albo gdy zachodzi podejrzenie, że w związku z cechami genetycznymi lub uszkodzeniem płodu urodzone dziecko będzie cierpiało na ciężką i nieuleczalną chorobę. Komisja nie stwierdziła, że przepisy te naruszają prawa do poszanowania życia prywatnego¹⁰.

Biorąc pod uwagę, że prawo do życia zostało umieszczone na początku Konwencji, należy je uznać jako szczególnie wartościowe. D. Korff wskazuje: „Jeżeli ktoś mógłby zostać arbitralnie pozbawiony prawa do życia, to wszystkie inne prawa stałyby się iluzją”¹¹. W myśl art. 2 Konwencji państwa-strony zobowiązały się do ochrony prawa do życia na poziomie ustawy oraz do powstrzymywania się od umyślnego pozbawiania życia¹². Prawo do życia jest źródłem wszelkich innych praw człowieka, przez co stanowi wartość nadrzędną¹³. Prawo do życia ma charakter bezwzględnie obowiązujący, poza dokładnie opisanymi w prawie okolicznościami, które usprawiedliwiałyby jego uchylenie¹⁴. Prawo do życia należy do głównych praw chronionych mię-

¹⁰ J. Kondratiewa-Bryzik, op.cit., s. 156.

¹¹ D. Korff, *The Right to Life. A Guide to the Implementation of Article 2 of European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2006, s. 6.

¹² J. Kondratiewa-Bryzik, op.cit., s. 119.

¹³ A. Szymkowiak, *Podstawowe prawa jednostki i mechanizmy ich ochrony*, Warszawa 1997, s. 167.

¹⁴ G. Michałowska, *Prawa człowieka i ich ochrona*, WSiP, Warszawa 2000, s. 44.

dzynarodowo. Orzecznictwo strasburskie nieustannie zaznacza, że prawo do życia zawarte w Konwencji jest ucieleśnieniem najbardziej fundamentalnej wartości społeczeństw demokratycznych skupionych w Radzie Europy.

Na zakończenie chciałbym przejść do jakże ważnego zdania odrębnego sędziego Vincenta De Gaetano z Malty. Sędzia stoi na stanowisku, że ani art. 8, ani cała Konwencja nie nadaje prawa do aborcji. Maltańczyk uważa, że zasadniczą kwestią w tej sprawie, jak i w szeregu innych, są ramy prawne oraz mechanizmy proceduralne, które w istocie stanowią o tym, w jaki sposób narzucić „prawo” do aborcji zapisane w prawie krajowym, w obliczu bezpośredniego lub ukrytego sprzeciwu ze strony władz publicznych. Sędzia zauważa, że sprawa powinna być rozpatrywana pod kątem art. 6 Konwencji, a przywoływanie art. 8 nie tylko zmniejsza prawdziwe znaczenie „życia prywatnego”, ale również jest przejawem ignorancji wobec najbardziej fundamentalnej wartości stanowiącej podstawę Konwencji – wartości życia. Sędzia podkreśla, że nazywanie nienarodzonego dziecka płodem nie zmieni tego, czym jest aborcja i tego, co aborcja za sobą pociąga. Wydaje się oczywiste, że współczesna Europa musi znaleźć rozwiązanie, nawet na poziomie całego regionu, które będzie chronić prawo do życia jeszcze nienarodzonych Europejczyków. Europejski Trybunał Praw Człowieka, jako instytucja stająca na straży przestrzegania praw człowieka w regionie, wydaje się być najlepszym potencjalnym inicjatorem poszukiwania takich rozwiązań.

REFLECTIONS ON THE RIGHT TO LIFE IN RESPECT OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE *P. AND S. V. POLAND*

Keywords: Right to life, abortion on demand, pregnancy

Summary

In the article „Reflections on the right to life in respect of the judgment of the European Court of human rights on the P and S v Poland” I raised issues which was choosen by me regarding to article 2 ECHR. In the first part of the study I presented the content of the decision of the Court.

I introduced the term abortion on demand and I described the conditions of this term. Then I described the history of article 4a of the Act on Family Planning and I reminded the legal basis for the protection of the right to life contained in both the Constitution of Poland and the ECHR.

In the next part of the study I described the criteria for the existence of life after: criterion birth, criterion of capacity for independent existence, neurological criterion, the criterion of implementation and genetic criteria. In the following part of study I cited the relevant article on the right to life in the American Convention on Human Rights. I described the importance of the described problem and I analyzed the content of the decision with an indication of my doubts.

At the end I cited and emphasized the dissenting opinion of Judge Vincent De Gaetano, which is a summary of the conclusions I have reached.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Ilona Biedrzycka

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Dziecko–żołnierz jako czynna ofiara konfliktu zbrojnego

Słowa kluczowe: dziecko–żołnierz, Konwencje genewskie, Protokoły Dodatkowe do Konwencji genewskich, Konwencja o prawach dziecka, Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka

A cóż powiedzieć o dzieciach–żołnierzach? Czyż można pogodzić się z takim niszczeniem życia, które dopiero zaczyna się rozwijać? Dzieci te, wyszkolone w zabijaniu i często przymuszane do zabijania, z pewnością napotkają ogromne trudności, gdy będą kiedyś chciały włączyć się w życie cywilnego społeczeństwa. Przerzywa się ich edukację i nie rozwija ich zdolności do pracy; jakież konsekwencje będzie to miało dla ich przyszłości?

Jan Paweł II

Orędzie na XXXII Światowy Dzień Pokoju
z 1 stycznia 1999 r.

1. Wstęp – definicja dziecka–żołnierza

Po uprzedniej analizie powyższych słów jesteśmy skłonni uznać, iż nie każde dziecko ma beztrudne dzieciństwo i stabilny dom, ale wręcz przeciwnie – jest ono mu natychmiast odbierane w bardzo brutalny sposób przez danie mu broni do ręki oraz polecenie zabijania swoich rówieśników. Celem moich rozważań jest przypomnienie i zwrócenie uwagi na zjawisko stale towarzyszące konfliktom zbrojnym. Dotyczy ono przymuszania dzieci przez walczące strony do pełnienia funkcji żołnierzy, a także innej służebnej roli. W artykule zamierzam wskazać praktyczny wymiar problemu rekrutacji dzieci na skalę światową oraz regulację normatywną tego zjawiska. Pragnę również pokazać w jaki sposób czynny udział w walkach wpływa na sferę psychiczną dziecka, a także, jakie to może mieć następstwa w jego przyszłym życiu.

Konflikt zbrojny pozostawia trwałe skutki psychiczne wśród najsłabszych członków społeczeństwa, jakimi są kobiety i dzieci¹.

Pojęcia dziecka–żołnierza nie zawiera żaden akt normatywny – zatem nie istnieje legalna definicja tego terminu. Wywodzi się on z Zasad z Kapsztadu opracowanych w 1997 r. podczas konferencji dotyczącej problemu dzieci – żołnierzy. Jak wynika z tych Zasad pod tym pojęciem rozumie się każde dziecko poniżej 18 roku życia dobrowolnie lub pod przymusem uczestniczące w konflikcie zbrojnym jako członek formacji rządowej lub walczącej z rządem. Zadaniem małego żołnierza jest nie tylko strzelanie z broni i stawianie na pierwszej linii ognia, ale także pełnienie roli kucharza, tragarza, gońca czy też seksualnego niewolnika. Dzieci często wykorzystywane są do najbardziej niebezpiecznych działań, np. ataków samobójczych czy transportu materiałów wybuchowych². Służą jako żywa przynęta dla wroga, np. jako detektory min albo wysunięci naprzód zwiadowcy. W zakres niektórych obowiązków w Demokratycznej Republice Konga wchodzi również wykrywanie pozycji wroga lub bycie ochroniarzami dla dowódców. Ogólnie rzecz biorąc, mają obowiązek służyć oddziałom, które je zwerbowały³.

Sporną kwestią jest granica wieku, z której przekroczeniem dopuszczalny jest werbunek dzieci do grup zbrojnych. Jak wskazuje Konwencja o prawach dziecka w art. 1, „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej 18 lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność⁴. Kierując się tym rozumieniem terminu „dziecko” wydawałoby się, że zakaz wyzysku dziecka odnosi się do każdej młodej osoby poniżej 18 roku życia. Jest jednak w przepisach konwencji dysonans norm, ponieważ w dalszej jej części wskazano na obowiązek zapobieżenia rekrutowaniu dzieci w wieku poniżej 15 lat. Natomiast w grupie dzieci w przedziale wiekowym od 15 do 18 roku życia obowiązuje jedynie zasada stosowania pierwszeństwa rekrutacji dla starszych dzieci. Zatem konwencja nie chroni w dostateczny sposób tej najsłabszej i podatnej na wpływy dorosłych grupy społecznej.

Dlaczego dziecko jest tak nieocenionym kandydatem na żołnierza? Przede wszystkim dlatego, iż zasila szeregi walczących, szczególnie w sytuacji braku mężczyzn. Wykazuje ponadto niską odporność na psychiczne oddziaływania, stąd też z łatwością jest poddawane manipulacji przez przełożonych. Nie jest odpowiedzialne za swoje czyny, gdyż zostało „zaprogramowane”

¹ M. Szuniewicz, *Ochrona praw dziecka w konflikcie zbrojnym a II Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Dziecka z 2000 roku*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania. Materiały Toruńskiej Konferencji Naukowej*, pod red. T. Jasudowicza, Toruń 2007.

² J. Dobrowolska-Polak, *Ludzie w cieniu wojny. Ludność cywilna podczas współczesnych konfliktów zbrojnych*, Poznań, 2011, s. 133–134.

³ J. Nowakowska-Małusecka, *Konwencje Genewskie a ochrona praw dziecka w konflikcie zbrojnym*, [w:] *Międzynarodowe Prawo Humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, pod red. J. Nowakowskiej-Małuseckiej, Bydgoszcz–Katowice, 2010, s. 133.

⁴ Konwencja o prawach dziecka z dn. 20 listopada 1989 r.

według bezdusznych idei przełożonych. Jednakże dziecko zawsze odczuwa strach przed walką na polu bitwy, ponieważ jego działanie w tej sytuacji jest sprzeczne z wrażliwą naturą dziecka. Inną przesłanką może być także fakt, że dzieci są sprawniejsze i szybsze oraz – co stanowi smutną pobudkę wyzysku – są tanie w utrzymaniu. Młodzi wojownicy nie mogą być również skazani na karę śmierci z uwagi na nieukończenie 18 roku życia. „Szereg autorów podkreśla, że dlatego istnieje niebezpieczeństwo zwiększonego naboru dzieci pomiędzy 15 a 18 rokiem życia do sił zbrojnych i grup paramilitarnych i zlecenia im najcięższych zbrodni”⁵.

2. Procedura rekrutacji

Dzieci są werbowane przez państwowe siły zbrojne oraz te, które mają poparcie państwa, opozycyjne paramilitarne grupy rebelianckie, wojennych watażków czy też grupy terrorystyczne. Sposobów zaciągania młodych osób do tych sił zbrojnych jest kilka. Werbunek dzieci odbywa się w przedziale wiekowym od 8 do 18 lat. Najmłodsze dzieci są wykorzystywane do noszenia broni, amunicji, jedzenia, wody, rozbrajania min, są także kurierami, kucharzami czy też po prostu służącymi. Potrzebne są wówczas „wokół armii”. Nieco starsze dzieci – w wieku od 13 do 18 lat, zarówno chłopcy jak i dziewczynki, uczestniczą już aktywnie w oddziałach zbrojnych. Rekrutacja może odbywać się wbrew woli kandydatów, a także dobrowolnie pod wpływem przymusu wywołanego brakiem środków do życia. Jednak wiele dzieci jest rekrutowanych siłą i brutalnie zmuszanych do walki.

W Burundi, na Wybrzeżu Kości Słoniowej, w Demokratycznej Republice Konga, Sierra Leone, Sudanie, Ugandzie czy w Somalii dzieci są uprowadzane z ulic, miejsc zabaw, ze spacerów czy też podczas zajęć w szkole lub wykonywania codziennych obowiązków w obecności zapracowanych rodziców. Bardzo częstą sytuacją w zakresie werbowania do sił zbrojnych jest sprzedaż małych dziewczynek przez rodzinę z przyczyn podyktowanych biedą. Stają się one żołnierzami bądź są wyzyskiwane seksualnie. Inną sytuacją może być relacja młodych mieszkanki Namibii, które zostały uprowadzone siłą z Ganty w drodze z kościoła przez grupę uzbrojonych opozycyjnych żołnierzy. Były zmuszane do gotowania i przenoszenia amunicji przez zarośla, a także do usług seksualnych⁶. Młodzi kandydaci na żołnierzy są również zachęcani przez dzieci ubrane w ładne ubrania i przystane w celu zwerbowania ich do grup zbrojnych. Są wyposażone w pieniądze oraz papierosy, aby być bardziej atrakcyjne dla innych dzieci. Zdarza się też, iż oferuje się im pieniądze za przystąpienie do sił zbrojnych. Dzieci nie mają żadnej możliwości uchronienia się przed przymusowym wcieleniem do armii. Wiele z nich uciekając, „podróżuje” bez rodziców. Wtedy są najbardziej narażone na

⁵ J. Dobrowolska-Polak, op. cit., s. 56.

⁶ Ibidem.

uprowadzenia. W opartym na faktach filmie *Bóg ma nas dosyć: zagubieni chłopcy z Sudanu* w reżyserii Christopher a Dillon Quinna, tytułowi *zagubieni chłopcy* wędrowali po terytorium Sudanu bez żadnego wsparcia, głodni, zmęczeni, wykończeni, bez rodziny, zdani na wzajemną pomoc. Rezultatem błędzenia i ciągłej ucieczki było wcielenie większości z nich do zbrojnych oddziałów⁷.

Rekrutacja może odbywać się również dobrowolnie. W państwach, w których nie ma żadnych perspektyw, dzieci wstępują do wojska jako ochotnicy. Wstąpienie w szeregi ugrupowań militarnych daje im jedyną możliwość przeżycia, zwłaszcza wtedy, gdy członkowie rodziny giną w konfliktach zbrojnych. Armia zapewnia nieletnim mundur oraz pożywienie. „Ochotnikami może również kierować chęć zemsty za okrucieństwa wyrządzone ich rodzinom i społeczności, w której się wychowali”⁸.

W drugiej kolejności następuje weryfikacja przydatności do walk. Oceny dokonują żołnierze, czasami instruowani przez swoich przełożonych. W kolejnych etapach „przeszkolenia wojskowego” młodzi wojownicy są traktowani bardzo brutalnie. Dzieci wysyłane są na trening wojskowy w obozach, gdzie przeprowadza się indoktrynację. Tam traktuje się nieletnie osoby niemal jak dorosłych. Prowadzi się instruktaż w trudnych warunkach naturalnych, np. w lasach lub w buszu. Dzieci uczą się technik walki, posługiwania się bronią. Wyzwała się w nich chęć walki i rywalizacji. Nawet po zakończeniu brutalnych zajęć dzieciom nakazuje się oglądać filmy propagujące przemoc, nienawiść oraz fizyczne znęcanie się nad słabszymi. Nieobca im jest też nienawiść do innych plemion i drugiego człowieka⁹. Podaje się im narkotyki, aby wyrobić w nich posłuszeństwo oraz złagodzić ból. W niektórych obozach dzieci często umierają. Natomiast jeżeli wykażą się wytrzymałością i przeżyją trudne warunki, po kilku tygodniach treningów wykorzystywane są do walki na pierwszej linii¹⁰.

3. Podstawa normatywna problemu

Ochronę praw dziecka zapewniają dwie gałęzie prawa międzynarodowego. Z jednej strony mamy do czynienia z międzynarodowym prawem humanitarnym konfliktów zbrojnych, do którego zaliczamy Konwencje genewskie wraz z Protokołami Dodatkowymi. Z drugiej strony ochrona dziecka skrzywdzonego w konflikcie zbrojnym wynika z prawa międzynarodowego praw człowieka, a zwłaszcza z Konwencji o Prawach Dziecka z 1989 r. wraz z Protokołem Opcyjnym w sprawie udziału dzieci w konflikcie zbrojnym z 2000 r.¹¹. Wykorzystywanie dzieci w konflikcie zbrojnym jest bez wątpienia

⁷ Ibidem, s. 140.

⁸ <http://www.unic.un.org.pl/rozbrojenie/dzieci-zolnierze.php>, data dostępu – 16.11.2013 r.

⁹ maliwojownicy.strefa.pl/Prezentacja12.pps, data dostępu – 13.11.2013 r.

¹⁰ <http://www.maliwojownicy.strefa.pl/>, data dostępu – 13.11.2013 r.

¹¹ M. Szuniewicz, op. cit., s. 77.

ciężkim naruszeniem praw człowieka i z tego względu dokumenty międzynarodowe dążą do zapobiegania takim działaniom.

Jednym z przykładów takiej regulacji jest IV Konwencja genewska, która promuje i nakłada na strony konfliktu obowiązek odróżniania ludności cywilnej od żołnierzy. Wszystkie zasady międzynarodowego prawa humanitarnego składają się na obraz ochrony praw człowieka przed brutalnymi skutkami wojny np. przez obowiązek stosowania określonych rodzajów broni czy metod na polu walki¹² albo zakaz stosowania kar zbiorowych, zastraszania czy brania zakładników¹³. Taką ochroną objęte są również dzieci. Problem pojawia się, gdy przedstawiciele ludności cywilnej angażują się w działania wojenne. Wtedy przestaje przysługiwać im ochronny status osoby cywilnej stworzony na gruncie Konwencji genewskich. Jednakże szczególna ochrona dzieci–żołnierzy wynika przede wszystkim z niedojrzałości psychicznej dziecka. Dzieci są zmuszane do walki na śmierć i życie w wojnie dorosłych. Z tego względu młodzi żołnierze są nadal objęci ochroną, ponieważ w tym konflikcie nie są oni sprawcami, a ofiarami.

Zastosowanie do najmłodszych uczestników walk będzie miała także III Konwencja genewska w razie zatrzymania ich jako jeńców wojennych, ponieważ nakłada ona obowiązek uprzywilejowanego traktowania, przysługującego jeńcom ze względu na wiek¹⁴. Jednakże Konwencja nie wymienia szczegółowych gwarancji związanych ze statusem dziecka–żołnierza. Wynika to z tego, iż Konwencje genewskie nie rozróżniają dzieci od dorosłych żołnierzy w świetle konfliktu zbrojnego, jednak przyznają im status jeńca wojennego. Art. 4 ust. 3 I Protokołu Dodatkowego wprowadza do postanowień Konwencji pewne modyfikacje, związane z uznaniem dziecka jako aktywnego żołnierza w konflikcie zbrojnym¹⁵, wymieniając takie gwarancje, jak specjalne warunki przetrzymywania, dodatkowe racje żywnościowe, kary dyscyplinarne stosowne do wieku, płci i stanu zdrowia przy uwzględnieniu zasady humanitaryzmu. Uznano w szczególności, że dziecko w razie uwięzienia, internowania, zatrzymania, należy umieścić w pomieszczeniu oddzielnym od dorosłych, z wyjątkiem przypadków zatrzymania całej rodziny¹⁶. Protokół ten wymaga aby dzieci były przedmiotem specjalnego poszanowania i tu były chronione przed wszelkimi formami naruszenia.

W normach Protokołów Dodatkowych do Konwencji genewskich przewidziane zostały podstawowe gwarancje dla dzieci zwerbowanych do walczących oddziałów w wieku poniżej 15 lat, polegające na przyznaniu im szczególnej ochrony. Warty podkreślenia jest fakt, że osoby w wieku 15–18 lat, które uczestniczyły czynnie w działaniach zbrojnych i zostały ujęte przez

¹² A. Łopatka, *Dziecko. Jego prawa człowieka*, Warszawa, 2000, s. 113.

¹³ J. Nowakowska- Małusecka, op. cit., s. 123.

¹⁴ Ibidem, s. 123.

¹⁵ P. Jaros, *Prawa dziecka w konfliktach zbrojnych*, [w:] *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, pod red. T. Jasudowicza, M. Balcerzaka, J. Kapelańskiej-Pręgoskiej, Toruń, 2009, s. 281.

¹⁶ Ibidem, s. 281.

wrogie siły, korzystają ze statusu kombatanta. Pełne sformułowanie zasady traktowania tej najsłabszej grupy społecznej podczas konfliktu zbrojnego zawiera art. 77 I Protokołu Dodatkowego, który stanowi, że „dzieci powinny korzystać ze szczególnego poszanowania i być chronione przed wszelkimi postaciami zamachu na obyczajność. Strony konfliktu udziela im opieki i pomocy, których potrzebują z racji na ich wiek lub z jakiegokolwiek innego powodu”¹⁷. Protokoły Fakultatywne do Konwencji Genewskich stały się krokiem naprzód w rozszerzeniu ochrony dla dzieci wykorzystywanych w konflikcie zbrojnym. Jak już wspomniano, Konwencje genewskie nie zapewniały żadnej szczególnej ochrony dla dzieci, traktując je na równi z dorosłymi. Dopiero Protokoły stały się „pierwszymi międzynarodowymi instrumentami, które odniosły się do problemu rekrutowania dzieci”¹⁸.

I Protokół Dodatkowy odnosi się do ofiar w międzynarodowych konfliktach zbrojnych. Art. 77 ust. 2 wyraźnie nakazuje, aby państwa będące w konflikcie poczyniły wszelkie możliwe starania, by dzieci poniżej 15 lat nie uczestniczyły bezpośrednio w działaniach zbrojnych, a zwłaszcza by nie woływały ich do swych sił zbrojnych. W przypadku dzieci, które ukończyły 15 lat, ale nie ukończyły 18, istnieje możliwość wstąpienia, ale pod warunkiem ustąpienia pierwszeństwa starszym. Co więcej, podejmując dialog z III Konwencją genewską. Protokół wprowadza zasadę, że dzieci, poniżej 15 roku życia, uczestniczące aktywnie w działaniach zbrojnych oraz znajdujące się po stronie przeciwnej, będą nadal korzystać ze szczególnej ochrony, bez względu na to, czy posiadają status jeńca wojennego, czy też nie. Ponadto, o czym była już mowa, zostały im przyznane szczególne warunki przetrzymywania – w pomieszczeniach oddzielnych od dorosłych, chyba że zajmują te pomieszczenia razem z rodziną. Na gruncie I Protokołu został także wprowadzony zakaz orzekania kary śmierci wobec osób, które nie ukończyły 18 lat¹⁹. Określenie „bezpośrednio” w ust. 2 tego artykułu oznacza, że chronione są tylko niektóre przypadki werbunku dzieci. Wszelkie pośrednie sposoby nie zostały objęte ochroną.

Postanowienia II Protokołu rozszerzyły zakres ochrony, wprowadzając w art. 4 ust. 3 zakaz wcielania dzieci w wieku poniżej 15 lat do grup zbrojnych oraz otrzymywania zezwoleń na udział w działaniach zbrojnych. Wydaje się, że status prawny dziecka określony przez II Protokół Dodatkowy, odnoszący się do konfliktów niemiędzynarodowych, jest z formalnego punktu widzenia nieco lepszy niż w przypadku międzynarodowego konfliktu zbrojnego²⁰, ponieważ uwzględnia również pośredni udział dzieci w konfliktach zbrojnych.

¹⁷ I Protokół Dodatkowy do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz. U. 1992.41.175).

¹⁸ J. Nowakowska-Mańsecka, op. cit., s. 130.

¹⁹ I Protokół Dodatkowy do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U.1992.41.175 zał.).

²⁰ P. Jaros, *Konflikty zbrojne jako zagrożenie dla dziecka*, [w:] *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, pod red. T. Jasudowicza, M. Balcerzaka, J. Kapelańskiej-Pręgoskiej, Toruń, 2009, s. 281.

Postanowienia te zostały powtórzone w Konwencji o prawach dziecka, która podkreśliła jeden element, którego zabrakło w Protokołach, a mianowicie – rozróżnienie ze względu na okoliczności. Konwencja przedstawiła problem na gruncie prawa międzynarodowego praw człowieka, wskazując, że ochrona dziecka jest jednym z jego zadań. W końcu dziecko to młody człowiek, który powinien tworzyć fundament pod nową rzeczywistość, budować związki między ludźmi i dbać o dobre wartości.

Ponadto, dziecko posiada także przyrodzone i niezbywalne prawa, oprócz oczywiście tych, które są mu należne ze względu na stan, w którym się znajduje, jak chociażby opieka rodzicielska. Państwa–Strony podejmą wszelkie możliwe kroki dla zapewnienia, aby osoby, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat, nie brały bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych²¹. Artykuł ten zobowiązuje państwa do zapewnienia dzieciom dotkniętym konfliktem zbrojnym ochrony i opieki, a także zabrania rekrutacji dzieci, które nie ukończyły 15 lat.

Obowiązek przestrzegania tych postanowień spoczywa nie tylko na stronach Konwencji, ale w sposób bezpośredni zobowiązuje przede wszystkim władze wojskowe oraz dowódców. Pomimo tych gwarancji, zawiera on ograniczenia wyrażone w określeniu „bezpośrednio”, który wskazuje na brak form ochrony przy stosowaniu innych sposobów wykorzystywania dzieci. Konwencja zobowiązuje państwa – strony do „powstrzymywania się przed rekrutowaniem do swoich sił zbrojnych jakiegokolwiek osoby, która nie osiągnęła wieku 15 lat²². Natomiast w stosunku do przedziału wiekowego 15–18 lat zapewnia pierwszeństwo w rekrutacji dla starszych. Wskutek tego Konwencja o Prawach Dziecka nie podejmuje wielu istotnych zagadnień. Przyjęła bowiem granicę wieku 15 lat oraz pominęła kwestię rekrutacji przez siły pozarządowe. Są to z pewnością istotne niedociągnięcia, mające wpływ na brak postępów w eliminacji wojskowego wyzysku dzieci.

Wart podkreślenia jest regionalny dokument dotyczący tej kwestii, a mianowicie Afrykańska Karta Praw i Dobrobytu Dziecka, uchwalona przez Organizację Jedności Afrykańskiej w 1990 r. w Addis Abebie. Wprowadziła ona to, czego nie było w poprzednich dokumentach. Otóż w art. 22 Karty znajduje się postanowienie, że państwa podejmą kroki w celu zagwarantowania, aby żadne dziecko nie brało bezpośredniego udziału w walkach, w szczególności powstrzymają się od wcielania dzieci do sił zbrojnych. Co najważniejsze, Karta nie podaje granicy wieku, a to oznacza, że należy zastosować ją do każdego dziecka, czyli – według Konwencji o prawach dziecka – osoby, która nie ukończyła 18 roku życia²³. Co więcej, Karta obowiązuje na najbardziej problematycznym kontynencie, na którym dochodzi do masowego wyzysku dzieci. W Karcie pojawia się jednak rozbieżność odnosząca się do pojęcia

d z i e c k a –

²¹ Konwencja o prawach dziecka z dn. 20 listopada 1989 r.

²² Konwencja o prawach dziecka (Dz.U.1991.120.526).

²³ J. Nowakowska- Małusecka, op. cit., s. 131.

–żołnierza w świetle konfliktu zbrojnego. Z jednej strony apeluje o zakaz uczestnictwa dzieci w konfliktach, natomiast z drugiej strony traktuje je jako pełnoprawnych uczestników walk, stanowiąc o obowiązku poszanowania i realizacji zasad międzynarodowego prawa humanitarnego. W art. 23 Karty istnieje również regulacja przyznająca dziecku status uchodźcy, co oznacza zagwarantowanie ochrony i pomocy humanitarnej. W celu wspierania i ochrony praw dzieci powołano Afrykański Komitet Ekspertów w Dziedzinie Praw i Dobra Dziecka²⁴.

Problem podejmuje także Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 182, dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci. Konwencja zalicza do nich przymusowe lub obowiązkowe rekrutowanie dzieci do udziału w konflikcie zbrojnym²⁵. Zobowiązuje państwa do tego, by podejmowały skuteczne środki w celu przestrzegania zakazu i eliminowania najgorszych form pracy dzieci.

Coraz częstsze naruszenia praw dziecka zmusiły społeczność międzynarodową do zawarcia porozumienia w zakresie ścisłych wymogów odnoszących się do dopuszczalności udziału żołnierzy w siłach zbrojnych, przy czym postulowano zwłaszcza podniesienie granicy wieku dopuszczającego możliwość wstąpienia do armii. Inicjatywa ochrony praw dziecka pojawiła się w zamyśle Komitetu Praw Dziecka, który w 1993 r. wystąpił z ideą opracowania i uchwalenia Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka, którego celem było podniesienie wieku żołnierzy do 18 lat²⁶.

Ten moment przeciął dyskusję dotyczącą granicy wieku, z której przekroczeniem staje się dopuszczalny udział w konflikcie zbrojnym. Inicjatywa została przyjęta przez Komisję Praw Człowieka ONZ, która powołała Międzysesyjną Stałą Grupę Roboczą²⁷. Rezultatem prac tego ostatniego ciała było przyjęcie w dniu 25 maja 2000 r. wspomnianego Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne. Protokół Fakultatywny wzmocnił ochronę dzieci, podnosząc granicę wieku, której przekroczenie umożliwia dopuszczalną rekrutację do wojska.

Przy ustaleniu wieku kierowano się terminem *dziecko*, dla którego art. 1 Konwencji o prawach dziecka wskazuje na osobę poniżej 18 roku życia, nakłada na państwa zobowiązanie w zakresie obowiązkowej i dobrowolnej rekrutacji. Artykuł ten stanowi, że „Państwa– Strony podejmą wszelkie możliwe środki dla zapewnienia, by członkowie ich sił zbrojnych, którzy nie osiągnęli 18 roku życia, nie brali bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”²⁸, a równocześnie nakłada obowiązek, by osoby, które nie osiągnę-

²⁴ P. Jaros, *Prawa dziecka w konfliktach zbrojnych...*, s. 290.

²⁵ J. Nowakowska-Małusecka, op. cit., s. 131–132.

²⁶ A. Łopatka, op. cit., s. 115.

²⁷ P. Jaros, *Prawa dziecka w konfliktach zbrojnych...*, s. 282.

²⁸ Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne (Dz. U. 2007. 91. 608).

ły 18 roku życia, nie były objęte obowiązkowym poborem do ich sił zbrojnych. W przypadku dobrowolnych ugrupowań, innych niż państwowe siły zbrojne, państwo ma za zadanie dopilnować, by nie prowadziły one naboru ani nie wykorzystywały takich osób w inny sposób.

Protokół zapewnia także podwyższenie wieku w zakresie ochotniczej rekrutacji, ale dokładne regulacje pozostawia państwu, nie pozostawiając jednak państwu–stronom pełnej swobody w tym zakresie. Każde państwo jest zobowiązane na podstawie art. 3 do składania deklaracji wraz z przystąpieniem do Protokołu, w której wskazuje minimalny wiek, od którego dopuszcza dobrowolną rekrutację do narodowych sił zbrojnych.

Dla wzmocnienia ochrony dzieci, Protokół wprowadza liczne gwarancje. Jest to zabezpieczenie w razie próby zmuszania kandydatów do udziału w konfliktach zbrojnych. Zatem w ust. 3 przewidziano następujące wymogi dotyczące dobrowolnej rekrutacji: przede wszystkim wymagane jest wskazanie wieku przez każde państwo, potwierdzenie dobrowolności przez świadomą zgodę rodziców lub opiekunów prawnych, poinformowanie o obowiązkach związanych z przyjęciem do służby oraz przedstawienie metryki urodzenia. Protokół nie tylko zapewnia doraźne regulacje, ale dąży do przebudowy systemów prawnych państw poprzez zobowiązanie do realizacji i egzekwowania postanowień Protokołu, w tym kryminalizowania powyższych naruszeń. Poza tym, poprzez środki pośrednie, jak obowiązek promowania i upowszechniania zasad i postanowień Protokołu, wprowadza zmiany w sposobie myślenia społeczności międzynarodowej.

Co więcej, dla zapobieżenia skutkom wyzysku dzieci, Protokół nakłada na państwa obowiązek podjęcia wszelkich możliwych środków w celu demobilizacji lub zwolnienia ze służby dzieci podlegających ich jurysdykcji – wcielonych lub wykorzystywanych w konfliktach zbrojnych. Ponadto, art. 6 nakłada również obowiązek udzielania takim osobom pomocy w odzyskaniu zdrowia fizycznego i psychicznego.

Dla zabezpieczenia tych postanowień, Protokół przewiduje techniczną i finansową współpracę państw w tym zakresie. „Dialog będzie odbywał się między państwami jak również organizacjami międzynarodowymi”²⁹. Protokół zapewnia wszechstronną opiekę dzieciom – żołnierzom zarówno w zakresie zapobiegania ich wykorzystywaniu oraz udzielania pomocy ofiarom konfliktu zbrojnego.

Niezbędne jest także wprowadzenie nadzoru nad wiekiem osób przyjmowanych do szkół wojskowych. Powinny one podlegać ministerstwu edukacji, a co za tym idzie powinny mieć tu zastosowanie wszelkie wymogi prawa do edukacji. „Recz w tym w szczególności, aby nauczanie było wolne od brutalności i odbywało się w duchu przygotowania do życia w wolnym społeczeń-

²⁹ M. Szuniewicz, op. cit., s. 89–94.

³⁰ A. Łopatka, op. cit., s. 115.

stwie w duchu zrozumienia, pokoju, tolerancji, równości płci i przyjaźni między wszystkimi narodami”³⁰.

4. Problem w praktyce

Powody, dla których dzieci wstępują do armii, mają wymiar indywidualny oraz społeczny. Indywidualne pobudki to chęć przetrwania i podniesienia statusu społecznego. Młody mężczyzna potrzebuje szacunku i słów uznania dla swojej odwagi. Stąd też występowanie „na pierwszej linii ognia” zwiększa jego poczucie własnej wartości. Rekrutacja do wojska stanowi również pewien rodzaj awansu dla wielu młodych ludzi. Bycie członkiem zbrojnej grupy daje im poczucie przynależności grupowej oraz status, jakiego byli pozbawieni w swoim środowisku jako cywile. W krajach, w których brakuje szkół oraz perspektyw na pracę, młodemu człowiekowi pozostaje ostatni sposób zarobku, jakim jest zgłoszenie się do wojska na ochotnika. „W rękach tych młodych ludzi karabin jest narzędziem przetrwania i narzędziem pracy”³¹. Wstąpienie do armii daje im możliwość przeżycia, chociażby ze względu na zagwarantowane ubranie oraz regularne pożywienie. Dlatego jest to problem o głębszych i poważniejszych przyczynach³².

Można posłużyć się przykładem Czadu, w którego wschodniej części istnieją przepelnione obozy dla uchodźców. Stanowią one centra życiowe dla osób, które zmuszone były w wyniku konfliktu zbrojnego opuścić swoje domy. Dzieci nie mają tam dostępu do edukacji oraz możliwości zatrudnienia. Często nikt nie oczekuje ich w domu, gdyż utraciły swoje rodziny i przyjaciół w walkach. Miejsca te są zatem doskonałym terenem do rekrutacji dzieci. UNICEF wpłynął na rząd Czadu, by ten podjął działania demobilizujące w stosunku do najmłodszych uczestników walk. W programie rządowym brakowało jednak skuteczności. Jakie są przyczyny takiego stanu rzeczy? Duże znaczenie odgrywa ciągła niepewność, skrajne ubóstwo i niechęć polityków oraz wojskowych do zaangażowania się w proces demobilizacji. Sytuacja we wschodnim Czadzie jest bardzo zmienna. Region ten jest bardzo biedny i brak w nim stabilności politycznej. Ogromny wpływ ma na niego również kryzys w sąsiednim Darfurze. Ogromna liczba uchodźców z Darfuru mieszka w obozach dla uchodźców we wschodnim Czadzie³³.

Nadto, rekrutacja dzieci do sił zbrojnych ma poważniejsze przyczyny. Sprzyjające ku temu warunki istnieją w „państwach upadłych”, występujących głównie na obszarach trzeciego świata: w Afryce, na Bliskim i Środkowym Wschodzie, w Azji Środkowej, Ameryce Łacińskiej. W takim kraju wła-

³¹ <http://www.maliwojownicy.strefa.pl/>, data dostępu – 13.11.2013 r.

³² A. Łopatka, op. cit., s. 132–133.

³³ http://amnesty.org.pl/no_cache/archiwum/aktualnosci-strona-artykulu/article/7196/564.html, data dostępu – 14.11.2013 r.

dza nie posiada społecznej legitymizacji, następuje utrata kontroli nad granicami i terytorium państwa. Oznacza to pozbawienie społeczności pewnych dóbr, jakimi są: edukacja, transport, drogi i inne sfery sektora publicznego. Przykładem takiego państwa jest Somalia. W każdej części tego kraju nieustannie odbywają się wojny domowe. Brak jednolitej siły zbrojnej powoduje, iż w lokalnych środowiskach próbują przejąć władzę grupy ludzi. Te zbrojne grupy wyzyskują Somalijszyków, zapewniając im pożywienie i podstawowe potrzeby do przeżycia. Ich celem jest zdobycie kontroli nad całym terytorium, jednakże nie są w stanie sprawować efektywnej kontroli nad całym państwem³⁴. Stąd też nieprzerwany stan wojny i brak godnych warunków do życia popycha młodych ludzi do zarobku poprzez czynny udział w walce. Należy zatem wskazać, iż werbunek dzieci do oddziałów zbrojnych nie jest problemem określonych sił zbrojnych, ale ma szersze źródło i jest poważnym problemem całej społeczności międzynarodowej.

Zarówno wewnętrzne, jak i międzynarodowe konflikty rodzą problem wyzysku dzieci jako aktywnych żołnierzy. „Więcej niż 300 000 dzieci poniżej 18 roku życia w ponad 30 krajach bierze aktywny udział w konfliktach zbrojnych”³⁵. Szacuje się, że ponad 300 tysięcy dzieci należy do różnego rodzaju armii, a od 1990 r. na całym świecie ponad 1,6 mln dzieci zginęło w konfliktach zbrojnych³⁶. Jest to problem dotyczący kraje Bliskiego Wschodu, Afrykę, a w ostatnim czasie także Syrię. Najwięcej dzieci walczy w Demokratycznej Republice Kongo, ale również w: Ugandzie, Sudanie, Libanie, Birmie, Somalii, Sierra Leone, Sri Lance, Afganistanie, Angoli, Burundi, Kolumbii, Izraelu, Palestynie, Iranie i Iraku. Do najpopularniejszych grup dzieci–żołnierzy zalicza się Zjednoczony Front Rewolucyjny oraz West Side Boys działające w Sierra Leone³⁷.

Sprzeciw wobec zjawiska wyzysku dzieci jako żołnierzy ma charakter ogólnoświatowy. Wiele organizacji międzynarodowych tj.: Fundusz Narodów Zjednoczonych na rzecz dzieci (UNICEF), Organizacja Narodów Zjednoczonych, Amnesty International, Human Rights Watch, Unia Europejska, Międzynarodowa Organizacja Pracy, Polska Akcja Humanitarna, Międzynarodowy Czerwony Krzyż i wiele innych wkłada wiele wysiłku, aby zakończyć rekrutację nieletnich żołnierzy. Potwierdzeniem współpracy z licznymi organizacjami działającymi w różnych częściach świata było powołanie w 1998 r. Koalicji przeciwko Wykorzystywaniu Dzieci – Żołnierzy z siedzibą w Londynie. Wiele państw jest zaangażowanych w monitorowanie sytuacji wyzysku

³⁴ <http://liberte.pl/panstwo-upadle-liberalny-raj-czy-pieklo/>, data dostępu – 12.11.2013 r.

³⁵ www.unic.un.org.pl/rozbrojenie/dzieci-zolnierze.php, data dostępu – 11.11.2013 r.

³⁶ <http://czaszdziecmi.pl/advices/multikulturowo/show/88-dzieci-zolnierze>, data dostępu – 11.11.2013 r.

³⁷ Ibidem.

dzieci – żołnierzy, wymianę doświadczeń, propagowanie aktywnego sprzeciwu wobec tego problemu.

5. Odpowiedzialność międzynarodowa za naruszenia

Znacząca w kwestii odpowiedzialności była Rezolucja Rady Bezpieczeństwa nr 1261 z 1999 r., ponieważ jednoznacznie potępiła działalność polegającą na wykorzystywaniu dzieci w konfliktach zbrojnych stanowiącą naruszenie zobowiązań międzynarodowych. RB wezwała państwa do przestrzegania wiążących je zobowiązań zawartych w przepisach Konwencji genewskich z 1949 r., Protokołów Dodatkowych z 1977 r. oraz Konwencji o prawach dziecka. Wskazała potrzebę ścigania osób odpowiedzialnych za naruszenie zobowiązań międzynarodowych. Nadto, organ ONZ podkreślił w rezolucji, iż należy uwzględniać kwestię ochrony dzieci w dyskusjach na temat międzynarodowego bezpieczeństwa i pokoju. RB zwróciła się z żądaniem do państw i podmiotów międzynarodowych, by podejmowały stosowne działania w celu zapewnienia rozbrojenia, demobilizacji, reintegracji i rehabilitacji społecznej dzieci – żołnierzy³⁸.

Rezolucja Rady Bezpieczeństwa nr 1612 z 2005 r. wskazała główne rodzaje naruszeń praw dziecka na obszarach objętych konfliktem zbrojnym. Zaliczamy do nich: stosowanie przemocy wobec dzieci, wykorzystywanie dzieci przez zbrojne grupy, zabijanie i zadawanie ran dzieciom, ataki na główne placówki, zatrzymywanie pomocy humanitarnej, przemoc na tle seksualnym oraz uprowadzenia dzieci. Międzynarodowe prawo humanitarne byłoby tylko iluzoryczną pomocą dla pokrzywdzonych konfliktem zbrojnym, gdyby nie to, że w razie naruszeń jego postanowień przewidziano określoną odpowiedzialność. Ta sama rezolucja ustanowiła system sprawozdań i monitorowania, które dają pewną kontrolę nad stanem legalności działań. Powołano terenową Grupę Roboczą ds. Monitorowania Raportów. Specjalny przedstawiciel Sekretarza Generalnego ONZ do spraw dzieci w konfliktach zbrojnych został upoważniony do przygotowywania sprawozdań na temat pogwałceń praw dziecka.

Jak już wspomniano, Konwencja o prawach dziecka jak i Protokół Fakultatywny do niej nakłada na państwa obowiązek dopilnowania, by dziecko, które nie osiągnęło określonego wieku, nie brało bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Protokół dodatkowo wskazuje, że także na każdej grupie zbrojnej innej niż siły zbrojne danego państwa, spoczywa taki obowiązek. Ten sam dokument daje podstawę do wprowadzenia do systemów wewnętrznych państw przepisów, które mają nakazywać i zakazywać takich zachowań, co gwarantuje sprawniejszą i bezpieczniejszą ochronę dzieci. Pod-

³⁸ http://www.brpd.gov.pl/uploadfiles/publikacje/dziecko_zolnierz.pdf, data dostępu – 13.11.2013 r.

³⁹ P. Jaros, *Prawa dziecka w konfliktach zbrojnych...*, s. 283–284.

miotami zobowiązanymi do przestrzegania tych postanowień są zarówno siły państwowe, jak i grupy pozarządowe. „Jednoczesne nałożenie na państwa – strony zobowiązania do zapobiegania, ścigania i karania takich praktyk było zabiegiem ze wszechmiar pożądanym”³⁹.

Kolejnym ważnym krokiem na drodze do ukarania i zapobiegania wykorzystywaniu dzieci w konfliktach zbrojnych było utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego na podstawie Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, który został przyjęty 17 lipca 1998 r. w Rzymie. Zadaniem Trybunału jest prowadzenie dochodzeń i sądzenie w sprawach dotyczących takich przestępstw międzynarodowych, jak ludobójstwo, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości oraz agresja. Do pojęcia zbrodni wojennej wliczono pobór lub werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia lub wykorzystywanie ich do aktywnego uczestnictwa w działaniach zbrojnych w międzynarodowych i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych. W Statucie za granicę wieku dla dzieci przyjęto 15 lat, stąd też w międzynarodowym systemie ochrony praw dziecka brakuje zgodności, a co a tym idzie nie wszystkie sytuacje będą pociągały za sobą odpowiedzialność karno-międzynarodową. Ponadto jurysdykcja Trybunału ma charakter subsydiarny, co oznacza, że Trybunał osądza tylko wtedy, gdy państwo nie chce lub nie może przeprowadzić postępowania.

MTK jest przykładem realizacji idei uniwersalnej jurysdykcji w przeciwieństwie do Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii, dla Sierra Leone czy też dla Rwandy. Wszystkie wymienione Sądy rozpatrują międzynarodowe przestępstwa wskazane enumeratywnie w Statutach Trybunałów, które miały miejsce na obszarze wymienionych państw.

Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii to organ o charakterze niestałym. Może pociągnąć do odpowiedzialności za naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego na terytorium byłej Jugosławii. Czyny karalne upoważniające do osądzenia przez Trybunał, stanowią zbrodnie wojenne, przestępstwa przeciwko pokojowi, ludobójstwo oraz przestępstwa przeciwko ludzkości.

Analogiczny międzynarodowy sąd osądza osoby odpowiedzialne za ludobójstwo i inne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione na terytorium Ruandy i obszarach sąsiedzkich.

Niezwykle ważny okazał się Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, ponieważ po ciężkich doświadczeniach związanych z konfliktem, zaakcentowanie konieczności ochrony dzieci stało się już nie tyle postanowieniem kolejnego Statutu, ile wyrażeniem sprzeciwu dla werbunku do wojny dorosłych tak słabych istot, jakimi są dzieci. W tym przypadku był to na tyle poważny problem, że skłonił do określenia odpowiedzialności osób kierujących – dowodzących dziećmi, które pod wpływem przymusu lub będąc pod działaniem narkotyków popełniały zbrodnie wojenne⁴⁰.

⁴⁰ P. Jaros, *Konflikty zbrojne jako zagrożenie dla dziecka...*, s. 277.

Specjalny Trybunał dla Sierra Leone osądzał osoby winne zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości oraz innych poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego. To, co odróżnia wyżej wspomniany Statut od innych tego typu regulacji dotyczy wskazania przestępstwa werbowania oraz zaciągania do sił zbrojnych oraz wykorzystywania w działaniach zbrojnych osób poniżej piętnastego roku życia. Wykorzystywanie dzieci było charakterystycznym zjawiskiem dla tego konfliktu i stało się alarmem dla społeczności międzynarodowej. Niemniej jednak uznano także, że dzieci w wieku 15–18 lat mogą odpowiadać za swoje czyny. Jest to z pewnością kontrowersyjne zagadnienie w związku z tym, jakie określenie dla młodocianego żołnierza wydaje się bardziej adekwatne? Ofiara czy sprawca? Jeszcze dziecko czy już żołnierz? Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w art. 7 wskazuje na odpowiedzialność tych osób.

Uznano, że brutalne czyny powinny mieć swoje adekwatne zakończenie, bez względu na to, kto jest ich sprawcą. Jednym słowem, także dziecko staje się odpowiedzialne za swoje czyny. Nie należy zapominać, że jest to kwestia bardzo dyskusyjna. Z tego względu Specjalny Przedstawiciel uznał dzieci za ofiary, stąd też bardzo łagodne są sposoby pociągania ich do odpowiedzialności. Bierze się pod uwagę dojrzałość emocjonalną, mentalną i intelektualną, a także rozmiar winy i możliwość zastosowania alternatywnych środków pociągania do odpowiedzialności. W tym przypadku stosuje się nie tylko wszystkie zasady rzetelnego procesu sądowego, skazania i odbywania kary, ale również wykluczone jest wykonywanie kary śmierci. Kara wobec dziecka–żołnierza ma charakter represyjny, ale ma również na celu zwrócenie go społeczeństwu, przygotowanie do życia, zresocjalizowanie⁴¹. Przy rozstrzygnięciu spraw przeciwko nieletnim sprawcom Specjalny Trybunał dla Sierra Leone stosuje takie środki, jak: kuratela, nadzór, wykonywanie prac społecznych, doradztwo, opieka wychowawcza, objęcie różnego rodzaju programami skierowanymi na rozbrojenie, demobilizację lub po prostu opiekę⁴².

6. Skutki wpływu konfliktu zbrojnego na dziecko

Analizy skutków konfliktów zbrojnych ponoszonych przez dzieci dokonała szwedzka organizacja pozarządowa „Radda Barnen”. Do jednej z grup zaliczyła powoływanie dzieci na aktywnych członków sił zbrojnych. Jest to grupa dzieci narazona w najwyższym stopniu na utratę życia i zdrowia, zaś szkody psychiczne w przypadku tej grupy są często nieodwracalne⁴³. Możemy wymienić trzy rodzaje konsekwencji wpływu konfliktu zbrojnego na dziecko – żołnierza: fizyczne, psychiczne i społeczne.

⁴¹ J. Nowakowska- Małusecka, op. cit., s. 134– 136.

⁴² P. Jaros, *Konflikty zbrojne jako zagrożenie dla dziecka...*, s. 289.

⁴³ Tenże, *Prawa dziecka w konfliktach zbrojnych...*, s. 276.

Nierzadko młody żołnierz umiera w obozie podczas procesu rekrutacyjnego, na polu bitwy lub też w wyniku ogólnego wyczerpania. Doznaje różnego rodzaju okaleczeń i uszkodzeń ciała. Trwałym skutkiem okazują się też choroby narządów ruchu, skóry, układu krążenia, układu oddechowego, AIDS czy też uzależnienie od narkotyków oraz alkoholu. Wskutek przyzwyczajenia organizmu do trudnych warunków życia, dziecko dotyka proces przedwczesnego starzenia⁴⁴. Dzieci rekrutowane do armii są narażone na utratę życia i zdrowia. Regularnie podaje się im określone dawki narkotyków, by wzmocnić ich odwagę na polu bitwy. Ponadto, demonstruje się przed nimi śmierć innego dziecka, grożąc takimi samymi konsekwencjami wobec innych nieposłusznych młodych wojowników. Jeden z takich świadków opowiada, iż na jego oczach pobito na śmierć młodych chłopców – „starszy dowódca grupy zbrojnej wydał rozkaz, by ich bić (...) Kiedy zmęczyli się ciągłym kopaniem przystąpili do bicia drewnianymi pałkami. Wykonywanie kary trwało 90 minut– dopóki chłopcy nie umarli”⁴⁵.

Dziecko będące świadkiem tego rodzaju przemocy oraz zmuszane do podejmowania działań zbrojnych, jest narażone również na poważne zmiany w psychice. Wzrok niedojrzałej istoty zbyt szybko przyzwyczajają się do widoku krwi i umieszcza go w swojej pamięci jako zwyczajny styl życia. Bardzo wymowne są słowa jednej z wolontariuszek – Christine, ze schroniska dla byłych dzieci-żołnierzy „Arka Noego” w Gulu – „Niektórym udaje się przemyć ostre przedmioty. Wtedy w nocy okaleczają siebie albo inne dzieci. Tłumaczą, że jeśli nie widzą zbyt długo krwi, czują się niepewnie”⁴⁶. Rezultatem takiego sposobu myślenia będzie akceptacja przemocy w dorosłym życiu i wykorzystywanie jej jako sposobu rozwiązywania problemów. Jedno z aktywnych dzieci – żołnierzy w Sierra Leone podkreśla, iż dzieci powracające do domów rodzinnych, nie chcą żyć jak zwyczajne nastolatki. „Nie podporządkowują się nakazom i rodzinnej hierarchii (...), przyzwyczajone do wolności i do uroków życia w lesie, czuły się wszechmocne, mogły decydować o życiu lub śmierci innych”⁴⁷.

Smutny los czeka w armii nie tylko chłopców, ale także dziewczynki, które otrzymują karabiny tej samej wielkości co chłopcy. Poza tym, dziewczynki pełnią także inne role podczas działań wojennych. Do ich obowiązków należy zajmowanie się kuchnią w obozach, noszenie ekwipunku, wykonywanie usług seksualnych na życzenie żołnierzy oraz walka w okopach. Niewyobrażalne są słowa Katy, która w wieku 17 lat została porwana przez ugandyjskich rebeliantów: „kiedy żołnierze zorientowali się, że w grupie była kobieta w ciąży, wpadli w furję (...), potem pocięli ją na kawałki i dali mi do ugotowania. Nie można było odmówić, chyba że za cenę własnego życia”⁴⁸.

⁴⁴ maliwojownicy.strefa.pl/Prezentacja12.pps, data dostępu – 16.11.2013 r.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ www.sadistic.pl/dzieci-zolnierze-vt83147.htm, data dostępu – 11.11.2013 r.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

Dodawac nie trzeba, iż dziewczynki w zaawansowanej ciąży miały obowiązek brać czynny udział w walkach, także na pierwszej linii.

Wszystkie wskazane problemy rodzą się w wyniku jednego aktu przemocy – wciągnięcia dziecka do wojny dorosłych. Dramatyczne momenty w życiu tych młodych ludzi zostają w ich pamięci na zawsze. Nazywa się to stresem pourazowym. Opisuje się to zjawisko jako zaburzenia psychiczne, będące efektem przeżycia traumatycznych wydarzeń, których rezultatem są pojawiające się w pamięci obrazy morderstw, gwałtów, masowych egzekucji i tortur. Zdarzenia powracają bardzo wyraźnie w przyszłym życiu codziennym tych osób. Bez wątplenia świadczą o tym słowa Ishmaela Beah, który w wieku 12 lat został zmuszony do udziału w Zjednoczonym Froncie Rewolucyjnym działającym w Sierra Leone – „Zrywałem się, spocony, boksując powietrze. Wybiegałem na zewnątrz, na sam środek boiska, siadałem i kotysałem się do przodu i do tyłu, obejmując kolana(...)”⁴⁹. Wspomnienia traumatycznych wydarzeń pozostawiają trwałe ślady w dziecięcej psychice, wywołując zaburzenia snu, rozdrażnienie, niepokój, gniew, strach czy depresję. Wiąże się to także z powstawaniem wielu chorób. Zamknięte na świat stają się niezdolne do okazywania jakichkolwiek uczuć.

Z rekrutacją do zbrojnych sił wiąże się izolacja od rodziny i przemieszczanie, co staje się przyczyną braku poczucia posiadania własnego miejsca. Pogarszać ten stan psychiczny może także sieroctwo oraz utrata bliskich.

Wykorzystanie dziecka dla celów militarnych powoduje również społeczne konsekwencje. Powrót młodego żołnierza spotyka się z odrzuceniem nie tylko przez społeczeństwo, lecz również własną rodzinę. Wraz z zakończeniem działań wojennych, ich reintegracja ze społeczeństwem jest niezwykle trudna. Wyszkoleni na bezwzględnych zabójców, często nie mogą powrócić w rodzinne strony w obawie przed szykanami ze strony swoich bliskich. Mieszkańcy wioski rodzinnej traktują młodych żołnierzy jako wyklętych, co utrudnia im odszukanie swojego miejsca na świecie. Zatem wiele razy dzieci wracają do okopów, gdyż nie potrafią odnaleźć więzi, które dawniej łączyły je z określonym środowiskiem. Należy także wskazać, iż dziecko nie ma możliwości rozwijania się pod względem duchowym, jak i umysłowym, gdyż w okresie służenia w oddziałach zbrojnych nie pobiera żadnej nauki. Rozwój umysłowy jest bardzo utrudniony także po demobilizacji, ponieważ należy zapewnić dziecku opiekę nauczycieli z tego samego środowiska, tradycji oraz mówiącego tym samym językiem, a nie zawsze jest to możliwe. Powracające dzieci bądź już dorośli mają problemy z zatrudnieniem. Masowa rekrutacja dzieci do grup zbrojnych nie jest również bez znaczenia dla stabilności politycznej i cywilizacyjnego rozwoju⁵⁰.

7. Podsumowanie

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ maliwojownicy.strefa.pl/Prezentacja12.pps, data dostępu – 16.11.2013 r.

Każdego dnia w różnych zakątkach świata umierają tysiące dzieci z różnych powodów. Część z nich z powodu słabej opieki zdrowotnej, inne – z powodu głodu, jeszcze inne – w wyniku nieszczęśliwych wypadków, w tym przypadku zaś – na polu walki między dorosłymi. Wojna staje się zarzewiem konfliktów i przyczyną śmierci wielu niewinnych istot. Jest to podwójne pokrzywdzenie człowieka – dziecka. Wojna sama w sobie dostarcza negatywnych uczuć, jest złym sposobem rozwiązywania konfliktów między dorosłymi. Warto więc zadać pytanie – co w tym sporze robi dziecko? Miejsce zabawki w ręku dziecka zajął karabin. Miejsce matki – żołnierz w okopach, który wyniesie na rękach, jeśli polegnie pod wpływem ran zadanych przez wroga – nierzadko swojego równolatka. Miejsce ojca – dowódca, który wskazuje jakie są jego obowiązki, a czego robić nie należy. Podwórkiem – scena bitwy.

Dla wielu afrykańskich krajów jest to typowe i zbyt częste zjawisko. Wyzysk dzieci w różnych formach w konflikcie zbrojnym ma dalekosiężne skutki. Są one pozbawiane nie tylko wszystkich podstawowych świadczeń socjalnych, opieki zdrowotnej, możliwości kształcenia, podstawowego środowiska rodzinnego, jakim są rodzice czy opiekunowie. Ich udział w walkach pociąga za sobą także trwałe skutki psychiczne i fizyczne, całkowicie zniekształcające psychikę dzieci i powodujące często nieumiejętność ich przystosowania się do życia w sytuacji innej niż konflikt zbrojny.

Dlatego Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka nakłada obowiązek współpracy państw–stron w zakresie udzielenia wszelkiej pomocy w odzyskaniu zdrowia psychicznego i fizycznego. Nie jest to łatwe zadanie, przede wszystkim dlatego, że trudności z resocjalizacją nie są jedynym aspektem powrotu dzieci do stanu sprzed mobilizacji. Osoby opuszczające armię, której były członkami, są traktowane jako dezertery i według prawa wewnętrznego tych grup są skazane na karę śmierci. Kara jest wykonywana w rodzinnych wioskach i ma charakter zbiorowej odpowiedzialności.

Nadto, wskazane regulacje przynoszą pewne wątpliwości w zakresie skuteczności ochrony dziecka wykorzystanego w konflikcie zbrojnym. Kwestie dopuszczalności wiekowej rekrutacji dzieci są niejednolite. I Protokół Dodatkowy do Konwencji genewskich dopuszcza ochronę dzieci poniżej 15 roku życia. Konwencja o prawach dziecka jest niemal powtórzeniem normy wskazanej w I Protokole. Dopiero I Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka formułuje zakaz powoływania dzieci w wieku poniżej 18 lat. Pojęcie dziecka na gruncie każdego z aktów międzynarodowych jest inne. Powoduje to brak skutecznej ochrony dziecka przed uprowadzeniem do oddziałów zbrojnych. Skuteczność walki z problemem dzieci – żołnierzy wymaga zaangażowania większych środków z uwagą na jego głęboki i powszechny charakter. Problem wyzysku młodych żołnierzy tkwi w trudnych warunkach życia i potrzebie przetrwania. Zatem walka z zewnątrz może być tylko doraźna. Szczególnym aktem jest, jak wspomniano, Afrykańska Karta Praw i Dobrobytu Dziecka, która mogła stanowić realne zobowiązanie państw afrykańskich do zapobiegania zaciąganiu dzieci do oddziałów zbroj-

nych. Jednakże rządzący nie sprzeciwiają się werbunkowi dzieci, gdyż zaprzestanie tego proceduru nie służyłoby ich celom politycznym.

Ten problem istnieje w mniejszym lub większym stopniu, dlatego należy dążyć do minimalizowania jego skutków, a przede wszystkim eliminowania wyzysku dzieci. Ciągłe aktualne jest pytanie Jana Pawła II, postawione w cytowanym na początku artykułu orędziu: (...) jakież konsekwencje będzie to miało dla ich przyszłości? oraz odpowiedź na to pytanie wspomnianego już Ishmaela – „Wspomnienia z wojny stały się murem, przez który musiałem się przebić, żeby pomyśleć o choćby najkrótszej chwili z mojego dawnego życia”⁵¹.

A CHILD SOLDIER AS AN ACTIVE VICTIM OF ARMED CONFLICT

Keywords: child – soldier, The Geneva Conventions, The Additional Protocols to the Geneva Conventions, The Convention on the Rights of the Child, The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child

Summary

First, an author presents a concept of a child – soldier, focusing on different types of exploitation in armed conflict. She also points an evidence a recruitment of children into armed groups, and the most common procedures of drafting to military forces.

The essence of work is recalling a normative basis of a problem, which involve a humanitarian law and international human rights. The Geneva Conventions indicate a need to protect civilians from an effects of an armed conflict. However, a protection of children participating actively in a national armed forces or fighting against a state or the government is including in the Additional Protocols to the Geneva Conventions. There are basic safeguards for children recruited for combat units below an age of 15 years. The First Additional Protocol calls countries which are in a conflict for making every practicable mean in order to protecting children below 15 years against participate directly in hostilities, and especially not to cite them into their armed forces. Moreover, The Second Additional Protocol includes protection against indirect participation of children in armed conflict.

Repetition of these provisions was the Convention on the Rights of the Child. „States – Parties shall make all feasible measures for ensuring that persons who have not attained an age of fifteen years, do not take a direct part in hostilities”. This article imposes obligations on states safeguarding children, affected by armed conflict, protection and care, as well as the prevention from recruitment of children below the age of 15 years.

The author also mentions other international instruments such as The African Charter on the Rights and Welfare of the Child and ILO Convention No. 182.

Raising an age in order to increase a protection of children – soldiers took place in the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child. It imposes obligations on states referring to prevention from recruiting. It constitutes, that Member States shall take all measures for ensuring that persons who have not attained the age of 18 years do not take a direct part in hostilities.

The author also points out an actual measurement of this exploitation and also indicate legal liability for violation rights of a child. She presents an implications of the impact of armed conflict on children and the irreversible changes that occur in mental and physical area.

Radostaw Fordoński

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Unilateral Use of Force under Article 2(4) of the UN Charter: Hostage-Rescue Operations

Keywords: prohibition of use of force in international relations, forcible protection of nationals abroad, trans-border hostage-rescue military operations

Introduction

The prohibition of threat or use of force in international relations as enshrined in Article 2(4) of the Charter of the United Nations¹ is no doubt the most important principle that emerged in the last century to govern inter-state conduct.² It is considered as a principle of ‘jus cogens,’ a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted.³

By means of the UN Charter, 193 governments have made the following pledges to each other and thereby to all mankind: (1) the pledge not to use force in international relations;⁴ (2) the pledge to settle disputes by peaceful means;⁵ (3) the pledge to refer disputes not settled by peaceful means to the Security Council;⁶ (4) the pledge to use force only pursuant to orders of the Security Council,⁷ and; (5) the pledge to carry out the decisions of the

¹ United Nations Charter and Statute of the International Court of Justice, 26.06.1945, 1 UNTS xvi, Art. 2(4) (‘All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.’).

² N. Elaraby, ‘Some Reflections on The Role of the Security Council and the Prohibition of the Use of Force in International Relations: Article 2(4) Revisited in Light of Recent Developments’, available at: www.mefacts.com/cache/pdf/icj/11449.pdf (last accessed 15 September 2013), 41, 41.

³ *Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion), 9.07.2004, 9 July 2004, ICJ Rep 136, 246, p. 254, para. 3.1. (Separate Opinion of Judge Elaraby); *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits), 27.06.1986, ICJ Rep 14, para. 190.

⁴ UN Charter, Art. 2(4).

⁵ *Ibidem*, Arts. 2(3), 33.

⁶ *Ibidem*, Art. 37.

⁷ *Ibidem*, Art. 42.

Security Council.⁸ Subsequently, the Charter reserves the use of military force to the Security Council,⁹ while it prohibits use of force by individual Member States,¹⁰ unless such State has suffered an armed attack, against which the inherent right of self-defense may be used¹¹ or targeted State consents to use of force on its territory.¹²

Nevertheless, implementation of Article 2(4) of the UN Charter has not terminated unilateral use of force by States. According to the 2004 UN study: 'For the first 44 years of the United Nations, Member States often violated these rules and used military force literally hundreds of times, with a paralysed Security Council passing very few Chapter VII resolutions and Article 51 only rarely providing credible cover.'¹³ W. Reisman describes nine

⁸ Ibidem, Art. 25. See also J. C. Sweeney, *The Just War Ethic in International Law*, "Fordham International Law Journal" (2003), vol. 27, 1865, p. 1867.

⁹ UN Charter, op. cit., Art. 42.

¹⁰ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect* (Ottawa: International Development Research Centre, 2001), para. 6.12. („For the UN to function effectively as a law-enforcing collective security organization, states must renounce the unilateral use of force for national purposes.”). See also J. C. Yoo and W. Trachmann, *Less than Bargained for: The Use of Force and the Declining Relevance of the United Nations*, "Chicago Journal of International Law" (2004), vol. 4, 379, p. 382 (stating that aims of the UN Charter 'are to prevent the use of force between nations except in self-defense, and to promote peace and international security by creating a system of collective self-defense in which UN members-when authorized by the Security Council-resort to the use of force to prevent threats to the international system. '); M. Glennon, *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo* (New York/Hampshire: Palgrave, 2001), p. 3 ('It is widely agreed that the most important rules are rules governing use of force; the most important obligation is the obligation not to use force unless in self-defense or pursuant to approval by the United Nations Security Council. '); *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. 1, R. Jennings and A. Watts (eds.) (Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 422 (stating that the use of armed force and in violation of another's state's sovereignty may be justified in international law only if: (1) an armed attack is launched, or is immediately threatened, against a state's territory or forces; (2) there is an urgent necessity for defensive action against the attack; (3) there is no practicable alternative to action in self-defense, and in particular another state or other authority which has the legal powers to stop or prevent the infringement does not, or cannot, use them to that effect; (4) the action taken by way of self-defense is limited to what is necessary to stop or prevent the infringement, i.e. to the needs of defense; and (5) in the case of collective self-defense, the victim of armed attack has requested assistance.); W. Michael Reisman, *Coercion and Self Determination: Construing Charter Art. 2(4)*, "American Journal of International Law" (1984), vol. 78, 642, p. 642 ('The United Nations Charter introduced to international politics a radically new notion: a general prohibition of the unilateral resort to force by states.')

¹¹ UN Charter, op. cit., Art. 51.

¹² UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston*, 28 May 2010, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, para. 34. See also E. Lieblich, *Intervention and Consent: Consensual Forcible Interventions in Internal Armed Conflicts as International Agreements*, "Boston University International Law Journal" (2011), vol. 29, 337, p. 350.

¹³ Report of the UN Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2 December 2004, UN Doc. A/59/565, para. 13.

major categories of unilateral use of force practiced by States since 1945 outside the strict scheme of the UN Charter: «quite broadly constructed» self-defense; self-determination and decolonization; humanitarian intervention; intervention by the military instrument to replace an elite in another state; uses of the military instrument within spheres of influence and critical defense zones; treaty-sanctioned interventions within the territory of another state; use of the military instrument for the gathering of evidence in international proceedings; use of the military instrument to enforce international judgments; and forcible countermeasures such as reprisals and retorsions.¹⁴ Furthermore he states that this ‘partial revival of unilateral *jus ad bellum*’ could be permissible under Article 2(4) as long as relates to the vindication of rights which the international community recognizes but has, in general or in a particular case, demonstrated an inability to secure or guarantee due to the deterioration of the Charter security regime.¹⁵

This article identifies an additional category of unilateral uses of force consisting of trans-border hostage-rescue by military means and addresses question of its conformity to prohibition on use of force constituted by Article 2(4).

Unilateral use of force to rescue nationals taken hostage abroad lacks legal definition or explicit regulation. The International Convention Against the Taking of Hostages was adopted by the UN General Assembly on 17 December 1979 defines act of hostage-taking¹⁶ and requires Parties to take ‘all practicable measures’ to prevent preparations for hostage-taking, in particular measures ‘to prohibit the illegal activities of those who encourage, instigate, organise or engage in hostage-taking’,¹⁷ including ‘exchanging information and co-ordinating the taking of administrative and other measures as appropriate to prevent the commission of those offences.’¹⁸ Forcible hostage-rescue measures are *prima facie* excluded, the relevant provision of the Convention seems inconclusive, though. Article 14 confirms that nothing in the Convention justifies violation of the territorial integrity or political independence of a State in contravention of the UN Charter.¹⁹ The

¹⁴ W. Michael Reisman, *Criteria for the Lawful Use of Force in International Law*, “Yale Journal of International Law” (1984), vol. 10, 279, pp. 280–81; W. Michael Reisman, *Article 2(4): The Use of Force in Contemporary International Law*, “Proceedings of the American Society of International Law”(1984), vol. 78, 74, pp. 77–81.

¹⁵ Reisman, ‘Criteria for the Lawful Use of Force in International Law’, pp. 280–1.

¹⁶ International Convention Against the Taking of Hostages, 17.12.1979, 1316 UNTS 205, Art. 1(1) (‘Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person (hereinafter referred to as the „hostage”) in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organisation, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages (‘hostage-taking’) within the meaning of this Convention.’).

¹⁷ *Ibidem*, Art. 4(1).

¹⁸ *Ibidem*, Art. 4(2).

¹⁹ *Ibidem*, Art. 14 (‘Nothing in this Convention shall be construed as justifying the violation of the territorial integrity or political independence of a State in contravention of the Charter of the United Nations.’).

understanding of the clause as explicit prohibition of hostage-rescue use of force is weakened by the addition of the reference to the text of the Charter as a whole.²⁰ The latter includes Article 51 which confirms the inherent right of a State to defend itself in case of armed attack, and this extends to the use of force in another State for the purpose of protecting one's nationals when the other State is unable or unwilling to take the necessary action.²¹

As the Convention does not exclude *a priori* permissibility of unilateral hostage-rescue military operations, this paper adopts a working definition of such undertaking based on the definition of hostage-taking from Article 1 of the Convention. The working definition is as follows: 'use of force without prior UN Security Council authorization to rescue nationals seized or detained abroad by State or non-State actor as hostages in the meaning given such term of Article 1 of the 1979 Hostage Convention and remaining in direct danger of life'.

Multiple cases of use of force since 1945 fulfill these characteristics. They include a Belgian-US operation in the Democratic Republic of Congo (1964),²² a Israeli operation in Entebbe (Uganda, 1976),²³ a German operation in Mogadishu (Somalia, 1977),²⁴ Egyptian rescue attempts in Cyprus (1978)²⁵ and Malta (1985),²⁶ the US operation in Iran (1980),²⁷ or recently, British operation *Barras* in Sierra Leone (2000)²⁸ and US and French operations in Somalia (2008-13).²⁹

²⁰ *Ibidem*, in *fine*.

²¹ J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979* (Cambridge: Grotius Publishers, 1990), pp. 313–4.

²² Part I of the text.

²³ Part II of the text.

²⁴ E. Meyr, *Aircraft Hijacking: The Mogadishu Rescue*, "Law and Order" (2001), vol. 49, 97 (discussing the Mogadishu rescue of a hijacked Lufthansa airliner in 1977).

²⁵ T. Ruys, *The "Protection of Nationals" Revisited*, Katholike Universiteit Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No. 17, October 2008, p. p. 17.

²⁶ C. M. Pérez, *Anatomy of Hostage Rescue: What Makes Hostage Rescue Operations Successful*, Naval Postgraduate School thesis, September 2004, p. 162.

²⁷ Part III of the text.

²⁸ L. J. Woods and T. R. Reese, *Military Interventions in Sierra Leone: Lessons From a Failed State* (Fort Leavenworth, Kansas: US Army Combined Arms Center Combat Studies Institute Press, 2008), pp. 65-71.

²⁹ 'Hostage captain rescued; Navy snipers kill 3 pirates', CNN, 12 April 2009, available at: <http://www.cnn.com/2009/WORLD/africa/04/12/somalia.pirates/> (accessed 6 October 2013) (concerning rescue of Richard Philips, captain of the vessel *Maersk-Alabama*, attacked by pirates 500 kilometers off the coast of Somalia); 'US navy Seals who killed Bin Laden rescue two hostages from Somalia', Guardian, 25 January 2012, available at: <http://www.theguardian.com/world/2012/jan/25/us-navy-seals-freed-somalia-hostages> (accessed 6 October 2013) (describing rescue of US citizen Jessica Buchanan and Danish citizen Poul Hagen Thisted were captured by Somali pirates in October 2011 while working on a demining project); 'Hunt for missing soldier after failed hostage rescue', Telegraph, 12 January 2013, available at: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianoccean/somalia/9797626/Hunt-for-missing-soldier-after-failed-hostage-rescue.html> (accessed 6 October 2013) (discussing the French rescue operation north of Mogadishu to free a national known under the code-name 'Denis Alex' from Islamist militant group Al-Shabaab).

The article consists of two parts. The first discusses three selected case-studies to present State practice regarding this kind of forcible measure. Review includes cursory presentation of military activities, review of legal justifications pursued by acting States and reactions of international community to the uses of force.

The following legal analysis discusses both legal bases of permissibility invoked in contemporary debate: (1) argument that this type of operation does not infringe the prohibition on the use of force since it does not impair the 'territorial integrity or political independence' of a State, merely rescuing nationals from a danger which the territorial State cannot or will not prevent; and (2) that it constitutes an exercise of the right of self-defense under Article 51 of the UN Charter.

1. Congo (1964)

The crisis that led to hostage-taking of 1600 white foreigners in eastern Congo started on 1 July 1960 when the Democratic Republic of the Congo was granted independence from Belgium. It was done without the benefit of a transitional period during which the former colonial power might have educated and trained the Congolese for their future roles. Chaos reigned within a few days, after the lack of effective civil authority became manifest. The soldiers of the *Congolese Force Publique*, a Belgian-officered security force, mutinied and, aided by civilian mobs, raped the white settlers, especially Belgians, and plundered. As the turmoil intensified, the United States evacuated several hundred missionaries and other American citizens living in the Congo and prepared forces to intervene if necessary. In the meantime, however, the United Nations acted by deploying a task force to the troubled land on 16 July 1960. The UN force's presence helped the Republic of the Congo to establish some measure of stability, and many of the evacuated missionaries and businessmen returned. But in March 1964, when plans for the withdrawal of the UN mission by the end of June were announced, tribal rivalries and the lack of firm central governmental control led to revolts in outlying areas against the duly constituted government.³⁰ Consequently, a third of the Congo was controlled by a rebel group led by Christopher Gbenye, called the *Conseil National de Liberation* (CNL) despite the apparent leadership of President Kasavubu and Prime Minister Tshombe.³¹ In early August, Gbenye, with aid from the United Arab Republic (UAR),

³⁰ W. H. Glasgow, 'Operations Dragon Rouge and Dragon Noire', US Army in Europe Headquarters Operations Division Historical Section paper, 1965, available at: <http://www.history.army.mil/documents/glasgow/glas-fm.htm> (last accessed 25 September 2013).

³¹ E. Lumsden, *An Uneasy Peace: Multilateral Military Intervention in Civil War*, "International Law and Politics" (2003), vol. 35, 795, 802 (quoting S. Chesterman, *Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 66–7).

Algeria, Ghana, the Sudan, and Kenya, seized Stanleyville, the capital of Haut Congo Province, and the third largest city in Congo, and proclaimed himself President of a Provisional Revolutionary Government.³²

After years of civil and inter-tribal war and recent defeats at the hands of various rebel factions, the Congolese army was weak and demoralized. Kasavubu and Tshombe contracted with white mercenaries from South Africa, Rhodesia, and Europe to help reconquer lost territory. They hired Maj. Mike Hoare, a South African, to lead the mercenaries.³³

Six weeks later, the tide of war began to turn. In response, Gbenye announced on 26 September that the approximately 1,600 foreigners remaining in the Stanleyville area, made up of '500 Belgians, 700 people of other European nationalities and 400 Indians and Pakistanis',³⁴ would not be allowed to leave; his intention obviously was to use them as hostages for political bargaining purposes.³⁵ With the rebels thus holding 'sixteen hundred trump cards',³⁶ a feverish round of negotiations began involving not only the rebels and the central government, but also the United States, Belgium, Kenya, an Ad Hoc Commission on the Congo of the Organization of African Unity (OAU) and the International Committee of the Red Cross (ICRC).³⁷

During October 1964, Congolese government troops and mercenaries won control of Bukavu, Beni, and Bumba, liberating Belgian Roman Catholic priests and nuns and clearing the way for an offensive against the rebel capital. The plight of the hostages worsened still further, with Gbenye proclaiming that 'all Belgian and American civilians would be treated as 'prisoners of war' in retaliation for the bombing of our liberated territory'.³⁸ On 11 November, during a radio broadcast, Gbenye stated that 'the British, Americans, Belgians and Italians must get ready to dig their own graves'.³⁹ Three days later, utilizing the rebel newspaper *Le Martyr*, he threatened that 'we will make our fetishes with the hearts of the Americans and Belgians, and we will dress ourselves with the skins of the Americans and Belgians'.⁴⁰

³² Lumsden, op. cit., p. 803 (quoting M. A. Weisburd, *Use of Force: The Practice of States since World War II* (University Park, PA: Pennsylvania State University Press, 1997), p. 266).

³³ D. L. Haulman, 'Rebellion in the Congo: Operation Dragon Rouge', in A. T. War-nock, (ed.), *Short of War: Major USAF Contingency Operations* (Maxwell Air Force Base, AL: Air University Press, 2000) 53, p. 55.

³⁴ *Lilich on the Forcible Protection of Nationals Abroad, International Law Studies*, vol. 77, T. C. Wingfield and J. E. Meyen (eds.), (Newport, RI: US Naval War College Press, 2002), p. 50 (quoting D. Reed, *111 Days in Stanleyville* (New York: Harper and Row, 1965), p. 8).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem* (quoting I. G. Colvin, *The Rise and Fall of Moïse Tshombe* (London: Frewin, 1968), p. 190).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/PV.1174, p. 15 (quoting the statement of the US Ambassador Stevenson).

The above threats, moreover, were not just rhetoric. By mid-November the number of hostages murdered while in captivity «amounted to 35 foreigners, including 19 Belgians, 2 Americans, 2 Indians, 2 Greeks, 1 Englishman, 1 Italian, 2 Portuguese, 2 Togolese and 4 Dutch, many of them missionaries who had spent their lives in helping the Congolese people.»⁴¹ The grim prospect that other hostages would meet a similar fate was strengthened by a captured telegram from a rebel general to an officer in charge of the hostages that had been held in Kindu. It ended: 'In case of bombing of region, exterminate all [Americans and Belgians] without requesting further orders'.⁴² Fortunately, the mercenary-led column captured the city, 300 miles south [of Stanleyville], «just in time to prevent the mass murder of twenty-four Europeans.»⁴³

At the news of the rebel defeat at Kindu, Gbenye announced that Belgian and American civilians would be treated as 'prisoners of war'. The Belgian and American consuls at Stanleyville, including Hoyt, were imprisoned and beaten. The rebels refused to allow International Red Cross representatives to examine the condition of the hostages. On 16 November, the rebels announced that Dr. Paul Carlson, an American Protestant missionary who had been in the country three years and whose wife and children had recently fled the country, would be executed as a spy. When government troops took the town of Kibombo, they found three dead European civilians.⁴⁴

At this point, the United States and Belgium began to fear that the overland advance of the Congolese army and its mercenaries would not be rapid enough to save the hostages. With the approval of Premier Tshombe, they began preparing a contingency rescue mission called *Dragon Rouge*.

Prime Minister Tshombe, in a note to the United States dated 21 November 1964, stated that the Congo Government had decided 'to authorize the Belgian government to send an adequate rescue force to carry out the humanitarian task of evacuating the civilians held as hostages by the rebels, and to authorize the United States Government to furnish necessary transport for this humanitarian mission. I fully appreciate that you wish to withdraw your forces as soon as your mission is accomplished.'⁴⁵

Three days later the Belgian paratroops flown in by twelve US airplanes⁴⁶ landed at Stanleyville at dawn on 24 November and undertook an emergency rescue mission, evacuating an estimated 2,000 people over

⁴¹ Ibidem (quoting UN Doc. S/PV.1174, pp. 15-6 (quoting the statement of the US Ambassador Stevenson).

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem (noting that «[h]undreds of Congolese 'intellectuals' had already been burned alive there by the... [rebels].') See *ibid.*, p. 79, footnote 85 (quoting W. Attwood, *The Reds and the Blacks* (London: Hutchinson, 1967), p. 207).

⁴⁴ Haulman, op. cit., p. 56.

⁴⁵ Lillich, op. cit., p. 93 (quoting UN Doc. S/6062, pp. 187-8).

⁴⁶ Haulman, op. cit., p. 57.

a four-day period.⁴⁷ Included in this number were several hundred foreigners rescued during a follow-up landing at Paulis, 225 miles to the north.⁴⁸ The evacuees included ‘Americans, Britons and Belgians; Pakistanis, Indians, Congolese, Greeks, French, Dutch, Germans, Canadians, Spaniards, Portuguese, Swiss, and Italians; as well as citizens of Ghana, Uganda, Ethiopia, and the United Arab Republic.’⁴⁹

To justify US participation in the rescue operation,⁵⁰ the Department of State initially expressed the view that the action was taken ‘in exercise of our clear responsibility to protect United States citizens under the circumstances existing in the Stanleyville area.’⁵¹ During his statement at the Security Council meeting Ambassador Stevenson extended the rationale behind the action stating that, ‘[w]hile our primary obligation was to protect the lives of American citizens, we are proud that the mission rescued so many innocent people of eighteen other nationalities from their dreadful predicament.’⁵² Finally, President Johnson put the case in its broadest humanitarian terms when he assumed ‘full responsibility for those [decisions] made for our planes to carry the paratroopers in there in this humanitarian venture. We had to act and act promptly in order to keep hundreds and even thousands of people from being massacred.’⁵³

Replying to accusations in the Security Council, US permanent representative to the UN, Ambassador Stevenson flatly stated that: ‘. . . [w]e have no apologies to make to any state appearing before this Council. We are proud of our part in saving human lives imperiled by the civil war in the Congo. The United States took part in no operation with military purposes in the Congo. We violated no provision of the United Nations Charter. Our action was no threat to peace or to security; it was not an affront-deliberate or otherwise-to the OAU and it constituted no intervention in Congolese or African affairs.’⁵⁴

While Belgium did not make explicit any distinct legal basis of the ‘protection of nationals’ doctrine, Senator Rolin, a renowned international lawyer, couched his support for the intervention in a broad interpretation of the right of self-defense.⁵⁵

International reaction to the operation was sharply divided, however, with international responses ranging from ‘outright condemnation in

⁴⁷ Lillich, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 52 (quoting UN Doc. S/6068, p. 195 (quoting (Letter from Ambassador Stevenson to the President of the Security Council))).

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/6062, p. 188).

⁵² *Ibidem* (quoting UN Doc. S/P.V. 1174, p. 13).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 55-6 (quoting UN Doc. S/PV. 1174, p. 13).

⁵⁵ Ruys, *The “Protection of Nationals” Revisited*, *op. cit.*, p. 9 (quoting A. Gerard, *L’Opération Stanleyville-Paulis devant le Parlement belge et les Nations Unies*, “Revue belge de Droit international” (1967), vol. 3, 242, p. 254).

Moscow, Peking, Belgrade, and many African capitals to qualified acceptance in a number of other African capitals and approval in Western countries.⁵⁶ President Ben Bella of Algeria, Prime Minister Aklilou Habte Wold of Ethiopia, President Nkrumah of Ghana, Presidents Kenyatta of Kenya and Nyerere of Tanzania, and the government of Tunisia condemned the operation. In addition, the OAU Conciliation Commission met 27–28 November 1964, and adopted a resolution strongly condemning Britain, Belgium and the US for their involvement in the affairs of the Congo. On December 18, the OAU adopted a resolution (20 in favor, 0 against, with 10 abstentions) officially condemning the intervention.⁵⁷ The members of the organization felt the intervention was overly hasty and should not have occurred without the consultation of other regional actors in Africa.⁵⁸ African countries not opposing the intervention included Nigeria, Sierra Leone, Togo, and Madagascar.⁵⁹

The intervention was initially brought to the attention of the Security Council by Afghanistan, Algeria, Cambodia, Indonesia, the Sudan, the United Arab Republic, and 15 sub-Saharan African States, all of whom characterized the US and Belgian operation as a flagrant violation of the UN Charter.⁶⁰ Sub-Saharan African States, however, while targeting Belgium and the U.S., also claimed that Algeria, the Sudan, Ghana, the UAR, the People's Republic of China (PRC) and the Soviet Union were illegally intervening in the Congolese conflict.⁶¹

The US justification for the use of force in Congo received support from Belgium⁶² and the UK,⁶³ with Bolivia,⁶⁴ Brazil,⁶⁵ and the Republic of China⁶⁶ also approving this instance of forcible protection. The twenty-two states attacking the operation denied the legitimacy of the Tshombe

⁵⁶ Lumsden, *op. cit.*, p. 804.

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² Lilich, *op. cit.*, p. 56 (quoting UN Doc. S/PV. 1173, pp. 3–10).

⁶³ *Ibidem.*, p. 56 (quoting UN Doc. S/PV. 1175, pp. 3–4).

⁶⁴ *Ibidem.* (quoting UN Doc. S/PV. 1177, p. 14 ('Bolivia thinks that this was clearly a rescue operation, regrettable from the political point of view of sovereignty, but essential morally and duly authorized by the legally responsible Government of the Congo.').

⁶⁵ *Ibidem.* (quoting UN Doc. S/PV. 1177, pp. 19–20 ('Such an operation finds its justification in the very objective which inspired it, which was to frustrate the perpetration of a crime, recognized as such by international law and by all the norms of conduct governing relations among States, which consists in the use of innocent civilians as hostages, as a bargaining point in wartime. . . . Therefore the humanitarian action taken to save the lives of the hostages seems legitimate to the delegation of Brazil, both in regard to its means and to its motivations.').

⁶⁶ *Ibidem.* (quoting UN Doc. S/PV. 1177, p. 26 ('In the circumstances, my delegation is fully satisfied with the statements made in this Council by the representatives of Belgium and the United States that the operation was necessary to save the lives of the hostages, and that it was a humanitarian mission, and nothing more.').

government, claimed that the invitation extended by it was invalid, and claimed that the intervention was no mere rescue operation, but a calculated plot to further the intervening states' ideological interests in the conflict. This position was supported in the Council by the Soviet Union and Czechoslovakia.⁶⁷

The vague resolution finally adopted by the Security Council, 'deploring the recent events in [the Congo]',⁶⁸ contains no formal condemnation of either Belgium or the United States.⁶⁹

2. Entebbe (1976)

A particularly interesting incident, which scholars have often identified as the textbook example of the practice under discussion concerns the rescue raid on Entebbe.

The Israeli operation arose from the hijacking of an Air France passenger jet, originating in Tel Aviv, by an assortment of Arab and European nationals en route to Paris from Athens. The hijackers were two Germans and two Palestinians, later identified as members of an extremist Palestinian organization headed by W. Hadad, a former deputy of G. Habbash of the Popular Front for the Liberation of Palestine.⁷⁰

The aircraft was forced to fly to Benghazi, Libya, where it was refueled. Only one passenger, a pregnant woman, was allowed to leave the aircraft. After six hours on the ground it resumed flight.⁷¹

The next day the aircraft landed in Entebbe, Uganda, where six Palestinians, again members of one or more divisions of the PLO, joined the hijackers.⁷² Their demands were announced on Tuesday, 29 June, and included the release of 52 Palestinians held in prisons in Israel, West Germany, Kenya, and France, by Thursday, 1 July, at 2:00 PM (local time). The decision makers had little doubt regarding the credibility of the hijackers' threat to execute hostages if their demands were not met by the time the ultimatum expired. In a previous incident involving Hadad's people in 1974, the American ambassador to Sudan was killed even before the expiration of the ultimatum.⁷³

On 29 June, all Israelis were segregated in another part of the airport. The next day, forty-seven non-Israeli women and children were released and allowed to go to Paris. On 1 July, 100 French hostages were released and

⁶⁷ Lumsden, op. cit., pp. 804–5.

⁶⁸ Lilich, op. cit., p. 56 (quoting SC Res. 199 of 30 December 1964).

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Z. Maoz, *The Decision to Raid Entebbe: Decision Analysis Applied to Crisis Behavior*, "Journal of Conflict Resolution", (1981), vol. 25, 677, p. 687.

⁷¹ J. A. Sheehan, *The Entebbe Raid: The Principle of Self-Help in International Law as Justification for State Use of Armed Force*, "Fletcher Forum of World Affairs" (1977), vol. 1, 135, p. 146.

⁷² Ibidem, pp. 146–7.

⁷³ Maoz, op. cit., p. 688.

allowed to leave the country. The ninety-six Israelis remained under the guard of the hijackers with the apparent collaboration of the Ugandan armed forces.⁷⁴ Although Ugandan President Amin stated on several occasions that he was doing everything within his power to liberate the hostages, it appeared to the hostages and crew that the Ugandan armed forces were aiding the hijackers.⁷⁵

The evening of 3 July, Israeli commandos stormed the main terminal at the Entebbe airport. Killed were all of the terrorists who were holding 96 Israelis hostage, along with several hostages who stood up in the middle of the melee, a number of Ugandan soldiers, and one Israeli commando. To prevent pursuit, the Israelis also destroyed the operational Ugandan fighters (approximately 10) on the tarmac.⁷⁶

Israel made a forceful case for its rescue mission at a meeting of the Security Council on 9 July 1976. The Israeli ambassador to the United Nations, C. Herzog justified the operation as an application of 'the right of a State to take military action to protect its nationals in mortal danger.'⁷⁷ This right, Israel claimed, was based on the inherent right of self-defense, 'enshrined in international law and the Charter of the United Nations', and supported by state practice.⁷⁸ Furthermore, it was allegedly recognized 'by all legal authorities in international law', and was regulated by the criteria of the *Caroline* case: 'Necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation.'⁷⁹ Finally, Israel explained that the use of force was not directed at Uganda per se, and employed only as much force as was necessary to secure and extract its nationals: 'What mattered to [Israel] (...) was the lives of the hostages, in danger of their very lives. No consideration other than this (...) motivated the government of Israel. Israel's rescue operation was not directed against Uganda (...). They were rescuing nationals from a band of terrorists and kidnappers who were being aided and abetted by the Ugandan authorities.'⁸⁰

Consequently, Israel asserted that Article 2(4) is not violated if the state intervening is doing so for the 'protection of a state's own integrity and its nationals' vital interests, when the machinery envisaged by the United Nations Charter is ineffective in the situation.'⁸¹

⁷⁴ Sheehan, *op. cit.*, p. 147.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 146-7.

⁷⁶ T. C. Wingfield, 'Forcible Protection of Nationals Abroad' in *Lilich on the Forcible Protection of Nationals Abroad*, International Law Studies, vol. 77, T. C. Wingfield and J. E. Meyen (eds.), (Newport, RI: US Naval War College Press, 2002) 229, p. 239.

⁷⁷ Ruys, 'The "Protection of Nationals" Revisited', *op. cit.*, pp. 15-6 (quoting UN Doc. S/PV.1939, paras. 105-121).

⁷⁸ Wingfield, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁹ Ruys, 'The "Protection of Nationals" Revisited', *op. cit.*, pp. 15-6 (quoting UN Doc. S/PV.1939, para. 121).

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ A. W. R. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, "Washington University Global Studies Law Review" (2012), vol. 11, 627, p. 637 (quoting UN Doc. S/PV.1939, p. 13).

The United States was one of two UN Member States making a clear statement supporting the legality of the Israeli raid. At the same Security Council meeting, the US first stated that the intervention was ‘a temporary breach of the territorial integrity of Uganda.’⁸² While ‘normally such a breach would be impermissible under the [Charter]’, it was acceptable in the context of the protection of nationals threatened with injury.⁸³ ‘There is a well-established right’, the statement argued, ‘to use limited force for the protection of one’s own nationals from an imminent threat of injury or death in a situation where the State in whose territory they are located is either unwilling or unable to protect them.’⁸⁴ The US stated that this right flows from the inherent right of self-defense and allows ‘necessary and appropriate’ force to protect a nation’s own citizens.⁸⁵

By these criteria and in light of the ‘unusual circumstances of this specific case’, including the reproachable attitude of the Ugandan authorities, the US concluded that ‘the requirements of this right (...) were clearly met.’⁸⁶

France also supported the Israeli intervention, in a manner of speaking. While stating that ‘at first sight . . . the surprise attack by an armed force on a foreign airport for the purpose of achieving by violence an objective’ appeared to violate international law, the Israeli action had not been designed to infringe the territorial integrity or political independence of Uganda, but merely to save lives.⁸⁷ The French brought up an additional legal point, that the UN General Assembly’s Resolution on the Definition of Aggression listed acts which were only *prima facie* evidence of acts of aggression, and that it was up to the Security Council to determine if, ‘in the light of other relevant circumstances’, aggression had actually been committed.⁸⁸

While a number of states at the Security Council adopted ambiguous positions on the doctrine of the right to protect nationals per se, the proposition that the Israeli operation did not violate Article 2(4) was met with wide disagreement.⁸⁹ For example, Sweden was ‘unable to reconcile the Israeli action with the strict rules of the Charter’ but did ‘not find it possible to join in condemnation in this case.’⁹⁰ Mauritius deemed the Israeli action

⁸² Wingfield, op. cit., p. 239 (quoting UN Doc. S/PV. 1941, p. 31).

⁸³ O. Schachter, *The Right of States to Use Armed Force*, “Michigan Law Review” (1984), vol. 82, 1620, pp.1630–1.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ruys, ‘The “Protection of Nationals” Revisited’, p. 16 (quoting UN Doc. S/PV.1941, paras. 77–81).

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Wingfield, op. cit., p. 240 (quoting N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 38).

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Thomson, op. cit., p. 637 (quoting C. Gray, *International Law and the Use of Force* (New York: Oxford University Press, 2004), p. 31).

⁹⁰ Ibidem (quoting UN Doc. Sp/PV.1940, p. 14).

aggression.⁹¹ Guyana said this was a breach of Article 2(4).⁹² Tanzania did not think that the Israeli action was conducted 'for the purpose of self-defence', but was silent on whether the Ugandan authorities were complicit with the hostage takers.⁹³ Yugoslavia called the raid a 'flagrant violation of the sovereignty and territorial integrity of an independent and non-aligned country.'⁹⁴ The Soviet Union stated that it 'fully shares the views expressed by 48 African countries in the unanimously adopted resolution of the Conference of Heads of State and Government of the Organization of African Unity, which roundly condemns Israel's aggression against the sovereignty and territorial integrity of Uganda.'⁹⁵ The United Kingdom seemed to acknowledge a breach of Article 2(4), but noted that there was a state right and 'perhaps [a] duty' to protect its people.⁹⁶

Two draft resolutions were proposed to the Security Council proposed after the Ambassador of Mauritius placed the issue of the Israeli commando raid before the Council. One draft, sponsored by Benin, Libya, and Tanzania, condemned the raid as a flagrant violation of international law,⁹⁷ while the other resolution, sponsored by the United States and the United Kingdom, condemned hijacking and other matters, but did not explicitly deal with the legality of Israel's rescue effort.⁹⁸ Neither of the two proposals was adopted.⁹⁹ The draft condemning hijacking failed to obtain the necessary two-thirds vote,¹⁰⁰ while the other draft was never submitted for a vote.¹⁰¹

The Security Council's lack of comment on the raid on Entebbe prompted Israel to conclude that the Council recognized that the action was consistent with international legal principles.¹⁰² However, as with Security Council Resolution 199 addressing the Congo intervention in 1964, the Council's failure to voice any opinion on the Israeli operation could be seen as expressing no opinion at all on whether the Security Council viewed the traditional right to protect nationals as having survived the adoption of Article 2(4) of the UN Charter. Only six states had supported the hijacking resolution, which had implicitly seemed to accept Israel's action as lawful,¹⁰³ while the seven states that refused to participate contended that in addressing the hijacking itself the draft resolution went far beyond the scope

⁹¹ *Ibidem* (quoting UN Doc. Sp/PV.1940, para. 70).

⁹² *Ibidem* (UN Doc. Sp/PV.1940, paras. 80–1).

⁹³ *Ibidem*, p. 649 (quoting UN Doc. S/PV.1941, pp. 11–4).

⁹⁴ *Ibidem* (quoting UN Doc. Sp/PV.1941, p. 65).

⁹⁵ *Ibidem*, p. 637 (quoting UN Doc. Sp/PV.1941, p. 155).

⁹⁶ *Ibidem* (quoting UN Doc. Sp/PV.1940, p. 107).

⁹⁷ R. J. Zedalis, *Protection of nationals abroad: is consent the basis of legal obligation?*, "Texas International Law Journal" (1990), vol. 25, 209 p. 247 (quoting UN Doc. S/12139, pp. 15–6).

⁹⁸ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/12138, p. 15).

⁹⁹ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/PV.1941, pp. 1–21).

¹⁰⁰ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/PV.1943, p. 81).

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

of the matter being considered.¹⁰⁴ During the Security Council debates, several of the same seven states strongly criticized the Israeli commando operation (Benin, Libya, and Tanzania). That criticism was never converted into an official Security Council position, since the other draft resolution that would have accomplished that objective was withheld from formal vote. Israel's conclusion, therefore, would seem incorrect because the resolution implicitly embracing the idea of the continuation of the traditional right to protect nationals was formally rejected. It would also be incorrect to conclude that the rejection of that draft resolution demonstrated Security Council disapprobation of the survival of the right to protect nationals abroad. The states supporting that approach did not take the opportunity provided by the draft proposed by Benin, Libya, and Tanzania to establish that position in the official record of the Security Council. Consequently, practice of the UN Security Council on the matter is inconclusive.¹⁰⁵

3. Iran (1980)

The US Embassy hostage crisis began on 4 November 1979 when a mob of students stormed the embassy compound in Tehran.¹⁰⁶ On November 18 and 20, the students released thirteen hostages, while threatening to try and execute the other. In response, President Carter issued a strong statement suggesting that the United States would undertake military action against Iran if the hostages were harmed; in the wake of this pronouncement, the threats against the hostages ceased.¹⁰⁷

From the first day of the crisis, the Carter's administration discussed military options such as the seizure of Iranian oilfields, retaliatory bombing, mining of harbors, total blockade, various covert operations, and a rescue attempt. President Carter eventually decided to go with the rescue attempt. This decision caught the US military by surprise. The United States lacked bases and other resources in the area. Intelligence sources in Iran had disappeared after the revolution.¹⁰⁸ Furthermore both adversaries were pushed toward negotiation by the Soviet invasion of Afghanistan in December 1979, which threatened the United States because of the balance of power, and Iran because of refugee flows and the threat of further Soviet expansion. With French and Argentine intermediaries, negotiations for the hostages' release continued into the spring, but then collapsed.¹⁰⁹ On 7 April

¹⁰⁴ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/PV.1943, pp. 78–80).

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 247–8.

¹⁰⁶ K.E. Eichensehr, 'Defending nationals abroad: assessing the lawfulness of forcible hostage rescues', "Virginia Journal of International Law" (2007), vol. 48, 451, p. 453.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ E. T. Russell, 'Crisis in Iran: Operation Eagle Claw', in *Short of War*, op. cit., 125, p. 128.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

1980, President Carter stepped up the economic embargo on Iran, and attention returned to military options. Early in the hostage crisis, the Secretary of Defense consulted an Israeli official involved in the Entebbe hostage rescue in 1976, but the rescue plan for the Iranian hostages was even more complex than the Entebbe rescue.¹¹⁰ Nevertheless, a complicated operational rescue plan emerged after five months of intensive preparation. It involved eleven groups of men drawn from the US Army, Navy, Air Force, Marine Corps, and Central Intelligence Agency. President Carter approved the plan and ordered its execution.¹¹¹

While this mission and other efforts to secure the return of the hostages were under way, the United States requested that the UN Security Council meet to discuss ways to obtain the hostages release. The latter delivered on 4 December unanimously approving a resolution that called for the hostages immediate release.¹¹² When this resolution went unheeded by Iran, the Council met again and on 31 December, adopted another resolution demanding that Iran should free the hostages.¹¹³ It also decided to reconvene in January 1980, in the event of continued Iranian non-compliance, to discuss the imposition of sanctions under Articles 39 and 41 of the UN Charter. The Council met again on 13 January 1980, to consider a US draft resolution that would have mandated broad economic sanctions against Iran. A veto cast by the Soviet Union prevented its adoption and effectively removed the Security Council from the settlement process.¹¹⁴

In the meantime, the United States on 29 November 1979, instituted proceedings against Iran before the International Court of Justice, requesting the Court, pending its final Judgment in the case, to indicate certain provisional measures, first and foremost being that ‘the Government of Iran immediately release all hostages of United States nationality and facilitate the prompt and safe departure from Iran of these persons and all other United States officials in dignified and humane circumstances.’¹¹⁵ Acting with commendable alacrity, the Court took the case, heard oral argument by the United States (Iran did not appear at the hearing),¹¹⁶ and on 15 December unanimously ordered Iran to restore the Embassy to US control and to ensure the ‘immediate release, without any exception, of all persons of United States nationality who are or who have been held in the Embassy . . . or have been held as hostages elsewhere, and afford full

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² SC Res. 457 of 4 December 1979.

¹¹³ SC Res. 461 of 31 December 1979.

¹¹⁴ Lilich, *op. cit.*, p. 64 (noting ten States voted for the resolution, the Soviet Union and the German Democratic Republic voted against it, Bangladesh and Mexico abstained, and China did not participate). *Ibidem*, p. 91, footnote 224.

¹¹⁵ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (US v. Iran)* (Order of Provisional Measures), 15.12.1979, ICJ Rep 7, p. 12.

¹¹⁶ Lilich, *op. cit.*, p. 65.

protection to all such persons, in accordance with the treaties in force between the two States, and with general international law.¹¹⁷ The Court also enjoined both the United States and Iran not to take any action 'which may aggravate the tension between the two countries or render the existing dispute more difficult of solution.'¹¹⁸

As it had in the case of the two Security Council resolutions,¹¹⁹ Iran refused to obey the Court's Order.¹²⁰

On the evening of 24–25 April, 1980, the United States launched a commando raid into Iran to rescue 50 hostages remaining in captivity. The raid ultimately failed due to weather, equipment malfunction, and bad luck.¹²¹

In the aftermath of the rescue attempt, the hostages were dispersed to remote sites and were held in increased discomfort and danger.¹²²

From the failure of the rescue mission on April until the hostages' release, further military options were not considered. Final negotiations for the hostages' release began in September 1980, with Algerian officials acting as the official intermediaries. After protracted negotiations about the hostages and claims in US courts on Iranian assets, the hostages were released and landed in Algeria on 20 January 1981.

The rescue mission was supported after the fact by the United Kingdom, Italy, West Germany, the European Economic Community, Australia, Israel, and Egypt; it was condemned by the Soviet Union, China, Saudi Arabia, India, Cuba, and Pakistan.¹²³

In the case of Iran, however, unlike the other incidents discussed in this Chapter, the International Court of Justice had the opportunity to consider, at least in passing, the question of what legal arguments, if any, were available to support such rescue operations. The Court specifically pointed out that the question of the validity of the American rescue operation was not in issue and could 'have no bearing on the evaluation of the conduct of the Iranian Government over six months earlier, on November 4, 1979'.¹²⁴ Nevertheless it was in no position to refrain from formulating any comment on the action as it was a matter of necessity to defend its own credibility. This necessity arose from the fact, as will be recalled, that in its Order on provisional measures of 15 December 1979, the ICJ had instructed both Iran and the United States not to take any action that might exacerbate the dispute between the two countries.¹²⁵ The attempted rescue operation, of

¹¹⁷ *US v. Iran* (Provisional Measures), p. 21.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Lilich, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Wingfield, *op. cit.*, p. 241.

¹²² Eichensehr, *op. cit.*, pp. 455-6.

¹²³ *Ibidem*, p. 456.

¹²⁴ *US v Iran* (Merits), para. 94.

¹²⁵ Lilich, *op. cit.*, p. 67.

course, took place on 24 April 1980, over a month after the Court had held three days of hearings on the merits of the case and while it was in the course of preparing its Judgment issued exactly a month later. Thus, it could be argued that the operation constituted the international law equivalent of contempt of court, especially if the Court were to have found that it violated the UN Charter.¹²⁶

While stating that it could not 'fail to express its concern in regard to the United States' incursion into Iran', the ICJ nevertheless pointedly passed up the opportunity to question its legality, noting merely that it considered itself 'bound to observe that an operation undertaken in those circumstances, from whatever motive, is of a kind calculated to undermine respect for the judicial process in international relations'.¹²⁷ Thus, it «left to another day, a day one suspects will never come, a definitive statement of its views regarding the law governing the use of force in defense of the lives of nationals abroad».¹²⁸

Legal Analysis

Does forcible hostage rescue constitute a distinct and consistent practice of unilateral use of force in UN Charter-regulated international relations? Is it permissible under Article 2(4) of the Charter?

Affirmative answer to the first question produces no controversy.

The second question requires addressing of two separate legal problems: permissibility of unilateral use of force to rescue hostages abroad under UN Charter, and, in case of conformity to Article 2(4), subsequent determination of legal title to such use under the UN Charter regime on recourse to forcible measures in international relations.

Opinio juris mentioned above indicates that any trans-border use of force to rescue nationals held hostage is *prima facie* illegal. Negative reactions to the 1964 US-Belgian operation in the Congo in 1964 and the 1980 US mission in Iran were to a large degree inspired by the conviction that intervening powers were merely using the opportunity to meddle in the affected State's domestic affairs.¹²⁹ However, even if the opposition of many developing countries to the doctrine results from their fear that it constitutes a facile pretext for powerful States to promote their political and economic interests abroad, or a more politically correct

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *US v Iran* (Merits), para. 94.

¹²⁸ Lilich, *op. cit.*, p. 68 (quoting T. L. Stein, *Contempt, Crisis, and the Court: The World Court and the Hostage Rescue Attempt*, "American Journal of International Law" (1982), vol. 76, 499, p. 500, footnote 7).

¹²⁹ T. Ruys, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice* (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2010), p. 241.

packaging of the 19th century 'gunboat diplomacy', such considerations are followed today.¹³⁰

With regard to the Entebbe raid, the only relevant intervention addressed by the Security Council where there was no suspicion of a 'hidden agenda', a majority of States still took the view that Israel's actions violated international law.¹³¹ Subsequently it is possible to say that the international community did not 'positively approve of the action as being lawful'.¹³² At best, the slow and unequivocal condemnation by third States signals a tendency to 'waive illegality' in the case at hand.¹³³

Keeping it in mind, one should acknowledge the following indications supporting existence of the right to rescue hostages under Article 2(4).

First, some of States contesting the right have been reluctant to deny the existence of the right when it has been exercised by others.¹³⁴ When States have tried to justify uses of force on the grounds that they were acting to protect their nationals in mortal danger in another State, 'countries condemning these cases of intervention have always preferred to deny the existence of a situation of danger, rather than deny the very existence of the right to use force'.¹³⁵ The Pakistan stance toward the Entebbe raid is illustrative of such approach. Pakistan characterized the Israeli action as 'aggression' but challenged the Israeli conduct rather than the underlying doctrine of the protection of nationals abroad.¹³⁶ Subsequently, the condemnation of Israel was conditioned upon Israel's failure to demonstrate that it complied with the requirements it put forward as being part of a lawful right of rescue, which as a result meant that their action was an unlawful use of force.¹³⁷

This half-hearted criticism resurfaced during negotiations on the 1979 Hostages Convention. Inspired by the Entebbe raid, Algeria and Tanzania submitted a draft amendment according to which 'States shall not resort to the threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or

¹³⁰ *Ibidem* (noting that a considerable group of States again took an explicitly negative stance vis-à-vis forcible protection of nationals during the debate within the UN General Assembly's Sixth Committee on the issue of diplomatic protection in 2000. It was made up of Poland, Slovenia, Mexico, Argentina, Venezuela, Iran, Iraq, Jordan, Libya, Colombia, Burkina Faso and Cuba. Slovenia, for instance, Slovenia denounced that Article 51 of the UN Charter could be used 'as a legal basis for armed intervention to protect nationals', recalling 'past abuses'). *Ibidem*, p. 238.

¹³¹ *Ibidem*, p. 241.

¹³² *Ibidem* (quoting «2619th meeting of the International Law Commission, 11 May 2000», "Yearbook of International Law Commission" (2000), vol. 1, Part I, p. 42, para. 50).

¹³³ *Ibidem* (quoting YBILC 1 (2000), Part I, p. 42, para. 50 (statement of I. Brownlie)).

¹³⁴ Eichensehr, *op. cit.*, p. 460.

¹³⁵ *Ibidem* (quoting A. Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1993), p. 119).

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem* (quoting UN Doc. S/PV.1941, p. 15, paras. 127, 132).

independence of other States as a means of rescuing hostages'.¹³⁸ Some States expressed sympathy for the proposal, while others considered it as irrelevant or superfluous.¹³⁹ Syria submitted a slightly different version, which provided that '[n]othing in this Convention can be construed as justifying in any manner the threat or use of force or any interference whatsoever against the sovereignty, independence or territorial integrity of peoples and States, under the pretext of rescuing or freeing hostages'.¹⁴⁰ In the end, a much more neutral provision was used in the final text. Article 14 simply states that '[n]othing in this Convention shall be construed as justifying the violation of the territorial integrity or political independence of a State in contravention of the [UN] Charter'.¹⁴¹

Second, the UN Security Council has never condemned practice of trans-border hostage rescue. Indeed, some commentators have actually suggested that the resolution 199 constitutes an implied if not an express approval of the rescue operation. According to H. Weisberg, «After the Congo debates, the legal principle of Article 2(4) remains, but what that Article means has been altered by political evaluation. There is now an unwillingness on the part of the world community to read Article 2(4) as an absolute prohibition on the use of force in humanitarian intervention». ¹⁴²

Such interpretation of the resolution 199 is rejected by T. Farer, arguing that 'Security Council condemnation' of 'Humanitarian Intervention as such or the United States and Belgium' was not 'a conceivable option in the world of 1964',¹⁴³ and R. Zedalis. The latter states that the pertinent language of the Resolution was not designed to address anything more than intervention by outside forces to assist the warring parties in the Congolese internal conflict. Intervention to rescue nationals was not addressed, as the invitation from the Central government eliminated the need to do so. The unanimous adoption of the resolution supports this reading, in that Security

¹³⁸ Ruys, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter, *op. cit.*, pp. 234-5 (quoting Working Paper submitted by Algeria and Tanzania to the Ad Hoc Committee on the drafting of an International Convention against the Taking of Hostages, 12 August 1977, UN Doc. A/AC.188/L.7)

¹³⁹ *Ibidem*, p. 235 (quoting Ad Hoc Committee on the Drafting of an International Convention against the Taking of Hostages, 12th meeting, 16 August 1977, UN Doc. A/AC.188/SR.12, para. 14 (statement of the US), para. 15 (statement of the Federal Republic of Germany); 13th meeting, 17 August 1977, UN Doc. A/AC.188/SR.13, para. 11 (statement of the Federal Republic of Germany), para. 12 (statement of Sweden, regarding it as superfluous); 15th meeting, 18 August 1977, UN Doc. A/AC.188/SR.15, para. 7 (statement of the US, regarding it as irrelevant), para. 14 (statement of Mexico, expressing support)).

¹⁴⁰ *Ibidem* (quoting Working Paper submitted by Syria to the Ad Hoc Committee on the drafting of an International Convention against the Taking of Hostages, 16 August 1977, UN Doc. A/AC.188/L.11).

¹⁴¹ 1979 Hostage Convention, *op. cit.*, Art. 14.

¹⁴² H. L. Weisberg, *The Congo Crisis 1964: A Case Study in Humanitarian Intervention*, "Virginia Journal of International Law" (1972), vol. 12, 261, p. 274. See also Lilich, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴³ T. J. Farer, *The Regulation of Foreign Intervention in Civil Armed Conflict*, "Recueil des Cours de l'Academie de droit international" (1974), vol. 142, 297, pp. 396-7.

Council members with diametrically opposed views on the lawfulness of the operation joined in agreement on the phraseology of a particular resolution.¹⁴⁴

Criticism by both authors sounds unconvincingly. According to R. Lilich, «The fact that the Security Council condemned neither the operation nor the States undertaking it certainly has some relevance. Even in “the world of 1964” the censure of a permanent member of the Security Council for an illegal use of force was not out of the question, as witness the formal condemnation of Great Britain the same year for a reprisal it had undertaken against Yemen.¹⁴⁵ He also denounces implied silence of the Security Council over the question of the rescue operation, quoting a reply of the US representative to the Security Council, Ambassador Stevenson to a suggestion by the Ghanaian delegate that the resolution impliedly condemned the rescue operation, ‘I think it is quite clear from the statements made during this debate that the overwhelming majority of the members of this Council do not so interpret that paragraph of the resolution. The fact that my delegation has voted for the resolution as amended makes it perfectly clear that we do not so interpret it.’¹⁴⁶

Last but not least, the ICJ’s position on the matter in question delivered in the 1980 *US v Iran* case judgment seems more outspoken than the inconclusive practice of the Security Council. While stating that it could not ‘fail to express its concern in regard to the United States’ incursion into Iran’, the Court nevertheless pointedly passed up the opportunity to question its legality, noting merely that it considered itself ‘bound to observe that an operation undertaken in those circumstances, from whatever motive, is of a kind calculated to undermine respect for the judicial process in international relations’.¹⁴⁷ This «mild slap on the wrist was coupled with an express disavowal of any finding that the rescue attempt was unlawful.¹⁴⁸ While the Court did not expressly find the rescue operation to be lawful, a slight tilt towards the recognition of a right of forcible protection of nationals abroad may be discernible, at least to some observers, from its failure to condemn the US action *per se*.¹⁴⁹ In view of the Dissenting Opinions of Judges Morozov and Tarazi that condemned and challenged its legality respectively, one might have expected the Court to have denounced the rescue operation had a substantial number of the 13 judge majority believed that it violated the UN Charter. Thus, it is reasonable to say that [t]he silence of the Court does not imply that it acquiesces in the theory

¹⁴⁴ Zedalis, op. cit., p. 246.

¹⁴⁵ Lilich, op. cit., p. 84, footnote 132. See also SC Res. 188 of 9 April 1964.

¹⁴⁶ Lilich, op. cit., p. 84, footnote 132.

¹⁴⁷ *US v Iran* (Merits), para. 93.

¹⁴⁸ Lillich, op. cit., p. 67 (quoting T. L. Stein, *Contempt, Crisis, and the Court: The World Court and the Hostage Rescue Attempt*, “American Journal of International Law” (1982), vol. 76, 499, p. 500).

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 93, footnote 245 (quoting Ronzitti, op. cit., p. 61).

of the legality of a rescue mission through the use of force. However, the Court did not block the process leading to the creation of a new rule legitimizing recourse to force to protect nationals abroad, which would have been the case if it has censured the use of force in those circumstances.¹⁵⁰

Summing up the question of permissibility of use of force to rescue nationals taken hostage abroad under Article 2(4), one should acknowledge lack of definite statement of law on the matter in question. Nevertheless implied conformity could be presumed, both regarding existing law and *de lege ferenda*.

The remaining problem refers to legal qualification of such use of force under the UN Charter, that is, whether the forcible rescue of nationals abroad is a proper exercise of the inherent right of self-defense against armed attack authorized by Article 51 of the UN Charter, or such operations constitute an exception to the prohibition against the use of force found in Article 2(4).

Concerning the Congo rescue operation, the US Department of State reiterated several times that the operation was carried out 'with the authorization of the Government of the Congo',¹⁵¹ and hence, technically, was neither a case of unilateral forcible protection nor self-defense on the ground of Article 51.¹⁵² Moreover, viewing the use of force in its total context, it is hard to avoid the conclusion that the United States treated the Congolese invitation more as an additional argument justifying its action than as the *sine qua non* of its legitimacy.¹⁵³ The following statement of the Department of State clearly was designed to show not only reliance upon an express invitation by the central government of the Congo, but also in compliance with all the requirements of the traditional nationals protection doctrine: "This operation is humanitarian-not military. It is designed to avoid bloodshed-not to engage the rebel forces in combat. Its purpose is to accomplish its task quickly and withdraw-not to seize or hold territory. Personnel engaged are under orders to use force only in their own defense or in the defense of the foreign and Congolese civilians. They will depart from the scene as soon as their evacuation mission is accomplished. We are informing the United Nations and the Ad Hoc Commission of the Organization of African Unity of the purely humanitarian purpose of this action and of the regrettable circumstances that made it necessary."¹⁵⁴

If does so, the Belgian-US hostage-rescue in the Congo could be qualified as implementation of the right to protect nationals abroad recognized by customary international law.¹⁵⁵ The latter does not operate

¹⁵⁰ Ibidem (quoting Ronzitti, *op. cit.*, pp. 67–8).

¹⁵¹ Ibidem, p. 52 (quoting UN Doc. S/6062, p. 188).

¹⁵² Ibidem (quoting I. Brownlie, 'Thoughts on Kind-Hearted Gunmen', in *Humanitarian Intervention and The United Nations*, *op. cit.*, 139, pp. 143–44).

¹⁵³ Ibidem, p. 52.

¹⁵⁴ Ibidem, pp. 52-3 (quoting UN Doc. S/6062, p. 189).

¹⁵⁵ Eichensehr, *op. cit.*, p. 459 (quoting T. J. Farer, *Panama: Beyond the Charter Paradigm*, "American Journal of International Law" (1990), vol. 84, 503, pp. 503–4; Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, *op. cit.*, p. 289).

requirement of armed attack recognized as the *sine qua non* of forcible response under Article 51. Thus, its presumed permissibility is based on an exception to the prohibition against the use of force found in Article 2(4).

Such justification for the Israeli rescue mission in Entebbe is even less controversial and in fact, without alternative, as many of States commenting on the raid claimed that Israel had not been the subject of an armed attack and terrorist kidnappings and hijackings, reprehensible as they were, had to be tackled through negotiations.¹⁵⁶

The case of the US incursion into Iran in April 1980 seems more complex. The day following the failed rescue attempt President Carter stated: 'I ordered this rescue mission prepared in order to safeguard American lives, to protect America's national interests, and to reduce the tensions in the world that have been caused among many nations as the crisis continued. . . . The mission . . . was a humanitarian mission. It was not directed against Iran; it was not directed against the people of Iran. It was not undertaken with any feeling of hostility toward Iran or its people.'¹⁵⁷

In his report to Congress, Carter declared: 'In carrying out this operation, the United States was acting wholly within its right, in accordance with Article 51 of the United Nations Charter, to protect and rescue its citizens where the government of the territory in which they are located is unwilling or unable to protect them.'¹⁵⁸

It remains unclear how the ICJ addressed the question, whether the forcible rescue of nationals abroad is a proper exercise of the inherent right of self-defense against armed attack authorized by Article 51 of the UN Charter, or such operations constitute an exception to the prohibition against the use of force found in Article 2(4).

The Court refers twice to the 'armed attack on the United States Embassy'¹⁵⁹ and the 'armed attack by the militants ... and their seizure of Embassy premises and staff.'¹⁶⁰ In the following comment Stein notes the Court's 'tantalizing suggestions that the category of "armed attacks" under Article 51 of the UN Charter extends well beyond major armed assaults. If, indeed, the Court's references to "armed attack" were studied rather than casual, operations such as the rescue mission are lawful not because the right of self-defense under the UN Charter is coextensive with the preexisting customary law right of self-defense, which extended beyond defense against 'armed attack' ..., but because the right of self-defense against armed attack has arisen.'¹⁶¹

¹⁵⁶ Ruys, 'The "Protection of Nationals" Revisited', *op. cit.*, p. 17 (quoting UN Doc. S/PV.1939, paras. 49 (statement of Mauritania), 148 (statement of Kenya), 225 (statement of China); UN Doc. S/PV.1941, paras. 67 (statement of Yugoslavia), 102, 109 (statement of Tanzania); UN Doc. S/PV. 1942, paras. 27, 30-31 (statement of Panama), 39 (statement of Romania), 145-146 (statement of India); UN Doc. S/PV.1943, para. 87 (statement of Cuba).

¹⁵⁷ Wingfield, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *US v Iran* (Merits), paras. 57-8.

¹⁶⁰ *Ibidem*, para. 91.

¹⁶¹ Lillich, *op. cit.*, p. 68 (quoting Stein, *op. cit.*, pp. 500-1, footnote 8).

The two dissenting judges in the *US v Iran* case appear to have accepted the presumed analytical framework as well.¹⁶² Judge Morozov, after criticizing ‘the so-called rescue operation’, which he labeled ‘an invasion of the territory of the Islamic Republic of Iran’,¹⁶³ maintained that the Court should have drawn attention to the undeniable legal fact that Article 51 of the Charter establishing [sic] the right of self-defense, may be invoked only ‘if an armed attack occurs against a member of the United Nations.’¹⁶⁴ It should have added that . . . there is no evidence that any armed attack had occurred against the United States.¹⁶⁵

Judge Tarazi prefaced his remarks on this score with the observation that ‘[i]t is not my intention to characterize [the rescue] operation or to make any legal value judgment in this respect.’¹⁶⁶ He reflected however some of Judge Morozov’s concerns about attempts to treat the operation as a self-defense response to an armed attack: ‘One can only wonder, therefore, whether an armed attack attributable to the Iranian Government has been committed against the territory of the United States, apart from its Embassy and Consulates in Iran.’¹⁶⁷

On the other hand, the use of the word ‘incursion’,¹⁶⁸ instead of ‘intervention’ as used in the *Corfu Channel* case¹⁶⁹ or ‘invasion’ used in the dissenting opinion of Judge Morozov,¹⁷⁰ suggests some kind of the Court’s acceptance for the idea of a use of force of lesser gravity, which reinforces the contention that Article 2(4) is a qualified prohibition of the use of force.¹⁷¹ In effect, the use of a narrower term «supports the claims ... that the use of force to protect nationals, if properly exercised, does not impair the territorial sovereignty and political independence of a nation.’¹⁷²

While reactions of States to the US operation shed little light on their views regarding the legal basis of the action, the following comment on the Italian position, authored by Ronzitti seems an appropriate conclusion for analysis of qualification of use of force for hostage rescue under Article 2(4) and the whole paper: «The Charter does not abrogate a State’s right to resort to self-help, including the use of armed force, which belongs to it under customary international law. The Charter simply suspends the right

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ *US v Iran* (Merits), Dissenting Opinion of Judge Morozov, 51, pp. 52, 56.

¹⁶⁴ Ibidem, pp. 56–7.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 57.

¹⁶⁶ *US v Iran* (Merits), Dissenting Opinion of Judge Tarazi, 58, p. 64.

¹⁶⁷ Ibidem, pp. 64–5. See also Lillich, op. cit., p. 69.

¹⁶⁸ *US v Iran* (Merits), para. 93 (‘the incursion into the territory of Iran made by United States military units on 24–25 April 1980’).

¹⁶⁹ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, 9.04.1949, (1949) ICJ Rep 4, p. 35.

¹⁷⁰ See footnote 151 and accompanying text.

¹⁷¹ J. Raby, *The Right of Intervention for the Protection of Nationals : Reassessing the Doctrinal Debate*, “Les Cahiers de droit” (1989), vol. 30, 441, p. 466.

¹⁷² Ibidem (quoting J. D’Angelo, *Resort to Force by States to Protect Nationals: The U.S. Rescue Mission to Iran and its Legality under International Law*, “Virginia Journal of International Law” (1981), vol. 21, 485, p. 517).

to resort to self-help, since it entrusts the Security Council with the task of safeguarding the rights of member States. Whenever this mechanism does not function, for example when the action of the Security Council is paralysed by veto, the States are free to resort to self-help, under the terms permitted by customary international law.¹⁷³

Conclusion

The article has discussed permissibility of forcible rescue of nationals taken hostage abroad under general prohibition of threat or use of force in international relations constituted in Article 2(4) of the UN Charter. According to the regulation force could be used unilaterally in self-defense against armed attack or with authorization of the affected State. Both justifications were advanced concerning forcible hostage-rescue of nationals abroad. In addition the Belgian-US hostage-rescue in the Congo was qualified as implementation of the customary right to protect nationals abroad. The latter justification was abandoned in favour of self-defense argument based on Article 51 of the UN Charter (operations in Entebbe, and especially in Iran in April 1980). Those and recent developments in State practice add one more potential justification for hostage-rescue under the UN Charter regime on trans-border use of force. While Article 2 para. 4 constitutes a qualified prohibition of the use of force, the right of intervention to rescue one's nationals taken hostage abroad would not contravene that provision if 'force can be used in a manner which does not threaten the territorial integrity or political independence' of a targeted State.¹⁷⁴ Following this logic, the recent French and US hostage-rescue missions in Somalia, being 'the unilateral action taken without the [Somali] Government «s knowledge',¹⁷⁵ attracted no justification based on Article 51 of the UN Charter.¹⁷⁶

¹⁷³ Lillich, op. cit., p. 92, footnote 241 (quoting Ronzitti, op. cit., pp. 46-7).

¹⁷⁴ Raby, op. cit., p. 451 (quoting P. Jessup, *A Modern Law of Nations* (New York, MacMillan, 1948), p. 162).

¹⁷⁵ *Federal govt condemns France military operation in Somalia*, Garowe Online, 13 January 2013, available at: http://www.garoweonline.com/artman2/publish/Somalia_27/Federal_govt_condemns_France_military_operation_in_Somalia.shtml (accessed 6 October 2013).

¹⁷⁶ *Letter to Congressional Leaders Reporting on U.S. Military Support for a French Rescue Operation in Somalia*, 13 January 2013, available at: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/DCPD-201300014/pdf/DCPD-201300014.pdf> (accessed 6 October 2013); *Letter to Congressional Leaders Reporting on the Rescue of Jessica Buchanan*, 26 January 2012, available at: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=99002#axzz2h95uSNeY> (accessed 6 October 2013).

UNILATERALNE UŻYCIE SIŁY W ŚWIETLE ART. 2 (4) KARTY NARODÓW ZJEDNOCZONYCH: OPERACJE RATOWANIA ZAKŁADNIKÓW

Słowa kluczowe: zakaz użycia siły w stosunkach międzynarodowych, użycie siły w celu ochrony obywateli znajdujących się w stanie zagrożenia zagranicą, transgraniczne operacje wojskowe ratowania zakładników

Streszczenie

Artykuł analizuje legalność użycia siły w celu ochrony obywateli przetrzymywanych w charakterze zakładników na terytorium innego państwa w kontekście zakazu użycia siły w stosunkach międzynarodowych, konstytuowanego przez artykuł 2 (para. 4) Karty Narodów Zjednoczonych. Opracowanie identyfikuje ponad dziesięć takich sytuacji po 1945 r. Podstawę analizy stanowi studium trzech operacji ratowniczych zakładników: misji sił zbrojnych Belgii oraz USA w Demokratycznej Republice Konga w 1964 r., akcji sił zbrojnych Izraela w Ugandzie w 1976 r. oraz próby uwolnienia obywateli USA przetrzymywanych na terenie ambasady tego państwa w Iranie w 1980 r. Celami analizy są: sformułowanie ogólnego sądu w przedmiocie dopuszczalności ratowniczego użycia siły na tle art. 2 para. 4 Karty oraz kwalifikacja operacji ratowniczych na tle wyjątków od zakazu użycia siły, potwierdzonych w prawie i praktyce międzynarodowej.

Kornelia Anna Grabowska

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Zbrodnie przeciwko ludzkości na tle konfliktu w Sierra Leone

Słowa kluczowe: zbrodnie przeciwko ludzkości, Specjalny Trybunał do spraw Sierra Leone, konflikt zbrojny w Sierra Leone, Zjednoczony Front Rewolucyjny, orzecznictwo międzynarodowe

1. Wprowadzenie

XX i XXI w. znane są z dynamicznego rozwoju nauki i techniki, jest to okres powstawania wielu wynalazków, które sprawiały, że ludzkie życie miało być coraz łatwiejsze. Zdecydowanie tak właśnie było, lecz należy pamiętać, iż był to również czas walki o wolność narodów w różnych konfliktach zbrojnych. Owe działania były tragiczne w skutkach. Któż z nas nie słyszał o eksterminacji Żydów, wydarzeniach, które działy się na terenie byłej Jugosławii, walkach w Rwandzie czy też wojnie domowej w Sierra Leone? W państwach uwikłanych w konflikty zbrojne, terror i bezprawie były na porządku dziennym. Zaowocowało to popełnieniem wielu zbrodni przeciwko ludzkości. Jednak na arenie politycznej i prawnej brakowało odpowiedniego systemu, który egzekwowałby przestrzeganie norm oraz karanie osób ponoszących odpowiedzialność za naruszenia. Idea ścigania zbrodniarzy wojennych stanowiła przedmiot zainteresowania Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych w 1948 r.

Celem pracy jest analiza zbrodni przeciwko ludzkości, których dopuszczono się podczas trwania konfliktu zbrojnego w Sierra Leone w latach 1991–2002. Aby móc rozstrzygnąć powyższe zagadnienie, konieczne jest przytoczenie genezy pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości oraz przebiegu wojny domowej w Sierra Leone. Jest to niezbędne, gdyż stanowi podstawę wyjaśnienia przyczyn powołania Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone, który zajmował się rozpatrywaniem poszczególnych naruszeń, co umożliwiło ukaranie winnych ich dokonania. Zadaniem artykułu jest wskazanie przykładów konkretnych zbrodni i odpowiednich rozstrzygnięć Trybunału, a także przybliżenie jego działalności i wyjaśnienie, kto może ponosić przed nim odpowiedzialność.

Szczegółowe omówienie genezy pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości w ramach niniejszego artykułu nie jest konieczne. Jednak, aby rozpocząć rozważania dotyczące tych zbrodni na tle konfliktu w Sierra Leone niezbędnych jest kilka informacji. Powyższe pojęcie powstało w wyniku działalności Międzynarodowego Trybunału Karnego w Norymberdze. Definicja ta została włączona do Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego. Istnieje pogląd, że Trybunał w Norymberdze nie stworzył nowego pojęcia, jakim miały być zbrodnie przeciwko ludzkości, lecz jedynie rozwinął ich wcześniej istniejącą koncepcję.¹ W Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego zamieszczono następującą definicję zbrodni przeciw ludzkości: „są to morderstwa, wyćpienie, obracanie ludzi w niewolników, deportacje i inne nieludzkie czyny, których dopuszczono się przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej przed wojną lub podczas wojny, prześladowanie ze względów politycznych, rasowych lub religijnych przy popełnianiu jakiegokolwiek zbrodni wchodzącej w zakres kompetencji Trybunału lub w związku z nią, niezależnie od tego, czy gwałciła ona, czy nie prawo wewnętrzne państwa, gdzie ją popełniono.”² Zbrodnie przeciw ludzkości to szerokie pojęcie. W związku z tym często było nadużywane. Statut MTK określił, że mogą to być przestępstwa, takie jak eksterminacja ludności cywilnej, tortury, wzięcie w niewolę, prześladowania czy wymuszone zaginięcia. W tej kategorii można również uwzględnić przestępstwa dokonane na tle seksualnym takie jak gwałt lub zmuszanie do prostytucji.

Jeśli chodzi o odpowiedzialność za dokonanie zbrodni przeciwko ludzkości, jej podmiotem może być każdy, kto ma zdolność do poniesienia odpowiedzialności karnej w razie popełnienia czynu niezgodnego z prawem. Również sprawowanie funkcji państwowych nie stanowi podstawy do uniewinnienia bądź zmniejszenia wyroku. To samo dotyczy dowódców wojskowych. Ponoszą oni odpowiedzialność za zbrodnie popełnione przez żołnierzy, którzy znajdują się pod ich dowództwem, a także, gdy nie powstrzymali sprawców zbrodni lub jej nie zapobiegli, w sytuacji, kiedy ich żołnierze zamierzali dokonać zbrodni, albo byli już w trakcie tego procederu.

Stworzenie definicji zbrodni przeciwko ludności stanowiło kluczową sprawę na arenie międzynarodowej. Została ona opracowana w sposób jasny, zgodny z prawem międzynarodowym. Dzięki niej stało się możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności winnych, którzy dokonali takich przestępstw. Sędziowie Trybunału są zobowiązani do jej nierozszerzania na zasadzie analogii, gdyż mogłoby to naruszyć standardy międzynarodowe, które powinny być obiektywne. Gdy zaistnieje wątpliwość, definicja powinna być interpretowana na korzyść oskarżonych bądź podejrzanych.

¹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa–Kra-ków 1948, s. 280.

² Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17.6.1998 r., Dz. U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

2. Geneza konfliktu zbrojnego w Sierra Leone

Sierra Leone jest państwem położonym w zachodniej części Afryki, na wybrzeżu Oceanu Atlantyckiego, graniczącym na północy z Gwineą oraz z Liberią na południowym wschodzie. W 1958 roku uzyskało autonomię, a 27 kwietnia 1961 r. niepodległość.

W latach 80. XX w. kraj pogrążył się w walkach wewnętrznych na skutek biedy i korupcji. Prezydent Sierra Leone Joseph Saidu Momoh³ zamierzał zmienić obowiązujący system jednopartyjny, dążąc do demokracji. Jednak było to tylko pozorne dążenie do zmiany ustroju w państwie, gdyż od 1991 r., procesowi temu towarzyszyła konfrontacja sił zbrojnych rebeliantów i armii rządowej.⁴ Wtedy to Bojownicy Zjednoczonego Frontu Rewolucyjnego, zwanego RUF (Revolutionary United Front – RUF) pod przewodnictwem Fodaya Sankoha, rozpoczęli wojnę we wschodniej części kraju, na granicy z Liberią.

Stawka w konflikcie była ogromna. W grę wchodziła kontrola nad władzą w państwie, dochodami i licznymi złożami mineralnymi: boksytu, tytanu, a przede wszystkim diamentów. Krzysztof Trzciński wskazuje na fakt, że „w wydanym wkrótce szerszym oświadczeniu Zjednoczony Front Rewolucyjny został przedstawiony przez Sankoha jako ruch prawdziwie rewolucyjny, którego podstawowym zadaniem jest uzdrowienie sytuacji w przeżywającym poważne trudności gospodarcze i społeczne Sierra Leone. Droga do tego celu miała w pierwszym rządzie prowadzić przez odsunięcie od władzy słusznie obwinianej o złe rządzenie, korupcję i marnotrawienie dobra publicznego grupy rządzącej, składającej się z działaczy Kongresu Ogólnego.”⁵ Jednakże dotychczasowy rząd nie pozostał sam wobec narastającego konfliktu. W jego obronie stanęła krajowa armia Sierra Leone. Wspierała ją Grupa Obserwatorów Wojskowych, działająca przy Wspólnocie Ekonomicznej Państw Afryki Zachodniej. Jednak armia sama doprowadziła do obalenia rządu, a RUF kontynuował działania zbrojne.

Rozpoczęte w 1991 r. walki przyniosły postęp w przemieszczaniu się rebeliantów w głąb kraju. Bojownicy zdobywali kolejne miasta, a wielu ludzi poniosło śmierć. Władze Sierra Leone rozpoczęły kampanię dyplomatyczną, podjętą w celu uzyskania międzynarodowej pomocy w walce z rebeliantami. W lipcu 1991 r. rozpoczęła się kontrofensywa. Koniec roku i początek następnego był okresem krwawych walk toczących się na granicy Liberii i Sierra Leone. Celem walk było odbicie przygranicznych terenów, dotąd zajmowa-

³ Joseph Saidu Momoh urodził się 26 stycznia 1937 r. w Binkolo. Pochodzący z plemienia Limba, w 1971 r. został dowódcą Armii Sierra Leone, a w 1978 r. został deputowany do Izby Reprezentantów. Prezydent Sierra Leone w okresie listopad 1985–kwiecień 1992, 3 września 2003 r. zmarł w Konaakry.

⁴ K. Trzciński, *Wojny w Librii i Sierra Leone. Geneza, przebieg i następstwa*, Warszawa 2002, s. 117.

⁵ Ibidem, s. 119.

nych przez rebeliantów. Już w pierwszych tygodniach ofensywy odnotowano sukces. Armia rządowa rozpoczęła wyzwalamie kolejnych miast zajętych przez RUF.⁶

Przełomowy okazał się dzień 29 kwietnia 1992 r., kiedy doszło do krwawego zamachu stanu we Freetown, gdzie śmierć poniosło ponad sto osób oraz doszło do zmiany rządu w Sierra Leone. Władzę przejęli przedstawiciele wojska. W pierwszej połowie 1994 r. armia rządowa zaczęła wypierać rebeliantów z terenów przygranicznych. Jednak bojownicy RUF niespodziewanie rozpoczęli sporadyczne działania na północy kraju, natomiast siły rządowe w tym czasie były skoncentrowane w regionie Kenema. Tam przeciwnicy już od pewnego czasu na własną rękę zaczęli wydobywać diamenty.

Początkowo ludność Sierra Leone różnie podchodziła do rebeliantów, gdyż liczne krzywdy spotkały również ich ze strony armii rządowej. Jednak, gdy konflikt narastał, bojownicy RUF zmuszali Sierraleończyków do uchodźstwa. Łupienie miast, wykorzystywanie mieszkańców jako żywych tarcz czy też po prostu zabijanie ludności cywilnej było na porządku dziennym.

W stosunkach między rebeliantami RUF a władzą Sierra Leone przełom nastąpił w grudniu 1994 r. Most na rzece Mano był miejscem, w którym po raz pierwszy spotkały się strony w celach pokojowych. Jednak perspektywa zakończenia konfliktu nie trwała długo, bo już w styczniu 1995 r. zerwano rozmowy, a bojownicy rozpoczęli wzmożone ataki na miejsca wydobywania surowców naturalnych, przede wszystkim kopalnie diamentów. Wskazywało to cel rebeliantów, którym była chęć znacznego osłabienia gospodarki Sierra Leone, czego skutkiem miało być zmniejszenie wpływów do budżetu kraju i osłabienie rządowej armii.

Po podpisaniu porozumienia pokojowego 30 lipca 1996 r. Sierra Leone mieli opuścić wszyscy najemnicy i żołnierze, a bojownicy RUF byli zobowiązani do złożenia broni. Jednak w maju 1997 r. we Freetown doszło do zamachu stanu. Dotychczasowy prezydent Ahmad Tejan Kabbah został obalony, a na jego miejsce powołano majora Koromaha.

Dwa lata później ludność Sierra Leone zyskała nadzieję na załagodzenie wewnętrznego konfliktu, ponieważ 7 lipca 1999 r. podpisano traktat pokojowy w Lome. Przewidywał on uznanie RUF za organizację polityczną, a także nominację Fodaya Sankoha na wiceprezydenta Sierra Leone. Jednak rok po tym zdarzeniu sytuacja stała się na tyle poważna, że niezbędna była interwencja wojsk brytyjskich. Podczas „operacji Palliser” ewakuowano zagranicznych obywateli, a żołnierze doprowadzili do zawieszenia broni.

18 stycznia 2002 r. rząd Sierra Leone oficjalnie ogłosił koniec wojny. Sytuacja w kraju ustabilizowała się. 14 maja 2002 r. był wielkim dniem. UNAMSIL (United Nations Mission in Sierra Leone)⁷ podjął się zorganizowania pierwszych wolnych wyborów prezydenckich i parlamentarnych. Do-

⁶ Ibidem, s. 123.

⁷ UNAMSIL – misja powołana na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 22 października 1999 r.

strzegalny był wyjątkowy nastrój tych wyborów. Wielu mieszkańców oddalonych wiosek podążało boso w kierunku miejsc, w których mogli oddać swój głos. Gdy dotarli na miejsce, ustawiali się w kolejkach do punktu wyborczego, jeszcze przed świtem i na długo przed jego otwarciem.⁸ Niekwestionowanym zwycięzcą został Ahmed Kabbah. Jego hasłem wyborczym były słowa „wojna jest zakończona.”

3. Przyczyny ustanowienia Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone

Specjalny Trybunał dla Sierra Leone został utworzony z inicjatywy prezydenta Alhaji Ahmad Tejan Kabbaha.⁹ W czerwcu 2000 r. zwrócił się do Rady Bezpieczeństwa ONZ z prośbą o pomoc w ukaraniu przywódców i członków RUF, odpowiedzialnych za zbrodnie dokonane podczas wojny domowej w Sierra Leone. Nastąpiło to po aresztowaniu przywódcy frontu Fodaya Sanokoha. Rada Bezpieczeństwa nie pozostała bierna wobec potrzeby wymierzenia sprawiedliwości. W związku z tym na mocy Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 14 sierpnia 2000 r., a także porozumienia rządu Sierra Leone i Sekretarza Generalnego, zawartego 16 stycznia 2002 r., utworzono Specjalny Trybunał dla Sierra Leone.

Jurysdykcją Specjalnego Trybunału objęte są zbrodnie międzynarodowe takie jak zbrodnie przeciwko ludzkości czy poważne naruszenia prawa humanitarnego, których definicje należą do zwyczajowego prawa międzynarodowego. Art. 2 Statutu Specjalnego Trybunału definiuje zbrodnie przeciwko ludzkości, jako „czyny polegające na rozległym lub systematycznym ataku skierowanym przeciwko ludności cywilnej, takie jak: zabójstwo, eksterminacja, niewolnictwo, deportacja, uwięzienie, tortury, gwałt, seksualne niewolnictwo, przymusowa prostytutcja, wymuszona ciąża i inne formy przemocy seksualnej, prześladowania na gruncie politycznym, rasowym, etnicznym lub religijnym oraz inne nieludzkie czyny”¹⁰. Co ważne, wymienione czyny po-

⁸ K. Trzcíński, op. cit., s. 150.

⁹ Alhaji Ahmad Tejan Kabbah urodził się 16 lutego 1932 r. w Sierra Leone, studiował ekonomię i prawo w Wielkiej Brytanii, pełnił wiele funkcji urzędniczych w Sierra Leone oraz przez prawie dwadzieścia lat w Organizacji Narodów Zjednoczonych. Był wicedyrektorem departamentu Afryki Zachodniej Programu Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju (UNDP). W 1973 r. został szefem operacji UNDP w Lesoto, a następnie w Tanzanii, Ugandzie i Zimbabwie. Odszedł z ONZ na urzędniczą emeryturę w 1992 r. Po zamachu stanu dokonanym w Sierra Leone przez Valentina Strassera w 1992 r. Kabbah objął przewodnictwo Narodowej Rady Doradczej, organu powołanego przez juntę do pomocy w ustanowieniu rządów demokratycznych w kraju. W 1996 r. Kabbah został wybrany prezydentem Sierra Leone w pierwszych od dwudziestu trzech lat wielopartyjnych wyborach. Pełnił ten urząd do 2007 r.; źródło: oficjalna strona internetowa Gabinetu Prezydenta – <http://www.statehouse-sl.org/biodata.html>.

¹⁰ Porozumienie dotyczące Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone i Statut Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone, Freetown, 16.01.2002 r. (United Nations Security

winy stanowić część rozległego lub systematycznego ataku przeciwko ludności cywilnej.

Jeśli chodzi o zakres personalny jurysdykcji, pierwsza sugestia w tej kwestii została sformułowana w liście prezydenta Ahmada Kabbaha skierowanym do ONZ w sprawie pomocy w powołaniu do życia Specjalnego Trybunału. Prezydent Kabbah wskazywał, że przed Trybunałem powinni stanąć przywódcy *Revolutionary United Front* i ich sojusznicy. Uważał, iż powinno to być jedynie kilkadziesiąt osób, aby postępowanie przed Specjalnym Trybunałem mogło się toczyć sprawnie oraz w miarę możliwości w dość krótkim czasie.¹¹ Statut Specjalnego Trybunału wymienia również osoby, które będą ponosić przed nim odpowiedzialność za czyny niezgodne z prawem, określone w art. 1. Wskazuje on, że Trybunał „sprawuje jurysdykcję nad osobami, które ponoszą największą odpowiedzialność za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa Sierra Leone, dokonane na terytorium tego kraju, a w szczególności przywódcami, którzy poprzez dokonanie zbrodni zagrozili realizacji procesów pokojowych w Sierra Leone.”¹²

Ponadto Trybunał może rozstrzygać sprawy za naruszenia wynikające z art. 3 Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. o ochronie ofiar wojny i II Protokołu dodatkowego do nich z dnia 8 czerwca 1977 r. Może również sądzić poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, np. zamierzone kierowanie ataków przeciwko ludności cywilnej lub indywidualnym osobom cywilnym niebiorącym bezpośrednio udziału w działaniach wojennych (wynika to z art. 4 Statutu), oraz – jak wskazuje art. 5 – działania, które prawo Sierra Leone uważa za zbrodnie, np. wykorzystywanie dziewcząt na podstawie dokumentu *Prevention of Cruelty to Children*, 1926 r. Specjalny Trybunał został powołany, aby wymierzyć sprawiedliwość za dokonanie najcięższych zbrodni w czasie trwania konfliktu zbrojnego. Jego jurysdykcja została ograniczona do terytorium Sierra Leone.

Jeśli chodzi o zakres czasowy, Trybunał rozpoczął swe funkcjonowanie od dnia 30 listopada 1996 r., kiedy to podpisano porozumienie pokojowe w Abidżanie. Jako rozpoczęcie jego działalności przyjęto właśnie tę datę, ponieważ po niej doszło do poważnych naruszeń prawa humanitarnego podczas walk mających miejsce podczas trwania konfliktu. Sądono również, że jest to stosunkowo nieodległa data, co umożliwiło szybkie rozpoznanie naruszeń i postawienie przed obliczem sprawiedliwości odpowiedzialnych za nie osób.

Dbając o bezpieczeństwo i poszanowanie praw człowieka, na konferencji odbywającej się w Rzymie od 15 do 17 lipca 1998 r., przedstawiciele ponad 160 państw zdecydowali o utworzeniu Międzynarodowego Trybunału Karnego. Przede wszystkim jego zadaniem było dążenie do przestrzegania praw

Council Official Records, dokument 5/2002/246 dołączony do listu z dnia 6 marca 2002 r. skierowanego przez Sekretarza Generalnego ONZ do Przewodniczącego Rady Bezpieczeństwa) (wyciąg), art. 2.

¹¹ P. Milik, *Specjalny Trybunał ONZ dla Sierra Leone – organizacja i funkcjonowanie*, Warszawa 2011, s. 40–41.

¹² Porozumienie dotyczące Specjalnego Trybunału..., art. 1.

człowieka, do ustanowienia pokoju w krajach objętych działaniami zbrojnymi i zapewnienie powszechnej sprawiedliwości. Mobilizuje on również państwa do badania popełnionych na ich terenie zbrodni i ukarania ludzi ponoszących odpowiedzialność za te czyny.

W wyjątkowych stanach, do jakich niewątpliwie zalicza się czas, gdy państwo jest pogrążone w konflikcie zbrojnym, społeczeństwo międzynarodowe nie może pozostać bierne wobec powszechnego łamania podstawowych praw i wolności. Aby przyspieszyć zakończenie konfliktu i ustabilizować sytuację wprowadza się zmiany prawa mające na celu zakończenie walk i położenie kresu bezkarności winnych dokonania zbrodni. Idealny przykład dążenia do osiągnięcia sprawiedliwości stanowi utworzenie dwóch międzynarodowych trybunałów karnych – dla Rwandy oraz dla byłej Jugosławii.¹³

Oba trybunały powstały na mocy wiążącej Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, która stanowi, iż są one pewnego rodzaju tymczasowymi środkami przymusu nałożonymi na państwo objęte działaniami zbrojnymi. Ich celem jest przywrócenie bądź utrzymanie pokoju i bezpieczeństwa. Rezolucja, jak wcześniej zostało wspomniane, ma charakter wiążący, zatem państwo nie tylko może, ale i ma obowiązek wykonywać decyzje trybunału. Co ważne działalność tych trybunałów ma pierwszeństwo przed sądownictwem krajowym.

Na przestrzeni ostatnich lat można dostrzec rozwój umiędzynarodowionego sądownictwa w zakresie spraw karnych. Często są one nazywane trybunałami hybrydowymi. Powstały one w celu osądzania zbrodni popełnionych w czasie trwania konfliktu zbrojnego i mają na celu zapewnienie bezstronnego postępowania sądowego. Takie trybunały powstają w państwach, gdzie istnieje chociaż minimalna infrastruktura sądowa, niechęć do utworzenia w pełni międzynarodowego organu sądownictwa, brak dostatecznej ilości środków materialnych oraz dążenie do uzyskania sprawiedliwości.

Specjalny Trybunał dla Sierra Leone również stanowi przykład trybunału hybrydowego. Piotr Milik wyjaśnia, iż „trybunały hybrydowe są nową, rozwijającą się formą zinstytucjonalizowanej współpracy państw w przedmiocie ścigania i karania sprawców zbrodni międzynarodowych. Podstawowym wyróżnikiem tej kategorii organów jest ich mieszany, hybrydowy skład personalny.”¹⁴ Sędziów, prokuratorów, jak i pozostały personel administracyjny w jednej części rekrutuje się spośród przedstawicieli kraju, drugą zaś część spośród przedstawicieli społeczności międzynarodowej, czyli kandydatów wskazanych przez ONZ. Jeśli chodzi o finansowanie, to środki na działalność Trybunału pokrywa ONZ. Siedziba sądów hybrydowych zawsze znajduje się na terytorium państwa, w którym doszło do naruszeń. Co ważne Trybunał powstał na mocy Rezolucji Rady Bezpieczeństwa, a skutkiem tego jest to, że państwa trzecie nie muszą z nim współpracować.

¹³ Patrz str. internetowa: http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mtk_cele.php.

¹⁴ P. Milik, op. cit., s. 5.

Pierwotnie Specjalny Trybunał dla Sierra Leone posiadał jedną Izbę Procesową oraz Izbę Apelacyjną. Jednak 17 stycznia 2005 r., na mocy art. 12 Statutu Specjalnego Trybunału powołano drugą Izbę Procesową. Obecnie skład sędziowski stanowi jedenastu niezawisłych sędziów. Jest on zgodny z założeniami odpowiednimi dla trybunału hybrydowego, został wskazany w art. 12 Statutu: „trzech Sędziów sprawuje urząd w Izbie Orzekającej, przy czym jeden spośród nich jest Sędzią mianowanym przez Rząd Sierra Leone, a dwóch Sędziów jest mianowanych przez Sekretarza Generalnego Organizacji Narodów Zjednoczonych; Pięciu Sędziów sprawuje urząd w Izbie Apelacyjnej, przy czym dwóch spośród nich jest mianowanych przez Rząd Sierra Leone, a trzech Sędziów jest mianowanych przez Sekretarza Generalnego.”¹⁵ Kadencja sędziów trwa trzy lata i istnieje możliwość ich reelekcji.

Jako niezależny organ działa Biuro Prokuratora, który jest wybierany przez Sekretarza Generalnego, po konsultacji z Rządem Sierra Leone. Do jego kompetencji należy dopełnianie obowiązków związanych ze śledztwem i czynnościami oskarżycielskimi względem osób ponoszących największą odpowiedzialność za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego oraz zbrodnie ścigane na podstawie prawa wewnętrznego Sierra Leone, popełnione na terytorium państwa po 30 listopada 1996 r. Prokurator działa niezależnie, jako odrębny organ Specjalnego Trybunału. W związku z tym, nie przyjmuje instrukcji od żadnego rządu ani z innych źródeł.¹⁶ Ma on kompetencje do przesłuchiwania podejrzanych, ofiar i świadków oraz do zbierania materiału dowodowego. Może także prowadzić dochodzenia w terenie. W realizacji uprawnień pomaga mu zastępca, wybierany przez rząd Sierra Leone.

W skład Trybunału wchodzi również Sekretariat. Na jego czele stoi Sekretarz, którego wybiera Sekretarz Generalny ONZ. Jest to organ pomocniczy, zajmujący się między innymi publikowaniem dokumentów, obsługą obrad, a także prowadzeniem archiwum, biblioteki oraz tłumaczeniem na potrzeby procesu zeznań świadków i dokumentów.

W ramach działalności Sekretariatu wyróżniono szereg jednostek odpowiadających za obsługę administracyjną Specjalnego Trybunału. Można tu wyróżnić m.in. Biuro ds. Pokrzywdzonych i Świadców, które zapewnia pomoc, ochronę i bezpieczeństwo pokrzywdzonym i świadkom w sytuacjach, gdy może grozić im niebezpieczeństwo w związku ze złożonymi przez nich zeznaniami.

Wyróżniono także Biuro Obrony, działające jako niezależny organ w interesie wymiaru sprawiedliwości, poprzez świadczenie pomocy prawnej dla podejrzanych i oskarżonych.

Istotny element stanowi Biuro Informacji i Spraw Publicznych, które zapewnia obsługę informacyjną Specjalnego Trybunału. Na uwagę zasługuje również Biuro Obsługi Administracji Trybunału, które zajmuje się sprawami z zakresu administracji i logistyczną obsługą Trybunału.

¹⁵ Porozumienie dotyczące Specjalnego Trybunału..., art. 12.

¹⁶ P. Milik, op. cit., s. 25.

Po dokonaniu analizy składu personalnego i zakresu działalności Specjalnego Trybunału, nasuwa się pytanie: jakie miejsce zajmuje on w systemie sądownictwa Sierra Leone? Parlament kraju przyjął specjalną ustawę, która stanowi, że Specjalny Trybunał jest częścią wewnętrznego porządku prawnego Sierra Leone. Pomimo tego, nie należy do systemu sądownictwa tego państwa, gdyż orzeka w swoim imieniu. Nie ulega wątpliwości, iż pełni on bardzo ważną rolę w zakresie sądownictwa, w związku z tym wszystkie instytucje, których zadaniem jest pełnienie władzy publicznej na terenie Sierra Leone, są zobowiązane do współpracy z organami Specjalnego Trybunału.

4. Orzecznictwo Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone

Pierwsze a zarazem najistotniejsze akty oskarżenia sformułował Prokurator David Crane w 2003 r. Były skierowane przeciwko trzynastu osobom. Wśród nich znaleźli się: jeden z przywódców RUF Foday Sankoh oraz Charles Taylor prezydent Liberii. W 2005 r. powstało siedem kolejnych aktów oskarżenia. Jak wskazuje Piotr Milik, „pięć z nich dotyczyło rzekomego udostępniania przez funkcjonariusza Trybunału danych osobowych świadków oskarżenia osobom nieuprawnionym, które następnie dopuściły się gróźb wobec tych świadków. Ponieważ gróźb tych dopuściły się pod wpływem silnych emocji osoby bliskie, żony oskarżonych przed Trybunałem, potraktowano je możliwie łagodnie (sprawa Margaret Fomba Brima, Neneh Bai Jalloh, Esther Kamara, Anifa Kamara)”.¹⁷

Spośród oskarżonych w 2003 r. trzynastu osób, jurysdykcją Specjalnego Trybunału zostało objętych jedenastu, gdyż Charles Tylor znalazł schronienie w Nigerii, a jego aresztowanie było możliwe dopiero w 2006 r., natomiast przywódca wojskowy Paul Koroma zbiegł, a jego miejsce pobytu było nieznane. Kolejne dwie osoby zmarły nie doczekawszy się procesu. Byli to Sam Bockarie, który zginął podczas strzelaniny w Liberii 5 maja 2003 r. oraz długoletni przywódca RUF Foday Sankoh. Zmarł on 29 lipca 2003 r. w areszcie.

W stosunku do pozostałych oskarżonych Trybunał zdecydował na początku 2004 r. o połączeniu spraw i przeprowadzeniu trzech procesów. Jako pierwszą wyróżniono sprawę *Civil Defence Forces* (CDF), podczas której na ławie oskarżonych zasiedli członkowie tej organizacji (Allieu Kondewa, Mo-inina Fofana oraz były minister spraw wewnętrznych Sierra Leone Samuel Hinga Norman). W kolejnym postępowaniu przed oblicze Specjalnego Trybunału zostali postawieni przedstawiciele *Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC), gdzie oskarżeni zostali: Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara

¹⁷ Ibidem, s. 65.

oraz Santigie Borbor Kanu. Wreszcie, jako ostatnią rozstrzygano sprawę *Revolutionary United Front* (RUF), a oskarżeni zostali: Issa Hassan Sesay, Morris Kallon oraz Augustine Gbao.¹⁸

5. Sprawa AFRC

Rewolucyjna Rada Sił Zbrojnych (AFRC) była grupą jednoczącą rebeliantów, działającą na terenie Sierra Leone w latach 90. Została utworzona przez majora Johnny'ego Korome. 28 lutego 2004 r. sędziowie Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone zarządzili połączenie spraw członków AFRC w jeden proces. W akcie oskarżenia znalazło się 14 zarzutów. Dotyczyły one popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości, naruszenia praw człowieka, w szczególności art. 3 Konwencji genewskich z 1949 r. i Protokołu dodatkowego II do tych konwencji oraz międzynarodowego prawa humanitarnego. Co ważne, w tym procesie – po raz pierwszy w historii – międzynarodowy trybunał skazał odpowiedzialnych za przymusowe wcielenie dzieci poniżej piętnastego roku życia do sił zbrojnych, w których działaniach miały brać aktywny udział.¹⁹

Jednym z oskarżonych w tej sprawie był Alex Tamba Brima.²⁰ Wraz z grupą AFRC w maju 1997 r. dokonał zamachu stanu, który obalił rządy sprawowane przez prezydenta Kabbaha. Po tym zdarzeniu bardzo często dochodziło do zorganizowanych ataków na ludność cywilną. Jak twierdzili rebelianci, celem ataków było ukaranie mieszkańców Freetown i okolic za wsparcie udzielone obalonemu prezydentowi i jego reżimowi.²¹ Owe operacje zbrojne charakteryzowały się wielkim okrucieństwem. Powszechne były egzekucje cywilów, okaleczanie ich²², grabieże i palenie wiosek, przymusowe małżeństwa, wykorzystywanie dzieci-żołnierzy w działaniach zbrojnych²³ czy nakazy pracy przymusowej, zwłaszcza w kopalniach diamentów. Brima został aresztowany i przeniesiony do miejsca siedziby specjalnego Trybunału dnia 10 marca 2003 r. Natomiast 19 lipca 2007 r. został skazany na 50 lat pozbawienia wolności. Izba Apelacyjna Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone podtrzymała ten wyrok 22 lutego 2008 r.

Taki sam wyrok otrzymał Santigie Borbor Kanu.²⁴ Na skutek zaproszenia Johnny'ego Korome dołączył do Rady Najwyższej AFRC. Miał on służyć jako dowódca AFRC i sił rewolucyjnych, które zaatakowały cywilów na

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, s. 66.

²⁰ Wyrok Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone w sprawie *Prokurator przeciwko Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu* z 20.06. 2007 r., nr sprawy SCSL-04-16-T, p. 1640.

²¹ *Prokurator przeciwko Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, p. 1745.

²² Ibidem, p. 1835.

²³ Ibidem, p. 1836.

²⁴ Ibidem, p. 1978.

północnym wschodzie oraz w centrum Sierra Leone w 1998 r., a także we Freetown w styczniu 1999 r.²⁵ W akcie oskarżenia zarzucono mu popełnienie takich samych zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, jak te, których dokonał Alex Tamba Brima.

W działaniach grupy AFRC uczestniczył również Brima Bazzy Kamara, dowódca AFRC w Sierra Leone²⁶. Razem ze współoskarżonymi brał udział w obaleniu rządu prezydenta Kabbaha i związanych z tym wydarzeniem represjach wobec ludności cywilnej.

Dzień 20 czerwca 2007 r. był dla Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone dniem wyjątkowym, gdyż właśnie wtedy Trybunał wydał swój pierwszy wyrok. Trzech oskarżonych zostało uznanych za winnych popełnienia 11 z 14 zarzucanych im czynów. I tak odpowiednio Alex Tamba Brima i Santiegie Borbor Kanu zostali skazani na 50 lat pozbawienia wolności, a Brima Bazzy Kamara na 45 lat. Pomimo tego, iż odwołali się oni od wyroku, 22 lutego 2008 r. po zakończeniu obrad, Izba Apelacyjna Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone podtrzymała wyrok Izby Procesowej II.²⁷ Skazani odbywają swoje wyroki w Rwandzie, do której zostali przewiezieni 31 października 2009 r.

6. Sprawa CDF

Decyzja o połączeniu kolejnych spraw i rozpoznaniu ich na wspólnym posiedzeniu Specjalnego Trybunału zapadła 28 lutego 2004 r. Postępowanie dotyczyło grupy *Civil Defense Forces* (CDF), a na ławie oskarżonych zasiadli jej przywódcy: Allieu Kondewa, Moinina Fofana oraz Samuel Hinga Norman.

CDF było paramilitarną organizacją, czynnie uczestniczącą w walkach zbrojnych podczas wojny domowej w Sierra Leone. W swych działaniach popierała rząd, na czele którego stał prezydent Ahmed Tejan Kabbah. Określenie formacji jako „obrony cywilnej” podkreśla jej skład personalny, a mianowicie, że jej członkami byli przedstawiciele milicji. Milik wskazuje na podobieństwo procedury rozpatrzenia sprawy CDF do sprawy AFRC: „Podobnie jak w przypadku członków AFRC, 5 marca 2004 r. prokurator sporządził wspólny akt oskarżenia, w którym sformułował osiem zarzutów dotyczących zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości i innych poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego.”²⁸

Proces rozpoczął się 3 czerwca 2004 r. W czasie trwania wojny domowej w Sierra Leone przywódcy CDF często dopuszczali się zbrodni i łamania praw człowieka na masową skalę. Podczas ofensywy w 1999 r. popełnili

²⁵ Trial Watch: Santiegie Borbor Kanu Facts, w: <http://www.trial-ch.org/en/ressources/trial-watch/trial-watch/profils/profile/209/action/show/controller/Profile.html>.

²⁶ Prokurator przeciwko Alex Tamba Birma, Brima Bazzy Kamara, Santiegie Borbor Kanu, p. 1839.

²⁷ P. Milik, op. cit., s. 66.

²⁸ Ibidem.

ponad 180 egzekucji członków RUF bez uprzedniego udowodnienia ich winy. Ponadto przeprowadzili wiele ataków na ludność cywilną, szczególnie w okolicach miast Bradfort i Moyamba, które uważali za miejsca przebywania rebeliantów. Ataki te obejmowały m.in. rozbój oraz zabójstwo z premedytacją. Nierzadkie były przypadki nadużyć w stosunku do dzieci, a także wykorzystywanie ich w działaniach zbrojnych jako żołnierzy.

Jednym ze skazanych przez Specjalny Trybunał był Allieu Kondewa. Uważano go za jednego z liderów Kongregacji Nauki Wiary w Sierra Leone. W związku z tym był odpowiedzialny za strategiczne i operacyjne działania tej organizacji, sprawował również dowództwo i kontrolę nad jej członkami. Podejmował niezbędne działania do pokonania sił sojuszu RUF i AFRC, a tym samym pragnął ich całkowitej eliminacji. Podejmowane przez niego akcje obejmowały ataki na ludność cywilną, podejrzaną o współpracę z rebeliantami. Po tym, jak jakieś osoby – bardzo często zwykli cywile - zostali określani jako współpracownicy przeciwników, musieli zostać wyeliminowani albo przez rozstrzelanie, albo przez spalenie żywcem. Takim aktem przemocy towarzyszyły liczne grabieże, niszczenie własności prywatnej oraz zastraszanie i groźby w stosunku do pozostałych. W swych działaniach Kondewa wykorzystywał dzieci poniżej 15. roku życia, które niejednokrotnie były odurzane narkotykami.²⁹ Specjalny Trybunał skazał go na osiem lat pozbawienia wolności.³⁰

W podobnej sytuacji został postawiony Moinina Fofana, jeden z głównych przedstawicieli CDF. Również odpowiedzialny za popełnienie zbrodni wojennych, dokonywanych w celu eliminacji rebeliantów RUF.³¹ Został za to skazany na sześć lat pozbawienia wolności.³² Oba wyroki były stosunkowo niskie w porównaniu do czynów, za jakie skazani mieli ponieść odpowiedzialność. Znalazło to wytłumaczenie w tym, iż w wyroku stwierdzono, że prokurator nie uzasadnił wystarczająco zarzutów dotyczących popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości. Wpłynęło to na wysokość kar orzeczonych wobec oskarżonych.³³

Wyrok nie dotyczył trzeciego sprawcy, a mianowicie Samuela Hinga Normana, ponieważ zmarł 22 lutego 2007 r., z przyczyn naturalnych. Miał ponieść odpowiedzialność, jako dowódca za swoich podwładnych. Jednak po jego śmierci postępowanie zostało umorzone 21 maja 2007 r.³⁴

Po wydaniu wyroków w sprawie CDF prokurator pomimo tego, że w postępowaniu przed Izbą Procesową nie wykazał dostatecznych dowodów, stwierdzających winę oskarżonych, postanowił wnieść odwołanie. Na skutek

²⁹ Wyrok Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone w sprawie *Prokurator przeciwko Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, z 28.05.2008 r., nr sprawy SCSL-04-14-A, p. 458.

³⁰ Ibidem, p. 22.

³¹ Ibidem, p. 457.

³² Ibidem, p. 21.

³³ P. Milik, op. cit., s. 66.

³⁴ *Prokurator przeciwko Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, p.13.

tego 28 maja 2008 r. w tej sprawie głos zabrała Izba Apelacyjna. Rozszerzyła ona katalog czynów, które uznała za udowodnione w postępowaniu, które odbyło się przed Izbą Procesową. Skutkiem tego była zmiana wymiaru wyroków wobec Allieu Kondewy, którego skazano na dwadzieścia lat pozbawienia wolności i Moinina Fofana, którego wyrok zwiększono do lat piętnastu.³⁵ Obaj zostali przewiezieni do Rwandy w celu odbycia kary.

7. Sprawa RUF

Zjednoczony Front Rewolucyjny (*Revolutionary United Front* – RUF) został stworzony przez Fodaya Sankkoha. Trzeci wspólny proces miał dotyczyć przywódców Frontu: Fodaya Sankoha, Sama Bockarie, Issa Hassana Sesaya, Morrisa Kallona i Augustine Gbao.

Członkowie ruchu wystąpili przeciwko rządowi Sierra Leone we Freetown. Postrzegali elity rządzące jako skorumpowane, a sami w tej sytuacji zyskali popularność dzięki propagowanym sloganom i obietnicom bezpłatnej edukacji oraz opieki zdrowotnej, a także sprawiedliwego podziału zysków pochodzących ze sprzedaży diamentów. Jednak obecnie wielu ludzi na całym świecie wie, co to za organizacja, za sprawą dokonanego przez nią okrucieństwa, trwającego ponad dziesięć lat.

Początkowo RUF przyjął hasło: nigdy więcej niewolników, nigdy więcej panów. Władzy i bogactwa do ludzi. Jednak nie było to nic więcej poza hasłem. Przywódca Frontu Foday Sankoh przeznaczył środki uzyskane ze sprzedaży diamentów na zakup broni. Nie było mowy o żadnym sprawiedliwym podziale obiecanych zysków. Gospodarka Sierra Leone zaczęła chylić się ku upadkowi, a nawet przeciętni obywatele zaczęli być nękani przez wojsko, którego członkowie dopuszczali się okrutnych mordów, gwałtów i grabieży na masową skalę.

Znakiem rozpoznawczym ich działań było obcinanie kończyn. Przed zrobieniem tego żołnierze zadawali pytanie swojej ofierze: wolisz krótki czy długi rękaw? I w zależności od odpowiedzi obcinali rękę na wysokości łokcia lub ramienia. Od tego proceduru Sierra Leone było często nazywane krajem bezrękich ludzi.

RUF w swoich działaniach często wykorzystywał oddziały składające się z dzieci-żołnierzy. Za pomocą przymusu i odurzenia narkotykami zmuszano rekrutów do barbarzyństwa. Były to działania prowadzone na ogromną skalę. Porywane dzieci poddawano szkoleniu wojskowemu. Uczono je taktyki i posługiwania się bronią. Działyły w grupach, tzw. SBUs (*Small Boys Units*) i SGUs (*Small Girls Units*). Dzieci wykorzystywano w operacjach militarnych jako szpiegów, członków uzbrojonych patroli, bądź ochroniarzy (*bodyguards*) wyższych oficerów RUF. Zmuszano je do popełniania zbrodni przeciwko ludności cywilnej. Niejednokrotnie dzieci pełniły warty, w celu ochrony

³⁵ Ibidem, p. 565.

obiektów wojskowych, a także obozów RUF i kopalni diamentów. Niektóre z dzieci, zmuszonych do działań zbrojnych nie miały więcej niż osiem lub dziewięć lat.³⁶ Okrucieństwa nie miały końca. Będącym w armii dzieciom często kazano mordować swoich rodziców.

Nierzadką była praktyka, polegająca na tym, że żołnierze wycinali na piersiach swych ofiar napis RUF, aby wzbudzać postrach swoją zbrodniczą działalnością.

Dla rozrywki niektórzy żołnierze zakładali się o płęć nienarodzonych dzieci, gdy w pobliżu znajdowała się ciężarna kobieta, po czym w brutalny sposób otwierali łono matki, aby wyłonić zwycięzcę zakładu.

W czasie postępowania wyróżniono precedens określane mianem wymuszonych małżeństw, który dotąd nie był rozpatrywany przez międzynarodowe prawo karne. Sprawcy dopuścili się czynów polegających na porywaniu kobiet i przetrzymywaniu ich, często całymi latami. Zmuszali je do świadczenia usług natury seksualnej oraz innych czynności na rzecz dowódców oddziałów i partyzantów. Kobiety te nazywane były *zonami z buszu*. Prokurator wyróżnił wymuszone małżeństwa w ramach zbrodni przeciwko ludzkości w kategorii inne czyny przemocy seksualnej, odróżniając je w szczególności od seksualnego niewolnictwa.³⁷ Bestialskie zachowania zostały potępione przez społeczność międzynarodową, a liderzy Zjednoczonego Frontu Rewolucyjnego zostali postawieni przed oblicze Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone.

Przywódcom RUF prokurator postawił 18 zarzutów dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych oraz naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego. Na ławie oskarżonych zabrakło jednak najważniejszego z nich, a mianowicie nazywanego natchnionym kapralem Fodaya Sankoha, założyciela i długoletniego przywódcy Frontu. Stał on na czele brutalnych praktyk, takich jak gwałt, amputacja oraz mord, mających miejsce podczas wojny domowej. Ponadto osobiście zarządzał wieloma operacjami zbrojnymi na terenie Sierra Leone. Został oskarżony o 17 różnych rodzajów zbrodni wojennych, w tym m.in. o korzystanie z dzieci żołnierzy, zbrodnie przeciwko ludzkości, w tym eksterminację, niewolnictwo oraz gwałt.³⁸ Sankoh zmarł w 2003 r. na skutek powikłań związanych z udarem, zanim Trybunał mógł go osądzić.

Wymierzenie sprawiedliwości nie było również możliwe wobec Sama Bockarie. W swojej działalności zajmował się przede wszystkim zdobywaniem obszarów bogatych w złoża diamentów, takich jak Kenema i dzielnice Kono.³⁹ Podczas tych działań jego oddziały dopuszczały się licznych ataków

³⁶ J. Nowakowska-Małusecka, *Dzieci-żołnierze i sprawiedliwość casus Sierra Leone*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2010, t. 1, s. 235.

³⁷ P. Milik, op. cit., s. 67.

³⁸ Wyrok Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone w sprawie *Prokurator przeciwko Foday Saybana Sankoh* z 7.3.2007 r., nr sprawy SCSL -03-02-I-001, p. 32–34.

³⁹ Wyrok Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone w sprawie *Prokurator przeciwko Sam Bockarie* z 7.03.2003 r., nr sprawy SCSL-03-04-I, p.37, 38.

skierowanych wobec ludności cywilnej. Towarzyszyły im okaleczanie oraz przemoc seksualna.⁴⁰ Zarzucono mu także rekrutowanie dzieci do działań zbrojnych oraz ataki przeprowadzone w stosunku do przedstawicieli sił pokojowych ONZ. Bockarie nie zdążył trafić przed oblicze Specjalnego Trybunału, gdyż zginął 5 maja 2003 r. Wobec czego sprawę przeciwko niemu i Sankohowi umorzono 8 grudnia 2003 r.

Wspólny proces rozpoczął się 5 lipca 2004 roku wobec trzech pozostałych przywódców RUF. Miał on za zadanie m.in. udowodnienie winy Issa Hassana Sesaya, określanego jako straszny oficer. Przydomek ten stanowił odzwierciedlenie jego działalności. Prowadził kampanię ataków na terenie Sierra Leone wobec ludności cywilnej i organizacji humanitarnych, a także misji pokojowych ONZ. Celem ataków było głównie sianie poczucia strachu i terroru, ale również działania te traktowano, jako rodzaj kary za niezapewnienie dostatecznego wsparcia żołnierzom RUF. Podczas akcji dochodziło do licznych zabójstw z premedytacją, przemocy fizycznej, psychicznej i seksualnej oraz grabieży mienia. Na porządku dziennym były porwania kobiet i dziewczynek, które były gwałcone przez rebeliantów. Natomiast mężczyźni i chłopcy wykorzystywano głównie do przymusowej pracy.⁴¹ Za swoje czyny Sesay został skazany przez Specjalny Trybunał i otrzymał najdłuższy wyrok w porównaniu do innych przywódców RUF, który wynosił 52 lata pozbawienia wolności. Podobnych czynów dopuścił się Morris Kallon. Po rozpatrzeniu sprawy został skazany na 40 lat. Znacznie łagodniej został ukarany Augustine Gbao, wobec którego orzeczono karę 25 lat.⁴²

26 października 2009 r. sprawę rozpatrywała Izba Apelacyjna. Po rozważeniu wszystkich kwestii utrzymała w mocy wysokość orzeczonych kar, a wyrok stał się prawomocny. Bockarie, Sesay i Gbao zostali przewiezieni do Rwandy w celu odbycia kary.

8. Proces Charlesa Taylora

Największe zainteresowanie i emocje wzbudził proces Charlesa Taylora. W 1997 roku Tylor został wybrany prezydentem Liberii w wielce niedemokratycznych wyborach, gdyż uzyskał stanowisko na skutek ogromnego poczucia strachu, które wzbudzał wśród swych wyborców. Hasłem jego elekcji stało się powiedzenie: „zabił mi ojca, zabił matkę. Lepiej oddam mu swój głos, bo i mnie zabije.”⁴³

⁴⁰ Ibidem, p. 41–45.

⁴¹ Wyrok Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone w sprawie *Prokurator przeciwko Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao* z 26.10.2009 r., nr sprawy SCSL-04-15-A, p. 19.

⁴² Ibidem, p. 22.

⁴³ W: http://wyborcza.pl/1,76842,11620236,Byly_prezydent_Liberii_winy_zbrodni_wojennych.html.

Liberia była jednym z najzamożniejszych krajów afrykańskich, jednak było tak do czasu. Po objęciu władzy przez Tylora stała się krajem biednym, pełnym chaosu i bezprawia. Prezydent zaczął snuć marzenia o stworzeniu rozciągającego się na cały region imperium. W celu realizacji tego planu rozpoczął politykę opartą na licznych grabieżach i chęci złupienia kolejnych krajów. Bogate w złoża diamentów Sierra Leone stało się dla Tylora obiektem pożądania. Zaczął on wspierać i finansować miejscowych rebeliantów ze Zjednoczonego Frontu Rewolucyjnego, czego skutkiem była krwawa wojna, która pochłonęła liczne ofiary.

Zeznania świadków dotyczące działalności Taylora i jego rebeliantów są bardzo drastyczne. Brutalne zabójstwa cywilów czy wykorzystywanie ich jako żywych tarcz w tamtym czasie w Sierra Leone nie było niczym nadzwyczajnym.

Powszechnym zjawiskiem było okaleczanie. Krzysztof Trzciniński ukazuje ten proceder następująco: „rebelianci na masową skalę mordowali i okaleczali w sposób charakterystyczny dla sadystycznych psychopatów. Pustoszeniu i paleniu miast i wsi towarzyszyły niemal zawsze masakry ich mieszkańców oraz orgie gwałtów. Rebelianci sierraleońscy wstawili się ucinaniem swoim ofiarom dłoni, stóp bądź uszu, zaś przed odrąbaniem całych rąk lub nóg bawili się pytaniem: *Krótkie czy długie rękawy?* Masowym amputacjom niejednokrotnie towarzyszyło ćwiartowanie i obdzieranie ofiar żywcem ze skóry.”⁴⁴ Jeden ze świadków w procesie wspominał, iż błagał żołnierzy RUF, aby obcięli mu jedną pozostałą rękę, w zamian za darowanie życia jego nowo narodzonego dziecka. Oczywiście takie prośby i błagania nie odnosiły żadnego skutku poza większą satysfakcją i zabawą dla żołnierzy. Od tego proceduru Sierra Leone często było nazywane krajem bezrękich ludzi.

Inni świadkowie opowiadali jak partyzanci Taylora usuwali płody z brzuchów ciężarnych kobiet i praktykowali kanibalizm oraz przypiekali ofiary nad ogniskiem. Niejednokrotnie rebelianci popisywali się przed sobą, a w tym celu kroili swe żywe ofiary maczetami. Wydaje się, że mniej drastycznymi metodami zbrodniczej działalności w stosunku do ludności cywilnej było bicie ofiar przez dłuższy czas przez zmieniających się oprawców czy porywanie tysięcy dziewcząt, które później wykorzystywano seksualnie.⁴⁵

Taylor był także odpowiedzialny za wcielanie dzieci do armii i nakłanianie ich do dokonywania poważnych zbrodni.⁴⁶ W ten sposób wykorzystywano zarówno dziewczynki, jak i chłopców. Na początku musieli odbyć szkolenie w obozach AFRC lub RUF, aby następnie wykorzystywać ich do walki.⁴⁷ Rekruci byli stopniowo uzależniani od narkotyków, zwłaszcza kokainy, aby bez jakichkolwiek zahamowań zachowywali się jak barbarzyńcy. Młodzi ludzie byli zmuszani do oglądania godzinami drastycznych filmów, wywołujących agresję i negatywne uczucia, które podczas akcji miały być skierowane ku

⁴⁴ K. Trzciniński, op. cit., s. 163.

⁴⁵ Wyrok Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone w sprawie *Prokurator przeciwko Charles Ghankay Taylor* z 3.04.2006 r., nr sprawy SCSL-2003-01-PT, s. 8.

⁴⁶ Ibidem, s. 9.

⁴⁷ J. Nowakowska-Małusecka, op. cit., s. 236.

przeciwnikom. Pewnego rodzaju działania propagandowe starszych żołnierzy nastawiały młodzież niechętnie do reszty społeczeństwa i starały się przekonać ich, że aktami przemocy mogą wyrównać szkody i niepowodzenia, jakich doznali przed wojną. O słuszności ich działań zbrojnych dowódcy starali się przekonywać na różne sposoby. „Wprowadzono zwyczaj tatuowania młodych rebeliantów, co nie tylko miało służyć celom identyfikacji, ale również wyrobić głębokie poczucie przynależności do grupy. Tatuaz miał także pogłębić wśród młodych pęd do walki, albowiem gdyby dostali się oni w ręce nieprzyjaciela i zostali rozpoznani, zginęliby zapewne w męczarniach.”⁴⁸ Zabiegi te zaowocowały tym, że dzieci miały ogromne znaczenie dla armii rebeliantów. Angażowały się do walki, nie miały skrupułów, zatem były idealnymi żołnierzami. Powyższe przykłady zbrodni przeciwko ludzkości stanowiły podstawę oskarżenia Charlesa Taylora za prowadzone przez niego działania na terytorium Sierra Leone.

Prokurator David Crane oskarżył Taylora w marcu 2003 r. Jednak po pierwszych rozmowach pokojowych w czerwcu 2003 r. uciekł on do Nigerii, gdzie otrzymał azyl polityczny. Jednak jego bezkarność nie trwała długo. W 2006 r. cofnięto azyl, co wreszcie umożliwiło jego aresztowanie. 20 czerwca 2006 r. przewieziono go do Hagi. Tam postawiono przed obliczem Sądu Specjalnego dla Sierra Leone, który ze względów bezpieczeństwa rozpatrywał sprawę w Hadze, a nie we Freetown.

Charles Taylor to pierwszy w historii przywódca państwa, który został osądzony przez międzynarodowy trybunał za zbrodnie wojenne. Został uznany za winnego wobec 11 postawionych mu zarzutów, m.in.: aktów terroryzmu wobec ludności cywilnej, zabójstw, aktów przemocy fizycznej i psychicznej, gwałtów, niewoli, wspomagania działań rebeliantów, a także wcielania dzieci poniżej 15. roku życia do sił zbrojnych. 30 maja 2012 r. został skazany na 50 lat więzienia.

Od wyroku została wniesiona apelacja. Według prokuratorów kara orzeczona wobec Taylora powinna zostać zwiększona do 80 lat pozbawienia wolności. Ich zdaniem nie tylko wspierał on i zachęcał do działania rebeliantów Zjednoczonego Frontu, ale również Specjalny Trybunał powinien uznać go za winnego planowaniu akcji zbrojnych i wydawaniu rozkazów bojownikom. Natomiast zdaniem obrońców wyrok wydany przez Specjalny Trybunał jest niesprawiedliwy, wobec czego pragną oni jego unieważnienia. Podstawę ich wniosków mają stanowić nieprawidłowości w ustaleniach sądu i wykorzystywanie błędnych informacji. Prawnicy Taylora podważają też prawdziwość zeznań świadków. Uważają, że nie były one wiarygodne, a część z tych osób po prostu zostało przekupionych przez prokuratora.

Ostateczna decyzja w sprawie Charlesa Taylora ma zostać podjęta przez Specjalny Trybunał do spraw Sierra Leone we wrześniu 2013 r. Zanim to się stanie oskarżony ma pozostać w areszcie, znajdującym się w Hadze. Jeżeli sprawa zostanie rozpatrzona na niekorzyść Taylora, będzie on musiał odbyć wyrok w Wielkiej Brytanii.

⁴⁸ K. Trzcíński, op. cit., s. 166.

9. Podsumowanie

Niszczycielski konflikt zbrojny w Sierra Leone trwał 11 lat. Charakteryzował się skrajną brutalnością i rozpowszechnionym naruszeniem praw człowieka, przede wszystkim w stosunku do ludności cywilnej, co czyni go jeszcze bardziej okrutnym. Różnego rodzaju represje były na porządku dziennym, a widoczna niemalże na każdym kroku śmierć stała się elementem życia codziennego. Jednak należy pamiętać, że wojna domowa w Sierra Leone to nie tylko utracone rzeczy osobiste i zniszczone domy. To przede wszystkim ludzka krzywda oraz problemy w życiu emocjonalnym i społecznym. Owe wydarzenia stanowiły wyzwanie dla społeczności międzynarodowej. Co zrobić wobec takiego konfliktu? Oczywiście było, że nie można lekceważyć tak poważnych naruszeń praw człowieka i prawa humanitarnego.

Wobec drastycznych skutków konfliktu zbrojnego utworzenie na mocy Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone było najbardziej trafną możliwością rozwiązania problemu ukarania winnych. Został on wyposażony w kompetencje do sądzenia osób odpowiedzialnych za poważne łamanie postanowień prawa humanitarnego oraz prawa Sierra Leone, zajmuje się także sądzeniem najcięższych zbrodni, które miały miejsce na terenie państwa od 1996 r. Do zakresu jego działalności należy przede wszystkim ściganie zbrodni przeciwko ludzkości, poważnych naruszeń prawa humanitarnego oraz wewnętrznego prawa Sierra Leone. Dzięki powołaniu Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone, postawienie przed obliczem sprawiedliwości odpowiedzialnych za naruszenie stało się możliwe poprzez aresztowanie, oskarżenie i adekwatne ukaranie wszystkich winnych, którzy dokonali zbrodni.

Wobec pilnej potrzeby wymierzenia sprawiedliwości Trybunał musiał podjąć odpowiednie kroki, aby przyspieszyć swoje działanie. W tym celu zarządzono połączenie spraw i ich wspólne rozpatrzenie. Po dokonaniu analizy postępowań, warto zwrócić uwagę na kilka nasuwających się wniosków.

Jeśli chodzi o orzeczone kary za dokonanie zbrodni, można pokusić się o stwierdzenie, że skazanym w postępowaniu AFRC i RUF nałożono adekwatne kary w stosunku do czynów, które popełnili. Natomiast pewne kontrowersje nasuwają się podczas rozpatrywania sprawy CDF. Kary pozbawienia wolności w tym procesie mogą wydawać się zbyt niskie. Jednak taki ich wymiar wynika z trudności związanych z rozstrzygnięciem sprawy. Przede wszystkim niedostateczne udowodnienie zarzutów przez prokuratora wpłynęło na wysokość orzeczonej kary. Po tym niezbędne było rozpatrzenie sprawy w Izbie Odwoławczej. Na skutek rozszerzenia katalogu czynów uznanych za udowodnione, możliwe było zwiększenie wyroków.

Warto również zwrócić uwagę na elementy dotyczące postępowania dowodowego. Bardzo duży wpływ na treść zarzutów miały zeznania świadków. Umożliwiło to penalizację zbrodni wykorzystywania dzieci w działaniach zbrojnych. Po raz pierwszy na tak dużą skalę rozpatrywano dokonanie tego przestępstwa właśnie przed Specjalnym Trybunałem dla Sierra Leone.

Wyróżniono także zawieranie wymuszonych małżeństw jako nową kategorię zbrodni na tle seksualnym. Stanowiło to precedens w orzecznictwie międzynarodowym, gdyż dotychczas tego rodzaju czyny kwalifikowano jedynie jako inne czyny naruszające wolność seksualną. Jednak w wyniku drastycznych czynów rebeliantów, dokonywanych na masową skalę, prokurator postanowił odróżnić wymuszone małżeństwa w szczególności od niewolnictwa seksualnego.

Ewenementem na tle międzynarodowym było skazanie Charlesa Taylora. Godny uwagi jest fakt, iż był on pierwszym przywódcą państwa, który został nie tylko oskarżony, ale i skazany przez międzynarodowy trybunał za dokonanie zbrodni wojennych.

Wpływ konfliktów zbrojnych na narody, które w nich uczestniczyły, jest ogromny. Okrucieństwo wpłynęło na życie młodego pokolenia i degenerację ich moralności. Skutki wojny są katastrofalne.⁴⁹ Choć winni popełnienia zbrodni zostali ukarani przez Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, trudno jest oszacować wielkość strat moralnych i psychicznych, jakich doznali mieszkańcy zaatakowanego kraju. Pomimo zakończenia wojny, można pokusić się o stwierdzenie, że sytuacja tam nadal nie została ustabilizowana, gdyż po okresie walk zbrojnych przyszedł czas na zmagania z nowymi realiami, a co za tym idzie, z nowymi problemami. Napiętą sytuację powoduje wysoki stopień bezrobocia, duża liczba bezdomnych i przede wszystkim wypaczenia w psychice, zaistniałe po przeżyciu aktów przemocy podczas wojny. W społeczeństwie duży odsetek ludności stanowią inwalidzi wojenni i narkomani. Część młodych ludzi, którzy jako dzieci brali udział w akcjach zbrojnych pewnie również będzie miała trudności w adaptacji do powojennej rzeczywistości. Kult przemocy i brak chęci do podjęcia nauki może stanowić problem, z którym musi się zmagać ludność Sierra Leone w celu utrzymania stabilności i dalszego rozwoju.

CRIMES AGAINST HUMANITY AGAINST THE BACKGROUND OF THE CONFLICT IN SIERRA LEONE

Keywords: crimes against humanity, Special Tribunal for Sierra Leone, armed conflict in Sierra Leone, Revolutionary United Front, international law

Summary

The civil war in Sierra Leone lasted more than ten years. Characterized by its extreme brutality and many human rights violations. The aim was to gain power struggles in the country and gain control over a number of natural deposits, especially diamonds. So huge sums of money were at stake. Rebel activities were based on numerous raids. Very common were drastic actions against the civilian population. Militants committed a lot of cruel killings and rapes, to make that their criminal activities would raise even more fear to the people of Sierra Leone.

⁴⁹ K. Trzciniński, op. cit., s. 162.

As a result of the conflict and the large number of crimes committed in 2002, the Special Court for Sierra Leone was created. It was established under the agreement the government of Sierra Leone and the United Nations. It has the power to judge the guilty of the crime against humanity, such as murder, extermination, torture, slavery, and persecution. Also for violations of human rights, international humanitarian law and the internal law of Sierra Leone.

Proceedings against the worst criminals were pending in three joined cases. Distinguished among them: *Civil Defense Forces*, *Armed Forces Revolutionary Council* and *Revolutionary United Front*. The greatest interest aroused the trial of a former Liberian President Charles Taylor. All cases ended with the judgment of all of the guilty people and their adequate punishment.

The impact of armed conflict on the participating nations is really huge. After the civil war in Sierra Leone economy was facing serious difficulties, a high degree of unemployment, big number of homeless people and the degeneration of the population. This was the result of fights. Although people who had made crimes were punished by the Special Court, it will take many years before life in Sierra Leone will be as if the war had not exert so huge and evil influence.

Agnieszka Szpak

Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych UMK w Toruniu

Problematyka odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popęlnianych podczas niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych

Słowa kluczowe: zbrodnie wojenne, niemiędzynarodowy konflikt zbrojny, międzynarodowe trybunały karne ad hoc

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problematyki pociągania do odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych podczas niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Autorka wskazuje na ewolucję, jaka nastąpiła w tym przedmiocie. Przed przedstawieniem tytułowego zagadnienia konieczne jest jednak wskazanie dużo wcześniejszej i dobrze ustalonej możliwości karania sprawców zbrodni popełnianych w międzynarodowych konfliktach zbrojnych. Następnie autorka skupia się na poglądach przedstawicieli doktryny na temat możliwości pociągania do odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych w konfliktach wewnętrznych oraz obowiązującym w tym zakresie prawie traktatowym i zwyczajowym. Kilku słów komentarza wymaga również bardzo istotne Studium Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCK) na temat zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego z 2005 r. Po przedstawieniu warstw doktrynalnej i normatywnej następuje omówienie wybranych i najbardziej reprezentatywnych orzeczeń Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Zbrodni w byłej Jugosławii (MTKJ) i Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Zbrodni w Rwandzie (MTKR). Uwaga zostanie także poświęcona podziałowi konfliktów zbrojnych na międzynarodowe i niemiędzynarodowe, jako że zagadnienie to jest bardzo ważne i bezpośrednio przekłada się na problematykę pociągania do odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych.

1. Karanie sprawców zbrodni popełnianych podczas międzynarodowych konfliktów zbrojnych

Przed przedstawieniem możliwości karania sprawców zbrodni popełnianych w trakcie niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych należy poświęcić kilka uwag karaniu sprawców zbrodni popełnianych w trakcie międzynarodowych

konfliktów zbrojnych, gdyż możliwość karania za te pierwsze pojawiła się znacznie później. Przez długi czas wojny wewnętrzne traktowano jako sprawę wewnętrzną państwa, na terytorium którego taki konflikt się toczył. Pierwszego wyłomu w takim podejściu dokonano wprowadzając do Konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 r. art. 3 wspólny dla nich czterech Konwencji¹. Następnie przepis ten został uzupełniony i rozwinięty przez II Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r.²

Protokół dodatkowy I dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych stanowi, że ciężkie naruszenia Konwencji genewskich i Protokołu stanowią zbrodnie wojenne (art. 85(5) Protokołu I)³. Zgodnie ze wspólnym dla czterech Konwencji genewskich art. 49/50/129/146, strony zobowiązują się do wydania niezbędnych przepisów ustawodawczych w celu ustalenia odpowiednich sankcji karnych w stosunku do osób, które popełniły albo wydały rozkaz popełnienia jakiegokolwiek z ciężkich naruszeń Konwencji, określonych w następnym artykule. Artykuły 50/51/130/147 odpowiednio I/II/III/IV Konwencji genewskiej wymieniają ciężkie naruszenia Konwencji, za które uważa się popełnienie któregokolwiek z wymienionych czynów na szkodę osób lub mienia, chronionych przez Konwencje: umyślne zabójstwo, torturowanie lub nieludzkie traktowanie, włączając w to doświadczenia biologiczne, umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkie uszkodzenia ciała lub zdrowia (albo ciężkie zamachy na nietykalność fizyczną lub zdrowie), niszczenie i przywłaszczanie sobie mienia, nieusprawiedliwione koniecznościami wojskowymi i dokonane na wielką skalę w sposób bezprawny i samowolny, zmuszanie jeńca wojennego do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego lub pozbawienie go prawa do tego, aby był sądzony w sposób słuszny i bezstronny zgodnie z postanowieniami III Konwencji genewskiej oraz zmuszanie osób cywilnych podlegających ochronie do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego, pozbawianie ich prawa do tego, aby były sądzone w sposób słuszny i bezstronny zgodnie z postanowie-

¹ Cztery Konwencje dotyczą: *I Konwencja genewska o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych z 12 sierpnia 1949 r.*, [w:] Dz. U. z 1956 r., nr 38, poz. 171, załącznik; *II Konwencja genewska o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu z 12 sierpnia 1949 r.*, [w:] Dz. U. z 1956 r., nr 38, poz. 171, załącznik; *III Konwencja genewska o traktowaniu jeńców wojennych z 12 sierpnia 1949 r.*, [w:] Dz. U. z 1956 r., nr 38, poz. 171, załącznik; *IV Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 sierpnia 1949 r.*, [w:] Dz. U. z 1956 r., nr 38, poz. 171, załącznik. Przy każdym następnym powoływaniu przepisów Konwencji genewskich autorka odwołuje się do tego źródła.

² *II Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r.*, [w:] Dz. U. z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik. Przy każdym następnym powoływaniu przepisów Protokołu dodatkowego II autorka odwołuje się do tego źródła.

³ *I Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r.*, [w:] Dz. U. z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik. Przy każdym następnym powoływaniu przepisów Protokołu dodatkowego I autorka odwołuje się do tego źródła.

niami IV Konwencji genewskiej, branie zakładników. Art. 85 Protokołu I uzupełnia i wzmacnia postanowienia Konwencji dotyczące karania naruszeń i ciężkich naruszeń.

2. Możliwości karania sprawców zbrodni popełnionych w trakcie konfliktu zbrojnego międzynarodowego

Protokół dodatkowy II nie zawiera podobnych przepisów – jak wskazane wyżej – dotyczących karania naruszeń jego postanowień, co oznacza, że kwestia ta została pozostawiona w gestii stron konfliktu wewnętrznego.

Można jednak stwierdzić, że pomimo braku rozległej praktyki, istnieje szerokie *opinio iuris*, zgodnie z którym osoby, które popełniły zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności karnej stosownie do prawa krajowego lub międzynarodowego, co dotyczy również międzynarodowych konfliktów zbrojnych (naruszenia wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 i II Protokołu dodatkowego)⁴. W tym miejscu wskazane jest przytoczyć treść art. 3 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich. Art. 3 stanowi: „Gdyby na terytorium jednej z Wysokich Umawiających się Stron wybuchł konflikt zbrojny nie posiadający charakteru międzynarodowego, każda ze Stron w konflikcie obowiązana będzie stosować się przynajmniej do następujących postanowień: 1) Osoby, nie biorące bezpośrednio udziału w działaniach wojennych, włącznie z członkami sił zbrojnych, które złożyły broń, oraz osobami, które stały się niezdolne do walki na skutek choroby, ran, pozbawienia wolności lub z jakiegokolwiek innego powodu, będą we wszelkich okolicznościach traktowane w sposób humanitarny, bez czynienia żadnej różnicy na ich niekorzyść z powodu rasy, koloru skóry, religii lub wiary, płci, urodzenia lub majątku ani z żadnych innych analogicznych powodów. W tym celu są i pozostaną zakazane w stosunku do wyżej wymienionych osób w każdym czasie i w każdym miejscu: a) zamachy na życie i nietykalność cielesną, a w szczególności zabójstwa we wszelkiej postaci, okaleczenia, okrutne traktowanie, tortury i męki; b) branie zakładników; c) zamachy na godność osobistą, a w szczególności traktowanie poniżające i upokarzające; d) skazywanie i wykonywanie egzekucji bez uprzedniego wyroku, wydanego przez sąd należycie ukonstytuowany i dający gwarancje procesowe, uznane za niezbędne przez narody cywilizowane. 2) Ranni i chorzy będą zbierani i leczeni. Bezstronna organizacja humanitarna, jak Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, będzie mogła ofiarować swoje usługi Stronom w konflikcie. Strony w konflikcie będą się ponadto starały wprowadzić w życie w drodze specjalnych układów wszystkie lub

⁴ Tak: T. Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, „The American Journal of International Law” 1995, nr 3, s. 561–562, 566, 569–570; R. Wolfrum, *Enforcement of International Humanitarian Law*, [w:] red. D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford 1995, s. 518–522.

niektóre z pozostałych postanowień niniejszej Konwencji. Zastosowanie powyższych postanowień nie będzie miało wpływu na sytuację prawną Stron w konflikcie”.

T. Meron wskazuje, że nawet jeśli dany traktat międzynarodowy milczy na temat kryminalizacji (pociągania do odpowiedzialności sprawców w drodze postępowania karnego) zakazanych czynów osiagających poziom zbrodni międzynarodowych, to przyjmuje się domniemanie, że prawo zwyczajowe bądź krajowe prawo karne wypełniają lukę w tym zakresie (np. w przypadku wspólnego art. 3)⁵. Do podobnego wniosku doszedł MKCK w studium na temat zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego z 2005 r.⁶ MKCK podkreślił, że zasada indywidualnej odpowiedzialności karnej za zbrodnie wojenne ma korzenie już w Kodeksie Liebera z 1863 r. i Podręczniku Oksfordzkim (*Oxford Manual*) z 1880 r. W odniesieniu do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych do znaczących zmian doszło począwszy od lat 90. XX w. Należy zauważyć, że do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych zastosowanie znajdują następujące konwencje (poza II Protokołem dodatkowym do Konwencji genewskich dotyczącym ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r.): Statut MTK z 1998 r.⁷, haska Konwencja o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego z 1954 r. (art. 19 stanowi, że co najmniej postanowienia tej Konwencji dotyczące poszanowania dóbr kultury znajdują zastosowanie do konfliktów zbrojnych o charakterze niemiędzynarodowym)⁸ oraz Drugi Protokół do Konwencji o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego z 1999 r.⁹; zmieniony art. 1 Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 1980 r. (zmiana nastąpiła w 2001 r.) rozciągający zastosowanie Konwencji wraz z Protokołami dodatkowymi do niej na niemiędzynarodowe konflikty zbrojne (I Protokół z 1980 r. dotyczy niewykrywalnych odłamków, II z 1980 r. – zakazu i ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń, III z 1980 r. – zakazów lub ograniczeń użycia broni zapalających, IV z 1996 r. – laserowych broni oślepiających, V z 2003 r. – wybuchowych pozostałości wojennych). Już w stosunku do II Protokołu w 1996 r. przyjęto poprawkę rozciągającą jego zastosowanie na niemiędzynarodowe konflikty zbrojne¹⁰. Ponadto, Konwencja w sprawie zakazu użycia, składowania, produkcji i transferu min przeciwpiechotnych oraz o ich zniszczeniu

⁵ Ibidem, s. 563.

⁶ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge 2005, s. 551–555 (zasada 151).

⁷ Statut MTK, [w:] Dz. U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

⁸ *Konwencja o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego z 1954 r.*, [w:] Dz. U. z 1957, nr 46, poz. 212, załącznik.

⁹ *II Protokół do Konwencji haskiej o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego z 1999 r.* zamieszczony na stronie internetowej PCK: http://www.pck.org.pl/pliki/1999_haga_dobra_kultury_pd_ii.pdf.

¹⁰ Zob. druk nr 397, Sejm RP, 6 marca 2006 r., <http://ie.senat.gov.pl/k6/dok/sejm/011/397.pdf>.

z 1997 r. zakazuje użycia min przeciwpiechotnych w każdych okolicznościach, co oznacza, że zakaz obejmuje konflikty międzynarodowe (art. 1)¹¹. Podobny przepis zawiera Konwencja o zakazie produkowania, składowania, przekazywania i wykorzystywania broni kasetowej z 2008 r. (art. 1)¹². Natomiast odpowiedzialność karna za zbrodnie popełnione w trakcie takich konfliktów zbrojnych została wyraźnie uznana w takich traktatach, jak: Zmiany II Protokół do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki (Konwencja z dnia 10 października 1980 r.) z 1996 r. (art. 14), Statut MTK z 1998 r. oraz Drugi Protokół do Konwencji o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego z 1999 r. (art. 15 w związku z art. 22).

Na poparcie tezy o możliwości sądzenia i karania sprawców zbrodni wojennych popełnionych podczas międzynarodowych konfliktów zbrojnych w Studium MKCK przytoczono listę państw, które w swoim ustawodawstwie wewnętrznym wprowadziły zasadę karania takich sprawców. Obejmuje ona m. in. Australię, Armenię, Bangladesz, Belgię, Kanadę, Kolumbię, Niemcy, Francję, Estonię, Nikaragwę, Niger, Etiopię, Rosję, Rwandę, USA, Nową Zelandię, Ukrainę, Hiszpanię, Wielką Brytanię¹³.

Teza o możliwości karania w drodze postępowania sądowego sprawców zbrodni popełnianych w trakcie międzynarodowego konfliktu zbrojnego uzyskała wsparcie także poprzez fakt powołania przez Radę Bezpieczeństwa ONZ (RB ONZ) międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc* (MTKJ i MTKR) oraz utworzenia przez społeczność międzynarodową stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK)¹⁴. Równocześnie, powołując międzynarodowe trybunały karne *ad hoc*, ONZ po raz pierwszy w historii nie tylko zaangażowała się w akcję nawoływania państw i innych jednostek do szanowania i przestrzegania prawa humanitarnego, lecz także podjęła się zadania ścigania i ukarania naruszcycieli międzynarodowego prawa humanitarnego za pośrednictwem powołanych przez RB ONZ trybunałów karnych *ad hoc*¹⁵.

M. R. von Sternberg wskazuje, że wspólny art. 3 Konwencji genewskich będący kodyfikacją prawa zwyczajowego i mający charakter *ius cogens* sta-

¹¹ Tekst *Konwencji* dostępny, [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełn. i red. M. Gaska, E. Mikos-Skuza), Warszawa 2003, s. 226–233.

¹² Tekst *Konwencji* dostępny na stronie internetowej: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView> (*Convention on Cluster Munitions*).

¹³ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, op. cit., s. 553.

¹⁴ Zob.: M. H. Arsanjani, M. W. Reisman, *The Law-in-Action of the International Criminal Court*, „The American Journal of International Law” 2005, nr 99, s. 385.

¹⁵ V. Petrovsky, *Opening address of the Director of the United Nations Office, Geneva. The increasing relevance of international humanitarian law: The work of the United Nations*, [w:] *The United Nations and International Humanitarian Law*, Paryż 1995, s. 105. Zob. również: A. Szpak, *Kontrola przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Toruń 2011, s. 137–142.

nowi podstawę do przyznania uniwersalnej jurysdykcji wobec nieludzkich czynów popełnianych w trakcie niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych¹⁶. Należy się zgodzić z von Sternbergiem oraz R. Nieto-Navia, kiedy uznają wspólny art. 3 za mający charakter *ius cogens*, gdyż niewątpliwie artykuł ten zawiera podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego, a te są uznawane za mające charakter norm imperatywnych. Warto w tym miejscu dodać również słuszne zdanie sędziego R. Jacksona, zgodnie z którym „(...) prawo międzynarodowe nie stanowi statycznego zespołu zasad, lecz jest dojrzewającym, żywym tworem i musi odpowiadać na zmieniające się problemy (...)”¹⁷. W. A. Schabas dodaje, że rozciągnięcie pojęcia „zbrodni przeciwko ludzkości” na konflikty zbrojne o charakterze niemiędzynarodowym wzmacnia uznanie odpowiedzialności karnej jednostek za poważne naruszenia praw człowieka¹⁸. Studium MKCK również wyraźnie stoi na stanowisku zwyczajowego charakteru wspólnego art. 3. Naruszenie jego postanowień zostało uznane za zbrodnię wojenną nie tylko w Statutach MTKJ, MTKR i Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone (STSL), lecz także w prawie zwyczajowym¹⁹. T. Meron dodaje, że koncepcja karnego charakteru art. 3 wspólnego dla Konwencji genewskich będzie zależała od tego, co osiągnie MTKR i – nawet w większym stopniu – od tego, czy normatywne stanowisko RB ONZ zostanie potwierdzone przez ustawodawstwa i sądy krajowe²⁰. Jak błyskotliwie ujął to G. H. Aldrich, „pożyczając termin z kosmologii, jesteśmy świadkami «wielkiego bum» (*big bang*), który dał początek nowemu uniwersum”. Aldrich stwierdza ponadto, że nawet jeśli prawo mające zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych może nadal być postrzegane jako znajdujące się w powijakach (*baby universe*), jego rozwój jest tak nowy i nieoczekiwany, że jakiegokolwiek przewidywania w tym zakresie będą wysoce niepewne²¹.

¹⁶ M. R. von Sternberg, *A Comparison of the Yugoslavian and Rwandan War Crimes Tribunals: Universal Jurisdiction and the „Elementary Dictates of Humanity”*, „The Brooklyn Journal of International Law” 1996–1997, nr 22, s. 154; R. Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, [w:] H. Durham, T. L. H. McCormack (red.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Haga 1999, s. 636–638.

¹⁷ Podano za: H. T. King Jr., *Universal Jurisdiction: Myths, Realities, Prospects, War Crimes and Crimes Against Humanity: The Nuremberg Precedent*, „The New England Law Review” 2000–2001, nr 35, s. 285–286. W oryginale: „(...) International law is not a static set of principles, it is a growing living thing and it must respond to changing concerns (...)” (tłumaczenie własne).

¹⁸ W. A. Schabas, *Criminal Responsibility for Violations of Human Rights*, [w:] red. J. Symonides, *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Aldershot 2003, s. 287–288.

¹⁹ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, op. cit., s. 590.

²⁰ Podano za: J. Nowakowska-Małusecka, *Odpowiedzialność karna jednostek za zbrodnie popełnione w byłej Jugosławii i Rwandzie*, Katowice 2000, s. 84.

²¹ G. H. Aldrich, *The Laws of War on Land*, „The American Journal of International Law” 2000, nr 94, s. 61.

3. Studium MKCK na temat zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego

Pozostając przy międzynarodowym zwyczajowym prawie humanitarnym należy dokładniej przedstawić wnioski płynące ze Studium MKCK w tym przedmiocie z 2005 r. Celem tego Studium było przezwyciężenie niektórych problemów związanych ze stosowaniem traktatowych norm prawa humanitarnego oraz wyjaśnienie zawartości i zakresu prawa zwyczajowego. Mimo że na międzynarodowe prawo humanitarne składa się około stu różnych instrumentów traktatowych, z których najważniejsze to cztery Konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 r. oraz dwa Protokoły dodatkowe do nich z 1977 r., to krąg państw związanych tymi umowami nie jest jednolity. Jest to właśnie jedna z przeszkód w stosowaniu tych traktatów we współczesnych konfliktach zbrojnych. Umowy międzynarodowe mają zastosowanie tylko do państw, które się nimi związały. Nie stanowi to problemu w przypadku czterech Konwencji genewskich, gdyż zostały one ratyfikowane przez 194 państwa, lecz w przypadku Protokołów dodatkowych stan ratyfikacji nie jest już tak imponujący i powszechny; wynosi on odpowiednio: Protokół I – 170 państw, a II – 165²². Dlatego też celem Studium MKCK było w pierwszym rzędzie określenie, które zasady międzynarodowego prawa humanitarnego są częścią prawa zwyczajowego, a tym samym mają zastosowanie do wszystkich stron konfliktu, bez względu na to, czy ratyfikowały one traktaty zawierające te same lub podobne normy²³.

W dziedzinie konfliktów zbrojnych rola prawa zwyczajowego jest i zawsze była znacząca²⁴. Prawo humanitarne ma swoje korzenie właśnie m.in. w zwyczajach belligerentów, które kształtowały się i rozwijały na przestrzeni wieków. Zwraca na to uwagę słynna klauzula Martensa. Studium MKCK przedstawia również wpływ prawa traktatów na zwyczaj międzynarodowy. Stwierdza ono, że umowy międzynarodowe są istotne przy ustalaniu istnienia międzynarodowego prawa zwyczajowego, gdyż pozwalają one rzucić światło na to, jak państwa postrzegają określone zasady prawa międzynarodowego. MTS w orzeczeniu w *sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego* uwzględnił poziom ratyfikacji traktatu jako istotny czynnik przy ocenie międzynarodowego prawa zwyczajowego. Również w *sprawie działań militarnych*

²² Zobacz: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView> (stan na dzień 11 czerwca 2011 r.).

²³ J.-M. Henckaerts, M., *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Warszawa 2006, s. 7. Zobacz również szczegółowo na temat praktyki państw oraz *opinio iuris* w konkretnym kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego: ibidem, s. 9–13. Na ten sam cel zwraca uwagę prezydent MKCK, Jakob Kellenberger w swoim wstępie do Studium MKCK (J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge 2005).

²⁴ M. Flemming, *Międzynarodowe prawo zwyczajowe*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, nr 34, s. 13. Zob. też: A. Szpak, op. cit., s. 513–515.

i paramilitarnych w Nikaragui MTS badał zwyczajowe prawo międzynarodowe, w tym przypadku zwyczajowy charakter zasady nieingerencji. Oparł swój wniosek o takowym charakterze m.in. na tym, że Karta Narodów Zjednoczonych została ratyfikowana przez praktycznie wszystkie państwa²⁵. Celem samego Studium nie było stwierdzenie zwyczajowego charakteru każdej z norm traktatowych międzynarodowego prawa humanitarnego. Chodziło raczej o dokonanie analizy poszczególnych zagadnień w celu ustalenia, które z zasad międzynarodowego prawa humanitarnego mogą być wyprowadzone indukcyjnie w oparciu o zbadanie odnoszącej się do nich praktyki państw²⁶.

Wnioski płynące ze Studium są następujące: stanowcza większość postanowień Konwencji genewskich, w tym wspólny art. 3, stanowi wyraz międzynarodowego prawa zwyczajowego. Ponieważ Konwencje wiążą praktycznie wszystkie państwa, Studium nie skupia się na badaniu zwyczajowego charakteru postanowień Konwencji. Raczej przedmiotem badań były postanowienia umów, które nie zostały powszechnie ratyfikowane; chodzi tu zwłaszcza o Protokoły dodatkowe oraz Konwencję haską o ochronie dóbr kultury z 1954 r. I Protokół dodatkowy skodyfikował wiele istniejących zasad prawa międzynarodowego, lecz zawiera on również znaczną ilość norm, będących wyrazem postępowego rozwoju prawa międzynarodowego²⁷. Istotne jest także to, że wyniki badań wskazały, że wiele zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, mającego zastosowanie w konfliktach międzynarodowych, ma zastosowanie również do konfliktów niemiędzynarodowych. Studium identyfikuje aż 149 zasad ze wszystkich 161 określonych jako zwyczajowe jako znajdujące zastosowanie w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych. Świadczyć o tym mają przejawy praktyki, która w znaczący sposób oddziaływała na kształtowanie się międzynarodowego prawa zwyczajowego, mającego zastosowanie w konfliktach wewnętrznych. Studium stwierdza, że podobnie jak Protokół dodatkowy I, tak i Protokół II wpłynął na praktykę państw, w efekcie której wiele postanowień II Protokołu jest obecnie uznawanych za część międzynarodowego prawa zwyczajowego. Jako przykład można podać zakaz atakowania osób cywilnych, obowiązek poszanowania i ochrony personelu medycznego i duchownego, formacji medycznych oraz medycznych środków transportu, obowiązek ochrony działalności medycznej, zakaz stosowania głodu jako metody prowadzenia wojny, zakaz atakowania dóbr niezbędnych dla przetrwania ludności cywilnej, obowiązek poszanowania podstawowych gwarancji dla osób cywilnych oraz osób wyłączonych z walki, obowiązek odszukania oraz poszanowania i ochrony rannych, chorych i rozbitków, obowiązek odszukiwania i ochrony zmarłych, obowiązek ochrony pozbawionych wolności, zakaz przymusowego przesiedlania osób cywilnych oraz zasady szczególnej ochrony przyznanej kobietom i dzieciom²⁸.

²⁵ J.-M. Henckaerts, op. cit., s. 13–14.

²⁶ Ibidem, s. 15.

²⁷ Ibidem, s. 18.

²⁸ Ibidem, s. 19–20.

Jak stwierdza Jean-Marie Henckaerts, najbardziej istotnym wkładem zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego w uregulowanie prawne wewnętrznych konfliktów zbrojnych jest to, że wykracza ono poza postanowienia II Protokołu dodatkowego. Praktyka przyczyniła się do wykształcenia znacznej liczby norm zwyczajowych, które są bardziej szczegółowe i korzystne niż postanowienia II Protokołu. Tym samym prawo zwyczajowe wypełnia w tym zakresie luki w regulacji zbrojnych konfliktów niemiedzynarodowych²⁹.

Znaczenie Studium jest ogromne; podkreśla ono uniwersalność prawa humanitarnego, gdyż wszystkie tradycje prawne i cywilizacje wniosły swój wkład w rozwój tego działu prawa, które stanowi dziś część „wspólnego dziedzictwa ludzkości” (*common heritage of mankind*)³⁰. Celem opracowania Studium było przyczynienie się do poprawy poszanowania międzynarodowego prawa humanitarnego i zapewnienie większej ochrony ofiarom wojny. Zdaniem Y. Sandoza z MKCK, Studium stanowi początek, a nie koniec procesu; jest to odbicie rzeczywistości, stanu prawnego taki, jakim on jest, a nie takim, jakiego można by sobie życzyć³¹.

4. Statuty MTKJ i MTKR

MTKJ został powołany do życia rezolucją Rady Bezpieczeństwa nr 827 (1993), natomiast MTKR rezolucją nr 955 (1994)³². Odnosnie do MTKJ zamiar

²⁹ Ibidem, s. 20.

³⁰ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, op. cit., foreword by Dr. Jakob Kellenberger.

³¹ Ibidem, foreword by Dr. Yves Sandoz. Na temat Studium czytaj również: M. Szuniewicz, *Studium prawa zwyczajowego „Customary International Humanitarian Law”*, [w:] T. Jaksudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania. Materiały Toruńskiej Konferencji Naukowej 13 grudnia 2006 roku*, Toruń 2007, s. 11–32.

³² Rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 827 (1993) i 955 (1994) są dostępne na stronie internetowej (odpowiednio): <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement> oraz <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement> Na temat genezy powstania, struktury i jurysdykcji MTKJ i MTKR zobacz: J. Nowakowska-Małusecka, op.cit., s. 35–37 i s. 43–46; P. Akhavan, *The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, „The American Journal of International Law” 1996, nr 3; J. C. O’Brien, *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, „The American Journal of International Law” 1993, nr 4; T. Meron, *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, „The American Journal of International Law” 1994, nr 1; J. Meernik, *Victor’s Justice or the Law?* „Journal of Conflict Resolution” 2003, nr 2; Ch. C. Joyner, *Strengthening enforcement of humanitarian law: Reflections on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „Duke Journal of Comparative & International Law” 1995, nr 1; Ch. Y. Tung, *The implementation of international humanitarian law by the United Nations. Case study in the former Yugoslavia*, [w:] E. Frangou-Ikonomidou, C. Philotheou, D. Tsotsoli (red.), *Peace and Human Rights*, Saloniki 2003; R. Wieruszewski, *Międzynarodowy Trybunał Karny dla osądzenia sprawców naruszeń prawa humanitarnego w b. Jugostawii*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 8; J. Nowakowska, *Międzynarodowy Trybunał Karny dla osądzenia sprawców naruszeń prawa humanitarnego w byłej Jugostawii od 1991 roku*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 3.

jego powołania został wyrażony już w rezolucji nr 808 (1993)³³. Zgodnie ze Statutem MTKJ z 25 maja 1993 r., Trybunał ma prawo sądenia osób odpowiedzialnych za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione na terytorium byłej Jugosławii od 1991 r. Następnie artykuły 2–5 wyciszają zbrodnie podlegające jurysdykcji Trybunału. Art. 2 dotyczy ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z 1949 r. i stanowi on, że Trybunał ma prawo do sądenia osób, „które popełniły lub wydały rozkaz popełnienia ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., a mianowicie następujących czynów skierowanych przeciwko osobom lub dobrom chronionym na podstawie przepisów Konwencji genewskich:

- a. umyślne zabójstwo;
- b. torturowanie lub nieludzkie traktowanie, włączając w to doświadczenia biologiczne;
- c. umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkie uszkodzenie ciała lub zdrowia;
- d. niszczenie i przywłaszczanie majątku nie usprawiedliwione koniecznością wojorską i dokonywane na wielką skalę w sposób niedozwolony i samowolny;
- e. zmuszanie jeńca wojennego lub osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego;
- f. umyślne pozbawianie jeńca wojennego lub osoby cywilnej prawa do tego, by byli sądeni w sposób słuszny i bezstronny;
- g. branie osób cywilnych jako zakładników.

Art. 3 dotyczący naruszeń praw i zwyczajów wojennych wymienia następujące czyny (nie jest to katalog enumeratywny): używanie broni zatrutej lub innej broni mogącej zadawać zbyteczne cierpienia; umyślne niszczenie miast, miejscowości lub wsi, albo ich pustoszenie nie uzasadnione koniecznością wojorską; atakowanie lub bombardowanie, w jakikolwiek sposób, bezbronnych miast, wsi, domów mieszkalnych lub budowli; zajmowanie, niszczenie lub umyślne uszkodzanie instytucji kościelnych, dobroczynnych i wychowawczych, artystycznych i naukowych, pomników historycznych i dzieł sztuki oraz nauki; grabież własności publicznej lub prywatnej.

Art. 4 penalizuje ludobójstwo oraz znowę w celu jego popełnienia, bezpośrednie i publiczne podżeganie do jego popełnienia, usiłowanie oraz współudział w ludobójstwie. Samo ludobójstwo zostało zdefiniowane identycznie jak w Konwencji z 1948 r. o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa³⁴.

Wreszcie art. 5 dotyczący zbrodni przeciwko ludzkości wycisz następujące zbrodnie, jeżeli zostały one popełnione przeciwko jakiejkolwiek ludności

³³ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 808 (1993) jest dostępna na stronie internetowej: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement>

³⁴ *Konwencja o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r.*, [w:] Dz. U. z 1952 r., nr 2, poz. 9 i nr 31, poz. 213.

cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy konflikt miał charakter międzynarodowy czy wewnętrzny:

- a. zabójstwo;
- b. eksterminacja;
- c. niewolnictwo;
- d. deportacja;
- e. uwięzienie;
- f. torturowanie;
- g. zgwałcenie;
- h. prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych;
- i. inne czyny nieludzkie³⁵.

Każdy z tych przepisów zabrania określonych zachowań, kiedy zostaną one popełnione podczas konfliktu zbrojnego, z wyjątkiem art. 4 dotyczącego ludobójstwa, który o konflikcie zbrojnym nie wspomina. Art. 2 Statutu MTKJ odwołuje się do reżimu ciężkich naruszeń Konwencji genewskich, który znajduje zastosowanie tylko do konfliktów zbrojnych o międzynarodowym charakterze i do przestępstw popełnionych przeciwko osobom i własności uważanym za „chronione”, w szczególności przeciwko osobom cywilnym będącym we władzy strony konfliktu, której nie są obywatelami.

Art. 3 Statutu MTKJ z kolei odwołuje się do praw i zwyczajów wojennych. Stanowi on ogólny przepis, swego rodzaju klauzulę ogólną, która – po spełnieniu określonych warunków – obejmuje wszystkie pozostałe naruszenia prawa humanitarnego, które nie mieszczą się w formule art. 2, 4 lub 5. W tym zakresie mieszczą się naruszenia wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 mającego zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych.

Art. 5 Statutu MTKJ reguluje zbrodnie przeciwko ludzkości. Wyraźnie stwierdza, że zbrodnie te mogą zostać popełnione w czasie konfliktu zbrojnego, międzynarodowego lub niemiędzynarodowego. Dla celów art. 5 konflikt zbrojny istnieje w takim samym znaczeniu jak dla celów art. 2 lub 3. Dlatego też warunkiem wstępnym zastosowania art. 5 (uzasadniającym jurysdykcję MTKJ) jest stwierdzenie istnienia konfliktu zbrojnego, a następnie odpowiedź na pytanie, czy działania oskarżonego zostały popełnione podczas konfliktu zbrojnego.

Statut MTKR z 8 listopada 1994 r. stwierdza z kolei, że Trybunał ten ma prawo do sądzenia osób odpowiedzialnych za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione na terytorium Rwandy oraz obywateli Rwandy odpowiedzialnych za takie naruszenia popełnione na terytorium państw sąsiednich pomiędzy 1 stycznia 1994 r. i 31 grudnia 1994 r.

Art. 2 dotyczący ludobójstwa ma identyczną treść jak art. 4 Statutu MTKJ. Art. 3 dotyczy zbrodni przeciwko ludzkości i wymienia te same zbrodnie co Statut MTKJ, z tą różnicą, że przepis ten *expressis verbis* stanowi, że

³⁵ Statut MTKJ jest dostępny, w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 522–530.

zbrodnie te muszą zostać popełnione w ramach szeroko zakrojonych i systematycznych ataków przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej i dodaje: „z powodów narodowych, politycznych, etnicznych, rasowych lub religijnych”.

Z kolei art. 4 dotyczy naruszeń art. 3 wspólnego dla Konwencji genewskich oraz naruszeń Protokołu dodatkowego II. Takie naruszenia obejmują między innymi:

a) zamachy na życie, zdrowie lub fizyczną albo psychiczną równowagę osób, zwłaszcza zabójstwa, jak też okrutne traktowanie, takie jak tortury, okaleczenia lub wszelkie postacie kar cielesnych;

b) kary zbiorowe;

c) branie zakładników;

d) działania terrorystyczne;

e) zamachy na godność osobistą, w szczególności traktowanie poniżające i upokarzające, gwałt, zmuszanie do prostytucji i wszelkie postacie zamachów na obyczajność;

f) grabież;

g) skazywanie i wykonywanie egzekucji bez uprzedniego wyroku, wydanego przez sąd należycie ukonstytuowany i dający wszelkie gwarancje procesowe, uznane za niezbędne przez narody cywilizowane;

h) groźba popełnienia któregokolwiek z wymienionych czynów³⁶.

W przypadku MTKR sytuacja jest szczególna, jako że od samego początku było wiadome, że konflikt zbrojny w Rwandzie miał charakter międzynarodowy. Autorzy Statutu pamiętali o tym przyjmując go i ustalając jurysdykcję Trybunału.

5. Orzecznictwo MTKJ i MTKR

Orzecznictwo obu Trybunałów jest bardzo obszerne, niemożliwe jest więc w ramach jednego artykułu przedstawienie nawet reprezentatywnego ich ułamka. Stąd też autorce pozostało wybranie kilku przykładów istotnych z punktu widzenia tematyki artykułu. W przypadku MTKR sytuacja jest – jak już zostało wspomniane – szczególna, jako że od samego początku było wiadome, że konflikt zbrojny w Rwandzie miał charakter międzynarodowy. W związku z tym całość orzecznictwa MTKR jest istotna w kontekście możliwości karania sprawców zbrodni popełnionych w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych. Trybunał nie musiał więc analizować i dowodzić, że jest to możliwe, gdyż jego Statut *expressis verbis* na to wskazywał. Dlatego też poniższe uwagi zostaną ograniczone tylko do MTKJ.

Już w *Decyzji Izby Apelacyjnej MTKJ w kwestii jurysdykcji oraz legalności powołania MTKJ z dnia 2 października 1995 r.*³⁷ Izba analizowała istnie-

³⁶ Statut MTKR jest dostępny w: *ibidem*, s. 530–534.

³⁷ *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. D. Tadić, Appeals Chamber, 1995* (<http://www.icty.org/action/cases/4>). Na ten temat zobacz również: A. Szpak, *op. cit.*, s. 147–156.

nie stanu konfliktu zbrojnego i sformułowała definicję konfliktu zbrojnego, która była powtarzana w praktycznie każdym następnym orzeczeniu. Trybunał stwierdził, że konflikt zbrojny istnieje, kiedy dochodzi do użycia sił zbrojnych między państwami lub do długotrwałej przemocy zbrojnej pomiędzy władzami rządowymi a zorganizowanymi i uzbrojonymi grupami lub pomiędzy takimi grupami w ramach jednego państwa. Międzynarodowe prawo humanitarne znajduje zastosowanie od chwili rozpoczęcia konfliktu zbrojnego i trwa do momentu zawarcia pokoju, a w przypadku konfliktu niemiedzynarodowego do momentu jego pokojowego rozwiązania (*peaceful settlement*), tak więc zastosowanie to wykracza poza samo tylko prowadzenie aktywnych działań zbrojnych. Ponadto, międzynarodowe prawo humanitarne stosuje się na całym terytorium państw wojujących (konflikt międzynarodowy) lub na terytorium państwa, które znajduje się pod jego kontrolą (konflikt niemiedzynarodowy) bez względu na to czy trwają na nim walki zbrojne³⁸.

Następnie Izba Apelacyjna skoncentrowała się na pytaniu, czy przepisy art. 2 i 3 Statutu MTKJ (ciężkie naruszenia Konwencji genewskich oraz inne naruszenia praw i zwyczajów wojny) mają zastosowanie tylko do konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym. Izba Apelacyjna zauważyła, że w czasie, kiedy Statut MTKJ był przyjmowany członkowie RB ONZ wiedzieli, że konflikt zbrojny w byłej Jugosławii można było określić jako zarówno międzynarodowy i wewnętrzny lub alternatywnie jako wewnętrzny mający miejsce równocześnie obok międzynarodowego bądź jako konflikt wewnętrzny, który został umiędzynarodowiony w wyniku interwencji z zewnątrz albo jako konflikt międzynarodowy, który został następnie zastąpiony przez jeden lub więcej konfliktów wewnętrznych³⁹. Innymi słowy, w każdym z wyżej wymienionych przypadków obecny był element międzynarodowy.

Izba Apelacyjna uznała, że konflikt zbrojny w byłej Jugosławii został umiędzynarodowiony poprzez interwencję chorwackiej armii w Bośni i Hercegowinie, a Narodowej Armii Jugosłowiańskiej w Chorwacji oraz Bośni i Hercegowinie (co najmniej do czasu oficjalnego wycofania tej armii dnia 19 maja 1992 r. z Chorwacji oraz Bośni i Hercegowiny). Do chwili, kiedy konflikt ograniczał się do walk pomiędzy armią Bośni i Hercegowiny a rebelianckimi siłami bośniackich Serbów oraz pomiędzy armią chorwacką a rebelianckimi siłami chorwackich Serbów miał on charakter wewnętrzny⁴⁰.

³⁸ Ibidem, § 70. O definicji konfliktu zbrojnego konstruowanej w oparciu o orzecznictwo MTKJ pisze: J. G. Stewart, *Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict*, „The International Review of the Red Cross” 2003, nr 850, s. 313–350. Zob. także: T. Meron, *Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout*, „The American Journal of International Law” 1998, nr 2, s. 236–242; Ch. L. Nier III, *The Yugoslavian Civil War: An Analysis of the Applicability of the Laws of War Governing Non-International Armed Conflicts in the Modern World*, „The Dickinson Journal of International Law” 1991–1992, nr 10, s. 303–331.

³⁹ *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 72.

⁴⁰ Ibidem, § 72.

Strony postępowania przed MTKJ były jednak zgodne co do tego, że od 1991 r. konflikt zbrojny w byłej Jugosławii miał dwa oblicza – międzynarodowe i niemiędzynarodowe. Na tej podstawie Izba Apelacyjna stwierdziła, że członkowie RB ONZ powołując do życia MTKJ mieli zamiar objąć jurysdykcją Trybunału również konflikty zbrojne o charakterze niemiędzynarodowym i tym samym upoważnić Trybunał do sądzenia naruszeń prawa humanitarnego popełnionych w kontekście takiego właśnie konfliktu⁴¹. Izba Apelacyjna uznała, że MTKJ ma jurysdykcję *ratione materiae* w sprawie *Tadicia*⁴². Innymi słowy, Izba Apelacyjna doszła do wniosku, że zbrodnie popełnione w czasie niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego mogą prowadzić do indywidualnej odpowiedzialności karnej ich sprawców. To innowacyjne stwierdzenie miało niewątpliwie wpływ na wydawane później orzeczenia MTKJ. Można też prognozować, że będzie miało wpływ na późniejszy rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego, zwłaszcza w części dotyczącej konfliktów niemiędzynarodowych⁴³.

Wskazuje się, że *Decyzja Izby Apelacyjnej MTKJ w kwestii jurysdykcji* z dnia 2 października 1995 r. ma istotne znaczenie dla wypełnienia luki pomiędzy nielegalnością pewnych działań podejmowanych w czasie trwania konfliktu niemiędzynarodowego a ich karalnością w drodze postępowania karnego⁴⁴. Są to dwa różne zagadnienia. Uznanie danego zachowania za nielegalne nie oznacza automatycznie jego karalności, gdyż konieczne jest zapewnienie w tej sytuacji jurysdykcji, innymi słowy, organu, który byłby władny nakładać sankcje na sprawców czynów zabronionych. W doktrynie wskazuje się, że naruszenia międzynarodowych praw wojny były tradycyjnie uważane za czyn karalny zgodnie z prawem międzynarodowym. Dlatego też nie ma powodu, aby – w sytuacji, kiedy prawa te, a przynajmniej ich część, zostały rozciągnięte na konflikty niemiędzynarodowe – ich naruszenia nie pociągały za sobą indywidualnej odpowiedzialności karnej, zwłaszcza w przypadku braku wyraźnych przepisów to wykluczających⁴⁵. Podstawą prawną

⁴¹ Ibidem, § 77.

⁴² Ibidem, § 78. Przedmiotowy aspekt decyzji Izby Apelacyjnej omówiono, [w:]: C. Greenwood, *International Humanitarian Law and the Tadic Case*, „The European Journal of International Law” 1996, nr 7, s. 265–283. Zob. ponadto: E. Philipose, *Prosecuting Violence, Performing Sovereignty: The Trial of Dusko Tadic*, „The International Journal for the Semiotics of Law” 2002, nr 2, s. 170–176.

⁴³ C. Greenwood, op.cit., s. 281. Por. M. Sassnli, L. M. Olsen, *The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*, „The International Review of the Red Cross” 2008, nr 871, s. 608.

⁴⁴ Tak: L. Reydam, *Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice*, „The European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1996, nr 4, s. 27.

⁴⁵ Tak: Ch. Greenwood. Podano za: S. Boelaert-Suominen, *Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for All Armed Conflicts?*, „The Journal of Conflict and Security Law” 2000, nr 5, s. 78. Podobny pogląd wyraża: L. Moir, *The Implementation and Enforcement of the Laws of Non-International Armed Conflict*, „The Journal of Armed Conflict

do sądenia i karania sprawców naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego popełnianych w czasie trwania wewnętrznego konfliktu zbrojnego będzie prawo międzynarodowe, jak już zostało wskazane przede wszystkim zwyczajowe, lecz w sytuacji przyjęcia podstawy umownej (np. Statut MTK) również prawo traktatowe. Na tej podstawie jurysdykcji MTKJ podlegają również tacy zbrodniarze⁴⁶.

Izba Apelacyjna wypowiedziała się również na temat treści prawa mającego zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Potwierdziła – wzorem orzeczenia MTS w sprawie *militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui* – że wspólny dla czterech Konwencji genewskich art. 3 znajduje zastosowanie do wszystkich rodzajów konfliktów zbrojnych⁴⁷. MTS orzekł, że art. 3 wspólny dla czterech Konwencji genewskich określa pewne reguły, mające zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Nie ma wątpliwości, że w razie wybuchu takiego konfliktu zasady te stanowią minimum, którego należy przestrzegać. Zdaniem MTS, stanowią one „elementarne względy ludzkości”⁴⁸. Mimo być może braku bardzo dokładnego zbadania praktyki i *opinio iuris* państw, MTS oraz międzynarodowe trybunały karne *ad hoc* uznały bez jakichkolwiek wątpliwości, że wspólny art. 3 odzwierciedla prawo zwyczajowe⁴⁹.

Ponadto Izba Apelacyjna MTKJ analizowała, w jakim stopniu normy regulujące prowadzenie działań zbrojnych (tzw. prawo haskie) mogą być wiążące dla stron konfliktów o charakterze niemiędzynarodowym. W konkluzji Izba Apelacyjna uznała, że ukształtowało się międzynarodowe prawo zwyczajowe regulujące prowadzenie niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, obejmujące takie najważniejsze normy prawa humanitarnego, takie jak: normy dotyczące ochrony osób i obiektów cywilnych, generalny obowiązek unikania niepotrzebnego cierpienia, pewne normy dotyczące środków i metod prowadzenia walki, w szczególności zakaz używania broni chemicznej

Law” 1998, nr 3, s. 169. Na ten temat zobacz również: Ch. Byron, *Armed Conflicts: International or Non-International?*, „The Journal of Conflict and Security Law” 2001, nr 6, s. 63–90.

⁴⁶ Decyzja ta jest przedmiotem analizy, [w:] T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak (oprac.), *Wojna i pokój. Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Toruń 2008, s. 413–416; Scharf M., Epps V., *The International Trial of the Century? A „Cross-Fire” Exchange on the First Case Before the Yugoslavia War Crimes Tribunal*, „The Cornell International Law Journal” 1996, nr 29, s. 655–658; J. E. Alvarez, *Nuremberg Revisited: The Tadic Case*, „The European Journal of International Law” 1996, nr 7, s. 245–264, F. P. King, A.-M. La Rosa, *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Current Survey. The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994–1996*, „The European Journal of International Law” 1997, nr 8, s. 144–146; G. H. Aldrich, *Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „The American Journal of International Law” 1996, nr 1; T. Meron, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, „The American Journal of International Law” 1996, nr 2, s. 238–249.

⁴⁷ Orzeczenie w sprawie *militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui* (Nikaragua przeciwko USA), 1986 r., § 218.

⁴⁸ Ibidem, § 218.

⁴⁹ E. la Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge 2008, s. 52–53.

i wiarolomnych metod walki oraz normy dotyczące ochrony pewnych obiektów, takich jak dobra kultury⁵⁰. Wymienione normy jako odzwierciedlające zwyczaj międzynarodowy są wiążące także dla stron wewnętrznego konfliktu zbrojnego. Równocześnie Izba Apelacyjna doprecyzowała, że tylko część przepisów i zasad rządzących międzynarodowym konfliktem zbrojnym stopniowo objęła swoją regulacją konflikty niemiedzynarodowe, a ponadto takie rozciągnięcie przepisów i zasad nie miało miejsca w całej ich szczegółowości i złożoności, lecz dotyczyło raczej istoty tych norm⁵¹. Innymi słowy, fundamentalne zasady międzynarodowego prawa humanitarnego mającego zastosowanie w międzynarodowych konfliktach zbrojnych, mają zastosowanie także w konfliktach o charakterze niemiedzynarodowym. Takie fundamentalne zasady to m. in. te wymienione wyżej, jak np. obowiązek ochrony osób i obiektów cywilnych lub zakaz używania broni chemicznej i wiarolomnych metod walki. Jak wskazuje W. J. Fenrick, omawiana Decyzja Izby Apelacyjnej MTKJ zawiera najbardziej wyrafinowane i precyzyjne na dzień dzisiejszy sądowe ustalenie treści zwyczajowych norm międzynarodowego prawa humanitarnego⁵².

Poprzez uznanie wielu norm traktatowych z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego za odzwierciedlające prawo zwyczajowe MTKJ w dużej mierze rozwiązał problem każdorazowego dokładnego badania charakteru konfliktu zbrojnego, jako że prawo zwyczajowe, obejmujące podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego, znajduje zastosowanie do każdego konfliktu zbrojnego bez względu na jego naturę⁵³. Można w tym miejscu dodać, że Izba Apelacyjna w sprawie *D. Miloszevicia* z dnia 12 listopada 2009 r. zauważyła, że Izba Orzekająca nawet nie określiła charakteru konfliktu zbrojnego. Uznała, iż mimo że należało ustalić charakter konfliktu zbrojnego, to jednak brak takiej kwalifikacji nie miał znaczenia dla dalszych rozważań Trybunału, gdyż przywoływane przepisy z I i II Protokołu dodatkowego (odpowiednio art. 51 ust. 2 i art. 13 ust. 2⁵⁴) stanowiły prawo zwyczajowe i jako takie były wiążące bez względu na charakter konfliktu zbrojnego⁵⁵.

⁵⁰ *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 201, 56-57, 96-127 i 53-68.

⁵¹ *Ibidem*, § 126 i 67.

⁵² W. J. Fenrick, *International Humanitarian Law and Criminal Trials*, „The Transnational Law & Contemporary Problems” 1997, nr 7, s. 41.

⁵³ Tak: E. Wilmschurst, S. Breau (red.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law*, Cambridge 2007, s. 378; M. Sassili, L. M. Olsen, *The relationship...*, s. 608-609.

⁵⁴ Art. 51 ust. 2 I Protokołu dodatkowego przewiduje: „Celem ataków nie mogą być ani ludność cywilna jako taka, ani osoby cywilne. Zabronione są akty i groźby przemocy, których głównym celem jest zastraszenie ludności cywilnej”. Art. 13 ust. 3 II Protokołu dodatkowego stanowi: „Ludność cywilna jako taka, jak też osoby cywilne, nie mogą być przedmiotem ataków. Są zabronione akty lub groźby przemocy, których głównym celem jest zastraszenie ludności”.

⁵⁵ *Prokurator przeciwko D. Miloszevicowi*, Izba Apelacyjna 2009, § 23 (<http://www.icty.org/action/cases/4>). Zob. również: T. Meron, *Cassese's Tadić and the Law of Non-International Armed Conflicts* [w:] H. Durham, T. L. H. McCormack (red.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Haga 1999, s. 533-538.

Jak wskazują M. Sassoli oraz L. M. Olsen, nie ma większej różnicy między wewnętrznym konfliktem zbrojnym na Sri Lance a międzynarodowym konfliktem zbrojnym pomiędzy Etiopią i Erytreą. Były one równie intensywne i obejmowały udział zorganizowanych sił zbrojnych po obu stronach, w związku z tym prawo mające zastosowanie powinno być podobne, uwzględniając konieczne różnice, np. brak statusu kombatanta i płynącej stąd ochrony w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych⁵⁶.

W kilku swoich orzeczeniach MTKJ analizował specyficzne warunki zastosowania art. 3 Statutu, dotyczącego naruszeń praw i zwyczajów wojennych. Jak już zostało zaznaczone przepis ten odnosi się do zbrodni popełnionych w trakcie międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. W *sprawie Tadicia (1997)* MTKJ badał zastosowanie art. 3 Statutu i sprecyzował warunki, które muszą być spełnione, aby przepis ten miał zastosowanie. Warunki te są następujące:

1) pogwałcenie musi stanowić naruszenie normy międzynarodowego prawa humanitarnego;

2) norma ta musi mieć charakter normy zwyczajowej lub – jeśli należy do prawa traktatowego – odpowiednie warunki muszą być spełnione (tj. musi ona wchodzić w skład konwencji ratyfikowanej przez państwo obywatelstwa sprawy);

3) pogwałcenie musi być „poważne”, tzn. stanowić naruszenie normy chroniącej ważne wartości i naruszenie to musi powodować dla ofiary poważne konsekwencje. Wartości takie bez wątpienia obejmują m. in. życie, zdrowie, godność, integralność fizyczną i psychiczną osoby;

4) pogwałcenie normy musi pociągać za sobą stosownie do prawa zwyczajowego lub traktatowego indywidualną odpowiedzialność karną osoby naruszającej tę normę⁵⁷.

Analizując pierwsze dwa warunki, Izba Orzekająca w *sprawie Tadicia (1997)* zauważyła, że w przypadku wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3, który został inkorporowany do treści art. 3 Statutu MTKJ, warunki te zostały zrealizowane, gdyż wspólny art. 3 odzwierciedla międzynarodowe prawo zwyczajowe⁵⁸. Przepis ten wypełnia jednak również dwa pozostałe warunki, gdyż przeważająca większość naruszeń art. 3, m.in. zakazu zabójstwa, brania zakładników, zamachów na godność osobistą, a w szczególności traktowania poniżającego i upokarzającego oznacza naruszenie normy chroniącej ważne wartości i pociąga za sobą poważne konsekwencje dla ofiary. Ponadto – jak zauważyła Izba Orzekająca odwołując się do omawianej

⁵⁶ M. Sassoli, L. M. Olsen, *The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*, „The International Review of the Red Cross” 2008, nr 871, s. 609.

⁵⁷ Warunki te zostały sformułowane w powoływanej wyżej *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 94.

⁵⁸ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi, Izba Orzekająca 1997*, § 610-611. Tak: E. la Haye, op. cit., s. 52-53.

już *Decyzji Izby Apelacyjnej MTKJ w kwestii jurysdykcji w sprawie Tadicia* z 1995 r. – międzynarodowe prawo zwyczajowe zawiera normę zezwalającą na pociągnięcie do indywidualnej odpowiedzialności karnej za poważne naruszenia wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 oraz pewnych fundamentalnych zasad i norm dotyczących środków i metod walki podczas konfliktu wewnętrznego⁵⁹.

Badając treść wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3, Trybunał skupił się na poszczególnych warunkach jego zastosowania. Warunki te są następujące: czyny zabronione zostały popełnione w czasie konfliktu zbrojnego; pozostają w bliskim związku z konfliktem zbrojnym; czyny zabronione zostały popełnione przeciwko osobom niebiorącym bezpośredniego udziału w działaniach wojennych⁶⁰. Po analizie przepisu art. 3 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich Trybunał stwierdził, że przez cały istotny dla zarzucanych czynów czas (maj–lipiec 1992 r.) trwał konflikt zbrojny; każda z ofiar była osobą chronioną przez wspólny art. 3, jako że nie brała bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych a zarzucane zbrodnie zostały popełnione w kontekście konfliktu zbrojnego. Stosownie do tego, warunki z art. 3 Statutu MTKJ zostały w *sprawie Tadicia* spełnione⁶¹.

Kolejne rozważania poświęcone art. 3 Statutu MTKJ zawarte są w orzeczeniu w sprawie *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Delicowi, E. Landzo*. Izba Orzekająca stwierdziła, że przepis ten obejmuje wszystkie naruszenia praw i zwyczajów wojny, a wyliczenie w nim zawarte jest tylko przykładowe. Za orzeczeniem Izby Apelacyjnej w sprawie *Prokurator przeciwko Tadicowi* Izba Orzekająca powtórzyła warunki, jakie muszą być spełnione, aby art. 3 miał zastosowanie (wspomniane wyżej cztery warunki)⁶². MTKJ analizował także zwyczajowy charakter zakazów zawartych we wspólnym dla czterech Konwencji genewskich art. 3 oraz inkorporację tegoż przepisu do art. 3 Statutu MTKJ. Izba Orzekająca w oparciu o wcześniejsze orzecznictwo MTKJ stwierdziła, że art. 3 Statutu obejmuje wszystkie naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego inne niż „ciężkie naruszenia” uregulowane w art. 2 Statutu. Tym samym, art. 3 Statutu funkcjonuje jako klauzula generalna mająca za zadanie zapewnić, że żadne poważne naruszenie prawa humanitarnego nie pozostanie poza jurysdykcją Trybunału⁶³.

Izba Orzekająca stwierdziła, że zakazy zawarte we wspólnym art. 3 wyrażają „fundamentalną zasadę leżącą u podstaw czterech Konwencji genewskich”, zasadę humanitarnego traktowania. Sprawcy naruszeń tych zakazów w czasie niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego nie mogą być

⁵⁹ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi, Izba Orzekająca 1997*, § 612-613. Szerzej na ten temat: A. Szpak, op. cit., s. 204–216.

⁶⁰ *Ibidem*, § 614.

⁶¹ *Ibidem*, § 617.

⁶² *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Delicowi, E. Landzo, Izba Orzekająca 1998*, § 278-279.

⁶³ *Ibidem*, § 295-297.

traktowani łagodniej niż ci, którzy popełniają te same naruszenia w czasie konfliktów międzynarodowych. Stąd też zakazy ze wspólnego art. 3 mają zastosowanie w konflikcie wewnętrznym, jak i międzynarodowym⁶⁴. MTKJ odwołał się do orzeczeń MTS w *sprawie militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* i w *sprawie incydentu w cieśninie Korfu*, w których MTS uznał zwyczajowy charakter wspólnego art. 3⁶⁵. MTS stwierdził, że art. 3 wspólny dla czterech Konwencji genewskich określa pewne reguły mające zastosowanie do niem międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Nie ma wątpliwości, że w razie wybuchu takiego konfliktu zasady te stanowią minimum, którego należy przestrzegać. Zdaniem Trybunału, stanowią one „elementarne względy ludzkości”⁶⁶. Na tej podstawie Izba Orzekająca MTKJ bez jakichkolwiek wątpliwości potwierdziła zwyczajowy charakter art. 3 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich⁶⁷.

Analizując warunek indywidualnej odpowiedzialności karnej za naruszenie normy międzynarodowego prawa humanitarnego konieczny dla zastosowania art. 3 Statutu Izba Orzekająca w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* przyjęła ustalenia z orzeczenia Izby Apelacyjnej w *sprawie Tadicia*⁶⁸. Izba stwierdziła, że fakt, iż Konwencje genewskie nie zawierają wyraźnych przepisów dotyczących odpowiedzialności karnej za naruszenie wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3, nie wyklucza takiej odpowiedzialności. Uznanie wybranych naruszeń Konwencji za „ciężkie naruszenia” i poddanie ich obowiązkowej uniwersalnej jurysdykcji nie może być interpretowane jako pozbawiające wszystkie pozostałe przepisy sankcji karnej w razie ich naruszenia. Podczas gdy sprawcy „ciężkich naruszeń” muszą zostać osądzeni i ukarani przez jakiekolwiek państwo, sprawcy „innych naruszeń” Konwencji genewskich mogą zostać ukarani, a więc ma to charakter fakultatywny. W konsekwencji, trybunał międzynarodowy jest uprawniony do osądzenia i ukarania takich sprawców⁶⁹. Również w odniesieniu do Regulaminu haskiego z 1907 r., którego najważniejsze zasady są odzwierciedlone w art. 3 Statutu MTKJ, potwierdziła Izba Orzekająca jego zwyczajowy charakter. Izba Orzekająca zauważyła, że w niektórych sytuacjach praktyka państw i *opinio iuris* mogą być trudne do stwierdzenia, zwłaszcza gdy istnieje-

⁶⁴ Ibidem, § 300. Tak również: T. Meron, *War Crimes Law Comes of Age. Essays*, Oxford 1998, s. 216–217. Zob. nadto: D. Plattner, *The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, [w:] red. N. Sana-jaoba, *A Manual of International Humanitarian Law*, New Delhi 2004, s. 397–409.

⁶⁵ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca 1998*, § 303.

⁶⁶ Orzeczenia MTS dostępne na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/>. Tak: orzeczenie w *sprawie militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui (Nikaragua przeciwko USA)*, § 218.

⁶⁷ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca 1998*, § 306. Por. T. Meron, *Prawo humanitarne a prawa człowieka*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 44.

⁶⁸ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca 1998*, § 307.

⁶⁹ Ibidem, § 308.

je wielostronna umowa przyjęta przez większość państw. Mimo tych trudności międzynarodowe trybunały dochodziły do wniosku, że dana norma ma charakter zwyczajowy obok obowiązującej równolegle normy traktatowej. Tak się stało np. w odniesieniu do zakazu użycia siły z art. 2 (4) Karty NZ uznanego przez MTS za odzwierciedlający prawo zwyczajowe (w orzeczeniu w sprawie *militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui*). Jak zostało wskazane, podobny wniosek dotyczył art. 3 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich oraz Regulaminu haskiego⁷⁰. Jako poparcie na rzecz tej konkluzji Izba Orzekająca MTKJ przywołała projekt KPM Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1994 r.⁷¹, który

⁷⁰ Ibidem, § 301-303.

⁷¹ *Projekt Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1994 r.*; http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf. Art. 20 stanowi: „Any of the following war crimes constitutes a crime against the peace and security of mankind when committed in a systematic manner or on a large scale: (a) Any of the following acts committed in violation of international humanitarian law: (i) Wilful killing; (ii) Torture or inhuman treatment, including biological experiments; (iii) Wilfully causing great suffering or serious injury to body or health; (iv) Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly; (v) Compelling a prisoner of war or other protected person to serve in the forces of a hostile Power; (vi) Wilfully depriving a prisoner of war or other protected person of the rights of fair and regular trial; (vii) Unlawful deportation or transfer of unlawful confinement of protected persons; (viii) Taking of hostages; (b) Any of the following acts committed wilfully in violation of international humanitarian law and causing death or serious injury to body or health: (i) Making the civilian population or individual civilians the object of attack; (ii) Launching an indiscriminate attack affecting the civilian population or civilian objects in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects; (iii) Launching an attack against works or installations containing dangerous forces in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects; (iv) Making a person the object of attack in the knowledge that he is hors de combat; (v) The perfidious use of the distinctive emblem of the red cross, red crescent or red lion and sun or of other recognized protective signs; (c) Any of the following acts committed wilfully in violation of international humanitarian law: (i) The transfer by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies; (ii) Unjustifiable delay in the repatriation of prisoners of war or civilians; (d) Outrages upon personal dignity in violation of international humanitarian law, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault; (e) Any of the following acts committed in violation of the laws or customs of war: (i) Employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (ii) Wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (iii) Attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings or buildings or of demilitarized zones; (iv) Seizure of, destruction of or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (v) Plunder of public or private property; (f) Any of the following acts committed in violation of international humanitarian law applicable in armed conflict not of an international character: (i) Violence to the life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment; (ii) Collective punishments; (iii) Taking of hostages; (iv) Acts of terrorism; (v) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault; (vi) Pillage; (vii) The passing of

w art. 20 do zbrodni wojennych zalicza naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego mającego zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Wyliczenie zbrodni wojennych w projekcie Kodeksu odzwierciedla wspólny dla czterech Konwencji genewskich art. 3 i art. 4 II Protokołu dodatkowego. Ponadto – jak słusznie zauważyła Izba Orzekająca – Regulamin haski został uznany za prawo zwyczajowe już w orzeczeniach Trybunałów Norymberskiego i Tokijskiego⁷².

W konkluzji MTKJ orzekł, że postanowienia zarówno wspólnego art. 3, jak i Regulaminu haskiego z 1907 r., które art. 3 Statutu MTKJ inkorporuje, odzwierciedlają normy międzynarodowego prawa zwyczajowego, które mogą być stosowane przez MTKJ celem pociągnięcia oskarżonych do odpowiedzialności karnej⁷³.

W sprawie *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo* Izba Apelacyjna również badała zarzuty dotyczące art. 3 Statutu MTKJ. Oskarżeni podnosili, że wnioski Izby Orzekającej zawierają się w art. 3 Statutu, a wspólny art. 3 nakłada indywidualną odpowiedzialność karną oraz znajduje zastosowanie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych były błędne⁷⁴.

Na wstępie Izba Apelacyjna próbowała odpowiedzieć na pytanie, czy wspólny dla czterech Konwencji genewskich art. 3 został inkorporowany do art. 3 Statutu. Izba Apelacyjna odwołała się do orzeczenia Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadicia*, w którym wskazano, że termin „zbrodnie wojenne” ewoluował i obejmuje obecnie pogwałcenia zarówno Konwencji genewskich z 1949 r., jak i Konwencji haskich z 1907 r. Naruszenia praw i zwyczajów wojennych z art. 3 Statutu również dotyczą obu kategorii Konwencji⁷⁵. Zdaniem Izby Apelacyjnej w sprawie *Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo*, termin „prawa i zwyczaje wojenne”, charakterystyczny dla prawa wojennego ujętego w Konwencjach haskich z lat 1899 r. i 1907 r., także ewoluował i obejmuje dziś nie tylko naruszenia prawa haskiego, ale również naruszenia prawa genewskiego, a w konsekwencji art. 3 Statutu MTKJ dotyczący takich naruszeń może być interpretowany jako inkorporujący normy Konwencji genewskich, przede wszystkim ich art. 3. Stąd naruszenia wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 są włączone w zakres art. 3 Statutu⁷⁶.

sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are generally recognized as indispensable; (g) In the case of armed conflict, using methods or means of warfare not justified by military necessity with the intent to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment and thereby gravely prejudice the health or survival of the population and such damage occurs”.

⁷² *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca 1998*, § 309 i 315.

⁷³ *Ibidem*, § 316. Por. S. D. Murphy, *Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „The American Journal of International Law” 1999, nr 93, s. 68.

⁷⁴ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Apelacyjna 2001*, § 116.

⁷⁵ *Ibidem*, § 132.

⁷⁶ *Ibidem*, § 133.

Analizując zastosowanie wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 w międzynarodowych konfliktach zbrojnych, Izba Apelacyjna stwierdziła, że gdy w grę wchodzi istota ludzka i jej dobro, zatarciu ulega rozróżnienie na zbrojne konflikty międzynarodowe i wewnętrzne. Znajduje to wyraz np. w tym, że wspólny art. 3 ma zastosowanie również do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, a nie – jak pierwotnie zamierzali jego twórcy – tylko do niemiędzynarodowych. Izba ponownie odwołała się do orzeczeń MTS w *sprawie militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui* i w *sprawie incydentu w cieśninie Korfu*, w których stwierdził on, że art. 3 wspólny dla czterech Konwencji genewskich określa reguły mające zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Nie ma wątpliwości, że w razie wybuchu takiego konfliktu zasady te stanowią minimum, którego należy przestrzegać. Składają się one na owe „elementarne względy ludzkości”⁷⁷.

Nie ulega wątpliwości, że wspólny art. 3 odzwierciedla fundamentalne zasady prawa humanitarnego, które leżą u podstaw tegoż prawa, w tym Konwencji genewskich. Zasady te, których celem jest zapewnienie poszanowania ludzkiej godności, rozwinęły się jako rezultat stuleci wojen i uzyskały status prawa zwyczajowego już w momencie przyjęcia Konwencji genewskich. Zostały one skodyfikowane we wspólnym dla czterech Konwencji genewskich art. 3 jako minimum znajdujące zastosowanie w konfliktach niemiędzynarodowych, lecz jako że wyrażają one podstawowe standardy ludzkości to uznaje się je za znajdujące zastosowanie również w konfliktach międzynarodowych. Stanowią one kwintesencję humanitarnych reguł zawartych w Konwencjach genewskich⁷⁸. Ponadto – jak słusznie zauważyła Izba Apelacyjna – coś, co jest zakazane w konflikcie wewnętrznym, jest również zakazane w międzynarodowym konflikcie zbrojnym⁷⁹.

Kolejnym zagadnieniem badanym przez Izbę Apelacyjną *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* była indywidualna odpowiedzialność karna za naruszenie wspólnego art. 3. W orzeczeniu w *sprawie Tadicia* Izba Apelacyjna stwierdziła, że mimo braku wyraźnego przepisu w art. 3 dotyczącego odpowiedzialności karnej za jego naruszenie, nie stanowi to przeszkody do wyegzekwowania takiej odpowiedzialności⁸⁰. W *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* skarżący podnosili, że wyłączenie naruszeń wspólnego art. 3

⁷⁷ Ibidem, § 140. Tak: *Orzeczenie MTS w sprawie militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui (Nikaragua przeciwko USA) 1986*, § 218. Zob. również: E. Crawford, *Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts – The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts*, „The Australian International Law Journal” 2008, nr 15.

⁷⁸ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Apelacyjna 2001*, § 143, 144 i 147.

⁷⁹ Ibidem, § 150. Na temat tego orzeczenia zob.: T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak (oprac.), *Wojna i pokój. Prawa człowieka z konfliktach zbrojnych*, Toruń 2008, s. 379–381.

⁸⁰ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Apelacyjna 2001*, § 153 i 162.

z reżimu „ciężkich naruszeń” Konwencji genewskich, które podlegają jurysdykcji uniwersalnej skutkuje brakiem indywidualnej odpowiedzialności karnej za naruszenie tego artykułu. Jednak, zdaniem Izby Apelacyjnej, ten argument był błędny, gdyż zacierał rozróżnienie między kryminalizacją a jurysdykcją. Kryminalizacja (inaczej penalizacja) oznacza uznanie pewnych zachowań za nielegalne, natomiast jurysdykcja dotyczy sądowej władzy (kompetencji) sądenia sprawców takich czynów. Zdaniem Izby Apelacyjnej, działania wymienione we wspólnym dla czterech Konwencji genewskich art. 3 zostały wyraźnie uznane za kryminalne i nielegalne⁸¹. Mimo braku przepisów dotyczących jurysdykcji w przypadku naruszenia wspólnego art. 3, Izba wskazała na ust. 3 art. 146 IV Konwencji genewskiej, który stanowi, że „[...] Każda Umawiająca się Strona podejmie niezbędne środki, aby spowodować zaprzestanie czynów sprzecznych z postanowieniami niniejszej Konwencji, innych niż ciężkie naruszenia [...]”. *Komentarz MKCK do Konwencji genewskich* sugeruje, żeby w prawie wewnętrznym wprowadzić klauzulę generalną stwierdzającą, że inne niż ciężkie naruszenia Konwencji będą podlegały zwyczajowej dla danego kraju karze, np. karze pozbawienia wolności⁸². Sformułowanie art. 146 ust. 3 wraz z zacytowanym *Komentarzem MKCK* – według Izby Apelacyjnej – wyraźnie wskazuje, że Konwencje genewskie przewidują, że naruszenia wspólnego art. 3 mogą pociągać za sobą indywidualną odpowiedzialność karną stosownie do prawa krajowego. Innymi słowy, w przypadku naruszenia postanowień wspólnego art. 3 sprawcę można osądzić na podstawie prawa wewnętrznego państwa strony Konwencji genewskiej. Brak ustawodawstwa wewnętrznego zawierającego sankcje karne za takie naruszenia jest sprzeczny z ogólnym obowiązkiem wynikającym dla stron z art. 1 Konwencji genewskich, w którym strony zobowiązują się do przestrzegania i zapewnienia przestrzegania Konwencji genewskich⁸³. Izba Apelacyjna dodała jednak, że wymierzenie sankcji za naruszenie wspólnego art. 3 nie musi się ograniczać tylko do prawa krajowego; możliwe jest to również na poziomie międzynarodowym, a więc przez trybunał międzynarodowy⁸⁴. Warto przywołać w tym miejscu inne ważne stwierdzenie Izby Apelacyjnej w sprawie *Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo*, zgodnie z którym: „[...] W świetle faktu, że większość konfliktów we współczesnym świecie stanowią konflikty wewnętrzne, utrzymywanie rozróżnienia pomiędzy dwoma reżimami prawnymi konfliktów zbrojnych [międzynarodowych i niemiędzynarodowych – przyp. A. Sz.] i konsekwencjami karnymi tego rozróżnienia w postaci różnych sankcji za podobne okrutne czyny [...] ignorowałyby sam cel Konwencji genewskich czyli ochronę godności istoty ludzkiej [...]”⁸⁵. Natura konfliktu

⁸¹ Ibidem, § 163.

⁸² *Komentarz MKCK do I Konwencji genewskiej*, dostępny na stronie internetowej <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=380&t=com>, s. 368.

⁸³ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Apelacyjna 2001*, § 165-167.

⁸⁴ Ibidem, § 169 i 171.

⁸⁵ Ibidem, § 172.

zbrojnego nie powinna wpływać na wymierzaną zbrodniarzowi wojennemu karę, w tym znaczeniu, że tylko sprawcy zbrodni wojennych popełnionych w trakcie międzynarodowego konfliktu zbrojnego będą karani, a sprawcy równie okrutnych czynów popełnionych w kontekście konfliktu wewnętrznego karani nie będą, z powodu braku przepisów zapewniających jurysdykcję trybunału międzynarodowego.

6. Uwagi końcowe

W związku z powyższym należy zauważyć, że możliwość karania zbrodni wojennych popełnianych w niemiędzynarodowych wynika wyraźnie zarówno z prawa zwyczajowego, jak i prawa traktatowego. W odniesieniu do tego ostatniego dowodem tego są wskazane w treści artykułu traktaty wyraźnie uznające odpowiedzialność karną za zbrodnie popełnione w trakcie konfliktów wewnętrznych. Ponadto, traktatem, który wyraźnie przewiduje możliwość pociągania sprawców takich zbrodni do odpowiedzialności jest Statut MTK, będący przecież wielostronną umową międzynarodową. Kolejnym argumentem na poparcie tezy o możliwości pociągania do odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych, popełnionych w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, jest analizowane bogate orzecznictwo MTKJ, które niewątpliwie miało wpływ na postanowienia Statutu MTK, oraz sam fakt utworzenia MTKR, który sądzi sprawców zbrodni popełnionych w kontekście wyłącznie konfliktu wewnętrznego.

Co do podziału na konflikty zbrojne międzynarodowe i niemiędzynarodowe zagadnienie to jest bardzo ważne i bezpośrednio przekłada się na problematykę pociągania do odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych. Konsekwencją tego jest niestety to, że w obowiązującym prawie międzynarodowym wciąż wyraźny jest podział na prawo mające zastosowanie w konfliktach zbrojnych o charakterze międzynarodowym oraz w konfliktach zbrojnych o charakterze niemiędzynarodowym. Z tego też powodu w doktrynie wysuwane są propozycje, aby przyjąć jednolitą definicję konfliktu zbrojnego bez podziału na konflikty wewnętrzne i międzynarodowe oraz jednolite ramy prawne mające zastosowanie do tak określonego konfliktu zbrojnego. Stanowiłoby to rozwiązanie problemu określania rodzaju konfliktu zbrojnego, co – jak wskazuje przykład wojen w byłej Jugosławii – nastęrcza czasami trudności oraz mającego zastosowanie różnego prawa. Argumentem na rzecz tej propozycji jest uznanie, że rozróżnienie na konflikty międzynarodowe i niemiędzynarodowe jest sztuczne i nierealistyczne oraz to, że oba rodzaje konfliktu są równie krwawe, śmiertelne oraz powodują jednakowo poważne cierpienia. Ponadto, jak wskazuje sam MTKJ, coraz trudniej jest w świetle rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego taki podział utrzymać. Erozja tego podziału ma już miejsce poprzez orzecznictwo MTKJ, konwencje międzynarodowe, które mają zastosowanie zarówno do konfliktów międzynarodowych, jak

i wewnętrznych oraz działalność MTKR. Istotne jest również uznanie, że wiele norm traktatowych stanowi prawo zwyczajowe i jako takie mają one zastosowanie do wszystkich rodzajów konfliktów zbrojnych⁸⁶. Przykładem próby zidentyfikowania takich norm jest wspomniane wyżej Studium MKCK *Customary International Humanitarian Law*.

RESPONSIBILITY OF PERPETRATORS OF WAR CRIMES COMMITTED IN NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS

Keywords: war crimes, non-international armed conflict, ad hoc international criminal tribunals

Summary

The aim of this article is to present the issue of criminal responsibility of war criminals for their war crimes committed in the course of non-international armed conflicts. The author points to the evolution that occurred in this respect. Before delving into the title subject, it is necessary to indicate to an earlier and well-settled practice of prosecuting war crimes committed in international armed conflicts. Next, the author concentrates on the doctrinal views on the possibility of prosecuting war crimes in non-international armed conflicts as well as on pertinent customary and treaty international law. Having presented the doctrinal and normative layers, the most representative judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda will be analyzed. Attention will also be drawn to the division of armed conflicts into international and non-international ones as this issue hugely impacts the subject of prosecuting war crimes committed in non-international armed conflicts.

⁸⁶ C. Emanuelli, *International Humanitarian Law*, Québec 2009, s. 134–136.

Marta Szuniewicz

Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich Akademia Marynarki Wojennej w Gdyni

Ochrona rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego

Słowa kluczowe: rodzina, konflikt zbrojny, prawo zwyczajowe, Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża

Wstęp

Konflikt zbrojny, stawiając cały naród w obliczu szczególnego zagrożenia, wstrząsa wszelkimi strukturami państwa i społeczeństwa, w tym również tymi najmniejszymi – rodzinami. Przegląd odnośnych traktatów międzynarodowych¹ pozwala stwierdzić, że przewidują one szereg gwarancji prawnych dotyczących ochrony rodziny. Obowiązek poszanowania praw rodzinnych zawierały już pierwsze dokumenty poświęcone prawu humanitarnemu². Artykuł 46 Regulaminu haskiego, stanowiącego załącznik do IV Konwencji haskiej o prawach i zwyczajach wojny lądowej z 18.10.1907 r.³, wyraźnie stanowił, że „[h]onor i prawa rodzinne (...) powinny być uszanowane”⁴. Rodzi się zatem pytanie, czy współczesne normy międzynarodowego prawa humanitarnego w wystarczającym zakresie gwarantują ochronę rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego.

¹ Chodzi tu głównie o cztery konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 12.8.1949 r.: Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (dalej: I KG); Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (dalej: II KG); Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (dalej: III KG) i Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (dalej: IV KG) oraz 2 protokoły dodatkowe z 8.6.1977 r.: Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: Protokół I lub PD I) oraz Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: Protokół II lub PD II). Teksty polskie, w: M. Fleming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełnienie i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), MON, Warszawa 2003.

² Zob. art. 37 tzw. *Kodeksu Liebera* (Instrukcja dla Dowódców Armii Stanów Zjednoczonych w Polu. Zarządzenie nr 100 Prezydenta Lincoln z 24.4.1863 r.); art. 38 *Deklaracji Brukselskiej* z 27.8.1874 r.; art. 48 *Podręcznika Oksfordzkiego* z 9.9.1880 r.; teksty, w: *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, red. D. Schindler, J. Toman, Leiden–Geneva 1973, s. 3 i n.

³ Dz. U. z 1927 r., Nr 21, poz. 161.

⁴ Zobowiązanie to zostało w tym samym brzmieniu powtórzone w konwencji genewskiej z 1929 r. oraz w art. 27 IV KG z 1949 r.

Celem niniejszego opracowania jest zestawienie i omówienie norm międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, przewidujących ochronę rodziny i/lub jej poszczególnych członków oraz ustalenie zakresu przyznanej im ochrony. Powyższa analiza zostanie przeprowadzona w następujących obszarach: 1) poszanowanie zasady integralności rodziny, 2) prawo do informacji i przesyłania wiadomości o charakterze rodzinnym, 3) prawa rodziny na wypadek śmierci jej członka, 4) materialne gwarancje wsparcia rodzin w konflikcie zbrojnym, 5) wzmocnienie ochrony rodziny w kontekście szczególnych uprawnień przyznanych dzieciom i niektórym kategoriom kobiet.

I. Definicja rodziny w międzynarodowym prawie humanitarnym

Pomimo braku jednej międzynarodowo przyjętej definicji „rodziny” panuje powszechna zgoda co do tego, że ta podstawowa komórka społeczeństwa składa się przynajmniej z kobiety i mężczyzny połączonych węzłem małżeńskim oraz ich małoletnich dzieci (tzw. *nuclear family*). Koncepcja rodziny i jej zakres podmiotowy różnią się między poszczególnymi kręgami kulturowymi⁵. W wielu społeczeństwach rodzina jest rozumiana w szerszym tego słowa znaczeniu, obejmując swym zakresem również osoby pozostające na utrzymaniu głowy rodziny, takie jak: niezamężne dzieci, małoletnie rodzeństwo oraz starsze osoby pozostające pod opieką i na utrzymaniu dorosłych członków rodziny⁶.

Jakkolwiek traktaty z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego nie zawierają dokładnej i wiążącej definicji „rodziny”, uznaje się, że – w jej najszerszym znaczeniu – powinna być ona rozumiana „obiektywnie jako grupa ludzi żyjących razem oraz subiektywnie jako grupa osób chcących żyć razem”⁷. Komentarz do protokołów dodatkowych dookreśla, że „w wąskim znaczeniu termin «rodzina» obejmuje osoby powiązane więzami krwi i żyjące razem w jednym gospodarstwie domowym”, jednak „byłoby błędem optowanie za przesadnie sztywną lub precyzyjną definicją – powinniśmy zaś kierować się «zdrowym rozsądkiem»”⁸. Dlatego też termin „rodzina” powinien

⁵ Por. Uwagi Ogólne Komitetu Praw Człowieka dotyczące art. 23 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (1990), par. 2. Komitet w swoich Uwagach Ogólnych nr 16 do art. 17 Paktu stwierdził ponadto, że „termin rodzina powinien być interpretowany jako obejmujący wszystkich tych, którzy tworzą rodzinę w rozumieniu społeczeństwa danego państwa”.

⁶ *Note on Family Protection Issues*, UNHCR Executive Committee, EC/49/S.C./CRP.14 (4.6.1999), par. 3.

⁷ UNHCR, *Background Note for the Agenda item: Family Reunification in the context of Resettlement and Integration, Protecting the Family: Challenges in Implementing Policy in the Resettlement Context*, Annual Tripartite Consultations on Resettlement, Geneva, 20–21.6.2001, par. 11.

⁸ *Commentary on the Additional Protocols*, red. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, ICRC, Martinus Nijhoff, Geneva 1987, s. 859, par. 2997.

obejmować nie tylko krewnych – niezależnie od ich prawnego lub naturalnego charakteru – takich jak małżonkowie, rodzeństwo, wujkowie, ciocie, siostrzeńcy i bratankowie czy bardziej odlegli krewni, ale również osoby niespokrewnione, lecz zaliczane do rodziny z uwagi na wspólne życie lub więzy emocjonalne łączące ich z rodziną w tradycyjnym tego słowa znaczeniu. Jakkolwiek powyższe wskazania pozbawione są mocy prawnie wiążącej stanowią wyraźną dyrektywę wykładni, nakazującą traktowanie w kategoriach członków rodziny „wszystkich tych, którzy uważają siebie i są uważani przez pozostałych za część rodziny i którzy chcą prowadzić wspólne życie”⁹.

II. Poszanowanie integralności rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego

Podstawowym i jednocześnie najbardziej zagrożonym prawem rodziny jest zachowanie jej jedności w obliczu konfliktu zbrojnego. Zawirowania wojenne często prowadzą do rozdzielania członków rodzin w obrębie terytorium państwa targanego walkami, jak i poza jego granicami.

Fundamentalne znaczenie ma w tym zakresie zasada poszanowania integralności komórki rodzinnej (*the right to family unity*). W ujęciu negatywnym zobowiązuje ona strony w konflikcie do powstrzymywania się od i niedopuszczania do rozdzielania członków rodziny. Znajduje to odzwierciedlenie w regulacjach odnoszących się do przeprowadzania akcji przesiedleń lub ewakuacji osób cywilnych¹⁰. W przypadku internowania normy konwencyjne nakazują trzymanie członków tej samej rodziny w miarę możliwości w jednym pomieszczeniu oddzielnie od innych osób¹¹ oraz zapewnienie, gdy tylko to możliwe, aby pozbawione opieki dzieci były umieszczane razem z rodzicem w miejscu pozbawienia wolności¹².

W swej stronie pozytywnej omawiana zasada statuuje obowiązek tychże państw do podjęcia wszelkich możliwych działań ułatwiających odszukanie i połączenie krewnych rozproszonych w wyniku walk¹³. Podkreślić tu należy fakt zagwarantowania przez IV Konwencję genewską z 1949 r. w art. 26 prawa do łączenia rozproszonych rodzin. Jednak, jak podkreśla komentarz do konwencji genewskich, omawiana gwarancja została adresowana jedynie do członków rodzin, które zostały rozdzielone w wyniku walk zbrojnych, a nie do wszystkich osób przesiedlonych¹⁴. Zmienił to I Protokół dodatkowy z 1977 r., rozciągając powyższe prawo w art. 74 również na osoby przemieszczone, w odniesieniu do których nakazał Stronom w konflikcie zbieranie

⁹ Ibidem.

¹⁰ Art. 49 IV KG i art. 78 PD I.

¹¹ Art. 82 IV KG; art. 75 ust. 5 i art. 77 ust. 4 PD I; art. 5 ust. 3 lit a PD II.

¹² Art. 82 IV KG; art. 76 ust. 3 PD I.

¹³ Art. 26 IV KG; art. 74 PD I; art. 4 ust. 3 lit. b PD II.

¹⁴ *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary. 4 vols*, ed. by J. Pictet, Geneva: ICRC, 1952–1960, vol. IV, s. 196.

wszelkich informacji celem zidentyfikowania tych osób¹⁵. Powyższe postanowienie Protokołu I wskazuje na wyraźny w tym zakresie rozwój prawa humanitarnego, na który niewątpliwym wpływ miały liczne rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ¹⁶.

W myśl postanowień międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych państwa powinny popierać działalność organizacji humanitarnych, świadczących usługi w omawianym zakresie¹⁷. W przepisach tych mowa *expressis verbis* o Międzynarodowym Komitecie Czerwonego Krzyża [dalej: MKCK] jako przykładzie takiej organizacji.

Ponadto, z zasady zachowania więzi rodzinnych i jedności rodziny wymagają również normy prawne związane z ewakuacją dzieci i zakazem zmiany statusu rodzinnego ewakuowanego dziecka, które będą przedmiotem późniejszych rozważań.

III. Prawo do informacji o charakterze rodzinnym

Newralgicznym elementem ochrony rodziny jest zapewnienie jej członkom wymiany informacji i utrzymania kontaktu. W związku z powyższym, normy międzynarodowego prawa humanitarnego wyraźnie wskazują na konieczność zapewnienia stałego przepływu informacji o charakterze rodzinnym poprzez umożliwienie wymiany korespondencji między członkami rodzin¹⁸. Jeżeli jednak okoliczności utrudniają lub uniemożliwiają wymianę korespondencji rodzinnej zwykłą pocztą, zainteresowane państwa powinny zwrócić się do neutralnego pośrednika, jak np. Centralnego Biura Informacji i krajowych stowarzyszeń Czerwonego Krzyża lub Czerwonego Półksiężycy.

Jakkolwiek świadomość trudności komunikacyjnych w czasie trwających walk zbrojnych znalazła odzwierciedlenie w postanowieniach traktatowych, przewidujących możliwość wprowadzenia ograniczeń w zakresie przesyłania korespondencji o charakterze rodzinnym, jednocześnie w sposób wyraźny ustanowiły one nieprzekraczalne minimum w tym zakresie. I tak, w myśl konwencji genewskich z 1949 r. państwa w konflikcie mogą co najwyżej nakazać używanie typowych formularzy¹⁹, zawierających 25 wyrazów dowolnie wybranych i ograniczyć ich wysyłanie do jednego razu na miesiąc²⁰. W przypadku jeńców wojennych, jeżeli mocarstwo zatrzymujące uzna za konieczne ograniczenie ich korespondencji do rodzin, powinno zezwolić co najmniej na wysyłanie w okresie miesięcznym dwóch listów i czterech kart, sporządzonych w miarę możliwości według wzorów²¹. Co więcej, koresponden-

¹⁵ *Commentary on the Additional Protocols ...*, s. 858, par. 2988.

¹⁶ E. Mikos-Skuza, *Ochrona ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych w I Protokole Dodatkowym z 1977 r.*, „Sprawy Międzynarodowe” 1983, nr 36, s. 93.

¹⁷ Art. 26 IV KG; art. 74 PD I.

¹⁸ Art. 25 IV KG i art. 107 IV KG oraz przepisy przytoczone poniżej.

¹⁹ Zob. wzór karty korespondencyjnej i listu w załączniku III do IV KG.

²⁰ Art. 25 IV KG.

²¹ Zob. załącznik IV.C. do III KG.

cja o charakterze rodzinnym jeńca nie może być zatrzymywana ze względów dyscyplinarnych²².

Szczególnego znaczenia nabierają przepisy prawne odnoszące się do zasad traktowania osób pozbawionych wolności (jeńcy wojenny i osoby internowane), którym konwencje genewskie zapewniają efektywne prawo do wysyłania i otrzymywania wiadomości²³. Zostało ono wzmocnione poprzez dodatkowe postanowienia, gwarantujące możliwość zawiadomienia rodziny w przypadku zatrzymania, przeniesienia, a także w razie choroby i przewiezienia do szpitala²⁴. Dodatkowo przyznano im szczególny priorytet w zakresie wysyłania i przesyłania²⁵. Co więcej, korespondencja o charakterze rodzinnym jeńca i osób internowanych jest również zwolniona od wszelkich opłat²⁶.

Nie zawsze jednak osoba jest w stanie sama zawiadomić rodzinę i wówczas obowiązek zapewnienia rodzinie informacji o losie jej najbliższych spoczywa na stronach konfliktu. Nabiera on szczególnego znaczenia w przypadku śmierci oraz zaginięcia, czyniąc z prawa rodziny do wiedzy o losie ich członków pryncypium działań państwa w tym zakresie²⁷. Ponadto normy międzynarodowego prawa humanitarnego wprowadzają obowiązek podjęcia stosownych kroków, zwłaszcza wszelkich możliwych środków celem ustalenia losu osób uznanych za zaginione w rezultacie działań wojennych. Dookreślają one zakres zobowiązań w zakresie zbierania stosownych informacji i ich przekazywania oraz zasady działania biur informacji ustanowionych w celu wykonywania powyższych działań²⁸.

IV. Gwarancje prawne na wypadek śmierci członka rodziny

Kolejne gwarancje praw rodziny zostały przewidziane na wypadek śmierci osoby najbliższej. Normy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych zobowiązują, gdy tylko pozwolą na to okoliczności, do podjęcia bez opóźnienia wszystkich możliwych środków w celu odszukania

²² Por. art. 71, 98 i 107 III KG.

²³ Zob. art. 35, 71 i 76 III KG oraz art. 25 ust. 3, 93, 107 i 112 IV KG.

²⁴ Art. 70 III KG (tzw. *capture card*) i art. 106 IV KG (tzw. *internment card*). Zob. wzór karty o wzięciu do niewoli, stanowiący aneks IV B do III KG oraz wzór karty o internowaniu zawartej w załączniku III do IV KG.

²⁵ Por. szczegółowe postanowienia przewidziane w art. 70 III KG; por. też *The Geneva Conventions ...*, vol. III, s. 343.

²⁶ Zob. odpowiednio art. 74 ust. 1 III KG i art. 11 IV KG.

²⁷ Zob. art. 32 I PD, zgodnie z którym „[p]rzy stosowaniu niniejszego Działu [tj. Działu III Części II Protokołu zatytułowanego „Osoby zaginione i zmarłe” – przyp. M. Sz.] działalność Wysokich Umawiających się Stron, stron konfliktu oraz międzynarodowych organizacji humanitarnych (...) kieruje się przede wszystkim prawem rodzin do wiedzy o losie ich członków”.

²⁸ Zob. art. 16 I KG; art. 16 II KG; art. 122-123 III KG; art. 136-141 IV KG oraz art. 33 PD I.

i zebrania zmarłych oraz ustalenia ich tożsamości²⁹. Zwłaszcza tym ostatnim zadaniem, wymagającym zbierania i przekazywania stosownych informacji, zajmują się powołane specjalnie w tym celu biura informacji z Centralnym Biurem Informacji MKCK na czele. Konwencje genewskie wymagają indywidualnego chowania zmarłych (poza nagłącymi względami sanitarnymi) oraz odpowiedniego oznaczenia i należytego utrzymania grobów³⁰.

Państwo w konflikcie musi ponadto podjąć wszelkie środki celem przekazania właściwym władzom lub rodzinom zmarłych odpowiednich informacji dotyczących tożsamości zmarłego, przyczyny śmierci oraz lokalizacji miejsca pochówku³¹. Ponadto, normy konwencyjne wymagają przekazania uwierzytelnionych aktów zgonu lub list odnotowanych zgonów. Za pośrednictwem czerwonokrzyskiego Centralnego Biura Poszukiwań (ang. *Central Tracing Agency*) zarządy grobów, najpóźniej po ustaniu działań zbrojnych, powinny wymienić wykazy podające położenie i oznaczenie grobów, jak również dane dotyczące osób pochowanych³² oraz przesyłać połowy tabliczek tożsamości, testamenty, inne dokumenty i przedmioty mające znaczenie dla rodzin zmarłych³³.

Od stron w konflikcie wymaga się ponadto podjęcia starań, mających na celu ułatwienie członkom rodzin zmarłych dostępu do grobów ich bliskich oraz powrotu szczątków osób zmarłych do kraju ich pochodzenia, na wniosek tego państwa lub ich rodzin³⁴.

V. Gwarancje materialnego wsparcia rodzin *duranto bello*

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, jak istotne w sytuacji konfliktu zbrojnego jest zapewnienie członkom rodziny materialnych podstaw przetrwania. Główny ciężar zapewnienia rodzinie środków utrzymania do życia spoczywa na jej członkach (zwykle głowach rodziny), z tym że w warunkach wojennych możliwości dostarczania dóbr niezbędnych dla przetrwania ulegają daleko idącym zakłóceniom i ograniczeniom. W ściśle określonych okolicznościach normy międzynarodowego prawa humanitarnego przesuwają na stronę przeciwną w konflikcie ciężar zaspokojenia materialnych potrzeb osób pozostających na utrzymaniu jednostki niezdolnej – na skutek konfliktu

²⁹ Art. 15-17 I KG; art. 18-20 II KG; art. 120-121 III KG; art. 16, 129 i 131 IV KG oraz art. 33 PD I.

³⁰ Art. 17 I KG; art. 20 II KG; art. 120 III KG; art. 130 IV KG oraz art. 34 PD I.

³¹ Art. 16 i 17 I KG; art. 19 II KG; art. 120 III KG; art. 120 i 136 IV KG oraz art. 33 PD I.

³² O zarządach grobów wspominają m.in. art. 17 (3); art. 20 (2) II KG; art. 120 (6) III KG i art. 130 (3) IV KG.

³³ Art. 16 I KG; art. 19 II KG; art. 77, 120 i 129 III KG; art. 113 IV KG.

³⁴ Por. art. 130 IV KG i art. 34 (2) (a) i (c) PD I. Zob. też *Commentary on the Additional Protocols ...*, s. 379, par. 1353.

zbrojnego – do zapewnienia im niezbędnego minimum egzystencji. Sytuacja takiego rodzaju ma miejsce w przypadku internowania głowy rodziny oraz w czasie okupacji³⁵.

W powyższych sytuacjach mamy do czynienia z *expressis verbis* wyrażonym pozytywnym zobowiązaniem mocarstwa okupacyjnego lub zatrzymującego (internującego)³⁶ do dostarczenia materialnych podstaw przetrwania rodzinom określonych kategorii podmiotów. I tak, IV Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny formułuje taki obowiązek w sytuacji, gdy osoba podlegająca ochronie nie może – w wyniku zastosowania wobec niej środków kontroli ze względu na bezpieczeństwo – znaleźć płatnej pracy na odpowiednich warunkach³⁷, gdy osoba została obowiązana do przebywania w przymusowym miejscu zamieszkania i nie może znaleźć odpowiedniej pracy³⁸ oraz gdy osoba została internowana, a pozostający na jej utrzymaniu członkowie rodziny nie posiadają dostatecznych środków do życia lub są niezdolni do ich zdobycia³⁹.

Pośrednie znaczenie – w omawianym kontekście – mają postanowienia, które zmierzają do zaspokojenia podstawowych potrzeb bytowych ludności cywilnej, a zwłaszcza te, które obligują mocarstwo okupacyjne lub zatrzymujące do umożliwienia znalezienia płatnej pracy⁴⁰ i słusznego wynagrodzenia⁴¹, ułatwienia przesyłania przez jeńców i internowanych będących na ich utrzymaniu osobom posiadanych środków i zapomóg pieniężnych⁴² oraz te, które zawierają ogólne gwarancje o charakterze socjalno-bytowym⁴³. Nie bez znaczenia są normy przewidujące uprzywilejowaną pozycję dzieci, kobiet w ciąży i płożu oraz matek małych dzieci w zakresie gwarancji o charakterze materialnym⁴⁴.

³⁵ Art. 39, 78 i 81 IV KG.

³⁶ Co do przyczyn odmiennej regulacji powyższego zagadnienia w kontekście jeńców i osób internowanych zob. *The Geneva Conventions...*, vol. IV, s. 378–379.

³⁷ Art. 39 IV KG.

³⁸ Art. 78 IV KG.

³⁹ Art. 81 IV KG.

⁴⁰ Por. art. 39 i 78 IV KG.

⁴¹ Por. art. 62 III KG i art. 95 IV KG.

⁴² Por. art. 63 III KG i art. 98 IV KG.

⁴³ Chodzi tu przykładowo o postanowienia konwencyjne zawierające zobowiązania walczących stron do zapewnienia w miarę możliwości zaopatrzenia ludności w żywność, środki lecznicze, odpowiednie schronienie i wszelkie inne konieczne artykuły (art. 55, 90 i 127 IV KG oraz art. 69 PD I) i ułatwienia przeprowadzenia na ich rzecz akcji międzynarodowej pomocy humanitarnej (art. 59 IV KG) oraz te, które zakazują niszczenia i zabierania dóbr niezbędnych dla przetrwania ludności, jak środki żywności, strefy rolnicze, zbiory, bydło i zbiorniki z wodą pitną (art. 33 i 46 IV KG oraz art. 54 PD I).

⁴⁴ Szerzej na ten temat zob. M. Szuniewicz, *Studium gwarancji praw rodziny na wypadek niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, nr 2, s. 60–62.

VI. Szczególne gwarancje ochrony kobiet i dzieci w czasie konfliktu zbrojnego

Ostatnią płaszczyzną normatywną jest szczególna ochrona, której beneficjentami uczyniono dzieci oraz niektóre kategorie kobiet (tj. kobiety w ciąży, położnice oraz matki z małymi dziećmi).

W odniesieniu do dzieci podstawowe znaczenie mają postanowienia dotyczące ewakuacji oraz opieki nad małoletnimi osieroconymi lub pozbawionymi opieki rodziców⁴⁵. Jak już wspomniano, kwestia ewakuacji dzieci jest niezwykle istotna z punktu widzenia zasady poszanowania integralności rodziny i stąd została obwarowana ścisłymi restrykcjami, zwłaszcza uzyskaniem pisemnej zgody rodziców lub opiekunów dziecka⁴⁶. Należy wyraźnie podkreślić, że wytyczne organizacji humanitarnych odnoszące się do kwestii ewakuacji wyraźnie wskazują, że przenoszenie dzieci bez ich rodziców powinno być ostatecznością, z uwagi na fakt, że oddzielenie od rodziców stanowi większe zagrożenie dla dzieci niż niebezpieczeństwa związane z toczącymi się walkami zbrojnymi⁴⁷. Ponadto, celem ułatwienia powrotu ewakuowanych dzieci do swojej rodziny i do kraju ojczystego, władze państwa dokonującego ewakuacji (i w miarę potrzeby także władze państwa przyjmującego), są zobowiązane do podjęcia działań gwarantujących śledzenie losu ewakuowanych dzieci⁴⁸.

Podstawowe znaczenie w omawianym zakresie należy przypisać należytej identyfikacji danych osób ewakuowanych⁴⁹, właściwemu ich przechowywaniu, aktualizowaniu i przekazywaniu, ułatwieniu rodzicom odszukania dzieci i sprowadzenia ich do domu po ustaniu zagrożenia oraz poszanowaniu statusu rodzinnego dziecka. Zabezpieczeniem tego ostatniego jest ustanowiony w IV Konwencji genewskiej zakaz zmiany statusu osobistego i rodzinnego dziecka oraz obowiązek stałego przechowywania posiadanych danych o rodzicach i innych krewnych w przypadku otoczenia osieroconych lub oddzielonych od rodziców na skutek wojny dzieci opieką w ramach instytucji mocarstwa okupacyjnego⁵⁰. W tym samym kierunku idą zalecenia MKCK, UNHCR i organizacji humanitarnych ustanawiające restrykcje prawne związane z adopcją (zwłaszcza międzynarodową) dzieci pozostawionych bez opieki.

⁴⁵ Np. art. 24 i 50 IV KG.

⁴⁶ Art. 78 ust. 1 PD I oraz art. 4 ust. 3 (e) PD II (w odniesieniu odpowiednio do konfliktów międzynarodowych i niemiędzynarodowych).

⁴⁷ Por. *Report on the Work of the Conference of Government Experts*, vol. II, ICRC 1972, s. 89; R. K. Dixit, *Special protection of children during armed conflicts under the Geneva Conventions regime*, „ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law” 2001, nr 2; UNHCR, *Handbook for emergencies*, second edition, Geneva 1999, par. 41; *Commentary on the Additional Protocols...*, s. 909, par. 3213.

⁴⁸ D. Plattner, *Protection of children in international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 1984, nr 24.

⁴⁹ Por. art. 24 IV KG (tabliczki tożsamości dla dzieci) oraz katalog niezbędnych danych ustanowiony w art. 78 ust. 3 PD I.

⁵⁰ Art. 50 IV KG.

Ponadto, normy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych przewidują szczególne udogodnienia i gwarancje materialne dla kobiet w ciąży i połogu oraz dzieci⁵¹. Wspomnianym kategoriom osób przyznano pozycję priorytetową przy rozdzielaniu żywności, odzieży, specjalnych odżywek i innych produktów⁵² oraz szczególną opiekę i ochronę ze strony państwa⁵³. Nie tylko przysługuje im konwencyjny status „rannych i chorych”⁵⁴, ale również szereg specjalnych gwarancji⁵⁵. Tym samym szczególna ochrona, jaką międzynarodowe prawo humanitarne otacza omówione powyżej kategorii członków rodziny, promieniuje i w sposób pośredni oddziałuje na poziom ochrony zapewnionej komórce rodzinnej.

VII. Ochrona praw rodziny w sytuacji konfliktu niemiędzynarodowego⁵⁶

Z uwagi na ogólną skąpość uregulowań prawnych odnoszących się do konfliktów zbrojnych o charakterze niemiędzynarodowym szczególnego znaczenia nabiera rekonstrukcja standardów ochronnych na wypadek tego rodzaju konfliktów zbrojnych⁵⁷. Protokół II z 1977 roku w ustanawiającym podstawowe gwarancje artykuł 4 zawiera – w kontekście zobowiązania do zapewnienia dzieciom należynej opieki i pomocy – regulację dotyczącą prawa do połączenia rodziny, obligującą strony konfliktu do „poczynienia stosownych kroków dla ułatwienia łączenia rodzin czasowo rozdzielonych”⁵⁸. Wynikające z niego prawo krewnych dziecka do połączenia rodziny jest „pochodną uprzywilejowanego statusu dziecka i jego prawa do specjalnej opieki, ochrony i pomocy”⁵⁹.

W przedmiocie ochrony osób pozbawionych wolności Protokół II zapewnia poszanowanie zasady integralności rodziny, przewidując konieczność umieszczenia razem osób należących do tej samej rodziny oraz zobowiązuje odpowiedzialnych za internowanie lub uwięzienie osób do zezwolenia im na wysyłanie i otrzymywanie listów i kart, których liczba może być ograniczona przez uprawnioną władzę, jeśli ta uzna to za konieczne⁶⁰. Do zasady posza-

⁵¹ Zob. m.in. art. 23, 24 i 89 IV KG.

⁵² Art. 23 IV KG.

⁵³ Art. 16 IV KG; art. 70 PD I oraz wzywające dotrzymania ich z dala od terenu zagrożonego walkami (art. 23 I KG, art. 14, 17 i 132 IV KG).

⁵⁴ Art. 21 i 22 IV KG oraz *expressis verbis* art. 8 PD I.

⁵⁵ Art. 38, 91 i 127 IV KG; art. 76-78 PD I.

⁵⁶ Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Studium gwarancji praw rodziny ...*, s. 51 i n.

⁵⁷ Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Próba rekonstrukcji reżimu prawnego „rządzącego” niemiędzynarodowym konfliktem zbrojnym*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wyzwania XXI wieku*, red. D. Bugajski, Akademia Marynarki Wojennej, Gdynia 2008, s. 67 i n.

⁵⁸ Art. 4 ust. 3 lit. b) PD II.

⁵⁹ Por. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *O prawach dziecka*, Toruń 1994, s. 48.

⁶⁰ Art. 5 ust. 2 lit. a) i b). Co do fundamentalnego znaczenia wymiany korespondencji między osobą pozbawioną wolności a jej rodziną por. *Commentary on the Additional Protocols ...*, par. 4585.

nowania integralności rodziny odwołuje się również art. 4 ust. 3 lit. e dotyczący ewakuacji dzieci oraz art. 17, ustanawiający zakaz przymusowego przemieszczania ludności.

Poza normami traktatowymi kolejną warstwę gwarancyjną w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych stanowi prawo zwyczajowe.

W raportach MKCK z 2003 r. poświęconych osobom zaginionym oraz ich rodzinom⁶¹ wymieniono szereg praw, powszechnie uznawanych za posiadające charakter zwyczajowy, tj. prawo do poszanowania życia rodzinnego, do przebywania uwięzionych członków rodziny w jednym pomieszczeniu, prawo do zachowania integralności rodziny w razie przemieszczania ludności cywilnej, prawo do korespondencji z uwięzionym członkiem rodziny, odszukiwanie zmarłych i podjęcie działań celem ich zidentyfikowania, zobowiązanie stron do przekazania właściwym władzom lub rodzinom informacji o fakcie i miejscu uwięzienia, prawo rodzin do informacji o losie jej członków⁶². Potwierdzono zatem zwyczajowy charakter norm gwarantujących poszanowanie praw rodziny w całej niemalże jej międzynarodowo chronionej substancji.

W ramach studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego przygotowanego pod auspicjami MKCK⁶³ również zrekonstruowano kilka istotnych reguł odnoszących się do poszczególnych aspektów ochrony rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego o charakterze niemiędzynarodowym. Ogólna reguła nr 105 nakazuje poszanowanie życia rodzinnego w możliwie największym zakresie⁶⁴. Bardziej szczegółowe normy w zakresie ochrony jedności rodziny przewidują obowiązek każdej z walczących stron do podjęcia wszystkich możliwych środków celem ustalenia losu osób uznanych za zaginione w rezultacie działań zbrojnych i dostarczenia rodzinie wszelkich informacji w tym zakresie⁶⁵, umieszczenia razem członków tych samych rodzin

⁶¹ ICRC Report: *The Missing and Their Families. The Missing: Action to resolve problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families. Summary of the Conclusions arising from Events held prior to the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts* (19–21.02.2003), s. 24 i n.

⁶² Szerzej por. M. Szuniewicz, *Prawo rodziny do informacji o losie jej zaginionego członka – uwagi prawnomiędzynarodowe*, [w:] *Znaczenie informacji w społeczeństwie obywatelskim. Wybrane aspekty prawne*, red. J. Marszałek-Kawa, B. Chłudziński, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2007, s. 192–231.

⁶³ *Customary International Humanitarian Law. Part I: Rules, Part II: Practice*, red. J.–M. Henckaerts, L. Doswald-Becka, Cambridge University Press, Cambridge 2005. Polski przekład norm zwyczajowych ukazał się nakładem Ośrodka Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym Polskiego Czerwonego Krzyża (broszurka pt. „Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitar-nemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego”, tłum. M. Sajkowski, PCK, Warszawa 2006). Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Studium prawa zwyczajowego „Customary International Humanitarian Law”*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania. Materiały Toruńskiej Konferencji Naukowej 13 grudnia 2006 roku*, red. T. Jasudowicz (we współ. z M. Szuniewicz i M. Balcerzakiem), TNOiK, Toruń 2007, s. 11–32.

⁶⁴ *Customary International Law*, part I, rule 105.

⁶⁵ *Ibidem*, rule 117.

w miejscu uwięzienia⁶⁶ oraz podjęcia podczas przesiedlania wszelkich możliwych środków mających na celu zapobieżenie rozdzieleniu rodzin⁶⁷. Kolejną gwarancją poszanowania życia rodzinnego jest zrekonstruowany w kontekście praw osób pozbawionych wolności podczas konfliktu wewnętrznego obowiązek umożliwienia powyższym osobom prowadzenia korespondencji z członkami rodziny⁶⁸ oraz przyjmowania – w możliwym z praktycznego punktu widzenia stopniu – ich odwiedzin⁶⁹.

Reasumując, szeroki zatem wachlarz gwarancji ochrony rodziny i poszczególnych jej członków posiada charakter zwyczajowy, co oznacza obowiązek ich przestrzegania przez wszystkie państwa.

VIII. Działalność MKCK i UNHCR na rzecz wzmocnienia ochrony rodziny

4.1. MKCK a odtworzenie więzi rodzinnych

Od wielu lat Międzynarodowy Ruch Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycza odgrywa główną rolę na polu zachowania i przywracania integralności rodziny. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża podejmuje i koordynuje szereg działań na rzecz odtworzenia więzów rodzinnych (ang. *restoring family links* – *RFL*) zarówno na obszarze dotkniętym przez konflikt zbrojny, jak i w państwach przyjmujących uchodźców i wysiedleńców⁷⁰.

W ramach odtwarzania więzi rodzinnych MKCK podejmuje działania zmierzające do umożliwienia członkom rodzin rozproszonych w wyniku działań zbrojnych ustanowienie ponownego kontaktu między sobą oraz prowadzenie korespondencji, zbiera informacje o osobach uwięzionych lub zmarłych w wyniku działań zbrojnych celem przekazania ich rodzinom, organizuje akcje odszukiwania członków rozproszonych rodzin, koordynuje oraz doskonali proces łączenia rodzin i repatriacji oraz pozyskiwania jakichkolwiek wiadomości o losie zaginionych, a także świadczy usługi jako neutralny pośrednik⁷¹. Na szczególne podkreślenie zasługuje czerwonokrzyska sieć komunikacji, umożliwiająca oddzielnym członkom rodziny nawiązanie kontaktu i wymianę korespondencji za pomocą tzw. *red cross messages*⁷².

⁶⁶ Ibidem, rule 119 i 120.

⁶⁷ Ibidem, rule 131.

⁶⁸ Ibidem, rule 125.

⁶⁹ Ibidem, rule 126.

⁷⁰ ICRC, *War and family links: general overview* (27.11.2000); dostępny na stronie internetowej: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqra.htm> (data: 16.4.2013).

⁷¹ ICRC, *Waiting for news*, Geneva, July 2002, s. 15; dostępny na stronie internetowej: cri.it/flex/cm/pages/.../L.../BLOB%3AID%3D6264 (data: 16.4.2013).

⁷² *Armed conflicts and family links*, ICRC, January 2002, s. 4; dostępny na stronie internetowej: cri.it/flex/cm/pages/.../L.../BLOB%3AID%3D6262 (data: 16.4.2013).

W niektórych przypadkach MKCK może również ofiarować materialne wsparcie dla rodzin borykających się z problemami finansowymi na skutek pozbawienia wolności jedynego żywiciela rodziny. Komitet niekiedy ponosi koszty podróży umożliwiającej odwiedzanie członków rodziny przetrzymywanych w odległych więzieniach, a także zaopatruje w czerwonokrzyskie dokumenty podróży osoby, które utraciły dokumenty osobiste w rezultacie działań zbrojnych. Próbuje zapobiegać wymuszonym zaginięciom, zwraca uwagę władz na potrzebę podjęcia odpowiednich działań, takich jak zaopatrzenie wszystkich walczących w wymagane dokumenty identyfikacyjne, należyte oznaczenie miejsc pochówku, gromadzenie odpowiednich informacji celem późniejszego sporządzenia list ofiar oraz powołanie do życia służb, które miałyby wykonywać powyższe zadania. MKCK może też ofiarować władzom swoje usługi zmierzające do ułatwienia komunikacji oraz procesu poszukiwań osób zaginionych⁷³. Środki i działania podejmowane przez MKCK na rzecz rodzin różnią się w zależności od sytuacji, okoliczności politycznych i wojskowych, istniejących potrzeb oraz dostępnych środków⁷⁴.

Podstawową formą działalności Komitetu w aspekcie odtwarzania więzi rodzinnych jest przekazywanie wiadomości o charakterze rodzinnym między członkami rozproszonych rodzin, których tradycja sięga 1936 r. i wojny domowej w Hiszpanii⁷⁵. Zazwyczaj poprzedzają je czynności zmierzające do ustalenia miejsca pobytu wskazanych osób. W zakresie przyznanego mu przez konwencje genewskie mandatu oraz korzystając z prawa inicjatywy MKCK podejmuje wszelkie starania zmierzające do uzyskania wiadomości o osobach pozbawionych wolności oraz wizytowania więzień, co umożliwia niejednokrotnie zapewnienie rodzinom informacji o losie ich bliskich oraz ustanowienie między nimi korespondencji. MKCK oferuje także inne sposoby odtworzenia więzi rodzinnych, takie jak: telefony komórkowe i satelitarne⁷⁶, sprawdzanie uzyskanych adresów, kampanie zdjęciowe⁷⁷, odczytywanie na-

⁷³ M. Harroff-Tavel, *Action taken by the International Committee of the Red Cross in situations of internal violence*, „International Review of the Red Cross” 1993, vol. 294.

⁷⁴ ICRC, *War and family links: general overview*, op. cit.

⁷⁵ W szczególności – z uwagi na konflikt na Bałkanach i w Rwandzie – roku 1994 ponad 100 stowarzyszeń krajowych brało udział w przekazaniu niemal siedmiu milionów wiadomości rodzinnych; zob. Central Tracing Agency, *Annual Report 1994*, ICRC, Geneva (30.5.1995). W roku 2012 przekazano ponad 279 tysięcy wiadomości czerwonokrzyskich (dane przytoczone za: <http://www.icrc.org/eng/what-we-do/restoring-family-links/index.jsp>, data: 7.6.2013).

⁷⁶ Dla przykładu w roku 2012 personel czerwonokrzyski ułatwił nawiązanie 227,5 tysięcy rozmów telefonicznych pomiędzy członkami rodzin (dane przytoczone za: <http://www.icrc.org/eng/what-we-do/restoring-family-links/index.jsp>, data: 7.6.2013).

⁷⁷ MKCK przy współpracy UNICEF przeprowadził program, w którym 12 tysięcy pozbawionych opieki dzieci zostało sfotografowanych w obozie k/Gomy w Zairze w 1995 roku. W 1996 roku w wyniku programu „Do you know this child?” z 2 tysięcy sfotografowanych dzieci 63 procent zostało połączonych z rodzinami; por. ICRC, *War and family links: The current Unaccompanied Children problems in the Great Lakes region*, Geneva (18.1.2001); dostępny na stronie: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqsx.htm> (data: 28.4.2013).

zwisk dzieci lub rodziców w odwiedzanych wsiach i obozach uchodźców, rozpowszechnianie list poszukiwanych osób w miejscach publicznych, ogłoszenia w radio, gazetach lub programach telewizyjnych, zbieranie i przekazywanie informacji, przywiezienie dziecka do miejsca urodzenia, przyprowadzenie rodziców bardzo małych dzieci do instytucji opiekuńczej celem identyfikacji dzieci⁷⁸ czy wreszcie Internet⁷⁹.

MKCK wzywa państwa do bezzwłocznego rozwiązania poważnych problemów natury humanitarnej, dotyczących rozproszonych rodzin. Komitet wielokrotnie podkreślał konieczność ułatwienia i udoskonalania procesu łączenia rodzin oraz wspierania instytucji czerwono krzyżyskich w dalszej działalności w omawianym zakresie⁸⁰.

Swoj mandat w zakresie działań na rzecz rodzin MKCK wypełnia przy pomocy stowarzyszeń krajowych oraz we współpracy z innymi organizacjami, m.in. UNHCR czy UNICEF⁸¹. MKCK nieustannie potwierdza stałą gotowość stowarzyszeń krajowych do współpracy z odpowiednimi władzami, tak politycznymi, jak i wojskowymi oraz organizacjami międzynarodowymi i pozarządowymi w akcjach humanitarnych, w procesie łączenia rodzin, wymianie wiadomości rodzinnych oraz ułatwianiu poszukiwań osób zaginionych⁸². Jednocześnie MKCK wyraźnie podkreśla konieczność zapewnienia odpowiednich funduszy na realizację działań w zakresie odtwarzania więzi rodzinnych⁸³.

⁷⁸ ICRC, *War and family links: Steps towards reunification*, Geneva (16.7.2002); dostępny na stronie: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqsy.htm> (data: 28.4.2013).

⁷⁹ Podczas konfliktu bałkańskiego w 1999 roku MKCK zainicjował „*Family News Network*”, zaprojektowany w celu ułatwienia nawiązania kontaktu między członkami rozproszonych rodzin, a dostępny z jakiegokolwiek komputera z podłączeniem do Internetu, na stronie internetowej: <http://www.familylinks.icrc.org> lub poprzez stronę MKCK (<http://www.icrc.org>). W 2012 roku 149 stowarzyszeń krajowych Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy wykorzystywało czerwono krzyżyską internetową bazę danych.

⁸⁰ Por. rezolucje przyjęte przez Międzynarodową Konfederację Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy (MKCKiCP): nr 20 z XVIII MKCKiCP, nr 19 z XIX MKCKiCP, nr 15 i 16 z XXV MKCKiCP oraz nr 2 z XXVI MKCKiCP. Por. też ICRC, *Protection of the civilian population in periods of armed conflict*. Raport na XXVI MKCKiCP z 15.9.1995 r., par. 5.

⁸¹ Dla ułatwienia wspólnego wykonywania działań w zakresie odnawiania więzi rodzinnych MKCK wydał specjalny przewodnik zawierający porady dotyczące metod poszukiwań, najnowszych technologii oraz opis prawnych podstaw do przeprowadzenia poszukiwań i łączenia rodzin pt. „*Restoring family links: a guide for National Red Cross and Crescent Societies*”, ICRC, Geneva 2000; zob. też *Guidelines on family reunification for National Red Cross and Red Crescent Societies*, PERCO, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva 2001; J.-L. Blondel, *Cooperation between National Societies and the International Committee of the Red Cross: an essential and demanding partnership*, „*International Review of the Red Cross*” 1998, no 323, s. 197–204.

⁸² Rezolucja nr 15: *Co-operation between National Red Cross and Red Crescent Societies and governments in the reuniting of dispersed families*”, par. 1 (XXV MKCKiCP, 23–31.10.1986); por. też rezolucję nr 16: *The role of the Central Tracing Agency and National Societies in tracing activities and the reuniting of families*, XXV MKCKiCP (23–31.10.1986); teksty w: „*International Review of the Red Cross*” 1986, nr 256.

⁸³ Zob. Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement, *Report on the restoring family links strategy (and implementation plan) for the International Red Cross and red Crescent Movement* (CD/07/4.1), Geneva, 23–24.11.2007, s. 5, part 9.

4.2. Działania na rzecz osób zaginionych i ich rodzin

W oparciu o mandat nadany przez normy międzynarodowego prawa humanitarnego oraz korzystając z prawa inicjatywy, MKCK podejmuje szeroki wachlarz działań w przypadku zaginięć w sytuacji konfliktu zbrojnego. Zmierzają one do zapewnienia ochrony i pomocy rodzinom, odnalezienia oddzielonych członków rodzin i złączania ich z krewnymi oraz ustalania losu osób zaginionych. Jednakże w wielu sytuacjach, w których przyszło działać jego delegatom i pracownikom, Komitet nie jest w stanie wypełniać należycie swojego mandatu z uwagi na brak politycznej woli odpowiednich władz lub walczących stron.

Niezwykle istotne jest dostarczenie rodzinom możliwie najszybciej informacji dotyczących losu jej zaginionych członków. Do zalecanych w tej mierze środków zaliczyć należy: umożliwianie przez władze rządowe oraz grupy zbrojne przeprowadzenia niezależnych dochodzeń w celu wyjaśnienia losu zaginionych osób oraz przekazanie stosownych wiadomości, zakaz utrudniania oraz ingerowania w proces ustalania losu zaginionych, ustanawianie w razie potrzeby mechanizmów zaspokajania potrzeb rodzin takich osób oraz dostarczanie im informacji zgromadzonych w trakcie dochodzeń karnych, które mogą rzucić światło na nieznaną los ich bliskich⁸⁴. W obliczu tragedii rodzin osób zaginionych, skali zjawiska, kwestii wyłaniających się w związku z działalnością międzynarodowych trybunałów karnych oraz postępem nauki w zakresie identyfikacji ludzkich szczątków, MKCK przystąpił do opracowania i wdrożenia w życie programu *The Missing*.

Wsparcie MKCK dla rodzin osób zaginionych może polegać na pomocy w ustalaniu losu tych osób, zapewnieniu rodzinom doradztwa prawnego oraz pomocy ze strony psychologów⁸⁵. Podjęte w tym celu środki mogą polegać na udzielaniu pomocy zmierzającej do zapewnienia możliwie najszybszej samowystarczalności takich rodzin, objęcia specjalną opieką i pomocą niepełnych rodzin, podjęciu działań zmierzających do prawnego uregulowania wynikłych kwestii, związanych z zarządzaniem majątkiem osoby zaginionej czy opieką nad jej dziećmi oraz wymierzeniu sprawiedliwości⁸⁶.

Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża zobowiązał się do wzmocnienia swoich praktyk operacyjnych celem skupienia szczególnej uwagi na zapobieganiu zaginięciom osób, doskonaleniu procesu ustalania ich losu, odtworzenia więzi rodzinnych oraz zapewnieniu lepszego wsparcia rodzinom osób zaginionych⁸⁷. MKCK zobowiązał się także do podjęcia współpracy

⁸⁴ ICRC, *Observation and Recommendations* (21.2.2003), par. 9.1-9.5.; tekst w: „International Review of the Red Cross” 2003, nr 849, vol. 85, s. 188–193.

⁸⁵ ICRC, *War and family links: general overview*, op. cit.

⁸⁶ Por. E. Stover, R. Shigekane, *The missing in the aftermath of war: When do the needs of victims« families and international war crimes tribunals clash?*, „International Review of the Red Cross” 2002, nr 848, vol. 84, s. 850.

⁸⁷ S. Martin, *The missing*, „International Review of the Red Cross” 2002, nr 848, vol. 84, s. 726.

z odpowiednimi władzami oraz organizacjami dla wypracowania schematu działań oraz wytycznych i zaleceń tzw. najlepszej praktyki celem znalezienia rozwiązań problemów związanych ze zjawiskami zaginięć, opracowania standardów kryminalistycznych i zaleceń w zakresie ekshumacji i identyfikacji zwłok ludzkich⁸⁸, wniesienia swojego wkładu w proces tworzenia międzynarodowych mechanizmów wspierania rodzin osób zaginionych oraz ulepszenia procedur poszukiwań realizowanych przez krajowe stowarzyszenia⁸⁹. W ramach czerwonokrzyskiego projektu *The Missing* rozwinięto wewnętrzne zalecenia dotyczące ochrony osób cywilnych oraz osób pozbawionych wolności przed zaginięciami, dostarczania pomocy rodzinom osób zaginionych, przywracania kontaktu między członkami rodzin, poszukiwań, zapewnienia ciągłej identyfikacji członków sił zbrojnych, gromadzenia, ochrony i przetwarzania danych.

Wszystkie strony konfliktu zbrojnego powinny podjąć skuteczne środki dla zapewnienia poszanowania przedstawionych powyżej gwarancji. W szczególności należy zagwarantować, że wszelkie działania zostaną podjęte celem ustalenia losu osób zaginionych⁹⁰ oraz powiadomienia o wszelkich uzyskanych informacjach rodziny poszukiwanych osób, a także identyfikacji zmarłych oraz przekazania ich ciał rodzinom. Aby wywiązać się z powyższych zobowiązań prawnomiędzynarodowych, strony walczące obowiązane są do uruchomienia odpowiednich procedur niezwłocznie po rozpoczęciu konfliktu zbrojnego⁹¹.

4.3. Pomoc dzieciom pozbawionym opieki na skutek konfliktu zbrojnego⁹²

Prawdopodobnie najbardziej tragicznymi ofiarami konfliktów zbrojnych są dzieci, które zostały oddzielone od swoich rodziców, określane terminem dzieci pozbawionych opieki (ang. *unaccompanied children* lub *separated*

⁸⁸ Zob. np. ICRC, *Operational best practices regarding the management of human remains and information on the dead by non-specialists*, Geneva 2004; L. Capdevila, D. Voldman, *From regimental number to genetic code: The handling of bodies of war victims in search for identity*, „International Review of the Red Cross” 2002, nr 848, s. 751–764; L. Fondebrider, *Reflections on the scientific documentation of human rights violations*, ibidem, s. 885–891; S. Cordner, H. McKelvie, *Developing standards in international forensic work to identify missing persons*, ibidem, s. 867–884 oraz A. Kirasi Olumbe, A. Kalebi Yakub, *Management, exhumation and identification of human remains: A viewpoint of the developing world*, ibidem, s. 893–902.

⁸⁹ *The Missing: a pledge by the ICRC – Pledge of the ICRC to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families* – projekt przygotowany na XXVIII MKCKCP (Genewa, 2–6.12.2003).

⁹⁰ Por. *Customary International...*, vol. I: Rules, s. 426.

⁹¹ Aneks 2 do rezolucji nr 1 z XXVII MKCKCP (Genewa, 31.10–6.11.1999) w ramach „Planu Działań na lata 2000 – 2003”, par. 1.1 e); opubl. w: „International Review of the Red Cross” 1999, nr 836.

⁹² Niniejsza część opracowania ukazała się drukiem w ramach artykułu pt. *Prawno-międzynarodowa ochrona dzieci pozbawionych opieki w czasie konfliktu zbrojnego* [w:] *Prawa dzieci w prawie międzynarodowym*, red. E. Karska, UKSW, Warszawa 2013, s. 227–246.

children)⁹³. Stanowią one priorytet działalności takich organizacji, jak MKCK, UNHCR, UNICEF, Save the Children czy International Rescue Committee. Ich przypadki muszą być gruntownie zbadane celem zapewnienia poszanowania podstawowej i powszechnie uznanej zasady „najlepszego interesu dziecka” oraz pryncypium „integralności rodziny”⁹⁴.

Zasada integralności rodziny wymaga podjęcia nie tylko działań zmierzających do połączenia rozłączonych rodzin, ale także przedsięwzięcia środków prewencyjnych. Działania mające na celu zapobieganie oddzielaniu dzieci od ich rodzin polegają m.in. na zapewnieniu, że dystrybucja żywności sprzyja integralności rodziny, na wspieraniu szczególnie zagrożonych gospodarstw domowych oraz podjęciu kroków mających na celu dopilnowanie, aby centra opieki nad oddzielnymi dziećmi nie stawały się zachętą do porzucania najmłodszych celem zapewnienia im lepszych warunków egzystencji i zinstytucjonalizowanej opieki⁹⁵.

Rekomendowane jest podjęcie odpowiednich środków celem udoskonalenia ochrony dzieci i młodzieży, począwszy od takich wstępnych kwestii, jak rejestracja urodzin i dokumenty tożsamości⁹⁶. Kierując się priorytetem zapewnienia dzieciom pozbawionym opieki należytej ochrony, raz po raz powtarzane są zalecenia w przedmiocie konieczności jak najwcześniejszej identyfikacji takich dzieci oraz właściwej ich rejestracji⁹⁷ oraz odpowiedniej tymczasowej opieki⁹⁸.

⁹³ „An unaccompanied child” jest osobą poniżej 18 roku życia (chyba że prawo przewiduje niższy wiek jako próg pełnoletniości), która jest „oddzielona od obydwojga rodziców i innych krewnych i nie znajduje się pod opieką osoby dorosłej, mającej prawny lub zwyczajowy obowiązek sprawowania nad nią opieki”, zaś „a separated child” – „osobą, która nie ukończyła 18 roku życia (lub przewidzianego prawem wieku pełnoletniości), która jest oddzielona od obojga rodziców lub opiekuna, ale niekoniecznie od innych krewnych”, mogą bowiem towarzyszyć mu inni członkowie jego rodziny; definicje przytoczone za: *Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*, ICRC, Geneva 2004, s. 13.

⁹⁴ *UNHCR Resettlement Handbook*, UNHCR, Department of International Protection, *Chapter 6: Basic Procedures to be followed in Field Office Resettlement Operations*, Geneva (Nov 2004), par. 14.

⁹⁵ EXCOM, *Progress report on refugee children and adolescents, including UNHCR’s strategy for follow-up to the report on the impact of armed conflict on children*, EC/47/SC/CPR.19 (1.10.2001), Performance objectives for UNHCR’s protection and assistance of refugee children and adolescents, par. 1. (a) (ii); *Promotion and protection of the rights of children. Impact of armed conflict on children*, Note by the Secretary-General, A/51/150 (26.8.1996), par. 72; *Evaluation of UNHCR’s efforts on behalf of children and adolescents (EC/47/S.C./CPR.50)*, par. 11; *Inter-Agency guiding principles...*, s. 22–23; UNHCR, *Handbook for emergencies ...*, par. 40.

⁹⁶ Por. UNHCR, *Handbook for emergencies ...*, par. 33 i 44–47; *Inter-Agency guiding principles...*, s. 27.

⁹⁷ Por. rezolucję Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 20.8.2003 r. pt. „Assistance to unaccompanied refugee minors” (A/58/299), par. 56–58. Co do oceny znaczenia scentralizowanych baz danych w operacji złączania z rodzinami dzieci w Ruandzie por. M. Merkelbach, *Reuniting children separated from the families after the Rwandan crisis of 1994: the relative value of a centralized database*, „International Review of the Red Cross” 2000, nr 838, s. 351 i n.

⁹⁸ Por. *Refugee children. Guidelines on protection and care*, Geneva 1994, par. 9, druga rekomendacja; *Inter-Agency guiding principles ...*, s. 42–47; A. Hepburn, J. Williamson, T. Wolfram, *Separated Children. Care & Protection of Children in Emergencies. A Field Guide*, Save the Children, 2004, s. 21–22.

W związku z powyższym MKCKiCP nakłania rządy oraz zainteresowane organizacje do podjęcia odpowiednich środków, zmierzających do możliwie najszybszej identyfikacji osób pozbawionych opieki, założenia i systematycznego uzupełniania akt osobowych oraz do zapewnienia, że zostaną podjęte czynności poszukiwawcze mające na celu doprowadzenie do połączenia rodzin⁹⁹.

Odnalezienie członków rodziny i połączenie z nimi dzieci pozbawionych opieki musi być zawsze priorytetem¹⁰⁰. Zasadniczą kwestią jest udzielenie dzieciom pozbawionym opieki pomocy w zlokalizowaniu i nawiązaniu kontaktu z członkami ich rodzin. Odszukiwanie krewnych i połączenie z nimi musi stać się integralną częścią strategii działań na rzecz dzieci pozbawionych opieki¹⁰¹. Jest niezwykle ważne, aby działania na rzecz należytego wyjaśnienia ich sytuacji rodzinnej były podjęte jak najszybciej i kontynuowane z właściwą intensywnością przez odpowiednio długi czas¹⁰². Jeśli proces odszukiwania członków rodziny nie zakończył się pomyślnie i połączenie rodziny nie jest możliwe, krajowi i międzynarodowi partnerzy współpracują w rozważeniu możliwości lokalnej integracji dzieci lub przesiedlenia¹⁰³.

Znaczenie ochrony rodziny i zachowania jej integralności wymaga również podkreślenia w kontekście adopcji, zwłaszcza w przypadku dzieci pozbawionych opieki na skutek działań zbrojnych. Zgodnie z powszechnie przyjętymi standardami¹⁰⁴ należy w sposób jednoznaczny stwierdzić, że adopcja nie powinna być przeprowadzana, jeśli istnieje nadzieja na pomyślne zakończenie procesu odszukiwania członków rodziny i w rezultacie doprowadzenia do połączenia rodziny w najlepszym interesie dziecka. Dzieci pozbawione opieki nie powinny być objęte procedurą adopcyjną dopóki trwa konflikt zbrojny, w wyniku którego doszło do ich odłączenia od rodziny lub przed zakończeniem szeroko zakrojonych poszukiwań członków ich rodzin. Między-

⁹⁹ Rezolucja nr 20 MKCK, op. cit., par. 3. Podobnie por. *Inter-Agency guiding principles ...*, s. 33–34; Committee on the Rights of the Child, *General Comment No 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, par. 31.

¹⁰⁰ *Action for the rights of children (ARC)*, [w:] *International Legal Standards – Revision Version 09/02*, ed. D. Nosworthy, s. 34. Por. rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 24.02.1995 r. (A/RES/49/172); z 9.2.1996 r. (A/RES/50/150); z 12.2.1997 r. (A/RES/51/73); z 11.2.1998 r. (A/RES/52/105); z 10.2.1999 r. (A/RES/53/122); z 15.2.2002 r. (A/RES/56/136). Podobnie zob. *Assistance to unaccompanied refugee minors (report)*, A/60/300 (24.08.2005), par. 75.

¹⁰¹ Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Prawnomiędzynarodowa ochrona dzieci ...*, s. 236 i n.

¹⁰² UNHCR, *EXCOM Conclusion No 24 (XXXII): Family reunification* z 1981 r., par. 7; *Inter-Agency guiding principles ...*, s. 36. Przyjmuje się, że poszukiwań rodziny nie należy uważać za zakończone przed upływem dwóch lat; zob. UNHCR, *Handbook for emergencies...*, par. 49.

¹⁰³ *Summary Note on UNHCR's strategy and activities concerning refugee children*, Refugee Children Co-ordination Unit, UNHCR, Geneva, May 2002.

¹⁰⁴ Tj. Konwencja o prawach dziecka z 1989 r., Konwencja o ochronie dzieci oraz współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego z 1993 r. oraz *Recommendation concerning the application to refugee children and other internally displaced children of the Hague Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Inter-country Adoption* z 1994 r.

narodowe przysposobienie dzieci pozbawionych opieki wskutek działań zbrojnych nie powinno być zatem brane pod uwagę, dopóki nie zostaną wyczerpane wszelkie kroki na rzecz odnalezienia i połączenia członków rodziny, a nawet wówczas może zostać przeprowadzone tylko wtedy, gdy za takim rozwiązaniem przemawia najlepszy interes dziecka¹⁰⁵.

Zgodnie ze standardami polityki Biura Wysokiego Komisarza ONZ do spraw Uchodźców adopcja nie może być przeprowadzona, jeśli istnieje uzasadniona nadzieja na pomyślne zakończenie działań zmierzających do odszukania członków rodziny dziecka i złączenia go z nimi w najlepszym interesie dziecka, stosowny do okoliczności okres poszukiwań jeszcze nie upłynął albo jest ona niezgodna z wyrażonymi życzeniami dziecka lub rodzica¹⁰⁶.

Podsumowanie

Fundamentalne znaczenie rodziny jako podstawowej komórki społeczeństwa, a zarazem jej szczególne narażenie w obliczu konfliktu zbrojnego na działania godzące w jej podstawowe prawa z pryncypium integralności rodziny na czele, sprawiło, że normy prawa humanitarnego w szeregu swoich przepisów gwarantują poszanowanie praw przynależnych rodzinie jako całości oraz poszczególnych jej członkom.

W normach traktatowego i zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych przewidziano gwarancje w zakresie zapobiegania rozdzielaniu rodzin, restrykcyjne warunki dla ewakuacji dzieci bez opieki rodziców, działań zmierzających do odszukania krewnych i odtworzenia kontaktu między nimi, przesyłania informacji najbliższym przez jeńców wojennych i osoby internowane, pomocy materialnej, łączenia członków rozproszonych rodzin, przesyłania informacji o śmierci i miejscu pochówku, szczególnej opieki adresowanej do dzieci oraz kobiet w ciąży oraz młodych matek.

W konsekwencji nietrudno stwierdzić, że zakres regulacji prawnych zapewni na wypadek konfliktu zbrojnego (zwłaszcza o charakterze międzynarodowym) poszanowanie praw rodziny w całej ich międzynarodowo chronionej substancji, tak że wobec powszechnej mocy obowiązującej konwencji genewskich i ich niederogowalności można bronić tezy o nienaruszalności praw rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego¹⁰⁷. Swoistym ich zabezpieczeniem jest szeroki wachlarz działań na rzecz rodzin podejmowanych przez MKCK i UNHCR, zwłaszcza w zakresie poszukiwania zaginionych krewnych, odtwarzania więzi rodzinnych i przeprowadzania akcji łączenia rodzin.

¹⁰⁵ *Family protection....*, Concluding remarks (h); por. też UNHCR, *UNHCR Policy on adoption of refugee children* (Geneva, August 1995), par. 1.

¹⁰⁶ *UNHCR Policy on adoption....*, par. 2.

¹⁰⁷ Zob. *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, oprac. T. Jasudowicz, TNOiK, Toruń 1997, s. 22.

THE SCOPE OF PROTECTION OF FAMILY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Keywords: family, an armed conflict, customary law, the International Committee of the Red Cross

Summary

The aim of this article is to review and analyse norms of international humanitarian law (both, treaty and customary law) in order to reconstruct of a standard of protection provided to a family in situation of an armed conflict.

The guarantees are presented within a few normative areas, ie. 1) respect for family unity, 2) the right to know and to exchange of family messages, 3) the rights in case of a death of one's family member, 4) financial support of families in an armed conflict, and 5) enhancing protection of a family unit as a result of special guarantees given to the children and particular categories of women. Special attention is paid to the International Committee of the Red Cross and other international and non-governmental organisations working on behalf of families affected by an armed conflict. Their activities include elaborating standards of soft law, as well as undertaking a number of relief programmes and humanitarian actions.

In the light of considerations presented in the article a conclusion has been reached, whereof norms of international humanitarian law provide respect for rights of a family unit and its members. The scope of those guarantees ensures respect for family's rights to the full extent of substance protected in international law. Therefore, the rights of a family should be perceived as inviolable in situation of armed conflict, especially international one.

MISCELLANEA

Miłosz Andruszkiewicz

Marcin Naruszewicz

Olsztyn

Prawa podstawowe a swobody rynku wewnętrznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Słowa kluczowe: prawa podstawowe, swobody rynku wewnętrznego, zasada proporcjonalności, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Europejska Konwencja Praw Człowieka, godność ludzka

1. Uwagi wstępne

Nie ulega wątpliwości, iż problematyka spraw, którymi zajmuje się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE), odnoszących się równocześnie do praw podstawowych oraz rynku wewnętrznego, jest bardzo szeroka i złożona¹. Nieco upraszczając obraz rzeczy, sprawy, w których TS UE zajmuje się rozstrzygnięciem konfliktów między prawami podstawowymi a swobodami rynku wewnętrznego można podzielić na dwie zasadnicze grupy. Po pierwsze, sprawy, w których zachodzi konflikt między ochroną praw podstawowych – z jednej strony a unijnymi swobodami rynku wewnętrznego – z drugiej strony. Po drugie, spory, gdy środek krajowy ograniczający daną swobodę rynku wewnętrznego, ogranicza jednocześnie dane prawo podstawowe. Nie zachodzi tutaj więc konflikt między możliwością urzeczywistnienia rynku wewnętrznego a ochroną praw podstawowych, ale obie te wartości stanowią ograniczenie dla ochrony jednego z dóbr określonych w jednym

¹ Por. P. Dąbrowska, *Równoważenie ochrony i rozwiązywanie konfliktów – orzecznictwo ETS w sprawach dotyczących praw podstawowych i rynku wewnętrznego (swoboda przepływu osób i świadczenia usług)*, [w:] *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, red. S. Biernat, S. Dudzik, Warszawa 2009, s. 19.

z traktatowych przepisów derogacyjnych², np. moralności publicznej, porządku publicznego, lub jednego ze sformułowanych w orzecznictwie Trybunału wymogów koniecznych (w kontekście swobody przepływu towarów)³ pilnych powodów interesu ogólnego (w kontekście pozostałych swobód rynku wewnętrznego)⁴⁵.

Głównym celem niniejszego opracowania jest ukazanie sposobu w jaki TS UE stara się rozwiązywać pośrednie oraz bezpośrednie konflikty, jakie w praktyce funkcjonowania Unii zachodzą między urzeczywistnieniem dwóch fundamentalnych w unijnym porządku prawnym celów, a mianowicie, z jednej strony – realizacją rynku wewnętrznego⁶, a z drugiej strony – ochroną praw podstawowych (praw człowieka)⁷. Niniejsze opracowanie ogranicza się tylko do przeglądu wybranych – aczkolwiek reprezentatywnych⁸ – rozstrzygnięć TS UE z obszaru czterech zasadniczych swobód rynku wewnętrznego, tj.:

² Państwa członkowskie na podstawie Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE OJ C 326 z 26 października 2012 r.) mogą podejmować następujące działania ochronne w odniesieniu do podstawowych swobód rynku wewnętrznego: swobody przepływu towarów (zob. art. 36 TFUE), swobody przepływu pracowników (art. 45 ust. 3 TFUE), swobody prowadzenia działalności gospodarczej (zob. art. 52 TFUE), swobody przepływu usług (zob. art. 62 TFUE) oraz swobody przepływu kapitału (zob. art. 65 TFUE).

³ Wymogi konieczne (zwane także wymogami imperatywnymi) można zdefiniować jako pewne wartości o charakterze nieekonomicznym (pozagospodarczym), uznane w orzecznictwie Trybunału, które państwo członkowskie UE może chronić w oparciu o środki (regulacje) ograniczające swobodny przepływ towarów (tj. mieszczące się w zakresie zabronionych na mocy Traktatu ograniczeń ilościowych i środków o skutku do nich równoważnych). Por. M. Szpunar, *Swoboda przepływu towarów*, [w:] *Wolność gospodarcza w Europie*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2003, s. 122; R. Skubisz, *Swoboda przepływu towarów*, [w:] *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, red. R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefalska, Lublin 2006, s. 226.

⁴ W kontekście powyższych uwag szerzej por. P. Dąbrowska, *Równoważenie ochrony...*, s. 19–20. W kontekście zasady swobodnego przepływu towarów zob. C. Barnard, *The Substantive Law of the UE: The Four Freedoms*, Oxford 2010, s. 188.

⁵ Zastosowanie koncepcji wymogów koniecznych nie ogranicza się wyłącznie do obszaru swobodnego przepływu towarów. W odniesieniu również do innych swobód rynku wewnętrznego, Trybunał – niezależnie od podstaw derogacyjnych wymienionych wprost w przepisach Traktatu – sformułował katalog dalszych podstaw umożliwiających stosowanie odstępstw. Por. P. Oliver, W. H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms The Contributions to 40th Anniversary Conference., Held on 30–31 October 2003, Noordwijkerhout, the Netherlands: The Common Market*, Common Market Law Review 2004, vol. 41, Issue 2, s. 434–435. W odróżnieniu jednak od swobodnego przepływu towarów, Trybunał nie posługuje się terminem „wymogi konieczne”, lecz m.in. terminem „pilne powody interesu ogólnego”. Zob. M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002, s. 84; J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1998, s. 270.

⁶ Cel ten został wyraźnie wskazany w Preambule do TFUE. Zob. Preambułę do TFUE.

⁷ W tym względzie należy zauważyć, iż zgodnie z treścią art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326/13 z 26 października 2012 r.), Unia Europejska opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości.

⁸ Analizowane w niniejszym opracowaniu orzeczenia TS UE są w tym sensie reprezentatywne, iż do zasadniczych tez w nich sformułowanych, Trybunał najczęściej odwołuje się w swojej późniejszej judykaturze (dotyczącej omawianej problematyki). Ponadto, co także

- a) swobody towarów;
- b) swobody osób (obejmującej swobodę przepływu pracowników oraz swobodę prowadzenia działalności gospodarczej);
- c) swobody usług;
- d) swobody kapitału.

2. Pośrednie konflikty między prawami podstawowymi a swobodami rynku wewnętrznego

Historycznie rzecz biorąc, pierwszą kategorią spraw, w których TS UE zajął się rozstrzygnięciem analizowanych w niniejszym opracowaniu konfliktów, są to sprawy, w których zachodzi kolizja między środkiem krajowym nakierowanym na realizację określonego w Traktacie lub wynikającego z orzecznictwa Trybunału celu wyższego rzędu (np. ochrony porządku publicznego; ochrony konsumenta) – z jednej strony a swobodą (lub swobodami) rynku wewnętrznego oraz prawem (lub prawami) człowieka – z drugiej strony⁹.

Pierwszą ilustrację stanowi sprawa dotycząca regulacji austriackiej o zapobieganiu nieuczciwej konkurencji, na podstawie której zakazane było rozpowszechnianie na terytorium Austrii czasopism zawierających konkursy z upominkami i nagrodami¹⁰. Regulacja ta naruszała z jednej strony fundamentalną swobodę rynku wewnętrznego, a mianowicie swobodę przepływu towarów, a z drugiej swobodę wypowiedzi, chronioną na podstawie art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC). W toku postępowania przed Trybunałem Austria podnosiła, iż sporna regulacja miała na celu

nie może być w tym miejscu bez znaczenia, wydaje się, iż orzeczenia te są uznawane przez doktrynę prawa europejskiego za najistotniejsze (reprezentatywne) dla tej problematyki. Dlatego też zdecydowano się na szerszą prezentację oraz analizę w niniejszej publikacji właśnie tych rozstrzygnięć.

⁹ Trybunał w orzeczeniu z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*, C-260/89, ECR 1991, s. I-2925, po raz pierwszy stwierdził, iż przepisy krajowe, usprawiedliwiane na podstawie traktatowych przesłanek derogacyjnych porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego oraz zdrowia publicznego, które są w stanie utrudnić korzystanie ze swobody świadczenia usług, należy interpretować w świetle ogólnych zasad prawa, w szczególności w świetle praw podstawowych. Tak więc – kontynuował Trybunał – przepisy krajowe mogą podlegać wyjątkom przewidzianym w przepisie derogacyjnym wyłącznie wtedy, gdy są zgodne z prawami podstawowymi, których przestrzeganie zapewnia Trybunał. Na temat tego rozstrzygnięcia zob. A. Płachta, *Zasada ochrony praw podstawowych*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy. T. I*, red. A. Wróbel, Warszawa 2010, s. 293–294 oraz P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2011, s. 384–385; T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 2000, s. 228 i 229–231. W świetle powyższego orzeczenia nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż zagadnienia dotyczące ochrony praw człowieka są niejako częścią rozważań Trybunału przy jego ocenie środków państwowych ograniczających jedną ze swobód rynku wewnętrznego i usprawiedliwianych w oparciu o odstępstwa Traktatowe lub sformułowane w judykaturze. Por. tamże, s. 230.

¹⁰ Zob. orzeczenie Trybunału z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie *Familiapress Zeitungsverlag und Vertriebes GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, ECR 1997, s. I-3689.

utrzymanie oraz popranie różnorodności publikacji prasowych, ponieważ zapobiegała ona wykluczeniu z rynku niewielkich wydawnictw, które nie mogły pozwolić sobie na kosztowne formy promocji. TS UE najpierw zaklasyfikował regulację austriacką jako zabronioną na mocy Traktatu przeszkodę w handlu wewnątrzspółnotowym – tj. za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, a następnie uznał popieranie różnorodności prasy za wymóg imperatywny usprawiedliwiający ograniczenia w swobodnym przepływie towarów. W tym kontekście Trybunał zauważył, iż różnorodność prasy przyczynia się do zagwarantowania wolności wypowiedzi, o której jest mowa w art. 10 EKPC. Różnorodność ta jest także jednym z praw podstawowych, chronionych przez wspólnotowy porządek prawny. Jednocześnie przypomniał, iż regulacje krajowe, ograniczające podstawową swobodę wspólnotową, muszą spełniać wymogi proporcjonalności – tj. muszą być proporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu oraz że cel ten nie może zostać osiągnięty za pomocą środków w mniejszym stopniu ograniczających handel wewnątrz Wspólnoty. W związku z tym zauważył, iż jeśli państwo członkowskie powołuje się na wymóg konieczny dla usprawiedliwienia regulacji, która narusza swobodę przepływu towarów, to uzasadnienie musi być interpretowane także w świetle ogólnych zasad prawa, a w szczególności w świetle praw podstawowych. Prawa te – w myśl artykułu 10 EKPC – obejmują wolność słowa. Dlatego też austriacka regulacja może naruszać tę wartość. Jednakże TS UE podkreślił, iż artykuł Konwencji gwarantujący wolność słowa pozwala na derogację od tej wolności ze względu na zapewnienie pluralizmu prasy, pod warunkiem, że derogacja ta jest przewidziana w prawie krajowym (tj. w ustawie krajowej) i jest konieczna dla demokratycznego społeczeństwa¹¹. Trybunał nie wydał jednakże samodzielnego rozstrzygnięcia w tej sprawie – przekazał ją sądowi krajowemu, który miał za zadanie zbadać, czy sporna regulacja jest zgodna z wymogiem proporcjonalności, jeśli chodzi o zachowanie pluralizmu prasy i czy cel ten może zostać osiągnięty za pomocą środków w mniejszym stopniu ograniczającym dwie wartości – swobodę przepływu towarów oraz wolność słowa. Sąd ten – według TS UE – winien ustalić, czy (wydawane przez duże wydawnictwa) czasopisma oferujące nagrody rzeczywistości konkurują z czasopismami niewielkich wydawnictw, których nie stać na podobne formy promocji (i które są chronione przez przepisy prawa państwowego). Ponadto, sąd krajowy zobowiązany został do zbadania, czy perspektywa otrzymania nagrody stanowi zachętę do kupna, mogącą spowodować zmianę popytu (w kierunku czasopism oferujących konkursy z nagrodami)¹².

¹¹ Warto zauważyć, iż tym względzie Trybunał odwołał się bezpośrednio do orzeczenia ETPC z 24 listopada 1993 r. w sprawie *Informationsverein Lentia i inni przeciwko Austrii*, Seria A, Nr 276. Można zatem stwierdzić, iż jeszcze przed formalnym przystąpieniem UE do EKPC zachodził bezpośredni wpływ orzecznictwa strasburskiego na judykaturę TS UE w omawianym zakresie.

¹² W kontekście powyższych uwag szerzej zob. orzeczenie Trybunału w sprawie *Fami-liapress Zeitungsverlag . und Vertribes GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, oraz A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego*

Nie ulega wątpliwości, iż jednym z istotniejszych wniosków, jaki płynie z wyżej prezentowanego orzeczenia jest to, iż usprawiedliwienie środków krajowych na podstawie odstępstw sformułowanych w orzecznictwie (oraz *per analogiam* odstępstw przewidzianych w Traktacie) należy interpretować w świetle ogólnych zasad prawa wspólnotowego, a w szczególności praw podstawowych określonych i gwarantowanych przez EKPC¹³. Innymi słowy, oznacza to, iż Trybunał wyklucza możliwość stosowania przez państwa członkowskie środków (usprawiedliwianych w oparciu o obie grupy odstępstw od swobód rynku wewnętrznego), które są niezgodne z prawami człowieka określonymi oraz gwarantowanymi przez EKPC. Jednakże, ze względu na okoliczność, iż nie wszystkie prawa człowieka (np. te z katalogu EKPC, takie jak wolność słowa) podlegają absolutnej ochronie, toteż Trybunał nie wykluczył z góry możliwości usprawiedliwienia (na podstawie odstępstw sformułowanych w orzecznictwie) środka krajowego, który ogranicza zarazem jedną ze swobód rynku wewnętrznego oraz prawo podstawowe. Taki środek musi być jednak zgodny z zasadą proporcjonalności – tj. spełniać jej dwa zasadnicze kryteria – odpowiedności i konieczności. Co ciekawe, mimo iż Trybunał w rozstrzygnięciu w tej sprawie opowiedział się za wnikliwym testem proporcjonalności, to jednak samodzielnie go nie przeprowadził – przekazał sprawę do rozstrzygnięcia sadowi krajowemu z jednoczesnym dookreśleniem wskazówek odnoszących się do aplikacji testu proporcjonalności. Wskazówki te są dość precyzyjne, przez co zawężają zakres władzy dyskrecjonalnej państwa członkowskiego. Jednakże, co należy z całą mocą podkreślić, z rozstrzygnięcia w tej sprawie nie wynika jednoznacznie, czy test proporcjonalności ma być przeprowadzony osobno w odniesieniu do swobodnego przepływu towarów i do prawa podstawowego (wolności wypowiedzi), czy też okoliczność naruszenia prawa podstawowego stanowi czynnik powodujący bardziej wnikliwe badanie proporcjonalności¹⁴.

Za tą drugą ewentualnością TS UE opowiedział się przy okazji sprawy dotyczącej duńskiej ustawy rolnej, na podstawie której nabywcy nieruchomości rolnych musieli mieć na niej stałe miejsce zamieszkania przez co najmniej osiem lat¹⁵. Trybunał wprawdzie zgodził się z tym, iż przepisy krajowe

Wspólnoty Europejskiej, Warszawa 2009, s. 228–229; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 295–296; A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2005, s. 118–120; A. F. Bavasso, *Case Familiapress Zeitungsverlag . und Vertribes GmbH v. Heinrich Bauer Verlag Judgment of 26 June 1997, ECR [1997]*, s. I–3689, *Common Market Law Review* 1998, Vol. 35, Issue 6, s. 1413 i n.; S. Weatherill, *Recent Case Law concerning the Free Movement of Foods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation*, *Common Market Law Review* 1999, Vol. 36, Issue 1, s. 62–64.

¹³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. W kontekście powyższych uwag por. A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny...*, s. 120.

¹⁴ Tak słusznie A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 229 wraz z cytowaną tam literaturą.

¹⁵ Zob. orzeczenie Trybunału z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Festersen*, C-370/05, ECR 2007, s. I–1129.

wprowadzające taki obowiązek mają m.in. na celu zapobieganie nabywaniu gruntów rolnych w celach czysto spekulacyjnych, co z kolei służy ułatwianiu nabywania tych gruntów przede wszystkim osobom zamierzającym je uprawiać, przez co przepisy te odpowiadają celowi służącemu interesowi ogólnemu w państwie członkowskim, w którym grunty rolne stanowią ograniczony zasób naturalny¹⁶. Jednakże podkreślił, iż przy ocenie tychże przepisów należy wziąć pod uwagę okoliczność, iż sporny obowiązek ogranicza nie tylko swobodny przepływ kapitału ale także prawo do swobodnego wyboru miejsca zamieszkania przez nabywcę, a więc prawo, które jest zagwarantowane przez art. 2 ust. 1 protokołu nr 4 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Dlatego też wynikający z duńskiej regulacji obowiązek jest szczególnie uciążliwy. W kontekście oceny kryterium konieczności Trybunał zauważył, iż nic nie pozwala stwierdzić, że dla osiągnięcia zamierzonego celu Dania nie mogła podjąć innych, mniej restrykcyjnych środków¹⁷. Nawet, gdyby zaś przyjąć, iż sporny obowiązek spełnia wymóg konieczności (poprzez przyjęcie, iż sam w sobie wywołuje korzystne skutki na rynku nieruchomości poprzez zniechęcenie do podejmowania działań spekulacyjnych), to sam fakt trwałego zawieszenia podstawowej swobody trwałego miejsca zamieszkania (a więc okoliczność naruszenia prawa podstawowego) nie pozwoliłby na uznanie środka krajowego za spełniający wymóg proporcjonalności¹⁸.

W związku z powyższym rozstrzygnięciem należy zauważyć, iż Trybunał po raz kolejny odwoływał się do praw człowieka określonych w EKPC¹⁹. Ponadto, po raz kolejny nie wykluczył jako takiej możliwości usprawiedliwienia – na podstawie odstępstw sformułowanych w jego judykaturze – środka ograniczającego jednocześnie jedną ze swobód rynku wewnętrznego oraz prawo podstawowe. Niemniej, co należy z całą mocą podkreślić, samodzielnie zaaplikował do oceny takiego środka restrykcyjny test proporcjonalności (w tym sensie, iż nie przeprowadził odrębnych ustaleń co do tego, czy środek krajowy, ograniczający swobodę rynku wewnętrznego i naruszający prawo podstawowe, był również proporcjonalny w stosunku do prawa podstawowego, tylko uznał, iż sam fakt naruszenia tego prawa był wystarczający do zakwestionowania tego środka – innymi słowy TS UE doszedł do konkluzji, że środek państwowy w rezultacie naruszenia prawa podstawowego nie spełniał wymogu konieczności w ramach testu proporcjonalności), na podstawie którego, zakwestionował możliwość jego usprawiedliwienia. Nie ulega więc

¹⁶ Tym samym Trybunał uznał, iż duńskie przepisy spełniają wymóg odpowiedności.

¹⁷ Trybunał m.in. zauważył, iż rząd duński nie uzasadnił, dlaczego inny środek, a mianowicie zachęcanie do wydzierzawienia domów nabytych na nieruchomości rolnej, okazałby się bardziej restrykcyjny niż sporny obowiązek. Ponadto, rząd ten nie uwzględnił oraz nie ocenił innych możliwych środków, mniej uciążliwych dla swobodnego przepływu kapitału, takich jak regulacje wprowadzające wyższe opodatkowanie czynności odsprzedaży gruntów, dokonywanych wkrótce po ich nabyciu, lub też ustanawiające wymóg minimalnego okresu obowiązywania dzierżawy gruntów rolnych.

¹⁸ W kontekście powyższych uwag szerzej zob. orzeczenie Trybunału w sprawie *Fester-sen*, C-370/05, oraz A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 229–230.

¹⁹ W tym względzie nie odniósł się jednak bezpośrednio do żadnego z orzeczeń ETPC.

wątpliwości, iż Trybunał pełni aktywną rolę w rozstrzyganiu pośrednich sporów między ochroną praw człowieka – z jednej strony, a urzeczywistnieniem swobód rynku wewnętrznego – z drugiej strony.

W pewnym sensie odmienne stanowisko zaprezentował w rozstrzygnięciu w sprawie dotyczącej regulacji austriackiej zakazującej udzielania w ramach prowadzonej działalności handlowej informacji wprowadzającej w błąd (a w szczególności zakazującej posługiwania się w reklamie informacją, iż dany towar jest sprzedawany w ramach upadłości przedsiębiorstwa, jeśli nie należy on już do masy upadłości)²⁰ Trybunał zauważył, iż chociaż zasada wolności słowa jest wyraźnie uznawana przez art. 10 EKPC i stanowi jeden z podstawowych filarów demokratycznego społeczeństwa, to jednak z brzmienia art. 10 ust. 2 EKPC wynika, że wolność ta jest również przedmiotem pewnych ograniczeń uzasadnionych względami interesu ogólnego, o ile odstępstwa te są przewidziane przez przepisy prawa, zainspirowane jednym lub wieloma celami uzasadnionymi w świetle tych przepisów i są niezbędne z punktu widzenia demokratycznego społeczeństwa, to są usprawiedliwione nadrzędną potrzebą społeczną i w szczególności proporcjonalne wobec uzasadnionego i zamierzonego celu. Natomiast bezsporne jest, iż uznanie, jakie przysługuje organom państwowym przy określaniu równowagi między wolnością słowa a celami usprawiedliwiającymi ograniczenie tej wolności jest różne dla każdego z tych celów i jest uzależnione od charakteru wchodzącej w grę działalności. Jeżeli zaś korzystanie z wolności nie stanowi wkładu dla dyskusji, mającej znaczenie dla interesu publicznego, a dodatkowo zachodzi w obszarze, w którym państwo członkowskie dysponuje pewnym zakresem władzy uznaniowej, badanie jest ograniczone do zweryfikowania rozsądnosci i proporcjonalności ingerencji. Ta konstatacja odnosi się do czynienia handlowego użytku z wolności słowa, w szczególności w dziedzinie tak skomplikowanej oraz zmiennej jak reklama²¹. Ostatecznie Trybunał doszedł do wniosku, iż ograniczenie reklamy dokonane przez państwo członkowskie wydaje się uzasadnione i proporcjonalne w świetle celów realizowanych przez sporną regulację, a mianowicie ochrony konsumenta i ochrony uczciwości transakcji handlowych²².

Również w tym przypadku TS UE odwołał się do jednego z praw sformułowanych i zagwarantowanych przez EKPC – tj. do wolności słowa. Co ciekawe, jest to jedno z tych nielicznych rozstrzygnięć, w których Trybunał samodzielnie doszedł do wniosku, iż środek krajowy, mimo że naruszał prawo

²⁰ Zob. orzeczenie Trybunału z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie *Herbst Karner*, C-71/02, ECR 2004, s. I-3025; J. Stuyck, *Case C-71/02 Herbst Karner, Judgement of the fifth chamber of 25 March 2004*, Common Market Law Review 2004, Vol. 41, Issue 6, s. 1683 i n. (w szczególności s. 1695–1697).

²¹ W tym względzie Trybunał odwołał się m. in. do następujących wyroków ETPC: z 20 listopada 1989 r. w sprawie *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beerermann*, Seria A Nr 165; z 28 czerwca 2001 r. w sprawie *VGT Verein gegen Tierfabriken* przeciwko Szwajcarii, 2001-VI.

²² Szerzej zob. orzeczenie Trybunału w sprawie *Herbst Karner*, C-71/02, oraz A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 230.

podstawowe (nie korzystające jednak z absolutnej ochrony), to jednak spełniał odpowiednie kryteria proporcjonalności, przez co był usprawiedliwiony w świetle prawa wspólnotowego. Widać zatem wyraźnie, iż takie wartości uznane w orzecznictwie Trybunału, jak ochrona konsumenta oraz ochrona uczciwości transakcji handlowych w praktyce mogą mieć pierwszeństwo przed prawem człowieka nieposiadającym absolutnego charakteru – wolnością słowa, która stanowi jeden z fundamentów demokratycznego społeczeństwa²³. W kontekście zagadnienia proporcjonalności należy dodatkowo zauważyć, iż wydaje się, że w rozstrzygnięciu tym TS UE opowiedział się za samodzielnym (odrębnym od swobody rynku wewnętrznego) testem proporcjonalności w odniesieniu do prawa podstawowego.

Dobłą ilustracją dla omawianych w niniejszym opracowaniu zagadnień jest również sprawa dotycząca brytyjskiej decyzji, na mocy której orzeczono wobec obywatelki Filipin deportację z Wielkiej Brytanii²⁴. W rozstrzygnięciu tym TS UE uznał prawo rzeczony obywatelki do pozostania na terytorium Wielkiej Brytanii na tej podstawie, iż zajmowała się ona wychowaniem dzieci, dzięki czemu jej mąż, posiadający obywatelstwo brytyjskie, mógł prowadzić swoją działalność, polegającą na świadczeniu usług na rynku wewnętrznym²⁵. W kontekście analizowanych w niniejszym opracowaniu zagadnień TS UE powtórzył, iż państwo członkowskie może powołać się na względy interesu ogólnego dla usprawiedliwienia środka krajowego, który może ograniczyć korzystanie ze swobody świadczenia usług jedynie wtedy, gdy środek ten jest zgodny z prawami podstawowymi. Na tej podstawie doszedł do wniosku, iż sporna decyzja deportacyjna stanowi ingerencję w wykonywanie przez męża obywatelki Filipin prawa do poszanowania jego życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC, który stanowi część praw podstawowych, chronionych zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału oraz – dodatkowo – potwierdzonych przez Traktaty wspólnotowe²⁶. Według Trybunału decyzja

²³ Por. D. Miąsik, *Komentarz do art. 36 TFUE*, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tom I. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 628

²⁴ Zob. orzeczenie Trybunału z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Mary Carpenter*, C-60/00, ECR 2002, s. I-6279. Mary Carpenter, obywatelka Filipin, we wrześniu 1994 r. uzyskała zezwolenie na wjazd do Wielkiej Brytanii jako tzw. *visitor* na okres sześciu miesięcy. Po upływie tego czasu pozostała w tym państwie, mimo że nie zwróciła się o przedłużenie zezwolenia na pobyt. W maju 1996 r. poślubiła Petera Carpentera, obywatela Wielkiej Brytanii. W lipcu 1996 r. Mary Carpenter zwróciła się do *Secretary of State* z wnioskiem o udzielenie jej zezwolenia na pobyt w Wielkiej Brytanii, jako małżonki obywatela tego państwa. W lipcu 1997 r. wniosek ten został odrzucony, ponadto podjęto decyzję o jej wydaleniu z Wielkiej Brytanii.

²⁵ Trybunał zauważył, iż znaczną część działalności zawodowej męża Mary Carpenter – Petera Carpentera stanowiło odpłatne świadczenie usług ogłoszeniodawcom, którzy prowadzili działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim. Tego typu świadczenia – według TS UE – wchodzą w zakres pojęcia świadczenia usług w rozumieniu przepisów Traktatu.

²⁶ W tej kwestii Trybunał zauważył, iż nawet jeżeli EKPC nie gwarantuje cudzoziemcowi jako takiego prawa wjazdu lub pobytu na terytorium danego państwa, usunięcie osoby z państwa, w którym mieszkają najbliżsi członkowie jej rodziny, może stanowić ingerencję

deportacyjna nie zachowywała równowagi między dwiema kolidującymi ze sobą wartościami – prawem do ochrony życia rodzinnego oraz potrzebą zachowania porządku i bezpieczeństwa publicznego. Naruszenie bowiem przez wspomnianą obywatelkę brytyjskiego prawa emigracyjnego (polegające na nieopuszczeniu terytorium Wielkiej Brytanii po wygaśnięciu zezwolenia na pobyt) nie stanowi zagrożenia dla porządku i bezpieczeństwa publicznego²⁷. Ponadto, bezsporne jest, iż małżeństwo zawarte w Wielkiej Brytanii jest małżeństwem autentycznym oraz że rzeczona obywatelka Filipin nadal prowadzi prawdziwe życie rodzinne w tym państwie, gdzie m.in. opiekuje się

w prawo do poszanowania życia rodzinnego, które chronione jest przez art. 8 ust. 1 tej Konwencji. Ponadto, tego typu ingerencja uchybia EKPC, jeśli nie spełnia wymagań zdefiniowanych w art. 8 ust. 2 Konwencji, tj., jeśli nie jest przewidziana przez ustawę i umotywowana jednym lub większą liczbą uzasadnionych w świetle tego ustępu celów; jeśli nie jest konieczna w demokratycznym społeczeństwie, tj. uzasadniona nadrzędną potrzebą społeczną; oraz jeśli nie jest proporcjonalna w stosunku do uzasadnionego celu, którego osiągnięciu służy. Co istotne, Trybunał, formułując powyższe kryteria odwołał się bezpośrednio do wyroku ETPC z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie *Boultif* przeciwko *Szwajcarii*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001–IX. Widoczny jest zatem wpływ orzecznictwa ETPC na judykaturę TS UE. W tym miejscu warto zauważyć, iż podobne stwierdzenia, którym towarzyszyło zarazem bezpośrednie odniesienie do orzecznictwa strasburskiego, padły także w późniejszych orzeczeniach TS UE, a mianowicie w wyrokach: z 23 września 2003 r. w sprawie *Hacén Akrich*, C-109/01, ECR 2003, s. I-9607; z 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych *Österreichischer Rundfunk*, *Christa Neukomm*, *Joseph Laueremann*, C-465/00, C-138/01, C-139/01, ECR 2003, s. I-4989; z 27 kwietnia 2007 r. w sprawie *Komisja v. Niemcy*, C-441/02, ECR 2007, s. I-3449. W pierwszym z powyższych rozstrzygnięć, TS UE, oceniając kwestię proporcjonalności środka państwowego, odwołał się do dwóch wyroków ETPC, a mianowicie do wyroku z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie *Boultif* przeciwko *Szwajcarii*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001–IX oraz do wyroku z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Amrollahi* przeciwko *Danii* – według TS UE granice tego, co jest „konieczne w społeczeństwie demokratycznym”, w sytuacji, gdy małżonek popełnił przestępstwo, zostały sprecyzowane właśnie w tych orzeczeniach ETPC. Natomiast w tym drugim rozstrzygnięciu Trybunał, w związku z analizą zagadnienia proporcjonalności środka państwowego, nawiązał do wyroku ETPC z dnia 24 listopada 1986 r. w sprawie *Gillow* przeciwko *Zjednoczonemu Królestwu*, seria A, nr 109, z którego wynika, iż przymiotnik „konieczna” w rozumieniu art. 8 ust. 2 EKPC wskazuje, że chodzi o „nadrzędną potrzebę społeczną” oraz że powzięty środek jest „proporcjonalny do zamierzonego zasadnego celu”. Ponadto, odwołał się do wyroku ETPC z dnia 26 marca 1987 r. w sprawie *Leander* przeciwko *Szwecji*, seria A, nr 116, zgodnie z którym organy krajowe korzystają z zakresu uznania, „którego szerokość zależy nie tylko od celu, ale także od samego charakteru ingerencji”. W trzecim rozstrzygnięciu TS UE w ramach swoich rozważań odniósł się do wyroku z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie *Boultif* przeciwko *Szwajcarii*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001–IX. Trzy powyższe orzeczenia TS UE wskazują na bezpośredni wpływ orzecznictwa strasburskiego na orzecznictwo Trybunału w zakresie aplikacji zasady proporcjonalności w analizowanym zakresie.

²⁷ Trybunał, zgodnie ze swoim wieloletnim, konsekwentnym orzecznictwem opowiedział się za zawężającą koncepcją pojęcia porządku publicznego. Na tej podstawie mógł stwierdzić, iż w przypadku obywatela państwa trzeciego, będącego małżonkiem obywatela państwa członkowskiego Unii Europejskiej, taka interpretacja pojęcia publicznego umożliwia ochronę prawa tego ostatniego (obywatela) do ochrony jego życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EPKC. Zob. też podobne wyroki TS UE: z 23 września 2003 r. w sprawie *Hacén Akrich*, C-109/01, ECR 2003, s. I-9607; z 10 marca 2005 r. w sprawie *Komicja v. Hiszpania*, C-503/03, ECR 2005, s. I-1097.

dziećmi swego małżonka, pochodzącymi z jego pierwszego małżeństwa. Dlatego też Trybunał w konkluzji stwierdził, iż decyzja deportacyjna stanowi naruszenie prawa wspólnotowego, które nie jest proporcjonalne do zamierzonego celu²⁸.

Tym razem Trybunał zakwestionował możliwość usprawiedliwienia środka państwowego, który ograniczał prawo człowieka – tj. prawo do ochrony życia rodzinnego. Środek ten był bowiem w sposób ewidentny niezgodny z zasadą proporcjonalności – nie miał związku z celem uzasadnionym w świetle prawa wspólnotowego (rzekomo realizowanym przez państwo), a mianowicie ochroną porządku i bezpieczeństwa publicznego²⁹. Rozstrzygnięcie to, podobnie zresztą jak wszystkie dotychczas opisywane, potwierdza tezę, iż TS UE pełni istotną rolę w rozwiązywaniu spornych sytuacji między ochroną praw podstawowych i swobód rynku wewnętrznego z jednej strony, a interesami państw członkowskich wyższego rzędu (traktatowymi i sformułowanymi w orzecznictwie) z drugiej strony.

Pośrednia kolizja między prawem człowieka a jedną ze swobód rynku wewnętrznego miała także miejsce przy okazji rozstrzygnięcia w sprawie dotyczącej wydalenia z terytorium niemieckiego obywatela greckiego, który przez szereg lat przebywał na terenie tego państwa³⁰. Ponadto, zawarł związek małżeński z obywatelką niemiecką, z którą miał trójkę dzieci. Ważną okoliczność w tej sprawie stanowił fakt, iż był uzależniony od narkotyków oraz kilkakrotnie skazany za przestępstwa z tym związane. Dlatego też władze niemieckie podjęły decyzję o jego wydaleniu z Niemiec, powołując się przy tym na względy porządku oraz bezpieczeństwa publicznego. Tymczasem w toku postępowania przed Trybunałem podnoszono, iż taka decyzja może być niezgodna z prawem podstawowym przewidzianym w art. 8 EKPC – tj. prawem do ochrony prywatności i życia rodzinnego. Odnosząc się do tego argumentu Trybunał w pierwszej kolejności przypominał³¹, iż względy interesu publicznego mogą zostać powołane w celu usprawiedliwienia środka krajowego, który może ograniczać korzystanie ze swobody przepływu pracowników tylko wtedy, gdy taki środek uwzględnia prawa podstawowe. W tym kontekście podkreślił, iż znaczenie prawa do ochrony życia rodzinnego obywateli Wspólnoty (w związku z koniecznością wyeliminowania przeszkód w realizacji podstawowych swobód zagwarantowanych przez Traktat) jest uznawane w prawie wspólnotowym. Dlatego oczywiste jest, iż usunięcie

²⁸ W kontekście powyższych uwag szerzej zob. orzeczenie Trybunału w sprawie *Mary Carpenter*, C-60/00, oraz J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 333–334; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 231–232; E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter: Towards a (Non-) Economic European Constitution*, *Common Market Law Review* 2004, Vol. 41, Issue 3, s. 766–767.

²⁹ Nie spełniał więc kryterium odpowiedniości.

³⁰ Zob. orzeczenie Trybunału z 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych *Georgios Orfanopoulos i Raffaele Oliveri v. Land Baden-Württemberg*, C-482/01 i C-493/01, ECR 2004, s. I-5257.

³¹ Odwołując się przy tym do swojego wcześniejszego orzecznictwa.

danej osoby z kraju, w którym żyją bliscy członkowie jej rodziny może stanowić naruszenie prawa do ochrony życia rodzinnego, zagwarantowanego w art. 8 EKPC oraz, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, chronionego w prawie wspólnotowym.

Podobnie jak to miało miejsce w powyżej opisanych sprawach, Trybunał odwołał się do zasady proporcjonalności. Najpierw podkreślił konieczność przestrzegania tej szczególnej zasady, a następnie stwierdził, iż aby przeprowadzić ocenę, czy ingerencja (m. in. w sferę prawa do ochrony życia rodzinnego) jest proporcjonalna do celu w postaci ochrony porządku publicznego, trzeba mieć na względzie w szczególności: charakter oraz wagę przestępstw popełnianych przez daną osobę; długość jej pobytu na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego i czas, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa; okoliczności życia rodzinnego tej osoby oraz trudności, na jakie mogą natrafić żona i każde z dzieci w kraju jej pochodzenia³². Tym samym należy

³² Warto zauważyć, iż Trybunał w odniesieniu do zasady proporcjonalności (tj. jej precyzyjnych kryteriów, jakie należy uwzględnić przy ocenie środka) po raz kolejny odwołał się bezpośrednio do wyroku ETPC, a mianowicie do wyroku z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie *Boultif* przeciwko *Szwajcarii*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001–IX. Po raz kolejny zatem widoczny jest wpływ orzecznictwa strasburskiego na judykaturę TS UE w omawianym zakresie. W kontekście powyższych uwag szerzej zob. orzeczenie Trybunału w sprawach połączonych *Georgios Orfanopoulos i Raffaele Oliveri v. Land Baden-Württemberg*, C-482/01 i C-493/01, oraz J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 333. Na podobne elementy testu proporcjonalności TS UE zwrócił uwagę (z jednoczesnym odwołaniem się do judykatury ETPC) w orzeczeniu z 23 listopada 2010 r. w sprawie *Panagiotis Tsakouridis*, ECR 2010, s. I-11979, przy czym stwierdził, iż w odniesieniu do obywatela Unii, który spędził legalnie większą część, jeśli nie całość, swojego dzieciństwa i młodości w przyjmującym państwie członkowskim, należy przedłożyć bardzo solidne powody w celu usprawiedliwienia środka wydalenia (w tej kwestii TS UE odwołał się do wyroku ETPC z dnia 23 czerwca 2008 r. w sprawie *Maslov* przeciwko *Austrii* [GC], *Recueil des arrêts et décisions* 2008). Zob. też orzeczenie TS UE z 12 maja 2011 r. w sprawie *Malgołata Runeviė-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn*, C-391/09, ECR 2011, s. I-3787, w którym Trybunał, odwołując się do wyżej opisanego orzeczenia w sprawach, C-482/01 i C-493/01, przypomniał, iż w ramach prawa UE uznano znaczenie zapewnienia ochrony życia rodzinnego obywateli Unii w celu wyeliminowania przeszkód w korzystaniu z podstawowych swobód zagwarantowanych w Traktacie. TS UE ostatecznie powierzył sądowi litewskiemu, który wystąpił z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego, ustalenie, czy odmowa zmiany wspólnego nazwiska pary obywateli Unii (pochodzenia polskiego), powoduje poważne niedogodności na płaszczyźnie administracyjnej, zawodowej i prywatnej (dla nich i dla ich rodziny) – i w przypadku potwierdzenia zachodzenia tych niedogodności – zbadanie, czy taka odmowa uwzględnia słuszną równowagę kolidujących interesów, a mianowicie z jednej strony prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a z drugiej strony uzasadnioną ochronę przez dane państwo członkowskie jego języka urzędowego i jego tradycji (stanowiących uzasadnione w świetle prawa unijnego cele, które mogą usprawiedliwiać ograniczenia praw do swobodnego przemieszczania się i przebywania przewidzianych w art. 21 TFUE). Należy zauważyć, iż rozstrzygnięcie w tej sprawie różni się od nieco wcześniej wydanego orzeczenia w podobnej sprawie, w którym TS UE wprawdzie zgodził się z tym, że nazwisko osoby jest jednym z elementów składowych jej tożsamości oraz życia prywatnego, które podlegają ochronie na podstawie art. 7 Karty Praw Podstawowych (KPP) oraz art. 8 EKPC (i to mimo okoliczności, iż art. 8 EKPC nie wymienia w sposób wyraźny nazwiska osoby), m.in. skutkiem czego sytuacja, w której osoba, która skorzystała z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium innego państwa członkowskiego,

stwierdzić, iż Trybunał sformułował bardzo precyzyjne wskazówki co do kwestii, jakie powinien wziąć pod uwagę sąd krajowy wydając rozstrzygnięcie w sprawie³³, przez co niewątpliwie ograniczył zakres władzy uznaniowej państwa członkowskiego. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż w rozstrzygnięciu tym TS UE opowiedział się za samodzielnym testem proporcjonalności w odniesieniu do naruszonego przez środek krajowy prawa człowieka.

Na podstawie wyżej opisywanych rozstrzygnięć TS UE można zaryzykować stwierdzenie, iż w sytuacji kolizji wartości, tj. z jednej strony, jakiegoś z dóbr wymienionych w którejś z traktatowych regulacji derogacyjnych lub dóbr uznanych w orzecznictwie Trybunału (tj. wymogów koniecznych lub nadrzędnych wymogów interesu publicznego), a z drugiej strony, jednego z praw podstawowych chronionych w systemie prawa unijnego, np. jakiegoś z praw podstawowych z katalogu tych praw sformułowanego w EKPC, pierwszeństwo należy dać wartości o poważniejszym ciężarze gatunkowym, czyli prawom podstawowym, jednocześnie zastrzegając, że okoliczności sprawy nie przemawiają za rozstrzygnięciem kolizji na rzecz jednego z dóbr określonych w przepisie derogacyjnym lub uznanych w orzecznictwie TS UE³⁴. Za takim poglądem przemawia fakt, iż nie wszystkie prawa podstawowe posiadają charakter bezwzględnie obowiązujący, przez co nie wszystkie podlegają absolutnej ochronie w systemie prawa unijnego³⁵. Teoretycznie rzecz biorąc, następstwa takiej dystynkcji (tj. na prawa posiadające bezwzględny charakter i na takie, które pozbawione są takiego szczególnego atrybutu) dla kolidujących w konkretnym przypadku praw podstawowych z jednym z dóbr wymiennych w regulacji derogacyjnej lub uznanych w orzecznictwie Trybunału, mogą być dwojakie. W pierwszym przypadku TS UE może zakwestionować środek krajowy usprawiedliwiany na podstawie przepisu derogacyjnego lub orzecznictwa TS UE³⁶. W drugiej natomiast sytuacji Trybunał może przyznać pierwszeństwo wartości wymienionej w traktatowej regulacji derogacyjnej lub wartości uznanej w jego orzecznictwie, pod warunkiem, że środek nakierowany na ochronę takiego prawa spełnia kryteria

została zobowiązana do posługiwania się w państwie członkowskim, którego jest obywatelem, innym nazwiskiem (aniżeli nazwisko, które zostało jej nadane i wpisane do akt stanu cywilnego w państwie członkowskim miejsca jej urodzenia i zamieszkania), może stanowić przeszkodę w swobodnym przemieszczaniu się i pobycie na terytorium państw członkowskich. Jednak, badając możliwość usprawiedliwienia regulacji krajowej nakazującej posługiwanie się takim nazwiskiem (uzasadnianej przez państwo członkowskie w oparciu o ochronę porządku publicznego), samodzielnie doszedł do wniosku, iż regulacja ta spełnia wymogi proporcjonalności, przy czym, co należy z całą mocą podkreślić, oceniając jej proporcjonalność nie rozstrzygnął, czy regulacja ta „uwzględnia słuszną równowagę kolidujących interesów”, a mianowicie z jednej strony prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego, a z drugiej strony porządku publicznego. Zob. wyrok Trybunału z 22 grudnia 2010 r. w sprawie *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ECR 2010, s. I-13693.

³³ Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 333.

³⁴ Por. D. Miąsik, *Komentarz do art. 30 TWE...*, s. 675.

³⁵ Na tę kwestię zwracał uwagę sam Trybunał w większości powyżej opisywanych orzeczeń.

³⁶ Dotychczas nie było takiej sprawy przed Trybunałem.

proporcjonalności – jest zarówno odpowiedni, jak i konieczny (tj. w najmniejszym stopniu ingerujący w treść odnośnego prawa podstawowego oraz swobodę rynku wewnętrznego)³⁷.

3. Bezpośrednie konflikty między prawami podstawowymi a swobodami rynku wewnętrznego

Dotychczas omawiano jedynie sytuacje, gdy miał miejsce konflikt między ochroną praw podstawowych i swobodami rynku wewnętrznego – z jednej strony, a ochroną interesów państwowych wyższego rzędu zdefiniowanych w traktatowych przepisach derogacyjnych lub wynikających z orzecznictwa TS UE – z drugiej strony. Tymczasem stosunkowo niedawno stało się jasne³⁸, iż możliwe są również sytuacje polegające na kolizji unijnych swobód rynku wewnętrznego z prawami podstawowymi.

Po raz pierwszy kwestia ta pojawiła się przy okazji sprawy dotyczącej demonstracji (zorganizowanej przez działaczy ruchów ekologicznych w celu ochrony zdrowia i środowiska naturalnego na skutek stale wzrastającego ruchu samochodów ciężarowych w szczególnie wrażliwym regionie Alp), w rezultacie której doszło do całkowitego zamknięcia ruchu na austriackiej autostradzie biegnącej przez przełęcz Brenner na okres około 30 godzin³⁹. Skarżący podnosił, iż Austria wydając zgodę na manifestację i zarazem nie podejmując żadnych działań mających na celu jej uniemożliwienie, naruszyła swobodę przepływu towarów: zablokowana w wyniku demonstracji autostrada stanowiła jedyne połączenie tranzytowe na trasie Niemcy – Włochy, z którego mogły korzystać posiadane przez niego pojazdy. W toku postępowania przed Trybunałem Austria wskazywała, iż decyzja, by nie zakazywać demonstracji, została podjęta po dokładnym zbadaniu stanu faktycznego, oraz że informacje o dacie zamknięcia autostrady Brenner zostały podane do wiadomości w Austrii, Niemczech i Włoszech, a zgromadzenie nie spowodowało poważnych zatorów drogowych. Jej zdaniem, przeszkoda dla swobodnego przepływu, powstała w rezultacie manifestacji, winna być dopuszczalna, o ile powstała w efekcie tej przeszkody bariera nie posiada charakteru stałego i poważnego. Ocena zaś interesów w przedmiotowej sprawie powinna przeważać na korzyść swobody wypowiedzi i wolności zgromadzeń, gdyż prawa podstawowe w społeczeństwie demokratycznym mają charakter nienaruszalny.

Trybunał, w ramach swoich analiz wprawdzie zgodził się ze stanowiskiem skarżącego, iż bierność władz krajowych stanowiła zabronione na mocy Traktatu naruszenie swobodnego przepływu towarów⁴⁰, jednakże przypomniał,

³⁷ Szerzej por. D. Miąsik, *Komentarz do art. 30 TWE...*, s. 675.

³⁸ Tj. od 2003 r.

³⁹ Orzeczenie Trybunału z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie *Eugen Schmidberger v. Austria*, C-112/00, ECR 2003, s. I-5659.

⁴⁰ Ostatecznie Trybunał doszedł do konkluzji, iż władze Austrii, nie zakazując demonstracji, która spowodowała całkowitą blokadę, na łączny okres około 30 godzin, tak ważnego szlaku komunikacyjnego, jakim jest autostrada Brenner, naruszyły art. 30 i 34 Traktatu, w związku z jego art. 5.

iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawa podstawowe stanowią integralną część zasad ogólnych prawa wspólnotowego, których poszanowanie zapewnia Trybunał, a które wywodzą się z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich oraz z umów międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka, przy tworzeniu których państwa członkowskie uczestniczyły lub do których przystąpiły. EKPC posiada zaś w tym kontekście szczególną wagę⁴¹. Zasady ustanowione w orzecznictwie Trybunału zostały potwierdzone w Traktacie. Dlatego też niedopuszczalne jest podejmowanie we Wspólnocie środków sprzecznych z poszanowaniem uznanych w ten sposób praw człowieka. Natomiast Unia oraz jej państwa członkowskie zobowiązane są do poszanowania praw podstawowych, których ochrona może stanowić uprawniony interes do usprawiedliwienia ograniczenia zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego (nawet o tak fundamentalnym znaczeniu, jak swobody rynku wewnętrznego).

Według Trybunału konieczne jest pogodzenie wymogów. Z jednej strony – swobody wypowiedzi i wolności zgromadzeń zagwarantowanych na mocy art. 10 i 11 EKPC, a z drugiej strony – swobodnego przepływu towarów, w sytuacji gdy te pierwsze wymogi zostają powołane jako uzasadnienie ograniczenia tego drugiego, ponieważ zarówno swoboda przepływu towarów, jak i wolność wypowiedzi i zgromadzeń nie są absolutne i mogą zostać ograniczone ze względu na szeroko pojęte wymogi interesu ogólnego⁴². W takim przypadku należy znaleźć właściwą równowagę między kolidującymi interesami,

⁴¹ W tym względzie Trybunał odwołał się do następujących rozstrzygnięć: z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie *ERT*, C-260/89, ECR 1991, s. I-2925; z dnia 6 marca 2001 r. w sprawie *P. Connolly*, C-274/99, ECR 2001, s. I-1611; z dnia 22 października 2002 r. w sprawie *Roquette Frères*, C-94/00, ECR 2002, s. I-9011.

⁴² W odniesieniu do swobody przepływu towarów Trybunał przypomniał, iż swoboda ta w pewnych warunkach może być przedmiotem ograniczeń ze względów wskazanych w art. 36 Traktatu lub na podstawie nadrzędnych wymogów interesu ogólnego sformułowanych w jego orzecznictwie. Natomiast w stosunku do praw człowieka TS UE zauważył (odwołując się jednocześnie do swoich wcześniejszych rozstrzygnięć oraz wyroku ETPC z dnia 23 września 1998 r. w sprawie *Steel i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, *Recueil arrêts et décisions* 1998–VII), iż o ile prawa podstawowe, będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, są wyraźnie wskazane w EKPC i stanowią główne fundamenty demokratycznego społeczeństwa, to jednak z brzmienia art. 10 ust. 2 i art. 11 EKPC wynika, iż swoboda wypowiedzi i wolność zgromadzeń mogą być również przedmiotem pewnych ograniczeń uzasadnionych względami interesu ogólnego, o ile odstępstwa te są przewidziane prawem, zainspirowane jednym bądź wieloma celami uzasadnionymi w świetle tych przepisów i są niezbędne z punktu widzenia demokratycznego społeczeństwa, to jest usprawiedliwione nadrzędną potrzebą społeczną i w szczególności proporcjonalne wobec uzasadnionego celu, któremu służą. Prawa te, odmiennie od innych praw podstawowych zapisanych w EKPC, takich jak prawo każdego człowieka do życia lub zakaz poddawania torturom i nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, które nie podlegają żadnym ograniczeniom, nie stanowią prerogatyw o charakterze absolutnym i powinny być oceniane w świetle ich funkcji społecznej. Wykonanie tych praw może być więc przedmiotem ograniczeń w zakresie, w jakim ograniczenia te są rzeczywiście podyktowane względami interesu ogólnego i nie stanowią dysproporcjonalnej i niedopuszczalnej ingerencji naruszającej istotę chronionych praw, przy uwzględnieniu celu realizowanego przez te ograniczenia.

biorąc pod uwagę całość okoliczności rozpatrywanego przypadku. W tym względzie TS UE podkreślił, iż odpowiednie organy krajowe posiadają szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej (uznaniowej), co jednak nie wykluczyło zbadania, czy ograniczenie swobody było zgodne z zasadą proporcjonalności.

Trybunał ostatecznie doszedł do wniosku, iż austriacki środek był zgodny z zasadą proporcjonalności (w szczególności zwrócił uwagę, z jednej strony, na stosunkowo nieznaczne – biorąc pod uwagę czas trwania oraz wielkość obszaru, na którym wystąpiło zakłócenie – ograniczenie swobody przepływu towarów oraz środki organów państwowych o charakterze administracyjnym i pomocniczym podjęte w celu zminimalizowania szkód powstałych w rezultacie ograniczenia⁴³, a z drugiej strony, na okoliczność, iż odmowa pokojowej manifestacji mogła stanowić nadmierne ograniczenie praw osób pragnących zwrócić uwagę opinii publicznej na istotne i niekorzystne dla społeczeństwa – w ich mniemaniu – zjawiska⁴⁴).

Z tego szczególnego rozstrzygnięcia Trybunału wypływa wniosek, iż w przypadku kolizji wartości (tj., z jednej strony, którejś z fundamentalnych swobód rynku wewnętrznego, np. swobody przepływu towarów, a z drugiej strony, jednego z praw podstawowych chronionych w porządku prawnym Unii Europejskiej, np. jakiegoś prawa podstawowego z katalogu tych praw sformułowanego w EKPC lub Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej

⁴³ W tym względzie Trybunał podkreślił, iż władze krajowe, w tym również policja, organizatorzy demonstracji i różne związki motoryzacyjne współpracowały w celu zagwarantowania prawidłowego przebiegu zgromadzenia. Odpowiednio wcześniej przed wyznaczoną datą demonstracji media oraz kluby motoryzacyjne przeprowadziły szeroką kampanię informacyjną zarówno w Austrii, jak i w graniczących z nią państwach (tj. we Włoszech i w Niemczech), przewidziano też różne trasy objazdowe. Dzięki tym działaniom zainteresowane podmioty gospodarcze zostały wyczerpująco poinformowane o ograniczeniach w ruchu, do których miało dojść w miejscu i czasie przewidzianej demonstracji i mogły z odpowiednim wyprzedzeniem podjąć wszelkie środki służące ominięciu tych ograniczeń. Ponadto, w samym miejscu, gdzie miało się odbyć zgromadzenie, zastosowano środki w celu zapewnienia bezpieczeństwa.

⁴⁴ W kwestii nałożenia przez władze krajowe bardziej surowych warunków zarówno co do miejsca, jak i czasu demonstracji, TS UE zważył, iż mogłyby one zostać uznane za zbyt daleko idące ograniczenia, które pozbawiają podjętą akcję w znacznym stopniu jej doniosłości. W tym względzie, mając na uwadze szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej państwa, zgodził się ze stanowiskiem Austrii, iż wszelkie alternatywne rozwiązania, które można było zastosować, wiązałyby się z ryzykiem powstania trudnych do kontrolowania reakcji. Te ostatnie zaś mogłyby prowadzić do jeszcze poważniejszych zakłóceń w wewnątrzspółnotowej wymianie towarowej (oraz w porządku publicznym), w postaci niezgodnych z prawem demonstracji i konfrontacji między zwolennikami i przeciwnikami organizacji organizującej sporne zgromadzenie lub aktów przemocy ze strony manifestantów uznających, że naruszono ich prawa podstawowe. W kontekście powyższych uwag szerzej zob. orzeczenie Trybunału w sprawie *Eugen Schmidberger v. Austria*, C-112/00, ECR 2003, s. I-5659 oraz A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 238–240; G. Gonzales, *EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria [2003] ECRI -5659*, Legal Issues of Economic Integration 2004, Vol. 31, Issue 3, s. 220–221; C. Brown, *Case C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte Und Plaunzuge v. Austria. Judgment of 12 June 2003. Full Court*, Common Market Law Review 2003, Vol. 40, Issue 6, s. 1499 i n.

– KPP) priorytet należy przyznać dobru o większym (donioślejszym) ciężarze gatunkowym, czyli prawom podstawowym⁴⁵, przy zastrzeżeniu, że okoliczności sprawy nie przemawiają za przyznaniem pierwszeństwa którejsz ze swobód unijnych. Za przyjęciem takiego właśnie stanowiska przemawia okoliczność, na co już wyżej zwrócono uwagę, iż nie wszystkie prawa człowieka podlegają absolutnej ochronie (ze względu na to, iż nie wszystkie posiadają bezwzględny charakter). Teoretycznie rzecz biorąc, konsekwencje takiego rozróżnienia (tj. na prawa posiadające bezwzględny charakter i na takie, które pozbawione są takiej właściwości) dla kolidujących w konkretnym przypadku praw podstawowych z jedną ze swobód rynku wewnętrznego, mogą być dwojakie. W pierwszym przypadku TS UE przyzna pierwszeństwo dla działań państwa (ograniczających jedną ze swobód rynku wewnętrznego) usprawiedliwianych w oparciu o prawo podstawowe⁴⁶. W drugiej natomiast sytuacji Trybunał może przyznać pierwszeństwo urzeczywistnieniu swobody rynku wewnętrznego, o ile środek państwowy nie będzie spełniał kryteriów proporcjonalności – inaczej należy przyznać priorytet temu środkowi. Jednakże, w tym kontekście należy zauważyć i zarazem zgodzić się z poglądem, iż w rozstrzygnięciu w tej sprawie Trybunał jednoznacznie dał do zrozumienia, iż samo powołanie się przez dane państwo członkowskie na ochronę praw podstawowych (bez względu na ich charakter), nie wyłącza środka spod jego kontroli co do zgodności ze swobodami rynku wewnętrznego⁴⁷. Tym samym można stwierdzić, iż w sytuacji bezpośrednich konfliktów między prawami człowieka a swobodami rynku wewnętrznego TS UE pełni aktywną funkcję w zakresie kształtowania możliwości państw członkowskich w zakresie usprawiedliwiania ich środków w oparciu o prawa podstawowe, przy czym definiując (określając) te możliwości bezpośrednio odwołuje się do orzecznictwa strasburskiego.

Następnym przykładem rozstrzygnięcia, w którym TS UE zajmował się analizowanymi problemami jest orzeczenie w sprawie dotyczącej niemieckiego zakazu, na podstawie którego pewien salon gier nie mógł używać gier

⁴⁵ Por. S. Douglas-Scott, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, Common Market Law Review 2006, Vol. 43, Issue 3, s. 635.

⁴⁶ Pod warunkiem jednak, iż środek państwowy nie jest w sposób ewidentny (transparentny) niezgodny z zasadą proporcjonalności. Zob. poniżej opisane orzeczenie Trybunału w sprawie *Omega*, C-36/02.

⁴⁷ Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 239–240. Ten ostatni pogląd w szczególności potwierdza orzeczenie TS UE z 17 kwietnia 2007 r. w sprawie *A.G.M.- COS.MET Srl*, C-470/03, ECR 2007, s. I-2749, z którego wynika, iż państwa członkowskie nie posiadają nieograniczonych możliwości w zakresie usprawiedliwiania swoich środków ograniczających swobody wspólnotowe w oparciu o prawa człowieka. W rozstrzygnięciu tym Trybunał stwierdził bowiem, iż wprawdzie z art. 10 ust. 1 EKPC wynika, iż wolność wyrażania opinii przysługuje wszystkim osobom podlegającym jurysdykcji państw członkowskich, jednakże państwo członkowskie nie może się powoływać na wolność wyrażania opinii swoich urzędników w celu uzasadniania przeszkód (w swobodnym przepływie towarów) i w ten sposób uchylać się od odpowiedzialności wynikającej z prawa wspólnotowego. Zob. też C. Barnard, *The Substantive...*, s. 171.

symulujących zabijanie oraz banalizujących przemoc⁴⁸. Rzeczony środek został zastosowany przez Niemcy w celu ochrony porządku publicznego, którego szczególnym elementem jest godność ludzka mająca w konstytucji niemieckiej status prawa podstawowego. Sprawa ta więc różniła się od powyżej opisanej dwoma aspektami. Po pierwsze, jako podstawę zastosowania środka ograniczającego swobodę rynku wewnętrznego (tj. swobodę przepływu usług) państwo wskazywało porządek publiczny (a więc jedną z traktatowych przesłanek derogacyjnych), natomiast konieczność ochrony odnośnego prawa podstawowego (tj. godności ludzkiej) stanowiła dopiero rozwinięcie tej koncepcji⁴⁹. Po drugie, państwo członkowskie nie odwoływało się do prawa podstawowego, które było chronione przez EKPC i państwa członkowskie Unii na jednakowym poziomie, lecz na prawo, które posiadało specjalny (szczególny) status w jego wewnętrznym porządku prawnym – tj. w porządku konstytucyjnym⁵⁰.

Trybunał w ramach swoich analiz w pierwszej kolejności odniósł się do przesłanki derogacyjnej porządku publicznego i przypomniał, iż powinna być ona interpretowana wąsko, tak aby jej zakres nie był jednostronnie określany przez państwa członkowskie, bez kontroli przez instytucje Wspólnoty. Następnie zauważył, iż szczególne okoliczności, które mogłyby uzasadniać odwołanie do pojęcia porządku publicznego mogą się różnić w poszczególnych państwach lub w poszczególnym czasie. Dlatego też należy przyznać właściwym organom krajowym pewien zakres władzy dyskrecjonalnej (swobodnego uznania). W dalszej części podkreślił, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawa, które są przestrzegane przez Wspólnotę Europejską⁵¹. Na tej podstawie doszedł do wniosku, iż nie ma wątpliwości co do tego, iż cel w postaci ochrony godności ludzkiej jest zgodny z prawem wspólnotowym, i to niezależnie od okoliczności, iż w systemie prawa niemieckiego zasada poszanowania godności ludzkiej ma szczególny status, będąc samoistnym prawem podstawowym. Tym samym zarówno Wspólnota, jak i państwa członkowskie mają obowiązek przestrzegania praw podstawowych, których ochrona stanowi co do zasady wystarczające uzasadnienie ograniczenia wynikającego z prawa wspólnotowego, nawet w ramach fundamentalnej swobody rynku wewnętrznego, jaką jest swoboda świadczenia usług. Jednakże środki, które

⁴⁸ Zob. orzeczenie Trybunału z 14 października 2004 r. w sprawie *Omega*, C-36/02, ECR 2004, s. I-9609.

⁴⁹ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 240.

⁵⁰ Należy w tym względzie zauważyć, iż bez względu na okoliczność, iż godność ludzka (jako prawo podstawowe) chroniona jest w poszczególnych państwach Unii na zróżnicowanym poziomie, to jednak jest ona prawem centralnym i absolutnym w całym unijnym porządku prawnym (rozumianym jako porządek prawny Unii Europejskiej oraz jej poszczególnych państw).

⁵¹ Trybunał – odwołując się do swojego orzecznictwa – po raz kolejny przypomniał, iż źródłem tych praw są tradycje konstytucyjne wspólne dla państw członkowskich oraz umowy międzynarodowe dotyczące ochrony praw człowieka, w tworzeniu których państwa członkowskie uczestniczyły lub do których przystąpiły.

ograniczają tę swobodę, mogą zostać usprawiedliwione względami porządku publicznego, jedynie jeśli są one konieczne dla ochrony interesów, które mają zapewnić i tylko wtedy, jeśli tych celów nie da się zrealizować przy pomocy środków mniej restrykcyjnych (dla swobodnego przepływu usług). Nie zachodzi jednak – według Trybunału – potrzeba, aby kraje członkowskie odnosiły się do jednej koncepcji, wspólnej dla wszystkich państw członkowskich, jeśli chodzi o sposób w jaki ma być chronione prawo podstawowe. Wprost przeciwnie, jak wynika z utrwalonej linii orzecznictwa, proporcjonalność regulacji państwowej nie może zostać zakwestionowana jedynie na tej podstawie, iż państwo przyjęło system ochrony różniący się od obowiązującego w innym państwie członkowskim⁵².

Trybunał ostatecznie skonstatował, iż niemiecki zakaz spełniał wymogi zasady proporcjonalności, tj. był zarówno odpowiedni do poziomu ochrony godności ludzkiej oraz nie wykraczał poza to co było niezbędne do jego osiągnięcia⁵³.

Charakteryzowane wyżej rozstrzygnięcie TS UE potwierdza tezę, iż w przypadku kolizji praw podstawowych z jedną ze swobód rynku wewnętrznego, pierwszeństwo należy przyznać prawom podstawowym⁵⁴, ze względu na ich szczególnie ciężar gatunkowy (zarówno w unijnym, jak i wewnątrzpaństwowym porządku prawnym), przy czym ze względu na zróżnicowany charakter tych praw reguła ta nie zawsze obowiązuje. Niezależnie jednak od posiadanego przez prawa podstawowe charakteru (absolutnego, czy też pozbawionego tej właściwości), środek krajowy, za pomocą którego państwo członkowskie chroni odnośne prawo podstawowe, każdorazowo musi być zgodny z zasadą proporcjonalności. Tak więc zarówno środki państwowe chroniące prawa podstawowe nie posiadające absolutnego charakteru, jak i prawa o charakterze absolutnym (np., tak jak w powyższym rozstrzygnięciu – godność ludzka) winny spełniać sformułowane w orzecznictwie TS UE kryteria proporcjonalności – odpowiedniości oraz konieczności. Należy jednakże zauważyć, iż w rozstrzygnięciu tym Trybunał wprawdzie odwołał się do powyższych kryteriów proporcjonalności, ale też jednocześnie nie przeprowadził samodzielnych badań w tym względzie – odniósł się jedynie do ustaleń sądu niemieckiego, które w pełnej rozciągłości zaakceptował. Wydaje się,

⁵² Teza ta została powtórzona później m. in. w wyroku Trybunału z 22 grudnia 2010 r. w sprawie *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ECR 2010, s. I-13693.

⁵³ W tym kontekście TS UE jedynie ogólnie skonstatował, odwołując się przy tym do ustaleń sądu niemieckiego, iż sporny środek zarówno odpowiada poziomowi ochrony godności ludzkiej, gwarantowanemu przez konstytucję Niemiec, jak i nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu. W kontekście powyższych uwag szerzej zob. orzeczenie Trybunału z 14 października 2004 r. w sprawie *Omega*, C-36/02 oraz A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 240–241; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 331–332; P. Dąbrowska, *Równoważenie ochrony...*, s. 21–26; T. Ackermann, *Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 14 October 2004*, nyr, *Common Market Law Review* 2005, Vol. 42, Issue 4, s. 1107.

⁵⁴ Por. S. Douglas-Scott, *A tale of two...*, s. 635.

iz taka postawa (w pewnym sensie połowiczna) TS UE jest następstwem konsekwentnego przyznania w swoim orzecznictwie państwom członkowskim pewnego zakresu władzy dyskrecjonalnej (w omawianych zagadnieniach)⁵⁵ oraz – ściśle z tym związanej – szczególnej pozycji godności (jako prawa podstawowego mającego absolutny, wręcz fundamentalny charakter) w wewnątrzpaństwowym (w tym przypadku niemieckim) porządku prawnym. Taki centralny charakter tego prawa przesądził o tym, że TS UE w istocie nie podjął się samodzielnego przeprowadzenia badań w zakresie proporcjonalności środka państwowego (nie mniej jednak podkreślił po raz kolejny konieczność poszanowania zasady proporcjonalności w kontekście omawianej problematyki)⁵⁶.

Wydaje się także, iż fundamentalny charakter godności (w systemie prawa państwowego) wpłynął na to, iż Trybunał nie wykluczył możliwości spełniania przez środek państwowy kryteriów proporcjonalności (w szczególności chodzi tutaj o kryterium konieczności) w sytuacji, jeśli dane państwo członkowskie przyjęło system ochrony tego prawa podstawowego różniący się od obowiązującego w innym państwie członkowskim – w przypadku ochrony tak fundamentalnych praw, jak prawo do godności ludzkiej, państwa członkowskie mogą więc je chronić w taki sposób, w jaki uznają za właściwy, nawet jeśli następuje to w różny sposób i w różnym stopniu w poszczególnych państwach, pod warunkiem, że nie wykracza to poza to co jest konieczne do ochrony tego prawa, tak jak rozumiane to jest w systemie prawa krajowego⁵⁷.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż w późniejszych wyrokach TS UE podkreślał, iż konieczność ochrony praw podstawowych, np. prawa do prowadzenia działania zbiorowego obejmującego prawo do strajku⁵⁸, może stanowić odrębną (samoistną) podstawę usprawiedliwiająca środek ograniczający jedną ze swobód rynku wewnętrznego⁵⁹. Co jest istotne, chociaż przyznawał, iż prawa te stanowią integralną część ogólnych zasad prawa wspólnotowego, niemniej jednak podkreślał, iż ich wykonywanie może podlegać pewnym ograniczeniom. W szczególności wskazywał, iż korzystanie z tych praw

⁵⁵ W tym względzie por. np. orzeczenie Trybunału w sprawie *Eugen Schmidberger v. Austria*, C-112/00.

⁵⁶ Por. też T. Ackermann, *Case C-36/02, Omega...*, s. 1120.

⁵⁷ Por. P. Dąbrowska, *Równoważenie ochrony...*, s. 28 wraz z cytowaną tam literaturą.

⁵⁸ W odniesieniu do tego prawa Trybunał zauważał, iż jest ono prawem uznanym zarówno przez wiele międzynarodowych aktów prawnych, przy których tworzeniu państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły (tj. Europejska Karta Społeczna oraz Konwencja nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych, uchwalona przez Międzynarodową Organizację Pracy), jak i akty ustanowione przez same państwa członkowskie na szczeblu wspólnotowym lub w ramach Unii (takie jak Wspólnotowa Karta Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników przyjęta podczas posiedzenia Rady Europejskiej w Strasburgu). Zob. następujące orzeczenia Trybunału: z 11 grudnia 2007 r. w sprawie *International Workers Federation's*, C-438/05, ECR 2007, s. I-10779; z dnia 18 grudnia 2007 r. *Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan i Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05, ECR 2007, s. I-11767.

⁵⁹ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 241–242.

winno być zgodne z pewnymi wymogami chronionymi na mocy Traktatu (odnoszącymi się do odnośnych swobód rynku wewnętrznego) oraz uwzględniać zasadę proporcjonalności⁶⁰.

Inna z omawianych w niniejszym podpunkcie spraw dotyczyła niemieckiego zakazu sprzedaży oraz przekazywania drogą wysyłkową nośników obrazu niepoddanych kontroli i klasyfikacji dla celów ochrony małoletnich przez właściwy krajowy organ i niezawierających informacji co do wieku, od którego są dozwolone⁶¹. W toku postępowania przed Trybunałem strona powodowa podnosiła, iż sprzedawała filmy, które uprzednio zostały poddane takiej kontroli i klasyfikacji w Wielkiej Brytanii, przez co niemiecki wymóg stanowił niepotrzebne ograniczenie swobody przepływu towarów. Tymczasem Niemcy broniły się podnosząc argument, iż sporne uregulowania są konieczne dla zapewnienia ochrony dzieci przed informacjami oraz materiałami szkodliwymi z punktu widzenia ich dobra. Odnosząc się do tej argumentacji Trybunał przypomniał, iż ochrona praw dziecka została uznana w różnych umowach międzynarodowych, przy powstaniu których państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły⁶². Umowy te zaś są jednymi z wielu aktów międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka, które są uwzględniane przy stosowaniu zasad ogólnych prawa wspólnotowego. Ponadto, TS UE zauważył, iż ochrona praw dziecka została również zagwarantowana w aktach przyjętych w ramach Unii Europejskiej, takich jak KPP UE. Jednakże podkreślił, iż o ile ochrona praw dziecka stanowi uzasadniony interes, mogący co do zasady usprawiedliwić ograniczenie fundamentalnej swobody zagwarantowanej w Traktacie, takiej jak swobodny przepływ towarów, to ograniczenia tego rodzaju mogą być uzasadnione jedynie wówczas, gdy są odpowiednie dla zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie wykraczają poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia.

W związku z zagadnieniem proporcjonalności Trybunał stwierdził, iż nie jest niezbędne, aby przepis o charakterze ograniczenia, wydany przez organy państwa członkowskiego w celu ochrony praw dzieci, odpowiadał wspólnej koncepcji dla wszystkich państw członkowskich, jeśli idzie o poziom i sposoby tej ochrony. Ze względu na okoliczność, iż koncepcje te mogą być odmienne w różnych państwach członkowskich w zależności od poglądów dotyczących moralności lub kultury, należy uznać, iż państwom członkowskim

⁶⁰ Zob. następujące orzeczenia Trybunału: z 11 grudnia 2007 r. w sprawie *International Workers Federation's*, C-438/05, ECR 2007, s. I-10779; z dnia 18 grudnia 2007 r. *Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan i Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05, ECR 2007, s. I – 11767.

⁶¹ Zob. orzeczenie Trybunału z 14 lutego 2008 r. w sprawie *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, C-244/06, ECR 2008, s. I-505.

⁶² Np. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 19 grudnia 1966 r. oraz Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne w dniu 20 listopada 1989 r.

przysługuje pewien zakres władzy dyskrejonalnej. Odnosząc się bezpośrednio do spornego zakazu Trybunał zauważył, iż nie ulega wątpliwości, że stanowi on środek mogący służyć ochronie dzieci przed materiałami oraz informacjami szkodliwymi z punktu widzenia ich dobra. Natomiast niemiecka ustawa o ochronie małoletnich nie zabrania każdej formy wprowadzania do obrotu nieskontrolowanych nośników obrazu⁶³. Ponadto – według Trybunału – wydaje się, iż procedura kontroli, klasyfikacji i oznaczania nośników obrazu jest łatwo dostępna, zakończona w rozsądnym terminie oraz przewiduje możliwość zaskarżenia decyzji odmownej na drodze sądowej. Jednakże zbadanie tych kwestii zostało powierzone sądowi krajowemu⁶⁴.

Rozstrzygnięcie w tej sprawie potwierdza wcześniej sformułowaną tezę, iż państwa członkowskie mogą stosować środki, które stanowią ograniczenie dla jednej ze swobód rynku wewnętrznego, jeśli wymaga tego ochrona któregoś z praw podstawowych, chronionych w unijnym porządku prawnym. Takie środki muszą jednak spełniać wymogi zasady proporcjonalności. Trzeba jednakże zauważyć, iż w sprawie tej, mimo że Trybunał opowiedział się za wnikliwym testem proporcjonalności (obejmującym kryterium niezbędności), to jednak ustalenie, czy regulacja państwa spełnia ten test, powierzył sądowi krajowemu z jednoczesnym sprecyzowaniem kryteriów, jakie ten ostatni winien wziąć pod uwagę. Niemniej z powyższego orzeczenia wypływa konstatacja, iż TS UE pełni istotną funkcję w rozstrzyganiu tego typu sporów. W kontekście tego rozstrzygnięcia należy także zauważyć, iż Trybunał odwołał się do Karty Praw Podstawowych UE, jako do katalogu praw człowieka uzasadniających odstępstwo od jednej ze swobód rynku wewnętrznego – swobody przepływu towarów.

4. Uwagi końcowe

Pomimo iż orzeczenia zaprezentowane w niniejszym opracowaniu są przykładowe, wypływa z nich kilka wniosków ogólnych.

Po pierwsze, Trybunał pełni aktywną rolę w rozstrzyganiu bezpośrednich i pośrednich sporów między ochroną praw człowieka – z jednej strony, a urzeczywistnieniem swobód rynku wewnętrznego – z drugiej strony. Podstawowym (fundamentalnym) instrumentem, który służy mu do rozwiązywania tych konfliktów jest zasada proporcjonalności. Widoczne jest zatem podobieństwo do roli, jaką zasada ta odgrywa w systemie orzecznictwa strasburskiego,

⁶³ Jak wynika bowiem z postanowienia odsyłającego, tego rodzaju nośniki mogą być przywożone oraz sprzedawane osobom dorosłym poprzez kanały dystrybucji, które gwarantują, iż dzieci nie będą miały dostępu do wspomnianych produktów.

⁶⁴ Szerzej zob. orzeczenie Trybunału z 14 lutego 2008 r. w sprawie *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, C-244/06, ECR 2008, s. I-505 oraz A. Frackowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 242–244.

gdzie, jak powszechnie wiadomo⁶⁵, zajmuje ona (obok, czy też będąc częścią zasady *fair balance*) centralne miejsce. Przy czym, co jest istotne w związku z omawianymi w niniejszej publikacji zagadnieniami, nie ulega wątpliwości, iż w zakresie aplikacji zasady proporcjonalności często ma miejsce wpływ orzecznictwa strasburskiego na judykaturę Trybunału. Można bowiem wskazać na szereg rozstrzygnięć TS UE, w których sąd ten bezpośrednio odwoływał się do kryteriów tej zasady zdefiniowanych (sprecyzowanych) w odnośnym orzecznictwie ETPC⁶⁶. Takie zachowanie nie zawsze było regułą⁶⁷. Jednakże, ze względu na to, iż Traktat z Lizbony przewiduje przystąpienie Unii Europejskiej do EKPC⁶⁸, nie może ulegać wątpliwości, że TS UE w swoich przyszłych rozstrzygnięciach o wiele częściej, niż to miało miejsce dotychczas, będzie bezpośrednio czerpał z orzecznictwa strasburskiego.

Po drugie, zarówno w przypadku bezpośrednich, jak i pośrednich kolizji omawianych wartości, TS UE co do zasady rozstrzyga je na korzyść praw podstawowych, jako wartości o poważniejszym ciężarze gatunkowym w systemie prawa unijnego, jednak pod warunkiem spełnienia kryteriów zasady proporcjonalności. W świetle tego orzecznictwa nie ulega wątpliwości, iż w obu analizowanych przypadkach, z pierwszeństwa będą korzystać prawa człowieka o bezwzględnym charakterze, a więc prawa podstawowe podlegające absolutnej ochronie (w tym także prawa, które chronione są przez konstytucyjne porządki państw członkowskich, jak np. godność ludzka), pod warunkiem jednakże, że w sposób ewidentny nie będą naruszały zasady proporcjonalności. Natomiast te z praw człowieka, które pozbawione są takiej właściwości, uzyskują priorytet (przed środkami krajowymi przedsięwziętymi na podstawie odstępstw traktowych lub orzecznictw – w przypadku pośrednich kolizji lub przed swobodami rynku wewnętrznego – w przypadku bezpośrednich kolizji) o ile będą spełniały wszystkie wymogi zasady proporcjonalności.

Po trzecie, zasada proporcjonalności nie jest jednak aplikowana za każdym razem w ten sam sposób⁶⁹. Wprawdzie Trybunał opowiada się za wnikliwym

⁶⁵ Na temat roli zasady proporcjonalności oraz zasady *fair balance* w systemie orzecznictwa ETPC szerzej zob. np. B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 129 i n.; A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*, Warszawa 2010, s. 216 i n.; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 64 i n.

⁶⁶ Np. w orzeczeniach w sprawach: *Familiapress Zeitungsverlag und Vertriebes GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95; *Herbst Karner*, C-71/02; *Mary Carpenter*, C-60/00; *Hacsen Akrich*, C-109/01; *Österreichischer Rundfunk, Christa Neukomm, Joseph Lauerermann*, C-465/00, C-138/01, C-139/01; *Eugen Schmidberger v. Austria*, C-112/00.

⁶⁷ Np. w orzeczeniach w sprawach *Festersen*, C-370/05, *Omega*, C-36/02 TS UE w ogóle nie odniósł się do orzecznictwa strasburskiego.

⁶⁸ Zob. art. 1 Traktatu z Lizbony (Dz. Urz. UE C 306 z 17 grudnia 2007 r.) zmieniający dotychczasowy art. 6 TUE. Dzięki temu ETPC uzyska kompetencję do kontroli stosowania EKPC w Unii Europejskiej. Zob. J. Sozański, *Prawa człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa–Poznań, 2013, s. 20–21.

⁶⁹ Należy zwrócić szczególną uwagę na to, iż w przypadku pośrednich konfliktów z dotychczasowego orzecznictwa nie wynika jednoznacznie, czy test proporcjonalności ma być przeprowadzony osobno w odniesieniu do swobodnego przepływu towarów i do prawa

testem proporcjonalności (zarówno w sytuacjach bezpośrednich, jak i pośrednich konfliktów), ale stosunkowo rzadko przeprowadza ten test samodzielnie⁷⁰. Najczęściej powierza go sądom państwowym, z jednoczesnym dookreśleniem kryteriów (bardziej lub mniej precyzyjnych i zarazem ograniczających zakres władzy dyskrecjonalnej państw członkowskich), jakie sądy te powinny uwzględnić przy stosowaniu tej zasady. Niemniej, nie ulega wątpliwości, iż zasada proporcjonalności umożliwia Trybunałowi oraz sądom krajowym znajdowanie właściwej równowagi między tymi fundamentalnymi w systemie prawa unijnego celami.

FUNDAMENTAL RIGHTS VERSUS INTERNAL MARKET FREEDOMS IN THE LIGHT OF THE JUDICATURE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Keywords: fundamental rights, internal market freedoms, principle of proportionality, the Court of Justice of the European Union, the European Convention on Human Rights, human dignity

Summary

In the functioning of the European Union it is not uncommon for both indirect and direct collisions between two fundamental in this legal order objectives to occur, namely – between the protection of basic rights, on the one hand, and fruition of particular internal market freedoms, on the other. The essential aim of this article is to present the methods of the Court of Justice of the European Union to solve the aforementioned conflicts. The analysis of the relevant judicature shows that in the case of both direct and indirect collisions the Court of Justice of the European Union resolves the disputes for the benefit of basic rights, as they are considered to be the values of more serious consideration in the EU legal system. Nevertheless, the situation takes place only on condition that the national measure, justified on the basis of basic rights (in the case of direct conflicts), or on the basis of treaty defections or defections resulting from judicature (in the case of indirect conflicts) fulfils the criteria of the principle of proportionality. Hence, the conclusion is that the principle of proportionality is a basic instrument which enables the Court of Justice to establish the right balance between these two objectives, crucial in the EU legal system.

podstawowego, czy też okoliczność naruszenia prawa podstawowego jest czynnikiem powodującym bardziej intensywne badanie proporcjonalności środka. Wpewadzie w większości przypadków TS UE opowiadał się za tą pierwszą koncepcją, to jednak w najnowszym orzecznictwie można wskazać na przypadki, w których opowiedział się za tą drugą ewentualnością.

⁷⁰ Taka sytuacja ma najczęściej miejsce w sprawach, w których TS UE zajmuje się bezpośrednimi kolizjami.

Paulina Pajkiert

Universidad Pablo de Olavide

Observaciones generales sobre los regímenes de excepción, con un análisis enfocado a la regulación de situaciones excepcionales en el sistema legislativo e institucional Polaco

Palabras claves: regímenes de emergencia, estado de sitio, estado de emergencia, estado de desastre, derechos humanos

Los ordenamientos jurídicos de la mayor parte de los países proporcionan normas especiales para los casos en que se presente una amenaza mayor para el funcionamiento – o incluso para la existencia – del Estado. En tales condiciones extraordinarias las autoridades nacionales pueden recurrir a la introducción de regímenes de excepción.

La institución de los regímenes excepcionales surgió en el Derecho Romano, donde se implementaban normas de duración temporal para que las autoridades públicas pudieran superar las situaciones de peligro derivadas de sublevaciones internas o de guerra exterior. Durante la etapa de la República en Roma se estableció la Dictadura Comicial, que consistía en la designación de un cónsul – un funcionario con atribuciones singulares para hacer frente a la emergencia. Pese a que este mecanismo se transformó en dictaduras temporales o permanentes, la introducción de reglamentos de excepción permaneció en uso en la edad media, en el Renacimiento y durante los regímenes absolutistas en Europa, hasta que fue sometida a un cambio integral con el surgimiento del constitucionalismo clásico. Esta nueva fase empezó con la lucha de independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución francesa. En aquel tiempo, se sustituyó el sistema absolutista por el constitucional, y se desmantelaron los procedimientos preventivos y arbitrarios en favor de regulaciones legales y efectivas. A medida que los países adoptaban sus Constituciones, exponían en éstas, por un lado, el respeto a los derechos humanos, y por otro, breves lineamientos sobre los estados de excepción que – en el afán de enfrentar a las insurrecciones internas o a las amenazas externas – podían afectar sustancialmente los derechos individuales.¹

¹ C. Zambrano Veintimilla, *Los Derechos Humanos durante los Estados de Excepción*, “Revista Jurídica”, Edición 23, Tomo 1, Guayaquil 2007, p. 375–377.

En Polonia, la tradición de reglamentar los estados de excepción se remonta a la época de la Segunda República y la expedición por el Jefe Interino del Estado el 2 de enero de 1919, del decreto sobre el establecimiento del estado de emergencia.² Luego, las constituciones de 1921 y 1935, así como la “Pequeña Constitución” de 1947, regulaban las instituciones de la ley marcial y de los estados de excepción. La Ley Fundamental de 1952 organizaba solamente la ley marcial, que de alguna manera la conectaba con el estado excepcional y fue sólo con la modificación de 1983 que se introdujo este último concepto plenamente. La sucesiva “Pequeña Constitución” de 1992 reglamentaba las dos nociones, mientras que la Ley Fundamental actualmente en vigor introduce también un tercer tipo – el estado de desastre natural.³

En términos generales, los regímenes excepcionales proveen la implementación de reglas específicas para reducir o revertir los efectos de los peligros concretos cuando las medidas constitucionales ordinarias no resultan adecuadas o idóneas. Habitualmente, se contemplan en estas circunstancias las modificaciones en dos esferas: por un lado, se trata de reformular la estructura, las competencias y los poderes de determinados órganos administrativos del país, y por otro, se recurre a la restricción o suspensión parcial o total de ciertos derechos fundamentales.⁴ La finalidad de dichas alteraciones es la de afrontar debidamente el suceso – sea una guerra exterior o civil, una invasión, una perturbación grave del orden interno, una catástrofe natural o un accidente antropogénico, u otro peligro definido por las leyes aplicables. En el derecho comparado se reconocen generalmente los siguientes regímenes de excepción⁵:

- estado de guerra – se origina en la Francia de la época de la Ilustración y es una modalidad del estado de sitio. Produce transferencias de numerosas facultades del Estado – entre ellas las funciones legislativas y judiciales – a la autoridad militar (por ejemplo, la expedición de normas puede ejercerse mediante decretos supremos). Normalmente, mediante la declaración de estado de guerra, el gobierno obtiene las autorizaciones necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. Los decretos que dicte el gobierno en este periodo suspenden las leyes incompatibles con las exigencias y condiciones del régimen establecido.⁶

² P. K. Marszałek, *Regulacje prawne stanów szczególnego zagrożenia państwa w debacie parlamentarnej II Rzeczypospolitej*, “Czasopismo Prawno-Historyczne”, Tom LXII, Zeszyt 2, Poznań 2010, p. 193; P. K. Marszałek, *Prawo stanów szczególnych II Rzeczypospolitej na tle ówczesnych rozwiązań europejskich*, “PWSZ IPIA Studia Lubuskie”, Tom VII, Sulechów 2011, p. 54–55.

³ T. Bryk, *Przegląd regulacji stanów nadzwyczajnych w przepisach Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2011/1(5)”, Toruń 2011.

⁴ M. Smaga, *Administracja publiczna w czasie klęski żywiołowej*, Kraków 2004, s. 52.

⁵ G. M. Santos Villarreal, *Leyes de Emergencia Económica en México y América Latina*, Centro de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados LX Legislatura, México, D.F. 2009.

⁶ Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 212.

- estado de sitio – representa un concepto similar o equivalente al estado de guerra, no obstante tratándose aquí normalmente de una guerra interior (aunque algunos países lo emplean en caso de que se produzca „una invasión, guerra exterior u otro peligro inminente”⁷ o „conmoción interior o ataque exterior”⁸). El origen de esta institución se encuentra en el siglo XVIII en Francia, y se caracteriza por traspasar las funciones legislativas al ejecutivo; atribuir temporalmente a la autoridad militar las competencias pertenecientes habitualmente a la autoridad civil; y enmendar los controles parlamentarios y judiciales. El estado de sitio está regulado en varias legislaciones de América Latina, dónde también tuvo su apogeo durante las décadas de los 70 y 80.
- ley marcial – su origen proviene del derecho anglosajón y se puede ubicar en la *Riot Act* de 1714. Las principales características de la ley marcial son: el sometimiento de los actos de los ciudadanos al juicio de tribunales militares; la limitación en ejercer las garantías del debido proceso, la inversión de la carga de la prueba y alteración del principio de presunción de la inocencia en el caso de personas detenidas; la restricción de la circulación de las personas dentro de determinadas horas; la supresión del derecho a la libertad de expresión y la imposición de censura previa; la suspensión del derecho de reunión. Se otorgan facultades extraordinarias a las fuerzas armadas o a la policía en cuanto a la administración de justicia y resguardo del orden público. Casos usuales de aplicación son la guerra extranjera o las rebeliones internas.⁹
- estado de excepción civil, llamado por algunas naciones „de conmoción interior” – se declara cuando existe grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana.¹⁰ Se traduce en alteraciones graves al ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, al normal funcionamiento de las instituciones democráticas o de los servicios básicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público de carácter cívico.¹¹ En determinados países, por ejemplo en Bolivia, se encuentran bajo este término todas las diversas modalidades de amenazas para la seguridad del Estado, desde un peligro externo, a través de una conmoción interna, hasta un desastre natural.¹²
- estado de alarma – se introduce para asegurar el restablecimiento de la normalidad de los poderes en una sociedad democrática cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones trascendentales de la normalidad: catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos,

⁷ Constitución Política de Perú, 1993, Artículo 137.

⁸ Constitución de la Nación Argentina, 1994, Artículo 23.

⁹ C. Z. Veintimilla, op. cit., pp. 377, 380–381.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 213.

¹¹ Constitución española, 1978, Artículo 13.

¹² Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009, Artículo 137.

¹³ Constitución española, 1978, Artículo 4.

inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad; situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.¹³ Podrá decretarse el estado de alarma cuando las catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares enumerados arriba pongan seriamente en peligro la seguridad de la nación o de sus ciudadanos y ciudadanas.¹⁴

- estado de emergencia – se dicta, generalmente, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, ya sea a consecuencia de grandes catástrofes naturales, brotes de enfermedades contagiosas, o graves circunstancias políticas o civiles que afectan e impiden la vida de una comunidad, región o país. Se puede observar que ciertos países permiten que „(E)n estado de emergencia las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno”.¹⁵
- estado de catástrofe, denominado también „de desastre” – se contempla para los casos de calamidad pública, con el fin de salvaguardar la estabilidad institucional y el orden público. En aquellas circunstancias, las facultades conferidas a los altos poderes ejecutivos podrán ser delegadas, total o parcialmente, a los jefes de la Defensa Nacional, cuyos deberes y atribuciones serán considerablemente extendidos.¹⁶

Otros términos que cubren supuestos abarcados por la expresión „régimen de emergencia” son los siguientes: „estado de urgencia”, „estado de prevención”, „estado de guerra interna”, „suspensión de garantías”, „poderes de crisis”, „poderes especiales”, „toque de queda”, etc.¹⁷

Como se puede notar, es difícil equiparar los diversos estados antes mencionados entre sí. Un análisis comparativo permite concluir que el concepto genérico de “régimen de excepción” en cada país puede incorporar subcategorías diferentes y que además dichas subcategorías pueden englobar contextos distintos y referirse a eventos diferentes, a veces inclusive opuestos una respecto a otro. Los resultados que se observan al efectuar un estudio de las situaciones excepcionales en los Estados pertenecientes a la Unión Europea son relevantes al respecto. En numerosos ámbitos legales los miembros de la Unión poseen un nivel de coherencia relativamente elevado entre ellos; además la Unión procura unificar o por lo menos armonizar la legislación de los países integrantes.¹⁸ Aun así, analizar como un cuerpo

¹⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, Artículo 338.

¹⁵ Constitución Política de Perú, 1993, Artículo 137.

¹⁶ Constitución Política de la República de Chile, 1980, Artículo 41; Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, Ley N° 18.415, Chile, 1985, Artículos 6, 7, 8.

¹⁷ L. Despouy, *Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción*, 1997, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1997/19.

¹⁸ El Tratado de Lisboa de 2007, que reforma los anteriores Tratados constitutivos de la Unión Europea y conforma la base vigente del funcionamiento de la Organización, aclara el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros distinguiendo

uniforme las normativas y disposiciones correspondientes a las circunstancias excepcionales, es una tarea compleja debido a la inexistencia de un modelo común y a la falta de una regulación sistemática de las condiciones y supuestos de hecho que legitiman la enunciación del régimen excepcional.¹⁹

Deteniéndonos por un momento en Europa, notaremos que hay países que contemplan expresamente los estados de excepción en sus Constituciones y otros que remiten a la legislación específica de urgencia. El panorama de las provisiones constitucionales referentes a dichos supuestos es muy variado. Examinando ejemplos de Alemania, España y Hungría nos percataremos que son sistemas donde las constituciones recogen un „derecho de excepción” debidamente formulado, provisto con un marco reglamentario perfectamente ordenado y garantista. Por su parte, la legislación francesa aplicable está menos estructurada: regula el ejercicio de los poderes de excepción en el art. 16 de la Constitución (en el título II sobre el Presidente de la República) y el estado de sitio en el art. 36 de la Constitución (en el título V sobre las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno)²⁰, mientras que la Ley 55/385, del año 1955, contempla el *état d'urgence* que proporciona una alternativa al estado de sitio, en caso de peligro inminente resultante de disturbios graves del orden público, o en caso de acontecimientos que presenten, por su naturaleza y gravedad, el carácter de calamidad pública²¹. Por último, hay un bloque de Estados – cómo Italia, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Suecia e Irlanda – que no recogen ni articulan expresamente en sus Constituciones los regímenes de excepción, salvo para las situaciones de guerra, o alternativamente se limitan

principalmente entre tres tipos de competencia: exclusivas, compartidas y de apoyo. Dado que en el pasado se han producido varios conflictos de competencias en el seno de la Organización, el Tratado actual ha eliminado la estructura de tres pilares poniendo fin a la compleja arquitectura de la Unión. Sin embargo, los ámbitos referentes a los regímenes de excepción han sido ubicados en diferentes rubros de competencias de la Unión Europea, lo que puede provocar cierta confusión. Por ejemplo, en cuanto a la política exterior y de seguridad común (PESC) la Unión cuenta con competencias específicas – según el artículo 24 del Tratado de la Unión Europea – mientras que la protección civil se encuentra en el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo a las acciones de la Unión con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Véase: Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; http://msw.gov.pl/portal/pl/559/7096/Ochrona_ludnosci_w_UE.html; http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0020_es.htm.

¹⁹ V. Faggiani, *Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo*, “Revista de derecho constitucional europeo”, Año 8, Número 17, Granada 2012.

²⁰ La Constitución francesa de la Vª República, 1958, en: <http://www.france.fr/es/conocer/instituciones-y-valores/constitucion-de-la-v-republica/article/la-constitucion-de-la-v-republica>

²¹ Loi no 55–385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, en: http://www.senat.fr/connaître/pouvoirs_publics/pouvoirs_publics15.html. Traducción propia; en original: „L'état d'urgence peut être déclaré (...) soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique”.

a proporcionar una regulación mínima de tales situaciones. En supuestos semejantes, se remite generalmente a la adopción de decretos o de leyes especiales.²²

* * *

La Constitución de la República de Polonia²³ fue aprobada el 2 de abril de 1997 por la Asamblea Nacional y luego por el pueblo polaco en el referéndum del 25 de mayo. El 16 de julio del mismo año fue firmada por el entonces Presidente de la República – Aleksander Kwaśniewski – para entrar en vigor el 17 de octubre de 1997. Desde aquel momento sigue vigente como „el documento legal polaco de mayor rango y la base del ordenamiento del Estado Polaco. Garantiza las libertades y el respeto a los derechos humanos, determina las relaciones entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial, decide la forma y el procedimiento para la elección o nombramiento de los órganos más importantes del estado”.²⁴

La Ley Fundamental polaca prevé tres tipos de regímenes de excepción: el estado de sitio, el estado de emergencia y el estado de desastre. Todos ellos están recogidos en el capítulo XI de la Constitución de la República, bajo los artículos 228 – 234. Dicho marco está integrado por las Leyes Orgánicas del año 2002 que defienden los supuestos en cuestión por separado y proporcionan lineamientos adicionales, específicos para cada uno de ellos.

Antes de pasar a un acercamiento más detallado a los tres estados indicados arriba, cabe advertir que de hecho la Constitución de Polonia señala la posibilidad de introducir un régimen excepcional más, a saber, el estado de guerra. Sin embargo, la singularidad de este concepto obliga a distinguirlo y posicionarlo fuera de la tipología de los demás supuestos de excepción propiamente dichos.²⁵ En primer lugar, porque la referencia al estado de guerra no se sitúa en el aludido capítulo XI sino en el capítulo IV titulado “Sejm i Senat” y dedicado al Parlamento²⁶. Según el capítulo IV, artículo 116, el órgano que tiene autoridad de declarar el estado en cuestión es el *Sejm*²⁷ – como veremos a continuación, es el único caso cuando al poder

²² V. Faggiani, op. cit.

²³ La Constitución de la República de Polonia, 2007, Dz. U. Nr 78, poz. 483, en su forma modificada.

²⁴ <http://es.poland.gov.pl/Constitution,1143.html>

²⁵ T. Bryk, *Przegląd regulacji stanów nadzwyczajnych...*, pp. 225–226.

²⁶ El Parlamento polaco está compuesto por el *Sejm* – la cámara baja – y el *Senat* o Senado – la cámara alta.

²⁷ „Sejm decyduje w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej o stanie wojny i o zawarciu pokoju.” („El *Sejm* decide en nombre de la República de Polonia sobre el estado de guerra y el establecimiento de paz „traducción propia”), La Constitución de la República de Polonia, 2007, capítulo IV, artículo 116, § 1.

legislativo se le confiere esta facultad; en los tres estados restantes, es una capacidad que pertenece al poder ejecutivo²⁸.

La proclamación del estado de guerra puede instituirse solamente en la hipótesis de un ataque armado en el territorio polaco o cuando los tratados internacionales implican el compromiso de defensa colectiva contra la agresión.²⁹ El estado de guerra no supone repercusiones directas en la situación interna del país, a menos que se introduzca adicionalmente la ley marcial. Podemos concluir que el estado de guerra aplica en los casos de amenaza exterior, a diferencia de los tres estados de excepción propiamente dichos que se refieren a las situaciones ocurridas en el interior del país³⁰, como confirmaremos más adelante.

Retomando el tema de los regímenes agrupados en el capítulo XI de la Constitución, corresponde destacar que los tres pueden ser declarados por las instancias correspondientes, en situaciones de peligros particulares, inminentes, si las medidas constitucionales ordinarias no son idóneas para hacerles frente. Pueden ser introducidos únicamente sobre la base de la Constitución y la Ley Orgánica, por medio de un reglamento, y bajo la obligación de ser promulgadas y divulgadas públicamente. El aviso de tal reglamento se da por lo tanto en el Diario Oficial así como mediante anuncios públicos o a través de los medios de comunicación. Las medidas adoptadas como consecuencia de las circunstancias extraordinarias que hacen inalcanzable el mantenimiento de la normalidad mediante los procedimientos habituales y poderes ordinarios de las autoridades competentes, deberán ser proporcionales al grado de amenaza y procurar el restablecimiento veloz del funcionamiento usual del Estado.³¹

En este momento, conviene detenernos para exponer que la figura jurídico-política de los regímenes excepcionales representa una institución muy discutida – tanto en Polonia cómo globalmente – y recurrir a ella conlleva implicaciones multifacéticas que conciernen:

- a los ciudadanos – se restringe o suspende el ejercicio de algunos de sus derechos constitucionales, es decir, aquellos que son incluidos en la Ley Fundamental del Estado y que están especialmente vinculados a la dignidad humana; que se consideran esenciales en el sistema político y disfrutan de un estatus especial en cuanto a las garantías dentro del ordenamiento jurídico;

²⁸ Sólo si el Parlamento no puede reunirse, es el Presidente de Polonia quién declara el estado de guerra, La Constitución de la República de Polonia, 2007, capítulo IV, artículo 116, § 2.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Hay que señalar que relacionar los tres estados de excepción solamente con los acontecimientos interiores es una simplificación, ya que el terrorismo, que sí podría constituir una amenaza externa, está incluido en las Leyes Orgánicas reguladoras del estado de desastre y de sitio.

³¹ La Constitución de la República de Polonia, 2007, capítulo XI, artículo 228, §§ 1-5.

- al poder ejecutivo – se le transfiere competencias extraordinarias y acrecienta el nivel de control que ejerce;
- al Estado en función de actor internacional – se le obliga a reportar a los órganos indicados en los instrumentos internacionales aplicables sobre las causas de declaración y los procedimientos adaptados en curso del régimen dado.

Dado el carácter polémico de los mecanismos señalados, su aplicación está limitada por una serie de estructuras jurídicas e institucionales que constituyen barreras contra los eventuales abusos del Estado. Por un lado, existen disposiciones internas – sea constitucionales, legislativas o reglamentarias – referentes a los requisitos de enunciación, duración, métodos específicos de actuación y prácticas implementadas durante el curso de una situación extraordinaria; y por otro lado, hay normas y obligaciones internacionales, derivadas de los tratados y convenios que haya ratificado el país y que le imponen deberes adicionales en caso de que se decida declarar un régimen excepcional.

Por consiguiente, la introducción del estado de sitio, emergencia o catástrofe puede proporcionar al gobierno ciertas ventajas, prerrogativas y autonomías derivadas de restringir o suspender, con mayor o menor extensión, el ejercicio de varias garantías individuales, y de otorgar al poder ejecutivo – y a veces a las fuerzas armadas – facultades especiales. Con éstas, las autoridades podrán intervenir y controlar a los ciudadanos de una manera más fácil. Al mismo tiempo, sin embargo, se impone al Estado obligaciones precisas frente a los cuerpos y órganos supraestatales, las que tienen por objetivo disuadirlo de recurrir a las medidas extraordinarias – o por lo menos garantizar que recapacite antes de emprender una decisión similar – o, en caso que las decrete, asegurar que el gobierno asuma la obligación de informar y reportar a los órganos de monitoreo regionales y/o internacionales.

Además, se pueden definir ciertos requisitos que los regímenes de excepción deben reunir para corroborar su conformidad con las normas internacionales. Los principios fundamentales son de: necesidad o amenaza excepcional, legalidad, proclamación, notificación, temporalidad, proporcionalidad, no discriminación y compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional. Los exponemos brevemente a continuación:

- principio de necesidad – es uno de los más importantes al momento de adoptar las medidas excepcionales. Implica la inexistencia de una medida alternativa para encarar las circunstancias inhabituales que enfrenta el Estado, su incapacidad o imposibilidad de resolver la crisis o la emergencia ocurrida por los medios ordinarios y usuales.³²

³² G. Ramírez Parco, L. Ramírez Varela, *El estado de emergencia cómo régimen de excepción*, “Justicia Viva”, N° 31, Lima 2003.

- principio de amenaza excepcional – análogo al requisito precedente – supone que „no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación”.³³ El peligro debe ser actual o inminente, lo que invalida las restricciones meramente oportunistas, especulativas o abstractas.³⁴
- principio de legalidad – indica la imprescindible preexistencia de normas que regulan el estado excepcional en cuestión, así como de mecanismos de control, sean nacionales o internacionales, que verifiquen su conformidad a las mismas. Anteriormente, este requisito tuvo vigencia primordialmente en el orden interno, sin embargo, hoy reviste un alcance universal debido al gran número de ratificaciones de los tratados, pactos y convenciones relativas a esta materia.³⁵
- principio de proclamación – se trata de una disposición de forma, consistente en la necesidad de una publicidad previa a la entrada en vigor del régimen excepcional, bajo la forma de declaración oficial y con el propósito de asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal del empleo de las medidas de emergencia y sus consecuencias en el goce de los derechos humanos. Está dirigida esencialmente a la sociedad nacional, a los ciudadanos y residentes del país.³⁶
- principio de notificación – es una cláusula destinada hacia la comunidad internacional y significa un deber de comunicar formalmente y de manera inmediata la declaración del régimen de excepción al órgano internacional correspondiente. La notificación tiene que señalar expresamente las disposiciones cuya aplicación se suspende o se restringe, las razones que motiven dicha suspensión o restricción, las medidas de carácter legislativo, judicial y/o administrativo a tomarse y el tiempo previsto de aplicación.³⁷
- principio de temporalidad – apunta a que toda medida extraordinaria tenga una duración limitada de acuerdo con las exigencias y sea de carácter provisional – no indefinido ni excepcionalmente prolongado, para no provocar los fenómenos de la inversión de la legalidad y de los principios democráticos esenciales ni de la institucionalización de los regímenes de excepción. Se prohíbe la permanencia de las medidas extraordinarias una vez finalizada la emergencia.³⁸

³³ *Observación General No. 29, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 4 – Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 215, 2001, punto 3.

³⁴ *Caso Lawless*, la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 1 de julio de 1961.

³⁵ L. Despouy, op.cit.

³⁶ L. Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*. Buenos Aires 2010, p 94–97.

³⁷ C. Zambrano Veintimilla, op. cit., p. 383–384.

³⁸ *Decreto legislativo de desarrollo de estado de emergencia económica, social y ecológica – Extemporaneidad en la adopción de medidas de excepción*, Sentencia C-219/11, Corte Constitucional de Colombia.

- principio de proporcionalidad – se relaciona con el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra que las medidas que podrán tomar los Estados en las situaciones de crisis deberán ser „estrictamente limitadas a las exigencias de la situación”. Este requisito guarda nexos con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material de los mecanismos de emergencia implementados. De ahí, los Estados Partes del Pacto „deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración. (...) deben poder justificar no solamente que la situación constituye un peligro para la vida de la nación, sino también que todas las medidas que suspenden la aplicación de disposiciones del Pacto son estrictamente necesarias según las exigencias de la situación”.³⁹ En resumen, los mecanismos adoptados serán estrictamente indispensables para asegurar la restauración de la normalidad y su aplicación se realizará en forma proporcional a las circunstancias.
- principio de no discriminación – según el cual las medidas adoptadas en casos de emergencia no podrán entrañar discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.⁴⁰
- principios de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional – que tiene como finalidad armonizar los diversos deberes asumidos por los países en el orden internacional y a reforzar la protección de las leyes y de los derechos humanos a través de la aplicación concordante y complementaria de las normas de salvaguardia de dichos conceptos bajo un régimen de excepción.⁴¹

Asimismo, aparte de la obligación de respetar los principios que rigen los estados de excepción, se pone énfasis en la protección internacional de los derechos humanos bajo estos supuestos. En cuanto a la suspensión de los derechos y libertades, el marco jurídico de referencia está conformado esencialmente por las disposiciones contenidas en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – en el plano universal, y en los artículos 27 de la Convención Americana y 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos – en el marco regional. Como ha demostrado la labor del Comité de Derechos Humanos⁴², de los órganos regionales de supervisión, y del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos⁴³, „se ha

³⁹ *Observación General No. 29*, op.cit., puntos 4 y 5.

⁴⁰ *Ibidem*, puntos 8 y 13 e.

⁴¹ L. Despouy, *Informe del Relator Especial...*

⁴² El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 1966 por sus Estados Partes <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

⁴³ Desde marzo 2006 la Comisión de Derechos Humanos fue sustituida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Véase: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>

consolidado la idea de que el estado de excepción es una institución del estado de derecho y, como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en situaciones de crisis”.⁴⁴ Cabe subrayar que las emergencias pueden suponer actuaciones arbitrarias y abusos por parte de un único poder, de modo que queden restringidos o suspendidos ciertos derechos constitucionales, ante todo aquellos relativos a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito, la propiedad, la asociación. Por ello, una rigurosa supervisión y monitoreo de las actuaciones gubernamentales son, en contextos similares, indispensables.

* * *

Los requisitos internacionalmente aceptados, que nombramos arriba, se pueden identificar en el sistema legislativo polaco. En el capítulo XI, la Constitución vigente consagra – como hemos señalado anteriormente – que los regímenes excepcionales pueden ser declarados solamente en situaciones de especial peligro, si las medidas constitucionales ordinarias no son adecuadas (principio de necesidad o de amenaza excepcional, artículo 228, inciso 1 de la Constitución); con base en la Ley Orgánica y mediante un reglamento (principio de legalidad, artículo 228, inciso 2); bajo la obligación de promulgación y divulgación pública (principio de proclamación, artículo 228, inciso 2). Los mecanismos adoptados en estas ocasiones deberán ser proporcionales al grado de amenaza, limitados en el alcance territorial y destinados al restablecimiento veloz del funcionamiento normal del país (principio de proporcionalidad, artículo 228, inciso 5); su duración y eventual prórroga están predefinidos (principio de temporalidad; artículo 230, incisos 1 y 2, y artículo 232); y el trato discriminatorio está rigurosamente prohibido (principio de no discriminación; artículo 233, inciso 2). Finalmente, se delimita el alcance de las restricciones a la libertad y a los derechos humanos y del ciudadano – como los define la Constitución de la República de Polonia – al igual que se aclara cuáles libertades y derechos no pueden ser restringidos en absoluto (artículo 233, incisos 1 y 3). Respecto al último argumento, la Ley Fundamental establece que la Ley Orgánica concerniente a los estados de sitio y de emergencia no puede limitar los derechos y libertades establecidos en el art. 30 (dignidad humana), art. 34 y art. 36 (ciudadanía), art. 38 (protección de la vida), art. 39, art. 40 y art. 41, inciso 4 (trato humano), art. 42 (responsabilidad penal), art. 45 (acceso a tribunales), art. 47 (bienes personales), art. 53 (conciencia y religión), el art. 63 (peticiones) y art. 48 y art. 72 (familia e hijos); mientras que la Ley Orgánica pertinente al estado de desastre sí puede limitar las libertades y los derechos que recogen los: art. 22 (libertad de la actividad económica), art. 41, incisos 1, 3

⁴⁴ L. Despouy, *Informe del Relator Especial...*, p. 4.

y 5 (libertad personal), art. 50 (inviolabilidad del domicilio), art. 52, inciso 1 (derecho de circulación y residencia en el territorio de la República de Polonia), art. 59, inciso 3 (derecho a la huelga), art. 64 (derecho a la propiedad), art. 65, inciso 1 (derecho al trabajo), art. 66, inciso 1 (derecho a condiciones de trabajo seguras e higiénicas) y el art. 66, inciso 2 (derecho al descanso).⁴⁵

Se puede apreciar que los principios de notificación y de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional no están aludidas explícitamente en la Constitución polaca. Sin embargo, lo están en las Leyes Orgánicas aplicables a los estados de sitio y de emergencia – cuyos artículos 6 y 7 respectivamente, establecen la obligación de comunicar al Secretario General de las Naciones Unidas y al Secretario General del Consejo de Europa la implantación del estado en cuestión, así como sus razones y, una vez acabado, su finalización.⁴⁶ Además, el deber de notificación deriva de los tratados internacionales, de acuerdo con el principio de la aplicación directa en el sistema polaco de los instrumentos jurídicos internacionales debidamente ratificados. En concordancia con esto, y de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cada vez que Polonia “haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.⁴⁷

El estado de desastre ha sido formulado por el legislador polaco de una manera ligeramente distinta, ya que este supuesto no da posibilidad de suspender los derechos humanos fundamentales garantizados en el ámbito internacional.⁴⁸ De ahí que la obligación de notificación no está invocada en la Ley Orgánica concerniente.⁴⁹

⁴⁵ La Constitución de la República de Polonia, 2007, capítulo XI, artículo 233, §§ 1 y 3.

⁴⁶ La Ley Orgánica del estado de sitio y de las competencias del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y términos de su subordinación a los órganos constitucionales de la República de Polonia del 29.08.2002; y la Ley Orgánica del estado de emergencia del 21.06.2002.

⁴⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 4, párrafo 3.

⁴⁸ “El párrafo 2 del artículo 4 del Pacto establece expresamente que no pueden ser suspendidos en ningún caso los artículos siguientes: artículo 6 (derecho a la vida), artículo 7 (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento), párrafos 1 y 2 del artículo 8 (prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre), artículo 11 (prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), artículo 15 (principio de legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengán determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicables en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve), artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano) y artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).”, *Observación General No. 29, op.cit.*, punto 7.

⁴⁹ K. Machowicz, *Stany nadzwyczajne jako przestępka legalnej ingerencji w prawa człowieka w Polsce*, „Zeszyty Naukowe SGSP”, Nr 38, Warszawa 2009, pp. 65–80.

* * *

Una vez mencionadas en el párrafo anterior las Leyes Orgánicas que regulan por separado cada uno de los estados excepcionales, a continuación las estudiaremos con mayor detalle para observar cómo el gobierno polaco aborda la materia de regímenes de excepción en sus regulaciones normativas y mecanismos institucionales internos.

Ahora bien, como se ha señalado, en Polonia existen actualmente tres Leyes que reglamentan y sistematizan las situaciones de excepción. Todas provienen del año 2002 – la Ley Orgánica del estado de sitio y de las competencias del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y términos de su subordinación a los órganos constitucionales de la República de Polonia (*Ustawa o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej*) del 29.08.2002⁵⁰; la Ley Orgánica del estado de emergencia (*Ustawa o stanie wyjątkowym*) del 21.06.2002⁵¹; y la Ley Orgánica del estado de desastre (*Ustawa o stanie klęski żywiołowej*) del 18.04.2002⁵². Este marco jurídico está complementado por la Ley de la restitución de los daños a la propiedad resultantes de la reducción durante el estado de excepción de la libertad y de los derechos humanos y civiles (*Ustawa o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela*) del 22.11.2002.⁵³

1. La Constitución polaca en vigor fundamenta que se puede introducir el estado de sitio solamente en tres casos definidos en el artículo 229: amenazas externas a la seguridad nacional; ataque armado en el territorio de la República de Polonia; y si un acuerdo internacional supone el compromiso de la defensa común contra la agresión. La redacción del art. 2 de la Ley Orgánica referida a este supuesto es análoga, con la única diferencia que esta última añade que la amenaza externa puede provenir de un ataque terrorista.⁵⁴

⁵⁰ Dz. U. Nr 156, poz. 1301

⁵¹ Dz. U. Nr 113, poz. 985

⁵² Dz. U. Nr 62, poz. 558

⁵³ Dz. U. Nr 233, poz. 1955. Adicionalmente, el art. 228 párrafo 4 de la vigente Constitución polaca especifica que la damnificación será efectiva únicamente en caso de daños reales a la propiedad – a los *damnum emergens* – y no a los eventuales beneficios perdidos – *lucrum cessans*.

⁵⁴ Como se mencionó antes en este texto, el concepto expresado en el derecho anglosajón conocido como la „ley marcial” (*martial law*) no es textualmente equivalente a su contrapartida en el derecho francés – el „estado de sitio” (*état de siège*). En cuanto al **estado de sitio**, podemos llamarlo de este modo por su traducción literal, aunque el mismo no se limita al asedio. Este estado no conlleva la supresión temporal de la ley ni permite el otorgamiento de poderes arbitrarios a un mando del ejército. Contrario a eso, es un mecanismo jurídico, expresamente autorizado por diversas leyes y declaraciones de derechos, que tiene el propósito de agilizar y simplificar los procedimientos, asumiendo simultáneamente la obligación de mantener la ley y las garantías constitucionales sustancialmente intactas. La reorganización del sistema legal es una solución provisional y el

Resalta aquí la similitud a los estados de sitio y de guerra, por ende, es necesario tener presente las diferencias entre los dos regímenes. El último es una institución legal asociada con el ámbito de las relaciones exteriores. Dado su carácter, está regulada por el derecho internacional – entre otros por la Convención de La Haya de 1907, principalmente el anexo II, y los Convenios de Ginebra de 1949 – y su introducción se dirige a otro país (agresor), así como a la comunidad internacional. De conformidad con lo dispuesto en el art. 116, inciso 1 de la Constitución de Polonia, y así como se mencionó arriba, es el Parlamento quien decide sobre declarar la guerra, igual que sobre establecer la paz. La esencia del estado de guerra no es introducir cambios específicos en el orden doméstico, sino provocar repercusiones externas en el plano internacional. Sin embargo, como consecuencia de la introducción de este estado se suele proclamar simultáneamente la ley marcial dentro del país.

Mientras tanto, el estado de sitio se refiere a la situación interna del país. Esta figura política tiene por objetivo restablecer el orden público en el nivel nacional. Su introducción ocasiona ciertas restricciones de las libertades civiles e impone determinadas obligaciones específicas a los ciudadanos. Asimismo, durante su transcurso, las autoridades estatales asumen responsabilidades y poderes diferentes de las ordinarias.

Según los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del estado de sitio, la entrada del mismo se produce a propuesta del Consejo de Ministros. Tal propuesta está seguida por la decisión del Presidente el cual podrá emitir un reglamento que introduzca el estado referido, o por el contrario, denegarlo⁵⁵. En caso de haber aceptado la proposición del Consejo de Ministros, el reglamento presidencial debe estar sometido a la aprobación de la Cámara Baja del Parlamento en un plazo de 48 horas desde su firma. Dicho reglamento debe definir los criterios de introducción del estado de sitio, el

desplazamiento de procesos civiles que provoca es limitado. Durante su curso la autoridad pública no puede condenar por sí misma ni aplicar penas – las medidas que se tomen contra las personas, no pueden exceder de un arresto o traslado. Mientras tanto, durante el imperio de la **ley marcial**, los actos de los particulares están sometidos a los tribunales militares, que absorben todos los mecanismos judiciales (al contrario, el estado de sitio no anula los tribunales ordinarios, ni afecta más garantías que las que expresamente suspende).

La diferencia entre el estado de sitio y la ley marcial resulta ambigua y provoca discusión entre académicos. Por lo general, se considera al primero como una herramienta para hacer frente a situaciones de emergencia enunciadas en la Constitución y con el objetivo de restablecer la plena vigencia de la Ley Fundamental. Entretanto, la segunda noción hace referencia a la aplicación del Código de Justicia Militar. Hay quienes advierten que una vez declarado el estado de sitio, en un punto podría convertirse en la ley marcial. Véase: Max Radin, „Martial Law and the State of Siege”, en: *California Law Review* 634 (1942), Volume 30, Issue 6; Carlos Baeza, *La ley marcial en la Argentina*, en: www.alfonsozambreno.com; Roger E. Michener ed., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1982.

⁵⁵ El Presidente de la República juega un papel importante en los países de Europa del Este, como Rumania, Eslovaquia o Letonia. También en Polonia, donde ostenta un margen decisorio superior respecto a los demás países del Este. Véase: V. Faggiani, op. cit.

área donde se introdujo el mismo – en todo el país o en una parte de él – y las restricciones a las libertades y los derechos civiles que genera. En cambio, no especifica la duración del estado excepcional, que puede permanecer indefinida⁵⁶.

Por lo general, durante el supuesto analizado, las autoridades públicas operan en la forma usual, pero sí pueden adquirir poderes adicionales. Normalmente, no se debe crear nuevas estructuras organizativas, aunque hay un órgano suplementario que podrá ser designado – el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas. Además, los dirigentes suelen obtener competencias complementarias – el Presidente, en colaboración con el Consejo de Ministros, dirigirá la defensa del Estado, tomará decisiones relacionadas con el uso de las Fuerzas Armadas, dictará, a petición del Consejo de Ministros, reglamentos con rango de ley; el Consejo de Ministros recibirá facultades en el ámbito de funcionamiento del aparato administrativo; el Primer Ministro podrá ejercer las facultades del Consejo de Ministros cuando éste no pueda reunirse en sesión; el Ministro de Defensa Nacional ganará capacidad de coordinación, control y supervisión; y los gobernadores de provincias del Estado – en la gestión y ejecución de las tareas de defensa y protección civil.⁵⁷

Para proteger las libertades y derechos de los ciudadanos durante el estado de sitio, el sistema polaco contiene cuatro niveles de regulación:

- 1) la Constitución define cuáles derechos y libertades podrán restringirse;
- 2) la Ley Orgánica, que está en conformidad con la Constitución, precisa la medida en que los derechos y libertades podrán ser limitados;
- 3) el reglamento presidencial, conforme a la Ley Orgánica, define las limitaciones a los derechos y libertades que puedan ocurrir;
- 4) regulaciones, órdenes o decisiones complementarias emitidas en virtud del reglamento presidencial.

Las restricciones a las libertades y a los derechos humanos son principalmente las siguientes: restricción del derecho a la huelga y otra acción de protesta; restricción del derecho a la integridad física; restricción del derecho a la información (la censura preventiva); restricción de la correspondencia; restricción a la libertad de reunión; restricción a la libertad de asociación; la limitación de movimiento (toque de queda); restricción al acceso a bienes de consumo (racionamiento); restricción de la libertad en la esfera de la actividad económica; imposición de obligaciones adicionales a las empresas; introducción de arrendamiento o alojamiento de las personas obligatorio sobre la base de una decisión administrativa; incautación de bienes; restricciones en transporte; confiscación de los medios de transporte; limitaciones en materia de transporte transfronterizo; obligación general de realizar trabajo.⁵⁸

⁵⁶ Por ejemplo, el último estado de sitio introducido en Polonia empezó el 13 de diciembre de 1981 y se prolongó por 382 días, hasta el 22 de julio de 1983.

⁵⁷ La Ley Orgánica del estado de sitio..., op. cit., artículos 9–13.

⁵⁸ La Ley Orgánica del estado de sitio..., op. cit., artículos 18–29.

2. Una vez identificados los elementos constituyentes del estado de sitio, pasaremos a la explicación del segundo régimen excepcional – el estado de emergencia. En este caso, también encontramos un mecanismo de cuatro niveles de garantías. Por analogía con el estado de sitio, podemos indicar que los derechos y libertades pueden ser limitados solamente dentro de los confines delineados por los siguientes instrumentos: la Constitución, la Ley Orgánica aplicable, el reglamento que introduzca el estado de emergencia, y las regulaciones, órdenes o decisiones complementarias si se consideran necesarias. Las restricciones se refieren principalmente a la libertad de reunión y asociación; organización de huelgas y otras formas de acción colectiva; transporte y movimiento; y acceso a información. Asimismo, abarcan la posibilidad de racionamiento de bienes y las restricciones a la libertad de la actividad económica. La peculiaridad derivada de la Ley Orgánica del estado de emergencia consta en la posibilidad de recurrir al *aislamiento* de las personas que suponen una amenaza para el orden público y para la seguridad interna del Estado, o cuando existe la sospecha de un delito; o a la *advertencia* a las personas que puedan representar un peligro para la seguridad nacional – es una medida disciplinaria que implica un recordatorio de las eventuales consecuencias penales en caso de cometer acciones amenazadoras.

Según el artículo 230, inciso 1 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley Orgánica correspondiente, al producirse amenazas graves a la orden constitucional del Estado, a la seguridad pública o al orden público, incluyendo aquellas relacionadas con el terrorismo, que no se pueden eliminar mediante el uso de los medios ordinarios, el Presidente de la República a petición del Consejo de Ministros podrá establecer el estado de emergencia en áreas determinadas o en todo el país. Dentro de las 48 horas siguientes a su firma, el Presidente presenta al *Sejm* el reglamento sobre la declaración de este régimen. Generalmente entonces, el procedimiento de anunciar el estado de emergencia se realiza de una manera semejante al caso de declarar el estado de sitio. La diferencia reside en que el período de duración de este último debe ser determinado desde el inicio y no puede superar los 90 días. Sólo en caso de que, a pesar de la expiración del plazo para el cuál se implantó el estado de emergencia, no se detuvieron las razones que lo provocaron y no se ha restablecido el funcionamiento normal del Estado, el Presidente podrá, por medio de un reglamento, prolongar la duración del mismo por un período no mayor de 60 días.

Durante el estado de emergencia, se utilizarán las estructuras organizativas existentes, no se designarán organismos especiales durante la vigencia de este estado, sin embargo, algunas autoridades recibirán poderes adicionales. Los más relevantes conciernen al Presidente de la República que, a petición del Consejo de Ministros, podrá decidir recurrir a las Fuerzas Armadas; al presidente del Consejo de Ministros que adquiere las facultades necesarias para restaurar el sistema constitucional, garantizar la seguridad pública o reestablecer el orden público – en caso que se introduzca el estado

de emergencia en la zona de más de una voivodia⁵⁹; y al voivoda⁶⁰ que tiene los permisos oportunos, equivalentes a los del jefe del Gobierno – si el área de emergencia no excede un voivodato. Además, el Primer Ministro puede nombrar a un Comisario de Gobierno.

3. El último de los regímenes al cual nos referiremos en el presente texto es el de desastre. Éste se introduce con el fin de evitar o eliminar los efectos de las catástrofes naturales o averías tecnológicas equiparables a un desastre. Tanto el artículo 232 de la Constitución polaca, como el artículo 2 de la Ley Orgánica del estado de desastre establecen que el Consejo de Ministros puede declarar el estado de emergencia a tiempo determinado, que no exceda 30 días. Adicionalmente, la Ley define qué se entiende bajo la noción de desastre. Como acabamos de mencionar, dicho concepto engloba las catástrofes naturales o accidentes tecnológicos que presentan características de un desastre, cuyos efectos ponen en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, los bienes en grandes dimensiones o el medio ambiente en grandes áreas. Afrontar estos contextos puede ser eficaz sólo con el uso de medidas extraordinarias, en colaboración de los distintos organismos, instituciones, servicios especializados y formaciones que operen bajo una gestión única.

Para precisar, la Ley Orgánica expone que una *catástrofe* es un suceso relacionado con la operación de las fuerzas de la naturaleza, en particular: terremotos, vientos fuertes, lluvias intensas, temperaturas extremas prolongadas, deslizamientos de tierra, incendios, sequías, inundaciones, plagas o enfermedades. Por otra parte, una *avería* es un evento repentino e inesperado que provoca daño o destrucción de un edificio, dispositivo técnico o sistema de equipamiento técnico causando una ruptura en su uso o pérdida de sus propiedades. Un desastre puede resultar tanto de razones de carácter puramente técnico, como de ataques terroristas.

Según los artículos 7 y 8 de la Ley aplicable, las autoridades públicas actúan en tiempo de desastre dentro de sus atribuciones y estructuras organizativas habituales. Las actividades desarrolladas con el fin de evitar o eliminar los efectos de la calamidad estarán dirigidas – dependiendo del alcance territorial del acontecimiento adverso – por los siguientes órganos:

- el alcalde (*wójt*, *burmistrz* o *prezydent*, dependiendo de la clasificación correspondiente en el sistema nacional) – si el estado de desastre se ha presentado sólo en un municipio,
- el jefe de distrito (*starosta*) – si la calamidad ha ocurrido en la zona de más de un municipio perteneciente al condado (*powiat*) en cuestión,
- el voivoda – si la catástrofe ha acontecido en el área de más de un condado que forma parte de la voivodia,

⁵⁹ Voivodia/ voivodato – en polaco *województwo* – es una provincia, la unidad de primer rango en el sistema administrativo de Polonia.

⁶⁰ Voivoda – en polaco *wojewoda* – es el gobernador del voivodato.

- el ministro responsable de los asuntos interiores u otro ministro en cuyo ámbito de actividades se encuentra la prevención o erradicación de los efectos de un desastre – si el cataclismo afectó más de un voivodato.

Las competencias de algunas instituciones aumentan – por ejemplo, al voivoda se le subordinan determinados organismos gubernamentales y regionales, así como unidades de las Fuerzas Armadas del país⁶¹. Simultáneamente, para tener apoyo ante los desafíos enfrentados, los gobernantes pueden designar los grupos de reacción y coordinación de la crisis. En particular, estos equipos son responsables de monitorear las calamidades ocurridas; de implementar los procedimientos de respuesta a desastres; de desenvolver los planes de resolución de emergencias; de preparar las condiciones para la coordinación de la ayuda humanitaria; y de divulgar la información.

Por otra parte, existe la obligación de cooperación entre las autoridades públicas; el deber de incluir en las actividades de prevención y reacción a un desastre a los bomberos, policía, servicios médicos de emergencia y otras inspecciones, guardias y servicios que puedan ser de utilidad a este respecto; y el compromiso de trabajar – sobre una base voluntaria – con varios actores sociales, organizaciones de rescate y de caridad, asociaciones, fundaciones y otras entidades correspondientes.

Finalmente, abordaremos la cuestión de las restricciones a las libertades y los derechos humanos y del ciudadano, como los denomina la Constitución polaca, bajo el régimen de desastre. De acuerdo con lo mencionado con anterioridad, durante este estado se pueden limitar: la libertad de la actividad económica, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio; el derecho de circulación y residencia en el territorio de la República de Polonia, el derecho a la huelga, el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo, el derecho al descanso.⁶² Entre los ejemplos de limitaciones se hallan: la suspensión o prohibición de hacer negocios; racionamiento del suministro de determinados tipos de artículos; requerimiento de someterse a un examen médico, vacunación o cuarentena; prohibición de circular o de residir en determinados lugares; sumisión a los dictados de la evacuación; impedimento de organizar y celebrar eventos masivos; prohibición de la huelga; utilización de la bienes inmuebles o móviles sin el consentimiento del dueño. Las restricciones se aplican a las personas físicas que residen permanentemente o permanecen temporalmente en la zona en la que se implantó el estado de desastre, y conforme a las personas jurídicas y unidades organizativas sin personalidad jurídica que residen u operan en el área en cuestión.

⁶¹ El artículo 18 de la Ley de estado de desastre expresa que, si el uso de otras fuerzas y recursos es imposible o insuficiente, el Ministro de Defensa Nacional podrá someter a disposición del voivoda respectivo, las unidades de las Fuerzas Armadas, con el deber de realizar tareas relacionadas con el objetivo de evitar o eliminar los efectos del desastre.

⁶² La Constitución de la República de Polonia, 2007, capítulo XI, artículo 233, § 3.61

Para introducir tales reducciones, es necesario que la autoridad respectiva emita un reglamento, decreto o decisión – dependiendo si es alcalde, jefe de distrito, voivoda o ministro – en el que indique el fundamento jurídico del dictamen, detalle su duración y alcance territorial, y defina los límites exactos impuestos a los derechos. En seguida, se divulgará esa disposición mediante anuncios en lugares públicos y en la prensa. La meta de los esfuerzos enlistados es controlar la legalidad de estado de desastre y sus secuelas (artículo 23 de la Ley Orgánica correspondiente).

* * *

El objetivo general de este texto ha sido determinar qué se entiende bajo el concepto de *regímenes de excepción* – cuáles son sus modalidades, qué consecuencias ocasiona su establecimiento, qué principios los rigen, qué modificaciones originan en el sistema interno del país que recurre a ellos, y cuáles obligaciones conllevan en el plano internacional. El objetivo específico, por otro lado, ha sido analizar brevemente los regímenes excepcionales presentes en el orden jurídico-institucional de Polonia. Con el fin de abarcar estas materias de una manera exhaustiva, se realizó un planteamiento global del problema, para después precisar los asuntos más particulares y, sobre todo, enfocarse en el argumento de los derechos humanos en contextos excepcionales. Se ha examinado la cuestión sobre si y cómo se restringen los derechos y las libertades fundamentales durante los regímenes extraordinarios; en cuáles instrumentos jurídicos se encuentran las reglas y normas referentes a tales limitaciones; así como cuáles son los derechos específicos que se pueden suprimir y cuáles en cambio no pueden sufrir ni una mínima reducción.

Resumiendo, podemos constatar que las situaciones de excepción son aquellos momentos críticos que debe afrontar un país por motivo de una guerra, una amenaza política o agitación interior, una catástrofe natural o antropogénica entre otros. Los remedios para enfrentar estas situaciones son creaciones del derecho que, a través de ciertas medidas y disposiciones, tienden a prevenir o subsanar las circunstancias ocurridas. Dichas creaciones son justamente los regímenes puntualizados anteriormente en el presente texto. Los efectos más destacables de los mecanismos de emergencia son acrecentamientos de las competencias del poder, ante todo ejecutivo, así como restricciones, a veces severas, de los derechos, libertades y garantías habituales de los ciudadanos. En el ámbito global y nacional, existen condiciones concisas para validar y limitar los institutos o medidas extraordinarias. Las más básicas se refieren a la obligación de comprobar la autenticidad de la situación de emergencia; a la declaración pública en el nivel nacional y notificación oficial en el plano internacional; al realismo del fin y del interés social; a la legalidad y transitoriedad de la medida; a la

razonabilidad del medio elegido. Sin embargo, aun cumplidos los requisitos aquí indicados, la figura de regímenes de excepción permanece discutible y problemática. A pesar del desarrollo de estas instituciones y el consenso internacional sobre la necesidad de su existencia, todavía permanecen ciertas dudas sobre las implicaciones de su posible puesta en marcha, ya que, como se ha descrito en el artículo, pueden afectar potencialmente a los derechos humanos y empoderamiento excesivamente a las autoridades estatales.

GENERAL COMMENTS ON THE STATE OF EMERGENCY WITH IN-DEPTH ANALYSIS OF RELEVANT REGULATION IN THE POLISH LEGISLATIVE AND INSTITUTIONAL SYSTEM

Keywords: state of emergency, martial law, state of exception, state of natural disaster, human rights

Summary

The general objective of this paper was to identify what is meant under the concept of *states of exception* – what their modalities are, what consequences they cause, what principles govern them, what modifications they originate in the internal order of the country applying them, and what obligations they entail internationally. The specific objective, on the other hand, was to briefly analyse such exceptional arrangements in the Polish legal and institutional system. For the purpose of covering these matters in a comprehensive manner, the topic was firstly encompassed broadly, with an overall approach. Afterwards, more specific issues were defined and, above all, a special emphasis was put on the argument of human rights in the exceptional settings. It was endeavoured to examine whether and how the extraordinary regimes restrict the fundamental rights and freedoms; in which legal instruments the rules and regulations related to such limitations are set; which specific rights can be derogated from and which instead cannot be submitted to a slightest reduction.

Summarizing, we can state that the exceptional situations are those critical moments which must be faced by a country due to a war, a political threat or inner turmoil, a natural or an anthropogenic disaster among others. The remedies to confront these situations are the creations of law that, through certain measures and provisions tend to prevent or rectify the circumstances occurred. These creations are precisely the regimes punctuated earlier in this text. The most notable effects of the emergency mechanisms are the accretions of authorities' competencies, of the executive above all, and the constraints, sometimes severe, of the rights, freedoms and usual guarantees of citizens. At the global and national levels, there are concise conditions to validate and limit extraordinary instruments and measures. The most basic refer to the obligation of proving the authenticity of the emergency situation; a public statement at the national level and an official notification at the international one; realism of the scope and social interest; legality and transience of the measure; and reasonability of the chosen medium. However, even if the requirements listed above are fulfilled, the figure of exceptional regimes remains controversial and problematic. Despite the development of these institutions, and the international consensus on the necessity of its existence, certain doubts still remain about the implications of its possible implementation. It is due to the fact that, as described in the article, they can potentially affect the human rights and excessively empower the State authorities.

UWAGI OGÓLNE DOTYCZĄCE STANÓW NADZWYCZAJNYCH, Z POGŁĘBIONĄ ANALIZĄ REGULACJI W TYM ZAKRESIE W POLSKIM SYSTEMIE LEGISLACYJNYM I INSTYTUCJONALNYM

Słowa kluczowe: stany nadzwyczajne, stan wojenny, stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej, prawa człowieka

Streszczenie

Za cel główny niniejszego artykułu postawiono określenie, co należy rozumieć pod pojęciem *stanów nadzwyczajnych* – jakie są ich kategorie, jakie zasady nimi rządzą, jakie konsekwencje i zmiany wywołują w wewnętrznym porządku w kraju, który je wprowadza oraz jakie obowiązki na arenie międzynarodowej z nich wynikają. Za cel szczegółowy natomiast, przyjęto zwięzłą analizę tego typu rozwiązań wyjątkowych w polskim systemie prawno-instytucjonalnym. W celu odniesienia się tych kwestii w sposób holistyczny, temat najpierw ujęto szeroko, przyjmując podejście uniwersalne. Następnie, poddano analizie kwestie bardziej szczegółowe i, przede wszystkim, położono nacisk na zagrożenie praw człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych. Podjęto próbę zbadania, czy i w jaki sposób reżimy wyjątkowe ograniczają podstawowe prawa i wolności; z jakich instrumentów prawnych wywodzi się zasady i przepisy dotyczące takich ograniczeń; oraz które konkretnie prawa mogą zostać uchylone, a które tymczasem nie mogą być przedmiotem najmniejszej redukcji.

Podsumowując, można stwierdzić, że sytuacje nadzwyczajne to momenty krytyczne, z którymi musi zmierzyć się kraj w obliczu, między innymi, wojny, zagrożenia politycznego lub zamieszek wewnętrznych, katastrofy naturalnej czy antropogenicznej. Środkami zaradczymi wobec tego typu okoliczności są instrumenty prawne, które ?dążą do zapobieżenia zdarzeniom kryzysowym lub usunięcia zaistniałych uwarunkowań. Mechanizmy te to właśnie stany nadzwyczajne omawiane w niniejszym tekście. Najistotniejsze skutki sytuacji wyjątkowych to amplifikacja kompetencji władz – przede wszystkim egzekutywy, a także ograniczenia, nierzadko kardynalne, praw, wolności i gwarancji obywatelskich.

Na poziomie globalnym i krajowym, istnieją określone warunki weryfikacji i limitowania środków stosowanych w reżimach nadzwyczajnych. Najbardziej podstawowe odnoszą się do konieczności udowodnienia autentyczności sytuacji wyjątkowej; podania jej wprowadzenia do publicznej wiadomości na poziomie krajowym i oficjalnej notyfikacji na arenie międzynarodowej; adekwatności zakresu i zgodności z interesem społecznym; legalność i tymczasowości środków; jak również zasadności wyboru przyjętych rozwiązań i użytych mediów. Niemniej, nawet jeśli wymienione powyżej wymagania zostają spełnione, konstrukcja systemów nadzwyczajnych pozostaje kontrowersyjna i problematyczna. Pomimo rozwoju tego typu instytucji i bez względu na międzynarodowy konsensus w sprawie konieczności ich istnienia, wciąż występują pewne wątpliwości co do skutków ewentualnego ich wdrażania. Wynika to z opisanego w tym artykule faktu, że potencjalnie mogą one wyrzucić znaczące skutki na fundamentalnych prawach człowieka, a zarazem nadmiernie wzmocnić władze państwowe.

Bogusław Sygit

Uniwersytet Łódzki

Damian Wąsik

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wybrane problemy ograniczania swobody wyznania przez kryminalizację praktyk religijnych na przykładzie wyroku Landgericht Köln Nr 151 NS 169/11 (7.5.2012)

Słowa kluczowe: wolność religii, prawo do nietykalności osobistej, obrzezanie, obrażenia ciała, odpowiedzialność karna lekarzy

W literaturze często wyrażany jest pogląd, że prawo jest strukturalnie powiązane z istnieniem organizacji państwowej. Z organizacją państwową nie jest jednak strukturalnie powiązana moralność. Moralność pełni tę samą funkcję co prawo, religia, obyczaj etc., czyli jest swoistym systemem za pośrednictwem którego poddaje się kontroli zachowania członków społeczeństwa. W pluralistycznych społeczeństwach, a wiele współczesnych społeczeństw ma właśnie taki charakter, z zasady współistnieje ze sobą wiele różnych moralności. Inna jest moralność ludzi wierzących, a inna ludzi niewierzących. W wielu państwach pluralizm etyczny to rezultat wieloetnicznej i wielokulturowej struktury społeczeństwa. Słusznie wskazuje L. Morawski, że pluralizm etyczny współczesnych społeczeństw niekiedy stawia prawo przed trudnym zadaniem godzenia ze sobą niezgodnych opcji moralnych, a jednym z podstawowych zadań porządku prawnego jest obrona prawa mniejszości (etnicznych, kulturowych, religijnych i innych) do posiadania własnych przekonań moralnych i religijnych i życia zgodnie z nimi w takim zakresie, w jakim nie wyrządza to szkody innym członkom społeczeństwa, żyjącym według innych reguł¹.

Zasadność powyższych stwierdzeń wyraża się m.in. w postanowieniach najważniejszych aktów prawa międzynarodowego, dotyczących praw człowieka i obywatela. Zgodnie z art. 9 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61,

¹ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2005, s. 41, 44. W przedmiocie pluralizmu etycznego na gruncie prawnokarnym zob. również B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009; M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010.

poz. 284 ze zm.) każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania, a prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. Stosownie do ust. 2 omawianego przepisu wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Podobnie w myśl art. 18 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167) każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Prawo to obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania wyznania lub przekonań według własnego wyboru oraz do uzewnętrzniania indywidualnie czy wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań przez uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. W tym samym przepisie mowa jest również o tym, że wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób (ust. 3).

Jak zauważa A. Sakowicz każdy ma prawo do życia zgodnie z własnym wyborem, bez ingerencji w tę sferę z zewnątrz, a zarazem do działania i bycia traktowanym zgodnie z własną tożsamością, która najlepiej oddaje jego najgłębsze uczucia. Jedynymi granicami tych uprawnień są zgodność tego działania z interesem publicznym lub interesem innych osób, zwłaszcza gdy w grę wchodzi kwestie zdrowotne².

W 2012 r. europejskiemu środowisku prawniczemu przyszło zmierzyć się z nowym problemem, którego zaistnienia spodziewano się od dawna – konfliktem fundamentalnych wartości swobody wyznania i prawa nieskrępowanego kultywowania religii przez rodziców z poszanowaniem praw samostanowienia i nietykalności cielesnej dziecka. Konflikt ten urzeczywistnił się na kanwie orzecznictwa niemieckich sądów karnych, gdzie lekarzowi postawiono zarzut uszkodzenia ciała małoletniego przez dokonanie, na prośbę muzułmańskich rodziców, jego obrzezania.

Rytuał obrzezania ma niezwykle istotne znaczenie dla życia religijnego przede wszystkim wyznawców judaizmu i islamu. Obrzezanie w literaturze religioznawczej przedstawia się jako rytualną operację na skórze męskiego organu płciowego (usunięcie części napletka), przeprowadzaną w 8 dniu życia (u żydów) lub 13 roku życia (u muzułmanów). Rytuał obrzezania był

² A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 286–287.

szeroko praktykowany wśród społeczeństw starożytnego Bliskiego Wschodu, czego przykładem są narody Egipcjan i Fenicjan, zaś Biblia nadaje obrzezaniu symbol zawarcia sojuszu Boga z Izraelem³.

W stanie faktycznym sprawy rozpatrywanej w pierwszej instancji przez *Amtsgericht Köln*, w dniu 4 listopada 2010 r. w Kolonii lekarz dokonał zabiegu obrzezania 4-letniego chłopca przy użyciu skalpela, po uprzednim miejscowym znieczuleniu. Nie było żadnego medycznego uzasadnienia zabiegu, a został on wykonany jedynie na prośbę muzułmańskich rodziców dziecka z pobudek religijnych. Po założeniu opatrunku, jeszcze tego samego dnia lekarz odwiedził chłopca w jego domu celem sprawdzenia procesu gojenia rany. Nie stwierdził w tym zakresie nieprawidłowości. W dniu 6 listopada 2013 r. matka zawiozła dziecko do lokalnego szpitala uniwersyteckiego z objawami wtórnego krwawienia z rany.

W wyniku ww. zdarzeń Prokuratura w Kolonii skierowała przeciwko lekarzowi akt oskarżenia do sądu. Czyn lekarza zakwalifikowano jako spowodowanie uszkodzenia ciała innej osoby przy użyciu niebezpiecznego narzędzia (§ 223 (1) w zw. z § 224 (1) ust. 2 pkt 2 StGB). Oskarżony w trakcie procesu podnosił, że zabieg został dokonany na wyraźną prośbę rodziców – muzułmanów i był przez nich traktowany jako obrzęd religijny. Opinia biegłego potwierdziła, że obrzezania dokonano prawidłowo, starannie i zgodnie ze wskazaniami sztuki medycznej, a późniejsze powikłania nie były wynikiem błędu lekarskiego. Stanowiły one, najprawdopodobniej, niepowodzenie w leczeniu, polegające na komplikacji procesu gojenia z bliżej nieokreślonych przyczyn. Jednocześnie jednak biegły przyznał, że nie było żadnych wskazań zdrowotnych, przemawiających za potrzebą przeprowadzenia zabiegu.

Sąd I instancji – *Amtsgericht Köln*, w wyroku z dnia 21.9.2011 r., Nr 528 Ds. 30/11⁴, przyjął, że czyn lekarza nie wypełniał znamion przestępstwa z § 223 (1) StGB, a sam zabieg miał charakter legalny z uwagi na zgodę

³ Z. Poniatowski, *Mały słownik religioznawczy*, Warszawa 1969, s. 306. Na analogiczne znaczenie obrzezania w kulturze żydowskiej wskazują J. Macgregor i M. Prys. Obrzezanie, zdaniem autorów, oznaczało włączenie we wspólnotę Przymierza. Pozostaje ono do dziś cechą charakterystyczną judaizmu. Jak zauważają J. Macgregor i M. Prys, w czasach Nowego Testamentu zastąpiono używane przy obrzezaniu noże krzemienne metalowymi. Współcześnie zabieg obrzezania dokonuje się w niektórych kręgach religijnych na niemowlątach i małych chłopcach, podczas gdy w innych czeka się do osiągnięcia wieku dojrzałego, związanego z gotowością do małżeństwa, a tradycje w tym względzie pozostają niezmiennie od stuleci. Autorzy, wskazując najbezpieczniejszy moment na obrzezanie, sugerują jego dokonanie w ósmym dniu życia z tej racji, że witamina K, odpowiedzialna za proces krzepnięcia krwi, zaczyna być produkowana w odpowiedniej ilości dopiero między 5 a 7 dniem po narodzinach, a w 8 dniu w ciele dziecka znajduje się o 10% więcej protrombiny (również odpowiedzialnej za krzepnięcie) niż normalnie. J. Macgregor, M. Prys, *1001 rzeczy o Biblii*, Kraków 2007, s. 190. R. A. Tokarczyk, w nawiązaniu do sfery zakazów moralnych, płynących z judaizmu i islamu, wskazuje ponadto, że obrzezanie z powodów religijnych ma na celu ułatwienie zachowywania czystości intymnych części ciała i czystości duchowej poprzez zapobieganie, a przynajmniej utrudnianie masturbacji. R. A. Tokarczyk, *Prawo narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012, s. 109.

⁴ Tłumaczenie angielskie wyroku: <http://www.dur.ac.uk/ilm/news/itemno=14984> (dostęp: 30.9.2013 r.).

rodziców dziecka na jego przeprowadzenie (§ 1627 *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB⁵). Ponadto, zdaniem sądu, obrzezanie dzieci płci męskiej jest powszechnie znanym, tradycyjnym rytuałem właściwym religii i kulturze muzułmańskiej. Na marginesie wyводу Sąd I instancji zauważył, że punktu widzenia medycznego obrzezanie ma charakter zabiegu profilaktycznego o udowodnionych, często korzystnych skutkach w zakresie utrzymania higieny mężczyzn.

W wyroku z dnia 7.5.2012 r., Nr 151 Ns 169/11, Sąd II instancji – *Landgericht Köln* uznał, że oskarżony jest winny popełnienia przestępstwa spowodowania uszkodzenia ciała innej osoby (§ 223 (1) StGB), jednakże w sprawie nie zachodzi okoliczność użycia niebezpiecznego narzędzia (§ 224 (1) ust. 2 pkt 2 StGB), gdyż za takowe nie może być uznany skalpel, wykorzystywany standardowo przy wykonywaniu zabiegów medycznych, będący na wyposażeniu każdego lekarza. W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że przyjęte w Niemczech „stosunki społeczne” nie uzasadniają potrzeby dokonywania obrzezania chłopców niezdołnych do wyrażenia zgody na taki zabieg. Zdaniem sądu, niedopuszczalne było dokonanie zabiegu wyłącznie na podstawie zgody rodziców małoletniego pacjenta. W ocenie sądu pierwszeństwo w systemie dóbr chronionych prawem powinno być przyznane prawu dziecka do samostanowienia i nietykalności cielesnej, a nie prawu rodziców do wychowania dziecka zgodnie z własnym wyznaniem religijnym. To z kolei sprawia, że decyzja rodziców o obrzezaniu dziecka jest niezgodna z obowiązkiem troski o dziecko. Co więcej, w wyroku z dnia 7.5.2012 r. wskazano, że podstawowe prawa i wolności obywatelskie nie tylko nie mogą podlegać ograniczaniu przez swobodę wyznania, ale nade wszystko powinny być postrzegane jako swoiste bariery w wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Tymczasem naruszenie nietykalności cielesnej dziecka przez dokonanie aktu obrzezania, nawet gdy wziąć pod uwagę aspekty religijne, jest zachwianiem zasady proporcjonalności w realizacji swobody wyznania. Co więcej, zdaniem *Landgericht Köln* akt obrzezania naruszał interesy dziecka w sferze nieskrępowanego decydowania w przyszłości o jego przynależności religijnej. Oczekiwanie, aż syn będzie w stanie sam wyrazić zgodę na dokonanie obrzezania jako symbolicznego aktu przynależności do wyznawców islamu, zdaniem sądu, nie jest istotnym ograniczeniem praw wychowawczych rodziców. Niezależnie od kierunku wcześniejszego wyводу, konkludując swoje rozważania, sąd odwoławczy uznał, że zarówno w literaturze prawniczej, jak i w orzecznictwie brakuje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o legalność obrzezania małoletniego syna wyłącznie na podstawie zgody rodziców, a problematyka ta nie była jak dotąd szczegółowo analizowana.

Wyrok *Landgericht Köln* z dnia 7.5.2012 r., Nr 151 Ns 169/11, stał się nie tylko przedmiotem ożywionych dyskusji przedstawicieli doktryny prawa karnego i praw człowieka na całym świecie, licznych protestów przedstawicieli środowisk żydowskich i muzułmańskich, jak również wywołał dyskusję na

⁵ Przepis niemieckiego Kodeksu cywilnego, stanowiący o prawie rodziców do sprawowania opieki nad dzieckiem.

szczeblu parlamentarnym w Niemczech, zakończoną wydaniem przez *Bundestag* w dniu 19.7.2012 r. deklaracji o poszanowaniu życia religijnego żydów i muzułmanów w Niemczech, w tym dopuszczalności obrzezania dzieci płci męskiej w ramach praktyk religijnych, pod warunkiem wykonywania zabiegów profesjonalnie i zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej⁶.

Orzeczenie *Landgericht Köln* zdecydowana większość środowiska prawniczego przyjęła z konsternacją, a nawet z nieukrywanym oburzeniem. Sądowi zarzucano ignorancję uczuć religijnych żydów i muzułmanów, a także brak podstawowej znajomości założeń doktrynalnych i kulturowych judaizmu i islamu. Podkreślano, że akt obrzezania małoletniego dziecka płci męskiej ze względów religijnych jest zgodny z prawem zawsze wtedy, kiedy jest wykonywany za zgodą rodziców dziecka. Owa zgoda wpisuje się w prawo do sprawowania opieki nad dzieckiem, troski o jego rozwój i prawo do edukacji religijnej, gwarantowane w prawie międzynarodowym każdej jednostce. Zauważano, że pierwszeństwo władzy rodzicielskiej w ochronie interesu dziecka powinno sprowadzać państwo do roli „strażnika” kontrolującego, czy realizacja wspomnianych uprawnień w danych warunkach nie narusza w sposób oczywisty praw jednostki. Zasada ta powinna znajdować zastosowanie także wówczas, gdy chodzi o zabiegi medyczne. Podkreślono, że akt obrzezania nie jest przejawem instrumentalnego traktowania dziecka i nie ma na celu jego okaleczenia lub upokorzenia. Wręcz przeciwnie, celebrowanie obrzezania jest podniosłym momentem pełnego włączenia nowego wyznawcy do wspólnoty religijnej, uświęconym wielowiekową tradycją. Przytaczając argumenty dyskredytujące prawidłowość rozstrzygnięcia *Landgericht Köln* wskazywano m.in. na wyrażone przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) poglądy na temat korzystnych wpływów obrzezania na zdrowie człowieka, takich jak zmniejszenie nawet o 60% ryzyka infekcji dróg moczowych oraz nowotworu genitaliów. Podkreślano, że obrzezanie znane jest nie tylko jako rytuał religijny, ale również jako zabieg leczniczy, przynoszący rzeczywiste korzyści zdrowotne pacjentom⁷.

Zaprezentowany wyżej komentarz do wyroku *Landgericht Köln* z dnia 7.5.2012 r., Nr 151 Ns 169/11, wydaje się być zbieżny z poglądami głoszonymi przez dużą część polskich przedstawicieli doktryny prawa karnego.

Możliwość uznania konkretnego zabiegu leczniczego (terapeutycznego) za legalny warunkuje jego wykonanie zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki medycznej przez osobę do tego uprawnioną, należyte poinformowanie pacjenta przed zabiegiem o jego istocie, a następnie uzyskanie zgody pacjenta na zabieg i jego wykonywanie właśnie w owym celu leczniczym⁸. Określone-

⁶ Deutscher Bundestag Drucksache 17/10332.

⁷ Zob. B. Fateh-Moghadam, *Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 – No. 151 Ns 169/11*, German Law Journal Nr 9 vol. 13, s. 1131–1145 i powołana tam literatura.

⁸ Por. np. J. Radzicki, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 67–68; J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 11–12; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, s. 277.

mu zabiegowi można nadać cechę leczniczą (terapeutyczną) wówczas, gdy konkretne zachowanie lekarza podyktowane jest względami zdrowotnymi, ma na celu ratowanie życia, przywrócenie zdrowia fizycznego lub psychicznego pacjenta⁹. Czynności lecznicze należy odróżnić od zabiegów medycznych, które w swoim założeniu nie zmierzają do ratowania życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpienia fizycznych czy psychicznych osoby¹⁰. Tym samym akt obrzezania, z punktu widzenia medycznego, należy postrzegać jako klasyczny zabieg medyczny, a nie czynność leczniczą. Co do zasady nie występuje tu bowiem element kierunkowości *od choroby do zdrowia*, a więc innymi słowy – cel leczniczy¹¹.

Konflikty pomiędzy ochroną zdrowia, prawem do samostanowienia jednostki oraz swobodą wyznania mają niewątpliwie podłoże aksjologiczne. Chodzi bowiem o konflikt wartości i ustalenie hierarchii wartości chronionych przez porządek prawny¹². Na aprobatę zasługuje uwaga A. Wąska, że przebudowywanie zasad moralnych nie prowadzi do jednoznacznych i precyzyjnych ustaleń, które mogłyby być zastosowane na gruncie prawa karnego. Za pośrednictwem norm prawa karnego powinno się wprost lub pośrednio sankcjonować tylko normy moralne o charakterze fundamentalnym, których nieprzestrzeganie grozi rozprzężeniem mechanizmów życia społecznego¹³.

Polska nauka prawa karnego już kilka lat temu wypracowała, w wyniku dyskusji prawnolekarskiej, wnioski które mogą okazać się przydatne dla rozwiązania problemu ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie obrzezania mimo braku wskazań medycznych w świetle unormowań prawa polskiego. W odniesieniu do dużo poważniejszych w skutkach dla pacjenta nieterapeutycznych zabiegach kosmetycznych, kończących się niekiedy lekkim i średnim uszkodzeniem ciała, od kilku lat postuluje się wyłączenie w tych sytuacjach bezprawności zabiegów na zasadzie zgody dysponenta dobrem, czyli koncepcji tzw. pierwotnego braku bezprawności. Prawo powinno w tych sytuacjach dawać pierwszeństwo *volenti non fit iniuria*, a nie pociągać do odpowiedzialności lekarza. Ochrona dobra prawnego w postaci integralności cielesnej następuje głównie pod kątem interesu jednostki, której pozostawia się ocenę, czy jej dobro zostało w ogóle naruszone i w jakim stopniu. W przypadku podejrzenia popełnienia błędu lekarskiego dla oceny postępowania lekarza za istotne uważa się kryteria ustalenia niezachowania przez niego ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, warunkującej ewentualną odpowiedzialność karną za nieumyślne przestęp-

⁹ E. Zielińska, *Aspekty prawokarne nieterapeutycznych zabiegów leczniczych*, „Studia Iuridica” 1988, nr 16, s. 237.

¹⁰ M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, vol. 2, s. 59 i nn.

¹¹ Idem, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 218.

¹² Por. A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, „Prawo i Medycyna” 2002, wydanie specjalne, s. 60.

¹³ A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 8, s. 88–97.

stwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Przyjęcie odmiennej koncepcji ogranicza i to w sposób znaczący możliwość rozwoju osobistego jednostki i kształtowania własnej osobowości, a co za tym idzie ingerencję państwa w sferę prywatności obywateli¹⁴.

Teoretyczną możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lekarza wykonującego nieterapeutyczny zabieg obrzezania, prawidłowy w sensie medycznym jednakże wykonany w sytuacji zakwestionowania skuteczności zgody uprawnionego, można rozważać na gruncie polskiego prawa karnego w kontekście uregulowania art. 191 k.k.¹⁵.

Zgoda na dokonanie zabiegu medycznego może być wyrażona w dość dużym obszarze dóbr, których dzierżycielem jest jednostka. R. Kubiak stwierdza, że może ona dotyczyć zarówno nietykalności cielesnej, jak i zdrowia, a w przyszłości ograniczenia zgody odnoszącej się do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu będą ewoluowały w kierunku zwiększenia autonomii jednostki. Zgoda może być skuteczna prawnie tylko wówczas, gdy została wyrażona przez osobę kompetentną i uprawnioną do dysponowania dobrem prawnym¹⁶. W odniesieniu do mało inwazyjnych zabiegów medycznych R. Kubiak zauważa, że zgoda rodziców na dokonanie takich zabiegów względem ich dziecka powinna być traktowana szeroko. Jednocześnie jednak autor zdaje się mieć pewne wątpliwości, czy w przypadku inwazyjności takich zabiegów, są one w ogóle przez prawo polskie dopuszczalne. W myśl art. 95 k.r.o. rodzice powinni sprawować władzę rodzicielską z poszanowaniem godności i praw dziecka, i w taki sposób, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny. Powinni oni zatem chronić dziecko przed zagrożeniami ich rozwoju psychofizycznego. Decyzja o wykonaniu ryzykownego zabiegu medycznego w celach nieterapeutycznych (R. Kubiak zalicza do nich np. zmianę rysów twarzy dziecka i implantację piersi dziecka) może – zdaniem autora – pozostawać w sprzeczności z dobrem dziecka i wyczerpywać znamiona takich przestępstw, jak narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 2 lub 3 k.k.) lub podżeganie do uszkodzenia ciała (art. 157 k.k., a nawet art. 156 k.k. w przypadku rytualnych okaleczeń narządów płciowych dziecka)¹⁷.

R. Kubiak, opowiadając się koncepcją pierwotnej legalności zabiegów kosmetycznych jako zabiegów nieterapeutycznych, wskazuje jednocześnie, że zgoda uprawnionego nie legalizuje wszelkich naruszeń. Zainteresowany godzi się bowiem zgodnie z wymaganiami wynikającymi z zasad ostrożności i akceptuje ryzyko stąd wypływające. Zgoda nie obejmuje tym samym

¹⁴ E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne...*, s. 242; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, s. 293–294.

¹⁵ L. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012, s. 24, 119, 122–123.

¹⁶ Na temat różnych koncepcji zgody uprawnionego na gruncie prawa karnego i ewolucji tej instytucji szerzej L. Kubiak, op. cit., s. 189–199 oraz R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 407–410.

¹⁷ L. Kubiak, *Odpowiedzialność karna...*, s. 216–217.

następstw powstałych wskutek działania *contra legem artis*, np. powikłań pozabiegowych, pojawiających się w wyniku naruszenia reguł ostrożności (mogło to mieć miejsce w stanie faktycznym omawianego wyroku *Landgericht Köln* z dnia 7.5.2012 r.)¹⁸. R. Kubiak, w odniesieniu do typowych zabiegów kosmetycznych stawia tezę, że ze względu na brak wyraźnej regulacji co do odpowiedzialności karnej osoby wykonującej takie czynności bez spełnienia warunków skuteczności zgody, często może dochodzić do zaistnienia okoliczności pozostawania przez sprawcę w błędzie co do skuteczności takiej zgody. Poza tym, zdaniem autora, w przypadku zabiegów mało inwazyjnych możliwe jest również skorzystanie z konstrukcji znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu¹⁹.

Omówiony w niniejszej publikacji wyrok został wydany w niemieckim porządku prawnym, niemniej jednak, biorąc pod uwagę wspomnianą na wstępie pluralistyczną strukturę społeczeństwa współczesnej Europy, podobna sytuacja może w przyszłości powtórzyć się w każdym innym państwie. Już sam fakt zakwestionowania przez niezawisły i bezstronny sąd legalności odwiecznej tradycji religijnej żydów i muzułmanów – obrzezania, i wiązanie jego dokonania z odpowiedzialnością karną, musi budzić obawy o kolejne konflikty religijno-prawne. Powagę i skalę tego problemu w Polsce dostrzega się aktualnie chociażby na gruncie burzliwego sporu o legalność innego tradycyjnego aktu religijnego – uboju rytualnego, uznawanego za sprzeczny z ideą ochrony zwierząt. Z uwagi na kontrowersyjne podłoże sporów zasadnym jest przyjęcie, że kryminalizacja konkretnych zachowań wynikających

¹⁸ Ibidem, s. 119, 122–123. Podobne stanowisko wyrażane jest w doktrynie prawa cywilnego, gdzie wskazuje się, że główną podstawą działania lekarza jest zgoda pacjenta, a gdy chodzi o małoletnich lub osoby niezdolne do świadomego wyrażenia woli – zgoda przedstawiciela ustawowego, faktycznego opiekuna lub zezwolenie sądu opiekuńczego. M. Nesterowicz wskazuje, że zgoda pacjenta lub upoważnienie ustawowe uchyla bezprawność działania, nie można więc lekarzowi postawić zarzutu winy, jeśli działa w granicach zgody. Natomiast brak objaśnionej zgody powoduje jej wadliwość. Oświadczenie woli pacjenta przy braku świadomości co do ryzyka i skutków zabiegu jest w świetle prawa cywilnego nieważne (art. 82 k.c.). Zgoda pacjenta na dokonanie zabiegu lekarskiego ma zatem takie znaczenie, że oprócz nadania cech prawności interwencji lekarza powoduje, że pacjent akceptuje ryzyko zabiegu i przejmuje je na siebie. Zgoda pacjenta, zdaniem M. Nesterowicza, nie oznacza jednak, że lekarz ma prawo dokonać każdego zabiegu. Ma to miejsce w odniesieniu do czynności niosących ze sobą znaczne ryzyko dla pacjenta i niewspółmierność korzyści do potencjalnych szkód, stąd też ingerencja w organizm pacjenta musi być uzasadniona jego stanem zdrowia. Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 133–139. Zob. również idem, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa–Poznań 1972; idem, *Odpowiedzialność cywilna za interwencję lekarską bez zgody pacjenta*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006; idem, *Prawa pacjenta i osób bliskich do informacji medycznych ochrony danych*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005; M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007; P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielania pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3; T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7.

¹⁹ L. Kubiak, op. cit., s. 222.

z założeń danej religii, podobnie jak ewentualna późniejsza reakcja prawno-karna państwa, powinny każdorazowo respektować specyficzną zasadę prawa karnego – *ultima ratio* i uwzględniać przy ocenie legalności zachowań jednostek faktyczne, a nie tylko hipotetyczne występowanie szkodliwości społecznej czynów.

**THE SELECTED PROBLEMS OF LIMITATION OF FREEDOM
OF RELIGION BY CRIMINALIZATION OF THE RELIGIOUS
PRACTICES BASED ON THE EXAMPLE OF LANDGERICHT
KOLN'S JUDGMENT NO. 151 NS 169/11 (7.5.2012)**

Keywords: freedom of religion, the right to personal inviolability, circumcision, body injuries, physician's criminal responsibility

Summary

The main subject of this publication is conflict between basic human rights – freedom of religion and personal inviolability on the example of the German Landgericht Köln judgment No. 151 NS 169/11 of 7 May 2012. The authors discuss about possible physician's criminal liability of performing Muslim child's circumcision at the request of his parents. This subject has caused controversy in Europe due to the possibility of reducing freedom of religious practice. The publication deals with the legal effectiveness of parental consent for circumcision and shows how such acts could be adjudicate in the Polish penal law.

RECENZJE I OMÓWIENIA

***Forgoing the Convention for Crimes against Humanity,* red. Leila Nadya Sadat, Cambridge 2011, ss. 639.**

Nakładem wydawnictwa Cambridge University Press w marcu 2011 r. ukazała się publikacja pt. *Forgoing a Convention for Crimes against Humanity* pod redakcją prof. Leili Nadyii Sadat. Recenzowana książka jest efektem prac podjętych przez zespół uznanych na arenie światowej znawców międzynarodowego prawa karnego, których celem było opracowanie projektu konwencji o przeciwdziałaniu i karaniu przestępstw przeciwko ludzkości. Ośrodkiem akademickim, w którym ta idea została sfinalizowana, jest *School of Law of the Washington University in St. Louis* oraz działający tam od 2000 r. *Whitney R. Harris World Law Institute*. Nie bez powodu St. Louis stało się kolebką tej inicjatywy – tutaj bowiem żył i pracował Whitney R. Harris, uczestniczący z ramienia Stanów Zjednoczonych od sierpnia 1945 do października 1946 r. w pracach zespołu prokuratorów podczas procesu norymberskiego. Doświadczenia procesu zaważyły na poglądach Whitney’a R. Harris, który do śmierci w 2010 r. propagował zasadę *rule of law* oraz gorąco popierał ideę międzynarodowego sądownictwa karnego. Uznając jego przekonania o bezwzględnej konieczności reagowania społeczności międzynarodowej na przestępstwa przeciwko ludzkości oraz doceniając jego zasługi na polu międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości, prof. Leila Nadya Sadat, aktualna dyrektor Instytutu, a także wykładowca międzynarodowego prawa karnego na *Washington University in St. Louis*, od grudnia 2012 r. pełniąca funkcję specjalnego doradcy do spraw zbrodni przeciwko ludzkości Głównej Prokurator Międzynarodowego Trybunału Karnego Fatou Bensouda, zainaugurowała w 2008 r. projekt badawczy pod nazwą *Crimes against humanity Initiative*. Projekt ten połączył we wspólnym celu ponad 250 znakomitych prawników z całego świata, w tym praktyków, naukowców i sędziów zajmujących się prawem międzynarodowym. W skład Komitetu Sterującego, koordynującego prace nad badaniami i przygotowaniem projektu konwencji weszło siedmiu członków, a wśród nich prof. M. Cherif Bassiouni, ambasador Hans Corell, sędzia Richard J. Goldstone, profesor William A. Schabas, Juan E. Mendez, sędzia Christine van den Wyngaert oraz kierująca Komitetem prof. Sadat.

Licząca ponad 595 stron publikacja to dzieło wyjątkowe ze względu na kompleksowe ujęcie tematu i połączenie rozważań naukowych z gruntownie przemyślaną i dopracowaną pod kątem merytorycznym propozycją aktu

prawa międzynarodowego. Oprócz projektu konwencji o przestępstwach przeciwko ludzkości, praca zawiera także 15 esejów, ogłoszonych w formie referatów na konferencji dedykowanej inicjatywie i zorganizowanej w St. Louis w 2009 r. Ponadto, w części wstępnej, monografię wzbogacono biogramami znakomych znawców międzynarodowego prawa karnego zaangażowanych w powodzenie *Crimes against humanity Initiative*, przedmową Richarda J. Goldstone'a, w której zaprezentowano sylwetkę Withney'a R. Harrisa i jego wkład w powstanie tego przedsięwzięcia, przedmową i podziękowaniami, skierowanymi do wszystkich osób wspierających projekt ze strony redaktor monografii oraz listem przewodnim autorstwa Garetha Evansa, przewodniczącego *International Crisis Group*. Tekst projektu konwencji zamieszczono po zbiorze esejów, najpierw w języku angielskim, a następnie francuskim. Każdej z wersji językowych konwencji towarzyszą notki wyjaśniające. W części końcowej książki zamieszczono opracowane przez prof. Sadat szczegółowe kalendarium spotkań ekspertów w ramach inicjatywy wraz z syntetycznym opisem prac i dyskusji merytorycznych. Do kalendarium dołączono wykaz osób wspierających inicjatywę oraz teksty deklaracji intencji uchwalanych podczas spotkań. Ostatnią pozycją w monografii jest szczegółowy indeks przedmiotowy.

Sędzia Goldstone, analizując genezę inicjatywy, zwrócił uwagę na istotną lukę w międzynarodowej przestrzeni prawnej, która jest pozbawiona kompleksowej regulacji przestępstw przeciwko ludzkości, mimo że dwa inne poważne przestępstwa międzynarodowe, ludobójstwo i zbrodnie wojenne, zostały już dużo wcześniej ujęte w ramy traktatowe. Praktyczne konsekwencje tej luki można obserwować na tle sprawy wniesionej do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości przez Bośnię i Hercegowinę przeciwko Serbii, w której Trybunał, wydając wyrok w 2007 r., musiał ograniczyć swoją kompetencję tylko do stwierdzenia ludobójstwa, mimo faktu, że w postępowaniu wyszły na jaw również zbrodnie przeciwko ludzkości, popełniane podczas konfliktu w byłej Jugosławii. Przyczyn braku kompleksowej regulacji tych przestępstw w sferze międzynarodowego prawa karnego należy szukać raczej w trudnościach w rekonstruowaniu ich znamion, niż w faktycznym braku woli społeczności międzynarodowej by je uregulować.

Doktryna nie jest zgodna, czy przestępstwa przeciwko ludzkości były znane od zarania dziejów, czy też narodziły się wraz z klauzulą Martensa lub jeszcze później – wraz z Trybunałem Norymberskim. Z pewnością już Grocjusz, a następnie de Vattel, pisali o czynach, które są skierowane przeciwko rodzajowi ludzkiemu i stanowią poważne naruszenie prawa międzynarodowego, a w konsekwencji mogą implikować odpowiedzialność karną jednostki przed społecznością międzynarodową. Nie ma jednak zgody co do faktu, czy zbrodnie opisywane przez Grocjusza i de Vattela mogą być uznane za przestępstwa przeciwko ludzkości, ponieważ nie wszystkie czyny wyczerpujące znamiona przestępstw międzynarodowych będą jednocześnie zbrodniami przeciwko ludzkości. Na przestrzeni lat w języku filozofów, prawników, a nawet polityków, określenie „czyn przeciwko ludzkości” było coraz częściej używane, początkowo w drugiej połowie XIX w. w kontekście handlu niewol-

nikami, a następnie także w odniesieniu do przestępstw popełnianych wobec rdziennej ludności Konga Belgijskiego w czasie rządów króla Leopolda II.

Wczesne lata XX w. to narodziny wspomnianej klauzuli Martensa, która przywoływała „sumienie narodów” i „zasady ludzkości” jako podstawę ochrony osób cywilnych w związku z konfliktem wojennym, jednak nie dawała ona wystarczającej podstawy do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób popełniających poważne naruszenia praw człowieka. W źródłach prawa międzynarodowego „przestępstwa przeciwko ludzkości” funkcjonują od procesów norymberskich i tokijskich. W Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z 1945 r. użyto tego sformułowania na określenie między innymi morderstw, wyćpienia, obracania ludzi w niewolników i deportacji, których to czynów dopuszczono się przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej, przed wojną lub podczas niej. Ówczesne zaplecze doktrynalne w odniesieniu do tej kategorii czynów było raczej niejedolite, stąd też uzasadnieniem ujęcia w Karcie Trybunału Norymberskiego przestępstw przeciwko ludzkości były głównie względy sprawiedliwości i słuszności, stanowiące zasady o charakterze podstawowym dla funkcjonowania społeczeństw.

Niewątpliwie fakt, że w zakres jurysdykcji Trybunału Norymberskiego weszły przestępstwa przeciwko ludzkości, zaważył także na rozwoju i internacjonalizacji praw człowieka, gdyż spenalizowanie tych zbrodni oznaczało zarazem brak zgody społeczności międzynarodowej na poważne naruszenia praw człowieka. Bazując na Zasadach Norymberskich wprowadzono powszechny zakaz ludobójstwa, ale zbrodnie przeciwko ludzkości nie doczekały się takiego uniwersalnego uregulowania. Jak napisała prof. Sadat w przedmowie do recenzowanej monografii, niektóre państwa, na przykład Francja, ustanowiły zakaz popełniania zbrodni przeciwko ludzkości w prawie krajowym, ale na polu międzynarodowym można odnaleźć tylko ich fragmentaryczne uregulowania, np. w Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz Konwencji o przeciwdziałaniu i zwalczaniu zbrodni apartheidu. W konsekwencji, w obliczu poważnych zbrodni, takich jak te popełniane przez reżim Czerwonych Khmerów w Kambodży lub przez uczestników konfliktów w byłej Jugosławii, Rwandzie czy też w Darfurze, społeczność międzynarodowa była bezradna, nie dysponując odpowiednim instrumentem prawnym do kwalifikowania i karania czynów popełnianych wobec ludności cywilnej. Definicje zbrodni przeciwko ludzkości zawarte w statutach Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. zbrodni w byłej Jugosławii i Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Rwandy różnią się od siebie i dopiero Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego z 1998 r. zawierał względnie kompleksowe unormowanie zbrodni przeciwko ludzkości, z tym, że definicja w nim zawarta mogła być stosowana tylko w sprawach rozpatrywanych przez Trybunał. Wypracowanie projektu konwencji regulującej zbrodnie przeciwko ludzkości było zatem podyktowane zarówno koniecznością odpowiedzi na potrzeby rzeczywistości, jak i, a nawet przede wszystkim, koniecznością stworzenia mechanizmu prawnego, którego funkcją będzie zapobieganie zbrodniom tego typu w przyszłości w myśl doktryny *responsibility to protect*.

W ramach inicjatywy *Crimes against humanity*, prowadzone były badania stanu wiedzy w dziedzinie przestępstw przeciwko ludzkości, tak aby projekt konwencji odzwierciedlał aktualne tendencje rozwojowe międzynarodowego prawa karnego w tej dziedzinie. Eseje opublikowane w monografii stanowią prezentację wyników tych badań oraz stanowisk nauki wobec różnych zagadnień powiązanych z realizowanym projektem badawczym. Część dedykowaną esejom otwiera artykuł Rogera S. Clarka na temat historii kodyfikacji zbrodni przeciwko ludzkości od Zasad Norymberskich do Statutu Rzymskiego (*History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity*), a kończą rozważania Gregory H. Stantona o potrzebie podpisania Konwencji o przeciwdziałaniu i zwalczaniu zbrodni przeciwko ludzkości (*Why the World Needs an International Convention on Crimes Against Humanity*). Historię kształtowania się regulacji zbrodni przeciwko ludzkości analizuje także M. Cherif Bassiouni w esej *Revisiting the architecture of crimes against humanity*. Autor przytacza liczne argumenty na rzecz redefinicji tego typu przestępstw w związku z ich ewolucją. W konkluzjach artykułu, stawia pytanie o kwalifikację prawną czynów, które tym tylko różnią się od zbrodni przeciwko ludzkości, że popełniane są przez podmioty, które klasyfikuje się jako niepaństwowe, np. zorganizowane grupy przestępcze. Redefinicja zbrodni przeciwko ludzkości, idąca w kierunku poszerzenia kręgu podmiotów, które mogą się ich dopuścić, według Bassiouniego miałyby polegać na usunięciu znamion wyrażanych przez sformułowania „polityka państwa” i „grupy ludności cywilnej”, niezbędnych do kwalifikacji określonych czynów jako zbrodni przeciwko ludzkości. Kwestie definicyjne stały się także przedmiotem rozważań Valerie Oosterveld (*Gender-based Crimes against Humanity*), Gorana Sluitera („*Chapeau Elements*” of *Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the UN Ad Hoc Tribunals*), Guenaela Mettraux (*The Definition of Crimes against Humanity and the Question of „Policy” Element*) oraz Johna Hagana i Todda Haugh (*Ethnic Cleansing as Euphemism, Metaphor, Criminology and Law*). Zagadnienie immunitetów i amnestii w kontekście zbrodni przeciwko ludzkości prezentuje Diane Orentlicher (*Immunities and Amnesties*), a Elies van Sliedgret koncentruje się wokół odpowiedzialności za tego typu zbrodnie i jej form (*Modes of participation*). Studium przypadku zawarł David M. Crane w esej pod tytułem *The Bright Red Thread. The Politics of International Criminal Law – Do We Want Peace or Justice? The West African Experience*. Autor analizuje w nim funkcjonowanie Specjalnego Trybunału ds. Sierra Leone, pierwszego trybunału określanego jako hybrydowy. Z kolei w kontekście zobowiązań państw w zakresie ścigania przestępstw przeciwko ludzkości, szczególną uwagę należy zwrócić na esej dotyczący zasady *aut dedere aut iudicare* autorstwa Payam Akhavan (*The Universal Repression of Crimes Against Humanity before National Jurisdictions. The need for a Treaty-based Obligation to Prosecute*), a także Laury M. Olson (*Re-enforcing enforcement in a Specialized Convention on Crimes against Humanity. Inter-state cooperation, Mutual Legal Assistance and the Aut Dedere Aut Iudicare Obligation*) oraz Davida Scheffera (*Crimes against Humanity and the Responsibility*

to Protect). Relacje terroryzmu i zbrodni przeciwko ludzkości rozważają Michael P. Scharf i Michael A. Newton (*Terrorism and Crimes against Humanity*), natomiast potrzebę podpisania konwencji w kontekście objęcia zbrodni przeciwko ludzkości jurysdykcją MTK analizuje Kai Ambos w artykule pt. *Crimes against Humanity and the International Criminal Court*. Przekrój tematyczny prezentowanych referatów jest bardzo szeroki i odpowiada założeniom publikacji. Pogłębione analizy, szczegółowych względem zagadnienia tytułowego kwestii, przyczyniają się do wykreowania syntetycznego obrazu aktualnego stanu rozwoju międzynarodowego prawa karnego w dziedzinie przestępstw przeciwko ludzkości i pozwalają formułować wyzwania na przyszłość. Są one niewątpliwym walorem tej pracy, ponieważ jako tło doktrynalne wyposażają czytelnika w niezbędną wiedzę do prowadzenia głębszych rozważań nad projektem tekstu konwencji, zawartym w dalszej części książki i stanowiącym ukoronowanie prac podjętych w ramach *Crimes against Humanity Initiative*.

Projekt konwencji o zwalczaniu i przeciwdziałaniu zbrodniom przeciwko ludzkości składa się z preambuły, 27 artykułów, 6 aneksów oraz wykazu skrótów i źródeł cytowanych w notkach wyjaśniających. Szczegółowa analiza projektu pod kątem merytorycznym wymagałaby odrębnego opracowania, ale warto w tym miejscu odnotować, że projekt pozostaje w spójności z postanowieniami Statutu Rzymskiego, w szczególności w zakresie definicji zbrodni przeciwko ludzkości. Celem autorów było uzupełnienie istniejącej luki w międzynarodowym prawie karnym, tak, aby konwencja po jej ewentualnym wejściu w życie wpisała się w katalog źródeł regulujących najpoważniejsze przestępstwa międzynarodowe i tworzyła wraz z nimi zwartą całość. Nadanie projektowi formy umowy międzynarodowej należy ocenić pozytywnie, głównie ze względu na krąg potencjalnych podmiotów, które mogą ją ratyfikować. Przy okazji dyskusji nad projektem rozważano formę protokołu dodatkowego do Statutu Rzymskiego, ale zrezygnowano z takiej opcji. Gdyby ją przyjęto, protokół byłby otwarty do podpisu tylko dla państw stron Statutu Rzymskiego i jego oddziaływanie na społeczność międzynarodową byłoby osłabione, przez co nie spełniałby pożądaną funkcji prewencyjnej.

Dwa lata po publikacji recenzowanej monografii wiadomo już, że praca twórców projektu konwencji przyniosła wymierne efekty. 30 lipca 2013 r. Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ umieściła projekt konwencji o zbrodniach przeciwko ludzkości w kalendarzu swoich prac. Powołanie specjalnego sprawozdawcy planowane jest na początek 2014 r. Pozostaje zatem mieć nadzieję, że prace Komisji będą szły w kierunku otwarcia konwencji do podpisu oraz, że państwa będą szczególnie zainteresowane jej ratyfikacją. Jeśli proponowana konwencja wejdzie w życie, przyczyni się do stworzenia mechanizmów wzajemnej współpracy państw na polu przeciwdziałania i zwalczania zbrodni przeciwko ludzkości oraz wzmocni społeczność międzynarodową, dając jej legitymację do bardziej zdecydowanych działań w obliczu tego typu zbrodni.

Na zakończenie należy podkreślić, że książka *Forgoing a Convention for Crimes against Humanity* pod redakcją prof. Sadat jest dziełem szczególnym również ze względu na wytrwałość i trud osób zaangażowanych w *Crimes against Humanity Initiative*. Walory monografii są bezdyskusyjne, a wkład autorów w rozwój międzynarodowego prawa karnego jest ponadprzeciętny. Książka stanowi zatem pozycję wyjątkowo cenną dla osób interesujących się tą dziedziną prawa i z pełnym przekonaniem należy ją zarekomendować.

Olga Łachacz (UWM Olsztyn)

Jacek Skrzydło, ***Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza***, Toruń 2013, Wyd. Adam Marszałek, ss. 650.

W polskim piśmiennictwie prawniczym dotyczącym praw człowieka można zauważyć rosnącą popularność podejmowania tematów skupionych na stosowaniu Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC), w tym szczególną atencję dla analizy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). To zjawisko należy ocenić pozytywnie tak ze względów poznawczych i edukacyjnych, jak i naukowych. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, że orzecznictwo strasburskie dostarcza wielu frapujących problemów badawczych, a ponadto nie do przecenienia jest jego wpływ na europejskie i krajowe standardy ochrony praw człowieka. Dlatego opracowania analityczne, wnikające w treść i skutki orzecznictwa ETPC i omawiające często zagmatwane ścieżki zawartego tam rozumowania prawniczego, zasługują na odnotowanie. Jeszcze bardziej cieszą te pozycje, które – tak jak recenzowana monografia – przybliżają polskiemu czytelnikowi wybraną problematykę z orzecznictwa strasburskiego w zestawieniu z innym systemem ochrony praw i wolności.

Książka dra Jacka Skrzydły jest obszerną analizą komparatystyczną problematyki wolności słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i ETPC. Wprawdzie w tytule monografii Autor na pierwszym miejscu wymienia SN USA, jednak nie oznacza to, że właśnie tę jurysdykcję traktuje priorytetowo. Proporcje rozważań poświęconych orzecznictwu każdego ze wskazanych w tytule sądów są równe, a sam autor zastrzega, że jego celem nie jest „udowadnianie wyższości systemu amerykańskiego nad strasburskim, a jedynie wykazanie, że praktyka Sądu Najwyższego USA prowadzi, niekiedy kosztem innych wartości, do poszerzania granic swobody wypowiedzi w porównaniu z modelem europejskim” (s. 35–36). Ponadto

z uzasadnienia wyboru przedmiotu pracy i jej koncepcji wynika, że autor miał na celu przedstawienie europejskiego modelu ochrony wolności słowa w porównaniu z systemem amerykańskim, nie traktując systemu konwencji europejskiej tylko jako tła do rozważań o Pierwszej Poprawce do Konstytucji USA.

Mimo sygnalizowanej wcześniej obfitości opracowań dotyczących orzecznictwa strasburskiego w polskiej literaturze prawniczej, analizy komparatystyczne z uwzględnieniem systemu prawnego USA należą do rzadkości, stąd trzeba docenić oryginalność przyjętej przez autora koncepcji badań. Oryginalność ta może być jednak niekiedy problematyczna, jeśli obszary poddane analizie prawnoporównawczej nie są strukturalnie i normatywnie homogeniczne. Przykładowo, porównywanie instytucji prawnej w prawie międzynarodowym publicznym z instytucjami prawa wewnętrznego może nas prowadzić na manowce, zważywszy na odmienny sposób tworzenia, stosowania i funkcjonowania krajowego i międzynarodowego porządku prawnego. Jednak jak się wydaje, dokonany przez autora monografii wybór systemów prawnych, w ramach których analizowana jest wolność słowa, nie naraża go na zarzut – by użyć anglojęzycznego idiomu – *of comparing apples and oranges*. Status Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA w systemie prawa amerykańskiego, funkcje realizowane przez Sąd Najwyższy USA oraz orzecznictwo tego organu w dziedzinie wolności słowa niewątpliwie dają asumpt do badań porównawczych nad analogicznymi funkcjami wypełnianymi w systemie EKPC przez trybunał strasburski w odniesieniu do „wolności ekspresji”, gwarantowanej w artykule 10 konwencji europejskiej.

Bogactwo problemów poruszanych przez autora w rozdziale pierwszym książki daleko wykracza poza wskazane w jego tytule „Funkcje Sądu Najwyższego USA i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i poziomu standardów ochrony”. Po krótkich uwagach w odniesieniu do metodyki badań komparatystycznych, autor prezentuje „standard amerykański” oraz „standard strasburski”, omawiając m.in. zakres kognicji SN USA i stosowane przez ten organ sposoby wykładni Konstytucji Stanów Zjednoczonych. W podrozdziale na temat „standardu strasburskiego” J. Skrzydło przedstawia rozważania na temat charakteru prawnego i interpretacji EKPC, rekomendacji Zgromadzenia Parlamentarnego i Komitetu Ministrów Rady Europy, zakresu kognicji ETPC oraz relacji między trybunałem strasburskim a sądami krajowymi państw członkowskich. Interesujące są zamieszczone w kolejnym podrozdziale refleksje o interakcji systemu amerykańskiego i strasburskiego, w tym zwłaszcza na temat stosunkowo skromnego dialogu między SN USA i ETPC w płaszczyźnie orzeczniczej (s. 67–68 i 72–74). Należy przy tym podzielić stanowisko Autora, iż znikomy zakres wzajemnego odwoływania się do standardów wypracowanych w obu jurysdykcjach jest uwarunkowany kulturowo i wręcz psychologicznie. Poza tym w związku z odmiennością koncepcji wolności słowa w Pierwszej Poprawce do Konstytucji USA oraz EKPC uzasadniona jest ostrożność w korzystaniu przez trybunał strasburski z *rationes decidendi* wyrażonych w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA

(por. opinię odrębną sędzi H. Keller do wyroku *Faber p. Węgrom* z 24.7.2012 – przywoływaną przez autora na s. 71).

Rozpoczętą w rozdziale I prezentację podstaw normatywnych ochrony wolności słowa w USA i na podstawie EKPC autor kontynuuje w rozdziale II i III swojej pracy. J. Skrzydło w obu przypadkach zakreśla najpierw szerokie tło historyczne norm chroniących wolność słowa w obu systemach (s. 90–102 oraz 133–137), a następnie prowadzi czytelnika przez meandry orzecznictwa SN USA i EKPC na tle – odpowiednio – Pierwszej Poprawki oraz art. 10 EKPC. W obu rozdziałach analiza dokonana przez autora jest uzupełniana refleksjami o funkcjonowaniu systemu prawa amerykańskiego i konwencyjnego. Rozdział III (dotyczący art. 10 EKPC) ma jednak nieco inną – i bardziej przejrzystą – strukturę, w ramach której autor omawia orzecznictwo ETPC z podziałem na kategorie tematyczne. Komentowane wyroki EKPC dotyczą kolejno: swobody wypowiedzi w debacie publicznej, wypowiedzi komercyjnych, swobody wypowiedzi urzędników publicznych, krytyki sądów i sędziów, wypowiedzi artystycznych, zakazu wypowiedzi. Zaletą przeglądu dokonanego przez autora jest jednoczesne zestawianie go z rozstrzygnięciami SN USA i formułowanie ocen prawnoporównawczych. Autor realizuje w ten sposób założenia metodologiczne postawione w recenzowanej książce.

W ramach analizy orzecznictwa ETPC na tle art. 10 konwencji Autor w podrozdziale 3.4. szczególnie wyróżnił problematykę ochrony wypowiedzi prasowych dotyczących osób publicznych, poddając drobiazgowej analizie wyroki trybunału w sprawach *Von Hannover p. RFN (1)*, *MGN Limited p. Zjednoczonemu Królestwu* oraz *Von Hannover p. RFN (2)*. J. Skrzydło nie ukrywa swojego krytycznego stosunku do zapadłych w ostatniej dekadzie orzeczeń, w których wolność prasy zderza się z prawem do prywatności osób publicznych. Zdaniem autora, rozstrzygnięcia trybunału w tego typu sprawach powodują ryzyko erozji standardu wolności ekspresji. J. Skrzydło wywodzi, że prawo do prywatności osób publicznych jest chronione zbyt szeroko w zestawieniu z wolnością wypowiedzi prasowych, czemu winne jest rozciągnięcie zakresu ochrony prywatności na relacje horyzontalne (o czym niżej) oraz błędne przyjęcie przez ETPC błędnej tezy o równorzędności art. 8 i 10 konwencji. Autor podkreśla, że ochrona „praw i wolności innych osób” jest jednym z kryteriów oceny celowości ingerencji państwa w wolność ekspresji, a więc „wyjątkiem od zasady”. Tymczasem w większości omawianych spraw trybunał zdaje się nie traktować klauzuli „praw i wolności innych osób” jako wyjątku, preferując kontrolę zgodności wyroku krajowego z kryteriami strasburskimi, a nie „własną” ocenę zarzucanej ingerencji w wolność słowa.

J. Skrzydło formułuje ciekawy pogląd, że tendencja do weryfikacji prawidłowości zastosowania standardu strasburskiego przez sąd krajowy zamiast własnej oceny Trybunału przypomina tzw. domniemanie ekwiwalencji ochrony ze sprawy *Bosphorus p. Irlandii*. Autor wysuwa przypuszczenie, iż „ETPC dąży do wprowadzenia ogólnego domniemania, że krajowy porządek prawny państw należących do Rady Europy, przynajmniej w sprawach na tle art. 10 Konwencji, zapewnia taką samą ochronę jak system strasburski”

(s. 198). Domniemanie ekwiwalencji ochrony ze sprawy *Bosphorus* polegało na ustaleniu, że akty państwa dokonywane w ramach zobowiązań wynikających z członkostwa w organizacji międzynarodowej mogą korzystać z wzruszalnego domniemania zgodności z konwencją, jeśli organizacja (UE w przypadku sprawy *Bosphorus*) chroni prawa człowieka w sposób ekwiwalentny do zobowiązań państwa na podstawie EKPC. J. Skrzydło słusznie stwierdza, że „zaadaptowanie tej koncepcji na potrzeby stosowania art. 10 konwencji, nawet w ograniczonym tylko zakresie konfliktu między swobodą wypowiedzi a ochroną prywatności, nie daje się obronić z punktu widzenia struktury praw i wolności konwencyjnych” (s. 199). Podzielam pogląd, że specyfika domniemania ekwiwalencji ochrony ze sprawy *Bosphorus* w zasadzie wyklucza jego adaptację do celów innych niż działania państwa wykonującego zobowiązania płynące z członkostwa w organizacji. Nie sądzę ponadto, aby w orzeczeniach ETPC na tle wypowiedzi prasowych wobec osób publicznych można było zidentyfikować stosowanie tego typu domniemań. Warto jednak przy tej okazji odnotować, że skoro zobowiązania na podstawie EKPC stały się już częścią wszystkich porządków prawnych państw–stron, nie będzie przesadą stwierdzenie, że w prawie krajowym państw–stron konwencji należy oczekiwać co najmniej takiego poziomu ochrony praw i wolności, jak ten wynikający z EKPC. Chodzi oczywiście o standard normatywny, rozwinięty w orzecznictwie strasburskim; osobną sprawą jest natomiast realny poziom ochrony krajowej, wynikający z różnych czynników, w tym orzecznictwa sądów powszechnych i konstytucyjnych państw–stron konwencji.

Równie zajmujące i prawniczo doniosłe kwestie są poruszane przez autora w rozdziale IV, zatytułowanym „Płaszczyzny obowiązywania regulacji chroniących wolność słowa”. Pod tym cokolwiek tajemniczym tytułem kryją się przede wszystkim refleksje na temat rozszerzania tradycyjnej, wertykalnej struktury zobowiązania z zakresu praw człowieka (państwo zobowiązane – podmiot uprawniony) na relacje poziome, czyli horyzontalne. Chodzi tu zatem o zakres obowiązywania i stosowania norm chroniących wolność słowa w aspekcie podmiotów zobowiązanych, a nie we wszystkich możliwych „płaszczyznach” (np. temporalnej). W pierwszej części rozdziału autor poddaje analizie amerykańską koncepcję *state action*, wskazując, iż z wyjątkiem Trzynastej Poprawki (zakazującej niewolnictwa na terytorium USA) i nielicznymi wyjątkami sformułowanymi w orzecznictwie SN USA (*public function exception* i *entanglement exception*), amerykański system konstytucyjny nie zna skutku horyzontalnego norm chroniących prawa i wolności, jak również koncepcji obowiązków pozytywnych (s. 202–224).

Rozważania na temat skutku horyzontalnego art. 10 EKPC J. Skrzydło rozpoczyna od propozycji definicji, według której „skutek horyzontalny konwencji polega na dopuszczeniu do obowiązywania i stosowania jej postanowień między podmiotami niepaństwowymi oraz że sąd może na żądanie powoda udzielić mu ochrony prawnej bezpośrednio na podstawie jej przepisów” (s. 226). Autor omawia genezę koncepcji skutku horyzontalnego, przypominając o jej zapożyczeniu z niemieckiego prawa konstytucyjnego (teoria

Drittwirkung) (s. 231–236). W dalszej kolejności przedmiotem wywodu są: koncepcja obowiązków pozytywnych (s. 237–249), uwagi o przypisywalności aktów państwa podmiotom niepaństwowym (s. 249–258), przekroczeniu przez trybunał kompetencji *ratione materiae* (s. 258–262), wadliwym stosowaniu klauzuli limitacyjnej (s. 262–266) oraz problemach z określeniem szerokości marginesu swobodnej oceny (s. s. 266–270). Zestawienie powyższych tematów może sprawiać wrażenie pewnego eklektyzmu, niemniej rozważania autora cały czas koncentrują się na horyzontalnym skutku konwencji i różnych jego „odcieniach”.

Zawarte w rozdziale IV rozważania – mimo swej zawichości, zwłaszcza dla czytelnika mniej obeznanego z systemem EKPC i orzecznictwem strasburskim – zawierają jedną z kluczowych tez autora, systematycznie wyłożoną w ostatnim podrozdziale (s. 270–275), a sprowadzającą się do krytyki horyzontalnego skutku konwencji. J. Skrzydło wskazuje, że w przypadku art. 8 i 10 EKPC mamy do czynienia z „orzecznictwem korygowaniem Konwencji przez pozbawienie części przepisu znaczenia prawnego” (s. 271), ponieważ obie normy w swojej treści podają konkretnego adresata obowiązku, tj. władzę publiczną (por. fragment w art. 10 ust. 1 EKPC: ...bez przeszkód ze strony władz publicznych... oraz w art. 8 ust. 1: ... bez ingerencji ze strony władz publicznych...). Przeciwno skutkowi horyzontalnemu konwencji przemawia także – zdaniem Autora – konstrukcja klauzul limitacyjnych, bowiem przyjmując hipotezę o obowiązywaniu horyzontalnym, zakaz ingerencji w prawa chronione przez art. 8 ust. 1 lub 10 ust. 1 EKPC byłby absolutny, skoro klauzula limitacyjna „nie nadaje się do zastosowania przez podmiot prywatny ani wprost, ani w drodze analogii” (s. 273). Tylko władza publiczna ma według autora „zdolność ingerencyjną” w wolność słowa; nie ma jej natomiast podmiot prywatny, niebędący adresatem zakazów wynikających z art. 10 EKPC (s. 274). Dlatego J. Skrzydło zdecydowanie krytykuje możliwość przypisania państwu odpowiedzialności *de facto* za każde orzeczenie sądu krajowego, rozstrzygające prywatnoprawny spór na tle wolności słowa (zob. s. 261–262). Ponadto autor twierdzi, iż „przenoszenie zasad odpowiedzialności państwa na relacje horyzontalne nie tylko nie znajduje uzasadnienia w prawie międzynarodowym, ale ponadto może przyczynić się do osłabienia poziomu ochrony swobody wypowiedzi. (...) W regularnie zdarzających się w praktyce przypadkach konfrontacji z prawem do prywatności swoboda wypowiedzi będzie częściej ustępować właśnie w wyniku zbyt ekspansywnego działania koncepcji obowiązków pozytywnych” (s. 269–270).

Staranną i rzeczową krytykę skutku horyzontalnego dokonaną przez autora należy uznać za słuszną w zakresie, w jakim dotyczy ona podłoża normatywnego, tj. treści i konstrukcji art. 10 EKPC w związku z celem i przedmiotem konwencji. W pełni zgadzam się tezą, iż konwencja nie została zaprojektowana do wywodzenia odpowiedzialności za naruszenie zawartych tam zobowiązań przez podmioty niepaństwowe, niemające żadnego związku z wykonywaniem władzy publicznej. W razie ewentualnych wątpliwości, trybunał powinien zastosować zasady ustalone w powszechnym

prawie o odpowiedzialności państwa co do warunków przypisania państwu aktów podmiotów niepaństwowych. Jeśli ingerencja w prawa chronione na podstawie art. 10 ust. 1 EKPC została dokonana przez podmiot *stricto* prywatny, państwo może być zobowiązane do udzielenia ochrony prawnej podmiotowi pokrzywdzonemu na zasadzie obowiązków pozytywnych wynikających z prawa do prywatności. Natomiast przypisywanie samego aktu (i w konsekwencji – odpowiedzialności) władzy publicznej z uwagi na to, że sąd cywilny rozstrzygnął spór dotyczący wolności słowa, rozmija się z konstrukcją normatywną zawartą w art. 10 ust. 1 konwencji. Oczywiście wątpliwości co do publicznoprawnego charakteru ingerencji nie ma w przypadku ścigania prawnokarnego w związku z nadużyciem wolności słowa.

Podzielając w powyższym zakresie krytykę wyrażoną przez J. Skrzydło, chcę jednak odnotować, że zapewne dałoby się także bronić poglądu, iż publicznoprawny charakter ingerencji wynika z traktowania każdego wyroku sądu jako aktu państwa (ang. *act of State*) w rozumieniu prawa o odpowiedzialności (art. 4 ust. 1 *Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne*, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 56/83 z 12.12.2001 r.). Jeśli z wyroku – aktu państwa – wynikają negatywne (finansowe) konsekwencje dla podmiotu prywatnego, który skorzystał z wolności słowa (według sądu krajowego – ekscesywnie), to dlaczego nie mielibyśmy uznać, że mamy do czynienia z pośrednią ingerencją właśnie ze strony państwa? Przy takim założeniu państwo nie odpowiada przeciw za „źródłową” ingerencję w wolność słowa, dokonaną przez podmiot prywatny, lecz za „swoją własną”.

Drugą kwestią, którą warto podnieść na tle krytyki wyrażonej w książce dra J. Skrzydło, jest ocena horyzontalnego oddziaływania wolności słowa w art. 10 EKPC na poziom ochrony tej wolności. Zdaniem autora, skutek horyzontalny art. 10 konwencji wcale nie poprawia poziomu ochrony, lecz przeciwnie – osłabia go wskutek „ekspansywności” koncepcji obowiązków pozytywnych na tle art. 8 konwencji i stopniowej redukcji idei wolności słowa w takim kształcie, w jakim ukształtował się standard ochrony strasburskiej w latach 70. i 80. XX wieku (wyroki ETPC w sprawach *Handyside p. Zjednoczonemu Królestwu* i *Sunday Times p. Zjednoczonym Królestwu* oraz późniejsze). Muszę przyznać, że w tym zakresie trudno mi podzielić tak jednoznaczną krytykę autora. Obserwując rozwój orzecznictwa strasburskiego na tle art. 10 EKPC można wprawdzie zasadnie wyrażać wątpliwości co do metodologii i rezultatu poszczególnych rozstrzygnięć, natomiast nie mam wrażenia, aby właśnie wskutek pośredniego oddziaływania horyzontalnego zakres przedmiotowy ochrony wolności słowa kurczył się czy też obniżał.

Rozdział V książki nosi tytuł „Granice ingerencji w wolność słowa” i zawiera na początku rozważania aksjologiczne, a następnie analizę „klauzuli limitacyjnej” Pierwszej Poprawki oraz art. 10 EKPC. Następnie autor porównuje *strict scrutiny test* stosowany dla oceny konstytucyjności prawa amerykańskiego i zakładający wykazanie „przemożnego interesu publicznego” z koncepcją marginesu oceny, rozwijaną w orzecznictwie strasburskim.

W ostatnim i najobszerniejszym rozdziale (s. 392–602) J. Skrzydło kontynuuje rozważania porównawcze nad amerykańskim i europejskim standardem wolności słowa w odniesieniu do konkretnych zagadnień, zapoczątkowane przeglądem tematycznym w rozdziale III (na s. 150–179). Kolejno analizowane są stanowiska SN USA oraz ETPC, dotyczące wypowiedzi symbolicznych (s. 392–411), „negatywnego wymiaru” wolności słowa (*compelled speech*, s. 411–443), wypowiedzi nawołujących do naruszenia prawa (s. 443–466), wolności słowa osób zatrudnionych przez państwo (s. 466–499), wolności słowa w debacie publicznej, w tym zwłaszcza prowadzonej w mediach (s. 499–602). Książka zawiera ponadto krótkie podsumowanie (s. 603–607), wykaz orzecznictwa amerykańskiego i europejskiego (tj. przede wszystkim ETPC), a także sądów krajowych oraz wykaz literatury (s. 637–650).

Nie ulega wątpliwości, że autor zrealizował swoje założenia badawcze, polegające na analizie komparatystycznej sądowego stosowania Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA oraz art. 10 konwencji. Książka dra J. Skrzydły stanowi lekturę obowiązkową dla czytelnika zajmującego się zawodowo lub naukowo prawami człowieka, w tym zwłaszcza poszukującego wiedzy na temat orzecznictwa SN USA i ETPC na tle wolności słowa. Autor rekonstruuje, analizuje i porównuje praktycznie wszystkie konstrukcje prawnicze występujące w orzeczeniach wspomnianych sądów w związku z – odpowiednio – Pierwszą Poprawką lub art. 10 EKPC. Ponadto J. Skrzydło włącza do swoich rozważań opisy stanu faktycznego badanych orzeczeń, co niewątpliwie ułatwia podążanie czytelnikowi za wywodami sutora. Na uwagę zasługuje także wykorzystanie w książce klasycznej, jak i najnowszej literatury przedmiotu.

Michał Balcerzak (UMK Toruń)