

5

2014

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, VÁCLAV STEHLIK (OŁOMUNIEC), JANUSZ SYMONIDES,
KEIICHI YAMANAKA (OSAKA), JERZY ZAJADŁO**

Komitet Redakcyjny

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

Recenzenci

**MICHAŁ BALCERZAK, PAVEL BUREŠ (OŁOMUNIEC), BOŻENA GRONOWSKA, KAROL KARSKI,
TOMÁŠ LALIK (BRATYSŁAWA), JOANNA NOWAKOWSKA-MALUSECKA, ZBIGNIEW SUHECKI
(RZYM), ADAM WIŚNIEWSKI**

Sekretarz redakcji

JAKUB CZEPEK, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redakcja tomu

JAKUB CZEPEK, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redaktor wydawniczy

DANUTA JAMIOŁKOWSKA

Projekt okładki

MARIA FAFIŃSKA

Adres Redakcji

**Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego WPiA UWM w Olsztynie
Al. Warszawska 98, 19-702 Olsztyn
tel. 89 523-48-00, e-mail: jakub.czepek@uwm.edu.pl; m.lubiszewski@uwm.edu.pl**

ISSN 2082-1786

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2014

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 120 egz., ark. wyd. 16,5; ark. druk. 14
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 124

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek , Prawo do życia a czas ratyfikacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – ewolucja stanowiska ETPC	5
Michał Indan-Pykno , Postępowanie dyscyplinarne wobec adwokatów z perspektywy standardów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu	15
Przemysław Komorowski , Prawo rodziców do wychowania dzieci w zgodzie z własnymi przekonaniami a neutralność światopoglądowa państwa w Europie	35
Adrian Pachciarz , Religijnie motywowana dieta więźniów. Refleksje na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie <i>Vartic przeciwko Rumunii</i>	53
Joanna Rezmer , Wolności naukowców w świetle orzecznictwa strasburskiego	65
Magdalena Sitek , Współczesne dylematy praw kulturalnych	79
Marta Szuniewicz , Deportacja cudzoziemców w świetle zobowiązań z artykułu 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	91

MISCELLANEA

Paweł Czubik , Aktywność konsularna w zakresie transgranicznego transportu zwłok – analiza podstawowych regulacji na tle działań podjętych po katastrofie smoleńskiej wobec wątpliwości co do zakazu otwierania trumien	117
Dobrochna Bach-Golecka, Karol Karski , Perspektywy ustanowienia Wspólnej Polityki Demograficznej Unii Europejskiej: aspekty merytoryczne i prawne	131
Piotr Daranowski , Ludność rdzenna – prawo do samostanowienia – Grenlandia	143
Stefan Hambura, Jan Sandorski , Roszczenia Polonii w Niemczech – wczoraj i dziś	159
Bogna Orłowska-Zielińska, Krystyna Szczechowicz , Rodzina a prawny zakaz stosowania kar fizycznych wobec małoletnich	181
Kamila Naumowicz , Zapłodnienie pozaustrojowe na przykładzie włoskich rozwiązań prawnych w kontekście dyskusji o polskiej ustawie bioetycznej	195
Krystyna Ziółkowska, Klaudia Stelmaszuk , Wybrane instytucje prawa pracy służące polityce prorodzinnej	211

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAWS

Jakub Czepek , The Right to Life and the Ratification Date of the European Convention on Human Rights – The Evolution of ECHR’s Case-law	5
Michał Indan-Pykno , Attorney’s disciplinary proceedings and the standards of European Court of Human Rights	15
Przemysław Komorowski , Right of Parents to Ensure Education of Their Children in Conformity with Their Own Convictions and State’s Neutrality Principle in Europe	35
Adrian Pachciarz , Religiously motivated diet of prisoners. Reflections on the background of the judgment of the European Court of the Human Rights on the Vartic v. Romania	53
Joanna Rezmer , Freedoms of Scientific Researchers in the Light of Strasbourg Caselaw	65
Magdalena Sitek , Contemporary dilemmas of cultural rights	79
Marta Szuniewicz , An expulsion of aliens in the light of obligations from Article 8 of the European Convention on Human Rights	91

MISCELLANEA

Paweł Czubik , Consular activity in the field of cross-border transport of corpses – an analysis of the basic regulation against the actions taken after the Smolensk crash and doubts about the ban on opening coffins	117
Dobrochna Bach-Golecka, Karol Karski , Prospects of the Creation of a Common Demographic Policy of the European Union: Substantive and Legal Aspects	131
Piotr Daranowski , Indigenous people – right to self-determination – Greenland	143
Stefan Hambura, Jan Sandorski , Claims of Polish Community in Germany – Yesterday and Today	159
Bogna Orłowska-Zielińska, Krystyna Szczechowicz , Family and legal prohibition corporal punishment of minors	181
Kamila Naumowicz , In vitro fertilization illustrated by Italian legal solutions in the context of the discussion about the Polish Bioethical Law	195
Krystyna Ziółkowska , Klaudia Stelmaszuk, Institutions of labour law for family policy-selected aspects	211

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Prawo do życia a czas ratyfikacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – ewolucja stanowiska ETPC

Słowa kluczowe: zakres temporalny art. 2, *Janowiec i inni przeciwko Rosji, Šilih przeciwko Słowenii*, kryteria Šilih, aspekt proceduralny art. 2

Wszystkie umowy międzynarodowe, a taką jest przecież także Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC) posiadają swój wymiar temporalny. Każda umowa międzynarodowa obowiązuje w określonym przedziale czasu. Najczęściej umowa zaczyna obowiązywać po jej ratyfikacji – i ewentualnym upływie przewidzianego wcześniej terminu – czyli po formalnym związaniu się umową przez Państwa–Stronę. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku EKPC oraz Protokołów Dodatkowych do niej.

Potwierdza to Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów, która stanowi: *Jeżeli odmienny zamiar nie wynika z traktatu ani nie jest ustalony w inny sposób, jego postanowienia nie wiążą strony w odniesieniu do żadnej czynności lub zdarzenia, które miały miejsce, ani w odniesieniu do żadnej sytuacji, która przestała istnieć przed dniem wejścia w życie traktatu w stosunku do tej strony*¹.

A. Wyrozumska podkreśla, że w sferze stosowania umów międzynarodowych ważną rolę odgrywa zasada nieretroaktywności, która traktowana jest dość restrykcyjnie, ponieważ podporządkowana jest konieczności pogodzenia dwóch interesów, z jednej strony bezpieczeństwa prawnego, z drugiej umożliwienia stosowania nowych norm prawa międzynarodowego².

Zasięg temporalny EKPC nie odbiega od tej reguły. Chronionych w Konwencji praw można dochodzić tylko jeżeli naruszenie miało miejsce po jej wejściu w życie wobec danego Państwa–Strony.

¹ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów z dn. 22 maja 1969 (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439), art. 28.

² A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*. Warszawa 2006, s. 280.

Wyjątkową sytuacją jest taka, kiedy chodzi o naruszenie prawa do życia w jego aspekcie proceduralnym, w sytuacji, gdy samo zdarzenie główne miało miejsce jeszcze przed wejściem w życie Konwencji wobec danego Państwa–Strony. Głównym celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy dotychczasowego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w tego rodzaju sprawach.

Przed rozpoczęciem dalszych rozważań warto wyjaśnić dokładnie zagadnienie proceduralnego aspektu art. 2 Konwencji, który chroni prawo do życia jednostki.

1. Zagadnienie aspektu proceduralnego prawa do życia

Artykuł 2 EKPC, chroniący prawo do życia, milczy na temat aspektu proceduralnego i materialnego prawa do życia. Są to zagadnienia wywiedzione z Konwencji w orzecznictwie Trybunału. Ich główne założenia wynikają z teorii zobowiązań pozytywnych wynikających z Konwencji (zwłaszcza w sferze art. 2 i 3).

Aspekt materialny wiąże się z „klasycznym” pojmowaniem prawa do życia. Obejmuje on przede wszystkim zdarzenie powodujące śmierć oraz jej szeroko pojęte okoliczności. Chodzi o sytuację, gdy okoliczności śmierci stanowią naruszenie Konwencji. Trybunał już kilkanaście lat temu stwierdzał konieczność uzupełniania warstwy materialnej art. 2 obowiązkami pozytywnymi o charakterze proceduralnym.

Wspomniany obowiązek proceduralny początkowo dotyczył głównie konieczności przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa. Wówczas ETPC opierał się o łączne zastosowanie art. 2 i art. 1 EKPC. Art. 1 gwarantuje *każdej osobie podlegającej jurysdykcji Państwa–Strony prawa i wolności określone w Konwencji*³. Początkowo właśnie takie łączne zastosowanie art. 2 i art. 1 stanowiło podstawę obowiązków proceduralnych Państwa–Strony⁴.

Obowiązek ten ewoluował. Z czasem Trybunał uznał, że zobowiązania pozytywne o charakterze proceduralnym wynikają z samego art. 2 Konwencji bez potrzeby stosowania art. 1. Obecnie Trybunał wspomina już wyłącznie o aspekcie materialnym prawa od życia oraz jego aspekcie proceduralnym. Traktuje je jako odrębne elementy prawa z art. 2⁵.

³ Art. 1 stanowi: *Wysokie Układające się strony zapewnią każdej osobie podlegającej ich jurysdykcji prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej Konwencji.*

⁴ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Oğur przeciwko Turcji* z 20.05.1999, nr skargi 21594/93, § 88; zob. także wyrok ETPC w sprawie *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, z 27.09.1995, nr skargi 18984/91 § 161; wyrok ETPC w sprawie *Yaşa przeciwko Turcji* z 2.9.1998, nr skargi 22495/93, § 98; *Assenov i inni przeciwko Bułgarii* z 28.10.1998, nr skargi 24760/94, § 102.

⁵ Szerzej: A.R. Mowbray, *The Development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford–Portland–Oregon, 2004, s.27 i nn.; J. Czepek, *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw*

Trybunał w swym orzecznictwie zakłada, że każdy przypadek śmierci jednostki wymaga zbadania zarówno okoliczności zdarzenia powodującego śmierć, jak też ustalenia ewentualnych winnych oraz doprowadzenia ich do odpowiedzialności. Takie śledztwo musi spełniać wymogi niezależności, skuteczności, transparentności oraz sprawności⁶.

Aspekt proceduralny prawa do życia obejmuje jednak nie tylko konieczność przeprowadzenia skutecznego śledztwa. Może on obejmować również dalsze etapy postępowania przed sądami i organami krajowymi. Trybunał wskazuje, że wymaga to ustanowienia skutecznego i niezawisłego systemu sądowego, by przyczyna śmierci mogła zostać ustalona, a osoby odpowiedzialne pociągnięte do odpowiedzialności⁷. Coraz częściej dochodzi do sytuacji w których Trybunał stwierdza uchybienia po stronie sądów krajowych, które w toku postępowania nie były w stanie doprowadzić do ustalenia okoliczności śmierci jednostki i pociągnięcia ewentualnych winnych do odpowiedzialności⁸. Stanowi to naruszenie aspektu proceduralnego prawa do życia.

Właśnie w rozwoju i niejako oddzieleniu aspektu proceduralnego prawa do życia od jego aspektu materialnego należy upatrywać możliwość dochodzenia naruszenia prawa do życia (w aspekcie proceduralnym) w związku ze zdarzeniem powodującym śmierć, które miało miejsce jeszcze przed wejściem w życie Konwencji wobec danego Państwa–Strony. Chodzi o sytuację, w którejjsamo materialne naruszenie prawa do życia (czyli okoliczności śmierci) nie może być zbadane, ponieważ miało to miejsce przed wejściem w życie EKPC wobec Państwa–Strony. Z kolei postępowanie w tej sprawie może w dalszym ciągu się toczyć i stanowić naruszenie prawa do życia w jego aspekcie proceduralnym. Może się to wiązać np. z przewlekłością postępowania albo nieskutecznością organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości.

Warto oddzielnie przyjrzeć się orzecznictwu strasburskiemu w tej materii.

2. Ewolucja zakresu temporalnego prawa do życia w orzecznictwie ETPC

Początkowo Trybunał nie rozbudowywał ani nie definiował zbyt szeroko możliwości naruszenia proceduralnego aspektu art. 2 w sytuacji, kiedy śmierć miała miejsce przed wejściem w życie EKPC wobec danego Państwa–

człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Olsztyn 2014, s. 71 i nn.; J. Czepek, *State's Positive Obligations under Article 2 of the ECHR. Part. 2 – Procedural Obligations*, [w:] S. Ożóg (ed.), *Modern Challenges of Human Rights Protection. Selected Problems*, Olsztyn 2011, s.10 i nn.

⁶ Zob. L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I. *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 84 i nn.

⁷ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce* z 27.6.2006 r., nr skargi 11562/05, § 104.

⁸ *Ibidem*, § 114 i nn.; wyrok ETPC w sprawie *Przemek przeciwko Polsce* z 17.9.2013, nr skargi 22426/11.

–Strony. W decyzji o warunkach dopuszczalności w połączonych sprawach *Moldovan i inni przeciwko Rumunii* oraz *Rosta⁹ i inni przeciwko Rumunii*⁹ ETPC zbadał postępowanie, które dotyczyło pogromu Romów w dniu 20.09.1993 r. Samo zdarzenie miało miejsce przed związaniem się Konwencją przez Rumunię (20.06.1994 r.), chociaż braki w postępowaniu pojawiły się już po tej dacie.

W tej sprawie Trybunał uznał, że zgodnie z ogólnie uznanymi regułami prawa międzynarodowego Konwencja może mieć zastosowanie jedynie wobec faktów, które nastąpiły po wejściu jej w życie w odniesieniu do danego Państwa–Strony. A skoro obowiązek przeprowadzenia skutecznego postępowania, które będzie mogło doprowadzić do identyfikacji i ukarania sprawców jest połączony z wydarzeniami, które nie mogą być zbadane przez Trybunał to ETPC nie jest właściwy *ratione temporis*, aby zbadać proceduralnego naruszenia art. 2¹⁰.

I. C. Kamiński słusznie określa takie stanowisko Trybunału jako rygorystyczne i dodaje, że zostało ono nieco złagodzone¹¹ w sprawie *Voroshilov przeciwko Rosji*¹². Trybunał zbadał w niej, czy doszło do naruszenia art. 3 Konwencji i uznał, że jest niewłaściwy *ratione temporis*. ETPC zwrócił jednak uwagę, że musiał tak uznać, ponieważ nie był w stanie zbadać, czy skarżący poczynił „wiarygodne twierdzenia” (*credible assertions*). Trudno się nie zgodzić, z I. C. Kamińskim, który wskazuje, że Trybunał zasugerował, że gdyby okoliczności zdarzeń i tożsamość sprawców nie budziły wątpliwości (a więc wystąpiłyby „wiarygodne twierdzenia”), ETPC mógłby uznać swoją właściwość temporalną¹³.

W kolejnej sprawie dotyczącej naruszenia art. 3, w której samo zdarzenie miało miejsce przed związaniem się przez Państwo–Stronę Konwencją, Trybunał umożliwił rozpoznanie skargi. W sprawie *Bălăşoiu przeciwko Rumunii* ETPC radykalnie zmienił swe dotychczasowe podejście. Badając okoliczności

⁹ Decyzja ETPC w sprawie *Moldovan i inni przeciwko Rumunii* oraz *Rosta⁹ i inni przeciwko Rumunii* z 13.3.2001 r., nr skargi 41138/98, 64320/01.

¹⁰*Ibidem*, zob. także 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 Płockiego*, t. I, Olsztyn 2012, s. 83–84; I. C. Kamiński, *Właściwość czasowa (ratione temporis) Europejskiego Trybunału Praw człowieka w Strasburgu w sprawach dotyczących prawa do życia – uwagi na kanwie „skarg katyńskich”*, [w:] T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska (red.) *Europejska konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – Perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011, s. 337; I. C. Kamiński, *Historical Situations in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Strasbourg*, *Polish Yearbook of International Law*, No XXX, 2010, s. 15.

¹¹ I. C. Kamiński, *Wyrok Europejskiego...*, s. 84; I. C. Kamiński, *Właściwość czasowa...*, s. 337.

¹² Decyzja ETPC w sprawie *Voroshilov przeciwko Rosji* z 8.12.2005, nr skargi 21501/02.

¹³ I. C. Kamiński, *Wyrok Europejskiego...*, s. 84; I. C. Kamiński, *Właściwość czasowa...*, s. 338.

podobne do sprawy *Moldovan* Trybunał zdecydował, że zbada naruszenie w aspekcie proceduralnym pomimo niemożności zbadania skargi w aspekcie materialnym¹⁴.

Po tej decyzji Trybunał określił standardy dotyczące temporalnego zastosowania Konwencji. Dokonał tego w wyroku *Blečić przeciwko Chorwacji*¹⁵. Warto dodać, że przedmiotem sprawy nie było prawo do życia, a prawa do własności.

ETPC zbadał w nim sprawę skarżącą, która jeszcze przed wejściem w życie Konwencji wobec Chorwacji posiadała szczególnie chronione prawo do najmu mieszkania. W związku z działaniami zbrojnymi oraz rozpadem byłej Jugosławii w latach 90-tych ubiegłego stulecia, skarżąc utraciła mieszkanie. ETPC aby stwierdzić, czy doszło do naruszenia Konwencji, musiał zbadać (a częściowo nawet określić) swą właściwość temporalną.

Wyrok w tej sprawie stał się podstawą do określenia zakresu temporalnego Konwencji. Trybunał przywołał swe wcześniejsze stanowisko (zwłaszcza w sprawach *Moldovan i inni przeciwko Rumunii oraz Rosta^o i inni przeciwko Rumunii* oraz *Zana przeciwko Turcji*¹⁶) i stwierdził, że jurysdykcja temporalna powinna być określona w odniesieniu do faktów kluczowych dla zarzuconej ingerencji. Późniejszy brak reakcji na ingerencję nie może mieścić się w ramach czasowej właściwości Trybunału¹⁷.

ETPC wskazał również, że aby określić jego właściwość temporalną należy dokładnie zidentyfikować, w każdej szczególnej sprawie, czas domniemanej ingerencji. Aby tego dokonać Trybunał musi wziąć pod uwagę zarówno fakty dotyczące zarzutów skarżącego, jak i zakres prawa chronionego w Konwencji¹⁸.

Wreszcie, ETPC zwrócił uwagę, że Konwencja nie nakłada na państwa szczególnego obowiązku zadośćuczynienia za naruszenia powstałe przed datą związania się przez Państwo–Stronę EKPC. Odmienne stanowisko oznaczałoby retroaktywne stosowanie umowy międzynarodowej, sprzeczne z ogólnie uznanymi regułami prawa międzynarodowego oraz kwestionowanie rozróżnienia na naruszenie i reparacje, które charakteryzuje reguły prawne dotyczące odpowiedzialności państwa¹⁹.

I. C. Kamiński ocenia, że zgodnie z wyrokiem *Blečić* poza kognicją Trybunału muszą pozostać „czasowo zamknięte” akty. Obowiązek proceduralny, wynikający z prawa do życia, zdawał się kwalifikować je jako jedną z prawnych reakcji na zamknięte temporalnie zdarzenie²⁰.

¹⁴ Decyzja ETPC w sprawie *Bălăsoiu przeciwko Rumunii* z 2.9.2003, nr skargi 37424/97.

¹⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Blečić przeciwko Chorwacji* z 8.3.2006, nr skargi 59532/00.

¹⁶ *Ibidem*, § 75-76; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Zana przeciwko Turcji* z 25.11.1997, nr skargi 18954/91.

¹⁷ *Ibidem*, § 77.

¹⁸ *Ibidem*, § 82.

¹⁹ *Ibidem*, § 81; zob. także I. C. Kamiński, *Właściwość czasowa...*, s. 340.

²⁰ I.C.Kamiński, *Wyrok Europejskiego...*, s. 85–86; I. C. Kamiński, *Właściwość czasowa...*, s. 340.

Jasne stanowisko dotyczące obowiązków proceduralnych wynikających z art. 2 w związku ze zdarzeniem, które miało miejsce przed wejściem w życie Konwencji wobec danego państwa, Trybunał wyraził w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii*²¹.

3. Określenie standardu temporalnego zakresu art. 2 – *Šilih przeciwko Słowenii*

Trybunał w sprawie *Šilih* częściowo odszedł od swoich wcześniejszych – i niekiedy rozbieżnych – stanowisk. Właściwie, biorąc pod uwagę obecną linię orzecniczą ETPC, można stwierdzić, że w tym wyroku sędziowie określili obowiązujący strasburski standard zastosowania Konwencji do obowiązków proceduralnych art. 2 w sytuacji, gdy sama śmierć miała miejsce jeszcze przed wejściem w życie EKPC wobec danego Państwa–Strony.

Sprawa *Šilih przeciwko Słowenii* dotyczyła śmierci syna skarżących, który zmarł w szpitalu na wskutek szoku anafilaktycznego, najprawdopodobniej po podaniu mu przez lekarza dyżurnego leku, na który był uczulony. Śmierć miała miejsce w 1993 r., przed związaniem się Konwencją przez Słowenię (miało to miejsce 28.6.1994 r.). Skarżący podejmowali działania na drodze prawnej – wystąpili z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego oraz cywilnego. Postępowanie karne zostało zawieszona a po jego podjęciu zostało umorzona w 2000 r. Postępowanie cywilne zakończyło się bezskutecznie w 2006 r.²²

Trybunał zbadał swą właściwość temporalną i stwierdził, że nie jest właściwy do zbadania naruszenia art. 2 w jego aspekcie materialnym, ponieważ śmierć miała miejsce przed związaniem się przez państwo Konwencją²³. Odnosząc się do aspektu proceduralnego – czyli postępowania, które miało miejsce już po wejściu w życie Konwencji wobec Słowenii – ETPC uznał swą właściwość temporalną²⁴ i stwierdził, że doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym.

W wyroku Wielkiej Izby w tej sprawie ETPC przypomniał swe stanowisko wyrażone w sprawie *Blečić* i wskazał, że test i kryteria z wyroku *Blečić* mają „ogólny charakter”, podczas gdy ich stosowanie należy odnieść do szczególnej natury niektórych praw, takich jak art. 2 i 3. ETPC dodał, że prawo do życia i zakaz tortur stanowią ucieleśnienie podstawowych wartości społeczeństwa demokratycznego, tworzącego Radę Europy²⁵.

²¹ Wyrok ETPC w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii* z 28.06.2007 (Izba), nr skargi 71463/01; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii* z 9.4.2009 (Wielka Izba), nr skargi 71463/01.

²² Zob. szerzej T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 2014, s. 269 i nn.

²³ *Šilih przeciwko Słowenii* (Izba), § 90.

²⁴ *Ibidem*, § 97.

²⁵ *Šilih przeciwko Słowenii* (Wielka Izba), § 147.

W ten sposób ETPC potwierdził ostateczne oderwanie aspektu materialnego i proceduralnego prawa do życia. Co za tym idzie, konieczność przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa obowiązuje Państwo–Stronę, nawet jeśli samo zdarzenie powodujące śmierć miało miejsce przed związaniem się Konwencją²⁶.

W sprawie *Šilih* Trybunał wyraził też kilka ogólnych zasad dotyczących zastosowania art. 2 w jego aspekcie proceduralnym w sytuacji, kiedy zdarzenie powodujące śmierć miało miejsce przed związaniem się przez państwo Konwencją.

Przede wszystkim, w sytuacji kiedy śmierć nastąpiła przed datą wejścia w życie Konwencji względem danego państwa **tylko działania lub zaniechania o charakterze proceduralnym mogą zostać objęte jurysdykcją temporalną Trybunału**²⁷.

Po drugie, **musi istnieć rzeczywisty związek między śmiercią i wejściem w życie Konwencji wobec danego państwa** aby proceduralny obowiązek wynikający z art. 2 był skuteczny. Oznacza to, że **znaczna część kroków proceduralnych** – które obejmują nie tylko skuteczne śledztwo w sprawie śmierci ale również podjęcie odpowiednich postępowań mających na celu ustalenie przyczyny śmierci oraz doprowadzenie osób odpowiedzialnych przed oblicze wymiaru sprawiedliwości – powinna być przeprowadzona po dacie wejścia w życie Konwencji²⁸.

Trybunał wprowadza też wyjątek i stwierdza, że nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach **związek może być także oparty na konieczności zapewnienia, zęgarancje oraz wartości ustanawiające Konwencję są chronione w sposób rzeczywisty i skuteczny**.

4. Wyrok ETPC w sprawie *Janowiec i inni przeciwko Rosji*

Praktyczne zastosowanie powyższych reguł znalazło swe odzwierciedlenie w późniejszym orzecznictwie ETPC, np. w sprawach *Przemysk przeciwko Polsce*²⁹, *Jelić przeciwko Chorwacji*³⁰ czy *Mocanu i inni przeciwko Rumunii*³¹. Zwiększająca się liczba tego rodzaju wyroków dowodzi, że rozpatrywanie spraw, dotyczących naruszenia obowiązków proceduralnych w związku ze

²⁶ *Ibidem*, § 159.

²⁷ *Ibidem*, § 162.

²⁸ *Ibidem*, § 163.

²⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Przemysk przeciwko Polsce* z 17.9.2013, nr skargi 22426/11; zob. także M. Lubiszewski, O jakości polskiego rozliczenia z przeszłością w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Przemysk przeciwko Polsce*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne”, Nr 4, 2013, s. 59–68.

³⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Jelić przeciwko Chorwacji* z 12.6.2014, nr skargi 57856/11.

³¹ Wyrok ETPC w sprawie *Mocanu i inni przeciwko Rumunii* z 17.9.2014, nr skargi 10865/09; 45886/07; 32431/08.

śmiercią, która miała miejsce przed związaniem się przez państwo Konwencją, stanowi coraz bardziej stały element orzecznictwa strasburskiego. Warto dodać, że niekiedy te sprawy dotyczą ważnej problematyki rozliczania z trudną, komunistyczną przeszłością oraz jej zbrodniami (np. *Przemysł przeciwko Polsce*).

Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku sprawy *Janowiec i inni przeciwko Rosji*³², w której ETPC zmierzył się ze zbrodnią katyńską z 1940 r. Oba wyroki w tej sprawie, zarówno wyrok Izby, jak i wyrok Wielkiej Izby rodzą do dzisiaj wiele kontrowersji.

Oczywiste jest, że Trybunał badając swą właściwość temporalną uznałby się za niewłaściwy temporalnie do zbadania zbrodni katyńskiej pod kątem materialnego aspektu art. 2. Nie rodzi to większych wątpliwości, zwłaszcza, że sama Konwencja powstała w 1950 r., a więc 10 lat po tej zbrodni. Skarga dotyczyła jednak naruszenia proceduralnego prawa do życia.

Już w wyroku Izby z 2012 r. Trybunał uznał się za niewłaściwy temporalnie do zbadania naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym. ETPC argumentował, że znaczna część śledztwa w sprawie zbrodni katyńskiej miała miejsce przed związaniem się przez Rosję Konwencją (co miało miejsce w 1998 r.). Dotyczyło to prac wykopaliskowych w Katyniu, Charkowie i Miednoje oraz działań śledczych w latach 1991–1995. Trybunał uznał, że większa część działań śledczych miała miejsce na początku lat 90. i znacznie przewyższała działania podjęte po 1998 r., a więc po związaniu się przez Rosję Konwencją³³.

Wprawdzie Trybunał uznał, że zbrodnia katyńska była zbrodnią w zakresie prawa międzynarodowego i jej dokonanie stało w sprzeczności z podstawowymi wartościami Konwencji, jednak nie oznacza to, że państwa mają nieustający obowiązek badania takich zbrodni. Obowiązek proceduralny wynikający z art. 2 ulegnie aktualizacji, jeśli pojawi się informacja rzucająca nowe światło na zbrodnię w znaczeniu prawa międzynarodowego³⁴.

W konsekwencji Trybunał w wyroku Izby w 2012 r. uznał, że nie może uznać się za właściwy temporalnie do zbadania naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym³⁵.

Wielka Izba Trybunału zbadała swoją właściwość temporalną odnosząc się do kryteriów ze sprawy *Šilih*. ETPC zbadał więc działania i zaniechania proceduralne po dacie związania się przez Rosję Konwencją, wykonał test „rzeczywistego związku” oraz zbadał, czy związek ten może być także oparty

³² Wyrok ETPC w sprawie *Janowiec i inni przeciwko Rosji* z 16.4.2012 (Izba), nr skargi 55508/07; 29520/09; wyrok ETPC w sprawie *Janowiec i inni przeciwko Rosji* z 21.10.2014 (Wielka Izba), nr skargi 55508/07; 29520/09.

³³ *Janowiec i inni przeciwko Rosji* (Izba), § 138.

³⁴ *Ibidem*, § 139; zob. także I. C. Kamiński, *Wyrok Europejskiego...*, s. 99.

³⁵ *Ibidem*, § 142.

na konieczności zapewnienia, że gwarancje oraz wartości ustanawiające Konwencję są chronione w sposób rzeczywisty i skuteczny.

Odnosząc się do działań i zaniechań proceduralnych po 1998 r., Trybunał stwierdził, że większość działań miała miejsce przed datą związania się przez Rosję Konwencją³⁶. ETPC nie uwzględnił podnoszonych przez skarżących argumentów o utajnieniu akt już po 1998 r. ani zmiany kwalifikacji osób „zmarłych” w Katyniu na „zaginionych”, czego dokonał sąd rosyjski.

Odnosząc się do testu rzeczywistego związku, ETPC stwierdził, że trudno dopatrywać się takiego związkupomiędzy mordem polskich oficerów w Katyniu w 1940 r. a wejściem w życie Konwencji wobec Rosji w 1998 r.³⁷

Wreszcie, ETPC musiał również ustalić, czy wystąpiły wyjątkowe okoliczności sprawy, które uzasadniałyby odejście od wymogu „rzeczywistego związku” poprzez zastosowanie standardu wartości ustanawiających Konwencję. Wielka Izba uznała, że wydarzenia, które mogłyby uruchomić obowiązek śledztwa wynikający z art. 2, miały miejsce w 1940 r., czyli 10 lat przed powstaniem Konwencji. Dlatego też Wielka Izba podtrzymała wyrok Izby i uznała się za niewłaściwą *ratione temporis*³⁸.

Ten fragment wyroku może rodzićspore wątpliwości. ETPC ustanawia standard odnoszący się do wyjątkowej sytuacji, kiedy mowa jest nie o „zwykłym” naruszeniu EKPC, tylko odwołującym się do wartości leżących u jej podstaw. Zwłaszcza, że – również w wyroku *Janowiec i inni* – Trybunał wskazuje, że chodzi o poważne zbrodnie w zakresie prawa międzynarodowego, takie jak zbrodnie wojenne, ludobójstwo czy zbrodnie przeciwko ludzkości, zgodnie z ich definicjami. Do tej kategorii należy zaliczyć zbrodnię katyńską. ETPC podkreśla jednak, że omawiany wyjątek można zastosować wyłącznie do zbrodni, które zostały popełnione po powstaniu Konwencji³⁹.

Sędziowie wyrazili swoje poważne wątpliwości co do tego wyroku w opiniach odrębnych. Skrytykowali oni interpretację wszystkich trzech kryteriów ze sprawy *Šilih*. Argumentowano to niemożliwością porównywania tych dwóch spraw ze względu na skalę naruszenia oraz krytykując ocenę postępowania przed sądami rosyjskimi, zwłaszcza w zakresie oceny działań po 1998 r. Odnosząc się do trzeciego kryterium, czyli tzw. klauzuli humanitarnej, czworo sędziów nie zgodziło się na „zamknięcie drzwi” przed ofiarami zbrodni, które miały miejsce przed powstaniem Konwencji⁴⁰. Uznali oni również, że Trybunał orzekając w taki sposób nie podtrzymał „klauzuli humanitarnej”, a wręcz osłabił jej przyszłe zastosowanie⁴¹. Zwłaszcza w tym ostatnim aspekcie trudno odmówić racji sędziom Ziemele, De Gaetano, Laffranque i Keller.

³⁶ *Ibidem*, § 157-159.

³⁷ *Ibidem*, § 157.

³⁸ *Ibidem*, § 160.

³⁹ *Ibidem*, § 149-151.

⁴⁰ *Ibidem*, Opinia odrębna sędziów Ziemele, De Gaetano, Laffranque i Keller, § 31-33.

⁴¹ *Ibidem*, § 34.

5. Podsumowanie

Jakkolwiek trudno oceniać pozytywnie wnioski Trybunału ze sprawy *Janowiec i inni przeciwko Rosji*, warto zwrócić uwagę na rozwój orzecznictwa dotyczącego proceduralnego aspektu art. 2 w sprawach śmierci, która miała miejsce przed związaniem się przez państwo Konwencją.

Jak wspomniano, w ostatnich latach ta – stosunkowo nowa – linia orzecznicza znajdowała coraz szersze zastosowanie. Dotyczy to zwłaszcza państw, które borykają się z problemami związanymi z rozliczeniem zbrodni ze swej niedawnej historii, a więc państw dawnego bloku wschodniego (tzw. młodych demokracji). Opisany mechanizm stanowi niekiedy jedyną możliwość dochodzenia przez skarżących swych roszczeń, ponieważ krajowy wymiar sprawiedliwości bywa w takich sprawach wysoce nieskuteczny. Dowodzą tego sprawy *Mocanu i inni przeciwko Rumunii* i *Przemysk przeciwko Polsce*. Spoglądając z tej perspektywy trudno nie dostrzec oczywistych zalet opisanego mechanizmu.

Z drugiej strony, należy dostrzec także pewne niedociągnięcia, wypunktowane przez sędziów-dysydentów w wyroku *Janowiec*. Dlatego też należy oczekiwać na dalszy rozwój i – być może – ewolucję orzecznictwa ETPC w tej sferze. Ważne jest – jak stwierdzili sędziowie w opinii odrębnej – *abydluga historia sprawiedliwości opóźnionej nie stała się stałym przypadkiem sprawiedliwości, której odmówiono*⁴².

THE RIGHT TO LIFE AND THE RATIFICATION DATE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS – THE EVOLUTION OF ECHR'S CASE-LAW

Key words: Temporal scope of art. 2, *Janowiec and others v. Russia*, *Šilih v. Slovenia*, *Šilih* criteria, procedural aspect of article 2

Summary

The determination of temporal scope of Convention is particularly important to qualify if a violation, which took place before state ratified the ECHR, can be examined by the Court. Over the years, the ECtHR had separated the obligation to conduct effective investigation concerning death that occurred before the Convention became binding to a State-Party, from the material aspect of right to life.

The main aim of this article is to analyze the case-law of European Court of Human Rights in this area. It is relatively new development, which seems to be subjected to evolution.

Even though the Court has created clear rules of interpretation in *Šilih v. Slovenia*, the case-law in this area may rise controversy. The best example of such situation is the *Janowiec and others v. Russia* judgment.

The extension of temporal aspect of article 2 of the ECHR is clearly important. This mechanism may – or even should – enable the former communist countries to deal with their difficult past and the crimes of past regimes.

⁴² *Ibidem*, § 36.

Michał Indan-Pykno

doktorant w Katedrze Praw Człowieka UMK w Toruniu

Postępowanie dyscyplinarne wobec adwokatów z perspektywy standardów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Słowa kluczowe: postępowanie dyscyplinarne wobec adwokatów, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Sąd Najwyższy, prawo do rzetelnego postępowania sądowego, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

1. Wprowadzenie

Podstawową misją adwokatury jest udzielanie pomocy prawnej, współdziałanie w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz kształtowanie i stosowanie prawa¹. Formą zaś organizacyjną jest samorząd zawodowy, który skupia adwokatów oraz aplikantów adwokackich.

Adwokatura jako jedna z nielicznych przedstawicielek zawodów prawniczych w Polsce, już w okresie międzywojennym posiadała swoją własną regulację prawną w postaci Dekretu w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego², który obowiązywał od 1 stycznia 1919 r. W obecnym stanie prawnym obowiązuje ustawa Prawo o Adwokaturze (dalej: PoA), która została przyjęta w dniu 26 maja 1982 r. Wspomniana ustawa była na przestrzeni ostatnich lat wielokrotnie nowelizowana – czasem z pozytywnym skutkiem, czasem niestety nie. Nie budzi jednak wątpliwości, iż doświadczenie adwokatury uzyskane na przestrzeni ostatnich dziewięćdziesięciu pięciu lat wpłynęło bardzo pozytywnie i twórczo na rozwój postępowania dyscyplinarnego – nie tylko tej grupy zawodowej, ale innych

¹ Ustawa z 26.05.1982 r. prawo o adwokaturze, Dz.U. z 2014 r., poz. 635. j.t.

² Dekret z 30.12.1918 r. w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego, Dz.U. z 1918 r., Nr 22, poz. 75. W dekrete tym mowa była również o odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata i aplikanta adwokackiego, którzy odpowiadali dyscyplinarnie przed radą adwokacką za wszelkie wykroczenia przeciwko obowiązkowi zawodowemu, honorowi i godności stanu adwokackiego. Katalog kar dyscyplinarnych był następujący: 1) przestroga, 2) napomnienie, 3) nagana, 4) zawieszenie adwokata w czynnościach zawodowych do roku, a względem aplikantów adwokackich – przedłużenie aplikacji lub zabronienie starania w sądach i urzędach do roku, 5) wykreślenie z listy.

zawodów, które wielokrotnie czerpały i czerpią z bogactwa orzeczniczego sądów dyscyplinarnych, jak i samego modelu postępowania dyscyplinarnego palestry.

Na samym wstępie niniejszego artykułu warto odpowiedzieć na kilka zasadniczych pytań, takich jak: czym jest postępowanie dyscyplinarne, jakie pełni funkcje i wśród jakich grup zawodowych występuje postępowanie dyscyplinarne? Niewątpliwie postępowanie dyscyplinarne należy wiązać z tzw. wolnymi zawodami. Wolny zawód, wg słownika języka polskiego to „zawód korzystający ze swobody, nie skrepowany, niezależny”³. Szczegółowe wyliczenie wszystkich wolnych zawodów może zająć sporo miejsca i czasu, lecz nie budzi wątpliwości, iż na pewno do tej grupy zaliczymy zawody prawnicze, takie jak: adwokat, radca prawny, notariusz czy też komornik. Do grupy wolnych zawodów zaliczymy również lekarzy i lekarzy dentystów; w świetle obowiązującej ustawy o izbach lekarskich⁴ członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza⁵.

Również inne grupy zawodowe posiadają własne regulacje prawne dotyczące postępowań dyscyplinarnych – są to na przykład sędziowie⁶ i prokuratorzy⁷, o których nie można powiedzieć, iż wykonują wolny zawód, gdyż są oni przedstawicielami władzy publicznej. Jednakże ze względu na zaufanie publiczne, jakim wspomniane zawody cieszą się w społeczeństwie, jest konieczne, aby także wśród tych grup zawodowych istniała możliwość wszczęcia i prowadzenia postępowania dyscyplinarnego.

Wobec powyższego należy dojść do wniosku, iż postępowanie dyscyplinarne dotyczy zarówno przedstawicieli tzw. wolnych zawodów (np. korporacji prawniczych) jak i zawodów, które ze względu na powagę sprawowanych urzędów przewidują możliwość wszczęcia i prowadzenia postępowań dyscyplinarnych wobec nich (w tej grupie można wymienić m.in. nauczycieli akademickich, sędziów, prokuratorów, policjantów, jak i funkcjonariuszy innych służb mundurowych, czy też urzędników państwowych). Obecnie coraz wyraźniejszy jest trend w stanowieniu wewnętrznych przepisów poszczególnych zawodów z uwzględnieniem możliwości wszczynania i prowadzenia postępowań dyscyplinarnych.

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. akt K 22/00, zdefiniował postępowanie dyscyplinarne w następujący sposób:

³ E. Sobol, *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 1142 hasło: wolny.

⁴ Ustawa z 2.12.2009 r. o izbach lekarskich, Dz.U. z 2009 r., Nr 219, poz. 1708.

⁵ Art. 53 ustawy o izbach lekarskich Dz.U. z 2009, Nr 219, poz. 1708.

⁶ Zgodnie z art. 107 ustawy o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2013 r., poz. 427 j.t.) sędzia odpowiada dyscyplinarnie za przewinienia służbowe, w tym za oczywistą i rażąco obrażającą przepisów prawa i uchybienie godności urzędu.

⁷ Zgodnie z art. 66 ustawy o prokuraturze (Dz.U. z 2011 r., Nr 270, poz. 1599 j.t.) prokurator odpowiada dyscyplinarnie za przewinienia służbowe, w tym za oczywistą i rażąco obrażającą przepisów prawa i uchybienia godności urzędu prokuratorskiego.

„Deontologia postępowania dyscyplinarnego jest inna niż postępowania karnego. Łączy się ona przede wszystkim ze specyfiką wykonywania niektórych zawodów oraz zasadami funkcjonowania konkretnych korporacji zawodowych. Ukształtowane w ich ramach reguły deontologiczne ukierunkowane są przede wszystkim na obronę honoru i dobra zawodu. Mogą przez to odwoływać się do etycznych aspektów współistnienia i działania. Deontologia zawodowa musi być więc ujmowana także w perspektywie imperatywnych rozwiązań praktycznych w zakresie dotyczącym wypełniania obowiązków zawodowych. Stąd też odpowiedzialność dyscyplinarna związana może być z czynami, które nie podlegają odpowiedzialności karnej. Takie zasady odpowiedzialności przewiduje się zwłaszcza w odniesieniu do zawodów o dużym prestiżu społecznym (nauczyciele, lekarze, prawnicy), gdzie należyta troska o ich godność jest ważnym jego elementem”⁸. Trybunał w cytowanym orzeczeniu wskazał również, iż „w przypadku deliktu dyscyplinarnego natura czynów nagannych jest inna niż czynów będących przedmiotem postępowania karnego, chociaż granice pomiędzy nimi mogą być w niektórych wypadkach nieostre. Czyny, które ją powodują mają różnorodny charakter, od naruszeń dyscypliny pracowniczej, aż do zachowań wypełniających znamiona przestępstw”⁹.

Niewątpliwie, podstawową funkcją postępowań dyscyplinarnych jest zagwarantowanie właściwej, wysokiej i rzetelnej jakości wykonywanego zawodu. Postępowanie dyscyplinarne nie ma tylko i wyłącznie znaczenia dla jednostki korzystającej z usług określonego przedstawiciela zawodu, ma ono również istotne znaczenie dla samych korporacji i samorządów zawodowych dzięki czemu mogą one walczyć z zachowaniami mogącymi skutkować utratą zaufania w oczach społeczeństwa do danej grupy zawodowej.

Przechodząc do dalszych zagadnień, warto w tym miejscu pokrótce scharakteryzować postępowanie dyscyplinarne adwokatów, które jest uregulowane w Dziale VIII Prawo o Adwokaturze. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zarówno adwokaci, jak i aplikanci adwokaccy ponoszą odpowiedzialność dyscyplinarną za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godności zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych, a adwokaci również za niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, o którym mowa w art. 8a ust. 1, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 8b Ustawy Prawo o Adwokaturze¹⁰. Za adw. Zdzisławem

⁸ Wyrok TK w sprawie K 22/00 z dnia 27 lutego 2001 r., opublikowany w Dz.U. 2001 r., Nr 16, poz. 185.

⁹ Wyrok TK w sprawie K 22/00.

¹⁰ §1 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej), (data dostępu: 25 sierpnia 2014 r., źródło dostępu: http://papi26.uci.umk.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc—ASK_nro=285788666&wersja=0&fullTextQuery.query=Zbioru+Zasad+Etyki+Adwokackiej+i+Godno%25C5%259Bci+Zawodu&reqlId=1409000792586_746894696&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=5).

Krzemińskim stwierdzić należy, że „przewinieniem dyscyplinarnym jest czyn zawiniony, godzący w zasady etyki adwokackiej lub naruszający godność zawodu adwokackiego”¹¹. Może powstać pytanie, czy delikt dyscyplinarny można popełnić jedynie wykonując obowiązki zawodowe, czy też na przykład w życiu prywatnym. Odpowiedź na to zagadnienie znajduje się w §4 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu¹², w którym stwierdza się wyraźnie, że adwokat odpowiada dyscyplinarnie zarówno podczas działalności zawodowej, publicznej, jak i w życiu prywatnym¹³.

Podstawą wszczęcia postępowania dyscyplinarnego jest wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego sporządzony przez rzecznika dyscyplinarnego, złożony do sądu dyscyplinarnego izby adwokackiej. Zgodnie z ust. 2 art. 90 PoA również minister sprawiedliwości może polecić wszczęcie dochodzenia lub postępowania przed sądem dyscyplinarnym izby przeciwko adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu. Tak więc zewnętrzny podmiot niezwiązany z samorządem adwokackim posiada uprawnienie do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego wobec adwokata lub aplikanta adwokackiego.

Sąd dyscyplinarny izby adwokackiej po odbyciu rozprawy, w trakcie której przeprowadzane są dowody zawnioskowane przez oskarżyciela, pokrzywdzonego oraz obwinionego i jego obrońcę, wydaje merytoryczne rozstrzygnięcie w postaci orzeczenia. Od wspomnianego orzeczenia przysługuje stronom (a więc oskarżycielowi, pokrzywdzonemu, obwinionemu i jego obrońcy) prawo złożenia odwołania do Wyższego Sądu Dyscyplinarnego przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Dodatkowo, legitymacja do złożenia odwołania przysługuje ministrowi sprawiedliwości, który – podobnie jak strony – ma 14 dni na wywiedzenie odwołania, licząc od dnia otrzymania orzeczenia wraz z uzasadnieniem i pouczeniem o sposobie zaskarżenia rozstrzygnięcia.

Następnie, odwołanie jest rozpatrywane przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny przy NRA w Warszawie. Od rozstrzygnięcia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego przysługuje stronom, ministrowi sprawiedliwości, rzecznikowi praw człowieka oraz prezesowi NRA legitymacja do złożenia kasacji do Sądu Najwyższego. Wspomniany nadzwyczajny środek zaskarżenia może opierać się jedynie na zarzucie rażącego naruszenia prawa i/lub zarzucie rażącej niewspółmierności kary (art. 91b PoA).

Ustawa Prawo o Adwokaturze dokonuje wyróżnienia trzech stadiów postępowania dyscyplinarnego: pierwsze to dochodzenie, drugie to postępowanie sądowe, zaś trzecie to postępowanie wykonawcze. Należy w tym miejscu

¹¹ Z. Krzemiński, *Etyka adwokacka*, Warszawa 2006, wyd. LEX on-line (data dostępu: 25 sierpnia 2014 r., źródło dostępu: http://papi26.uci.umk.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc-ASK-nro=151050761&wersja=0&fullTextQuery.query=etyka+adwokacka&reqId=1409000792586_746894696&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=4).

¹² Zbiór Zasady Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu.

¹³ Szereg zachowań stanowiących przewinienie dyscyplinarne w życiu zawodowym, prywatnym i publicznym adwokatów wymienia J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 33–36.

wspomnieć jakie mogą być orzeczone kary wobec obwinionego. Katalog kar określony jest w art. 81 PoA i jest następujący: 1) upomnienie; 2) nagana; 3) kara pieniężna; 4) zawieszenie w czynnościach zawodowych na okres od 3 miesięcy do 5 lat; 5) wydalenie z adwokatury. Przy czym należy poczynić istotną uwagę, iż kary pieniężnej nie orzeka się wobec aplikanta adwokackiego. Tak więc katalog kar jednoznacznie przesądza, iż postępowanie dyscyplinarne adwokatów ma charakter represyjny.

W obecnym modelu postępowania dyscyplinarnego palestry postępowanie to jest całkowicie jawne¹⁴, dzięki czemu ma ono charakter transparentny i łatwo dostępny dla opinii publicznej¹⁵.

Przechodząc do rozważań nad modelem sądownictwa dyscyplinarnego – tj. Izbowego Sądu Dyscyplinarnego oraz Wyższego Sądu Dyscyplinarnego przy NRA, wskazać należy, że każdej stronie (tj. obwinionemu i pokrzywdzonemu) postępowania przysługuje odwołanie od decyzji sądu pierwszej instancji, a więc postulat dwuinstancyjności postępowania dyscyplinarnego jest w pełni zachowany.

Bardzo często słyszy się głosy, w których deprecjonuje się skład orzekający sądu dyscyplinarnego ze względu na fakt, iż zasiadają tam wyłącznie adwokaci. Krytyka ta jest nietrafna i to z kilku powodów. Należy w pierwszej kolejności podnieść, że postępowanie dyscyplinarne ma za zadanie ustalić, czy zachowanie adwokata lub aplikanta adwokackiego stanowiło naruszenie Zasad Zbioru Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. W przypadku gdy jednostka – obywatel nie jest zadowolony ze sposobu reprezentowania jej przez adwokata, ma możliwość złożenia powództwa cywilnego, jeżeli zaś zachowanie adwokata – w ocenie jednostki – wypełnia znamiona przestępstwa, w pełni uzasadniony jest wniosek o ściganie do prokuratury, który w dalszej kolejności może zakończyć się złożeniem aktu oskarżenia przeciwko adwokatowi. W większości państw Europy kontynentalnej postępowania dyscyplinarne są w gestii samorządów zawodowych, inaczej jest jedynie w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, gdzie postępowanie dyscyplinarne adwokatów jest w gestii sędziów.

W ocenie autora artykułu nadużyciem jest twierdzenie, iż sądownictwo dyscyplinarne adwokatów i innych korporacji prawniczych chroni interesy wyłącznie obwinionego. W obecnym stanie prawnym postępowanie dyscyplinarne wobec adwokatury uległo ogromnej reformie, dzięki której umożliwiono udział ministrowi sprawiedliwości już od początkowej fazy postępowania dyscyplinarnego, aż po egzekucję orzeczenia skończywszy (minister sprawiedliwości ma prawo zainicjowania postępowania dyscyplinarnego, a także uprawnienie składania odwołań i kasacji od rozstrzygnięć odpowiednio

¹⁴ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 23 sierpnia 2006 r., sygn. sprawy SDI 12/06, LEX 471777.

¹⁵ K. Kanty, T. Kanty, *Komentarz do przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym adwokatów*, Warszawa 2009, s. 9.

Izbowego Sądu Dyscyplinarnego oraz Wyższego Sądu Dyscyplinarnego przy NRA). Co istotne, minister sprawiedliwości wielokrotnie z przysługujących mu uprawnień korzysta. Obecne instrumenty oraz sam model postępowania dyscyplinarnego dają gwarancję, iż postępowanie dyscyplinarne prowadzone z nadużyciem praw jednostki może być w sposób skuteczny i efektywny kontrolowane przez niezależny od adwokatury podmiot, jakim jest Ministerstwo Sprawiedliwości.

Jednocześnie, nie wolno zapominać o coraz to lepszym funkcjonowaniu i prowadzeniu postępowań dyscyplinarnych przez izby adwokackie, w porównaniu z postępowaniami dyscyplinarnym, które toczyły się chociażby na początku lat 90. ubiegłego wieku. Istotnym argumentem, przemawiającym za twierdzeniem, iż to adwokaci powinni prowadzić dalej postępowanie dyscyplinarne, a nie sądy powszechne jako II instancja, czego domagają się niektórzy politycy, jest okoliczność, iż postępowanie dyscyplinarne wobec sędziego jest rozpatrywane wyłącznie przez sędziów, bez udziału przedstawicieli innych zawodów prawniczych. Tak więc na zasadzie równości, należy postawić pytanie dlaczego sędziowie orzekający w postępowaniu dyscyplinarnym wobec sędziego, dają lepszą gwarancję, niż adwokaci prowadzący postępowanie dyscyplinarne wobec adwokata?

Autor niniejszego artykułu ma świadomość rodzących się problemów postępowania dyscyplinarnego wobec adwokatów i innych zawodów prawniczych, jednakże przekazanie postępowania dyscyplinarnego wobec adwokatów i następnie innych zawodów prawniczych sądom powszechnym jako organowi II instancji w postępowaniu dyscyplinarnym, musi budzić uzasadnione obawy o poszanowanie przede wszystkim fundamentalnych zasad demokratycznego państwa prawa. Istnieją bowiem poważne obawy, iż z momentem przekazania postępowania dyscyplinarnego wobec adwokatów sądom powszechnym, dojdzie do tego, iż adwokat będzie narażony na represje. Nie trudno wyobrazić sobie sytuację, w której przed tym samym sędzią adwokat występuje jako obrońca, a następnie jako obwiniony. Idąc dalej, czy chcemy żyć w państwie, w którym obrońca oskarżonego, walczący wielokrotnie z całym aparatem państwa w toku postępowania sądowego będzie ograniczany w swoich działaniach poprzez możliwość wszczynania ewentualnych postępowań dyscyplinarnych wobec obrońcy? W mojej ocenie model z udziałem sądu powszechnego, rozpoznającego postępowanie dyscyplinarne wobec adwokata, naruszać będzie m.in. zasadę prawa do obrony lub w istotny sposób będzie ją ograniczać. Podkreślić należy, że zasada ta jest jedną z najważniejszych zasad państwa prawa. Proponowane zmiany skutkować będą tym, że adwokaci nie będą już tak odważnie reprezentować interesów klientów w postępowaniach sądowych, co w naturalny sposób spowoduje negatywne konsekwencje dla jednostki, która będzie miała zamiar skorzystania z pomocy prawnej adwokatów. Co istotne, należy zastanowić się, czy przekazanie postępowań dyscyplinarnych sądom powszechnym nie będzie naruszało art. 17 Konstytucji.

2. Zagadnienie stosowania przepisów k.p.k. i k.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec adwokatów

Zgodnie z obowiązującym art. 95n PoA w sprawach nieuregulowanych w niniejszym dziale stosuje się odpowiednio w postępowaniu dyscyplinarnym przepisy kodeksu postępowania karnego. Wspomniany przepis wszedł w życie w dniu 9 czerwca 2007 r. w związku ze zmianą ustawy Prawo o Adwokaturze¹⁶.

Ustawodawca we wspomnianym przepisie posłużył się sformułowaniem „stosuje się odpowiednio” co oznacza, iż odpowiednie stosowanie danego przepisu (k.p.k. – M.I.-P.) jest dopuszczalne, jeżeli przepis ten daje się zastosować w innym modelu postępowania, nie zaburzając jego istoty i funkcji¹⁷.

Istotnym rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego- Izby Karnej dla zrozumienia pojęcia „odpowiedniego stosowania” przepisów k.p.k. jest uchwała z dnia 28 września 2006 r. o sygnaturze akt I KZP 8/06. W przedmiotowej uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, że sąd rozpoznający sprawę, dotyczącą postępowania dyscyplinarnego, musi w pierwszej kolejności ustalić, które przepisy wspomnianej ustawy (k.p.k. – M.I.-P.) mają być »odpowiednio stosowane«, a następnie konieczne jest ustalenie czy wspomniany przepis k.p.k. nie należy zmodyfikować celem dostosowania go do specyfiki postępowania dyscyplinarnego¹⁸.

We wspomnianej uchwale Sąd Najwyższy wyróżnił trzy grupy przepisów: po pierwsze, wyróżnił przepisy k.p.k., które mogą być stosowane bez żadnych zmian w ich dyspozycji; następnie wyróżnił przepisy, które należy zmodyfikować, aby mogły być zastosowane w postępowaniu dyscyplinarnym; oraz po trzecie, wyróżnił przepisy k.p.k. które nie mogą być stosowane w postępowaniu dyscyplinarnym.

Sąd Najwyższy w licznych orzeczeniach, dotyczących postępowań dyscyplinarnych prowadzonych w ramach zawodów prawniczych stwierdził, iż do pierwszej grupy przepisów k.p.k., które należy stosować wprost zaliczyć należy przepisy kodeksu postępowania karnego dotyczące zakresu prawa obwinionego do obrony oraz reguł postępowania dowodowego¹⁹. Tak więc

¹⁶ Ustawa z 29 marca 2007 o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2007 r., nr 80, poz. 540.

¹⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 16 lutego 2009 r., sygn. sprawy SNO 97/08, „Rocznik Orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych” 2009, Warszawa 2010, s. 128.

¹⁸ Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego-Izba Karnej z dnia 28 września 2008 r., sygn. akt I KZP 8/06, LEX 193136.

¹⁹ Zob. wyrok SN m.in. z dnia 29 października 2009 r., sygn. sprawy SDI 22/09, „Rocznik Orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych”, 2009, Warszawa 2010, s. 488 i n.

obwiniony korzysta ze wszystkich uprawnień przewidzianych w k.p.k. związanych z jego/jej prawem do obrony²⁰.

Jak trafnie wskazują K. Kanty i T. Kanty „proces dyscyplinarny, pomimo przeprowadzenia dowodu z urzędu, jest jednak procesem kontradyktoryjnym. Dotyczy to w szczególności obwinionego – nie ma on obowiązku udowodniać swojej niewinności, ale jeżeli zebrany w toku postępowania materiał dowodowy wskazuje na możliwość przełamania domniemania niewinności w stopniu zbliżonym do pewności, obwiniony winien, jeśli w ogóle jest to możliwe, złożyć wnioski dowodowe mające na celu wykazanie, że dowody obciążające go nie zasługują na uwzględnienie²¹”.

W postępowaniu dyscyplinarnym wnioski dowodowe mogą być składane przez strony – tj. obwinionego, jak i pokrzywdzonego. Również sąd dyscyplinarny może dopuścić dowód z urzędu w myśl art. 167 k.p.k w zw. z art. 95n PoA. Nie budzi wątpliwości, iż najczęstszym dowodem w toku postępowania dyscyplinarnego jest przesłuchanie świadków. Dowód ten został uregulowany w przepisach k.p.k. począwszy od art. 177 do art. 192a, które to przepisy w związku z art. 95n PoA stosuje się odpowiednio.

W przypadku, gdy konieczne jest stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a ich stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych, w pełni uzasadnione jest powołanie biegłych przez Izbowy Sąd Dyscyplinarny. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 września 2009 r., sygnatura sprawy SNO 74/09, „ocena, czy wniosek dowodowy zmierza do przedłużenia postępowania powinna być bowiem dokonywana przez pryzmat zasady prawa oskarżonego do obrony. Wyrazem realizacji tego prawa zagwarantowanym w postępowaniu karnym jest m.in. prawo do składania wniosków dowodowych. Oddalenie wniosku dowodowego zgłoszonego przez obwinioną przed Sądem na pierwszej rozprawie bez przekonującego wykazania, że w sposób oczywisty zmierza on do przedłużenia postępowania, stanowi oczywiste naruszenie tej zasady (obwiniona sędzia Sądu Rejonowego za wykroczenie z art. 96 k.w. w zw. z art. 107ust. 1 u.s.p. już na pierwszym terminie rozprawy w toku postępowania dyscyplinarnego złożyła wniosek o powołanie biegłego celem ustalenia, kiedy mogły powstać uszkodzenia pojazdu którym kierowała; obwiniona argumentowała, iż uszkodzenia samochodu powstały później, niż data kolizji, która jest przedmiotem toczącego się przed Sądem Apelacyjnym postępowania dyscyplinarnego)”²².

²⁰ Szerzej o stosowaniu przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym adwokatów zob. A. Korzeniowska-Lasota, *Odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów*. Część I, „Palestra” 2012, nr 9–10, s. 73–82; A. Korzeniowska-Lasota, *Odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów*. Część II, „Palestra” 2012, nr 11–12, s. 177–194.

²¹ K. Kanty, T. Kanty, *op. cit.*, s. 104.

²² Wyrok Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 29 września 2009 r. sygn. akt SNO 74/09, „Rocznik Orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych” 2009, s. 338 i n.

Praktyka orzecznicza sądów dyscyplinarnych dopuszcza powołanie biegłego lekarza psychiatry na okoliczność ustalenia stanu zdrowia obwinionego. Oczywiście jest, iż taka opinia może zostać opracowana tylko i wyłącznie wtedy, gdy obwiniony wyrazi na to zgodę. Sąd dyscyplinarny nie działa jako organ władzy publicznej, który może nakazać jednostce przeprowadzenie badań, dlatego też decydując się na powołanie dowodu z opinii biegłego nie posiada władczego uprawnienia żądania od biegłego wydania opinii; w każdym przypadku to biegły musi wyrazić zgodę na pełnienie funkcji biegłego w postępowaniu dyscyplinarnym²³.

Nie wolno również zapominać, iż sądy dyscyplinarne muszą stosować zasady wynikające z art. 7 k.p.k., a także zasady wynikające z art. 410 i 424 §1 pkt. 1 k.p.k. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 stycznia 2011 r. sygn. sprawy SNO 57/10²⁴, przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. tylko wówczas, gdy poprzedzone jest ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy oraz stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego i jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a ponadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku, w myśl art. 410 k.p.k. podstawę wyroku może bowiem stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej i naruszenie tego przepisu zachodzi wówczas, gdy sąd orzekający opiera swoje orzeczenia na materiale nieujawnionym na rozprawie głównej, bądź opiera się tylko na części materiału ujawnionego i jego rozstrzygnięcie nie jest wynikiem analizy całokształtu ujawnionych okoliczności, a więc także i tych, które je podważają. Uzasadnienie wyroku, zgodnie z art. 424 §1 pkt. 1 k.p.k., powinno wskazywać nie tylko, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione i na jakich w tej mierze oparł się dowodach, lecz także wyjaśniać, dlaczego sąd nie uznał dowodów przeciwnych.

Przechodząc do drugiej części zagadnienia poruszanego w tej części artykułu, a dotyczącego stosowania przepisów kodeksu karnego w postępowaniu dyscyplinarnym wskazać należy, iż – w przeciwieństwie do innych zawodów prawniczych – ustawa Prawo o Adwokaturze posiada wiele instytucji zaczerpniętych wprost z części ogólnej kodeksu karnego.

Postępowanie dyscyplinarne wobec adwokatów zna instytucję kary łącznej, którą w świetle art. 84 PoA stosuje się do obwinionego w razie jednoczesnego ukarania go za kilka przewinień dyscyplinarnych. Sąd w takim przypadku orzeka jedną karę łączną. Wspomniana kara łączna jest wymierzana w oparciu o następujące zasady: 1) w razie orzeczenia kary upomnienia i nagany wymierza się łączną karę nagany; 2) kary upomnienia i nagany

²³ K. Kanty, T. Kanty, *op. cit.*, s. 119.

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt SNO 57/10, LEX 12888948.

nie podlegają łączeniu z karą pieniężną; 3) przy karach pieniężnych łączna kara pieniężna nie może przekraczać sumy tych kar i nie może być niższa od najwyższej z orzeczonych kar pieniężnych; 4) kara zawieszenia w czynnościach zawodowych nie podlega łączeniu z karami upomnienia, nagany i karą pieniężną; 5) przy orzeczonych za kilka przewinień karach rodzajowo różnych i karze wydalenia z adwokatury wymierza się karę łączną wydalenia z adwokatury, a w wypadku orzeczonych równocześnie kar pieniężnych karę tę orzeka się na zasadach przewidzianych w pkt. 3, który mówi o wydaniu wyroku łącznego.

Ważną instytucją prawa karnego materialnego jest instytucja przedawnienia. Zgodnie z ustawą PoA przedawnienie deliktu dyscyplinarnego następuje z upływem trzech lat od jego popełnienia, chyba że przewinienie dyscyplinarne polega na nadużyciu wolności słowa, wtedy termin przedawnienia wynosi sześć miesięcy. W art. 88 ust. 3 PoA zostało również stwierdzone, że gdy przewinienie dyscyplinarne wypełnia znamiona przestępstwa przedawnienie deliktu dyscyplinarnego nie następuje wcześniej niż przedawnienie przestępstwa, które określone jest w art. 101 k.k. Ustawa PoA reguluje także zagadnienie przerwania biegu przedawnienia, które następuje w związku z dokonaniem każdej czynności organu powołanego do ścigania przewinienia. Ustawodawca uregulował okres ustania karalności przewinienia dyscyplinarnego, które następuje z upływem pięciu lat od jego dokonania, zaś w przypadku naruszenia wolności słowa – z upływem dwóch lat.

Sądy dyscyplinarne wymierzając karę przewidzianą w art. 81 PoA stosują dyrektywy wymiaru kary wynikające z art. 53 kodeksu karnego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 października 2009 r. w sprawie o sygnaturze SDI 21/09 dotyczącej obwinionego adwokata, któremu zarzuczano naruszenie §64 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu²⁵, polegające na niezłożeniu przez obwinionego wyjaśnień dziekanowi i niestawiennictwie w dniach 18 maja 2007 r., 29 czerwca 2007 r. oraz 13 lipca 2007 r. na przesłuchanie przed zastępcą rzecznika dyscyplinarnego, za co obwiniony został ukarany karą wydalenia z adwokatury, wyraził pogląd, że charakter tego czynu, który polegał na naruszeniu art. 64 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, wymagał rozważenia, czy nieudzielenie wyjaśnień na wezwanie dziekana rady adwokackiej w A. oraz trzykrotne niestawienie się na przesłuchanie do zastępcy rzecznika dyscyplinarnego, jest przewinieniem dyscyplinarnym takiej wagi, że dyskredytuje obwinionego jako członka palestry i wymaga jego wykluczenia z jej szeregów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że katalog kar dyscyplinarnych, wymienionych w art. 81 ust. 1 PoA, oznacza konieczność rozważenia ich zastosowania w kolejności od

²⁵ § 64 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodowej brzmi: „Adwokat obowiązany jest stawić się na każde wezwanie władz adwokatury, a ewentualne niestawienie powinno niezwłocznie usprawiedliwić. Adwokat ma obowiązek udzielić władzom adwokatury żądanych wyjaśnień w określonym terminie”.

najłagodniejszej do najsurowszej poprzez pryzmat ciężaru gatunkowego popełnionego deliktu dyscyplinarnego. Nawet przy okolicznościach obciążających, decydujące znaczenie powinna mieć waga i charakter popełnionego czynu. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że zachowanie obwinionego polegające na niestawieniu się na przesłuchanie do zastępcy rzecznika dyscyplinarnego, było swoistą formą obrony przed postawieniem mu zarzutu popełnienia przewinienia dyscyplinarnego, czego z pewnością się obawiał²⁶.

Praktyka orzecznicza sądownictwa dyscyplinarnego bardzo często korzysta z rozwiązań prawnych typowych dla prawa karnego materialnego, jakimi są kontratypy. Tak więc nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokat, który działał w ramach obrony koniecznej czy też w stanie wyższej konieczności²⁷. Nie budzi wątpliwości możliwość zatarcia kary, która jest przewidziana w art. 95ł ust. 4,5 i 6 PoA.

3. Postępowanie dyscyplinarne a standardy wynikające z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Zgodnie ze statystykami, prowadzonymi przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPCz), największa liczba skarg kierowanych do Trybunału dotyczy zarzutu naruszenia art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁸ (dalej: Konwencja). W roku 2013 r. 30,05% wszystkich skarg dotyczyło naruszenia art. 6 Konwencji²⁹. Artykuł ten zapewnia jednostce prawo do rzetelnego procesu sądowego; w myśl tego przepisu każdy ma prawo do publicznego i sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, tj. zarówno sprawy o charakterze cywilnym, jak i karnym przez niezawisły i bezstronny sąd, przy czym rozpatrzenie sprawy powinno nastąpić w rozsądnym czasie. Dalsze uregulowania art. 6 konstytuują szczegółowe uprawnienia oskarżonego (art. 6 ust. 3 Konwencji) lub stanowią o fundamentalnej zasadzie prawa karnego – tj. zasadzie domniemania niewinności (art. 6 ust. 2 Konwencji).

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego–Izba Karna z dnia 29 października 2009 r., sygn. akt SDI 21/09, „Rocznik Orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych” 2009, Warszawa 2010, s. 486 i n.

²⁷ W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 51. Zob. też orzeczenia Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego w sprawach: SNO 67/06 z dnia 16 listopada 2006 r., SNO 47/07 z dnia 27 sierpnia 2007 r., SND 2/07 z dnia 5 października 2007, SND 1/07 z dnia 28 września 2007 r., SNO 69/08 z dnia 16 września 2009 r. Należy poczynić uwagę, iż wszystkie cytowane orzeczenia Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego dotyczą odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów.

²⁸ Umowa międzynarodowa z 4.11.1950 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

²⁹ The European Court of Human Rights Facts and Figures 2013, wydanie on-line, (data dostępu: 25 sierpnia 2014 r., źródło dostępu: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956867932_pointer).

Postępowanie dyscyplinarne w świetle orzecznictwa strasburskiego kwalifikowane jest jako postępowanie o charakterze zarówno cywilnym, jak i karnym³⁰. Ten dualizm w traktowaniu tego rodzaju postępowań uzależniony jest od dwóch okoliczności. W przypadku, gdy w toku postępowania dyscyplinarnego wobec obwinionego można orzec karę w postaci zakazu wykonywania zawodu, to wtedy mamy do czynienia ze sprawą o charakterze cywilnoprawnym w rozumieniu Konwencji. Takie stanowisko Trybunał zawarł w wyroku w sprawie *Philis przeciwko Grecji*³¹. Jednakże, gdy wobec obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym może zostać orzeczona surowa kara np. kara grzywny w takim przypadku postępowanie dyscyplinarne wchodzi w zakres pojęcia sprawy karnej w rozumieniu art. 6 Konwencji³².

Jednym z najgłośniejszych orzeczeń Trybunału dotyczących stosowania gwarancji procesowych dla obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym jest wyrok ETPC w sprawie *Le Compte, Van Leuven i De Meyere przeciwko Belgii*³³. W sprawie tej Trybunał nie rozstrzygnął zagadnienia czy zarzuty o charakterze dyscyplinarnym powinny być oceniane z perspektywy sprawy cywilnej czy też oskarżenia karnego³⁴. Jak trafnie wskazuje M. A. Nowicki, „z art. 6 wynika, że organy dyscyplinarne korporacji zawodowej powinny w zasadzie spełniać wymagania tego artykułu. W innym wypadku ich decyzje muszą podlegać kontroli organu sądowego posiadającego pełną jurysdykcję i zapewniającego wszystkie gwarancje art. 6 ust. 1 Konwencji³⁵”.

Wobec powyższego należy dojść do wniosku, że sądownictwo dyscyplinarne adwokatów spełnia wymogi stawiane przez art. 6 Konwencji (dotyczące: bezstronności i niezawisłości sędziów, rzetelności w prowadzeniu postępowania dyscyplinarnego, szybkości rozpoznawania spraw), tym samym dążenie do pozbawienia adwokatów możliwości prowadzenia postępowań dyscyplinarnych i przekazanie ich organom sądownictwa powszechnego jawi się jako zabieg służący rozbiciu, a konsekwencji zniszczeniu samorządu adwokackiego, a nie jako próba usprawnienia postępowań.

³⁰ M. A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji*, Warszawa 2013 r., LEX on-line.

³¹ M. A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji*, Warszawa 2013 r., LEX on-line. W orzeczeniu *Philis przeciwko Grecji* Trybunał powołuje się na bogate dotychczasowe orzecznictwo i wymienia następujące sprawy: *König v. Germany*, 28 czerwca 1978, Seria A No. 27, §§ 87-95; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 czerwca 1981, Seria A No. 43, §§ 41-51).

³² M. A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji*, Warszawa 2013 r., LEX on-line.

³³ Wyrok ETPCZ w sprawie *Le Compte, Van Leuven i De Meyere przeciwko Belgii* z dnia 23 czerwca 1981 r., skarga nr 6878/75 i 7238/75.

³⁴ §53 wyroku *Le Compte, Van Leuven i De Meyere przeciwko Belgii*, w którym stwierdzono: „*The Court considers it superfluous to determine this issue, which was scarcely touched on by those appearing before it: as in the König case (see the above-mentioned judgment, pp. 32-33, p par. 96), those of the Article 6 (art. 6) rules which the applicants alleged were violated apply to both civil and criminal matters.*”

³⁵ M. A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji*, LEX on-line; zob. też wyrok ETPC w sprawie *Albert i Le Compte v. Belgia*, § 29; *Gautrin i inni v. Francja* z 20 maja 1998 r., § 57.

Przechodząc do omówienia spraw, w których pojawiło się zagadnienie postępowania dyscyplinarnego można wymienić następujące wyroki Trybunału: *W.R. przeciwko Austrii*, *Steur przeciwko Holandii*. Interesującym orzeczeniem jest również sprawa *Olujić przeciwko Chorwacji*, która dotyczy postępowania dyscyplinarnego, z tym że skarżącym w tej sprawie był sędzia – Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w Chorwacji. Co się tyczy zaś spraw polskich, omówione zostaną dwie sprawy: *Frankowicz przeciwko Polsce* oraz *Sosinowska przeciwko Polsce*, które dotyczą postępowań dyscyplinarnych wobec lekarzy. Należy w tym miejscu poczynić uwagę, iż dokonywanie przez Trybunał oceny czy krajowe postępowania dyscyplinarne są zgodne z art. 6 Konwencji następuje w orzecznictwie strasburskim nad wyraz sporadycznie.

W sprawie *W.R. przeciwko Austrii*³⁶ Trybunał wydał wyrok w dniu 21 grudnia 1999 r. Okoliczności faktyczne sprawy były następujące: wobec skarżącego W.R. wykonującego zawód adwokata, na skutek zawiadomienia złożonego przez prezesa Sądu Rejonowego w Mauerkirchen, zostało wszczęte postępowanie dyscyplinarne przez Radę Dyscyplinarną Rady Adwokackiej w Górnej Austrii (w oryginale *Disziplinartrat der OberösterreichischenRecht-sanwaltskammer*)³⁷. Następnie w maju 1988 r. Rada Dyscyplinarna przekazała do łącznego rozpoznania nowe zarzuty wobec adwokata. W toku postępowania obwiniony został uznany winnym popełnienia niektórych przewinień dyscyplinarnych, zaś z pozostałej części został uniewinniony, nadto Rada Dyscyplinarna zasądziła od obwinionego w związku z naruszeniem etyki adwokackiej kwotę 5000 austriackich szylingów. Skarżący otrzymał wyrok Rady Dyscyplinarnej 4 kwietnia 1990 r., zaś odwołanie skarżącego trafiło do Rady Odwoławczej w maju 1990 r. Wspomniana Rada rozpatrzyła odwołanie skarżącego dopiero w 1993 r. przy czym w części oddaliła odwołanie, zaś w pozostałej kwestii nakazała ponowne rozpatrzenie sprawy przez Radę Dyscyplinarną Rady Adwokackiej w Górnej Austrii. Po ponownym rozpatrzeniu sprawa Rada Dyscyplinarna Rady Adwokackiej w Górnej Austrii nakazała zapłacić skarżącemu 25 000 szylingów austriackich³⁸.

W.R. 17 maja 1993 r. złożył do Trybunału Konstytucyjnego skargę zarzucając przewlekłość postępowania dyscyplinarnego. Trybunał w dniu 12 października 1994 r. odrzucił skargę W.R.³⁹ Następnie W.R. złożył skargę do Europejskiej Komisji Praw Człowieka.

Trybunał podzielił pogląd Europejskiej Komisji Praw Człowieka i stwierdził, iż postępowanie dyscyplinarne składające się z trzech instancji, które toczy się przez okres 7 lat i 4 miesięcy nie może być uznane za rozpatrzenie sprawy w rozsądnym czasie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Konwencji.

³⁶ Wyrok ETPC w sprawie *W.R. przeciwko Austrii* z dnia 21 grudnia 1999 r., skarga nr 26602/95.

³⁷ *W.R. przeciwko Austrii*, § 8.

³⁸ *W.R. przeciwko Austrii*, § 14.

³⁹ *W.R. przeciwko Austrii*, § 15 i 16.

Kolejną interesującą sprawą jest wyrok w sprawie *Steur przeciwko Belgii*⁴⁰, której stan faktyczny prezentował się następująco: skarżący reprezentował interesy klienta oskarżonego o wyłudzenie ubezpieczenia społecznego. Ów oskarżony przyznał się do zarzucanych mu czynów, kiedy był przesłuchiwany przez funkcjonariusza publicznego – bez udziału adwokata ani tłumacza. Wobec oskarżonego wszczęto postępowanie cywilne, jak i karne⁴¹. Pełnomocnik Steur w trakcie postępowania cywilnego podnosił, iż urzędnik państwowy doprowadził oskarżonego do takiego stanu psychicznego, w którym przyznał się on do popełnienia przestępstwa oszustwa (wspomniane przyznanie się było decydujące dla postawienia zarzutów karnych). Wspomniany funkcjonariusz uznał, iż wypowiedzi adwokata na sali sądowej naruszają jego dobre imię i złożył wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego wobec adwokata do dziekana izby, który według właściwości został przekazany sądowi dyscyplinarnemu⁴².

Trybunał uznał, iż pomimo nienałożenia żadnej kary dyscyplinarnej na adwokata, sąd dyscyplinarny stwierdzając przewinienie dyscyplinarne przez adwokata Steuradoprowadził do niebezpiecznej sytuacji, w której adwokaci w przyszłości nie będą bronić tak odważnie jak dotąd swoich klientów⁴³. Jednocześnie Trybunał poczynił konkluzję, iż specjalne obowiązki adwokatów mogą w pewnych przypadkach – poprzez wprowadzenie ograniczeń adwokackiej wolności ekspresji w toku postępowań sądowych – skutkować pozbawieniem reprezentowanych przez nich oskarżonych prawa do rzetelnego procesu w rozumieniu art. 6 Konwencji⁴⁴. W związku z tym Trybunał ostatecznie uznał naruszenie art. 10 Konwencji dot. wolności ekspresji.

Przechodząc do bardzo interesującej i obszernej sprawy *Olujić przeciwko Chorwacji*⁴⁵ na samym początku warto wskazać, iż skarżący pełnił funkcję Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w Chorwacji, ale w związku z zarzutami postawionymi mu został zniesiony z urzędu. Skarżącemu w trakcie wykonywania obowiązków sędziego zarzucono, że w okresie od stycznia do sierpnia 1996 r. utrzymywał kontakty seksualne z nieletnimi oraz to, że od 1995 r. ochraniał dwóch aktywistów, którzy powiązani byli ze światem przestępczym, co skutkowało utratą zaufania przez Chorwatów do wymiaru sprawiedliwości. Wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego wobec Olujića złożył do Krajowej Rady Sądownictwa rząd Chorwacji i domagał się w nim zniesienia obwinionego z urzędu zarówno sędziego jak i Pierwszego

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Steur przeciwko Belgii* z dnia 28 października 2003 r. skarga 39657/98.

⁴¹ *Steur przeciwko Belgii*, § 11.

⁴² *Steur przeciwko Belgii*, § 13.

⁴³ *Steur przeciwko Belgii*, § 29.

⁴⁴ *Steur przeciwko Belgii*, § 37.

⁴⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Olujić przeciwko Chorwacji* z dnia 5 lutego 2009 r., skarga nr 22330/05.

Prezesa Sądu Najwyższego⁴⁶. Krajowa Rada Sądownictwa wszczęła postępowanie dyscyplinarne, które ostatecznie zakończyło się 14 stycznia 1997 r. uznając, iż Olujić popełnił zarzucane mu przewinienia dyscyplinarne, wobec czego orzeczono karę w postaci usunięcia z zawodu sędziego⁴⁷. W trakcie postępowania dyscyplinarnego trzech członków Krajowej Rady Sądownictwa wypowiedziało się w mediach na temat „podsądnego”, przy czym wspomniane wypowiedzi były negatywne, wręcz przesądzające, że Olujić dopuścił się przewinień wskazanych przez rząd Chorwacji. Dlatego też Olujić, po opublikowaniu wywiadów prasowych sędziów, złożył wniosek o ich wyłączenie, ze względu na ich brak bezstronności. Wszystkie wnioski Rada oddaliła.

Decyzja Krajowej Rady Sądownictwa została w całości utrzymana przez parlament – Izbę Regionalną. Następnie skarżący złożył skargę do Trybunału Konstytucyjnego, który uchylił wyrok Krajowej Rady Sądownictwa. Przyczyną przywołanego rozstrzygnięcia była okoliczność, że dowody, które stanowiły podstawę uznania Olujića za winnego popełnienia przewinienia dyscyplinarnego, okazały się dowodami uzyskanymi w sposób nielegalny, co oznaczało ich dyskwalifikację z materiału dowodowego⁴⁸.

Krajowa Rada Sądownictwa ponownie rozpoznała sprawę Olujića, który – podobnie jak poprzednio – złożył wniosek o wyłączenie czterech sędziów, którzy udzielili wywiadów prasowych, oczywiście o wydźwięku pejoratywnym dla obwinionego⁴⁹. Wszystkie wnioski Olujića zostały oddalone, co więcej nie zostały one w żadnym zakresie uzasadnione. Następnie Olujić zażądał od Rady, aby rozprawa przed Radą odbywała się jawnie – z udziałem publiczności. Krajowa Rada Sądownictwa uznała, że wniosek o udział publiczności w rozprawie musi zostać oddalony ze względu na interes oskarżonego, jak i interes wymiaru sprawiedliwości⁵⁰. Krajowa Rada Sądownictwa w trakcie rozpraw przesłuchiwała wyłącznie świadków zawnioskowanych przez rząd, pomijając jednocześnie świadków zawnioskowanych przez obwinionego, uznając że zgłoszone dowody są nieistotne⁵¹. 7 października 1998 r. Krajowa Rada Sądownictwa wydała wyrok, w którym uznała, iż Olujić utrzymywał kontakty z osobami ze świata przestępczego, a zachowanie to naraża na szwank wymiar sprawiedliwości w Chorwacji, w związku z czym wymierzyła obwinionemu karę usunięcia z urzędu sędziego i Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego⁵².

Od powyższego wyroku obwiniony ponownie złożył odwołanie zaś parlament – jak było opisane wyżej – utrzymał w mocy wyrok KRS (decyzja została wydana w dniu 10 listopada 1998 r.). Olujić ponownie złożył 2 grudnia

⁴⁶ *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 5.

⁴⁷ *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 6.

⁴⁸ *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 8.

⁴⁹ *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 9.

⁵⁰ *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 10.

⁵¹ *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 14.

⁵² *Olujić przeciwko Chorwacji*, § 18.

1998 r. skargę konstytucyjną do Trybunału Konstytucyjnego, która w dniu 9 grudnia 2004 r. została odrzucona.

Skarżący w swojej skardze do ETPC podniósł wiele zarzutów związanych z naruszeniem art. 6 Konwencji: brak bezstronności sędziów w Krajowej Radzie Sądownictwa (kwestia publikacji artykułów w prasie ogólnokrajowej i wypowiedzi przesadzających o winie podsądnego), skarżący podnosił, że postępowanie dyscyplinarne prowadzone wobec niego było nierzetelne, nadto wskazywał, że postępowanie dyscyplinarne było prowadzone przewlekle oraz, że wyłączenie jawności postępowania naruszało art. 6 Konwencji.

Trybunał w swoim orzeczeniu dokonał oceny merytorycznej wypowiedzi sędziów- członków Krajowej Rady Sądownictwa i doszedł do wniosku, iż stanowią one naruszenie zasady bezstronności sędziów, a co za tym idzie Trybunał stwierdził naruszenie art. 6 Konwencji. Trybunał podzielił w całości zarzut skarżącego, dotyczący nieuzasadnionego wyłączenia jawności przed Krajową Radą Sądownictwa i orzekł, iż doszło w tym zakresie do naruszenia art. 6 Konwencji. Trybunał potwierdził, że oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez oskarżonego naruszało zasadę równości broni stron. Jednocześnie podkreślił, iż postępowanie prowadzone było zbyt długo, czego konsekwencją jest naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji przez Chorwację.

Jeżeli chodzi o sprawy polskie, które dotyczyły postępowań dyscyplinarnych warto wskazać na wyroki w sprawie *Sosinowska* oraz *Frankowicz*. Obie sprawy dotyczą lekarzy, którzy byli obwinionymi w postępowaniach dyscyplinarnych. W sprawie *Sosinowska przeciwko Polsce*⁵³ Trybunał zbadał następujący stan faktyczny: pani Sosinowskajest lekarzem pulmonologiem, pracującym w szpitalu w Rudzie Śląskiej. W szpitalu tym ordynatorem oddziału została pani W.R.K. Pomiedzy lekarzami powstał konflikt, który był spowodowany niewłaściwymi decyzjami ordynatora w zakresie diagnozowania i leczenia pacjentów. Z powyższymi decyzjami nie mogła się zgodzić skarżąca, gdyż uznawała je za błędne i niezgodne z wiedzą medyczną. Skarżąca zwróciła się w tej sprawie do krajowego konsultanta i przedstawiła siedem przypadków (wraz z dokumentacją medyczną), które świadczyły o błędach w sposobie leczenia zaproponowanych przez ordynatora. Skarżąca została zwolniona dyscyplinarnie ze szpitala, ze względu na ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych. Sosinowska złożyła pozew o odszkodowanie z tytułu niezgodnego z prawem rozwiązania umowy, który to pozew został w całości uwzględniony przez sąd rejonowy. Sąd uznał, iż skarżąca jest bardzo dobrym specjalistą, zaś jej zachowanie nie dawało podstaw do rozwiązania stosunku pracy w trybie dyscyplinarnym. Od powyższego wyroku apelację złożył pozwany szpital, jednakże okazała się ona bezzasadna – Sąd Okręgowy w Gliwicach utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji⁵⁴.

⁵³ Wyrok ETPC w sprawie *Sosinowska przeciwko Polsce* z 18.10.2011, skarga nr 10247/09.

⁵⁴ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 6, 7, 8, 17, 18.

Skarżąca w dniu 3 listopada 2004 r. złożyła w Śląskiej Izbie Lekarskiej prośbę o interwencję w sprawie konfliktu pomiędzy nią a ordynatorem W.R.K. i wniosła o powołanie komisji kontroli zawodowej celem zbadania metod pracy ordynatora W.R.K., załączając listę błędów, których dopuściła się W.R.K. Rzecznik Okręgowy Odpowiedzialności Zawodowej postanowieniem odmówił wszczęcia dochodzenia uzasadniając swoją decyzję tym, iż wniosek skarżącej jest złożony ze względu na konflikt między lekarzami⁵⁵. Od powyższej decyzji skarżąca odwołała się do Głównego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej, który uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Ponownie Rzecznik Okręgowy w dniu 18 sierpnia 2006 r. odmówił wszczęcia dochodzenia przeciwko W.R.K., a nadto w dniu 22 sierpnia wszczął postępowanie wobec skarżącej ze względu na nieetyczne zachowanie skarżącej wobec koleżanki lekarza i przełożonej⁵⁶. Sąd lekarski uznał, iż skarżąca naruszyła swoim zachowaniem przepis art. 52 ust. 1, 2 i 3 Kodeksu etyki lekarskiej i udzielił obwinionej kary nagany⁵⁷. Od rozstrzygnięcia sądu lekarskiego skarżąca złożyła odwołanie do Naczelnego Sądu Lekarskiego, który rozstrzygnięcie sądu lekarskiego utrzymał w mocy⁵⁸.

Trybunał dokonując oceny przedmiotowej sprawy wyraził pogląd, iż rygorystyczna interpretacja prawa krajowego zaprezentowana przez sądy dyscyplinarne, pociągająca za sobą zakaz wyrażania wszelkich krytycznych opinii w ramach wykonywanego zawodu lekarza, nie jest zgodna z prawem do wolności wyrażania opinii⁵⁹. Trybunał wytknął również sądom dyscyplinarnym nieprzeprowadzenie analizy czy wypowiedzi skarżącej dotyczących ordynatora, które miały na celu obronę interesów uzasadnionych ze społecznego punktu widzenia. W ocenie Trybunału wypowiedzi skarżącej były krytycznymi opiniami o pracy W.R.K., a nie próbą nieuzasadnionego krytykowania innego lekarza⁶⁰. Skarżąca podnosiła w swojej skardze również zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, jednakże Trybunał uznał, iż nie ma potrzeby analizy skargi pod kątem art. 6 ust. 1 Konwencji, gdyż wszystkie kwestie zostały zbadane już pod kątem art. 10 Konwencji.

Na koniec warto wspomnieć o sprawie *Frankowicz przeciwko Polsce*⁶¹. Jej tłem była opinia przygotowana przez skarżącego, dotycząca procesu leczenia pacjenta przez Klinikę Hepatologii w Tarnowie. W przedmiotowej opinii lekarz zwrócił uwagę na błędy diagnostyczne oraz nieprawidłowe leczenie pacjenta. W związku z przedmiotową opinią Okręgowy Rzecznik

⁶⁵ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 19 i 20.

⁵⁶ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 24.

⁵⁷ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 27.

⁵⁸ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 28, 31.

⁵⁹ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 82.

⁶⁰ *Sosinowska przeciwko Polsce*, § 83.

⁶¹ Wyrok ETPC w sprawie *Frankowicz przeciwko Polsce* z dnia 16 grudnia 2008 r., skarga nr 53025/99.

Odpowiedzialności Lekarskiej wszczął przeciwko skarżącemu postępowanie dyscyplinarne, zarzucając mu naruszenie art. 52 ust. 1 Kodeksu etyki lekarskiej⁶². Finalnie, sąd lekarski uznał skarżącego za winnego naruszenia art. 52 Kodeksu etyki lekarskiej, Sąd podkreślił, że: „skarżący, w swoim raporcie, wyraził negatywne opinie na temat zawodowego postępowania danych lekarzy, po czym przekazał je bezpośrednio pacjentowi. Czyniąc to, zdyskredytował lekarzy w oczach pacjenta”⁶³. Ostatecznie, na skutek odwołania skarżącego Naczelny Sąd Lekarski w dniu 29 maja 1998 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok rady lekarskiej⁶⁴. Skarżący w swojej skardze podniósł dwa zarzuty – zarzut naruszenia art. 10 Konwencji poprzez uznanie, że lekarz nie ma prawa do wyrażania opinii na temat leczenia zastosowanego wobec jego pacjenta przez innego lekarza⁶⁵ oraz zarzut naruszenia art. 6 ust.1 Konwencji poprzez fakt, iż Sądy Lekarskie rozpoznające jego sprawę nie były sądami niezawisłymi i bezstronnymi w rozumieniu wspomnianego przepisu. Trybunał podzielił zarzut naruszenia art. 10 Konwencji, zaś w stosunku do zarzutu naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji stwierdził, że „nawet w sytuacji, gdy artykuł 6 § 1 Konwencji ma zastosowanie, nałożenie obowiązku orzekania w sprawach dyscyplinarnych na zawodowe organy dyscyplinarne samo w sobie nie stanowi naruszenia Konwencji. Niemniej jednak, w takich okolicznościach Konwencja wymaga zastosowania co najmniej jednego z następujących dwóch systemów: albo zawodowe organy dyscyplinarne same stosują się do wymagań przedmiotowego artykułu, albo nie stosują się do niego, lecz podlegają następnie kontroli organu sądowiczego, który posiada pełne kompetencje i zapewnia gwarancje przewidziane w art. 6 § 1 (zobacz *Albert i Le Compte* cytowany powyżej, § 29, oraz *Gautrin*, cytowany powyżej, § 57)”⁶⁶. Trybunał wyraził również pogląd, że w przedmiotowym czasie postanowienia sądów lekarskich, w sytuacji, gdy ich konsekwencją było zawieszenie w prawie wykonywania zawodu lub odebranie prawa wykonywania zawodu, mogły być zaskarżane do Sądu Najwyższego – co zapewniało dodatkową ochronę z punktu widzenia wymagań artykułu 6 § 1 Konwencji⁶⁷.

Mając na uwadze powyższe orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka należy stwierdzić, że Trybunał stosuje wypracowane już standardy strasburskie z art. 6 Konwencji do postępowań dyscyplinarnych, które dotyczą istotnych zagadnień, takich jak problem przewlekłość postępowania, problem jawności rozprawy, problem prawa do obrony obwinionego. Obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym korzysta z takich samych gwarancji

⁶² *Frankowicz przeciwko Polsce*, § 7 i 8.

⁶³ *Frankowicz przeciwko Polsce*, § 10.

⁶⁴ *Frankowicz przeciwko Polsce*, § 13.

⁶⁵ *Frankowicz przeciwko Polsce*, § 35.

⁶⁶ *Frankowicz przeciwko Polsce*, § 60.

⁶⁷ *Frankowicz przeciwko Polsce*, § 66.

procesowych, co oskarżony w postępowaniu karnym, zaś naruszanie procesowe dokonywane przez krajowe sądy dyscyplinarne są szczegółowo analizowane pod kątem ich zgodności lub nie z prawami konwencyjnymi.

4. Podsumowanie

Postępowanie dyscyplinarne adwokatów na przestrzeni ostatnich lat ewoluowało i podlegało wielu zmianom. Obecnie można stwierdzić, iż spełnia ono standardy wynikające z art. 6 ust. 1 Konwencji – sędziowie sądu dyscyplinarnego są niezawisli i bezstronni, postępowanie toczy się jawnie oraz prowadzone jest w rozsądnym czasie i jest co najmniej dwuinstancyjne. Nie budzi również wątpliwości, iż Trybunał nie nakazuje państwom stronom Konwencji, aby odwołanie od sądu izbowego musiało być rozstrzygane przez sąd powszechny. Istotną również okolicznością jest to, iż sama adwokatura widzi konieczność wprowadzania ciągłych zmian w zakresie postępowań dyscyplinarnych; do nich można zaliczyć idee powoływania zawodowych rzeczników dyscyplinarnych, czy też wprowadzenie ściśle określonych terminów do podjęcia czynności przez rzeczników dyscyplinarnych, które to rozwiązanie ma przyczyniać się do walki z problemem przedawnienia przewinień dyscyplinarnych. W ostatnim czasie bardzo często dyskutowanym postulatem jest wprowadzenie do Ustawy Prawo o Adwokaturze przepisu, który stwierdzałby, iż w postępowaniu dyscyplinarnym adwokatów stosujemy przepisy części ogólnej kodeksu karnego lub też przepisy zamieszczone w rozdziale III kodeksu karnego.

Adwokatura na przestrzeni ostatnich dwudzieści pięciu lat dokonała ogromnej reformy modelu postępowania dyscyplinarnego, której rezultaty są dostrzegalne nie tylko przez samorząd, ale także przez Sąd Najwyższy, który rozpatruje kasacje od orzeczeń Wyższego Sądu Dyscyplinarnego przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Mając na uwadze fakt ciągłego ulepszania procedury dyscyplinarnej oraz wniosków płynących z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu należy uznać, iż postępowanie to winno nadal leżeć w gestii samorządu zawodowego, gdyż próba pozbawienia samorządu tej prerogatywy doprowadzi do zniszczenia samorządu zawodowego adwokatów, posiadającego ponad 95-letnią tradycję.

ATTORNEY'S DISCIPLINARY PROCEEDINGS AND THE STANDARDS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Key words: disciplinary proceedings of attorney, European Court of Human Rights, attorneys, the Supreme Court, the right to fair trial, Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Summary

Paper is devoted to the problem of disciplinary proceedings against attorneys. The main purpose is to analyze the current system of disciplinary proceedings of attorney in Poland, also author describes the legal system of attorney's disciplinary proceedings in Poland – describes the first step of proceedings, analyze the evidence's proceeding and also right to appeal. The author presents the most important judgments of ECHR in which appeared the problem of disciplinary proceedings such as: *W. R v. Austria*, *Steur v. Austria*, *Olujić v. Croatia*, *Frankowicz v. Poland* and *Sosinowska v. Poland*. In those judgment ECHR present the standards of disciplinary proceedings according to art. 6 of ECHR.

Przemysław Komorowski

Katedra Praw Człowieka UMK w Toruniu

Prawo rodziców do wychowania dzieci w zgodzie z własnymi przekonaniemami a neutralność światopoglądowa państwa w Europie

Słowa kluczowe: wolność religijna, Lautsi, neutralność światopoglądowa, prawa rodziców, edukacja seksualna

Jednym z najbardziej dyskutowanych praw na etapie prac nad Europejską Konwencją Praw Człowieka (EKPC) było prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniemami. Ze względu jednak na niezwykle skomplikowany charakter tego prawa, nie zostało ono uwzględnione w głównym tekście Konwencji – mimo uznania go przez część delegatów za jeden z fundamentów praw człowieka¹. U źródeł takiego przekonania leżała żywa jeszcze pamięć o ustrojach totalitarnych, w których państwa wykorzystywały system edukacji do indoktrynacji dzieci i młodzieży, praktycznie uniemożliwiając rodzicom przekazywanie istotnych dla nich wartości i poglądów². O planowym działaniu wspomnianych systemów mogą świadczyć słowa Adolfa Hitlera, z jednego z przemówień z 1933 roku: „Kiedy przeciwnik mówi: nie przejdę na waszą stronę, ja odpowiadam spokojnie: twoje dziecko już do nas należy... czymże jesteś? Wkrótce przeminiesz. Twoje potomstwo jednakże już stoi w nowym obozie; w krótkim czasie nie będą oni znali niczego poza tą nową wspólnotą”³.

Zatem poprzez wysoką ocenę omawianego prawa z jednej strony podkreślona została istotna rola rodziców w procesie wychowania i edukacji dzieci, z drugiej – pośrednio – znaczenie swobody w przekazywaniu różnorodnych wartości dla demokratycznego państwa, a tym samym stworzenie swoistej zapory dla totalitarnych zapędów instytucji państwa⁴.

¹ C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001, p. 46.

² *Ibidem*; M.D. Evans, *Religious Liberty and International Law In Europe*, Cambridge 1997, p. 274–275.

³ M.P. Donnelly, *Religious Freedom In Education*, „International Journal for Religious Freedom” 2011, vol. 4, p. 67.

⁴ *Ibidem*, p. 68–69.

Oczywiście od samego początku debaty nad prawem rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami (i prawem do nauki w ogóle) na forum Zgromadzenia Doradczego Rady Europy było wiele spornych kwestii, które – jak to już zostało wspomniane – ostatecznie doprowadziły do pominięcia tego prawa w zasadniczej treści Konwencji. Znalazło się ono dopiero w Protokole nr 1 do Konwencji, podpisanym w 1952 r.

Zarówno w treści samego przepisu, jak i podczas jego wykładni dokonywanej przez Europejski Trybunał na przestrzeni lat trzeba było m.in. wyważyć prawo dziecka do otrzymania edukacji, prawo rodziców do wyboru czego – i w jaki sposób – ich dzieci mają być uczone oraz uwzględnić kompetencje państwa do kształtowania spójnego systemu edukacji.

Pewnych ram do rozstrzygnięcia potencjalnych konfliktów na tym tle miała dostarczyć zasada neutralności światopoglądowej państwa. Ujmując to w nieco uproszczony sposób można stwierdzić, że zgodnie ze wspomnianą zasadą państwo, podczas sprawowania swoich funkcji, ma obowiązek pozostać bezstronne w kwestiach światopoglądowych. Jednakże ustalenie zakresu znaczeniowego zasady neutralności – jak okazało się w praktyce – stanowiło wielokrotnie istotne wyzwanie dla Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Pewną niepokojącą tendencją w rozstrzygnięciach Trybunału w tej mierze dostrzegł prof. Joseph Weiler, który w kontrowersyjnej sprawie *Lautsi przeciwko Włochom* prezentował stanowisko państw interweniujących. Zwrócił on uwagę na fakt, iż koncepcja neutralności w rozumieniu Izby Trybunału była naznaczona pewnymi błędami, prowadząc m.in. do conceptualnego zmieszania pojęć sekularyzmu, *laicite* i neutralności. Jak wskazuje J. Weiler, sekularyzm nie jest pustą (neutralną) kategorią, oznaczającą brak wiary, a raczej pewnym konkretnym stanowiskiem czy też przekonaniem o charakterze politycznym, które postuluje obecność religii jedynie w sferze prywatnej człowieka oraz całkowite rozdzielenie państwa i Kościoła⁵.

Wskazany błąd w interpretacji zasady neutralności światopoglądowej ma także swój rewers. Polega on na niedostrzeganiu przez Trybunał naruszenia omawianej zasady poprzez wdrażanie przez państwa programów i treści światopoglądowych o charakterze liberalnym (w szerokim znaczeniu tego pojęcia), które nie posiadają przymiotu neutralności. Tendencję tę widać niezwykle wyraźnie na przykładzie spraw związanych z problematyką obyczajową czy seksualną.

W celu uporządkowania rozważań w pierwszej kolejności wypada odtworzyć zakres omawianego prawa i postępujące w tym obszarze zmiany. Następnie – na przykładzie wybranych wyroków ETPC – spróbuję rozważyć zastosowanie zasady neutralności światopoglądowej przez Trybunał.

⁵ *Oral submission by Professor JHH Weiler on behalf of Armenia, Bulgaria, Cyprus, Greece, Lithuania, Malta, the Russian Federation, San Marino – third party intervening states in the Lautsi case before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, „International Journal of Constitutional Law”, 2010, vol. 8 (2), p. 164.

1. Zakres prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem

Jak mówi art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji: „Nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki. Wykonując swoje funkcje w dziedzinie wychowania i nauczania, Państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi”. Przedmiotem zainteresowania niniejszej refleksji będzie, co prawda, drugie zdanie artykułu, choć jego pierwsza część – prawo do nauki – nie pozostaje bez znaczenia. Jak bowiem zauważa prof. Malcolm Evans, pierwotny zamysł zakładał, że prawo zawarte w art. 2 Protokołu nr 1 będzie stanowiło *lex specialis* art. 9 Konwencji, chroniące wolność religijną⁶. Jednakże w duchu interpretacji dokonywanej przez Trybunał na przestrzeni lat, zdanie drugie wspomnianego artykułu zostało podporządkowane prawu do nauki – jak to Trybunał ujął w sprawie *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen przeciwko Danii* – „Art. 2 stanowi całość, lecz jest zdominowany przez jego pierwsze zdanie”⁷. W miarę upływu czasu, także prawo rodziców było sukcesywnie osłabiane na korzyść uprawnień państw.

Kluczową rolę w ustaleniu zakresu omawianego prawa odegrały dwa rozstrzygnięcia Trybunału. Pierwsze z nich to wyrok we wspomnianej powyżej sprawie z 1976 r. – *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, inaczej zwanej sprawą *duńskiej edukacji seksualnej*. Rząd duński – poza dotychczasową edukacją seksualną w formie zajęć fakultatywnych – wprowadził nowy program nauczania w szkołach, gdzie elementy edukacji seksualnej zostały wplecione w wiele różnych obowiązkowych przedmiotów szkolnych. Wywołało to obiekcje części rodziców, którzy uznali, że jest to tematyka, która – ich zdaniem – powinna być przekazana dzieciom przez rodziców, zaś proponowany program nauczania jest niezgodny z ich chrześcijańskimi przekonaniem. Trybunał w trakcie rozpatrywania sprawy sformułował wiele cennych uwag odnośnie do zakresu omawianego prawa, które miały wpływ na dalsze rozstrzygnięcia w tej materii. Po pierwsze, Trybunał uznał, że prawo rodziców nie obejmuje jedynie możliwości zwolnienia ich dziecka z nauczania religijnego, które mogłoby być niezgodne z ich przekonaniem, ale rozciąga się na cały program edukacji, zatem także na inne przedmioty⁸. Jednocześnie jednak orzekł, iż państwa mają możliwość uwzględnienia treści o charakterze religijnym bądź filozoficznym w ramach programu nauczania, a rodzice nie mogą się temu sprzeciwić, gdyż w przeciwnym razie całe zinstytucjonalizowane nauczanie byłoby zdecydowanie utrudnione⁹.

⁶ M.D. Evans, *op. cit.*, p. 342–343.

⁷ ECHR Judgment *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7.12.1976, appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, § 52.

⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, § 52.

⁹ *Ibidem*, § 53.

W ten sposób, jak to ujął prof. Evans, Trybunał właściwie zniszczył prawo, na którego strażą miał stać¹⁰. Użyty w przepisie zwrot „państwo uznaje” (the States hallrespect the right of parents) – który *nota bene* w trakcie prac nad Konwencją zastąpił dużo słabszy „to haveregard to” – stracił walor jakiegokolwiek związania decyzji państwa prawem rodziców. Dodatkowo, jak to już zostało wspomniane, Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że prawo rodziców wynikające z drugiego zdania art. 1 jest podporządkowane jego pierwszej części – prawu do nauki:

*It is in the discharge of a natural duty towards their children – parents being primarily responsible for the „education and teaching” of their children – that parents may require the State to respect their religious and philosophical convictions. Their right thus corresponds to a responsibility closely linked to the enjoyment and the exercise of the right to education*¹¹.

W niniejszej sprawie Trybunał podkreślił także, że choć art. 2 Protokołu 1 dotyczy publicznej edukacji, to dostępność alternatyw w postaci szkół prywatnych stanowi dodatkowy argument za uznaniem marginesu oceny państwa:

*the Court cannot forget, however, that the functions assumed by Denmark in relation to education and to teaching include the grant of substantial assistance to private schools. Although recourse to these schools involves parents in sacrifices which were justifiably mentioned by the applicants, the alternative solution it provides constitutes a factor that should not be disregarded in this case*¹².

Trybunał wprowadził jednak pewne ramy, poza które państwo nie może wyjść podczas wykonywania swych funkcji. ETPC stwierdził, że wiedza i informacje przekazywane przez państwo zawarte w programach nauczania muszą mieć charakter obiektywny, krytyczny i pluralistyczny. Granicą zaś, której państwu nie wolno przekraczać jest indoktrynacja¹³. Ostatecznie, na tej podstawie Trybunał uznał, iż nie było naruszenia art. 2 Protokołu 1 w tym przypadku.

Istotnym elementem rozwoju wykładni omawianego prawa rodziców był ustalenie jakie przekonania są objęte ochroną. Pierwotnym zamysłem twórców artykułu była ochrona dzieci przed edukacją i wychowaniem w duchu religii niezgodnej z przekonaniem rodziców – przekonania filozoficzne zostały zaś dodane w celu objęcia ochroną poglądów, które nie mają wprowadzić charakteru religijnego, lecz są podobnej natury. Do znacznego poszerzenia zakresu omawianego prawa doszło w drodze kolejnego, niezwykle istotnego rozstrzygnięcia w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu*

¹⁰ M. D. Evans, *op. cit.*, p. 356.

¹¹ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, § 52.

¹² *Ibidem*, § 50.

¹³ *Ibidem*, § 53.

Królestwu. Sprawa dotyczyła kar cielesnych stosowanych w szkołach publicznych. Tego typu środki dyscypliny zostały uznane przez aplikantów za sprzeczne z ich przekonaniami. Trybunał przyznał rację rodzicom i uznał naruszenie art. 2 Protokołu nr 1. Sprzeciw przeciwko stosowaniu kar cielesnych został tym samym uznany za przekonania filozoficzne – zarówno przez Komisję, jak i Trybunał. Oba organy podjęły trud uzasadnienia swojej decyzji. ETPC przyrównał użyty w art. 2 zwrot „conviction” do zwrotu „belief” znanego z art. 9 Konwencji dodając, że tym samym przekonania muszą posiadać stosowny poziom trafności, powagi, spójności oraz istotności¹⁴. Nie rozważając jednak dokładniej ustanowionego testu, Trybunał skupił się na znaczeniu przymiotnika „filozoficzny”:

As regards the adjective „philosophical”, it is not capable of exhaustive definition and little assistance as to its precise significance is to be gleaned from the travaux préparatoires. The Commission pointed out that the word „philosophy” bears numerous meanings: it is used to allude to a fully-fledged system of thought or, rather loosely, to views on more or less trivial matters. The Courts agrees with the Commission that neither of these two extremes can be adopted for the purposes of interpreting Article 2 (P1-2): the former would too narrowly restrict the scope of a right that is guaranteed to all parents and the latter might result in the inclusion of matters of insufficient weight or substance¹⁵.

Przyznając zatem trudność w uchwyceniu precyzyjnego zakresu wspomnianego przymiotnika, Trybunał stwierdził, że w jego opinii za przekonania filozoficzne można uznać takie przekonania, które są warte szacunku (uznania) w społeczeństwie demokratycznym oraz nie są przeciwne godności człowieka¹⁶. Jak trafnie zauważa prof. Malcolm Evans, wprowadza to wyjątkowo subiektywny test Trybunału i obecnie art. 2 Protokołu nr 1 obejmuje nie tylko przekonania o charakterze religijnym, ale także wszystkie te, które Trybunał uzna za warte szacunku (respect)¹⁷. Ostatecznie jednak w przedmiotowej sprawie – jak argumentuje Evans – Trybunał w rzeczywistości ocenił powagę sprawy, nie zaś naturę przekonań aplikantów:

The applicant’s views relate to a weighty and substantial aspect of human life and behaviour, namely the integrity of the person, the propriety or otherwise of the infliction of corporal punishment and the exclusion of the distress which the risk of such punishment entails¹⁸.

¹⁴ ECHR Judgment *Campbell and Cosans v. UK*, 25.02.1982, appl. No. 7511/76; 7743/76, § 36.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. D. Evans, *op. cit.*, p. 352.

¹⁸ *Campbell and Cosans v. UK*, § 36.

2. Neutralność światopoglądowa w rozstrzygnięciach Trybunału

Tworząc ramy dotyczące przekazywania wiedzy, które ma być obiektywne, krytyczne i pluralistyczne oraz ustanawiając zakaz indoktrynacji Trybunał przedstawił niejako cechy państwa neutralnego światopoglądowo w zakresie edukacji. Przyglądając się jednak bliżej orzecznictwu ETPC w tym zakresie można odnieść wrażenie, że co najmniej swobodnie decyduje on kiedy proces edukacji spełnia wspomniane trójprzymiotnikowe cechy i kiedy dochodzi do indoktrynacji. Choć Trybunał nie przybliżał w swoich wyrokach definicji pojęcia indoktrynacji, można zgodzić się z prof. Tadeuszem Zielińskim, że:

jest to sposób [przekazywania wiedzy – PK] jednostronny, tendencyjny, zamknięty na przynajmniej niektóre doniosłe dla rozwoju ucznia treści. Powoduje on kształtowanie, formowanie czy urabianie ucznia według schematów dlań niekorzystnych, względnie sprzecznych z przekonaniem i dążeniami jego samego oraz ewentualnie – co ma znaczenie przede wszystkim w przypadku dziecka młodszego – jego rodziców¹⁹.

Mając na uwadze przytoczone słowa warto przyjrzeć się bliżej rozstrzygnięciu w sprawie *duńskiej edukacji seksualnej*. W pierwszej kolejności wydaje się, że Trybunał zbyt pochopnie ustalił charakter edukacji seksualnej jako wiedzy obiektywnej i naukowej. Jak trafnie bowiem zauważył sędzia Verdross w opinii odrębnej – nauka o ludzkiej seksualności, która jest częścią nauk przyrodniczych (zwłaszcza biologii), jest czymś innym niż nauka o praktykach seksualnych, które zdecydowanie nie są neutralne z punktu widzenia moralności²⁰. W tym wypadku bowiem sam fakt przekazania pewnych informacji może stać w sprzeczności z przekonaniem rodziców. O pewnym ciężarze ideowym, który stoi za edukacją seksualną świadczą różne jej modele. W nauce wyróżnia się trzy typy edukacji seksualnej: typ A – wychowanie do abstynencji seksualnej, typ B – tzw. biologiczną edukację seksualną (obejmującą informacje z zakresu biologii oraz dotyczące metod zapobiegania ciąży) oraz typ C – złożoną edukację seksualną, zawierającą oba powyższe sposoby²¹. Wydaje się bezsprzeczne, że poza czysto pragmatyczną oceną efektów stosowanej edukacji pod kątem skuteczności w m.in. minimalizowaniu ilości niechcianych ciąży, aborcji czy zarażania się chorobami przenoszonymi drogą płciową przez nieletnich, każdy ze wspomnianych typów edukacji

¹⁹ T. J. Zieliński, *Zakaz indoktrynacji światopoglądowej w szkolnictwie według wyroku Lautsi przeciwko Włochom*, [w:] *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik, Warszawa 2012, s. 68.

²⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Judge Verdross dissenting.

²¹ *Standardy edukacji seksualnej w Europie*, Federalne Biuro ds. Edukacji Zdrowotnej, 2010, s. 15.

może być także oceniany pod kątem wartości czy ideałów, które ze sobą niesie. Na jednym skraju znajduje się bowiem polityka państwa, które nie akceptuje inicjacji seksualnej nieletnich, promując wstrzeźliwość, na drugim zaś będzie taka polityka, która zakłada przystosowanie się do faktu, iż wśród nieletnich może do takich inicjacji dochodzić. Oba podejścia zasadzają się na przeciwstawnych ideałach, tym samym żaden z nich nie wydaje się spełniać postulatu obiektywności. Z tego względu wspomniany przedmiot jest najczęściej nauczany jako fakultatywny. Jak po raz kolejny trafnie zauważa sędzia Verdross, różnicę pomiędzy obiektywną wiedzą na temat ludzkiej seksualności a nauką o praktykach seksualnych dostrzegał już sam duński legislator. Pozostawił bowiem szkołom prywatnym możliwość odstąpienia od nauczania o kwestiach seksualnych, które były obowiązkowe w szkołach publicznych:

While private schools are required under the legislation to include in their curricula a biology course on the reproduction of man, they are left the choice whether or not to comply with the other rules compulsory for State schools in sexual matters. The legislature itself is thereby conceding that information on sexual activity may be separated from other information on the subject and that, consequently, an exemption granted to children in respect of a specific course of the first category does not prevent the integration in the school system of scientific knowledge on the subject²².

Podsumowując, trudno zgodzić się z opinią Trybunału, iż forsowanie obowiązkowego, konkretnego modelu ideologicznego, dotyczącego ludzkiej seksualności spełnia warunki obiektywnego, krytycznego i pluralistycznego przekazywania wiedzy.

Mając w pamięci naczelną zasadę, przez pryzmat której prowadzona jest niniejsza refleksja (zasadę neutralności światopoglądowej państwa w dziedzinie edukacji), warto przeanalizować kolejne rozstrzygnięcia organów konwencyjnych, które dotyczyły omawianego art. 2 Protokołu nr 1, poruszając się zgodnie z logiką porównywania tych samych argumentów używanych przez Trybunał czy Komisję, lecz w różnych rozstrzygnięciach.

I tak we wspomnianej już sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* – mimo bliskości czasowej tego wyroku z wyrokiem w sprawie *duńskiej edukacji seksualnej* – Trybunał nie odwołał się do testu ustanowionego kilka lat wcześniej, gdzie zakaz indoktrynacji miał być tą nieprzekraczalną granicą ingerencji państwa. W sprawie *Campbell i Cosans ETPC* bardzo zdawkowo odwołał się do pojęcia indoktrynacji, uzasadniając swoje rozstrzygnięcie stanowiskiem, iż rząd nie spełnił kryteriów uznania/szacunku dla przekonań aplikantów²³. Jak przypomniał Trybunał:

²² *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Judge Verdross dissenting.

²³ *Campbell and Cosans v. UK*, § 35–37.

As is confirmed by the fact that, in the course of the drafting of Article 2 (P1-2), the words „have regard to” were replaced by the word „respect” (see documents CDH (67) 2, p. 163) the latter word means more than „acknowledge” or „taken into account”; in addition to a primarily negative undertaking, it implies some positive obligation on the part of the State (see mutatis mutandis, the Marckx judgment of 13 June 1979, series A no. 31, p. 15, par. 31). This being so, the duty to respect parental convictions in this sphere cannot be overridden by the alleged necessity of striking a balance between the conflicting views involved²⁴.

Komentując niniejszy passus, nasuwa się pytanie, dlaczego w tej sprawie Trybunał istotnie podniósł rangę słowa „respect”, wskazując na związane z nim obowiązki po stronie państw (także te o charakterze pozytywnym), zaś we wcześniej omawianym rozstrzygnięciu podkreślał ograniczenia należnego rodzicom „szacunku”. W sprawie duńskich rodziców Trybunał podniósł między innymi argument praktyczny, mianowicie konieczność istnienia zinstytucjonalizowanego szkolnictwa, którego funkcjonowanie byłoby utrudnione, gdyby rodzice podważali cały system edukacji z powodu swoich przekonań²⁵. W przypadku sprawy *Cambell i Cosans* konieczność wprowadzenia ogólnych zmian w programie edukacyjnym nie budziła już zastrzeżeń Trybunału. Co więcej, ETPC uznał, że w przypadku sprawy duńskiej istnienie alternatywnych, prywatnych szkół, które mogą być zwolnione częściowo z edukacji seksualnej, jest istotnym argumentem, którego nie można pominąć w toku rozpatrywania sprawy – mimo potencjalnych trudności związanych z takim rozwiązaniem dla rodziców. W sprawie *Campbell i Cosans* Trybunał ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że:

For both financial and practical reasons, the applicants had no realistic and acceptable alternative to sending their children to State schools²⁶.

Wypada zgodzić się zatem z twierdzeniem, że całkowicie przeciwne rozstrzygnięcia ETPC we wspomnianych sprawach nie dają się wytłumaczyć w logiczny sposób²⁷.

Interesujące dla niniejszej refleksji może być także porównanie argumentów użytych przez organy konwencyjne w sprawie *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen przeciwko Danii* z tymi z wyroku Trybunału w sprawie *Folgero i inni przeciwko Norwegii*, w której Trybunał – co prawda minimalną większością 9:8 – uznał, że wiedza przekazywana w ramach nowego przedmiotu łączącego religię z filozofią nie spełnia warunków obiektywności, krytyczności i pluralizmu, faworyzuje bowiem chrześcijański punkt widzenia²⁸.

²⁴ *Ibidem*, § 37.

²⁵ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, § 53.

²⁶ *Cambell and Cosans v. UK*, § 8.

²⁷ C. Ovey, R. White, *Jacobs and White, European Convention on Human Rights*, 2002, Oxford, p. 328, cited in M. Budnicki, *Discriminatory pluralism*, „Ogólnopolskie Pismo Studentów i Doktorantów Nauk Prawnych”, 2010, nr 1(5), s. 8.

²⁸ ECHR Judgment *Folgero and others v. Norway*, 29.06.2007, appl. No. 15472/02.

W pierwszym rzędzie uderza szczegółowość analizy programu nauczania szkolnego przedmiotu dokonana przez Trybunał. W tym kontekście wypada negatywnie ocenić brak głębszej refleksji Trybunału nad charakterem edukacji seksualnej. Na przykładzie tej sprawy widać jeszcze jedną niespójność w rozstrzygnięciach Trybunału. W sprawie *duńskiej edukacji seksualnej* ETPC podkreślił, że choć art. 2 Protokołu 1 dotyczy publicznej edukacji, to dostępność alternatyw w postaci szkół prywatnych stanowi istotny argument za uznaniem marginesu oceny państwa. W sprawie *Folgero* zaś Trybunał stanowi, że:

*in the instant case, the existence of such a possibility could not dispense the State from its obligation to safeguard pluralism in State schools which are open to everyone*²⁹.

Co jeszcze bardziej intrygujące, w sprawie *duńskiej edukacji seksualnej* brak możliwości zwolnienia dziecka choćby z części nauczania, które mogłoby być niezgodne z przekonaniami rodziców, nie został uznany za naruszenie Konwencji (choć, jak zostało to już wspomniane, sam rząd Danii dał możliwość prywatnym szkołom zrezygnowania z części tematów, które mogłyby być niezgodne z przekonaniami rodziców). W sprawie norweskiej zaś istnienie mechanizmu częściowego zwolnienia z nauczanego przedmiotu zostało uznane za zbyt uciążliwe dla rodziców³⁰.

W kontekście sprawy *Folgero* zasadne wydaje się przywołanie decyzji w sprawie *Appel-Irrgang i inni przeciwko Niemcom*, która dotyczyła odwrotnej, można by rzec, sytuacji niż sprawa norweska. Otóż państwo Johanna Appel-Irrgang wraz z rodzicami, panią Kerstin Appel oraz panem Ronaldem Irrgang, będący protestantami, złożyli skargę do Trybunału w związku z wprowadzeniem w Niemczech obowiązkowych zajęć z etyki, podnosząc, że są one niezgodne z ich przekonaniami. Decyzja Trybunału była jednak inna niż we wspomnianej sprawie *Folgero*. Trybunał uznał bowiem, że:

*In the present case, however, it is clear that the ethics classes that the first applicant is required to attend are neutral and do not give particular weight to any one religion or faith; rather they seek to transmit a common basis of values to pupils and to teach them to be open to people whose beliefs differ from theirs*³¹.

Stwierdzenie to obrazuje pewną tendencję w rozumowaniu Trybunału, która wyłania się z przytoczonych do tej pory rozstrzygnięć. Zgodnie z nim, jak się wydaje, jedynie poglądy i zachowania o charakterze religijnym mogą przekroczyć granicę indoktrynacji. Poglądy o charakterze areligijnym, seku-

²⁹ *Ibidem*, § 101.

³⁰ *Ibidem*, § 100.

³¹ ECHR Decission APPEL-IRRGANG AND OTHERS v. GERMANY, 6.10.2009, 45216/07.

larystycznym, są bowiem uznawane za neutralne. Pogląd ten wydaje się być daleki od rzeczywistości, gdyż wartości przekazywane w duchu oświecenia i humanizmu w wielu miejscach mogą stać w sprzeczności z wartościami różnych wyznań czy religii.

Przywołując ponownie motyw przewodni niniejszej refleksji – neutralność światopoglądową państwa – można zaryzykować stwierdzenie, że pewnym minimum zapewniającym neutralność, jest umożliwienie rodzicom edukacji dzieci zgodnie z własnymi przekonaniemami w szkołach prywatnych czy w drodze edukacji domowej. Ma to zwłaszcza znaczenie w przypadku sytuacji, gdy kontrowersyjne przedmioty mają charakter obowiązkowy. Dlatego też poważne wątpliwości może budzić rozstrzygnięcie dotyczące edukacji domowej w sprawie *Konrad przeciwko Niemcom* z 2006 r. Państwo Konrad, niezadowolony z rozwiązań edukacyjnych proponowanych w szkołach publicznych (m.in. z obowiązkowej edukacji seksualnej) zamierzali edukować swoje dzieci w domu. Jednakże tzw. *homeschooling* jest w Niemczech zakazany. Kwestionując taki stan rzeczy, państwo Konrad skierowali sprawę do ETPC, który wydał decyzję o niedopuszczeniu skargi, powołując się na instytucję marginesu oceny państwa. A zatem w przypadku sprawy *Folgero* nawet istnienie alternatywnych form edukacji nie umożliwiło państwu skorzystania z instytucji marginesu oceny – w sprawie *Konrad* zaś – brak alternatywy nie został uznany za naruszenie uznania/szacunku do przekonań rodziców. Warto w tym miejscu podkreślić, że państwo Konrad należeli do mniejszości religijnej, nie mieli zatem dostępu do szkół prywatnych, które odpowiadałyby ich przekonaniom³². Pomimo że w sprawie *duńskiej edukacji seksualnej* Trybunał podkreślił znaczenie dostępności prywatnego nauczania, w niniejszej sprawie w żaden sposób nie odniósł się do argumentu aplikantów, tym samym akceptując sytuację, w której nie mieli oni żadnej realnej alternatywy dla oficjalnego nauczania. Komentując zaś model nauczania domowego, Trybunał praktycznie podważył uprawnienie rodziców wynikające z art. 2 Protokołu nr 1:

*The court noted that the State's obligation to educate would also further the children's interests and served the protection of their personal rights. Because of their young age, the applicant children were unable to foresee the consequences of their parents' decision to opt for home education. Therefore, they could hardly be expected to make an autonomous decision for themselves*³³.

Z jednej strony uznał bowiem, że prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniemami jest znacząco ograniczone dobrem dziecka, które – jak to można wyinterpretować z powyższego cytatu – jest w tej sytuacji lepiej reprezentowane przez państwo niż jego własnych rodziców. Co więcej, ważniejszy od przekonań rodziców jest także interes społeczny:

³² ECHR Decision *Konrad v. Germany*, 11.09.2006, appl. No. 35504/03.

³³ *Ibidem*.

*The Federal Constitutional Court stressed the general interest of society in avoiding the emergence of parallel societies based on separate philosophical convictions and the importance of integrating minorities into society. The Court regards this as being in accordance with its own case-law on the importance of pluralism for democracy*³⁴.

W kontekście tak daleko idącego ograniczenia praw rodziców, jak ponury żart brzmią słowa Trybunału, które zresztą – wyartykułowane po raz pierwszy w sprawie *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen przeciwko Danii* – przewijają się w praktycznie wszystkich przywołanych w niniejszym artykule rozstrzygnięciach:

*Compulsory primary-school attendance does not deprive the applicant parents of their right to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions*³⁵.

Za swoistą kulminację powyższej polityki Trybunału można uznać rozstrzygnięcie w sprawie *Dojan i inni przeciwko Niemcom*. Otóż ortodoksyjne, chrześcijańskie małżeństwo państwa Dojan, a także państwo Frohlich i Wiens, odmówili posłania dzieci na obowiązkowe zajęcia edukacji seksualnej, a także odmówili udziału dzieci w obowiązkowym programie, w formie teatryku, pt. „Moje ciało należy do mnie!”. Wspomniany program miał – zgodnie z intencją autorów – stanowić program przeciwdziałania seksualnemu wykorzystywaniu dzieci, jednakże aplikanci po zapoznaniu się z jego treścią uznali, że program uczy dzieci m.in., że „ich zachowania seksualne mają być podyktowane ich wolą i odczuciami”, co jest niezgodne z przekonaniami religijnymi i moralnymi aplikantów³⁶. Uporczywe odmawianie posłania dzieci na wskazane zajęcia doprowadziło ostatecznie do skazania wszystkich małżeństw na karę pozbawienia wolności od 10 dni do 6 tygodni. Sprawa, po wyczerpaniu ścieżki krajowej, trafiła do ETPC, gdzie decyzją Trybunału została uznana za niedopuszczalną. Ponownie powołując się na margines oceny Trybunał podkreślił, że „rząd Niemiec wprowadzając obowiązkowe nauczanie państwowe i jednocześnie wykluczając edukację domową miał na celu zapewnienie integracji dzieci w społeczeństwie i zapobieżenie powstawaniu alternatywnych społeczeństw”³⁷. Jak trafnie zauważa Donnelly w komentarzu do niniejszej sprawy:

*Instead of protecting individuals from the power of the state to forcibly „integrate” them, the court upholds the power of the state to impose „democratic values” on its citizens*³⁸.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ ECHR Decision *Dojan and others v. Germany*, 13.09.2011, appl. No. 319/08.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ M. P. Donnelly, *op. cit.*, p. 70.

I choć praktyka ograniczania praw rodziców na korzyść państw wydaje się być ugruntowana w orzecznictwie Trybunału, wyrok w bardzo głośnej sprawie, w której to obywatelka Włoch, Soile Lautsi, pozwała swoje państwo przed ETPC w związku z obecnością krzyża w szkole publicznej, w której uczyły się jej dzieci, może wpłynąć na rozumienie neutralności światopoglądowej w edukacji. Sprawa ta była szeroko komentowana w polskiej i zagranicznej doktrynie³⁹, z tego względu niniejsza refleksja ograniczy się jedynie do aspektów istotnych z punktu widzenia toku wyводу tego artykułu. Sytuacja bez precedensu, w której wyrok Izby – jednoślony – zostaje całkowicie odwrócony w Wielkiej Izbie przygniatającą większością głosów – 15 do 2, może stanowić zatem punkt wyjścia do dyskusji na temat możliwości odejścia od tradycyjnie liberalnego podejścia Trybunału do rozstrzygania sporów pomiędzy państwami a rodzicami. Soile Lautsi – w imieniu swoim i swoich dzieci – rozpoczęła batalię o przekonania od złożenia skargi do władz szkoły, które jednak postanowiły pozostawić krucyfiksy w klasach. W następstwie tej decyzji Soile Lautsi wkroczyła na drogę prawną, składając skargę do sądu administracyjnego, wnosząc, iż praktyka szkoły stanowi naruszenie zagrożonej konstytucyjnie zasady świeckości (sekularyzmu) oraz jest naruszeniem zasady bezstronności administracji publicznej. Sprawa budząca uzasadnione wątpliwości natury konstytucyjnej została następnie skierowana do Sądu Konstytucyjnego, który jednak z powodów formalnych uznał się za niewłaściwy do rozpatrzenia niniejszej sprawy. Wznowione w sądzie administracyjnym postępowanie zakończyło się wyrokiem odrzucającym skargę, który został uzasadniony faktem, iż „krucyfiks był zarazem symbolem historii i kultury Włoch, i co za tym idzie, symbolem włoskiej tożsamości, oraz symbolem zasad równości, wolności i tolerancji, jak również laickości państwa”⁴⁰. Skarżąca odwołała się od wyroku do Trybunału Stanu (*Consiglio di Stato*), który utrzymał zaskarżony wyrok w mocy. Soile Lautsi postanowiła zatem wnieść skargę do ETPC. Skarżąca zarzuciła Włochom naruszenie art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji.

³⁹ Zob. m.in.: T. J. Zieliński, *Zakaz indoktrynacji światopoglądowej w szkolnictwie według wyroku Lautsi przeciwko Włochom*, [w:] *Prawne granice wolności...*; M. Kowalski, *Pourót Czarnoksiężnika – uwagi na tle wyroku Wielkiej Izby ETrPC z 18.03.2011 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, „Forum Prawnicze”, 2011, nr 4-5; Zapis debaty w ramach seminarium *Gdy ciężka ręka krzyż zawiesza, gdy ciężka ręka krzyż zdejmuje*, „Kultura Liberalna”, 2011, nr 132; M. Piechowiak, *Negatywna wolność religijna i przekonania sekularystyczne w świetle sprawy Lautsi przeciwko Włochom*, „Przegląd Sejmowy”, 2011, nr 5; A. Nowicka, *Wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Lautsi i inni przeciwko Włochom i jego znaczenie na płaszczyźnie prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Urzeczywistnianie wolności przekonań religijnych i praw z niej wynikających*, pod red. S. L. Stadniczenki i S. Rabejaja, Opole 2012; L. Zucca, *Lautsi: A Commentary of the Grand Chamber Decision (April 14, 2011)*, ‘International Journal of Constitutional Law’, dostępne na stronie SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1809577> (dostęp: 12 września 2013 r.).

⁴⁰ *Lautsi przeciwko Włochom*, § 13.

W pierwszym wyroku dotyczącym sprawy *Lautsi* można odnaleźć stanowisko wpisujące się idealnie w przedstawione w pierwszych częściach niniejszego rozdziału liberalne postulaty kształtowania relacji pomiędzy religią a państwem. Skarżąca uważa, iż obowiązek umieszczania krucyfiksów w szkolnych klasach przyznaje religii katolickiej uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych wyznań i przekonań, a tym samym narusza wolności wynikające z art. 9 Konwencji oraz art. 2 Protokołu nr 1:

*whereas, in a State governed by the rule of law, no-one should perceive the State to be closer to one religious denomination than another, especially persons who were more vulnerable on account of their youth*⁴¹.

Pojęcie sekularyzmu oznacza zaś, iż państwo powinno pozostać neutralne w stosunku do wszystkich religii⁴². Taka argumentacja, jak się wydaje, przemówiła do Trybunału. W pierwszym rządzie ETPC przypomniał, że „obowiązku neutralności i bezstronności nie można pogodzić z wydawaniem przez państwo ocen na temat zasadności przekonań religijnych i sposobów ich uzewnętrzniania. W kontekście szkolnictwa neutralność powinna stanowić gwarancję pluralizmu”⁴³. Kluczową kwestią w tym kontekście okazało się jednak rozumienie pojęcia „neutralność”. W dalszej części rozstrzygnięcia Trybunał podkreślił, iż: „państwo powinno powstrzymać się od narzucania, nawet w sposób pośredni, określonej wiary w miejscach, w których znajdują się osoby od niego zależne, albo w takich, w których znajdują się osoby szczególnie podatne na wpływy”⁴⁴. Tym samym Trybunał opowiedział się po stronie liberalnego rozumienia neutralności światopoglądowej państwa, wynikającego z restrykcyjnego oddzielenia sfery publicznej od sfery prywatnej. Zgodnie z nim w sferze publicznej nie ma miejsca na jakiegokolwiek przejawy religijności. Dodatkowo Trybunał podkreślił, że „ekspozycja jednego lub kilku symboli religijnych nie może być uzasadniana prośbą innych rodziców, którzy żądają wychowywania dzieci zgodnie z ich przekonaniami”⁴⁵. Nie może to też wynikać z głębokiego znaczenia symbolu krzyża dla kultury i tradycji Włoch, na co powoływał się rząd. Trybunał uznał także, iż: „Wolność negatywna nie ogranicza się do braku nabożeństw i nauczania religii. Rozciąga się także na praktyki i symbole wyrażające, w sposób szczególnie i ogólny, określoną wiarę, religię bądź ateizm”⁴⁶. Z uwagi na wyjątkową lakoniczność, nie jest łatwo ocenić, czy Trybunał zamierzał swoje stanowisko odnieść do obecności religii w przestrzeni publicznej w ogóle, czy jedynie do obszaru

⁴¹ *Ibidem*, § 31.

⁴² *Ibidem*, § 32.

⁴³ *Ibidem*, § 47.

⁴⁴ *Ibidem*, § 8.

⁴⁵ *Ibidem*, § 56.

⁴⁶ *Ibidem*, § 55.

szkół⁴⁷. Wydaje się jednak, że były to uwagi natury ogólnej, pozwalające wyciągać wnioski odnośnie do całej przestrzeni publicznej, co można wywnioskować z niniejszego zwrotu Trybunału: „Trybunał uważa, że obowiązkowa ekspozycja symbolu danego wyznania w miejscu, w którym sprawowane są funkcje publiczne wobec specyficznych sytuacji podlegających kontroli Rządu, a **zwłaszcza w szkolnych klasach** [podkr. – P.K.], ogranicza prawa rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami”⁴⁸.

Wyrok Izby stwierdzający naruszenie Konwencji przez Włochy był zdecydowanie niesatysfakcjonujący dla rządu włoskiego. Wywołał także głosy oburzenia pośród społeczeństwa włoskiego oraz innych krajów, również przywiązanych do bardziej tradycyjnego modelu relacji państwa i religii. Nie było zatem zaskoczeniem, iż rząd włoski wniósł o skierowanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Wielką Izbę Trybunału. Wspomniane rozstrzygnięcie Wielkiej Izby – stanowiące o braku naruszenia Konwencji – było modelowym wykorzystaniem argumentów zastosowanych przez Trybunał we wcześniej przytaczanych sprawach, jednakże nie w sytuacji domniemanej ingerencji państwa natury religijnej. Trybunał uznał zatem, że kwestia organizowania przestrzeni szkolnej, ustalanie programu nauczania leży w gestii państwa i w tym zakresie – o ile nie dochodzi do indoktrynacji – państwu przysługuje margines oceny⁴⁹. ETPC konsekwentnie przytoczył także argument:

*that the first applicant retained in full her right as a parent to enlighten and advise her children, to exercise in their regard her natural functions as educator and to guide them on a path in line with her own philosophical convictions*⁵⁰.

W kontekście podjętych w niniejszym tekście rozważań należy ponownie przyjrzeć się zasadzie neutralności światopoglądowej państwa przez pryzmat wyroku Wielkiej Izby. Jak trafnie zauważa Michał Kowalski, Trybunał w drugim wyroku niestety nie poświęcił wystarczającej uwagi temu problemowi, zwracając jedynie uwagę na fakt, iż krucyfik jest symbolem pasywnym, a zatem jego obecność w salach szkolnych nie narusza zasady neutralności⁵¹.

⁴⁷ M. Kowalski, *Powrót Czarnoksiężnika*, „Kultura Liberalna”, 2011, nr 132, dostępny na stronie: <http://kulturaliberalna.pl/2011/07/21/bodnar-sadurski-wieruszewski-kowalski-kaminski-czy-krzyz-to-szkolny-mebel/#0> (dostęp: 20 października 2013 r.).

⁴⁸ *Lautsi*, § 57; M. Piechowiak dochodził do podobnego wniosku na podstawie innego fragmentu orzeczenia: „Zdaniem ETPCz, w przypadkach gdy w grę wchodzi działanie państwa, a podmioty, na które uzewnętrznianie symboli oddziałuje, nie mogą bez nieproporcjonalnego wysiłku uwolnić się od tego oddziaływania, wolność ta zasługuje na szczególną ochronę. Można z tego wnioskować, że wolność ta zasługuje na »zwykłą« ochronę także w innych przypadkach.”, M. Piechowiak, *Negatywna wolność...*, s. 53–54.

⁴⁹ *Lautsi v. Italy*, § 69.

⁵⁰ *Ibidem*, § 75.

⁵¹ M. Kowalski, *Symbole religijne w przestrzeni publicznej – w poszukiwaniu standardów europejskich*, [w:] *Prawne granice wolności...*, s. 62–63.

Niemniej wydaje się, że Trybunał nie pozostał głuchy na wspomniane na początku niniejszego artykułu argumenty podważające dotychczasową ocenę religii w kontekście neutralności światopoglądowej. Wyrazem tego są z pewnością swoiste „dopowiedzi” sędziów Trybunału w postaci Opinii Zgodnych. I tak Sędzia Bonello zwraca uwagę na pomieszanie pojęć, któremu ulegał Trybunał także we wcześniejszych rozstrzygnięciach:

In parallel with freedom of religion, there has evolved in civilised societies a catalogue of noteworthy (often laudable) values cognate to, but different from, freedom of religion, like secularism, pluralism, the separation of Church and State, religious neutrality, religious tolerance. All of these represent superior democratic commodities which Contracting States are free to invest in or not to invest in, and many have done just that. But these are not values protected by the Convention, and it is fundamentally flawed to juggle these dissimilar concepts as if they were interchangeable with freedom of religion. Sadly, traces of such all but rigorous overspill appear in the Court's case-law too⁵².

Wart przytoczenia wydaje się także dłuższy fragment z Opinii Zgodnej sędzi Power:

*The Chamber referred, correctly, to the State's duty to uphold confessional neutrality in public education (§ 56). However, it proceeded, to conclude, incorrectly, that this duty required the effective preference or elevation of one ideology (or body of ideas) over all other religious and/or philosophical perspectives or world views. Neutrality requires a pluralist approach on the part of the State, not a secularist one. It encourages respect for all world views rather than a preference for one. **To my mind, the Chamber Judgment was striking in its failure to recognise that secularism (which was the applicant's preferred belief or world view) was, in itself, one ideology among others. A preference for secularism over alternative world views—whether religious, philosophical or otherwise—is not a neutral option.** [podkr. – PK] The Convention requires that respect be given to the first applicant's convictions insofar as the education and teaching of her children was concerned. It does not require a preferential option for and endorsement of those convictions over and above all others. In his separate opinion, Judge Bonello has pointed to the fact that within the European tradition, education (and, to my mind, the values of human dignity, tolerance and respect for the individual, without which there can be no lasting basis for human rights protection) is rooted, historically, inter alia, within the Christian tradition. To prohibit in public schools, regardless of the wishes of the body politic, the display of a symbol representative of that (or indeed any other religious) tradition and to require of the State that it pursues not a pluralist but a secularist agenda, risks venturing towards the territory of intolerance – a concept that is contrary to the values of the Convention⁵³.*

⁵² *Lautsi v. Italy*, Bonello concurring.

⁵³ *Ibidem*, Power concurring.

3. Uwagi końcowe

Podsumowując niniejsze rozważania można zwrócić uwagę na dwie prawidłowości, które dają się uchwycić na podstawie przytoczonych rozstrzygnięć. Po pierwsze prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami napotyka praktycznie od samego początku na poważne ograniczenia w Europie. Po drugie Trybunał ustalając standard neutralności światopoglądowej państwa utożsamiał neutralność z ideą sekularyzmu. Jak się wydaje obie tendencje mają swoje źródło w zmianach, które zaszły we współczesnych państwach demokracji liberalnych. Jak trafnie zauważyli sędziowie Rozakis i Vajić w Zgodnej Opinii do wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Lautsi*, współczesna Europa radykalnie zmieniła swoje oblicze od czasów drugiej wojny światowej, składając się obecnie w większości z multikulturalnych i wieloetnicznych państw, w których trudno pogodzić edukację publiczną z różnorodnością światopoglądową rodziców⁵⁴. Z drugiej strony współczesne państwa europejskie w coraz większej ilości spraw – pozostawianych niegdyś poza sferą kontroli państwowej – posiadają konkretne polityki i strategie, które coraz częściej bywają wdrażane w sposób obligatoryjny. Jednakże w dziedzinie edukacji tego typu postępowanie powinno budzić uzasadnione obawy. Jest to bowiem „znak rozpoznawczy” nie tylko nazistowskich Niemiec, lecz także projektów o charakterze humanistycznym czy liberalnym:

*Education is thus our most powerful ally of humanism, and every public school is a school of humanism. What can the theistic Sunday school, meeting for an hour once a week, and teaching only a fraction of the children, do to stem the tide of a five-day program of humanistic teachings?*⁵⁵

Założenie stojące u podstaw art. 2 Protokołu 1, a więc chęć przeciwdziałania totalistycznym zapędom państw w zakresie edukacji dzieci, powinno zostać zatem przypomniane z pełną mocą współczesnym demokracjom liberalnym. Jak to trafnie ujmuje prof. Hafen:

*Monolithic control of the value transmission system is a hallmark of totalitarianism. Thus, for obvious reasons, the state nursery is the paradigm for a totalitarian society. An essential element in maintaining a system of limited government is to deny state control over child rearing, simply because child rearing has such power. Even if the system remains democratic, massive state involvement with the rearing of children invests the government with the capacity to influence powerfully, through socialization, the future outcomes of democratic political processes*⁵⁶.

⁵⁴ *Ibidem*, Rozakis and Vajić concurring.

⁵⁵ Ch. F. Potter, *Humanism: A New Religion*, New York 1930, p. 128, cited by M.P. Donnelly, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶ B. C. Hafen, *The Constitutional Status of Marriage, Kinship and Sexual Privacy – Balancing the Individual and Social Interests*, „University of Michigan Law Review”, 1983, vol. 81, p. 480–481, cited by M. P. Donnelly, *op. cit.*, p. 69.

Jak się zatem wydaje, obowiązkowa edukacja seksualna (wykraczająca poza ramy edukacji o seksualności człowieka) czy też zakaz edukacji domowej przy ograniczonym dostępie do szkół prywatnych powinny spotkać się z bardziej wnikliwą analizą ze strony organów konwencyjnych. Pozostaje mieć nadzieję, że wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Lautsi* będzie pewnym punktem zwrotnym w interpretacji omawianego zagadnienia przez ETPC, nie zaś wyjątkiem potwierdzającym regułę.

RIGHT OF PARENTS TO ENSURE EDUCATION OF THEIR CHILDREN IN CONFORMITY WITH THEIR OWN CONVICTIONS AND STATE'S NEUTRALITY PRINCIPLE IN EUROPE

Key words: freedom of religion, *Lautsi*, religious neutrality, parents rights, sex education

Summary

The aim of this article is to find some common tendencies within the development of the right of parents to ensure education of their children in conformity with their own religious and philosophical convictions in the regime of European Convention on Human Rights. Through following of some most important decisions and judgments within this field, there may be noticed a problem with correct interpretation and implementation of the State confessional neutrality standard in education. Erroneous – in the author's opinion – fusion of the neutrality and secularism principle leads to doubtful legal qualifications of conflicts connected with e.g. sex education. The second tendency showed within this article is the restriction of parental rights to the advantage of States (e.g. within the field of homeschooling), what may raise serious concerns from the point of view of the most paramount principles of democracy – freedom, pluralism or tolerance. In the last part of the article one may find closing arguments based on the Grand Chamber judgment on *Lautsi v. Italy* case, which was quite different than other abovementioned judgments and decisions.

Adrian Pachciarz

Doktorant w Katedrze Praw Człowieka UMK w Toruniu

Religijnie motywowana dieta więźniów. Refleksje na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Vartic przeciwko Rumunii*

Słowa kluczowe: religia, prawa człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, dieta, buddyzm, więźniowie, wizyty rodzinne, uczucia religijne, mniejszości religijne, wolność myśli, sumienia, religii i przekonań

1. Uwagi ogólne

Artykuł 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka gwarantuje prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania zarówno w sferze wewnętrznej (*forum internum*), która związana jest z przyjmowaniem i zmianą światopoglądu, jak i z aspektem zewnętrznym (*forum externum*), który to objawiać się będzie w prawie do praktykowania, a co za tym idzie uzewnętrzniania swej religii. Zasięg uzewnętrzniania swych przekonań obejmuje uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. Może się to odbywać zarówno indywidualnie, jak i grupowo, publicznie i prywatnie. 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.

Problemy skutecznego przestrzegania postanowień artykułu 9 będą się objawiały szczególnie w sytuacji manifestowania i uzewnętrzniania przekonań wyznawców określonej religii.

Będziemy tu mieli ponadto do czynienia z kumulacją obowiązków państwa, tj. generalnego obowiązku negatywnego oraz zobowiązania pozytywnego państwa wobec jednostki, który polegać będzie na podejmowaniu wszelkich niezbędnych działań prawnych i faktycznych, które skutecznie zabezpieczają jednostki realizujące swoją wolność w interakcji z innymi podmiotami¹.

¹ B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 171.

Należy również podkreślić, że sama wolność zmiany religii lub przekonań obejmuje jedynie sposób dobrowolny i świadomy, a nie w wyniku „nie-dopuszczalnego prozelityzmu”. Zgodna z prawem jest ewangelizacja czy pokojowe nawracanie, natomiast elementy manipulacji, inżynierii społecznej, nachodzenia mieszkań i jakiegokolwiek zniewalania stanowią jego pogwałcenie².

Europejski Trybunał Praw Człowieka wydając w 1993 r. pierwszy wyrok, w którym stwierdził naruszenie artykułu 9 § 2, zaakcentował z całą mocą, iż wolność myśli, sumienia i wyznania jest „jedną z podwalin społeczeństwa demokratycznego w znaczeniu Konwencji. Jest ona – w jej wymiarze religijnym – jednym z najbardziej istotnych elementów, które określają tożsamość wyznawców oraz ich koncepcję życia”³.

Zatem nie wolno oczekiwać od człowieka, by w swym praktycznym życiu nie dawał wyrazu postawom i zachowaniom wynikającym z przekonań religijnych; one nie są i nie mają być pustym hasłem czy rytuałem, lecz mają go – jeśli rzeczywiście jest wierzący – kształtować, przemieniać na lepsze⁴.

Artykuł 9 gwarantuje poszanowanie przez władze publiczne swoistego pluralizmu poglądów i przekonań politycznych, moralnych, religijnych i filozoficznych. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka uznaje tenże pluralizm za konieczny element przynależny społeczeństwu demokratycznemu⁵. Ponadto, artykuł 9 Konwencji ma również duże znaczenie dla ateistów, agnostyków, sceptyków oraz osób religijnie obojętnych⁶.

W przeszłości orzecznictwo strasburskie niezwykle rzadko zajmowało się postanowieniami artykułu 9 Europejskiej Konwencji. Pierwszym istotnym wyrokiem był dopiero wyrok w sprawie *Kokkinakis*. W ostatnim dziesięcioleciu zdecydowanie wzrosła liczba wyroków opartych na tym przepisie. Wyształca się również systemowa interpretacja tego artykułu. Zarazem obecne orzecznictwo do artykułu 9 dotyczy niemal wyłącznie wolności wyznania, natomiast wolność myśli i przekonań chroniona pozostaje głównie przez pozostałe przepisy wolnościowe. Tym samym artykuł 9 stał się przepisem służącym ochronie wolności religijnych, zarówno jednostek, jak i grup wyznaniowych⁷.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem B. Gronowskiej, że swoistym paradoksem wydaje się fakt, iż to właśnie dziś ten klasyczny standard praw

² *Case of Kokkinakis v. Greece*, wyrok ETPC z 25.5.1993 r., pkt 48.

³ *Ibidem*, pkt 31.

⁴ T. Jasudowicz, *Wolność myśli, sumienia, religii i przekonań*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz i in., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 326.

⁵ *Case of Kokkinakis v. Greece*, wyrok ETPC z 25.5.1993 r., *Case of Manoussakis i inni v. Greece*, wyrok ETPC z 26.9.1996 r.

⁶ *Kokkinakis*, pkt 31.

⁷ L. Garlicki, *Prawa i wolności. Wolność myśli, sumienia i wyznania*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. T. I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 555.

człowieka często pojawia się w sprawach strasburskich i to w kontekście burzliwej debaty społecznej⁸.

Wydaje się, iż jest to reakcja na coraz częstsze ataki na religię samą w sobie, jak i na wolność wyznania poszczególnych obywateli, którzy przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka dochodzić pragną swych podstawowych praw i wolności.

Jednym z ostatnich, znakomicie ukazujących kontrowersje wokół istoty wolności myśli, sumienia i wyznania jest wyrok w sprawie *Vartic przeciwko Rumunii*⁹.

2. Przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Stan faktyczny i stan prawny

Skarżący zarzucał, że – odmawiając mu zapewnienia diety wegetariańskiej wymaganej przez jego przekonania buddyjskie – władze więzienne naruszyły jego prawo do manifestowania jego religii, co jest przewidziane w art. Konwencji. Rząd twierdził, że art. 9 Konwencji nie obejmuje wszelkich przepisów dietetycznych.

Trybunał zauważył, że art. 9 Konwencji wylicza różne formy, jakie przyjmować może manifestowanie czyjejś religii, mianowicie modlitwy, nauczanie, praktyki i kult¹⁰. Wolność religii obejmuje prawo do próby nawrócenia swojego sąsiada, np. przez „nauczanie”, w przypadku czego „wolność zmiany czyjejś religii” wpisana w art. 9 mogłaby pozostać martwą literą¹¹.

Wolność myśli, sumienia i religii oznacza poglądy, które osiągają pewien poziom nieodpartości, powagi, spójności i znaczenia¹². Trybunał stwierdził jednak, że obowiązek neutralności i bezstronności państwa, określony w jego orzecznictwie¹³, nie daje się pogodzić z jakąkolwiek kompetencją po stronie państwa w zakresie oceny prawowitości przekonań religijnych¹⁴.

Ponadto, Trybunał przypomniał, iż poszanowanie ograniczeń dietetycznych można uznać za akt motywowany religijnie¹⁵. Konkretnie stwierdził, że decyzja jednostki o stosowaniu diety wegetariańskiej może być uznana za motywowaną bądź inspirowaną religią buddyjską.

⁸ B. Gronowska, *op.cit.*, s. 173.

⁹ *Case of Vartic v. Romania*, wyrok ETPC z 17.12.2013 r.

¹⁰ *Case of Eneida and Others v. the UK*, wyrok ETPC z 15.1.2013 r., pkt 80.

¹¹ *Kokkinakis*, pkt 31; oraz *Case of Buscarini and Others v. San Marino*, wyrok ETPC z 18.2.1999 r., pkt 34.

¹² Por. *Case of Lella Forderkreise. V. and Others v. Germany*, wyrok ETPC z 6.11.2008 r., pkt 80.

¹³ Por. *np. Case of Mirolubovs and Others v. Latvia*, wyrok ETPC 15.9.2009 r., pkt 80.

¹⁴ Por. *Case of Lella Sahin v. Turkey*, wyrok ETPC z 10.11.2005 r., pkt 107.

¹⁵ Por. *Case of Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, wyrok ETPC z 27.6.2000 r., pkt 73.

W konsekwencji, art. 9 Konwencji znajduje zastosowanie¹⁶. Wynika stąd, że argument rządu musiał zostać odrzucony.

Trybunał uznał, że zarzut skarżącego trzeba badać ze stanowiska zobowiązań pozytywnych państwa¹⁷. W tym względzie Trybunał przypominał, że to, czy sprawa jest analizowana w sensie pozytywnego obowiązku państwa do podejmowania rozsądnych i właściwych środków dla zabezpieczenia praw skarżącego na podstawie art. 9 ust. 1, czy też w sensie usprawiedliwienia ingerencji władzy publicznej zgodnie z jego ust. 2, przyjęte reguły są zasadniczo podobne¹⁸. W obydwu kontekstach trzeba zwracać uwagę na słuszną równowagę, jaka ma być osiągnięta między kolidującymi interesami jednostki i wspólnoty jako całości; w obydwu tych kontekstach państwo korzysta z pewnego marginesu oceny w określaniu kroków podejmowanych dla zapewnienia zgodności z Konwencją¹⁹.

Trybunał zauważył, że rząd kwestionował autentyczność wiary skarżącego i powoływał się na badanie w zakładzie Rahova, które sugerowało, że zatrzymani nadużywają wolności religii celem otrzymania lepszego pożywienia. Jednakże żaden dowód nie wspiera sugestii, jakoby skarżący sam nadużył swego prawa. Skarżący przedstawił spójny opis sposobu, w jaki przestrzegał on swojej buddyjskiej wiary, i twierdził, że prosił władze więzienne o zapewnienie diety wymaganej przez jego wiarę dopiero wtedy, gdy – w związku ze zmianą ustawodawstwa – nie mógł już dłużej otrzymywać wyłącznie pokarmu dostarczanego mu przez rodzinę. Wynika z tego, że podczas postępowania krajowego sądy w żaden sposób nie kwestionowały autentyczności jego wiary²⁰.

Trybunał dalej zauważył, że sądy krajowe odrzuciły zarzut skarżącego na tych podstawach, że władze więzienne skontaktowały się z organizacją buddyjską dla uzyskania szerszych informacji co do jej reguł dietetycznych. W kwestii tego, czy władze w materialnym czasie chciały zaoferować skarżącemu dietę, uwzględniającą przekonania religijne skarżącego, rząd nie przedstawił żadnych dodatkowych informacji na temat wyniku swej pierwotnej inicjatywy. Przeciwnie, twierdził, że skarżącemu zapewniono dietę, która zawierała mięso, ponieważ było to wskazane z uwagi na jego stan zdrowia. Trybunał przypominał, że lekarz ogólny więzienia Rahova opisał dietę wegetariańską jako właściwą dla stanu zdrowia skarżącego²¹.

Skarżący domagał się diety bezmięsnej, zgodnej z wymaganiami jego religii²². Chociaż Trybunał gotów był zaakceptować, że decyzja w sprawie podjęcia właściwych rozwiązań dla jednego więźnia może stwarzać dla

¹⁶ Por. *Case of Jakóbski v. Poland*, wyrok ETPC z 7.12.2010 r., pkt 45.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 46.

¹⁸ Por. *Case of Siebenhaar v. Germany*, wyrok ETPC z 3.02.2011 r., pkt 38.

¹⁹ Por. *Eweida and Others*, pkt 84.

²⁰ Por. *Case of Kovalkovs v. Latvia*, dec. ETPC z 31.01.2012 r.

²¹ *Vartic v. Romania*, pkt 47.

²² Por. *Jakóbski v. Poland*, pkt 45.

placówki komplikacje finansowe, rzutuujące na sposób traktowania innych więźniów, to z drugiej strony musiał rozważyć, czy można powiedzieć o państwie, iż osiągnięto tam słuszną równowagę między interesami placówki, interesami innych więźniów i szczególnymi interesami skarżącego²³.

Trybunał zauważył, że posiłki skarżącego nie musiały być przygotowywane, gotowane i w specjalny sposób podawane, ani nie wymagały specjalnych produktów²⁴. Trybunał nie został przekonany, iżby zapewnienie skarżącemu diety wegetariańskiej powodowało jakiegokolwiek zaburzenie w zarządzaniu więzieniem albo odstępstwo od standardu posiłków serwowanych innym więźniom, tym bardziej że podobną dietę wolną od produktów zwierzęcych, zapewniano już więźniom przestrzegającym prawosławnych przepisów żywieniowych.

Trybunał zauważył również, że skarżący nie miał wiele alternatyw, zwłaszcza po wejściu w życie zarządzenia ministra sprawiedliwości nr 3042/2007, które zakazywało otrzymywania pocztą paczek żywnościowych. Choć nadal można było otrzymywać paczki od rodziny, gdy odwiedzała ona więzienie, Trybunał przyjął pogląd, że miałyby to skutek ograniczony, ponieważ zależałyby od finansowej i geograficznej sytuacji rodziny²⁵.

Trybunał w tym względzie przypomniał, że w sprawie *Cha'are Shalom Ve Tsedek*²⁶, szczególną uwagę zwracał na alternatywę dostępną członkom skarżącego stowarzyszenia a mianowicie, że mięso *glatt*, które odpowiadało wymogom religijnym, mogło być kupowane w kilku sklepach rzeźniczych we Francji i w Belgii. Zauważył też, że skarżący mógł nawiązać negocjacje z innym stowarzyszeniem religijnymi co do przeprowadzania rytualnego uboju. To kryterium alternatywnych rozwiązań doprowadziło Trybunał do wniosku, że w tym przypadku wolność religijna skarżącego nie została naruszona²⁷.

W omawianej sprawie rząd Rumunii nie wypowiedział się, czy takie środki alternatywne były skarżącemu dostępne.

Wreszcie, Trybunał wskazał, że Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy Rec.92006/2/ w sprawie Europejskich Reguł Więziennych²⁸ zaleciła, by więźniowie otrzymywali pożywienie, które bierze pod uwagę ich religie²⁹. W ostatnich wyrokach Trybunał zwracał uwagę władz na znaczenie tej Rekomendacji, mimo jej niewiążącego charakteru³⁰.

²³ *Ibidem*, pkt 50.

²⁴ *Ibidem*, pkt 52.

²⁵ Por. i przeciwnie – *Case of Aliev v. Ukraine*, wyrok ETPC z 29.4.2003 r., pkt 182 oraz *Case of Stepuleac v. Moldova*, wyrok ETPC z 6.11.2007 r., pkt 55.

²⁶ *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, pkt 81–82.

²⁷ *Ibidem*, pkt 83.

²⁸ Zalecenia Rec (2006) 2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych. Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 11 stycznia 2006 r. na 952 posiedzeniu delegatów. www.bip.ms.gov.pl/Data/.../zalecenia/europejskie_reg_wieziennie2.rtf.

²⁹ Por. *Jakóbski v. Poland*, pkt 53.

³⁰ Por. *Case of Sławomir Musiał v. Poland*, wyrok ETPC z 20.1.2009 r., pkt 96.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności pomimo marginesu oceny pozostawionego państwu pozwanemu, Trybunał stwierdził, że władze nie osiągnęły słusznej równowagi między interesami władz więziennych a interesem skarżącego, mianowicie prawem do manifestowania jego religii poprzez przestrzeganie reguł religii buddyjskiej³¹.

Trybunał doszedł do wniosku, że w tym przypadku doszło do naruszenia artykułu 9 Konwencji³².

3. Problematyka diety buddyjskiej

Buddyzm jest jedną z wielkich religii uniwersalnych oraz systemem filozoficznym, który wywodzi się z nauki o charakterze etyczno-soteriologicznym propagowanej na terenie północnych Indii (Bihar i pogranicze Nepalu) na przełomie VI i VI w.p.n.e. przez Siddharthę Gautamę (Budda)³³. Problematyka wegetarianizmu w tej religii jest niezwykle skomplikowana ze względu na fakt, iż obecnie istnieje wiele różnych odmian buddyzmu. Ponadto poszczególne terytoria, gdzie jest ona wyznawana, różnią się w przestrzeganiu poszczególnych nakazów i posiadają zróżnicowane wymogi etyczno-moralne. „W 1985 r. w Indiach żyło ok. 5 mln buddystów, w całej Azji zaś ponad 500 mln. Buddyzm jest religią dominującą w Bhutanie, Birmie, Kambodży, Laosie, Nepalu, Tajlandii, Sri Lance i Tybecie; liczne są społeczności buddyjskie w Chinach, Federacji Rosyjskiej, Indonezji, Japonii, Malesji, Mongolii, Wietnamie, na półwyspie Koreańskim, a także w USA i Europie”³⁴. Wyróżniamy ponadto następujące „odmiany” tej religii m.in.: buddyzm cejloński, buddyzm chiński, buddyzm japoński, buddyzm koreański, buddyzm tybetański (*lamaizm*), buddyzm Azji Południowo-Wschodniej.

Buddyzm, dostrzegając problem niesprawiedliwego rozdziału dóbr na świecie, przejawiający się tym, iż wielu ludzi cierpi głód, inni natomiast marnują pokarm, sugeruje, by zachować umiar w jedzeniu i picciu. Ponadto religia ta stosuje odmienne wymagania w kwestii diety dla mnichów, a inne dla osób świeckich. W klasztorach *therawady* („szkoły starszych”) unika się m.in. spożywania mięsa, ryb, jajek i alkoholu. Podobnie buddyzm *mahajany* zaleca wegetarianizm, tłumacząc to tym, iż spożywając mięso zwierząt wchłaniamy ich nienawiść, którą odczuwały w momencie uśmiercania ich przez człowieka. Również osoby świeckie wyznające buddyzm nie powinny zabijać zwierząt oraz jeść ich mięsa. Jednakże w pewnych okolicznościach spożywanie mięsa jest dopuszczalne, pod warunkiem, że zostało ono dostarczone przez

³¹ *Vartic v. Romania*, pkt 54.

³² *Ibidem*, pkt 55.

³³ *Religie świata*. Encyklopedia PWN. *Wierzenia, bogowie, święte księgi*, Warszawa 2006, s. 162.

³⁴ *Ibidem*, s. 167.

osoby trzeciej. Odradza się również spożywanie mięsa zwierząt dużych, ponieważ powoduje to zwiększenie negatywnego *karmana*³⁵.

Paul Dahlke (1865–1928), berliński lekarz homeopata, jeden z głównych twórców niemieckiej szkoły buddyzmu okresu międzywojennego, podkreślał, że nie należy spożywać mięsa, ponieważ zabijanie zwierząt obarcza nas winą. Twierdził on jednakże, że sam wegetarianizm jest drugorzędnym środkiem naprawy świata: „Należyte, słuszne myślenie, tak jak rozumie je Budda, ma znaczenie pierwszorzędne. Jeśli ono istnieje, wkrótce pojawi się też wszystko inne, a łagodność wobec wszystkiego, co żyje, stanie się koniecznym wymogiem. Jeśli jednak nie ma należytego myślenia, zasada bezmięsnej diety na nic się nie zda (...)”³⁶.

Trybunał już w roku 2010 wydał wyrok w sprawie *Jakóbski przeciwko Polsce*, dotyczący przestrzegania diety bezmięsnej przez wyznawcę buddyzmu osadzonego w zakładzie karnym, jednomyślnie uznając, że Polska naruszyła artykuł 9. Już wtedy Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że w myśl zalecenia Komitetu Ministrów w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, odbywającym karę pozbawienia wolności należy zapewnić pożywienie z uwzględnieniem ich religii, a władze zobowiązane są do zachowania równowagi między interesami władz więziennych i prawami skarżącego do uzewnętrzniania swej religii, w tym przypadku do zachowania specyficznych zasad dietetycznych, obowiązujących wyznawców buddyzmu³⁷.

Wyrok ten dowodzi, że ochrona wolności sumienia i wyznania nie może być ograniczana ze względu na kwestie finansowe czy też niewielką grupę chętnych do pobierania nauki etyki lub wypełniania określonych wymogów religijnych, nakazanych przez doktrynę lub tradycję³⁸. Wolność myśli, sumienia i wyznania ma tak doniosłe znaczenie dla poszczególnych jednostek, społeczeństwa demokratycznego jak i dla istoty pluralizmu, że nie może być ograniczana z tak nieistotnych powodów³⁹.

Pamiętać należy również o postanowieniach zawartych w załączniku do zalecenia nr R (87) 3 Komitetu Ministrów do Państw Członkowskich w sprawie Europejskich Reguł Więziennych (przyjętych przez Komitet Ministrów w dniu 12 lutego 1987 r. na 404 posiedzeniu wiceministrów/zastępców ministrów), zatytułowanym Europejskie Reguły Więzienne⁴⁰. Reguła 25 precyzuje zasadę poprawnego żywienia osadzonych w zakładzie więźniów. Administra-

³⁵ M. Klöcker, M. oraz U. Tworuschka, *Etyka wielkich religii*, Warszawa 2009, s. 86.

³⁶ *Ibidem*, s. 87.

³⁷ W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii – poszukiwania standardu europejskiego*, Toruń 2013, s. 377.

³⁸ *Jakóbski v. Poland*, pkt 50.

³⁹ M. Hucał, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2012, s. 93.

⁴⁰ Tekst Załącznika do Zalecenia Nr R (87) 3, Europejskie Reguły Więzienne, [w:] D. Gajdus, B. Gronowska, *Europejskie standardy traktowania więźniów*, Toruń 1998, s. 201 i n.

cja więzienia zobowiązana jest do dostarczania w zwykłych porach żywności, która powinna być odpowiednio przygotowana i podana, która co do jakości i ilości czynić powinna zadość normom diety i nowoczesnej higieny, a także uwzględniać wiek, stan zdrowia, rodzaj wykonywanej pracy oraz – tak dalece, jak to możliwe – wymogi religijne i kulturowe więźniów. Ponadto każdy więzień musi mieć zapewniony dostęp do wody pitnej.

Europejski Trybunał Praw Człowieka, poprzez swe orzecznictwo, pragnie z całą mocą doprowadzić do ujednoczenia zasad dotyczących przestrzegania konkretnych diet w zakładach karnych wobec osadzonych, którzy ze względu na swe wyznanie pragną spożywać posiłki zgodne z ich sumieniem. Jednakże nadal w poszczególnych państwach jest to uregulowane różnie. Na przykład przepisy prawne w Lichtensteinie stanowią, iż należy przestrzegać zasad wyżywienia w więzieniach, mając na względzie aspekt religijny. Odmienne w Czechach – zdaniem czeskiego Sądu Konstytucyjnego wolność wyznania i praktyk religijnych nie obejmuje prawa więźniów do specjalnej diety, motywowanej doktryną danego wyznania⁴¹. W Polsce prawo do otrzymywania przez skazanych specjalnych posiłków, przygotowanych w miarę możliwości z uwzględnieniem wymogów religijnych, określono w art. 109 § 1 k.k.⁴². Na podstawie § 2 wydano Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 września 2003 r. w sprawie określenia wartości dziennej normy wyżywienia oraz rodzaju diet wydawanych osobom osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych⁴³. Niestety, w rozporządzeniu tym nie uwzględniono aspektu religijnego. Przy uwzględnianiu diet wzięto jedynie pod uwagę: wiek, rodzaj wykonywanej pracy, stan zdrowia i wpływ warunków izolacji więziennej na zasady żywienia. W praktyce często, nie bacząc na wymogi religijne danego więźnia, żywi się go według normy podstawowej oraz normy dla młodocianych oraz wyżywienia dietetycznego lekkostrawnego lub cukrzycowego. W omawianym rozporządzeniu aspekt religijny został uwzględniony jedynie w przepisie upoważniającym dyrektora zakładu karnego, aby podczas dni świąt państwowych i kościelnych mógł on wyrazić zgodę na przekroczenie o 30% wysokości stawek dziennego wyżywienia⁴⁴.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Garlickiego, który podkreśla, że: „obowiązki (zwłaszcza pozytywne) władz publicznych przybierają szczególny charakter w odniesieniu do osób znajdujących się w szczególnym stosunku podporządkowania. Z jednej strony, obowiązki te idą dalej, bo nakazują zorganizowanie – w ramach specyfiki danej grupy osób – możliwości praktykowania danej religii. Z drugiej jednak strony, specyfika ta może dopuszczać,

⁴¹ A. Maczyński, *Wolność sumienia i religii w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, „Biuletyn Trybunału Konstytucyjnego” 1999, nr 1, s. 46.

⁴² Ustawa z dnia 6.06.1997 r., Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 1997r., Nr 90, poz. 557

⁴³ Dz.U. Nr 167, poz. 1633.

⁴⁴ J. Nikołajew, *Wolność sumienia i religii skazanych i tymczasowo aresztowanych*, Lublin 2012, s. 172.

a nawet dyktować nakładanie dodatkowych ograniczeń w porównaniu do zakresu swobody przysługującej powszechnie”⁴⁵.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie w swym orzecznictwie podkreślał istotę pozytywnych obowiązków państwa, początkowo głównie na gruncie postanowień wynikających z artykułu 8 Konwencji, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Natomiast za pierwsze istotne wyroki, w których Trybunał wypracowywał koncepcję pozytywnych obowiązków uznaje się sprawy *Marckx przeciwko Belgii* (wyrok z 13 czerwca 1979r., skarga Nr 6833/74) i *Airey przeciwko Irlandii* (wyrok z 9 października 1979 r., skarga Nr 6289/73) oraz *X. i Y. przeciwko Holandii* (wyrok z 26 marca 1985 r., skarga Nr 8978/80)⁴⁶. Jednakże po dziś dzień – mimo bogactwa orzecznictwa dotyczącego pozytywnych obowiązków państwa – Europejski Trybunał Praw Człowieka nie stworzył ich ogólnej teorii, skupiając się jedynie na indywidualnych okolicznościach badanych spraw⁴⁷.

W omawianej sprawie należy więc uznać, iż obowiązki pozytywne państwa nakazują zabezpieczyć prawa osoby znajdującej się w specyficznej sytuacji, jaką jest pozbawienie wolności i mimo ograniczenia jej praw wyrokiem sądu, podstawowy katalog praw człowieka, w tym przypadku do praktykowania swych zwyczajów religijnych, obowiązuje. Pozytywne obowiązki państwa również wobec osób pozbawionych wolności prawomocnym wyrokiem sądu są wynikiem zasady, wedle której gwarancje przestrzegania praw muszą być rzeczywiste i skuteczne, niezależnie od sytuacji jednostki. Aczkolwiek należy podkreślić, że państwo ma tylko obowiązek, aby podjąć działania, do jakich jest zobligowane, nie ma jednakże obowiązku osiągnięcia w ich rezultacie jakichkolwiek określonych skutków⁴⁸.

4. Komentarz do wyroku wraz z podsumowaniem. Wnioski oraz analiza krytyczna

Podkreślić należy z całą mocą, iż prawo do uzewnętrzniania przekonań religijnych przysługuje osobom przebywającym w więzieniach lub aresztach, jednakże w takim zakresie, w jakim jest to możliwe i konieczne biorąc pod uwagę sytuację, jaką jest przymusowe pozbawienie wolności i wszelkie związane z tym faktem niedogodności⁴⁹. Wolność religijna oraz wszelkie inne prawa więźnia powinny być respektowane, ale przy jednoczesnym przestrzeganiu

⁴⁵ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 570.

⁴⁶ M. Kowalski, *Zobowiązania pozytywne*, [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010, s. 557–558.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 240.

⁴⁹ K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 141.

regulaminu więzienia i praw innych osób osadzonych w zakładzie. W tym celu państwo i służby więzienne powinny skutecznie i rozsądnie podejmować decyzje, mając na względzie dobro więźnia idyscyplinę, charakteryzujące zakłady penitencjarne.

Pojawia się tu refleksja, iż zmuszanie więźnia do spożywania pokarmów zabronionych przez jego religię, jawić się może jako dodatkowa – obok samej kary pozbawienia wolności – niedopuszczalna kara.

Postulat stworzenia dokumentu, który w sposób szczegółowy miałby regulować prawa osób pozbawionych wolności pojawiał się w literaturze wielokrotnie. Brak takiego aktu prawnego miał stanowić swoistą próżnię i słabość w systemie praw człowieka w tej kwestii⁵⁰. Obecnie prawa osób skazanych są szczegółowo opisane i zagwarantowane dzięki orzecznictwu Strasburskiemu oraz w wyniku prac Rady Europy. Mając na uwadze przestrzeganie zasad humanitaryzmu oraz zadań resocjalizacji twierdzą, iż powinno wystrzegać się zbytniej i nieproporcjonalnej surowości regulaminów więzennych i kar dodatkowych a taką dla osoby wierzącej mógłby być nakaz spożywania posiłków niedozwolonych przez jego religię. Należy pamiętać, że to w interesie całego społeczeństwa leży, aby w walce z przestępczością stosować „ludzkie”, racjonalne oraz proporcjonalne metody. Tylko wtedy jest realna szansa na pozytywne rezultaty kary pozbawienia wolności⁵¹.

Badając problematykę stosowania specyficznych diet w zakładach karnych, należy zastanowić się nad swoistą interakcją artykułu 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i artykułu 3, który stanowi, że nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Uważam, iż w omawianej sprawie nie doszło do naruszenia postanowień tego artykułu. Aczkolwiek dostrzegam konieczność rozpatrywania poszczególnych przypadków indywidualnie, mając na uwadze fakt, iż dla części osób wierzących niemożność praktykowania swych wierzeń można uznać za traktowanie poniżające w ich odczuciu. Obecnie mamy do czynienia – zarówno w orzecznictwie, jak i w dokumentach uniwersalnych oraz regionalnych, – z silnym podkreśleniem niedopuszczalności zadawania jakiegokolwiek cierpienia psychicznego osobom pozbawionym wolności. Zastanowić się przy tym należy, czy nakaz spożywania produktów spożywczych, niezgodnych z wymogami danej religii, uznać można za wyczerpujący znamiona takiego cierpienia.

Postanowienia Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania w artykule 1 jasno stanowią, iż szczegółowo opisane pojęcie „tortur” nie

⁵⁰ J. Skupiński, *Zakaz stosowania tortur lub nieludzkiego traktowania*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 242

⁵¹ D. Gajdus, B. Gronowska, *O potrzebie działań na rzecz poprawy sytuacji więźniów. Uwagi na tle standardów międzynarodowych*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1996, z. 4, Toruń 1998, s. 80.

obejmuje bólu lub cierpienia, wynikających jedynie ze stosowania zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo⁵².

Współcześnie osoby przebywające w zakładach karnych w państwach demokratycznych mają prawo do wykonywania swoich praktyk religijnych oraz korzystania z usług religijnych. Uprawnione są one do bezpośredniego uczestnictwa w nabożeństwach odprawianych w zakładach karnych oraz słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, a także do posiadania książek, pism i przedmiotów niezbędnych do praktykowania swej religii. Do kolejnych uprawnień, które zapewnione mają osoby pozbawione wolności, zaliczyć należy m.in. prawo do uczestniczenia w prowadzonym w zakładzie karnym nauczaniu religii, brania udziału w działalności charytatywnej kościoła oraz spotkań indywidualnych z osobą duchowną. Jednakże mając na uwadze specyfikę więziennictwa oraz sytuację osób pozbawionych wolności, korzystanie z wolności religijnej nie może przekraczać zasad tolerancji, jak również zakłócać porządku i regulaminu zakładów karnych⁵³.

Pamiętać należy, że w demokratycznym państwie zakłady karne nie mogą być wyłączone spod obowiązujących powszechnie przepisów prawnych, a ich działalność musi być szczegółowo kontrolowana przez niezależne organy władzy państwowej oraz organizacje pozarządowe. Specyfika odbywania kary i represji z nią związanych nie powinny godzić w wolność religijną osoby skazanej wyrokiem sądu. Tym samym osoba skazana powinna mieć zapewnioną dietę motywowaną względami swej wiary, jaką stosowała przed umieszczeniem w ośrodku zamkniętym. Jednakże konieczne jest tu swoiste wyważenie argumentów, rozsądek oraz równowaga, mająca na celu zaspokojenie potrzeb więźnia przy jednoczesnej specyfice zakładu karnego i niedogodnościach wynikających z pozbawienia wolności. Uważam ponadto, że orzecznictwo w tego typu sprawach powinno charakteryzować się indywidualnym podejściem. W przeciwnym razie osadzeni w zakładach karnych mogliby żądać diety i konkretnych artykułów żywnościowych w sposób nieproporcjonalny i naruszający porządek zakładu karnego. W konkretnych przypadkach konieczne staje się rozważenie, czy określone zachowania polegają na bezpośrednim wyrażeniu zasad danej religii oraz czy wyznacza ona moralny obowiązek takiego specyficznego zachowania, a ponadto czy zachowanie takie stanowi powszechnie przyjętą i akceptowalną formę praktykowania określonego wyznania⁵⁴.

⁵² *Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania*, [w:] *Międzynarodowa Ochrona Praw Człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007, I-A/8, s. 2.

⁵³ Z. Zarzycki, *Duszpasterstwo w zakładach karnych i aresztach śledczych*, [w:] *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Mezglewski, Warszawa 2014, s. 91.

⁵⁴ J. Bartoszewicz, *Wolność myśli, sumienia i wyznania w Polsce w świetle orzecznictwa strasburskiego*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” Nr 3, 2012, s. 70.

Stwierdzić należy, iż w przypadku omawianej sprawy, roszczenie osadzonego nie było nadmierne i nie wywoływało nieproporcjonalnych problemów dla funkcjonowania zakładu karnego. Wyrok w sprawie *Vartic przeciwko Rumunii*, uznać trzeba za swoisty kompromis pomiędzy prawem jednostki a sytuacją wynikającą z niedogodności, będących następstwem restrykcyjnych zasad systemu penitencjarnego. Konieczne jest, aby osiągnąć swoistą równowagę tak, by dieta bezmięсна, która jest istotnym elementem przejawu religijności dla konkretnych jednostek, przy jednoczesnym obowiązku państwa aby przestrzegać i respektować zasady religii osadzonego, nie stanowiła dla władzy zbytnej uciążliwości.

Biorąc pod uwagę zarówno stan prawny jak i stan faktyczny, należy zgodzić się z decyzją Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który w sprawie *Vartic przeciwko Rumunii*, orzekł naruszenie artykułu 9 Konwencji.

**RELIGIOUSLY MOTIVATED DIET OF PRISONERS.
REFLECTIONS ON THE BACKGROUND OF THE JUDGMENT
OF THE EUROPEAN COURT OF THE HUMAN RIGHTS
ON THE VARTIC V. ROMANIA**

Key words: religion, human rights, European Court of Human Rights, diet, Buddhism, prisoners, family visits, religious feelings, religious minorities, Freedom of thought, conscience, religion and belief

Summary

The article describes the problems of diet religiously motivated in prisons. In the introduction, briefly characterized article 9 of the European Convention on Human Rights. Then discusses the judgment of the European Court of Human Rights on *Vartic against Romania*. The applicant complained of refusing to provide a vegetarian diet required by his Buddhist beliefs, the prison authorities violated his right to manifest religion as is provided in article 9 of the Convention. The Romanian Government argued that article 9 does not provide any rules diet. In its judgment, the Court concluded that the authorities had not reached a fair balance between the interests of the prison authorities and the interests of the convicted person. He also stated that the right to manifest religion is to follow the rules of the Buddhist religion convicted. The remainder of this article discusses the issue of diet Buddhist in the world. In conclusion, it was found that the European Court of Human Rights on *Vartic against Romania* rightly ruled a violation of Article 9 of the Convention.

Joanna Rezmer

Uniwersytet Mikołaja Kopernika

Wolności naukowców w świetle orzecznictwa strasburskiego

Słowa kluczowe: wolność akademicka, wolność badań naukowych, wolność wypowiedzi, wolność poruszania się, wolności naukowców

Naukowcy, podobnie jak przedstawiciele innych profesji, korzystają z wszystkich praw i wolności zapewnionych przez normy prawa międzynarodowego praw człowieka oraz mogą dochodzić ich realizacji w ramach międzynarodowych procedur skargowych, zarówno na poziomie powszechnym, jak i regionalnym. Wypada zatem na wstępie zaznaczyć, że przedmiotem dalszych rozważań będą te standardy, które bezpośrednio wiążą się z prowadzeniem działalności naukowej i były przedmiotem orzecznictwa strasburskiego.

W wielu międzynarodowych dokumentach praw człowieka odnaleźć można obecnie postanowienia gwarantujące prawa i wolności kulturalne odnoszące się do sfery nauki, choć stosunkowo nieliczne traktaty lub deklaracje *expressis verbis* uznają wolność badań naukowych. Należy do nich Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.¹, który w art. 15 ust. 3 obliguje państwa–strony do poszanowania swobody koniecznej do prowadzenia badań naukowych i działalności twórczej. W doktrynie² prezentowany jest również pogląd, że gwarancje wolności badań naukowych można wywieść z brzmienia art. 27 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.³, przyznającego każdemu prawo do swobodnego uczestniczenia w życiu kulturalnym wspólnoty, do korzystania ze sztuki, uczestniczenia w postępie nauki i korzystania z jego dobrodziejstw. Na szczeblu regionalnym wolność badań naukowych formułuje Protokół Dodatkowy z 1988 r. do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka w dziedzinie praw

¹ Pakt został przyjęty 16.12.1966 r. rezolucją Zgromadzenia Ogólnego 2200 A (XXI), wszedł w życie 3.1.1976 r., a dla Polski 18.6.1977 r. Tekst publikowany w: Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169.

² Por. R. Adalsteinsson, P. Thórhallson, *Article 27*, [w:] G. Alfredsson, A. Eide (red.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, The Hague–Boston–London 1999, s. 578–579.

³ Deklaracja została przyjęta 10.12.1948 r. rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III). Tekst w języku polskim publikowany m.in. w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik (oprac.), *Prawa człowieka. Wybór dokumentów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 11–20; A. Przyborowska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2003, s. 166–171.

gospodarczych, społecznych i kulturalnych (Protokół z San Salvador)⁴ oraz zrewidowana Arabska Karta Praw Człowieka z 2004 r.⁵ Wiążącym dokumentem europejskim wyraźnie zapewniającym wolność badań naukowych oraz wolność akademicką jest Karta Praw Podstawowych UE z 2000 r.⁶ W świetle art. 13 Karty „Sztuki i badania naukowe są wolne od ograniczeń. Wolność akademicka jest szanowana”⁷. O swobodzie badań naukowych jako jednym z kluczowych elementów wolności akademickiej mówi ponadto Europejska Karta Naukowca przyjęta zaleceniem Komisji Europejskiej z 2005 r.⁸ oraz Zalecenie 1762 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wolności akademickiej i autonomii uniwersyteckiej z 2006 r.⁹

Analogicznych postanowień brak w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako: EKPC lub Konwencja). Wprawdzie art. 2 Protokołu [nr 1] do EKPC¹⁰ zabezpiecza prawo do nauki, ale ani Kon-

⁴ W art. 14 ust. 3 Protokołu państwa-strony zobowiązały się do poszanowania swobody koniecznej do prowadzenia badań naukowych i działalności twórczej. Protokół z San Salvador został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Państw Amerykańskich 17.11.1988 r., wszedł w życie 16.11.1999 r. Tekst publikowany w: *OAS Treaty Series*, No. 69.

⁵ Zgodnie z art. 42 ust. 2 Karty państwa-strony powinny szanować wolność badań naukowych i działalności twórczej oraz zapewnić ochronę moralnych i materialnych interesów wynikających z twórczości naukowej, literackiej lub artystycznej. Karta została przyjęta przez Radę Ligi Państw Arabskich 22.5.2004 r., weszła w życie 15.5.2008 r. Tekst dostępny na: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>.

⁶ Karta Praw Podstawowych UE została proklamowana 7.12.2000 r. w Nicei przez przedstawicieli Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji jako dokument polityczny. Użyła formalnie moc prawną taką samą jak traktaty na podstawie postanowień Traktatu Lizbońskiego z 13.12.2007 r., który wszedł w życie 1.12.2009 r. i wprowadził nowe brzmienie art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej. Tekst Karty publikowany w: *Dz. Urz. UE C 326/392* z 26.10.2012 r.

⁷ Warto odnotować, że współcześnie w większości demokratycznych państw europejskich, w szczególności w państwach członkowskich UE, wolność badań naukowych i/lub wolność akademicka są wyraźnie gwarantowane przez postanowienia krajowych ustaw zasadniczych lub zostały uznane w orzecznictwie sądów konstytucyjnych, wywodzących je z innych konstytucyjnie chronionych swobód, np. wolności przekonań. Polska (obok m.in. Austrii, Bułgarii, Finlandii, Grecji, Hiszpanii, Litwy, Łotwy, Niemiec, Portugalii, Słowacji, Włoch i Węgier) należy do krajów, których ustawa zasadnicza wprost zapewnia wolność badań naukowych – art. 73 obowiązującej obecnie Konstytucji RP z 2.4.1997 r. stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury”. Szerzej na temat konstytucyjnych gwarancji wolności badań naukowych por. J. Sobczak, *Art. 13 [Wolność sztuki i nauki]*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 507–511; A. Wasilewski, *Wolność nauki jako przedmiot regulacji prawnej*, „*Studia Iuridica*” 1996, t. 32, s. 259–260; M. Ruffert, S. Steinecke, *The Global Administrative Law of Science*, Heidelberg–Dordrecht–London–New York 2011, s. 42–53.

⁸ Zalecenie Komisji z 11.03.2005 r. w sprawie Europejskiej Karty Naukowca oraz Kodeksu Postępowania przy rekrutacji pracowników naukowych, *Dz. Urz. UE L 75* z 22.3.2005 r.

⁹ Zalecenie 1762 (2006): *Academic freedom and university autonomy*, przyjęte 30.6.2006 r.

¹⁰ Protokół został otwarty do podpisu 20.03.1952 r., wszedł w życie 18.5.1954 r. Tekst publikowany w: *Dz.U.* z 1995 r., Nr 36, poz. 175.

wencja, ani żaden z jej Protokołów nie formułuje wprost wolności badań naukowych. Należy zarazem zaznaczyć, że swobodę tę warunkuje realizacja szeregu podstawowych praw i wolności człowieka, które zostały wyraźnie w EKPC uznane. Przedstawiciele doktryny, którzy analizują treść wolności badań naukowych w oparciu o normy zawarte w innych międzynarodowych dokumentach oraz w oparciu o normy prawa krajowego (w szczególności konstytucyjnego) wskazują, że swoboda ta obejmuje kilka komponentów, wśród których wymienia się: wolność wyboru tematyki prac badawczych i swobodę dostępu do przedmiotu badań, swobodę wyboru miejsca prowadzenia działalności badawczej, wolność wyboru i stosowania metody badań, swobodę ogłaszania i rozpowszechniania uzyskanych wyników, swobodę współpracy z innymi badaczami¹¹. W związku z powyższym zwraca się uwagę na ściśle powiązanie wolności badań naukowych z wolnością myśli, wolnością wypowiedzi (w tym prawem do otrzymywania i poszukiwania informacji) oraz wolnością poruszania się, a niekiedy również z wolnością pokojowego zgromadzania się i zrzeszania. Właśnie w perspektywie wymienionych standardów organy strasburskie mogą rozpatrywać skargi w sprawach związanych z działalnością naukową. Do chwili obecnej sprawami tego typu zajmowały się przede wszystkim w kontekście naruszeń art. 10 EKPC¹² oraz art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC¹³, czyli wolności wypowiedzi oraz wolności poruszania się. Wyjątek stanowi sprawa *X przeciwko Szwecji*, w której skarga rozpatrywana przez Europejską Komisję Praw Człowieka obejmowała zarzut naruszenia art. 1 Protokołu [nr 1] do EKPC, dotyczącego ochrony własności¹⁴.

¹¹ Por. np. M. Jabłoński, *Wolności z art. 73 Konstytucji RP*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 562–563; J. Sobczak, *Art. 13...*, s. 531; J. Vrieling, P. Lemmans, S. Parmentier, *Academic Freedom as a Fundamental Right*, League of European Research Universities Advice Paper No. 6, December 2010, s. 14–17.

¹² Art. 10 ust. 1 EKPC przyznaje każdemu prawo do wolności wypowiedzi, precyzując, iż obejmuje ono wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Zgodnie z art. 10 ust. 2 EKPC korzystanie z tych wolności wiąże się z obowiązkami oraz odpowiedzialnością i może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

¹³ Protokół został otwarty do podpisu 16.9.1963 r., wszedł w życie 2.5.1968 r. Tekst publikowany w: Dz.U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175. Art. 2 ust. 1 Protokołu zapewnia każdemu, kto przebywa legalnie na terytorium państwa, prawo do swobodnego poruszania się i do swobodnego wyboru miejsca zamieszkania na tym terytorium. W świetle ust. 2 przywołanego przepisu każdy może także swobodnie opuścić jakikolwiek kraj, nie wyłączając swojego własnego.

¹⁴ Zgodnie z art. 1 Protokołu z 1952 r. każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego.

Jak dowodził skarżący – hydrobotanik pracujący nad rozprawą z dziedziny ekologii na Uniwersytecie w Uppsali, naruszenie miało wynikać z faktu, iż szwedzka Rada ds. Badań odrzuciła jego wnioski o przyznanie środków na badania, co w opinii skarżącego uniemożliwiało mu prowadzenie pracy badawczej i publikację wyników. Komisja uznała jednak skargę za niedopuszczalną *ratione materiae* wskazując, iż z art. 1 Protokołu [nr 1] nie wynika roszczenie o finansowe wsparcie ze strony państwa¹⁵.

W oparciu o art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako: ETPC) miał dotychczas okazję wypowiedzieć się na temat dopuszczalności ingerencji w prawo naukowców do opuszczenia swojego kraju, uzasadnianej potrzebą ochrony tajemnicy państwowej. Dodać należy, że korzystanie ze swobody poruszania się, w tym opuszczenia jakiegokolwiek kraju, może w świetle klauzuli limitacyjnej, przewidzianej w ust. 3 przywołanego przepisu, podlegać ograniczeniom określonym w ustawie i koniecznym w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na cele prawowite, wśród których Protokół wymienia m.in. bezpieczeństwo państwowe i publiczne.

W sprawie *Bartik przeciwko Rosji* skarga wniesiona została przez cywilnego naukowca pracującego dla państwowej korporacji zajmującej się rozwojem urządzeń raketowych i kosmicznych. W latach 1977–1994 skarżący podpisał kilka zobowiązań dotyczących nieujawniania informacji zawierających tajemnicę państwową lub służbową, w których posiadanie wszedł w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych. Jedno z nich obejmowało również oświadczenie skarżącego, iż został powiadomiony o obowiązujących go ograniczeniach możliwości odbywania podróży zagranicznych. W 1996 r. skarżący zrezygnował z pracy, a rok później złożył wniosek o wydanie paszportu, gdyż chciał odwiedzić chorego ojca mieszkającego w Niemczech. Otrzymał decyzję odmowną wraz z informacją, iż przez pięć lat – do 2001 r. – objęty jest zakazem opuszczania kraju.

Trybunał strasburski rozpatrując skargę zauważył, iż choć zajmował się już problemem ograniczeń wolności poruszania się uzasadnianym interesem bezpieczeństwa, to omawiana sprawa jest pierwszą dotyczącą pozbawienia jednostki prawa do wyjazdu za granicę wyłącznie z powodu posiadania przez nią wiedzy stanowiącej tajemnicę państwową (*State secrets*)¹⁶. ETPC potwierdził (przywołując w tym zakresie również Komentarz Ogólny nr 27 Komitetu Praw Człowieka¹⁷), że ingerencja w prawo do opuszczenia kraju może polegać na odmowie możliwości korzystania z dokumentu, który

¹⁵ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka dotycząca dopuszczalności skargi w sprawie *X przeciwko Szwecji* z 19.12.1974 r., nr skargi 6776/74.

¹⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Bartik przeciwko Rosji* z 21.12.2006 r., nr skargi 55565/00, § 38.

¹⁷ *Human Rights Committee, General Comment 27, Freedom of movement (Art.12)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).

pozwalaby na wyjazd¹⁸. Następnie Trybunał dokonał analizy dopuszczalności ingerencji z uwzględnieniem testów legalności, celowości i konieczności, która doprowadziła go do wniosku, że w badanej sprawie ostatni test nie został spełniony – ingerencja nie była konieczna w społeczeństwie demokratycznym, gdyż brakowało łącznika pomiędzy zastosowanym środkiem – zakazem opuszczania kraju, a funkcją ochroną, którą miał on spełniać¹⁹. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, w czasach historycznych, gdy takie ograniczenia ustanawiano w wewnętrznych porządkach prawnych, państwo było w stanie kontrolować przepływ informacji do świata zewnętrznego stosując kombinację restrykcji dotyczących przychodzącej i wychodzącej korespondencji, emigracji i podróży zagranicznych oraz swobodnego kontaktowania się z cudzoziemcami w kraju. Od kiedy jednak cenzura korespondencji oraz zakaz osobistych kontaktów z obcokrajowcami przestały być stosowane, konieczność utrzymywania ograniczeń dotyczących prywatnych podróży zagranicznych osób znajdujących się w posiadaniu informacji stanowiących tajemnicę państwową stała się mniej jasna. W obecnych okolicznościach, we współczesnym społeczeństwie demokratycznym, zakaz podróży zagranicznych nie spełnia już funkcji ochronnej, która została mu pierwotnie przypisana²⁰. Trybunał podkreślił ponadto, że znaczna grupa państw członkowskich Rady Europy (w tym wszystkie pierwotne strony EKPC) nigdy nie ograniczała prawa osób posiadających informacje objęte tajemnicą państwową do podróży zagranicznych, a wiele inne krajów zniosło wspomniane ograniczenia w ramach procesu demokratyzacji. Przypomniał również, iż na konieczność podjęcia takich działań przez Rosję zwrócono uwagę już przy okazji akcesji tego kraju do Rady Europy²¹.

Wyrok w sprawie *Bartik przeciwko Rosji* wydaje się godny uwagi ze względu na jego praktyczne znaczenie dla badaczy, którzy w swojej pracy uzyskują dostęp do tajemnicy państwowej²². Należy jednak zaznaczyć, że dla rozstrzygnięcia sprawy nie było istotne, iż skarga pochodziła od naukowca – ETPC nie przypisał temu faktowi żadnej szczególnej wagi. Zapewne Trybunał sformułowałby identyczne wnioski, gdyby skargę wniosła jakakolwiek osoba posiadająca informacje stanowiące tajemnicę państwową, która z tego powodu została pozbawiona możliwości opuszczenia swego kraju. Przedstawiona sprawa nie daje zatem jeszcze podstaw do stwierdzenia, że w zakresie wolności poruszania się naukowcom przysługuje w oparciu o postanowienia

¹⁸ *Ibidem*, § 36.

¹⁹ ...it is precisely the link between the restrictive measure in issue and its purported protective function that is missing.

²⁰ *Bartik przeciwko Rosji*, § 49.

²¹ *Ibidem*, § 27-28 i 50.

²² Warto odnotować, że naruszenie stanowiące przedmiot skargi w sprawie *Bartik przeciwko Rosji* nie jest odosobnionym incydentem. Podobne zarzuty, oparte na zbliżonym stanie faktycznym, sformułowane zostały przez skarżącego w nierozstrzygniętej jeszcze sprawie *Berkovich przeciwko Rosji* (skarga nr 5871/07 złożona 28.12.2006 r.).

EKPC wzmocniona ochrona, ani nie uzasadnia konkluzji, iż przeprowadzana przez Trybunał kontrola ingerencji państwa w sferę tej wolności jest w przypadku naukowców szczególnie staranna.

Zdecydowanie najwięcej skarg dotyczących naukowców organy strasburskie rozpatrywały dotychczas z perspektywy art. 10 EKPC. Wyróżnić można wśród nich sprawy, w których przedmiotem wypowiedzi były rezultaty badań naukowych (własnych prac badawczych lub prac realizowanych przez inne osoby) oraz sprawy, w których wypowiedź przedstawiciela środowiska naukowego dotyczyła kwestii istotnych dla tego środowiska, ale nie objętych bezpośrednio zainteresowaniami badawczymi skarżącego.

Ingerencją w sferę wolności wypowiedzi w kontekście swobody publikacji wyników działalności badawczej Europejska Komisja Praw Człowieka oraz Trybunał strasburski zajęły się w sprawie *Hertel przeciwko Szwajcarii*²³. Wydany w niej wyrok jest wymieniany i analizowany w doktrynie przede wszystkim jako przykład orzeczenia, w którym ETPC starał się wycofać ze sformułowanej wcześniej tezy o szerokim marginesie swobody oceny władz krajowych i ograniczonej kontroli Trybunału w odniesieniu do wypowiedzi komercyjnej²⁴. Na sprawę *Hertel przeciwko Szwajcarii* można jednak spojrzeć również przez pryzmat swobody wypowiedzi badacza-amatora.

Skarżący (Hans Hertel), absolwent Federalnego Instytutu Technologii w Zurychu, prowadził na emeryturze, we współpracy z profesorem zatrudnionym na uniwersytecie w Lozannie, prywatne badania dotyczące wpływu pokarmów przygotowywanych w kuchenkach mikrofalowych na organizm człowieka. Projekt obejmował przeprowadzanie analiz krwi ośmiu ochotników, którzy spożywali posiłki przyrządzone w takich kuchenkach oraz posiłki przygotowywane metodą tradycyjną. W 1991 r. badacze wspólnie opublikowali pracę przedstawiającą rezultaty swoich dociekań, obejmującą stwierdzenie, iż w krwi osób spożywających pokarm z mikrofalówek zaobserwowali zmiany, które wydają się wskazywać na pierwszą fazę patologicznego procesu, jaki występuje w początkach stanu rakowego. Rok później kwartalnik „Journal Franz Weber” opublikował fragmenty pracy wraz z komentarzem redakcyjnym oraz dodanymi przez redakcję śródtytułami i ilustracjami (przedstawiającymi Kostuchę na tle kuchenki mikrofalowej). Zastosowane zabiegi redakcyjne wzmacniały przekaz, upraszczając i wyolbrzymiając wyniki badań. Kwartalnik wzywał również czytelników do pozbycia się kuchenek mikrofalowych. Na publikację zareagowało Szwajcarskie Zrzeszenie Producentów i Dostawców Sprzętu Gospodarstwa Domowego (MHEA)

²³ Por. Raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 9.4.1997 r. oraz wyrok ETPC z 25.8.1998 r., nr skargi 25181/94.

²⁴ Por. I. C. Kamiński, *Europejskie standardy dotyczące swobody wypowiedzi komercyjnej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 6, s. 31–32; I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2003, s. 480–491.

i w rezultacie złożonego przez nie wniosku szwajcarski sąd gospodarczy, działając na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wydał wobec H. Hertla zakaz wypowiadania twierdzeń dotyczących szkodliwości jedzenia przygotowywanego w mikrofalówkach, a także zakazał postępowania się wizerunkiem śmierci w publikacjach i wypowiedziach na temat kuchenek mikrofalowych. Wyrok został utrzymany przez krajowy Sąd Federalny.

Trybunał strasburski uznał, że w sprawach, w których nie chodzi o czysto „komercyjne” twierdzenia osoby, lecz jej udział w debacie wpływającej na interes publiczny, np. dotyczącej zdrowia publicznego (taki charakter miała zdaniem ETPC wypowiedź skarżącego), konieczne jest ograniczenie marginesu swobody oceny, z którego korzystają władze krajowe. W ocenie Trybunału niezbędne było zatem staranne wyważenie potrzeby ochrony praw członków MHEA oraz wolności wypowiedzi²⁵. Organ strasburski doszedł do wniosku, iż w badanej sprawie wystąpiła istotna dysproporcja między zastosowanym środkiem a postępowaniem, które miał on skorygować. Zakaz wydany przez sąd krajowy dotyczył wprawdzie tylko konkretnych wypowiedzi, ale właśnie te twierdzenia odnosiły się do istoty poglądów skarżącego. Zakaz powodował zatem skutek w postaci częściowego ocenzurowania pracy H. Hertla i znacznego ograniczenia jego możliwości publicznego prezentowania poglądów w toku debaty, która niezaprzeczalnie istniała. Jak wskazał Trybunał, w dziedzinach, w których rzadko kiedy można mówić o pewności (a taką dziedziną jest nauka – J.R.), wyjątkowo nierozsądne byłoby ograniczanie swobody wypowiedzi wyłącznie do ogólnie akceptowanych idei²⁶.

Przedstawiony wyrok ma istotne znaczenie z punktu widzenia ochrony praw osób zaangażowanych w działalność badawczą i popularyzujących wyniki swojej pracy, ale podkreślenia wymaga, że konieczność ograniczenia marginesu swobody oceny władz krajowych w przypadku wypowiedzi badacza została w nim uzasadniona faktem, iż wypowiedź taka nie posiadała czysto komercyjnego charakteru, lecz stanowiła część debaty dotyczącej dobra publicznego. W wyroku w sprawie *Hertel* ETPC nie wspomniał wyraźnie o wolności badań naukowych ani nie odwołał się do koncepcji wolności akademickiej. Zrobił to natomiast w kilku stosunkowo niedawno wydanych orze-

²⁵ *Hertel przeciwko Szwajcarii*, § 47.

²⁶ *Ibidem*, § 50. Dodacь można, że w konsekwencji wznowienia postępowania po wyroku strasburskim sąd krajowy podtrzymał zakaz wydany wobec H. Hertla, zmieniając jednak jego zakres – skarżący miał powstrzymać się od przedstawiania szerokiej opinii publicznej poglądów o naukowo dowiedzionej szkodliwości kuchenek mikrofalowych dla zdrowia, bez wskazywania na rozbieżności występujące w tym zakresie w środowisku naukowym. ETPC odrzucił kolejną skargę H. Hertla, dotyczącą tak sformułowanego zakazu, jako oczywiście bezzasadną, oceniając, iż tym razem ingerencja państwa była proporcjonalna, ponieważ zmodyfikowany zakaz należyście uwzględniał różne interesy stron. Por. decyzja ETPC z 17.1.2002 r., nr skargi 53440/99.

zeniach, w sprawach *Azevedo przeciwko Portugalii*²⁷, *Sorguç przeciwko Turcji*²⁸, *Sapan przeciwko Turcji*²⁹ oraz *Aksu przeciwko Turcji*³⁰.

W pierwszej z wymienionych spraw Trybunał rozpatrywał kwestię swobody wypowiedzi w aspekcie krytyki naukowej, chodziło bowiem o wypowiedź naukowca, zawierającą ocenę prac innej osoby. Skargę wniósł Leonel Azevedo – współautor książki poświęconej ogrodom Pałacu Episkopalnego w Castelo Branco, która miała charakter pracy badawczej, służącej jednocześnie popularyzacji wspomnianych ogrodów. W publikacji znalazły się także krytyczne, a wręcz zgryźliwe uwagi o miernej wartości wcześniejszych opracowań na ten sam temat. Autorka jednego z nich, pani S., oskarżyła L. Azevedo o zniesławienie. W konsekwencji L. Azevedo został skazany przez sąd krajowy na karę pozbawienia wolności w zawieszeniu, zamienioną następnie w wyniku apelacji na karę grzywny.

ETPC, dokonując oceny dopuszczalności ingerencji państwa w sferę wolności wypowiedzi w oparciu o test konieczności, stwierdził, że zagadnienie, którego dotyczyła wypowiedź – historyczne i symboliczne studium zabytku położonego w Castelo Branco, należy uznać za kwestię stanowiącą przedmiot publicznego zainteresowania³¹. Podkreślił ponadto, iż pani S. – jako autorka dostępnego na rynku opracowania akademickiego – wystawiła się na potencjalną krytykę ze strony czytelników oraz innych członków społeczności akademickiej³². Co szczególnie istotne, w opinii Trybunału zastosowanie sankcji karnej w odniesieniu do tego typu krytyki, jaką wyraził skarżący, w zasadniczy sposób ograniczyłoby wolność, której potrzebują badacze w kontekście swojej pracy naukowej³³. ETPC orzekł zatem, iż doszło do naruszenia art. 10 Konwencji.

Sprawa *Sorguç przeciwko Turcji* dotyczyła z kolei wypowiedzi, która nie miała charakteru naukowego, lecz poruszała kwestie istotne dla społeczności akademickiej. Skarżący – profesor zatrudniony na politechnice istambulskiej – przy okazji wygłaszania referatu podczas krajowej konferencji naukowej rozprowdził pismo poddające krytyce sposób przeprowadzania egzaminów na stanowiska asystentów w macierzystej uczelni. Posłużył się przykładem pewnego kandydata (nie podając jednak jego nazwiska), który pierwotnie nie zdał wymaganego egzaminu przed komisją z udziałem skarżącego, a wkrótce potem, choć nie mógł wykazać się autorstwem ani jednego artykułu naukowego, udało mu się pomyślnie przejść ten egzamin przed inną komisją, złożoną z osób niezatrudnionych we właściwym departamencie uczelni. W efekcie powództwa wytoczonego przez osobę, do której odnosiła się wspo-

²⁷ Wyrok ETPC z 27.3.2008 r., nr skargi 20620/04.

²⁸ Wyrok ETPC z 23.6.2009 r., nr skargi 17089/03.

²⁹ Wyrok ETPC z 8.6.2010 r., nr skargi 44102/04.

³⁰ Wyrok ETPC z 15.3.2012 r., nr skargi 4149/04.

³¹ *Azevedo przeciwko Portugalii*, § 31.

³² *Ibidem*, § 32.

³³ *Ibidem*, § 33. Por. także J. Sobczak, *Art. 13...*, s. 547.

mniana wypowiedź (nazywaną dalej N.A.C.), krajowy sąd cywilny zasądził od skarżącego wysokie zadośćuczynienie z tytułu naruszenia dóbr osobistych – dobrego imienia N.A.C.

Trybunał strasburski zauważył, iż w badanej sprawie sąd krajowy przyznał większą wagę reputacji niezidentyfikowanej imiennie osoby niż wolności wypowiedzi, z której zwykle powinien korzystać naukowiec w czasie debaty publicznej³⁴. Nie przychylił się do argumentów strony rządowej dowodzącej, że choć słowa skarżącego zostały wypowiedziane w środowisku naukowym (*in a scientific environment*), wykraczały poza granice naukowej dyskusji, mając na celu wywołanie polemiki w sprawie incydentu, do którego kilka lat wcześniej doszło między skarżącym a N.A.C.³⁵ Przeciwnie – odwołując się do Rekomendacji 1762 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, ETPC *expressis verbis* podkreślił znaczenie wolności akademickiej, obejmującej swobodę wyrażania przez członków społeczności akademickiej poglądów na temat instytucji lub systemu, w którym pracują, a także wolność rozpowszechniania wiedzy i prawdy bez żadnych ograniczeń³⁶. W ocenie Trybunału sąd krajowy nie ustalił w sposób przekonujący, by istniała pilna społeczna potrzeba przyznania prymatu ochronie praw osobistych nieokreślonej imiennie osoby przed przysługującą skarżącemu wolnością wypowiedzi oraz ogólnym interesem w zakresie popierania tej wolności, gdy chodzi o kwestie będące przedmiotem zainteresowania publicznego³⁷.

Wagę wolności akademickiej ETPC zaakcentował też wyraźnie w sprawie *Sapan przeciwko Turcji*, dotyczącej orzeczonej przez sąd krajowy konfiskaty książki, która w pewnym zakresie stanowiła rezultat prac badawczych. Publikacja zatytułowana *Tarkan – anatomia gwiazdy*, składała się z dwóch części: pierwsza zawierała analizę nowego zjawiska społecznego w Turcji (celebrytów), druga koncentrowała się na osobie znanego tureckiego piosenkarza Tarkana. Co istotne, książka częściowo powtarzała treść rozprawy doktorskiej jej autora. Wydany na wniosek piosenkarza nakaz konfiskaty został uchylony dopiero po dłuższym czasie, choć już znacznie wcześniej powołani przez sąd biegli wydali opinie korzystne dla skarżącego (wydawcy książki), wskazując, iż sporne fragmenty obejmujące badania socjologiczne, zaczerpnięte częściowo z innych publikacji, częściowo z produkcji audiowizualnych, nie miały na celu naruszenia dóbr osobistych Tarkana.

Trybunał strasburski nie tylko ponownie wyraził przekonanie o istotnym znaczeniu wolności akademickiej, ale wprowadził wyraźne rozróżnienie między wypowiedzią o charakterze naukowym, zawierającą także informacje na temat prywatnego życia znanych osób, a wypowiedzią służącą jedynie

³⁴ *Sorguç przeciwko Turcji*, § 34.

³⁵ *Ibidem*, § 26.

³⁶ *Ibidem*, § 35: ...*Court underlines the importance of academic freedom, which comprises the academics' freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction...*

³⁷ *Ibidem*, § 36.

zaspokojeniu ciekawości określonego typu czytelników. Według ETPC, spornej książki, w której przy pomocy metod naukowych podjęty został problem pewnego zjawiska społecznego, nie można porównywać z tabloidami lub plotkarskimi kolumnami³⁸. W świetle wyroku w sprawie *Sapan* uprawniony wydaje się zatem wniosek, iż Trybunał przyznaje wypowiedziom naukowym ochronę na poziomie zbliżonym do ochrony, z jakiej korzystają „poważne” publikacje prasowe, poruszające zagadnienia budzące publiczne zainteresowanie³⁹.

Tezę tę potwierdza wyrok w sprawie *Aksu przeciwko Turcji*, w którym Trybunał podsumował swoje podejście orzecznicze do kwestii ochrony wypowiedzi o charakterze naukowym. Skargę wniósł w tym przypadku zamieszkały w Turcji Rom, urażony fragmentami treści opublikowanej w 2000 r. przez tureckie Ministerstwo Kultury książki *Tureccy Cyganie* autorstwa profesora Ali Rafeta Özkana. W przedmowie do pracy autor wyjaśniał, iż miała ona na celu przedstawienie problematyki Cyganów mieszkających w Turcji z uwzględnieniem wszystkich jej aspektów, w oparciu o zasady naukowego obiektywizmu. Profesor podkreślał, że książka stanowi pierwsze opracowanie poświęcone tej tematyce i została przygotowana z wykorzystaniem różnych metod i technik badawczych – m.in. opisowej, porównawczej, fenomenologicznej, obserwacji uczestniczącej i wywiadu. Natomiast w ocenie skarżącego publikacja zawierała twierdzenia upokarzające i poniżające Romów (np. wzmianki o tym, że trudnią się prostytutką, są złodziejami, oszustami i żebrakami, żyją w poligamii, cechują się agresywnością), dlatego zażądał od Ministerstwa wstrzymania sprzedaży książki. W reakcji na jego prośbę Ministerstwo wycofało egzemplarze opracowania z dystrybucji do czasu rozpatrzenia sprawy, następnie jednak poinformowało zainteresowanego, iż zdaniem ministerialnej eksperckiej rady wydawniczej publikacja miała charakter naukowy i nie zawierała żadnych znieważających stwierdzeń. Skarżący wytoczył zatem powództwa przeciwko wydawcy oraz autorowi książki, domagając się zadośćuczynienia za straty moralne spowodowane atakiem na jego tożsamość jako Roma. Ponieważ postępowanie przed sądami krajowymi zakończyło się niepowodzeniem, skarżący zwrócił się do ETPC, formułując przeciwko Turcji zarzut naruszenia art. 8 EKPC (prawa do poszanowania życia prywatnego).

Jak zauważył Trybunał strasburski, w omawianej sprawie tureckie sądy stały przed koniecznością należytego wyważenia dwóch wartości – z jednej strony gwarantowanych przez artykuł 8 EKPC praw skarżącego jako członka społeczności romskiej, z drugiej strony przysługującej autorowi spornego opracowania wolności prowadzenia badań naukowych i publikacji ich

³⁸ *Sapan przeciwko Turcji*, § 34.

³⁹ S. Smet, *Academic Freedom and the European Court of Human Rights*, 22.7.2010, dostępne na: <http://strasbourgobservers.com/2010/07/22/academic-freedom-and-the-european-court-of-human-rights/>.

wyników⁴⁰. Analizując postępowanie sądów krajowych ETPC podkreślił, iż przyłożyły one odpowiednią wagę do faktu, że „książka została napisana przez naukowca i z tego powodu powinna być traktowana jako praca naukowa”. Skrupulatna kontrola wszelkich ograniczeń, dotyczących korzystania przez naukowców ze swobody prowadzenia badań i ogłaszania ich wyników, uznana została za spójną z ustalonym orzecznictwem Trybunału⁴¹. Tak samo ETPC ocenił fakt wzięcia przez sąd krajowy pod uwagę metody badawczej zastosowanej przez autora publikacji⁴². W rezultacie Trybunał stwierdził naruszenia Konwencji.

Na tle zaprezentowanych wyżej orzeczeń sformułować można konkluzję, iż ingerencja państwa w swobodę wypowiedzi naukowca, czy to dotyczącej wyników badań naukowych, czy też innych spraw ważnych dla środowiska naukowego lub akademickiego, podlega szczególnie starannej kontroli sądowej. W zakresie wolności wypowiedzi naukowcy korzystają w oparciu o EKPC ze wzmocnionej ochrony. Należy jednocześnie podkreślić, że publikacja pracy, która rości sobie miano naukowej, wiąże się także ze szczególną odpowiedzialnością. Na ten aspekt wolności wypowiedzi naukowej Trybunał strasburski zwrócił uwagę w sprawie *Lunde przeciwko Norwegii*⁴³, zainicjowanej skargą socjologa zatrudnionego jako pracownik badawczy w norweskim Centrum Przeciwko Rasizmowi. W 1993 r. Centrum opublikowało książkę skarżącego zatytułowaną *Na skraju (At the extremity)*, zaopatrzoną w podtytuł *Ugrupowania rasistowskie w Norwegii*. Publikację przedstawiano jako efekt badań naukowych, identyfikujący i opisujący najważniejsze norweskie ugrupowania i osobistości reprezentujące poglądy rasistowskie. W tym kontekście w opracowaniu dwukrotnie wymieniona została z nazwiska pani I.-M.L., liderka Międzypartyjnej Inicjatywy Wyborczej – zrzeszenia zidentyfikowanego przez autora książki jako jedna z dwóch zarejestrowanych w Norwegii partii wrogo nastawionych do imigrantów, których działalność autor nazwał „próbą przystrojenia rasizmu w garnitur i krawat”. W rzeczywistości Inicjatywa była niezarejestrowanym zrzeszeniem kilku osób. Jak ponadto zostało podane w publikacji, pani I.-M.L. miała rzekomo często uczestniczyć w telewizyjnych debatach, prezentując swoje radykalne poglądy, a także zajmować się dystrybucją rasistowskich ulotek. Twierdzenia te również nie były prawdziwe i w rezultacie wszczętego przez I.-M.L. postępowania sąd norweski uznał skarżącego za winnego zniesławienia oraz zasądził od niego zadośćuczynienie.

W ocenie ETPC książka, której sprawa dotyczyła, opierała się na badaniach przeprowadzonych przez skarżącego jako socjologa i dotyczyła kwestii stanowiącej przedmiot publicznej troski. Trybunał podkreślił, że jakiegokolwiek

⁴⁰ *Aksu przeciwko Turcji*, § 69.

⁴¹ *Ibidem*, § 71.

⁴² *Ibidem*, § 72.

⁴³ Decyzja ETPC z 13.02.2001 r., nr skargi 38318/97.

ograniczenie przez państwa–strony EKPC wolności naukowców w zakresie prowadzenia badań oraz publikowania ich wyników wymaga z jego strony kontroli przeprowadzanej z najwyższą starannością⁴⁴, lecz jednocześnie wskazał, iż Konwencja nie zapewnia nieograniczonej swobody wypowiedzi nawet dla publikacji dotyczących ważnych spraw publicznych, a korzystanie z tej swobody, także w przypadku wypowiedzi o charakterze naukowym, wiąże się z obowiązkami i odpowiedzialnością. ETPC odwołał się do swojego wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego wolności wypowiedzi dziennikarzy, stwierdzając, że sformułowane w nim kryteria korzystania z gwarancji zapewnionych w art. 10 – a mianowicie wymóg działania w dobrej wierze w celu zapewnienia dokładnej i wiarygodnej informacji, zgodnie z etyką dziennikarską, znajdują zastosowanie również do publikacji naukowych. Jak ponadto zauważył Trybunał, stygmatyzacja związana z faktem bycia wymienionym (w negatywnym kontekście – J.R.) w publikacji, prezentowanej jako opracowanie naukowe, musi mieć wpływ na ocenę obowiązków i odpowiedzialności autora skorelowanych z korzystaniem z wolności akademickiej, dokonywaną z punktu widzenia potrzeby ochrony dobrego imienia innych osób.

Kończąc rozważania na temat stanowiska zajmowanego przez ETPC wobec problemów związanych z korzystaniem przez naukowców ze swobody wypowiedzi gwarantowanej w art. 10 EKPC, przy pełnej aprobacie dla odzwierciedlonej w orzecznictwie Trybunału zasady wzmocnionej ochrony wolności wypowiedzi naukowych, warto zwrócić uwagę na trudności z odróżnieniem tego rodzaju wypowiedzi od wypowiedzi nieposiadających charakteru „naukowego”. Źródło trudności stanowi brak powszechnie akceptowanych, wiążących definicji pojęć „nauka”, „badania naukowe” czy „naukowiec”. Kryterium podmiotowe dla identyfikowania wypowiedzi „naukowych” wydaje się stosunkowo mało przydatne. Należy pamiętać, że działalność badawcza może być z powodzeniem prowadzona przez amatorów – osoby nieposiadające stopni naukowych i niezwiązane formalnie z żadnymi ośrodkami naukowo-badawczymi⁴⁵. Z drugiej strony nie wszystkie wypowiedzi „profesjonalnych” naukowców będą zawsze miały walor wypowiedzi naukowych. Inne kryteria, które można brać pod uwagę przy ocenie charakteru wypowiedzi, to metoda zastosowana przez jej autora oraz cel jego działań. Nawiązania do tych kryteriów widoczne są w orzecznictwie ETPC.

Wprawdzie w wyroku w sprawie *Hertel przeciwko Szwajcarii* Trybunał nie odniósł się do problemu metody, pomimo przedstawienia przez stronę rządową argumentów dotyczących „nienaukowego” charakteru badań prowa-

⁴⁴ ...any restriction placed by the contracting parties on the freedom of academics to carry out research and to publish their findings calls for the most careful scrutiny on the part of the Court...

⁴⁵ J. Sobczak, *Wolność badań naukowych – standardy europejskie i rzeczywistość polska*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2007, nr 2, s. 64.

dzonych przez skarżącego (w ocenie sądu krajowego działaniami H. Hertla brakowało rygoru wymaganego od prac naukowych), ale już np. w sprawie *Aksu przeciwko Turcji* ETPC stwierdził, że uwzględnienie przez sądy krajowe metody badawczej, jaką posłużył się autor publikacji uznanej za naukową, jest zgodne z jego podejściem orzeczniczym⁴⁶. Do kryterium „metod naukowych” Trybunał wyraźnie odwołał się także w sprawie *Sapan przeciwko Turcji*⁴⁷ oraz *Chauvy i inni przeciwko Francji*, w tym ostatnim przypadku popierając ustalenie sądu krajowego, iż autor książki, której dotyczyła skarga, nie przestrzegał „podstawowych zasad metody historycznej”⁴⁸. W żadnym z orzeczeń ETPC nie wypowiedział się jednak szerzej na temat tego, co rozumie przez „metodę naukową”. Wspomniała o tym autorka opinii równoległej do wyroku w sprawie *Chauvy*, sędzia Wilhelmina Thomassen, podkreślając zarazem, że reguły metodologiczne nie powinny być czynnikiem decydującym o zakresie wolności wypowiedzi⁴⁹. Wątpliwości budzić może ponadto, na ile organ sądowy potrafi samodzielnie stwierdzić, czy dana metoda jest „naukowa”, zwłaszcza gdy sprawa dotyczy specjalistycznych obszarów wiedzy. Rekomendować należy zatem, aby dokonując oceny „naukowości” wypowiedzi sądy (krajowe i międzynarodowe) korzystały z fachowego doradztwa ze strony kompetentnych w danej dziedzinie przedstawicieli środowiska naukowego.

Na motywy, którymi kierował się autor wypowiedzi, ETPC zwrócił uwagę w sprawie *Garaudy przeciwko Francji*, dotyczącej tzw. kłamstwa oświęcimskiego. Uznając skargę za niedopuszczalną Trybunał stwierdził: „Nie może być wątpliwości, że zaprzeczanie istnieniu jasno ustalonych faktów historycznych, takich jak Holocaust, [...] nie stanowi badań historycznych rozumianych jako poszukiwanie prawdy. Cel i rezultat takiego podejścia są zupełnie inne, rzeczywistym celem jest rehabilitacja reżimu narodowo-socjalistycznego i, w konsekwencji, oskarżenie samych ofiar o fałszowanie historii. Negowanie zbrodni przeciwko ludzkości stanowi zatem jedną z najpoważniejszych form znieważania Żydów z powodów rasowych oraz podżegania do nienawiści przeciwko nim. Zaprzeczanie lub reinterpretacja tego typu faktów historycznych godzi w wartości, na których opiera się walka z rasizmem i antysemityzmem oraz rodzi poważne zagrożenie dla porządku publicznego. Takie działania są niezgodne z demokracją i prawami człowieka ponieważ naruszają prawa innych”⁵⁰. Niezależnie zatem od tego, że wypowiedziom negującym Holocaust ETPC generalnie odmawia ochrony, odwołując się do

⁴⁶ *Aksu przeciwko Turcji*, § 72.

⁴⁷ *Sapan przeciwko Turcji*, § 34.

⁴⁸ Wyrok ETPC z 29.9.2004 r., nr skargi 64915/01, § 77.

⁴⁹ *Chauvy i inni przeciwko Francji*, *Concurring Opinion of Judge Thomassen*. Por. także J. Sobczak, *Art. 13...*, s. 548.

⁵⁰ Decyzja ETPC z 24.6.2003 r. w sprawie *Garaudy przeciwko Francji*, nr skarga 65831/01.

sformułowanego w art. 17 EKPC zakazu nadużycia praw, to w przypadku, gdy pretendują one do miana wypowiedzi naukowych, Trybunał nie jest skłonny do przyznania im takiego charakteru. Ponownie trzeba jednak podkreślić, że ocena „naukowości” wypowiedzi, zarówno z punktu widzenia jej celu, jak i stosowanej metody, powinna być dokonywana z dużą ostrożnością.

FREEDOMS OF SCIENTIFIC RESEARCHERS IN THE LIGHT OF STRASBOURG CASELAW

Key words: academic freedom, freedom of scientific research, freedom of expression, freedom of movement, freedoms of scientists

Summary

Neither the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) nor any of the Protocols to the Convention explicitly recognize the freedom of scientific research, however their provisions establish a number of standards which are of utmost importance for the free conduct of scientific activities. So far the European Court of Human Rights (the Court) has examined complaints concerning the rights of scientists mainly within the context of Article 2 of Protocol no. 4 (freedom of movement) or Article 10 ECHR (freedom of expression). The latter category of cases may be considered as particularly interesting. They demonstrate that scientific/academic expressions enjoy a higher degree of protection than some other opinions. According to Court's case law under Article 10, any restrictions on the freedom of academics to carry out research and to publish their findings should be submitted to careful scrutiny (*Aksu v. Turkey*, § 71). Moreover, the Court expressly underlines the importance of academic freedom, which, as indicated by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 'comprises the academics' freedom to express freely their opinion about the institution or system in which their work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction' (*Sorguç v. Turkey*, § 35). At the same time the Court reiterates that the exercise of freedom guaranteed by Article 10 entails duties and responsibilities, which also apply to scientists and academics (*Lunde v. Norway*). Justified as the Court's approach seems to be, often it is rather difficult to ascertain whether a given expression is of academic or scientific nature and, as such, deserves wider protection. When this is the case, the Court should tread carefully and take advice from the competent members of the scientific community.

Magdalena Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej
im. Alcide de Gasperi w Józefowie

Współczesne dylematy praw kulturalnych

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawa kulturalne, destabilizacja koncepcji praw człowieka, ochrona praw człowieka, płynna współczesność.

1. Wprowadzenie

Baumanowska koncepcja płynnej nowoczesności najlepiej oddaje zachodzące zmiany we współczesnym świecie w różnych obszarach, zwłaszcza w odniesieniu do praw człowieka¹. Koncepcja niezmienności treści i interpretacji oraz zasad stosowania praw człowieka bezpowrotnie przeminęły. Wszelkie zaś modyfikacje tłumaczy się potrzebą dostosowania do zmieniającej się rzeczywistości, nowych potrzeb, innowacji czy poziomu wiedzy. Z. Bauman nie był jednak zbyt oryginalny w swoim określeniu rzeczywistości jako płynnej nowoczesności, bowiem już Heraklit z Efezu (540–480 przed Chr.) zdefiniował rzeczywistość jako *Παντα ρει και ουδεν μνει*, co można na język polski przełożyć jako „nic nie trwa, wszystko płynie„.

Przedmiotem niniejszego opracowania są prawa kulturalne, które z punktu widzenia rozwoju cywilizacyjnego, a zwłaszcza zachodzących procesów globalizacyjnych, są dość istotne dla człowieka i jego rozwoju. Istniejące zróżnicowanie na różnych poziomach pomiędzy poszczególnymi krajami czy nawet regionami sprawia, że potrzeby człowieka w obszarze kultury są marginalizowane. Tymczasem prawa te odgrywają ogromną rolę w rozwoju tak jednostki jak i całego społeczeństwa. Konieczne wydaje się zatem przypomnienie treści tych praw i ich podstaw prawnych, oraz wskazanie na współczesne przeszkody i zagrożenia w ich realizacji. Poszanowanie praw człowieka, zwłaszcza praw kulturalnych, stanowi podstawę współczesnej koncepcji pokoju².

¹ Zob. Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006.

² Zob. T. Jasudowicz, B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 29.

2. Prawo do uczestnictwa w życiu kulturalnym

Prawo do uczestniczenia w życiu kulturalnych jest prawem jednostki i obejmuje wstęp do muzeów, archiwów, skansenów, teatrów, oper, operetek, galerii czy filharmonii. Jest to prawo każdego człowieka i nie może zostać w żadnej mierze ograniczone, chyba że ze względu na porządek czy bezpieczeństwo, np. zakaz wstępu na teren zabytkowego cmentarza w czasie huraganu, gdzie łamane konary drzew mogą zagrozić przebywającym tam ludziom. Realizacja tego prawa do uczestnictwa w życiu kulturalnym zależy od jednostki i poziomu jej wrażliwości na różnorakie formy życia kulturalnego.

Prawo każdego człowieka do uczestniczenia w życiu kulturalnym znajduje swoje odzwierciedlenie w aktach prawa międzynarodowego pochodzących z XX wieku. I tak, w art.22 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka przyjętej przez ONZ w 1948 r. postanowiono, że *Każdy człowiek ma jako członek społeczeństwa prawo do (...) urzeczywistniania – poprzez wysiłek narodowy i współpracę międzynarodową oraz zgodnie z organizacją i zasobami każdego Państwa – swych praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, niezbędnych dla jego godności i swobodnego rozwoju jego osobowości*. Zaś w art.27 ust.1 Deklaracji postanowiono, że *Każdy człowiek ma prawo do swobodnego uczestniczenia w życiu kulturalnym społeczeństwa, do korzystania ze sztuki, do uczestniczenia w postępie nauki i korzystania z jego dobrodziejstw*. Zgodnie z ust.2 *Każdy człowiek ma prawo do ochrony moralnych i materialnych korzyści wynikających z jakiegokolwiek jego działalności naukowej, literackiej lub artystycznej*.

Dobra kultury narażone są na grabieżę lub zniszczenia w czasie konfliktów zbrojnych. Takie właśnie zdarzenia miały miejsce w czasie działań drugiej wojny światowej, zdarzają się również dzisiaj, jak chociażby niszczenie innych zabytków niż islamskie przez tzw. Państwo Islamskie. Bezpowrotnie zniszczono wiele zabytków kultury babilońskiej i chrześcijańskiej. Stąd w tym celu już w 1954 r. wydano Konwencję o Ochronie Dóbr Kultury w razie Konflikty Zbrojnego. Celem Konwencji jest nie tylko ochrona tych dóbr w czasie działań zbrojnych, ale również udostępnianie ich miejscowej ludności w czasie pokoju na terenach okupowanych³.

W art. 15 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. zaapelowano do władz państwowych, aby te umożliwiły swoim obywatelom jak najszerszy udział w życiu kulturalnym. Z kolei w art.22 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 2000 r. wprowadzono zapis o zachowaniu różnorodności kulturowej, religijnej i językowej. Postanowiono, że *Unia szanuje różnorodność kulturową, religijną i językową*.

³ Zob. W. Pływaczewski, *Rodowód prawnomiędzynarodowych gwarancji w dziedzinie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego – refleksje na tle grabieży Muzeum Archeologicznego w Bagdadzie*, [w:] *Człowiek a tożsamość w procesie integracji Europy*, Olsztyn 2004, s. 71–88.

Z prawa człowieka do uczestniczenia w życiu kulturalnym mogą korzystać również dzieci. W art. 31 Konwencji Praw Dziecka z 1989 r. postanowiono, że państwa uznają prawa dziecka do uczestniczenia w zabawach, zajęciach rekreacyjnych oraz do nieskrępowanego uczestniczenia w życiu kulturalnym i artystycznym. Uczestnictwo to musi być wszechstronne, to znaczy nie może być ograniczone tylko do jakichś arbitralnie określonych sfer np. przez władze szkoły, władze administracyjne czy państwowe. Ponadto, na państwie ciąży obowiązek tworzenia równych warunków uczestnictwa wszystkich dzieci w działalności kulturalnej, artystycznej, rekreacyjnej oraz w zakresie wykorzystania czasu wolnego, niezależnie od innych czynników, zwłaszcza od stanu majątkowego rodziców.

Zadanie państwa w zakresie zapewnienia każdemu człowiekowi uczestnictwa w życiu kulturalnym nie jest obowiązkiem lecz wskazaniem do stworzenia odpowiednich warunków ustawowych i finansowych oraz do przestrzegania jednolitości ustanowionych w tym zakresie reguł. Zadanie to może być materializowane przez samo państwo, ale również przez samorządy i podmioty prywatne.

Z prawem do uczestnictwa w życiu kulturalnym powiązana jest instytucjonalna ochrona dóbr kultury. Jest to zadanie nie tylko państwa czy organizacji międzynarodowych, w tym UNESCO czy innych agend ONZ, ale również samorządów i podmiotów prywatnych. Zadania te mogą być realizowane jako zadania własne tych instytucji ze środków publicznych lub też na zasadzie patronatu czy sponsoringu ze środków prywatnych.

Współczesne kwestie związane z realizacją prawa do uczestniczenia w życiu kulturalnym powiązane są przede wszystkim z rosnącymi kosztami uczestnictwa (np. ceny biletów wstępu, koszty podróży), ale też np. niebezpieczeństwem wojny czy zamachów terrorystycznych na terenie krajów muzułmańskich, jak np. Egipt, Syria, Algieria, ale nie tylko, bowiem również w krajach europejskich istnieją takie obszary (np. obecnie Krym, na którym znajdują się liczne zabytki i dzieła sztuki. Konflikt rosyjsko-ukraiński uniemożliwia korzystanie z tych zasobów kulturalnych).

Inną ważną kwestią, ograniczającą dostęp do dóbr kultury, jest dominacja kultury masowej z jednoczesnym brakiem odpowiedniej edukacji co do kultury wyższego rzędu. Z wykazu lektur szkolnych wycofywane są pozycje należące dotychczas do kanonu lektur szkolnych. Tak zwana nowoczesna sztuka nierzadko opiera się wyłącznie na ośmieszaniu dotychczasowej kultury bez budowania nowych perspektyw. To z kolei rodzi apatię i niechęć społeczeństwa do żywego uczestniczenia w życiu kulturalnym i tym samym do korzystania z jednego z ważniejszych praw człowieka.

3. Prawo do edukacji – nauki

Prawo do edukacji należy do praw podstawowych człowieka, a jednocześnie stanowi istotny warunek rozwoju całego społeczeństwa. Gwarantuje ono rozwój dobra jednostki i dobra całego społeczeństwa jednocześnie. Prawo człowieka do nauki jest prawem powszechnym, można powiedzieć globalnym. Urzeczywistnianie tego prawa jest charakterystyczne nie tylko dla współczesności.

Troska o edukację i w konsekwencji o formację intelektualną czy duchową spotykana jest od najdawniejszych czasów. W czasach antycznych powstało wiele podręczników izagogicznych z różnych dziedzin nauki, mających służyć edukacji. Już wówczas istniał system szkolnictwa podstawowego, a w Rzymie, Konstantynopolu czy Bejrucie rodzaj uniwersytetu dla prawników⁴. Do najbardziej znanych starożytnych szkół należały Akademia Platona i szkoła filozoficzna Arystotelesa (lykejon)⁵.

Powszechna edukacja jest też motorem napędowym rozwoju gospodarczego i cywilizacyjnego we współczesnym świecie⁶. Ale można też powiedzieć odwrotnie, że rozwój nauki i techniki przyczynia się znacząco do rozwoju powszechnej edukacji przy wykorzystaniu najnowszych instrumentów przekazu wiedzy, w tym e-learningu. Tempo rozwoju edukacji zależy zatem od rozwoju nauk technicznych, przyrodniczych, biologicznych, a także społecznych i humanistycznych⁷.

W art. 26 ust.1 Deklaracji z 1948 r. postanowiono, że *Każdy człowiek ma prawo do nauki. Nauka jest bezpłatna, przynajmniej na stopniu podstawowym. Nauka podstawowa jest obowiązkowa. Oświata techniczna i zawodowa jest powszechnie dostępna, a studia wyższe są dostępne dla wszystkich na zasadzie równości w zależności od zalet osobistych.* Zaś w ust.2 wskazano na cel nauczania, którym jest pełny rozwój osobowości ludzkiej i ugruntowanie poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności. Edukacja ma krzewić również zrozumienie, tolerancję i przyjaźń między wszystkimi narodami, grupami rasowymi lub religijnymi⁸. Powinna również popierać działal-

⁴ Zob. P. Sadowski, *Profesorowie szkoły w Bejrucie z V w. n.e.* [w:] E. Kozerska, P. Sadowski, A. Szymański (red.), *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, Opole 2010, s. 103 n.

⁵ Zob. W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 1: *Filozofia starożytna i średniowieczna*, Warszawa 1997, s. 102–203 i 104–105.

⁶ M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 213–214.

⁷ Zob. G. Patruno, *The right to knowledge and information in multi-ethnic societies. Economic aspects*, [w:] B. Sitek i inni (red.), *Proceedings of the 8th International Conference on Human Rights: The Rights to Knowledge and Information in a Heterogenic Society*, Cambridge 2009, s. 110–115.

⁸ Szerzej o wychowaniu do tolerancji zob. Z. Kobylińska, *Drogi i bezdroża tolerancji*, [w:] B. Sitek i inni (red.), *Prawo do życia w wielokulturowej Europie*, t. 2, Olsztyn–Bari 2007, s. 448–458.

ność zmierzającą do utrzymania pokoju. Już w Deklaracji odniesiono się do kwestii treści i kształtu prawa do edukacji twierdząc, że prawo to mają rodzice.

W art. 13 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych gwarantuje się nie tylko prawo do nauki, ale również poszanowanie w tym zakresie praw rodziców oraz wolność osób i instytucji w zakresie tworzenia i prowadzenia placówek oświatowych. Podobne gwarancje znalazły się w art. 29 Konwencji Praw Dziecka. Oba dokumenty uznają obowiązkowość nauczania podstawowego oraz powszechną nieodpłatną dostępność. Ponadto, w myśl Konwencji Praw Dziecka, państwo winno zapewnić wszystkim dzieciom i w konsekwencji ich rodzicom dostęp do informacji o systemie szkolnictwa, a także dostęp do poradnictwa szkolnego i zawodowego. Tylko wtedy można mówić o pełnym rozwoju osobowości człowieka⁹.

W art.14 ust.1 Karty Praw Podstawowych UE z 2000 r. postanowiono, że *Każdy ma prawo do nauki i dostępu do kształcenia zawodowego i ustawicznego*. Ust.2: *Prawo to obejmuje możliwość korzystania z bezpłatnej nauki obowiązkowej*. W ust.3 uregulowano wolność tworzenia placówek edukacyjnych. Postanowiono, że *Wolność tworzenia placówek edukacyjnych z właściwym poszanowaniem zasad demokratycznych i prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem religijnymi, filozoficznymi i pedagogicznymi są szanowane, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tej wolności i tego prawa*.

W art.70 Konstytucji RP (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483) ustawodawca polski zagwarantował prawo każdego do nauki, niezależnie od posiadanego obywatelstwa polskiego (ust. 1). Podstawowymi zasadami systemu oświatowego są:

- nieodpłatność usług edukacyjnych w szkołach publicznych, ale ustawa może wprowadzić wyjątki (ust. 2), *a contrario* w szkołach niepublicznych można świadczyć usługi edukacyjne odpłatnie,
- istnienie systemu szkół publicznych i niepublicznych – swoboda świadczenia usług edukacyjnych,
- obowiązek edukacji do 18 roku życia,
- wolność wyboru szkoły dla dzieci przez rodziców,
- powszechny i równy dostęp do edukacji publicznej,
- autonomia szkół wyższych.

Edukacja stanowi też o jakości życia każdej jednostki. Stąd też system szkolnictwa w Polsce coraz bardziej zaczyna odpowiadać obecnie standardom europejskim i ogólnoświatowym¹⁰. Konieczne jednak wydaje się wskazanie na prawne współczesne zagrożenia dla procesu urzeczywistniania prawa do

⁹ T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 379–381.

¹⁰ Zob. M. Zendrowska, *Edukacja i komunikacja międzykulturowa a jakość życia w wielokulturowej Europie*, [w:] B. Sitek i inni (red.), *Prawo do życia...*, s. 645–652.

nauki czy edukacji nie tylko w Polsce, ale również w wymiarze globalnym. Nowa ekonomia, oparta głównie na filozofii zysku, coraz silniej wpływa na tworzenie nowych treści edukacyjnych o charakterze ideologicznym wdrażanych do programów szkolnych już w przedszkolach. Do tego nierzadko wykorzystuje się reklamę. W wielu krajach ograniczane jest prawo rodziców do decydowania o treściach nauczania w programach szkolnych.

Celem tych działań jest zwiększenie konsumpcji zwłaszcza w obszarach dotychczas społecznie nieakceptowanych, jak np. wolne czy partnerskie związki, wolna miłość, sztuczna prokreacja, legalizacja prostytucji czy handlu narkotykami. W tej właśnie optyce należy widzieć też systemową krytykę tradycyjnej koncepcji rodziny czy chrześcijaństwa, zwłaszcza głoszonej przez Kościół katolicki. Prawo do edukacji stopniowo jest zawłaszczane przez urzędników ministerialnych i media za którymi stoją potężne i wpływowe koncerny.

Kolejną kwestią urzeczywistnienia prawa do nauki jest renoma szkoły/uczelni, którą kończy dziecko. Tylko ukończenie najlepszych szkół/uczelni daje szansę dziecku na zrobienie kariery. Tym samym utrwała się podział na bogatych i biednych, bowiem tylko tych ostatnich jest stać na najlepsze szkoły. Tendencja ta jest sprzeczna z inną podstawową zasadą praw człowieka, czyli równością wszystkich i równym dostępem do nauki. W końcu ostatnim problemem jest edukacja nastawiona wyłącznie na robienie kariery, bez uczenia dzieci akceptacji swojej życiowej drogi. Nie wszyscy mogą być profesorami, ministrami dziennikarzami czy aktorami¹¹.

4. Prawo do swobodnych badań naukowych

Prawo do swobody badań naukowych jest emanacją prawa do nauki. Wymaga jednak odrębnej analizy ze względu na całkowicie odrębny zakres podmiotowy i przedmiotowy treści, które te prawa zawierają. Podmiotem prawa do swobodnych badań naukowych są zasadniczo szeroko rozumiani naukowcy, ale także uczelnie i instytuty badawcze. Urzeczywistnianie prawa człowieka do swobody badań ogranicza się zatem do tych, którzy posiadają odpowiedni potencjał intelektualny, przy czym naukowcem może zostać również ten, kto doszedł do wiedzy i prowadzi badania poprzez samoedukację. Prawo do swobody badań obejmuje również prawo do swobodnego dostępu do wyników badań. W przeciwnym razie trudno byłoby sobie wyobrazić postęp technicznych i gospodarczy.

¹¹ Więcej o prawnomiędzynarodowych uregulowaniach prawa człowieka do nauki zob. R. Sowiński, *Potrzeba nauki i prawo do nauki w kontekście praw człowieka i obywatela*, [w:] *Człowiek a tożsamość w procesie integracji Europy*, Olsztyn 2004, s. 133–156.

Rozwój badań naukowych jest konieczny ze względu na globalną ekonomię i technikę. Unia Europejska w 1993 r. wydała Białą Księgę dotyczącą budowy społeczności opartej na wiedzy i informatyzacji w Europie. Jej założenia zostały przyjęte i pogłębione w traktacie lizbońskim z 2000 r. To właśnie od takiej społeczności uzależniony jest trwały rozwój¹². Współczesną cywilizację nie bez przyczyny określa się mianem społeczeństwa informacyjnego¹³.

Prawo człowieka i społeczności do swobodnych badań naukowych zostało sformułowane w art.15 ust. 3 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., gdzie stwierdzono, że *Państwa Strony niniejszego Paktu zobowiązują się do poszanowania swobody koniecznej do prowadzenia badań naukowych i działalności twórczej*. Z kolei art. 13 Karty Praw Podstawowych UE z 2000 r. zawiera uznanie wolności badań naukowych, analogicznie do wolności ekspresji artystycznej. Konsekwencją tej wolności jest wolność akademicka rozumiana jako niezależność organizacyjna i decyzyjna od czynników państwowych. Państwo winno dbać o prawidłowy rozwój naukowy i technologiczny poprzez odpowiedni system prawny i finansowy. W art. 73 Konstytucji RP ustawodawca zagwarantował wolność badań naukowych.

Swobodny dostęp do wyników badań naukowych został zagwarantowany również w art.15 ust.1 pkt. a) Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., w którym Państwa Strony Paktu zostały zobowiązane do zapewnienia odpowiednich środków, aby każdy mógł skorzystać z osiągnięć postępu naukowego i jego zastosowań. Ust. 4 tego artykułu popiera współpracę i upowszechnianie nauki i kultury na arenie międzynarodowej.

Współczesne problemy związane z urzeczywistnianiem prawa każdego człowieka i prawa wspólnoty do swobodnych badań naukowych oraz dostępu do wyników tych badań, a także ich stosowania są dość liczne. Pierwszym i najważniejszym problemem jest komercjalizacja badań naukowych, co z kolei zamyka dostęp do osiągnięć naukowych dla osób mniej zamożnych, których nie stać na kupienie wyników i tym samym prowadzenie dalszych badań. Są to dość istotne kwestie zwłaszcza dla ludzi wchodzących do świata nauki oraz naukowców z krajów biedniejszych. Inną kwestią jest zamawianie konkretnych badań. Samo zjawisko jako takie jest czymś pozytywnym, ze względu na potrzebę dofinansowania badań naukowych również przez biznes.

¹² Zob. M. Królikowska-Olczak, *The information society and the economy based upon knowledge in the light of Lisbon Strategy*, [w:] B. Sitek i inni (red.), *Proceedings of the 8th International Conference on Human Rights: The Rights to Knowledge and Information in a Heterogenic Society*, Cambridge 2009, s. 291–298.

¹³ Zob. J. Olszewski, *Ewolucja Gospodarki w kierunku społeczeństwa informacyjnego*, „*Studia Oeconomica Posnaniensia*” 2013, Vol. 1, No. 6 (255), s. 69–87.

Komercjalizacja badań może prowadzić do rozwoju tylko niektórych obszarów nauki, zwłaszcza nauk technicznych, z pominięciem innych, w tym humanistycznych. Emanacją tego może być kupowanie wyników badań dla potrzeb marketingowych, które nie odpowiadają rzeczywistości. Ostatnio dość licznie ujawniane są przypadki fałszowania badań naukowych właśnie ze względów marketingowych. Wielu naukowców daje się po prostu kupić wielkiemu biznesowi. Jest to forma politycznego lub ekonomicznego ograniczenia wolności, choć może odnosić się również do niezgodnych politycznie obszarów badawczych.

5. Prawo do korzystania z osiągnięć rozwoju cywilizacyjnego

Prawo człowieka do korzystania z osiągnięć rozwoju cywilizacyjnego urzeczywistnia się poprzez dostęp do osiągnięć cywilizacyjnych, takich jak: edukacja, życie kulturalne, zdobycze technologiczne w obszarze komunikowania się, ochrona zdrowia, środowiska naturalnego, zabezpieczenia socjalne i społeczne, uczestnictwo w życiu publicznym, dostęp do urzędów publicznych czy dostęp do informacji medialnej i naukowej¹⁴. Jest to prawo jednostki, jednak o charakterze kolektywnym. Prawo jednostki jest realizowane w powiązaniu z innymi prawami człowieka, jak prawo do zdrowia, informacji itp. Korzystanie z tego prawa powinno odbywać się na zasadach równości.

Prawo człowieka do korzystania z osiągnięć rozwoju cywilizacyjnego jest powiązane z prawem do trwałego rozwoju zarówno jednostki, jak i grup społecznych. Prawo do rozwoju to nie brak ubóstwa, lecz gwarancja zrównoważonego dostępu do zasobów wody, bogactw naturalnych, służby zdrowia, edukacji, dóbr kultury, a więc tych obszarów, które gwarantują rozwój jednostki i całych społeczeństw. Prawo to jest odpowiedzią na istniejący dotychczas pokolonialny układ ekonomiczny i wpływy polityczne, które w znacznym stopniu ograniczają rozwój państw i społeczeństw o niższym rozwoju gospodarczym. Poprzez system pomocy materialnej, a także politycznej czy militarnej ten podział dalej jest ugruntowywany, jak np. na Bliskim Wschodzie. Prawo do rozwoju jest stosunkowo nowym prawem, zostało bowiem po raz pierwszy sformułowane w 1986 r. w ONZ-towskiej Deklaracji Prawa do Rozwoju. Jest to nienaruszalne prawo każdego człowieka i każdej wspólnoty do uczestniczenia poprzez przyczynianie się i korzystanie z rozwoju gospodarczego, społecznego, kulturalnego i politycznego. Dzięki prawu do rozwoju są realizowane wszystkie podstawowe prawa człowieka.

Prawo człowieka do korzystania z osiągnięć rozwoju cywilizacyjnego może być zagrożone głównie poprzez nierówność dostępu do tych osiągnięć.

¹⁴ Zob. P. Krajewski, *Scientific Information and Communication as a Human Right Environmental Safety*, [w:] *Communication as a Measure of Protection and Limitation of Human Rights. Information in Relation to Human Rights*, Bratislava 2013, s. 549–554.

To zróżnicowanie dostępu może mieć charakter regionalny, np. pomiędzy wsią a miastem, czy też globalny w skali makro, kiedy mówi się o istniejącym zróżnicowaniu pomiędzy kontynentami, np. Europa i Afryka, lub też w skali mikro, np. istniejące na kontynencie europejskim różnice w rozwoju gospodarczym, a tym samym i w dostępie do osiągnięć rozwoju cywilizacyjnego pomiędzy Niemcami a Albanią. Zróżnicowanie dostępu może istnieć również w ramach metropolii czy wielkich miast, gdzie istnieją bardzo bogate dzielnice obok bardzo biednych, zarówno w Europie, USA jak i w Indiach, gdzie ten problem jest najbardziej widoczny, np. w Kalkucie, gdzie swoje dzieło pomocy innym prowadziła bł. Teresa z Kalkuty.

Prawo człowieka do korzystania z osiągnięć rozwoju cywilizacyjnego nie zostało wyraźnie sformułowane w przepisach prawa międzynarodowego. W art. 6 ust.1 Konstytucji RP tylko częściowo zostało wyrażone to prawo poprzez następujące sformułowanie: *Rzeczpospolita Polska stwarza warunki upowszechniania i równego dostępu do dóbr kultury, będącej źródłem tożsamości narodu polskiego, jego trwania i rozwoju*. Zatem ustawodawca polski gwarantuje tylko dostęp do dóbr kultury z pominięciem innych obszarów zdobyczy cywilizacyjnych. Jest to prawo, które wynika z dyskusji naukowej i często powraca się do niego w doktrynie.

Współczesne urzeczywistnianie prawa człowieka do korzystania z osiągnięć cywilizacyjnych, chociaż jest ogromnym dobrodziejstwem, to jednak niesie ze sobą liczne zagrożenia. Sama możliwość korzystania z elektronicznych przekazników informacji może dyskryminować biedniejszych. Opanowanie rynku produkcji urządzeń służących do komunikowania się przez jedną lub kilka firm może skutecznie utrudnić dostęp do zdobyczy cywilizacyjnych osobom biedniejszym. W konsekwencji może to pogłębiać istniejące już podziały i prowadzić do niepokojów społecznych.

6. Prawo do wolności sztuki

Prawo do wolności sztuki jest prawem jednostki do wyrażania swoich przeżyć, wyobrażeń i ocen przy pomocy różnych form ekspresji, a więc malarstwa, rzeźbiarstwa czy architektury. Prawo do wolności twórczej dotyczy nie tylko twórców, ale również instytucji działających w obszarze szeroko rozumianej kultury, zwłaszcza tych, które wspierają, przechowują czy wystawiają dzieła sztuki, np. muzea i galerie. Prawo do wolności sztuki może być ograniczone ze względu na poszanowanie poglądów innych osób czy grup społecznych. Sztuka bowiem może prowadzić do dyskryminacji, a nawet być przyczyną niepokojów społecznych. Stąd też prawo do wolności sztuki winno być realizowane w synergii z innymi prawami człowieka, a zwłaszcza z prawem do wolności sumienia, wyrażania poglądów i myśli. Kwestią dyskusyjną jest czy sztuka może naruszać dobre imię innych, ośmieszać i dyskredytować.

Człowiek od najdawniejszych czasów malował, rzeźbił czy budował. Do dzisiaj zachowały się liczne pozostałości myśli artystycznej ludów prehistorycznych, antycznych, doby średniowiecznej, nowożytnej czy współczesnej. Wolność twórczości w przeszłości była ograniczana poprzez cenzurę. W XX wieku cenzura kreowała główne nurty twórczości. Dość skutecznym instrumentem tej formy cenzury było finansowanie tylko tych twórców, którzy odpowiadali założeniom ideologicznym faszyzmu czy komunizmu. Inne formy twórczości artystycznej najczęściej powstawały w podziemiu.

Z powodu ograniczeń wolności twórczej po II wojnie światowej stopniowo wprowadzano w aktach praw międzynarodowych ochronę materialnych i niematerialnych praw artystów, a w dalszej kolejności prawa do wolności ekspresji swoich przekonań i wyobrażeń rzeczywistości. Stąd w art. 27 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. zagwarantowano każdemu człowiekowi prawo do ochrony moralnych i materialnych korzyści wynikających z tworzenia literackiej i naukowej. Z kolei w art. 15 ust. 1 pkt c) Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych zagwarantowano już nie tylko prawo do ochrony dóbr, ale prawo do ochrony samej twórczości literackiej i artystycznej. Najszerszą ochroną twórczości artystycznej zawiera art. 13 Karty Praw Podstawowych UE z 2000 r., gdzie postanowiono, że *sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń*.

W art. 73 Konstytucji RP ustawodawca polski zagwarantował wolność twórczości artystycznej. Wolność ta obejmuje nie tylko prawo do ekspresji swoich wyobrażeń i przekonań, ale również prawo do korzystania z dóbr kultury. Oznacza to, że dobra kultury i wytwory myśli naukowej są dostępne dla wszystkich z zachowaniem jednak praw autorskich oraz patentowych.

Współcześnie wolność twórczości może być ograniczana przez ukryte formy cenzury, zwłaszcza prewencyjnej, kreowanej przez dominujące nurty polityczne, filozoficzne, moralne czy religijne. Decydującą rolę w obszarze działań kryptocenzury odgrywają media, za którymi stoją wielkie międzynarodowe koncerny medialne. Cenzura prewencyjna ma wpływ nie tyle na samą twórczość, co na jej ekspozycję czy inscenizację. Dodatkowym instrumentem takiej formy cenzury jest finansowanie twórców i wystawców tylko tych dzieł sztuki, które zgodne są z dominującą ideologią (poprawności polityczną).

Zwalczanie sztuki niezgodnej z obowiązującą ideologią prowadzi do różnego rodzaju protestów społecznych, m.in. młodzieży wszechpolskiej, protestów środowisk kościelnych czy niektórych mniejszościowych grup polityków. Takie postępowanie może też prowadzić do niezgodnych z prawem, zwłaszcza z konstytucją, działań organów państwa, np. poprzez nierówne traktowanie twórców czy instytucji działających w obszarze kultury.

Szczególnym rodzajem ograniczenia prawa do wolności sztuki i nauki jest handel dziełami sztuki. Autorzy dzieł sztuki pozbawiani są korzyści majątkowych, a tym samym i podstaw materialnych do dalszego rozwoju

i tworzenia nowych dzieł sztuki. Nielegalny obrót dziełami sztuki jest coraz większy. Brakuje zorganizowanego systemu do zwalczania tej formy przestępczości. Istnieją różnorodne formy zniekształcania rynku dziełami sztuki, takie jak: kradzieże, fałszerstwa dzieł sztuki, przemyt dzieł sztuki, pranie pieniędzy, grabieże stanowisk archeologicznych, korupcja¹⁵.

7. Podsumowanie

Prawa kulturalne mają ogromne znaczenie w rozwoju duchowym jednostki i całego społeczeństwa. Kształtują one świadomość jednostkową i grupową zarazem. Ich realizacja ma zdecydowany wpływ na przyszłość narodów i kontynentów. Niniejsze opracowanie pokazało istnienie dość dobrych podstaw prawnych, również na arenie międzynarodowej, gwarantujących możliwość realizacji poszczególnych praw kulturalnych. Nie można jednak nie zauważyć zagrożeń mogących skutecznie uniemożliwić ten proces lub znacząco go zniekształcić. Na pierwszym miejscu należy wskazać daleko idącą ekonomizację życia, a tym samym programów nauczania, badań naukowych, a nawet sztuki. Do niedawna tętniące życiem zabytki typowe dla europejskiej kultury, kościoły, zamki, pałace, przegrywają z eventami kultury masowej. Naturalnie, należy godzić się z zachodzącymi zmianami. Wobec nich rodzi się jednak pytanie o skutki owych zmian, czy płynna nowoczesność nie doprowadzi do stopniowej dehumanizacji życia jednostki, a w konsekwencji i całych społeczeństw?

Nie można również zapominać o tym, że prawa kulturalne mają ogromny wpływ na poszanowanie kolejnych praw człowieka, zwłaszcza tych fundamentalnych, mających swoje źródło w godności człowieka. Edukacja, poznanie wytworów człowieka, wolność sztuki gwarantuje poszanowanie praw drugiej osoby. Media prawie codziennie donoszą właśnie o łamaniu kolejnych praw jednostki. W połowie marca 2014 r. w mediach ukazała się informacja z Indii o piętnastokrotnym zgwałceniu dziewczyny za karę, wymierzoną przez lokalną społeczność za to, że przebywała w domu z żonatym mężczyzną¹⁶. Do dziś nie wiadomo, w jakim celu tam przebywała, a przecież mogła przyjść tam po prostu tylko porozmawiać. Takie zdarzenie pokazuje daleko idące niezrozumienie godności człowieka, wpływających stąd prawa człowieka, również tych kulturalnych.

¹⁵ Zob. W. Pływaczewski, *Handel dziełami sztuki z perspektywy przestępczości zorganizowanej*, [w:] G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj (red.), *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, Olsztyn–Bari 2008, s. 724–735.

¹⁶ Zgwałcona za karę, <http://wiadomosci.onet.pl/prasa/zgwalcona-za-kare/g2eyp> [dostęp: 2014-03-16].

CONTEMPORARY DILEMMAS OF CULTURAL RIGHTS

Key words: human rights, cultural rights, liquid modernity, the destabilization of the concept of human rights, human rights protection.

Summary

Human rights have become the contemporary canon of basic ethical standards. Their conceptualization meets with far-reaching changes mainly because of dynamics of global reality, called by Bauman as liquid modernity. One of the most important groups of rights focuses on cultural rights which contribute to the development of the individual and society at the same time. The right to education, the right of access to civilization achievements or cultural goods becomes today a fundamental right due to the emerging cross-cultural boundaries, and also scorning existing cultural heritage for the benefit of promoting mass culture elements. In this work the legal basis for cultural rights and also contemporary dilemmas related to their understanding and application are presented.

Marta Szuniewicz

Instytut Bezpieczeństwa Narodowego

Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich

Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni

Deportacja cudzoziemców w świetle zobowiązań z artykułu 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹

Słowa kluczowe: cudzoziemiec, wydalenie, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, imigracja, życie rodzinne

Uwagi wstępne

Punkt wyjścia dla rozważań przedstawionych w niniejszym opracowaniu stanowi kwestia suwerenności państw, której imperatywem od zawsze była niczym nieskrępowana swoboda w zakresie decydowania w przedmiocie wjazdu, pobytu i deportacji z jego terytorium cudzoziemców. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo międzynarodowych organów sądowych konsekwentnie stoją na stanowisku, że wyłączna kompetencja państw w zakresie decydowania o deportacji osób nieposiadających jego obywatelstwa wynika z zasady suwerenności państw oraz zwierzchnictwa terytorialnego². Jednak już z końcem XIX w. skonkretyzowano pierwsze ograniczenia w zakresie deportacji cudzoziemców³. W ramach Rady Europy na gruncie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (EKPC)⁴ wypracowano reżim warunków (obowiązków nałożonych na władze państwowe i gwarancji przyznanych cudzoziemcom), jakimi obostrzono wykonywanie prawa do deportacji cudzoziemców. Celem niniejszego artykułu jest rekon-

¹ W niniejszym artykule szeroko wykorzystano materiał badawczy i ustalenia poczynione w: M. Szuniewicz, *Łączenie rodzin cudzoziemców. Studium prawnomiędzynarodowe*, Gdynia 2014, s. 62 i n. (w druku).

² Por. np. J. Symonides, *Terytorium państwowe w świetle zasady efektywności*, Toruń 1971, s. 56 i 75; B. Wierzbicki, *Ekstradycja, azyl, wydalenie*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 4, s. 94 i n.; M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge 1986, s. 342 i n.

³ J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 371–372.

⁴ *Konwencja o prawach człowieka i podstawowych wolności* (Rzym, 4.11.1950 r.); tekst polski: Dz.U. z 1993 r., Nr 63, poz. 284; znana jako Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC).

strukcja i analiza wymogów ustanowionych w tym zakresie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (ETPC) w kontekście zobowiązań państwa do poszanowania życia rodzinnego jednostek znajdujących się w ramach jego jurysdykcji (art. 8 EKPC).

Europejska Konwencja Praw Człowieka a wydalanie cudzoziemców

Rozstrzyganie spraw dotyczących deportacji cudzoziemców ETPC tradycyjnie rozpoczyna od stwierdzenia, że „do Umawiających się Stron należy utrzymanie porządku publicznego, w szczególności poprzez wykonywanie ich prawa, zgodnie z ustalonym prawem międzynarodowym i z zastrzeżeniem ich zobowiązań traktatowych do kontrolowania wjazdu i pobytu cudzoziemców, a zwłaszcza do zarządzania wydalania cudzoziemców skazanych za przestępstwo karne”⁵. Tym samym ETPC podkreśla, że akty władcze wobec cudzoziemców muszą być zgodne z obowiązującym prawem międzynarodowym, z momentem bowiem wpuszczenia cudzoziemca na własne terytorium po stronie państwa Rady Europy rodzi się obowiązek zapewnienia takiej osobie ochrony prawnej i praw przewidzianych w EKPC⁶.

Normy prawa międzynarodowego nie chronią cudzoziemców przed deportacją w ogóle, ponieważ stanowiłoby to wkroczenie w sferę suwerennych uprawnień państwa i ogólnych zasad prawa międzynarodowego. W prawie międzynarodowym praw człowieka ustanowiono jednak swoistą „siatkę bezpieczeństwa” w odniesieniu do deportacji cudzoziemców, mającą zapewnić ich zgodność z zasadą legalizmu i praworządności. Zawiera ona m.in. zakaz deportacji cudzoziemca do kraju przeprowadzającego pozasądowe wyroki

⁵ Zob. wyrok w sprawie *El Boujaidi przeciwko Francji* z 26.9.1997 r., nr skargi 25613/94, § 39; wyrok w sprawie *Boultif przeciwko Szwajcarii* z 2.8.2001 r., nr skargi 54273/00, § 46; wyrok w sprawie *Dalia przeciwko Francji* z 19.2.1998 r., nr skargi 26102/95, § 52; wyrok w sprawie *C. przeciwko Belgii* z 7.8.1996 r., nr skargi 21794/93, § 31; wyrok w sprawie *Radovanovic przeciwko Austrii* z 22.4.2004 r., nr skargi 42703/98, § 31; wyrok w sprawie *Mehemi przeciwko Francji* z 26.9.1997 r., nr skargi 25017/94, § 34; wyrok w sprawie *Jakupovic przeciwko Austrii* z 6.2.2003 r., nr skargi 36757/97, § 25; wyrok w sprawie *Boughanemi przeciwko Francji* z 24.4.1996 r., nr skargi 22070/93, § 41; wyrok w sprawie *Nasri przeciwko Francji* z 13.7.1995 r., nr skargi 19465/92, § 41; wyrok w sprawie *Bouchelkia przeciwko Francji* z 29.1.1997 r., nr skargi 23078/93, § 48; wyrok w sprawie *Boujlifa przeciwko Francji* z 21.10.1997 r., nr skargi 25404/94, §42; wyrok w sprawie *Amrollahi przeciwko Danii* z 11.7.2002 r., nr skargi 5681/00, §33; wyrok w sprawie *Yildiz przeciwko Austrii* z 31.10.2002 r., nr skargi 37295/97, § 41; decyzja w sprawie *Charles Ndangoya przeciwko Szwecji* z 22.6.2004 r., nr skargi 17868/03; wyrok Wysokiej Izby w sprawie *Üner przeciwko Holandii* z 18.10.2006 r., nr skargi 46410/99, § 54.

⁶ B. Gronowska, *Wydalanie cudzoziemców – wybrane problemy międzynarodowych standardów praw człowieka oraz prawa polskiego*, [w:] *O prawach człowieka w podwójną rocznicę Paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, (red.) C. Mik i T. Jasudowicz, Toruń 1996, s. 195.

śmierci lub stosującego tortury, zakaz zbiorowej deportacji cudzoziemców⁷, zgodność z prawem wewnętrznym decyzji deportacyjnych oraz inne warunki ograniczające arbitralność podejmowanych decyzji⁸, zachowanie proporcjonalności środka władczego do działania lub zaniechania, jakiego dopuścił się cudzoziemiec, zakaz naruszania innych chronionych międzynarodowo praw i wolności jednostki oraz konieczność przyznania cudzoziemcowi odpowiedniego środka zaskarżenia decyzji deportacyjnej⁹. W konsekwencji, cudzoziemiec legalnieprzebywający na terytorium danego państwa podlega ochronie, a tym samym decyzja nakazująca jego deportację musi znajdować oparcie w materialnych i proceduralnych normach prawa wewnętrznego¹⁰. Tym samym prawo międzynarodowe chroni cudzoziemców jedynie przed bezprawną deportacją, a więc „nie ingeruje w substancję uprawnienia państwa, ale wprowadza gwarancje i ograniczenia obowiązujące przy podejmowaniu i wykonywaniu decyzji o wydaleniu cudzoziemców”¹¹.

Z formalnego punktu widzenia EKPC nie gwarantuje cudzoziemcowi prawa do wjazdu i pobytu na terytorium Państwa–Strony ani prawo do ochrony przed deportacją¹², co zgodnie potwierdzają przedstawiciele doktryny¹³. Tym bardziej postanowienia EKPC nie kreują obowiązku państwa do respektowania wyboru miejsca zamieszkania przez cudzoziemca i jego członków rodziny¹⁴. W gestii władz poszczególnych państw spoczywa prawo do decydowania w kwestii kontroli imigracyjnej, tj. wjazdu, pobytu i wyjazdu cudzoziemców z jego terytorium¹⁵. Z drugiej jednak strony, prawa gwarantowane w EKPC nie są ograniczone do obywateli Państw–Stron konwencji, ale

⁷ Zakaz zbiorowej deportacji cudzoziemców z art. 4 Protokołu Dodatkowego nr 4 do EKPC (1963).

⁸ Por. art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 7 do EKPC (1984).

⁹ J. Białocerkiewicz, *Status...*, s. 374–375.

¹⁰ Por. wyrok w sprawie *Moustaquim przeciwko Belgii* z 18.2.1991 r., nr skargi 12313/96, § 38; *Nasri przeciwko Francji*, § 36; *C. przeciwko Belgii*, § 27.

¹¹ J. Białocerkiewicz, *Status...*, s. 372.

¹² Por. wyrok w sprawie *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie* z 16.6.2005 r., nr skargi 60654/00, § 99-100; wyrok w sprawie *Lupsa v. Rumunii* z 8.6.2006 r., nr skargi 10337/04, § 25; wyrok w sprawie *Shevanova przeciwko Łotwie* z 15.6.2006 r., nr skargi 58822/00, § 64; *El Boujaïdi przeciwko Francji*, § 39; *Moustaquim przeciwko Belgii*, § 36; *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 39; *Jakupovic przeciwko Austrii*, § 24; *Radovanovic przeciwko Austrii*, § 30.

¹³ Zob. L. J. Clements, N. Mole, *European Human Rights: Taking a Case under the Convention*, London 1999, s. 131; G. Cvetic, *Immigration Cases in Strasbourg: the Right to Family Life under Article 8 of the European Convention*, ICLQ 1987, vol. 36, s. 647; S. Frontman-Cain, *Boultif v. Switzerland: The ECHR Fails to Provide Precise Criteria for Resolving Article 8 Deportation Cases*, „Layola of Los Angeles International and Comparative Law Review” 2003, vol. 25, afl. 2, s. 328.

¹⁴ Por. np. wyrok w sprawie *Al-Nashif przeciwko Bułgarii* z 20.6.2002 r., nr skargi 50963/99, § 114 oraz wyrok w sprawie *Keles przeciwko Niemcom* z 27.10.2005 r., nr skargi 32231/02, § 54.

¹⁵ Zob. wyrok w sprawie *Liu i Liu przeciwko Rosji* z 6.12.2007 r., nr skargi 42086/05, §49; *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 39; *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie*, §99; *El Boujaïdi przeciwko Francji*, §39; *Shevanova przeciwko Łotwie*, § 64.

muszą być – w myśl jej art. 1 – zapewnione wszystkim osobom znajdującym się w ramach jurysdykcji tych państw¹⁶. Tym samym, jakkolwiek ETPC nie kwestionuje wyłączności państw w zakresie regulacji kwestii deportacji cudzoziemców, to jednak zastrzega, że polityka imigracyjna tych państw musi być zgodna z zobowiązaniami wynikającymi z EKPC¹⁷ i w tym zakresie dokonuje kontroli decyzji deportacyjnej.

W konsekwencji, Trybunał w Strasburgu – choć podkreśla niekwestionowaną prerogatywę państw w zakresie regulacji kwestii związanych z deportacją cudzoziemców z ich terytorium – to jednocześnie zastrzega, że sposób, w jaki państwa wykonują powyższe uprawnienia, może w niektórych przypadkach rodzić odpowiedzialność w świetle postanowień EKPC¹⁸. Jako pierwszy wyjątek w omawianej materii został sformułowany zakaz deportacji i ekstradycji cudzoziemców do państwa, gdzie groziłyby im tortury lub niehumanitarne traktowanie¹⁹ albo kara śmierci²⁰. Jako drugą kategorię zwykło wymieniać się przypadki, w których deportacja cudzoziemca z terytorium państwa, w których żyją członkowie jego rodziny, stanowiłaby ingerencję w prawo do poszanowania życia rodzinnego (a czasami życia prywatnego)²¹, gwarantowane w art. 8 EKPC.

W rezultacie zidentyfikowane w orzecznictwie strasburskim obowiązki państw w zakresie ochrony życia rodzinnego osób znajdujących się w ramach ich jurysdykcji odgrywają główną rolę w zakresie ochrony cudzoziemców

¹⁶ Por. uwagi przedstawione w: A. Sherlock, *Deportation of aliens and article 8 ECHR*, „Human Rights Survey” 1998, „European Law Review” 1998, vol. 23, no. 1, s. 62. Ponadto, w związku z przenikającymi prawem międzynarodowe standardami w zakresie ochrony praw człowieka, wydalenie cudzoziemca musi być rozpatrywane w szerokim kontekście praw i wolności każdej osoby ludzkiej i nie może prowadzić do naruszenia międzynarodowo chronionych praw i wolności; por. A. Drzemczewski, *The Position of Aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 1985, s. 7 i n.

¹⁷ Zob. R. van Dijk, C. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, Hague 1998, s. 507.

¹⁸ M. A. Nowicki, *Ochrona praw cudzoziemców w orzecznictwie organów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 1998, nr 9–10, s. 109.

¹⁹ Zob. wyrok w sprawie *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 15.11.1996 r., nr skargi 22414/93, § 76 i n.; por. też wyrok w sprawie *Vilvarajah i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 30.10.1991 r., nr skargi 13163/87 i in., § 102; wyrok w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.7.1989 r., nr skargi 14038/88, § 90-91.

²⁰ Zob. wyrok w sprawie *Saadi przeciwko Włochom* z 28.2.2008 r., nr skargi 37201/06, § 124 i n. oraz wyrok w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2.3.2010 r., nr skargi 61498/08, § 120.

²¹ Zobowiązania z zakresu ochrony życia prywatnego z art. 8 EKPC w kontekście deportacji cudzoziemców nie zostaną omówione w niniejszym opracowaniu. Szerzej nt. zob. A. Szklanna, *Ochrona praw cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 253–257; K. Gałka, *Ochrona życia rodzinnego i prywatnego imigrantów w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (wybrane zagadnienia)*, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, (red.) M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgoska, Toruń 2011, s. 275–278.

przed deportacją²². Tym niemniej na gruncie EKPC dopuszczalna jest ingerencja w prawo do poszanowania życia rodzinnego, o ile spełni warunki przewidziane w jej art. 8 ust. 2 (klauzula limitacyjna). W omawianych przypadkach akt władz imigracyjnych danego państwa, ingerujący w prawo do poszanowania życia rodzinnego, przybiera postać decyzji deportacyjnej²³. W myśl klauzuli limitacyjnej z art. 8 ust. 2 EKPC, ingerencja w prawo do poszanowania życia rodzinnego musi być: przewidziana przez prawo, podjęta w „prawowitym celu” i „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” dla osiągnięcia powyższego celu. W rezultacie, decyzja deportacyjna powinna mieć odpowiednią podstawę prawną (test legalności), być dokonana w imię ochrony jednego z celów prawowitych oraz być „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” w rozumieniu proporcjonalności podjętego środka władczego potrzebnego do ochrony wskazanego celu prawowitego (test konieczności ściśle połączony z testem proporcjonalności). W konsekwencji, jeśli deportacja cudzoziemca jest zgodna z treścią art. 8 ust. 2 EKPC, tj. z ustalonymi w niej warunkami klauzuli limitacyjnej, nie stanowi ona naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego cudzoziemca przez władze danego państwa²⁴ i nie stanowi naruszenia Konwencji.

Zakres chronionego „życia rodzinnego” w sprawach deportacyjnych

W każdym przypadku rozpatrywania kwestii deportacji cudzoziemca z kraju, w którym przebywają członkowie jego rodziny, należy rozważyć wszystkie istotne okoliczności i poczynić szereg ustaleń. Na początku należy zbadać, czy w rozpatrywanym przypadku istnieje przedmiot konwencyjnej ochrony, czyli ocenić, czy relacje wiążące cudzoziemca z danymi osoby są wystarczające do określenia ich mianem chronionego „życia rodzinnego”. Zgodnie z zasadą autonomizacji pojęć konwencyjnych, chodzi o „życie rodzinne” w rozumieniu art. 8 EKPC, zdekodowanym w relewantnym orzecznictwie strasburskim, a nie norm prawa wewnętrznego danego państwa. Wypracowana w orzecznictwie strasburskim szeroka i funkcjonalna interpretacja wskazuje na konieczność elastycznego podejścia do definicji pojęcia

²² Por. np. K. Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Hague–London–Boston 2000, s. 486.

²³ Niezależnie od formy relewantnych decyzji imigracyjnych (np. decyzja zobowiązująca cudzoziemca do opuszczenia terytorium danego państwa, decyzja nakazująca wydalenie cudzoziemca do kraju jego pochodzenia, decyzja deportacyjna), autorka w niniejszym opracowaniu będzie posługiwać się terminem „deportacja” i „decyzja deportacyjna”, z zastrzeżeniem, że niniejsze rozważania zachowują pełną aktualność w odniesieniu do ekstradycji i procedury przekazania osoby w ramach Europejskiego Nakazu Aresztowania.

²⁴ Por. np. wyrok w sprawie *Berrehab przeciwko Holandii* z 21.6.1988 r., nr skargi 10730/84, § 28–29.

„rodziny”, uwzględniającego zmiany cywilizacyjne i kontekst kulturowy oraz przesuwa punkt ciężkości na istnienie „wystarczająco trwałych i regularnych więzi rodzinnych”²⁵. Skuteczne powołanie się na art. 8 EKPC przez cudzoziemca objętego nakazem deportacji wymaga zatem wykazania odpowiednich więzi rodzinnych, co jednak nie przesądza o rozstrzygnięciu sprawy²⁶.

Przegląd wyroków zdaje się jednak wskazywać, że wbrew szerokiej i funkcjonalnie uwarunkowanej definicji „życia rodzinnego” z art. 8 EKPC, w sprawach imigracyjnych ETPC opowiada się za wąskim rozumieniem terminu „rodzina”, ograniczającym zakres więzi rodzinnych do tradycyjnej *nuclear family*²⁷. W pozostałych przypadkach Trybunał wymaga wykazania dodatkowej zażyłości więzi i zależności między osobami, a więc udowodnienia okoliczności wskazujących na istnienie zależności między osobami wykraczającymi poza zwykłe więzi przywiązania²⁸, choć pewną liberalizację powyższego podejścia można zaobserwować w najnowszym orzecznictwie strasburskim²⁹. Co więcej, ochroną otoczone jest jedynie „życie rodzinne” istniejące w chwili wydania decyzji deportacyjnej³⁰ i to pod warunkiem, że zostało ono związane w trakcie legalnego pobytu cudzoziemca na terytorium danego państwa. ETPC wyraźnie akcentuje, że deportacja cudzoziemca posiadającego silne więzi rodzinne na terytorium danego państwa nie może być uznana za środek nieproporcjonalny, jeśli zostały one nawiązane w czasie, gdy jego status imigracyjny nie był uregulowany. W przypadku świadomości konsekwencji grożących za naruszenie prawa imigracyjnego i zagrożeń dla kontynuowania na terytorium danego państwa tworzonych więzi, tylko wyjątkowe okoliczności mogą czynić deportację niedopuszczalną w świetle zobowiązań wynikających z art. 8 EKPC³¹.

²⁵ Zob. np. wyrok w sprawie *Kroon i inni przeciwko Holandii* z 27.10.1994 r., nr skargi 18535/91, § 30 i wyrok w sprawie *Keegan przeciwko Irlandii* z 18.7.2006 r., nr skargi 28867/03, § 45. Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Łączenie rodzin ...*, s. 20 i n.

²⁶ Por. P. Sandecki, *Prawa uchodźców w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i innych aktach prawnych – część II*, „Palestra” 2001, nr 7–8, s. 62.

²⁷ Zob. wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Slivenko przeciwko Łotwie* z 9.10.2003 r., nr skargi 48321/99, §94; *Shevanova przeciwko Łotwie*, § 67 i *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie*, § 103. Warto zauważyć, że takie podejście spotkało się z krytyką w ramach samych składów orzekających; por. zdania odrębne złożone przez A. Kovlera do wyroku w sprawie *Slivenko przeciwko Łotwie* oraz do wyroku w sprawie *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie*, a także częściowo konkurencyjne opinie D. Spielmanna do wyroku w sprawie *Shevanova przeciwko Łotwie*.

²⁸ Zob. *Slivenko przeciwko Łotwie*, § 97; *Shevanova przeciwko Łotwie*, § 67; *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie*, § 103 i decyzja w sprawie *Kwakye-Nti i Dufie przeciwko Holandii* z 7.11.2000 r., nr skargi 31519/96.

²⁹ Zob. wyrok w sprawie *A. W. Khan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 12.01.2010 r., nr skargi 47486/06. Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Ochrona życia rodzinnego w kontekście wydalania cudzoziemca – glosa do wyroku ETPCz z 12.01.2010 r. w sprawie A.W. Khan v. Zjednoczone Królestwo*), „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 4, s. 48–49.

³⁰ Por. *Boujlifa przeciwko Francji*, § 36 i *Bouchelkia przeciwko Francji*, § 41.

³¹ Zob. wyrok w sprawie *Konstatinov przeciwko Holandii* z 26.4.2007 r., nr skargi 16351/03, §48; *Bouchelkia przeciwko Francji*, §52; *Dalia przeciwko Francji*, § 53-54;

Wiele kontrowersji rodzi również kwestia więzów rodzinnych cudzoziemca (zwłaszcza kontaktów z dzieckiem pozostającym pod opieką drugiego rodzica) w razie separacji lub rozvodu, gdy na skutek ustania więzi małżeńskich cudzoziemcowi odmawia się przedłużenia zezwolenia na zamieszkanie i zobowiązuje go do opuszczenia terytorium danego kraju. Tymczasem, zdaniem ETPC, fakt zakończenia „wspólnego życia” między rodzicami pozostaje bez wpływu na istnienie „życia rodzinnego” między rodzicem a dzieckiem, jeśli rodzic utrzymuje częsty i regularny kontakt z dzieckiem³². Może to rodzić konieczność zezwolenia na dalszy pobyt na terytorium państwa w związku z wypływającymi z art. 8 EKPC obowiązkami pozytywnymi w zakresie poszanowania życia rodzinnego³³.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że obowiązki państwa w zakresie ochrony życia rodzinnego odgrywają główną rolę na płaszczyźnie ochrony cudzoziemców przed deportacją³⁴. Art. 8 EKPC wymaga każdorazowo odpowiedzi na pytanie, czy w okolicznościach danej sprawy władze państwowe musiały podjąć pozytywne kroki dla ochrony życia rodzinnego³⁵. Organy strasburskie wielokrotnie powtarzały, że granice pomiędzy pozytywnymi i negatywnymi zobowiązaniami państwa w zakresie poszanowania życia rodzinnego nie poddają się precyzyjnemu rozdzieleniu i zdefiniowaniu³⁶, a zasady znajdujące zastosowanie do obu rodzajów zobowiązań są podobne, wymagają bowiem zwrócenia uwagi na słuszną równowagę pomiędzy rywalizującymi interesami jednostki i ogółu a państwu przyznają pewien margines oceny³⁷. Wyraźnie widać to właśnie na przykładzie rozpatrywania na gruncie art. 8 EKPC spraw deportacyjnych, albowiem w sprawach o naruszenie życia

A.W. Khan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 46-47; decyzja w sprawie *Priya przeciwko Danii* z 6.07.2006 r., nr skargi 13594/03, s. 7; decyzja w sprawie *Useinov przeciwko Holandii* z 11.04.2006 r., nr skargi 61292/00, s. 8. Taki wyjątek stanowił np. wyrok w sprawie *Rodrigues da Silva i Hoogkamer przeciwko Holandii* z 31.01.2006 r., nr skargi 50435/99, § 39, gdzie ETPC szczególną wagę przywiązał do najlepszego interesu dziecka.

³² Por. np. wyrok w sprawie *Ciliz przeciwko Holandii* z 11.07.2000 r., nr skargi 29192/95, § 72.

³³ Co do pozytywnych zobowiązań wynikających z art. 8 EKPC w sprawach dotyczących deportacji zob. J. Czepek, *Wydalenie cudzoziemców w kontekście obowiązków pozytywnych państwa na tle prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego z art. 8 EKPC*, [w:] *Status cudzoziemca w prawie międzynarodowym publicznym. Implikacje w prawie Unii Europejskiej i polskim porządku prawnym*, (red.) O. Łachacz, J. Galster, Olsztyn 2014, s. 41–50.

³⁴ Por. K. Hailbronner, *op. cit.*, s. 496.

³⁵ Szerzej nt. zob. J. Czepek, *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Olsztyn 2014, s. 135 i n.

³⁶ Zob. wyrok w sprawie *Ahmut przeciwko Holandii* z 28.11.1996 r., nr skargi 21702/93, § 63; wyrok w sprawie *Tuquabo-Tekle i inni przeciwko Holandii* z 1.12.2005 r., nr skargi 60665/00, § 42; wyrok w sprawie *Stjerna przeciwko Finlandii* z 25.11.1994 r., nr skargi 18131/91, § 38; *Konstatinow przeciwko Holandii*, § 46.

³⁷ Zob. *Ahmut przeciwko Holandii*, § 63; *Stjerna przeciwko Finlandii*, § 38; *Konstatinow przeciwko Holandii*, § 46; *Tuquabo-Tekle i inni przeciwko Holandii*, § 42; *Useinov przeciwko Holandii*, s. 8.

rodzinnego na skutek deportacji cudzoziemca zachodzi trudność klasyfikacji, czy w przedmiotowej sprawie chodzi o negatywny obowiązek zaniechania (odstąpienia od) deportacji ingerującej w życie rodzinne cudzoziemca, czy o pozytywny obowiązek przyznania cudzoziemcowi prawa do pobytu na terytorium danego państwa, wynikający z konwencyjnych zobowiązań w zakresie ochrony życia rodzinnego³⁸.

W razie zakwalifikowania więzi łączących deportowanego cudzoziemca z innymi osobami przebywającymi na terytorium danego państwa jako spełniających wymóg „życia rodzinnego”, kolejnym krokiem jest ocena, czy miała miejsce ingerencja władz państwowych w życie rodzinne jednostki. W orzecznictwie strasburskim podkreślono, że zobowiązanie cudzoziemca do opuszczenia kraju lub jego deportacja z terytorium państwa, na którym przebywają członkowie jego rodziny, może stanowić ingerencję w prawo do poszanowania życia rodzinnego³⁹ i rodzic konsekwencje na tle art. 8 EKPC⁴⁰. Nie dojdzie jednak do ingerencji, jeśli członkowie rodziny cudzoziemca mogą bez przeszkód kontynuować życie rodzinne na terytorium innego państwa (tzw. *elsewhere test*)⁴¹.

Jeśli uznano, że miała miejsce ingerencja władz państwa w należycie potwierdzone życie rodzinne, konieczne staje się skonfrontowanie decyzji władz imigracyjnych z klauzulą limitacyjną z art. 8 ust. 2 EKPC i ustanowionymi w niej warunkami dopuszczalnego ograniczenia jednostki w korzystaniu z prawa do poszanowania życia rodzinnego.

Wymóg zgodności z prawem decyzji deportacyjnej

Pierwszym elementem klauzuli limitacyjnej z art. 8 ust. 2 EKPC jest tzw. test legalności, w myśl którego należy zbadać, czy mająca miejsce ingerencja była „zgodna z prawem”. Żadna ingerencja w prawo lub wolność chronione w EKPC nie może być arbitralna i musi być wyraźnie przewidziana

³⁸ Zob. konkurencyjną opinię L. Wildhabera do wyroku w sprawie *Stjerna przeciwko Finlandii*; por. też C. Warbrick, *The Structure of Article 8*, EHRLR 1998, issue 1, s. 38 i J. Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law: A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Tampere 2003, s. 179.

³⁹ Zob. *Amrollahi przeciwko Danii*, § 26; *Moustaquim przeciwko Belgii*, § 36; *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 39; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 114; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 25; *Radovanovic przeciwko Austrii*, § 30; decyzja w sprawie *Solomon przeciwko Holandii* z 5.9.2000 r., nr skargi 44328/98, s. 6.

⁴⁰ Zob. *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 39; *Amrollahi przeciwko Danii*, § 26; *Moustaquim przeciwko Belgii*, § 36; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 25; *Liu i Liu v. Rosja*, § 49; *Jakupovic przeciwko Austrii*, § 24.

⁴¹ Szerzej nt. zob. H. Storey: *The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*, „International and Comparative Law Quarterly” 1990, vol. 39, no. 2, s. 328; K. Hailbronner, *op. cit.*, s. 277; M. Szuniewicz, *Prawo do połączenia rodziny jako przykład zobowiązań pozytywnych (na tle art. 8 EKPC)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11, s. 79 i n.

przez prawo. Test legalności wymaga, aby decyzja deportacyjna została wydana zgodnie z prawem krajowym, spełniającym zrekonstruowane w strasburskim *case law* wymogi jakościowe „prawa”⁴². Musi mieć ona zatem podstawę prawną, czyli wyraźne umocowanie w ustawodawstwie danego kraju, które jest powszechnie dostępne, dostatecznie precyzyjne i przewidywalne, wskazujące zakres uznania organów państwa oraz gwarantujące cudzoziemcowi prawny środek ochrony przed arbitralnością ingerencji ze strony władzy państwowej i odpowiednie gwarancje procesowe⁴³.

W sprawach deportacyjnych ETPC kładzie wyraźny nacisk na konieczność zapewnienia cudzoziemcowi odpowiedniego stopnia ochrony przed arbitralnością działania państwa, w tym środek zaskarżenia decyzji imigracyjnej. Sytuacja, w której cudzoziemiec nie korzysta z minimalnego zakresu ochrony przed arbitralnością ze strony władzy oznacza, że decyzja o wydaleniu cudzoziemca nie była zgodna z prawem, tzn. nie może być uznana za wydaną na podstawie przepisów prawnych spełniających konwencyjny wymóg legalności, a w związku z powyższym stanowi – z uwagi na uchybienie warunkom klauzuli limitacyjnej – niedopuszczalną ingerencję w życie rodzinne cudzoziemca, a w konsekwencji naruszenie artykułu 8 EKPC⁴⁴. Wewnętrzne regulacje prawne, w oparciu o które wydano decyzję deportacyjną, muszą zatem gwarantować odpowiedni środek prawny, umożliwiający poddanie niekorzystnej dla cudzoziemca decyzji „jakiejs” formie kontrydiktoryjnego postępowania przed niezależnym organem uprawnionym do zbadania podstaw decyzji oraz odnośnych dowodów⁴⁵.

Prawowity cel uzasadniający deportację cudzoziemca

Następnie należy ustalić czy będąca przedmiotem rozważań ingerencja (w postaci wydania i wykonania decyzji deportacyjnej) została dokonana z uwagi na jeden z „celów prawowitych”, o których mowa w art. 8 ust. 2 EKPC. Konwencja przewiduje sześć dóbr prawnych, w imię ochrony których może nastąpić ograniczenie jednostki (w tym cudzoziemca) w korzystaniu z prawa

⁴² Zob. *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, §121; podobnie wyrok w sprawie *P.G. i J.H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 25.9.2001 r., nr skargi 44787/98, § 46.

⁴³ Por. wyrok w sprawie *Onur przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 17.2.2009 r., nr skargi 27319/07, § 48; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 32; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 119; *Liu i Liu przeciwko Rosji*, § 56; *Shevanova przeciwko Łotwie*, § 72; *Slivenko przeciwko Łotwie*, § 100.

⁴⁴ Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Amann przeciwko Szwajcarii* z 16.2.2000 r., nr skargi 27798/95, § 55-56; wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii* z 4.5.2000 r., nr skargi 28341/95, § 55 i n.; *Al-Nashif przeciwko Bułgaria*, §128; *Lupsa przeciwko Rumunii*, §42.

⁴⁵ Zob. *Liu i Liu przeciwko Rosji*, § 59; *Amann przeciwko Szwajcarii*, § 55-56; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 123-124; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 33-34 i 38; *Rotaru przeciwko Rumunii*, §55 i n.

do poszanowania życia rodzinnego, tj. bezpieczeństwo narodowe, bezpieczeństwo publiczne, dobrobyt gospodarczy kraju, porządek publiczny i zapobieganie przestępstwom, zdrowie i moralność publiczna oraz prawa i wolności innych osób.

Przy deportacji cudzoziemców kluczową kwestią jest zakres i stopień konkretyzacji przesłanek będących jej podstawą⁴⁶. Tymczasem konwencyjne „cele prawowite”, uzasadniające ingerencję władz państwowych w życie rodzinne jednostki przyjęły postać nieostrych pojęć, zbiór desygnatów który jest zbyt szeroki, aby możliwa była precyzyjna ocena konkretnych podstaw uzasadniających deportację cudzoziemca. Choć rodzi to ryzyko zbyt daleko idącej interpretacji i nadużyć, należy wyraźnie podkreślić, że interpretacja okoliczności służących za podstawę deportacji cudzoziemca – jako wyjątek od zasady pełnej ochrony praw człowieka – musi podlegać regule wykładnie *xceptiones non sunt extendendae*⁴⁷. Relatywizm w ocenach zagrożenia bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego zdaje się być oczywisty wobec niemożności enumeratywnego wyliczenia okoliczności wskazujących na istnienie relewantnych zagrożeń, odznaczających się znaczną różnorodnością w przedmiocie charakteru i form, ewoluujących w czasie i niezwykle trudnych do precyzyjnego zdefiniowania⁴⁸. Wobec powyższego ETPC uznał zasadność pozostawienia władzom państwowym marginesu oceny w przedmiocie dookreślenia zagrożeń, zastrzegając jednocześnie, że nie oznacza to możliwości rozciągnięcia granic tych pojęć poza ich normalne znaczenie⁴⁹.

Jakkolwiek zrozumiałe są trudności w zakresie dokładnej oceny konkretnych podstaw uzasadniających wydanie decyzji deportacyjnej oraz precyzyjnego zdefiniowania celów prawowitych i relewantnych zagrożeń, zdaje się to kłócić z przesłanką przewidywalności prawa wymienionej wcześniej jako niezbędny składnik jakościowy prawa, w oparciu o które może nastąpić deportacja cudzoziemca⁵⁰. W orzecznictwie strasburskim wskazano, że pozostawienie władzom luzu decyzyjnego w zakresie ustalenia, co leży w interesie ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego nie stoi w sprzeczności z zasadą przewidywalności prawa, pod warunkiem, że zakres i sposób korzystania z marginesu oceny zostały sformułowane wystarczająco precyzyjnie, by uchronić jednostkę przed arbitralnością. W konsekwencji, przedmiotowe regulacje prawne muszą wskazywać zakres swobody

⁴⁶ J. Białocerkiewicz, *Status...*, s. 378.

⁴⁷ Tzn. zakaz poddawania wyjątków rozszerzającej wykładni.

⁴⁸ Zauważa to sam ETPC; por. *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 121 i *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 37. Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Kryterium...*, s. 9–10.

⁴⁹ Zob. wyrok w sprawie *Liu przeciwko Rosji* (nr 2) z 26.7.2011 r., nr skargi 29157/09, § 88 oraz wyrok w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii* z 24.04.2008 r., nr skargi 1365/07, § 43.

⁵⁰ Por. *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 119 i n.; *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, § 40 i *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 33–34.

podejmowania decyzji przez organy państwowe oraz zapewnić jednostce odpowiednio gwarancje procesowe, w tym środek ochrony przed arbitralnością ze strony władz⁵¹.

Wymóg „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” i zasada proporcjonalności

Ostatnim elementem klauzuli limitacyjnej, najistotniejszym dla ustalenia dopuszczalności ingerencji w poszanowanie życia rodzinnego cudzoziemca na skutek deportacji, jest dokonanie oceny, czy odnośna ingerencja była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” dla osiągnięcia jednego z prawowitych celów z art. 8 ust. 2 EKPC. O ile ETPC przyznaje państwom Rady Europy margines swobody oceny⁵² w przedmiocie tego, czy podjęta ingerencja (tu: deportacja cudzoziemca) jest konieczna w demokratycznym społeczeństwie, jednocześnie konsekwentnie podkreśla, że wymaga to zbadania, czy ingerencja była „usprawiedliwiona przez nagłą potrzebę społeczną” (ang. *presssing social need*), a w szczególności czy była „proporcjonalna w stosunku do realizowanego celu prawowitego”⁵³.

Tym samym na gruncie orzecznictwa strasburskiego wyraźnie podkreślono wymóg proporcjonalności ingerencji w stosunku do „dobra” z ust. 2 art. 8 EKPC, w imię ochrony którego została dokonana. Proporcjonalność ingerencji wymaga, aby podejmujący akt władczy organ państwowy orzekł środek wystarczający do osiągnięcia celu. Deportacja cudzoziemca mającego rodzinę w danym państwie jest najsurowszym środkiem i powinna stanowić ostateczność usprawiedliwioną tylko w najbardziej wyjątkowych okolicznościach. W konsekwencji, w każdej sytuacji na organie wydającym decyzję deportacyjną spoczywa obowiązek zbadania, czy jest możliwe osiągnięcie celu poprzez zastosowanie środka łagodniejszego. Tym samym deportacja cudzoziemca będzie stanowiła naruszenie art. 8 EKPC, jeśli – dla ochrony

⁵¹ Zob. *Amann przeciwko Szwajcarii*, § 55-56 oraz *Rotaru przeciwko Rumunii*, §55 i n.; podobnie wyrok w sprawie *Estrikh przeciwko Lotwie* z 18.1.2007 r., nr skargi 73819/01, § 177; *Shevanova przeciwko Lotwie*, § 72; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 42; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 119, 123-124 i 128.

⁵² O ile początkowo ETPC pozostawiał władzom państwowym szeroki margines swobody oceny (np. *Boughanemi przeciwko Francji*, § 41; *Berrehab przeciwko Holandii*, §28; *Moustaquim przeciwko Belgii*, § 43), nowsze orzeczenia wspominają już tylko o pewnym (ang. *certain*) marginesie uznania (zob. wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Maslov przeciwko Austrii* z 23.6.2008 r., nr skargi 1638/03, § 76 i decyzja w sprawie *Angelov przeciwko Finlandii* z 5.9.2006 r., nr skargi 26832/02, s. 8).

⁵³ Zob. *Mehemi przeciwko Francji*, § 34; *Nasri przeciwko Francji*, § 41; *Boujlifa przeciwko Francji*, § 42; *Amrollahi przeciwko Danii*, § 33; *Dalia przeciwko Francji*, § 52; *C. przeciwko Belgii*, § 31; *Bouchelkia przeciwko Francji*, § 48; *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 46; *Slivenko przeciwko Lotwie*, § 113.

wskazanego celu prawowitego – wystarczające byłoby zastosowanie mniej inwazyjnego środka albo wydanie nakazu opuszczenia kraju o ograniczonym czasowo charakterze⁵⁴.

Pomimo pozostawienia władzom państwowym marginesu oceny w zakresie ustalenia, czy ograniczenia ze względu na ochronę tych dóbr są proporcjonalne, Trybunał w Strasburgu konsekwentnie powtarza, że jego zadaniem jest zbadanie, czy zastosowany środek w postaci decyzji deportacyjnej zapewnia słuszną równowagę (ang. *struck a fair balance*) pomiędzy odnośnymi interesami, tj. interesem publicznym uosobionym w jednym ze wspomnianych celów prawowitych a interesem cudzoziemca w zakresie poszanowania jego więzi rodzinnych istniejących w danym państwie. Organ imigracyjny powinien starać się o zharmonizowanie obu tych interesów i nie pojmować w sposób mechaniczny i sztywny zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Nabiera to szczególnego znaczenia w kontekście pojawiających się w praktyce państw tendencji do uznania zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa za wartość najwyższą, mającą pierwszeństwo przed dobrami osobistymi cudzoziemca, w tym poszanowaniem jego życia rodzinnego⁵⁵. To, któremu z nich należy dać pierwszeństwo, wymaga każdorazowo dokonania szeregu ustaleń z uwzględnieniem całokształtu okoliczności rozpatrywanej sprawy, co z kolei wymaga przeprowadzenia procesu „ważenia” argumentów przemawiających za każdym z tych interesów (tzw. *balancing test*)⁵⁶. W konsekwencji, w każdym przypadku organ imigracyjny powinien dokonać ważenia wchodzących w grę wartości: interesu publicznego przemawiającego za deportacją cudzoziemca i prawa cudzoziemca do poszanowania jego życia rodzinnego⁵⁷.

Czyni to koniecznym przeprowadzenie wszechstronnego i rzetelnego postępowania wyjaśniającego i dokonania w jego ramach ustaleń w zakresie zarówno okoliczności świadczących za zagrożeniem stwarzanym przez cudzoziemca dla „celu prawowitego”, przemawiających za przyznaniem priorytetu interesowi publicznemu, jak i w przedmiocie osobistej sytuacji cudzoziemca, w tym charakteru więzi łączących go z państwem dokonującym deportacji, a w szczególności zawiązanego w nim życia rodzinnego⁵⁸.

⁵⁴ Zob. *Radovanovic przeciwko Austrii*, § 34 i 37; podobnie por. wyrok w sprawie *Ezzouhdi przeciwko Francji* z 13.2.2001 r., nr skargi 47160/99, § 35; *Keles przeciwko Niemcom*, par. 66; *Üner przeciwko Holandii*, § 65; *Maslov przeciwko Austrii*, § 99.

⁵⁵ M. Szuniewicz, *Kryterium...*, s. 14.

⁵⁶ L. Wildhaber, *The right to respect for private and family life: new case-law on Art. 8 od the European Convention on Human Rights*, [w:] *The modern world of human rights. Essays in honour of Thomas Burgenthal*, (ed.) A.A. Cancado Trindade, San José 1996, s. 103 i n.

⁵⁷ Zob. *Dalia przeciwko Francji*, § 52; *C. przeciwko Belgii*, § 32; *Boughanemi przeciwko Francji*, § 42; *Bouchelkia przeciwko Francji*, § 49; *Boujlifa przeciwko Francji*, § 43; *Amrolahi przeciwko Danii*, §34; *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 47; *Radovanovic przeciwko Austrii*, § 32; *Jakupovic przeciwko Austrii*, § 26.

⁵⁸ Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Kryterium...*, s. 12 i n.

Okoliczności świadczące za potrzebą ochrony interesu publicznego co do zasady sprowadzają się do kwestii stopnia zagrożenia stwarzanego przez cudzoziemca, którego miernikiem jest charakter i ciężar popełnionych czynów, ich powtarzający się charakter (recydywa) oraz surowość orzeczonych kar⁵⁹. Sam fakt skazania cudzoziemca za naruszenie prawa wewnętrznego nie stanowi podstawy do uznania, że istnieją powody do jego deportacji, lecz konieczne jest wykazanie związku między skazaniem a istnieniem zagrożenia porządku publicznego ze strony cudzoziemca⁶⁰. W świetle orzecznictwa ETPC tylko poważne przestępstwa i realne zagrożenie dla porządku publicznego i bezpieczeństwa państwa powinny stanowić podstawę do tak daleko idącej ingerencji w prawa i wolności jednostki, jak deportacja cudzoziemca⁶¹.

W orzecznictwie ETPC brakuje jednak konsekwencji w podejściu do spraw deportacyjnych, w których cudzoziemcy podnoszą zarzut naruszenia art. 8 EKPC. Pomimo zaakcentowania we wcześniejszym orzecznictwie kwestii charakteru i ciężaru przestępstwa popełnionego przez cudzoziemca w ramach testu proporcjonalności⁶² w sprawie *Boultif v. Szwajcaria* Trybunał skupił większą uwagę na późniejszym zachowaniu cudzoziemca i zaakcentował wątek jego rehabilitacji⁶³. Co więcej, przegląd orzecznictwa strasburskiego zdawał się wskazywać, że istnieją pewne kategorie najcięższych przestępstw (jak gwałty⁶⁴, przemyt narkotyków⁶⁵ czy akty przemocy⁶⁶), w których ETPC nie zwykł uznawać naruszenia art. 8⁶⁷, tymczasem w najnowszym orzecznictwie podkreślano, że nawet handel narkotykami nie ma charakteru przeważającego⁶⁸.

⁵⁹ Por. *El Boujaidi przeciwko Francji*, § 40 oraz *Nasri przeciwko Francji*, § 40.

⁶⁰ Zob. np. wyrok w sprawie *D. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2.5.1997 r., nr skargi 30240/96, § 46 oraz *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 49-50.

⁶¹ Por. np. *Slivenko przeciwko Lotwie*, § 127 i n. W sprawie *Yildiz przeciwko Austrii* ETPC podkreślił, że wydalenie – jako bardzo inwazyjny środek – nie powinno być stosowane wobec osoby, która dopuściła się niegroźnych czynów karalnych lub drobnych wykroczeń, np. kradzież w sklepach czy wykroczenia samochodowe (§ 46 wyroku). W sprawie *Amrolahi przeciwko Danii*, lekkie naruszenie prawa nie powinno automatycznie skutkować deportacją cudzoziemca (§ 27 wyroku).

⁶² Dla przykładu w sprawie *Boughanemi przeciwko Francji* charakter napaści i rabunku przeważał, choć na drugiej szali był imigrant drugiej generacji z bardzo silnymi więzami rodzinnymi z Francją.

⁶³ Zob. § 51 wyroku. Podobnie *Ezzouhdi przeciwko Francji*, § 34 oraz *Maslov przeciwko Austrii*, § 95.

⁶⁴ Por. np. wyroki w sprawach *Bouchelkia przeciwko Francji* oraz *Boughanemi przeciwko Francji*.

⁶⁵ Por. wyrok w sprawie *Baghli przeciwko Francji* z 30.11.1999 r., nr skargi 34374/97 oraz wyroki w sprawach: *El Boujaidi przeciwko Francji*, *C. przeciwko Belgii* i *Dalia przeciwko Francji*.

⁶⁶ Zob. np. *Boujlifa przeciwko Francji* (rozbój i kradzież) czy *Üner przeciwko Holandii* (zabójstwo i napaść).

⁶⁷ Zob. S. Frontman-Cain, *op. cit.*, s. 336.

⁶⁸ Por. wyrok np. w sprawie *A.W. Khan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*; por. też M. Szuniewicz, *Ochrona...*, s. 50 i 52.

Z kolei w ramach rozważenia okoliczności dotyczących życia rodzinnego cudzoziemca w pierwszym rzędzie należy ustalić, w jakim stopniu życie rodzinne ulegnie przerwaniu⁶⁹ oraz zbadać, czy zaniechanie wydalenia cudzoziemca i zezwolenie na jego dalszy pobyt na terytorium danego kraju jest jedyną możliwością zachowania życia rodzinnego⁷⁰. W pierwszym rzędzie w sprawach deportacyjnych należy zbadać, czy deportowany cudzoziemiec i jego najbliżsi mają możliwość prowadzenia życia rodzinnego w innym miejscu, tj. czy można rozsądnie wymagać od członków rodziny podążenia za deportowanym cudzoziemcem⁷¹. Jeśli członkowie rodziny mogą żyć razem w innym państwie lub jeśli od członków rodziny cudzoziemca można racjonalnie oczekiwać podążenia za cudzoziemcem do kraju przeznaczenia, deportacja cudzoziemca nie będzie – jak już zaznaczono – oznaczać naruszenia art. 8 EKPC⁷². W związku z powyższym niezwykle istotne są okoliczności stanowiące przeszkody nie do przewyciężenia, które nie pozwalają przenieść życia rodzinnego do kraju pochodzenia jednego z małżonków⁷³, do których zaliczyć można stan zdrowia członka rodziny, jego zintegrowanie z państwem dokonującym deportacji czy możliwość prowadzenia normalnego życia w państwie, do którego będzie musiał się przenieść (m.in. znajomość języka i kultury)⁷⁴.

Szczególne znaczenie w zakresie ustalenia sytuacji osobistej cudzoziemca ETPC przypisuje okolicznościom świadczącym za integracją cudzoziemca, które przemawiają za odstąpieniem od deportacji i zezwoleniem cudzoziemcowi na pozostanie w danym państwie. Niewątpliwie podstawowym czynnikiem zdaje się być długoletni okres zamieszkiwania na terytorium danego państwa i fakt założenia rodziny. O ile jednak przesłanka długości pobytu w państwie dokonującym deportacji odegrała istotną rolę w szeregu spraw⁷⁵, to ostatnie wyroki wskazują, że nie jest ona decydująca, albowiem Trybunał przyznał taką samą ochronę cudzoziemcom z krótkim okresem domicylu⁷⁶.

⁶⁹ Wyrok w sprawie *X., Y. i Z. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 22.4.1997, nr skargi 21830/93.

⁷⁰ Zob. np. wyrok w sprawie *Gül przeciwko Szwajcarii* z 19.2.1996 r., nr skargi 23218/94.

⁷¹ Zob. *Boultif przeciwko Szwajcarii*, § 52.

⁷² M. E. Villiger, *Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention) – An Introduction to the Commission's Case-law*, [w:] *Protecting Human Rights. The European Dimension*, (eds.) F. Matscher, H. Petzold, Köhl 1988, s. 659.

⁷³ Zob. np. rozważania przedstawione w sprawach: *X., Y. i Z. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* oraz *Boultif przeciwko Szwajcarii*.

⁷⁴ M. E. Villiger, *op. cit.*, s. 659.

⁷⁵ Np. wyroki w sprawach: *Moustaquim przeciwko Belgii*, *Berrehab przeciwko Holandii*, *Beldjoudi przeciwko Francji*, *Nasri przeciwko Francji* oraz *Mehemi przeciwko Francji*.

⁷⁶ Np. wyroki w sprawach: *Boughanemi przeciwko Francji*, *Boultif przeciwko Szwajcarii* i *Boujlifa przeciwko Francji*.

ETPC dostrzega specyfikę spraw dotyczących deportacji wieloletnich rezydentów z uwagi na daleko posuniętą ich integracją ze społeczeństwem danego państwa⁷⁷ i bierze pod uwagę takie okoliczności jak fakt przybycia do danego państwa w młodym wieku⁷⁸, edukacja⁷⁹ i praca⁸⁰ w danym kraju, fakt zamieszkiwania na jego terytorium przez wszystkich lub większość najbliższych krewnych cudzoziemca (często posiadających obywatelstwo danego państwa)⁸¹ oraz założenia w tym kraju własnej rodziny⁸². Problematyka dopuszczalności deportacji zintegrowanych cudzoziemców w kontekście zobowiązań z art. 8 doprowadziła do znacznej rozbieżności zdań wśród sędziów strasburskich⁸³. W rezultacie ETPC – przy materialnie podobnych stanach faktycznych dotyczących imigrantów, którzy przybyli na terytorium państwa przyjmującego w bardzo młodym wieku i zostali skazani za poważne przestępstwa na długi okres bezwarunkowego pozbawienia wolności) – w części spraw stwierdził, że deportacja nie stanowi naruszenia art. 8 EKPC⁸⁴,

⁷⁷ Szczególną kategorię osób w tym kontekście stanowią tzw. „imigranci drugiej generacji” (ang. *second-generation immigrants*), tj. cudzoziemcy, którzy urodzili się lub od najmłodszych lat mieszkają na terytorium państwa zamierzającego ich deportować.

⁷⁸ I tak okoliczność przybycia na terytorium państwa w bardzo młodym wieku została odnotowana m.in. w wyrokach w sprawach: *El Boujaidi przeciwko Francji* (7 lat); *Baghli przeciwko Francji* (2 lata) oraz *Boujlifa przeciwko Francji* (5 lat).

⁷⁹ Por. *El Boujaidi przeciwko Francji*, § 40; *C. przeciwko Belgii*, § 33; *Boughanemi przeciwko Francji*, § 43; *Boujlifa przeciwko Francji*, § 44; *Mehemi przeciwko Francji*, § 36.

⁸⁰ Zob. *Boughanemi przeciwko Francji*, § 43; *Boujlifa przeciwko Francji*, § 44; *C. przeciwko Belgii*, § 33; *Mehemi przeciwko Francji*, § 36; *El Boujaidi przeciwko Francji*, § 40; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 26.

⁸¹ Zob. *C. przeciwko Belgii*, § 33; *Boughanemi przeciwko Francji*, § 43; *El Boujaidi przeciwko Francji*, § 40; *Boujlifa przeciwko Francji*, § 44; *Üner przeciwko Holandii*, § 62; *Nasri przeciwko Francji*, § 44.

⁸² Por. *Mehemi przeciwko Francji*, § 36 (małżonka z włoskim obywatelstwem i troje dzieci mających francuskie obywatelstwo); *C. przeciwko Belgii*, § 33 (żona i dziecko); *Boughanemi przeciwko Francji*, § 43 (kobieta i dziecko); *Shevanova przeciwko Łotwie*, § 66 (siedmioletnie małżeństwo i fakt urodzenia dziecka); *Üner przeciwko Holandii*, § 62 (partnerka i syn – szybki koniec konkubinatu); *Charles Ndongoya przeciwko Szwecji* (dwoje dzieci i kontakt z nimi po rozwodzie).

⁸³ Por. M.A. Nowicki, I. Rzeplińska, *op. cit.*, s. 110, przyp. 55 i wskazane w nim zdania odrębne sędziów ETPC.

⁸⁴ Np. *C. przeciwko Belgii* (sprawa obywatela marokańskiego skazanego za posiadanie narkotyków, mieszkającego w Belgii od 11 roku życia i mającego syna z obywatelską belgijską); *Boughanemi przeciwko Francji* (obywatel Tunezji mieszkający we Francji od ósmego roku życia, deportowany po odbyciu kary 8 lat pozbawienia wolności za włamanie i napad); *Boultif przeciwko Francji* (deportacja za popełnienie poważnego przestępstwa cudzoziemca mieszkającego we Francji od piątego roku życia przez 20 lat, podczas gdy jego rodzice i ośmioro rodzeństwa również mieszkało we Francji); *Bouchelkia przeciwko Francji* (deportacja po odbyciu kary pozbawienia wolności za gwałt ze szczególnym okrucieństwem pomimo zamieszkiwania we Francji od drugiego roku życia oraz posiadaniu we Francji żony i dziecka); *Dalia przeciwko Francji* (deportacja obywatelki Algierii w związku z zarzutami o popełnienie przestępstw narkotykowych, pomimo że była matką samotnie wychowującą dziecko posiadające francuskie obywatelstwo i cała jej rodzina mieszkała w tym kraju).

podczas gdy w innych takie naruszenie orzekł⁸⁵. W literaturze przedmiotu kazuistyczne podejście do zagadnienia deportacji cudzoziemców, w tym długoletnich rezydentów uznano – wobec braku jednoznacznych wskazań – za swoistą „loterią dla władz krajowych”⁸⁶. Co więcej, sami sędziowie strasburscy podkreślili wynikające z tego trudności dla ETPC zobligowanego do porównania rozpatrywanej sprawy ze swoimi wcześniejszymi rozstrzygnięciami⁸⁷.

Według krytyków takiego stanu rzeczy, antidotum na powyżej wskazaną niekonsekwencję orzecznictwa strasburskiego byłoby zaakceptowanie szeroko prezentowanego w zdaniach odrębnych przez sędziów ETPC stanowiska, w myśl którego zintegrowani cudzoziemcy, którzy praktycznie całe życie spędzili na terytorium danego państwa nie powinni być deportowani, lecz traktowani w tym zakresie jak obywatele⁸⁸. W wyroku w sprawie *Maslov przeciwko Austrii* w 2008 r. wskazano, że istnieje bardzo mały margines usprawiedliwienia deportacji zintegrowanego cudzoziemca w oparciu o fakt, że popełnił jako małoletni przestępstwo niezwiązane z użyciem siły⁸⁹, ustanawiając tym samym zasadę, że deportacja w takich okolicznościach stanowi *prima facie* naruszenie gwarancji art. 8 EKPC⁹⁰. Jakkolwiek jednak wiele państw członkowskich Rady Europy wprowadziło odpowiednie gwarancje w zakresie ochrony długoletnich imigrantów przed deportacją, takie prawo nie może być wyprowadzone z art. 8 EKPC i nawet imigranci o bardzo stabilnym statusie rezydenta i wysokim stopniu integracji nie posiadają pozycji równej obywatelowi w kontekście uprawnienia państwa do jego deportacji⁹¹.

⁸⁵ Np. *Moustaquim przeciwko Belgii* (deportacja cudzoziemca mieszkającego w Belgii od drugiego roku życia z uwagi na fakt, że popełnił on przestępstwo jako nastolatek); *Nasri przeciwko Francji* (sprawa głuchoniemego cudzoziemca, który spędził we Francji większość swojego życia, wobec którego wydano nakaz deportacji w związku ze skazaniem za grupowy gwałt i inne przestępstwa); *Mehemi przeciwko Francji* (cudzoziemiec skazany za handel narkotykami, wobec którego wydano nakaz deportacji, który oznaczałby oddzielenie od żony i trójki dzieci, posiadających obywatelstwo francuskie); *Beldjoudi przeciwko Francji* (Algierczyk, wobec którego wydano nakaz deportacji w związku ze skazaniem za poważne przestępstwa, który pozostawał od 20 lat w związku małżeńskim z obywatelską francuską, niebędącą w stanie udać się do kraju pochodzenia małżonka).

⁸⁶ Zob. np. zdanie odrębne S. K. Martensa do wyroku w sprawie *Boughanemi przeciwko Francja*, par. 4; E. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London 1998, s. 383.

⁸⁷ Zob. np. zdanie odrębne S. K. Martensa do wyroku w sprawie *Boughanemi przeciwko Francji* oraz wspólne zdanie odrębne A. Baki i P. van Dijka do wyroku w sprawie *Boujlifa przeciwko Francji*.

⁸⁸ Por. zdania odrębne S. K. Martensa i A. Baki do wyroku w sprawie *Boughanemi przeciwko Francji* oraz wspólna opinia odrębna A. Baki i P. van Dijka do wyroku w sprawie *Boujlifa przeciwko Francji*. Podobne stanowisko zaprezentowała też na szczelbu Rady Europy Zgromadzenie Parlamentarne w Rekomendacji nr 1504 (2001) o niewydalaniu długoterminowych cudzoziemców.

⁸⁹ § 75 wyroku.

⁹⁰ R. R. Marin, R. O'Connell, *The European Convention and the Relative Rights of Resident Aliens*, „European Law Journal” 1999, vol. 5, no. 1, s. 13.

⁹¹ Zob. decyzję w sprawie *Hizir Kilic przeciwko Danii* z 22.1.2007 r., nr skargi 20277/05, s. 5.

Ponadto należy zbadać siłę więzów cudzoziemca oraz jego małżonka i/lub dziecka z krajem pochodzenia⁹², jak również szkodliwe dla nich konsekwencje wykonania decyzji deportacyjnej⁹³. Deportacja cudzoziemca dotyka bowiem również członków jego rodziny, ponieważ skutkuje ich deportacją, jeśli nie posiadają oni autonomicznych zezwoleń na zamieszkanie na terytorium danego państwa. Nawet jednak w przypadku posiadania przez nich obywatelstwa państwa dokonującego deportacji (lub stabilnego statusu imigracyjnego) nadal w grę wchodzi problem naruszenia decyzją deportacyjną tzw. praw powiązanych (rykoszetowych), a w szczególności jej wpływ na dobro dzieci⁹⁴. Członkowie rodziny cudzoziemca albo zostaną na terytorium państwa dokonującego deportacji, ale zostaną rozłączeni od cudzoziemca, albo – chcąc pozostać razem z cudzoziemcem – podążą za nim do kraju jego pochodzenia, co zazwyczaj będzie wiązało się – poza zerwaniem ustalonych więzi społecznych – z pogorszeniem sytuacji materialnej oraz koniecznością podjęcia życia w nowym, nieznanym, często obcym językowo czy kulturowo społeczeństwie.

Nie bez znaczenia jest tu również wiek dzieci, które mają podążyć za deportowanym rodzicem do kraju, z którym nie mają – poza obywatelstwem – żadnych więzi oraz fakt silnego zintegrowania członków rodziny z państwem dokonującym deportacji. Podkreśla się wagę tzw. wieku adaptacyjnego dzieci, wskazując, że pomimo braku znajomości języka i kultury danego państwa bardzo małe dzieci odznaczają się łatwością aklimatyzacji w nowej społeczności i nawiązywania stabilnych więzi. Z drugiej jednak strony – choć rzadko na to zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu – w powyższych sytuacjach na władzach imigracyjnych ciąży obowiązek zapewnienia dzieciom należytej ochrony zgodnie z powszechnie uznaną zasadą „najlepszego interesu dziecka”. W świetle wymogów Konwencji Praw Dziecka z 1989 r. państwo ma obowiązek zapewnić, że dziecko nie zostanie rozdzielone od jego/jej rodziców wbrew ich woli, chyba że wymaga tego najlepszy interes dziecka⁹⁵. Zdaniem doktryny, wspomniane postanowienie stanowi największą ochronę rodziny zagrożonej rozdzieleniem na skutek deportacji jednego z jej członków i w przeciwieństwie do EKPC (i jej art. 8 ust. 2) nie uznaje intere-

⁹² Por. *Dalia przeciwko Francji*, §53; *Boughanemi przeciwko Francji*, § 44; *C. przeciwko Belgii*, § 34; *Üner przeciwko Holandii*, § 62.

⁹³ Jakkolwiek dotkliwe mogą być ekonomiczne konsekwencje przeniesienia życia rodzinnego do innego kraju, panujące w nim gorsze możliwości zarobkowe i edukacyjne nie oznaczają, że nieracjonalnym byłoby wymaganie od członków rodziny podążenia za deportowanym cudzoziemcem; por. M. E. Villiger, *op. cit.*, s. 659; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, s. 519. Jednak w sprawie *Mehemi przeciwko Francji* ETPC uznał, że przeniesienie życia do kraju pochodzenia cudzoziemca byłoby zbyt wielkim wstrząsem dla dzieci (§ 36 wyroku).

⁹⁴ J. Białocerkiewicz, *Glosa do wyroku TK z dnia 15 listopada 2000 r. (sygn. akt P.12/199)*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 4, s. 183.

⁹⁵ *Konwencja o prawach dziecka* (Nowy York, 20.11.1989 r.), tekst polski: Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526), art. 9.

su publicznego jako argumentu stawianego na szali naprzeciw niedobrowolnemu rozdzieleniu rodziny⁹⁶.

W związku z cechującym się kazuistyką podejściem ETPC do konwencyjnej przesłanki „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” i związane go z tym „ważenia” argumentów, przemawiających za koniecznością ochrony interesu prywatnego cudzoziemca i interesu publicznego, celem ustalenia, któremu z nich należy dać priorytet w danej sprawie, wskazano na potrzebę wypracowania jednolitego katalogu okoliczności służących oparciem przy rozstrzyganiu spraw dotyczących deportacji cudzoziemców. Kierując się powyższym celem w 2001 r. ETPC w sprawie *Boultif przeciwko Szwajcarii* wymienił osiem wytycznych dla dokonania ustalenia, czy deportacja była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”⁹⁷. Wśród nich znalazły się: 1) charakter i ciężar przestępstwa, jakiego dopuścił się cudzoziemiec; 2) długość pobytu w danym państwie, co niewątpliwie wiąże się ze wspomnianą kwestią integracji cudzoziemca ze społecznością państwa wydalającego; 3) czas, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa i sposób zachowywania się danej osoby w tym czasie; 4) narodowość i obywatelstwo osób, których sprawa dotyczy; 5) sytuacja rodzinna cudzoziemca, jak np. długość małżeństwa; 6) inne okoliczności wskazujące na rzeczywiste życie rodzinne łączące parę; 7) posiadanie przez współmałżonka wiedzy o popełnieniu przestępstwa przez cudzoziemca w chwili zawarcia z nim związku małżeńskiego; 8) pochodzenie dzieci z małżeństwa i ich wiek. Ponadto Trybunał podkreślił wagę ciężaru i charakteru trudności, z jakimi prawdopodobnie zetknie się współmałżonek osoby wydalanej w kraju pochodzenia tego ostatniego (tj. przesłanka przeszkód nie do przezwyciężenia, które nie pozwalają przenieść życia rodzinnego do kraju pochodzenia jednego z małżonków). Powyższe kryteria ETPC uzupełnił w wyroku w sprawie *Üner przeciwko Holandii*⁹⁸ o zasadę najlepszego interesu i dobra dziecka⁹⁹, a w szczególności wspomniany już rozmiar trudności, które mogą napotkać w kraju przeznaczenia (co do zasady kraj pochodzenia deportowanego rodzica) oraz trwałość więzi społecznych, kulturowych i rodzinnych z państwem nakazującym deportację i państwem pochodzenia cudzoziemca.

⁹⁶ Zob. K. Jastram, K. Newland, *Family unity and refugee protection*, [w:] *Refugee protection in international law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, (eds.) E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge 2003, s. 575 oraz E. F. Abram, *The child right to family unity in international immigration law*, „Law and Policy” 1995, Vol. 17, No. 4, s. 418, gdzie podkreślono, że „a competent state authority may decide to deport a parent in accordance with municipal law for carefully weighed and relevant reasons, yet the separation of the child from the parent may violate the state's obligation and the child's right to family unity under article 9”.

⁹⁷ *Boultif przeciw Szwajcarii*, § 48.

⁹⁸ *Üner przeciwko Holandii*, § 58.

⁹⁹ Por. wyrok w sprawie *Sen przeciwko Holandii* z 21.12.2001 r., nr skargi 31465/96 oraz wyrok w sprawie *Tuquabo-Tekle i inni przeciwko Holandii*.

Wspomniane powyżej okoliczności mają jednak tylko przykładowy charakter (choć często znajdują odzwierciedlenie w późniejszym orzecznictwie ETPC), albowiem w każdym przypadku Państwa–Strony EKPC powinny brać pod uwagę szczególne okoliczności rozpatrywanej sprawy. Organ imigracyjny zobowiązany jest do wnikliwego zbadania sytuacji osobistej i rodzinnej cudzoziemca, w tym uwzględnienia skutków jego deportacji dla członków rodziny (zwłaszcza dzieci), oraz przeanalizowania okoliczności przemawiających za koniecznością ochrony interesu publicznego. Wszechstronna analiza okoliczności sprawy umożliwi zachowanie należytej rozwagi w ocenie konfrontowanych wartości i dokonanie odpowiedniego „wyważenia” wchodzących w grę interesów i zapewnienie „słusznej równowagi” między nimi.

Gwarancje procesowe w procedurach deportacyjnych

W orzecznictwie strasburskim zrekonstruowano szereg gwarancji natury procesowej przysługujących cudzoziemcom w postępowaniu deportacyjnym. Można wśród nich wyróżnić m.in.: 1) wymóg przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego; 2) gwarancje słusznej (rzetelnej) procedury deportacyjnej; 3) środek zaskarżenia decyzji deportacyjnej; oraz 4) odpowiednie zabezpieczenia w przypadku ograniczeń związanych z wykorzystaniem informacji niejawnych.

Jak wcześniej wskazano, w każdej sprawie, dotyczącej deportacji cudzoziemca należy badać kwestie związane z jego życiem rodzinnym oraz okoliczności wskazujące na potrzebę ochrony interesu publicznego, co niewątpliwie wymaga przeprowadzenia w tym zakresie rzetelnego postępowania wyjaśniającego, celem ustalenia stanu faktycznego sprawy i zebrania wystarczającego materiału dowodowego, umożliwiającego wszechstronne zbadanie sprawy i wyważenie sprzecznych interesów. Niezmiernie istotne jest odwołanie się w decyzji deportacyjnej do okoliczności konkretnego przypadku, znajdujących oparcie w należycie zgromadzonym materiale dowodowym sprawy¹⁰⁰, albowiem jej przesłanki muszą być wyraźnie sprecyzowane i dowodowo umotywowane. Odzwierciedleniem spełnienia tych warunków jest treść uzasadnienia decyzji deportacyjnej, obejmująca podanie jej konkretnych przesłanek faktycznych i prawnych¹⁰¹.

Szczególnego znaczenia – z punktu widzenia spełnienia powyższych gwarancji, zwłaszcza zindywidualizowania decyzji deportacyjnej, zachowania proporcjonalności podejmowanego aktu władczego i zapobieżenia arbitralności ze strony organów państwa – nabierają minimalne gwarancje procesowe, jakie powinny przysługiwać deportowanym cudzoziemcom¹⁰². Dlatego kolejną

¹⁰⁰ Por. Szuniewicz, *Kryterium...*, s. 13.

¹⁰¹ Ibidem, s. 17 i n.

¹⁰² Por. B. Gronowska, *Wydalenie...*, s. 197.

grupę stanowią gwarancje mające na celu zapewnienie rzetelnej procedury, choć orzecznictwo strasburskie konsekwentnie stoi na stanowisku, że postępowania deportacyjne nie wchodzą w zakres stosowania art. 6 ust. 1 EKPC¹⁰³. W wyroku w sprawie *Maaouia przeciwko Francji* Trybunał uznał, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania¹⁰⁴ z uwagi na istnienie art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 7, przewidującego gwarancje proceduralne dotyczące deportacji cudzoziemców. Zawarte w nim prawo do przedstawienia racji przeciw deportacji, wniesienia środków odwoławczych i do reprezentacji zostały jednak ograniczone do cudzoziemców legalnie przebywających w danym państwie.

W najnowszym orzecznictwie strasburskim wyraźnie jednak wskazano, że koncepcja legalności i praworządności w społeczeństwie demokratycznym wymaga, aby środki deportacyjne poddane były jakiejś formie kontroli ze strony niezależnego organu kompetentnego w zakresie skutecznego zbadania przyczyn deportacji i umożliwiającego cudzoziemcowi kwestionowanie ustaleń poczynionych przez służby bezpieczeństwa danego państwa¹⁰⁵. Nabiera to szczególnego znaczenia wobec restrykcji natury proceduralnej w zakresie dostępu do i wykorzystywania informacji niejawnych w postępowaniach imigracyjnych, o czym za chwilę. W krajowej procedurze niezależny organ musi mieć kompetencje do przeciwdziałania w przypadkach zarzucenia powyższym ustaleniom braku uzasadnionego oparcia w faktach lub niezgodną z prawem lub sprzeczną ze zdrowym rozsądkiem i arbitralną interpretację przesłanek deportacji cudzoziemców¹⁰⁶. W najnowszym orzecznictwie strasburskim odnaleźć można gwarancje rzetelnego procesu z art. 6 EKPC, w tym wymóg niezależnego i bezstronnego organu, kontradiktoryjności postępowania z zasadą równości broni, prawa do udziału w postępowaniu i dostępu do akt sprawy, prawa do efektywnej obrony oraz do uzasadnienia decyzji deportacyjnej¹⁰⁷.

¹⁰³ Por. A. Szklanna, *op. cit.*, s. 179; *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 273.

¹⁰⁴ Wyrok w sprawie *Maaouia przeciwko Francji* z 5.10.2000 r., nr skargi 39652/98, § 40. Szerzej nt. zob. B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie Maaouia przeciwko Francji – dot. gwarancji procesowych dla cudzoziemców podlegających deportacji*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 2, s. 171 i n.

¹⁰⁵ Zob. wyrok w sprawie *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii* z 2.9.2010 r., nr skargi 1537/08, § 29; wyrok w sprawie *Musa i inni przeciwko Bułgarii* z 11.1.2007 r., skargi nr 61259/00, § 60 i n.; wyrok w sprawie *Bashir i inni przeciwko Bułgarii* z 14.6.2007 r., nr skargi 65028/01, § 41; *Liu przeciwko Rosji (nr 2)*, §87; *Lupsa przeciwko Rumunii*, §33-34; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, §123-124.

¹⁰⁶ Zob. wyrok w sprawie *M. i inni przeciwko Bułgarii* z 26.7.2011 r., nr skargi 41416/08, §101; *Liu przeciwko Rosji (nr 2)*, § 88; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, § 29; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, § 124.

¹⁰⁷ Por. powyżej przytoczone wyroki w sprawach bułgarskich i rumuńskich; N. Sitaropoulos, *The Role and Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-terrorism Measures Affecting Aliens' Rights*, [w:] *Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*, (ed.) E. Guild, A. Baldaccini, Leiden 2007, s. 104 i in. oraz M. Szuniewicz, *Kryterium...*, s. 18 i n.

ETPC przypisuje szczególne znaczenie gwarancjom w zakresie przyznania cudzoziemcowi środka zaskarżenia decyzji deportacyjnej, postrzegając art. 13 EKPC jako fundamentalne zabezpieczenie jednostki przed arbitralnością działania organów władzy państwowej¹⁰⁸. Dlatego w przypadku nieujawnienia cudzoziemcowi konkretnych przyczyn deportacji przy ogólnym powołaniu się na klauzulę bezpieczeństwa państwa oraz nieprzedstawienia kontrolującemu decyzję sądowi dowodów wskazujących na istnienie zagrożenia interesu publicznego ETPC uznał, że cudzoziemcowi nie zapewniono minimalnego stopnia ochrony arbitralności¹⁰⁹. Co więcej, brak wiedzy o konkretnych okolicznościach faktycznych, które legły u podstaw uznania deportacji za niezbędną dla ochrony interesu publicznego „uderza” w efektywność prawa cudzoziemca do obrony wobec niemożności skutecznego obalenia ustaleń faktycznych poczynionych przez organy władzy państwowej i/lub interpretacji ustawowych przesłanek deportacyjnych¹¹⁰. Środek zaskarżenia decyzji deportacyjnej powinien mieć charakter zawieszający jej wykonanie, co potwierdził ETPC w wyroku w sprawie *de Souza Ribero przeciwko Francji*, uznając, że dokonanie deportacji cudzoziemca w chwili, gdy odwołał się od decyzji deportacyjnej stanowi naruszenie art. 8 w zw. z art. 13 EKPC¹¹¹.

Dużo miejsca w najnowszym orzecznictwie ETPC dotyczącym deportacji cudzoziemców poświęcono problemowi ograniczeń proceduralnych związanych z wykorzystaniem materiałów niejawnych i powołaniem się na przesłankę ochrony bezpieczeństwa narodowego¹¹². W takich przypadkach organy władzy państwowej muszą postępować zgodnie z trybem przewidzianym dla ochrony informacji niejawnych, co czyni niemożliwym przytoczenie ustaleń faktycznych przemawiających za deportacją cudzoziemca (np. skonkretyzowanie stwarzanego przez cudzoziemca zagrożenia dla interesów bezpieczeństwa państwa). O ile jednak ograniczenie dostępu do części materiału dowodowego lub fragmentu decyzji sądowej i/lub jej uzasadnienia jest tego oczywistym rezultatem¹¹³, „nie można uznać za uzasadnione całkowite wyłączenie jawności orzeczenia sądowego w postępowaniu imigracyjnym”¹¹⁴, tym bardziej że ETPC upatruje w jawności decyzji podstawowego zabezpieczenia

¹⁰⁸ *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, §30.

¹⁰⁹ *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 42. Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Kryterium...*, s. 18–19.

¹¹⁰ Por. J. Chlebny, *Ochrona interesu publicznego a prawo cudzoziemca do pobytu w Polsce*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 10, s. 21.

¹¹¹ Wyrok w sprawie *de Souza Ribero przeciwko Francji* z 13.12.2012 r., nr skargi 22689/07, § 97 i n.

¹¹² Zob. *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, § 40; *Lupsa przeciwko Rumunii*, § 33-34; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, § 29; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, §119 i n.; *M. i inni przeciwko Bułgarii*, § 100.

¹¹³ Zob. wyrok Wielkiej Izby w sprawie *A. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 19.2.2009 r., nr skargi 3455/05, § 205 i in. oraz wyrok w sprawie *Raza przeciwko Bułgarii* z 11.02.2010 r., nr skargi 31465/08, § 53.

¹¹⁴ *Raza przeciwko Bułgarii*, § 53.

przed arbitralnym działaniem organów państwowych¹¹⁵. Seria wyroków strasburskich z ostatnich lat dookreśliła standard w zakresie dostępu do materiału dowodowego i uzasadnienia decyzji z uwagi na ochronę informacji niejawnych¹¹⁶. Trybunał zalecił przyjęcie odpowiednich procedur, które – nie zagrażając ujawnieniu tajnych źródeł informacji – przyznają stronie określone gwarancje proceduralne, zwłaszcza w zakresie dostępu do akt sprawy. W tym zakresie Trybunał przywołał przykład brytyjskiego rozwiązania przewidującego udział w postępowaniu i dostęp do objętych klauzulą tajemnicy państwowej informacji przez specjalnego pełnomocnika¹¹⁷. W przypadkach, gdy decyzje w sprawie cudzoziemca oparte były na niejawnych materiałach i wydane poza efektywną kontrolą sądową, cudzoziemiec – zdaniem ETPC – nie korzysta z minimalnego poziomu ochrony przed arbitralnością, a ingerencję władz należy uznać za uchybiającą konwencyjnej koncepcji legalności i w konsekwencji sprzeczną z EKPC¹¹⁸.

Uwagi końcowe

Jakkolwiek deportacja cudzoziemców nadal mieści się w ramach suwerennych uprawnień poszczególnych państw Rady Europy, orzecznictwo wypracowane na tle Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wskazuje, że możliwość wykonywania uprawnień deportacyjnych przez władze państwowe została ograniczona poprzez ustanowienie szeregu wymogów.

Pierwszą grupę stanowią wymogi klauzuli limitacyjnej, których spełnienie warunkuje dopuszczalność ingerencji w konwencyjne prawa i wolności cudzoziemca, w tym prawo do poszanowania jego życia rodzinnego założonego na terytorium danego państwa. Po pierwsze, zgodnie z testem legalności przepisy prawa krajowego muszą w sposób wystarczająco precyzyjny dookreślić zakres dopuszczalnych ingerencji w prawa i wolności jednostki. Po drugie, stanowiąca cel prawowity i podstawę deportacji przesłanka (np. ochrony bezpieczeństwa państwa) musi podlegać ścisłej interpretacji i wymaga wskazania konkretnych okoliczności faktycznych przemawiających za tym, że dana osoba stwarza poważne ryzyko dla interesu publicznego wymienionego w klauzuli limitacyjnej. Po trzecie, nawet w przypadku stwierdzenia

¹¹⁵ *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, § 30.

¹¹⁶ Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Bezpieczeństwo państwa jako „słowo-wytrych” dla ograniczenia praw i wolności człowieka – kilka uwag na tle orzecznictwa ETPCz*, [w:] publikacja pokonferencyjna z II Międzynarodowej Konferencji Naukowej pt. „Paradygmaty badań nad bezpieczeństwem”, Wyższa Szkoła Bezpieczeństwa w Poznaniu, Zakopane 4-6.12.2013 (w druku).

¹¹⁷ Przykład przytoczony w uzasadnieniu wyroku w sprawie *A. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 210 i 219-220.

¹¹⁸ Zob. *Liu v. Rosja* (nr 2), § 91; *M. i inni przeciwko Bułgarii*, § 102-103 i 105; *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, § 42 i n.

zasadności ochrony tego interesu (celu prawowitego), niezbędne jest wykazanie, że ingerencja w sferę praw i wolności danej osoby jest „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”. Wymaga to sprawiedliwego wyważenia sprzecznych interesów, tj. jednostkowego interesu cudzoziemca i/lub członków jego rodziny w zakresie poszanowania życia rodzinnego (więzi rodzinnych związanych na terytorium państwa przyjmującego) oraz interesu publicznego ucieleśnionego w art. 8 ust. 2 EKPC, nie zawsze bowiem i nie w sposób domniemany interes publiczny przeważa nad prawami jednostki. Tym samym powinna zachodzić proporcjonalność między zachowaniem się cudzoziemca a drastycznym przejawem aktu władczego państwa w postaci jego deportacji.

Drugą grupę stanowią wymogi stawiane władzom imigracyjnym, jakie muszą poprzedzić wydanie decyzji deportacyjnej, umożliwiając spełnienie powyższych wymogów w zakresie zasadności powołania się na przesłankę limitacji praw z art. 8 EKPC i przeprowadzenia testu konieczności oraz procesu „ważenia” argumentów w ramach zasady proporcjonalności. Dotyczą one konieczności przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego celem zebrania wyczerpującego materiału dowodowego i poddania go dokładnej analizie, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści uzasadnienia decyzji deportacyjnych. Organy państwa nie mogą bowiem w sposób blankietowy powoływać się na interes publiczny (np. względy bezpieczeństwa narodowego) i muszą podać konkretne okoliczności prawne i faktyczne, w oparciu o które podjęły niekorzystny dla cudzoziemca akt władczy. Aby sprostać wymogom zasady proporcjonalności, należy poczynić również odpowiednie ustalenia w zakresie sytuacji osobistej i rodzinnej cudzoziemca w państwie pobytu i w państwie pochodzenia, jak również potencjalnych skutków deportacji cudzoziemca dla członków jego rodziny.

Trzecią grupę stanowią wymogi proceduralne, wymagające przyznania odpowiednich gwarancji procesowych cudzoziemcowi w celu zapewnienia mu ochrony przed arbitralnością działania władz państwowych. Niekorzystne dla cudzoziemca akty władcze państwa muszą podlegać pewnej formie kontradyktoryjnego postępowania przed niezależnym i bezstronnym organem z poszanowaniem zasady równości broni. Wyłączenie jawności postępowania i ograniczenie dostępu do materiału dowodowego – w związku z procedurą dostępu do i wykorzystywania informacji niejawnych – nie może ograniczyć jednostki w ochronie jej konwencyjnych praw. W związku z tym szczególnego znaczenia nabiera prawo do efektywnej obrony, wymagające zapewnienia cudzoziemcowi dostępu do akt sprawy i uzasadnienia decyzji deportacyjnej, wskazującego na okoliczności faktycznie przemawiające za deportacją cudzoziemca oraz prawo do skutecznego środka zaskarżenia z art. 13 EKPC.

Merytoryczne podejście ETPC do problematyki ochrony cudzoziemców przed deportacją w kontekście zobowiązań w zakresie poszanowania życia rodzinnego z art. 8 EKPC nadal odznacza się kazuistycznością. Będący tego

rezultatem trudny do przewidzenia kształt sentencji wyroku spotkał się z falą krytyki i to również w łonie samego Trybunału, o czym świadczy stosunkowo duża liczba zdań odrębnych składanych przez sędziów do wyroków w przedmiotowych sprawach. Rozbieżność i niepewność co do konkluzji Trybunału jest szczególnie widoczna w zakresie traktowania tzw. imigrantów drugiej generacji. Największy problem stanowi brak konsekwencji przy uwzględnianiu okoliczności, którymi kieruje się ETPC podczas ustalania zakresu niedopuszczalności deportacji cudzoziemców w kontekście wynikających z art. 8 EKPC zobowiązań do poszanowania życia rodzinnego. Na przestrzeni lat daje się zaobserwować zarysowującą się zmianę ciężaru gatunkowego i znaczenia określonych argumentów w ramach testu proporcjonalności. Jakkolwiek w wyroku w sprawie *Boultif przeciwko Szwajcarii* oraz *Üner przeciwko Holandi* ETPC przedstawił katalog okoliczności wymagających zbadania, nie uporządkowało to strasburskiego *modus operandi* w sprawach dotyczących deportacji cudzoziemców i wbrew zapowiedziom nie daje praktykom i władzom imigracyjnym państw Rady Europy żadnych wyraźnych i przydatnych wskazówek, co poniekąd stawia pod znakiem zapytania efektywność konwencyjnej ochrony. Reasumując, należy wskazać, że ochrona przed deportacją w oparciu o art. 8 EKPC pozostaje rezultatem *balancing test* w każdej indywidualnej sprawie, rozstrzyganej *ad casum*.

AN EXPULSION OF ALIENS IN THE LIGHT OF OBLIGATIONS FROM ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Key words: alien, expulsion (deportation), European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, immigration, family life

Summary

An expulsion of aliens is still a sovereign right of the State, but its exercise has been restricted in the Strasbourg's case-law elaborated on the European Convention on Human Rights (ECHR). The European Court of Human Rights (ECtHR) set up a number of requirements that must be fulfilled by the State's authorities due to a right to respect family life of an alien. The first group of requirements concerns conditions embodied in a limitation clause from Article 8 ECHR deciding on permissibility of an interference in rights to respect family life. The domestic regulations on grounds of expulsion must comply with a legality test in respect of accessibility, precision and foreseeability of the 'law'. The reasons for expulsion must be subject to strict interpretation and require to specify individual circumstances indicating an existence of the threats for public interests and need to protect the legitimate aims. It is indispensable to prove that an interference in the alien's right to protect family life is „necessary in a democratic society” what requires „balancing” of the concurring interests of a society (public interests) and an individual (alien and his/her family members) in order to ensure proportionality of a deportation measure. The second group of requirements encompasses necessity to carry out a credible and accurate investigation aimed at gathering sufficient evidences and their verification and throughout examination which should be reflected in reasons of deportation orders, revealing its particular legal and factual grounds of expulsion. The requirements in the

third group are appropriate procedural guarantees to protect an alien from arbitrariness of the State's authorities. The newest case-law underlines that deportation orders must be subject to some form of proceedings before independent and impartial organ with respect to the principle of equality of arms and an access to records of a case, even when interests of national security are at stake and some restrictions are undertaken due to the use of confidential material. In the light of the Court's judgments the right to an effective remedy and the right to appeal from deportation order are of paramount importance.

An attitude of the ECtHR to an issue of protection against expulsion of aliens in the context of obligations to respect family life of an individual is highly casuistic. The discrepancy of the Strasbourg's case-law is particularly noticeable in cases of deportation of second-generation immigrants. The biggest problem is the lack of consistency in regard to circumstances used by the ECtHR to determine an inadmissibility of expulsion of an alien as a result of obligations derived from Article 8 ECHR. The factors provided in *Boultif case* and *Üner case* have not sufficiently clarified and unified the Court's model of legal reasoning in these cases. In consequence, the protection against expulsion of aliens on the grounds of Article 8 is still a result of balancing test of all relevant circumstances in each case and is adjudicated on a case-by-case basis.

MISCELLANEA

Paweł Czubik

Wydział Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie,
Instytut Europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie

**Aktywność konsularna
w zakresie transgranicznego transportu zwłok
– analiza podstawowych regulacji na tle działań
podjętych po katastrofie smoleńskiej
wobec wątpliwości co do zakazu
otwierania trumien**

Słowa kluczowe: międzynarodowy transport zwłok, funkcje konsularne, konwencje konsularne, katastrofa smoleńska 2010

1. Wstęp

W dniu 10 kwietnia 2010 r., po katastrofie smoleńskiej, strona rosyjska rozpoczęła procedury zabezpieczania i przygotowywania do transportu do Polski zwłok ofiar. Abstrahując od kwestii nieprofesjonalnych działań w tym zakresie, skutkujących *de facto* niszczeniem potencjalnych dowodów, urągającego standardom międzynarodowym sposobu dokonywania sekcji, braku zabezpieczenia materiału fotograficznego, czego efektem stały się niekontrolowane (lub kontrolowane jedynie przez rosyjskie służby specjalne?) jego przecieki na rosyjskie serwery etc., opinię publiczną zbulwersowały informacje o rzekomo przekazywanym rodzinom ofiar komunikacie precyzującym zakaz otwierania trumien po ich dostarczeniu do Polski. Istnieją rozbieżności co do osoby przekazującej ten komunikat (niewykluczone, że miał on kilka źródeł), pewne jest jednak, że dyspozycję taką rodziny ofiar usłyszały jeszcze w Moskwie, gdy przybyły na identyfikację ciał. Celem niniejszego tekstu jest ustalenie, czy tego typu zakaz mógł zostać wydany i czy był on zgodny z konsularnymi procedurami stosowanym w razie konieczności przewiezienia do kraju zwłok obywatela zmarłego zagranicą.

Niezależnie od tego, który z organów administracji zagranicznej bądź krajowej (działając zagranicą) wydał tego typu dyspozycję – jej złożenie można traktować wyłącznie w kategoriach aktywności konsularnej. Aktywność tego typu może być bowiem analizowana jako aktywność ściśle konsularna lub też jako wykonywanie funkcji konsularnych przez przedstawicieli dyplomatycznych lub członków misji specjalnej (w której skład niewątpliwie wchodziłi wszyscy wysłannicy polskiego rządu i organów administracji centralnej, którzy znaleźli się w Smoleńsku po katastrofie rządowego TU – 154 z prezydentem RP na pokładzie). Ewentualne dyspozycje i decyzje podejmowane przez przedstawiciela MSZ lub rządu (w ramach wysłanej misji specjalnej) mogą być analizowane w kontekście wykonywania funkcji konsularnych. Nie tyle bowiem istotny jest charakter organu, co zakres rzeczowy czynności.

2. Umowy konsularne a transport zwłok

Mimo że konsulowie od wieków są aktywnym organem administracji służb zagranicznych zajmującym się repatriacją szczątków doczesnych obywateli, wielostronne instrumenty prawa konsularnego ograniczają się w swojej treści jedynie do kwestii notyfikacyjnych. Jest kwestią absolutnie pewną, że obowiązek notyfikacyjny ze strony państwa przyjmującego ma charakter prawozwyczajowy – kwestia notyfikacyjna odzwierciedlona była w licznych konwencjach dwustronnych. Abstrahując od kwestii celowości takiej notyfikacji w starszych konwencjach (za jej dokonywaniem stały ewidentnie problemy związane z zabezpieczeniem masy spadkowej, a nawet realizacji spadków), jej wykonywanie było niewątpliwie już z pewnością w drugiej połowie XIX w. Co więcej, na bazie tej praktyki stworzona została norma bardzo silna, dochodząca do głosu również w sytuacjach szczególnych, np. braku nawiązanych stosunków konsularnych¹. Wyrażna norma konwencyjna w tym zakresie została odzwierciedlona w art. 37 pkt. (a) Konwencji wiedeńskiej stanowiącej: *Jeżeli właściwe władze państwa przyjmującego posiadają odpowiednie informacje, są obowiązane: a) w razie zgonu obywatela państwa wysyłającego niezwłocznie zawiadomić o tym urząd konsularny, w którego okręgu nastąpił zgon (...)*.

Podobną regulację przewiduje art. 17 Europejskiej konwencji o funkcjach konsułów², która co prawda nie wiąże strony polskiej ani rosyjskiej, którą jednakże uznać można za bardzo szczegółowe odzwierciedlenie prawa zwyczajowego w analizowanym zakresie. Przepis ten jednakże trudno uznać za rewolucyjny, a jego „otoczka normatywna” (art. 17–27) została zdecydowanie sporządzona dla zabezpieczenia praw majątkowych spadkobierców denata.

¹ Zał. do Dz.U. z dnia 17 maja 1982 r., nr 13, poz. 98.

² European Treaty Series 1967, No. 061.

Regulacje tego typu najczęściej odzwierciedlane są również w podobnym ujęciu w dwustronnych konwencjach konsularnych. Obowiązująca w relacjach Polski z Rosją dwustronna Konwencja konsularna z 1992 r.³ przewiduje klasyczne rozwiązania w tym zakresie – art. 39 określa obowiązki notyfikacyjne dotyczące zgonu obywatela (odnoszące się także do konieczności bezpłatnego przekazania konsulowi aktu zgonu)⁴, zaś art. 40–41 bardzo szczegółowo odnoszą się do zabezpieczenia i realizacji praw spadkowych. Polsko-rosyjska umowa o pomocy prawnej z 1996 r.⁵ do omawianych kwestii się natomiast nie odnosi⁶.

Jak niezbitnie wynika z powyższego, dokonywanie notyfikacji obywatelstwa konsulowi jest zawsze obligatoryjne w przypadku śmierci obywatela. Władze państwa przyjmującego powinny dokonać notyfikacji w jak najszybszym terminie. Oczywiście czas odgrywa istotną rolę w procesie dalszej aktywności konsularnej – szczególnie w związku z koniecznością zapewnienia transportu zwłok⁷.

Stwierdzenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ze sprawy *Diallo*⁸ sugerujące, iż notyfikacja konsularna powinna nastąpić również w sytuacjach oczywistych i których świadomość zaistnienia mają władze państwa wysyłającego, wydają się nietrafne (także w kontekście wspomnianej sprawy przeciwko *Kongo ze skargi Gwinei*). Nie mogą być także podnieszone w kontekście katastrofy smoleńskiej. Nie ulega wątpliwości, że strona rosyjska nie musiała dokonywać przekazywania jakichkolwiek informacji o ściśle konsularnym charakterze, informacje o smoleńskich ofiarach przekazywane były bezpośrednio polskiemu ambasadorowi, a potem przybyłym do Smoleńska przedstawicielom władzy najwyższej.

Wspomniane powyżej normy konwencyjne nie dotyczą jednakże szczegółowo kwestii aktywności konsularnej w zakresie transportu zwłok. Uznać należy jednak, że cała reszta wobec takiej treści norm konwencyjnych należy do prawa zwyczajowego, które zabezpiecza możliwość realnego skorzystania konsula z dokonanej przez państwo przyjmujące notyfikacji.

³ Dz.U. z 1995 r., Nr 140, poz. 687.

⁴ Notyfikacja w przypadku zgonów w wyniku wypadków komunikacyjnych ma swoje dodatkowe podstawy także w art. 43 ust. 4 Konwencji.

⁵ Dz.U. z 2002 r., Nr 83, poz. 750.

⁶ Natomiast odnosi się do szeregu kwestii pomocniczych np. przesyłania aktów stanu cywilnego (art. 16), ponadto daje ona podstawy pod wykonywanie szeregu wzajemnych czynności procesowych.

⁷ Choć istotnym celem notyfikacji na tle rozwiązań krajowego prawa konsularnego (zob. art. 26 ustawy o funkcjach konsulów, Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 215, poz. 1823) jest zgłoszenie zgonów do krajowych aktów stanu cywilnego. Konsul polski nie sporządza aktu stanu cywilnego, a jedynie pośredniczy w zgłoszeniu zgonu przesyłając do Urzędu Stanu Cywilnego sporządzony protokół zgonu.

⁸ Sprawa *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Judgment of 30 November 2010, General List No. 103, par. 94.

3. Międzynarodowe regulacje traktatowe dotyczące transportu zwłok

Warto przy tym zwrócić uwagę na dwa istniejące instrumenty prawno-międzynarodowe odnoszące się do transportu zwłok. Obie istniejące regulacje wielostronne przewidują *de facto* liberalizację obrotu w tym zakresie poprzez wyeliminowanie konsula z procesu transferowego. Wydaje się, że w analizowanym kontekście mogą wynikać z nich pewne wskazówki dla zrozumienia roli konsula w procesie artykułowania zakazu co do otwierania trumien smoleńskich.

Konieczność bowiem wprowadzenia zakazu otwierania trumien, stanowiących przedmiot przewozu transgranicznego, wynika z regulacji art. 2 pkt 2 Konwencji berlińskiej⁹, zawartej jeszcze pod auspicjami Ligi Narodów w 1937 r. Uzyskanie zaświadczenia na okoliczność tego zakazu stanowić może podstawę dla wydania *laissez-passer*. W Konwencji strasburskiej (zawartej pod auspicjami Rady Europy w 1973 r.¹⁰) tego wymogu nie ma – pojawia się natomiast nakaz przyjęcia reguł państwa, z którego zwłoki są transportowane jako warunek dla wydania *laissez-passer* z tej Konwencji (art. 5 pkt (a)), oraz regulacja wskazująca na konieczność stosowania regulacji Konwencji berlińskiej, jeżeli jedno z państw tego zażąda, a oba państwa są stronami obu konwencji (art. 9 Konwencji strasburskiej). Polska nie jest stroną żadnej z konwencji. Trudno wskazać by zakaz ten miał charakter prawa zwyczajowego, biorąc pod uwagę, że w przypadku Konwencji berlińskiej nie jest ów zakaz nawet jej istotą, a co więcej nie został powtórzony w Konwencji strasburskiej, która większość regulacji berlińskich skopiowała. Należy spostrzec, że regulacje berlińskie dostosowane były do o wiele wcześniejszych warunków technicznych transportu – w chwili przyjmowania jej treści cywilny transport lotniczy był w powijkach, a także niezbyt imponujący był transport samochodowy – nie gwarantował ani szybkości, ani odpowiedniego zasięgu transportowego. Jedyne środki ogólnodostępne w transporcie transgranicznym była droga kolejowa i morska¹¹ – ta pierwsza gwarantowała sporą prędkość transportu, w okresie jednakże wysokich temperatur zewnętrznych nie gwarantowała jakichkolwiek technik schładzania ładunku, droga zaś morska czy rzeczna wiązała się ze sporym upływem czasu. W okresie przyjmowania Konwencji strasburskiej panowała już odmienna rzeczywistość. Transport zwłok odbywał się głównie w formule transportu lotniczego, co gwarantowało jego szybkość jak i odpowiednie warunki

⁹ *International agreement concerning the conveyance of corpses*, LNTS Vol. CLXXXIX, 1938, poz. 4391, s. 315–325. Ratyfikowało ją 6 państw świata (Francja, Egipt, Włochy, Niemcy, Czechy, Słowacja).

¹⁰ *Agreement on the Transfer of Corpses*, European Treaty Series 1973, No. 080. Stronami umowy są 23 państwa Rady Europy.

¹¹ Choć Konwencja berlińska wspomina już również o drodze lotniczej transportu.

temperaturowe. Tego typu norma nie miała już więc szczególnej racji bytu i nie znalazła się w Konwencji.

Należy jednak zauważyć, że – zgodnie z regulacjami Konwencji strasburskiej – jeżeli oba państwa zainteresowane transportem są jednocześnie stronami obu konwencji (co jest zdarzeniem ekstremalnie rzadkim w praktyce, konwencje łączą bowiem te nieznaczne grupki państw), na wniosek jednego z państw można stosować regulacje berlińskie jako bardziej konserwatywne. Może to dotyczyć zakazu otwierania trumien.

Omawiana norma nie może być przy tym uznana za tworzącą istotę Konwencji berlińskiej. Zarówno ona jak i konwencja strasburska odnoszą się przede wszystkim do zapewnienia jak największych uproszczeń stosowanych w procedurach poprzedzających transport – przede wszystkim poprzez wprowadzenie certyfikatu wystawianego w państwie pochodzenia, bezpośrednio akceptowanego w państwie przeznaczenia (w ten sposób dochodzi do wyjęcia kwestii związanych z transportem zwłok z zakresu zainteresowania służb konsularnych).

Z drugiej jednakże strony należy zwrócić uwagę na fakt, iż szereg sanitarnych regulacji krajowych pochodzi ewidentnie z tych właśnie konwencji i to niezależnie od uczestnictwa państwa w tych traktatach.

Jednakże bardzo trudno wyobrazić sobie, by reguły berlińskie czy strasburskie mogły być uznane za tworzące normy prawa zwyczajowego w omawianym zakresie. Choć oczywiście nie jest wykluczone stworzenie zwyczaju na bazie postanowień traktatowych, to jest to dalece wątpliwe by norma prawa zwyczajowego, mająca zasadniczo charakter „rozmyty”, mogła określać bardzo precyzyjne wymogi sanitarne.

Zasadne wydaje się pytanie, czy prawo zwyczajowe może być uznane za system normatywy, stojący za rzekomym zakazem otwierania trumien smoleńskich (abstrahując od faktu związania RP tego typu normami w relacjach wewnętrznych, wobec odpowiedniego brzmienia norm konstytucyjnych)? Z pewnością prawo zwyczajowe, nawet gdyby uznać zwyczajowoprawne podłoże działań państw w omawianej materii, nie jest na tyle precyzyjne – prawo to może zabezpieczać konkretny sanitarny cel, ale nie tworzy norm będących celem samym w sobie (tj. stosowanych bez ich teleologicznego uzasadnienia). Trudno wobec powyższego, nawet jeśli przyjąć, że zakaz taki może mieć jakieś podłoże zwyczajowo prawne, wyobrazić sobie, by mógł kategorycznie odnosić się do sytuacji mającej miejsce w związku z wydarzeniami z 10 kwietnia 2010 r. Coś, co może być dalece sensowne w kontekście długotrwałego, rejestrowanego lotniskowo transportu zwłok z rejonów egzotycznych w okresie wakacyjnym, nie może przesądzać analogicznej praktyki w przypadku masowego, bezpośredniego transportu, realizowanego wręcz natychmiast w warunkach specjalnych i w chłodnym jeszcze okresie przedwiosennym.

Niemniej jednak nie można wykluczyć, że zakaz ten stanowił konsekwencje zastosowania zwyczajnych procedur konsularnych do nadzwyczajnej

sytuacji, co wobec rozmiaru katastrofy i niechlujności władz rosyjskich (przy m.in. sporządzaniu dokumentacji sekcyjnych) wywołało skandale skutkujące ekshumacjami.

4. Materia prawa krajowego i praktyka konsularna

Warto przyjrzeć się analizowanej kwestii również w świetle polskiej praktyki konsularnej i prawa krajowego. Umieszczanie pieczęci konsularnych na trumnie lub urnie tak, by nie dać możliwości jej otwarcia – jest przedmiotem instrukcji konsularnych. Nie oznacza to braku możliwości otwarcia w kraju (choć z pewnością w wielu przypadkach byłoby to wskazane z przyczyn sanitarnych) lecz braku możliwości otwarcia przed przekroczeniem granicy. Państwa, z których terytorium dokonuje się transportu otwarcie to uniemożliwiają poprzez spawanie trumien etc. Jest to szczególnie uzasadnione w przypadku długotrwałego, wielogodzinnego transportu etc. Przykładowo w relacjach z USA i transporcie ze Stanów Zjednoczonych trumny są bardzo dokładnie zabezpieczane i plombowane przez władze państwa pochodzenia. W przypadku smoleńskim nie było to konieczne ze względów sanitarnych. Nie istniały więc formalne zakazy otwierania trumien. Z prawa krajowego – tj. ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 r.¹² (wzorowanej na ustawie z 1932 r.¹³) wynika jedynie zakaz przewożenia lub przenoszenia otwartych trumien¹⁴, a nie ich otwarcia¹⁵. W wydanym na podstawie ustawy rozporządzeniu o przechowywaniu zwłok (obecnie z 2011¹⁶, w czasie katastrofy smoleńskiej nie obowiązywało żadne rozporządzenie w tej materii – poprzednie¹⁷ wygasło w roku 2008¹⁸) nie ma nic na ten temat. Z samej ustawy (art. 14 ust. 4 pkt 2) wynika jedynie konieczność zaświadczenia konsularnego¹⁹, natomiast rozporządzenie z 2007 r. w sprawie

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2011 nr 118 poz. 687.

¹³ Ustawa o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyny zgonu (Dz.U. z 1932 r., Nr 35, poz. 359 z późn. zm.)

¹⁴ Zob. art. 12 ust. 2 ustawy stanowiący: *Przenoszenie lub przewożenie zwłok w otwartych trumnach jest wzbronione.*

¹⁵ Te zakazy (choć istotnie nieczytelne) pojawiają się w rozporządzeniach o czym dalej.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie sposobu przechowywania zwłok i szczątków (Dz.U. z 2011 nr 75 poz. 405).

¹⁷ Rozporządzenie Ministrów Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska oraz Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 20 października 1972 r. w sprawie urządzania cmentarzy, prowadzenia ksiąg cmentarnych oraz chowania zmarłych (Dz.U. z 1972 r., Nr 47, poz. 299, tekst jednolity Dz.U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1783).

¹⁸ Na podstawie art. 44 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o zmianie i uchyleniu niektórych upoważnień do wydawania aktów wykonawczych (Dz.U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1600).

¹⁹ Ustawa ta stanowi w ust. 4: *Na sprowadzenie zwłok i szczątków z zagranicy w celu ich pochowania należy uzyskać: 1) pozwolenie starosty właściwego ze względu na miejsce, w którym zwłoki i szczątki mają być pochowane; pozwolenie jest wydawane po porozumieniu z właściwym państwowym powiatowym inspektorem sanitarnym; 2) zaświadczenie polskiego*

zezwoleń na transport zwłok²⁰, które miało być wydane zgodnie z ustawą w porozumieniu z MSZ²¹, raz, że zostało wydane samodzielnie przez MSZ, to jeszcze nic nt. zezwoleń²² vel zaświadczeń konsularnych nie stanowi.

Według art. 20 (a) rzeczony ustawy, do postępowania w sprawie sprowadzenia zwłok i szczątków z zagranicy, należącego do właściwości konsułów, stosuje się przepisy ustawy z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsułów Rzeczypospolitej Polskiej²³. W samej ustawie o funkcjach konsułów jednakże o samym transporcie zwłok nic nie ma, należy zakładać więc, że owo odwołanie dotyczy *sensu stricto* materii proceduralnej (która zresztą nie została uregulowana w tej ustawie²⁴).

Z wydanego, również na podstawie wyżej wspomnianej ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 r., rozporządzenia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi²⁵, którego *nota bene* paragraf 6 ust. 2 precyzuje ogólny zakaz otwierania trumien po złożeniu doń zwłok i przymocowaniu wieka trumny, którego zakres trudno jednoznacznie ustalić²⁶, w par. 8

konsula, wydane po przedstawieniu pozwolenia, o którym mowa w pkt 1, stwierdzające, że zwłoki i szczątki mogą być sprowadzone na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ustęp 5. ustawy precyzuje: Pozwolenia i zaświadczenia są wydawane na wniosek osób, o których mowa w art. 10 ust. 1, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie pozwolenia albo zaświadczenia. W przypadku zgonu na skutek choroby zakaźnej wymienionej w wykazie, o którym mowa w art. 9 ust. 3a, pozwoleń, o których mowa w ust. 1 i ust. 4 pkt 1, nie wydaje się przed upływem dwóch lat od dnia zgonu.

²⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich (Dz.U. z 2007, nr 249, poz. 1866).

²¹ Ustawa w art. 14 ust. 7 stanowi: *Minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych określi, w drodze rozporządzenia, sposób i tryb wydawania pozwoleń i zaświadczeń, w szczególności: 1) szczegółowy sposób i tryb postępowania w sprawach wydawania pozwoleń oraz zaświadczeń, o których mowa w ust. 1-5, 2) wykaz dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwoleń oraz zaświadczeń, o których mowa w ust. 1-5, 3) wymagania sanitarno-techniczne, jakim powinien odpowiadać przewóz zwłok i szczątków uwzględniając konieczność ochrony życia i zdrowia ludzi oraz poszanowania zwłok i szczątków.*

²² Znamienną niekonsekwencją ustawodawczą jest określanie aktywności konsularnej w omawianej ustawie jako wydawanie *zaświadczeń* podczas, gdy praktyka konsularna posługuje się *zezwoleńiami* w tym zakresie (ten termin powielają też instrukcje resortowe).

²³ Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1823, z późn. zm.

²⁴ Ustawa w zakresie trybu postępowania przed konsulem odsyła do rozporządzenia, którego nie wydano (i prawdopodobnie nie zostanie ono wydane – materia jest to bowiem ewidentnie ustawowa). Formalnie nadal obowiązuje (choć od dawna już nie powinno obowiązywać) zarządzenie w sprawie szczegółowego trybu funkcjonowania przed konsulem (M.P. z 1985 r. Nr 35, poz. 233).

²⁵ Dz.U. z 2001 nr 153 poz. 1783.

²⁶ Wydaje się, że należy go interpretować w duchu § 11 ust. 3 tego rozporządzenia stanowiącego o chowaniu zwłok bez otwierania trumny po przewiezieniu ich na miejsce pochówku, co nie wyklucza czynności tego typu (sekcyjnych etc.) dokonywanych przed finalnym pochówkiem.

ust. 4 precyzuje, iż *Pochowanie sprowadzonych z zagranicy szczątków, o których mowa w ust. 1 pkt 1, następuje na podstawie zezwolenia, o którym mowa w art. 14 ust. 3 ustawy*²⁷.

Instrukcje konsularne wskazują na cały szereg obowiązków konsula dotyczących przekazywania informacji o zgonie, konstytuują także szereg dobrych praktyk w aktywności dotyczącej zabezpieczenia i transportu zwłok. I tak konsul powinien bezzwłocznie przesłać powziętą informację o zgonie obywatela do kraju. W praktyce informacje te są przekazywane do MSZ ale także bezpośrednio do rodziny obywatela w kraju, polskiego przedsiębiorstwa pogrzebowego etc. Szczegółne czynności konsul powinien podejmować w przypadku podejrzeń co do śmierci obywatela w wyniku przestępstwa (powinien wówczas przesłać do resortu sprawiedliwości informacje o przeprowadzonym w państwie przyjmującym dochodzeniu, protokoły sekcyjne itp.). W przypadku ewentualnych możliwości uzyskania odszkodowań z tytułu śmierci obywatela zagranicą konsul stosuje dodatkowe zabezpieczenia dowodów pomocnych przy podnoszeniu roszczeń. Rzeczy zmarłego na koszt spadkobierców przesyła się do kraju; jeżeli są one wartościowe lub mają szczególne znaczenie dowodowe przesyłka odbywa się pocztą dyplomatyczną²⁸. Przewóz zwłok z terytorium państwa obcego do Polski zgodnie z regulacjami instrukcyjnymi możliwy jest jedynie na podstawie zezwolenia terytorialnie właściwego polskiego konsulatu (tj. konsulatu na którego terytorium nastąpił zgon obywatela polskiego)²⁹. Zezwolenie takie jest wydawane po przedstawieniu karty zgonu (zasadniczo dokumentu wystawionego przez lekarza), odpisu aktu zgonu, zaświadczenia od władz sanitarnych o umieszczeniu zwłok w metalowej trumnie o odpowiednich parametrach chłonnych, następnie zalutowanej i włożonej do drewnianej skrzyni uniemożliwiającej jej poruszenie³⁰ (jeżeli państwo pochodzenia zwłok wymaga szczególnych, innych

²⁷ Widać tu ewidentny brak precyzji ustawodawcy art. 14 ust. 3 dotyczy bowiem sytuacji przewozu szczątków tranzytowo przez terytorium RP. Cyt. *Przewóz zwłok i szczątków przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może nastąpić po uzyskaniu zaświadczenia wydanego przez polskiego konsula w państwie, z którego przewóz ten ma nastąpić, stwierdzającego brak przeszkód do wwiezienia zwłok i szczątków na terytorium innego państwa*. Inną kwestią jest ewidentne mieszanie terminów *zaświadczenia* (jak widać w cytowanym przepisie) i *zezwoienia* (jaki występuje w przepisie, który doń odsyła).

²⁸ W przypadku smoleńskim przesyłką dyplomatyczną przesłano rzeczy ofiar katastrofy – najbardziej bulwersujący i jak dotychczas niewyjaśniony jest w tym kontekście fakt nadpalenia dowodu (ministra Merty), który na fotografiach rzeczy osobistych zrobionych po wypadku i przesyłanych pocztą dyplomatyczną jest bez wątplenia nieuszkodzony (uszkodzenie musiało nastąpić w centrali MSZ).

²⁹ Regulacje w tym zakresie należy traktować jedynie instrukcyjnie (nie tworzą one obowiązków i praw obywateli RP), odstępowo od nich jest także ewidentnie dopuszczalne w przypadku stanu faktycznego nimi nie objętego. Zezwolenia tego typu trudno było oczekiwać ze strony konsulatu RP w Smoleńsku, wobec przewiezienia zwłok do Moskwy (okręgu Wydziału Konsularnego Ambasady) i finalnego transportu do Polski realizowanego z Moskwy.

³⁰ *Nota bene* są to wymogi wzorowane na Konwencji berlińskiej.

środków ostrożności, należy przedłożyć zaświadczenie o ich zachowaniu), zezwolenia władz państwa przyjmującego na wywóz zwłok, zezwolenia właściwego organu administracji polskiej na przewóz zwłok do Polski. Jednocześnie konsul powinien ustalić tożsamość zwłok (z obowiązku tego oraz obowiązku sprawdzania zamknięcia trumny konsul jest zwalniany, jeżeli transport realizowany jest przez przedsiębiorstwo polskie). Technicznie sprawa rozwiązywana jest w taki sposób, że konsul wydaje zaświadczenie po tym, gdy ustali tożsamość zwłok, zezwoli na zalutowanie trumny i opieczetuje ją pieczęciami konsulatu³¹.

Należy więc stwierdzić, że w zakresie instrukcji konsularnych brak bezpośrednich imperatywnych wskazań, nakazujących dokonywanie jakichkolwiek czynności poza zakresem zabezpieczenia transportu zwłok, w szczególności czynności skutkujących w państwie wysyłającym, a polegających na formułowaniu zakazu otwierania trumien przed pochówkiem w kraju. Co więcej, konsul, w kontekście zaistniałych po katastrofie smoleńskiej zdarzeń, wydawał się na pierwszy rzut oka być obciążony obowiązkami w zakresie prawidłowości identyfikacji zwłok. Co prawda, w świetle istniejącej praktyki międzynarodowej nie powinno dochodzić do zamykania trumien wyłącznie w obecności konsula, który jedynie w razie braku jakichkolwiek wątpliwości co do tożsamości denata może zezwolić na zamknięcie transportowe. Na dowód dokonania tych czynności i wyłącznie wobec braku takich wątpliwości konsul umieszcza plomby na trumnach. Natomiast należy przypomnieć, że konsul nie ma nawet w świetle regulacji instrukcyjnych obowiązków w opisywanym zakresie identyfikacyjnym oraz sprawdzania zamknięcia trumny, jeżeli transport realizowany jest przez przedsiębiorstwo polskie. Z tego typu sytuacją mieliśmy do czynienia w przypadku transportu zwłok z Moskwy – tym samym trudno wskazać niedociągnięcia w aktywności służby konsularnej w tym zakresie.

W obliczu zdarzeń smoleńskich, wobec rozmiaru zjawiska i konieczności szybkiego transportu zwłok ofiar, zapewne odstąpiono od szeregu czynności, od których w warunkach nie tak ekstraordinaryjnych nie pozwolono by sobie odstąpić. Na efekty tego stanu rzeczy nie trzeba było czekać³². W sferze obowiązywania prawa polskiego natomiast analizowane kwestie są ewidentnie traktowane po macoszemu i niedoprecyzowane. Braki te niestety dość wyraźnie dały o sobie znać w przypadku przewozów smoleńskich.

Ministerstwo Spraw Zagranicznych nie poczuwa się do odpowiedzialności w zakresie błędów popełnionych przy identyfikacji i zabezpieczeniu prze-

³¹ Ponadto na poziomie instrukcyjnym uregulowano kwestię szczególnych aktywności konsularnych, związanych z przewozem ciał ofiar chorób zakaźnych, popiołów w urnach, szczątków ludzkich odłączonych od całości (w tym pozostałości zwłok wydobytych przy eks-humacji), oraz przewozów tranzytowych zwłok przez terytorium RP. Kwestie te nie znalazły zastosowania w przypadku transportów smoleńskich.

³² Odrębną kwestią jest w miejscu tym nieuzasadniony brak aktywności przedstawicieli prokuratury.

chowywania i transportu zwłok. W informacji przekazanej PAP w dniu 24 października 2012 r.³³ Mirosław Gajewski (p.o. zastępcy Dyrektora Generalnego Służby Zagranicznej MSZ) stwierdził, iż: *w świetle polskich przepisów konsul nie odpowiada za identyfikację ciała (...) zaś (...) do obowiązków konsula należy wyłącznie wystawienie niezbędnych dokumentów na transport zwłok do Polski*. Podkreślił, że *nie jest obowiązkiem konsula weryfikacja zawartości trumny (...) zaś (...) konsul nie posiada nawet takich uprawnień*. Reasumując stwierdził, że: *polska służba konsularna po katastrofie smoleńskiej sprawdziła się bardzo dobrze*³⁴. Rzeczywiście w świetle powyższych ustaleń trudno wskazywać bezpośrednie obowiązki konsularne w omawianym zakresie, natomiast na tle kwestii poruszonych w akapicie poniżej trudno także podzielać wyrażoną ocenę całkowitej aktywności konsularnej. W efekcie natomiast traumatycznych doświadczeń związanych z identyfikacją zwłok po katastrofie smoleńskiej poinformowano o utworzeniu tzw. specjalnej grupy wsparcia konsularnego w sytuacjach kryzysowych. Osoby wchodzące w skład tejże grupy będą szkolone m.in. w prosektoriach. Ich aktywność będzie miała charakter misji specjalnej – zasadniczo jej członkowie urzędować będą w centrali MSZ, w razie konieczności zaś misja będzie się konstituować i wysyłana będzie na miejsce tragedii służąc pomocą miejscowej polskiej służbie konsularnej. Niezależnie więc od braku formalnego obowiązku, polska służba konsularna zamierza więc w razie potrzeby (która oby nigdy nie nastąpiła) aktywnie uczestniczyć w transporcie, identyfikacji i zabezpieczaniu zwłok. Jest to zresztą filozofia zgodna z współczesnym rozumieniem ochrony konsularnej i związaną z nim interpretacją art. 36 Konstytucji RP. Owa ochrona ma charakter w sporym stopniu dyskrejonalny³⁵, a samo prawo obywatela do ochrony być może nie jest postulatywne (jak prawo do pracy), lecz zakres jego wykonywania w dużym stopniu zależy od ustaleń konsula co do zasadności politycznej i faktycznej dokonywanych czynności³⁶.

Na tle pozostałych zdarzeń związanych z katastrofą smoleńską, a ujawnionych ponad dwa lata po tym, jak się wydarzyła, omawiane kwestie wydają się przy tym mało istotne. Wyciek zdjęć prezydenta Lecha Kaczyńskiego na stole sekcyjnym, zamiana zwłok b. prezydenta Ryszarda Kaczorowskiego pokazuje szereg dramatycznych zaniedbań, których dopuścili się służby zagraniczne RP i BOR. Jedynie nieliczne z nich można tłumaczyć brakiem stosownych regulacji o charakterze prawnym (bądź jedynie protokolarnym) w związku z nieprzygotowaniem polskiego prawa na zdarzenie skutkujące śmiercią Prezydenta RP podczas wizyty oficjalnej poza granicami państwa.

³³ Zob. depesza PAP pt. *Urzednicy szkolą się w prosektoriach*, z dnia 24 X 2012 r.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Zob. P. Czubik, *Prawo dostępu do konsula*, Kraków 2011, *passim*.

³⁶ Zob. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawie *Piotr N. v. Skarb Państwa* („Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2009, z. 8, poz. 24, s. 28).

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z powszechnie przyjętymi zasadami kurtuazji i choć niepisаныmi, to oczywistymi wewnętrznymi regulacjami protokolarnymi ciało zarówno prezydenta, który zginął w czasie pełnienia obowiązków, jak i byłego prezydenta, zmarłego w czasie oficjalnej wizyty zagranicznej powinny podlegać przez cały czas przebywania ciała zagranicą kontroli przedstawicieli służb zagranicznych i BOR³⁷. Oczywiście masowa skala katastrofy, jak też wstrząs społeczny, jaki wywołała, nie pozwoliły zastosować właściwych środków identyfikacyjnych – uniemożliwiły to decyzje co do szybkiego transportu już rzekomo zidentyfikowanych³⁸ zwłok do kraju. W tym zakresie, w odróżnieniu od braku nadzoru nad ciałem prezydenta (czy prezydentów – biorąc pod uwagę prawdopodobny również brak nadzoru nad ciałem byłego prezydenta Kaczorowskiego), trudno jednoznacznie przypisać winę polskiej służbie konsularnej.

5. Wnioski

Trudno szczególnie dziwić się, że omawiana kwestia jest niedoprecyzowana na poziomie zarówno prawa krajowego jak i międzynarodowego. Jako materia szczególnie delikatna, nie do końca pożądana przez kodyfikatorów, choć wszyscy jesteśmy tylko śmiertelnym „cieniem i prochem”, jest w specyficzny sposób ignorowana. Postmodernizm współczesnego świata oddala myśl o śmierci, samego jej ościenia oddalić nie mogąc. Jest to bodaj jedyna kwestia

³⁷ Przedstawiciele MSZ tymczasem przyznali, że dzień po katastrofie w Smoleńsku (tj. 11 IV 2010), między godz. 5 a 12 w niedzielę ciało prezydenta Lecha Kaczyńskiego pozostało bez jakiegokolwiek opieki konsularnej czy innych polskich służb, w tym Biura Ochrony Rządu. Jednocześnie w mediach podnoszono, że: w BOR nie ma procedur związanych z takimi sytuacjami, ale jest oczywistym, że BOR musi chronić najważniejsze osoby w państwie. Ciało prezydenta powinno być chronione, póki nie zostało sprowadzone do Polski. Tu nie potrzebne są opracowane procedury, potrzebny był odpowiedni rozkaz (...). Taki rozkaz powinien wydać szef BOR lub powinien zlecić to odpowiedni minister. Zob. komentarz płk Tomasz Grudzińskiego, byłego wiceszefa BOR (dla portalu stefczyk.info) z dnia 25 X 2012 w sprawie pozostawienia ciała prezydenta Lecha Kaczyńskiego Rosjanom. Grudziński podsumował aktywność MSZ bardzo surowo – cyt.: *Zachowanie MSZ w tej sprawie jest skandaliczne. To jest totalna degrengolada, hańba dla polskiego państwa i wstyd dla polskiego rządu (...), rządzą nami ludzie nieodpowiedzialni, którzy nie powinni piastować państwowych stanowisk (...), osoba odpowiedzialna za tę sytuację już dawno powinna podać się do dymisji (...)*. Wypowiedzi te wyraźnie kontrastują z cytowanymi powyżej wypowiedziami MSZ odnoszącymi się do aktywności służby konsularnej w Smoleńsku.

³⁸ Należy zauważyć, że identyfikacja odbywała się pośpiesznie i, na co wskazują pomyłki, głównie poprzez potwierdzenie rozpoznania przez członków rodziny (choć ABW dostarczyła stronie rosyjskiej materiał genetyczny niezbędny do identyfikacji). Tymczasem w świetle standardów Interpolu tego typu identyfikacja jest najmniej wiarygodna i zupełnie niezalecana wobec ofiar katastrof masowych, w przypadku których podstawową metodą powinno być badanie DNA, stosowane nawet wówczas, gdy inne sposoby rozpoznania wskazują jednoznacznie na tożsamość denata.

³⁹ Parliamentary questions E-000338/2012, 13 January 2012, Questions for written answer to the Commission (Rule 117).

transgranicznego przepływu, która nie została wyraźnie przyporządkowana jednej z unijnych swobód przepływu.

Unia Europejska nie po raz pierwszy staje przed tym problemem. W dniu 13 stycznia 2012 r. złożono zapytanie parlamentarne do Komisji (kolejne już w tym temacie)³⁹ – wskazujące na braki w analizowanym zakresie. Istnieją poważne wątpliwości co do kwalifikacji transportu zwłok w świetle europejskich swobód przepływu⁴⁰ (choć z punktu widzenia logiki ewidentne wydaje się kwalifikowanie tego transferu jako świadczenia usług), transport ten podlega szeregowi granicznych utrudnień formalnych, co sprawia również, że nieliczne firmy zajmujące się transportem zwłok podejmują się aktywności transgranicznej. Na poprzednie zapytanie z 2002 r., tej samej w zasadzie treści⁴¹, udzielona została odpowiedź⁴² w zasadzie nie na temat⁴³. Na złożone w bieżącym roku pytanie odpowiedź Komisji⁴⁴ ograniczała się w zasadzie do odesłania do odpowiedzi na pytanie z 2002 r. i stwierdzenie, że Komisja nie planuje działań harmonizacyjnych⁴⁵. Czyżby była to kwestia na tyle nieistotna, że Unia na poważnie nie chce się nią zająć? Z jednej strony u przyczyn takiego stanu rzeczy leży wspomniany wcześniej charakter samej materii, z drugiej zaś istniejące w państwach członkowskich lobby firm mających transgraniczne uprawnienia transportowe i korzystających ze skomplikowania procedur tego typu transportu. Na tym tle upatrują zagrożenia z liberalizacji usług w analizowanym zakresie, co przy braku determinacji Unii, skutkuje obserwowaną stagnacją.

⁴⁰ Por. zalecenia Parlamentu Europejskiego w tym zakresie: *European Parliament – Report on the adoption of measures concerning the repatriation of mortal remains (2003/2032(INI)), A5-0362/2003*, 23 X 2003 (dostępny w dniu 1 czerwca 2007 r. pod adresem internetowym: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0552+0+DOC+XML+V0//EN>).

⁴¹ Written Questions: E-0935, E-0210/02.

⁴² Zob. *Joint answer to Written Questions E-0923/02, E-0935/02, E-1122/02 and E-1133/02 given by Mr Bolkestein on behalf of the Commission(8 May 2002), OJ EC 12.12.2002, C 309 E/61*.

⁴³ Zaś na sugestię akcesji państw Unii Europejskiej do Konwencji strasburskiej pozytywnie odpowiedziały wówczas Litwa (2009 r.) i Czechy (2012). Ponadto stronami jest kilka innych państw Unii: Austria, Belgia, Cypr, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Portugalia, Słowacja, Słowenia, Szwecja (ponadto w połowie lat 70. Konwencję podpisały Niemcy, nie została ona jednak ratyfikowana po dziś dzień przez to państwo), a spoza Unii: Andora, Islandia, Mołdawia, Norwegia, Szwajcaria, Turcja

⁴⁴ *Answer given by Mr Barnier on behalf of the Commission, 2 March 2012, E-000338/2012*.

⁴⁵ Cyt. *The Commission does not plan to propose any specific harmonisation measures nor to take any other steps on this subject in the immediate future*.

**CONSULAR ACTIVITY IN THE FIELD OF CROSS-BORDER
TRANSPORT OF CORPSES – AN ANALYSIS OF THE BASIC
REGULATION AGAINST THE ACTIONS TAKEN AFTER
THE SMOLENSK CRASH AND DOUBTS ABOUT THE BAN
ON OPENING COFFINS**

Key words: international transfer of corpses, consular functions, consular conventions, Smolensk crash 2010

Summary

After Smolensk crash government agents sent to family members of the victims information about the alleged ban on opening the coffin of the bodies of the victims. This article examines whether such a prohibition has any legal basis. This issue is resolved in the light of international law and national law. Poland does not involve any international treaties relating to the transport of the body, they are indeed very unpopular among the States Parties to be able to raise, that on that basis common custom law in that matter developed. The ban on opening coffin specifies only one of these treaties. Poland and the Russian Federation have not concluded any agreement in this area. The author also analyses the scope of consular functions relating to the transport of the body and the scale of the violations during events that took place April 10, 2010.

Dobrochna Bach-Golecka

Katedra Prawa Europejskiego UW

Karol Karcki

Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego UW

Perspektywy ustanowienia Wspólnej Polityki Demograficznej Unii Europejskiej: aspekty merytoryczne i prawne

Słowa kluczowe: kryzys demograficzny, dopłaty bezpośrednie na dzieci, Europejski Fundusz Społeczny, Wspólna Polityka Demograficzna Unii Europejskiej, polityka rodzinna

Jednym z istotnych problemów, które obserwujemy obecnie w UE, jest pogłębiający się kryzys demograficzny. Przejawia się on m.in. stale zmniejszającą się liczbą narodzin nowych obywateli UE. Na tym tle powstaje wiele inicjatyw mających na celu podjęcie efektywnych działań, które miałyby zostać skierowane na przeciwdziałanie temu zjawisku. Wśród nich pojawia się m.in. zagadnienie utworzenia polityki rodzinnej, jako nowego filaru polityki europejskiej. Określa się go mianem Wspólnej Polityki Demograficznej (Wspólnej Polityki Rodzinnej, Wspólnej Polityki Prorodzinnej). Nazwa takiej polityki jest jednak, na obecnym etapie, zagadnieniem wtórnym. W debacie publicznej formułowana jest np. propozycja ustanowienia w jej ramach zasiłków na dzieci („dopłat bezpośrednich na rzecz małoletnich obywateli UE”), które mogłyby być wypłacane z Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS). Działanie takie ma wynikać z konieczności podjęcia aktywnych działań pronatalistycznych na poziomie instytucji Unii Europejskiej.

W opracowaniu tym przedstawiony zostanie zatem stan faktyczny w zakresie problemów demograficznych UE, które związane są z obniżaniem się liczby narodzin jej nowych obywateli. Na tym tle przeanalizowane zostaną prawne możliwości włączenia zasygnalizowanych propozycji w obowiązujące regulacje prawne UE, dokonana zostanie również analiza ich potencjalnej zgodności z celami integracji europejskiej oraz, dodatkowo, wskazane będą kierunki niezbędnych zmian legislacyjnych.

I. Uwagi ogólne na temat polityki rodzinnej

Wydaje się, że przed podjęciem analizy prawnej unormowań europejskich dotyczących polityki rodzinnej należałoby umiejscowić problematykę demograficzną w ramach szerszej polityki społecznej Unii. W kontekście analizy społecznej należy podkreślić, że spadek liczby ludności oraz starzenie się populacji Państw Członkowskich stanowią najważniejsze prognozowane zmiany demograficzne w UE. Średnia wieku ludności UE stanowiąca w 2008 r. 40,4 lat wzrośnie do 47,9 lat w 2060 r. Udział ludności w wieku 65 lat i więcej, wynoszący w 2008 r. 17,1% (84,6 mln osób), wzrośnie do 30% (151 mln osób). Zjawisko starzenia się ludności spowodowane jest z jednej strony wydłużeniem się średniej długości życia oraz utrzymującym się na niskim poziomie przyrostem naturalnym¹.

W państwach unijnych wskaźnik przyrostu naturalnego spadł z poziomu 2,5 (w latach 60. ubiegłego wieku) do poziomu 1,6 dziecka na kobietę w wieku rozrodczym². Zjawisko to spowodowane jest zarówno czynnikami społeczno-kulturowymi, jak i ekonomicznymi. W kontekście zjawisk społecznych, wpływających na obniżenie przyrostu naturalnego, obserwujemy zjawisko opóźnionego rodzicielstwa oraz wzrostu bezdzietności wśród par. W ramach tendencji do tworzenia rodziny, odnotowywany jest spadek liczby zawieranych małżeństw (wraz z podwyższeniem wieku przy zawieraniu pierwszego związku małżeńskiego), wzrost liczby konkubinatów, wzrost liczby rozwodów (przeprowadzanych w stosunkowo wczesnej fazie małżeństwa) wraz ze spadkiem liczby ponownie zawieranych małżeństw (po rozwodzie lub śmierci współmałżonka). Wśród zjawisk kulturowych możliwe jest wskazanie na upowszechnianie się wartości indywidualistycznych, takich jak autonomia, samorozwój, tolerancja, różnorodność „elastycznych” stylów życia (*flexible life course organization with open future*). W kontekście zjawisk ekonomicznych, wpływających na obniżenie przyrostu naturalnego w Państwach Członkowskich UE należy również wskazać na negatywne konsekwencje kryzysu ekonomicznego oraz opóźnienie wieku macierzyństwa kobiet aktywnych na rynku pracy³.

Zmiany demograficzne widoczne są także w aspekcie terytorialnym. Zasadniczo tereny wiejskie są bardziej narażone na wyludnienie niż tereny miejskie. Analogiczną relację odnotowujemy w odniesieniu do rejonów górskich

¹ Por. A. Winkelmann-Gleed, *Demographic change and implications for workforce ageing in Europe: raising awareness and improving practice*, „Contemporary Readings in Law and Social Justice” 2011, t. 3, nr 1, s. 62–81.

² Wysokość wskaźnika przyrostu naturalnego jest różna w poszczególnych Państwach Członkowskich UE. Najwyższy poziom osiągany jest we Francji (2,3), Irlandii (2,05), Szwecji (1,9), Finlandii (1,83) i Danii (1,75). Z kolei, najniższy poziom odnotowany jest w Polsce, Rumunii i na Węgrzech (poniżej 1,3).

³ Por. R. Lesthaeghe, *The „second demographic transition”: a conceptual map for the understanding of late modern demographic developments in fertility and family formation*, „Historical Social Research” 2011, t. 36, nr 2, s. 182.

w porównaniu z terenami nadmorskimi. Obszary metropolii (stolic) poddane są odwrotnemu trendowi, związanemu ze wzrostem liczby ludności, także w miejscowościach podmiejskich (*urban sprawl*).

Powyższe zjawiska demograficzne mają wpływ na kształt europejskiej polityki społecznej, w szczególności na rynek pracy, zatrudnienie, przedsiębiorczość i wzrost gospodarczy, sferę usług zdrowotnych, edukacyjnych, społecznych (opiekuńczych), mieszkalnictwo, planowanie przestrzenne, infrastrukturę komunikacyjną oraz integrację społeczną (wykluczenie społeczne). W tym kontekście zmiany demograficzne powinny być uwzględniane przy kształtowaniu polityki społecznej, nie tylko na poziomie narodowym (Państw Członkowskich UE) i regionalnym, ale także na poziomie instytucji Unii Europejskiej.

Różne instrumenty polityki rodzinnej mogą wpływać na decyzje rozrodcze. W szczególności współcześnie stosowane są takie mechanizmy wsparcia rodziców, jak: ulgi podatkowe, udogodnienia związane z ograniczeniem czasu pracy ze względu na opiekę nad najmłodszymi dziećmi (urlopy rodzicielskie, wychowawcze, rozwiązania związane z elastycznym czasem pracy, telepraca, itd.), system zasiłków socjalnych, przywieje emerytalne związane z liczbą wychowanych dzieci.

W kontekście kształtowania odpowiedniej polityki rodzinnej, sprzyjającej wzrostowi liczby narodzin, istotne jest przyjęcie efektywnych instrumentów pronatalistycznych. W latach 90. ubiegłego wieku większość Państw Członkowskich UE przyjęło szereg instrumentów sprzyjających zwiększeniu liczby narodzin, jednak wśród badaczy polityki społecznej oceniane są one w różny sposób⁴. Niektórzy z nich wskazują bowiem, że instrumenty polityki rodzinnej nie wpływają w sposób decydujący lub wpływają w sposób nieistotny na indywidualne decyzje dotyczące rozrodczości. Inni podkreślają zaś wagę przyjęcia odpowiedniej metodologii badań, zakładającej konieczność uwzględnienia lokalnych czynników miejsca, czasu i okoliczności związanych z jednostkowymi decyzjami odnośnie do kształtu danej rodziny.

W kontekście porównania skuteczności instrumentów polityki rodzinnej niektórzy badacze wskazują na korzystne oddziaływanie mechanizmów służących godzeniu ról rodzicielskich i zawodowych w porównaniu do instrumentów czysto socjalnych. Wydaje się, że uzasadnieniem różnic oddziaływania jest zmniejszenie znaczenia tzw. kosztów szans alternatywnych (*opportunity costs*) wychowywania dzieci, co szczególnie istotne jest w odniesieniu do kobiet. Analizy empiryczne zmian rozrodczości w państwach Europy Zachodniej wskazują, że istotnymi czynnikami wpływającymi pozytywnie na zwiększenie wskaźnika liczby urodzeń są instrumenty związane z łączeniem

⁴ Por. G. Neyer, G. Andersson, *Consequences of family policies on childbearing behavior: effects or artifacts?*, „Population and Development Review” 2008, t. 34, nr 4, s. 699–724.

zatrudnienia i wychowywania dzieci (urlopy macierzyńskie i rodzicielskie, urlopy związane z opieką nad dzieckiem)⁵.

Innym aspektem polityki rodzinnej jest takie ukształtowanie instrumentów wsparcia, by miały one charakter sprawiedliwy społecznie. W tym kontekście można wskazać na zmiany w zakresie polityki rodzinnej przeprowadzone w państwach Europy Środkowej i Wschodniej po przystąpieniu do Unii Europejskiej, które w znacznej mierze doprowadziły do poprawy sytuacji osób (rodzin) przynależnych do klasy średniej (*middle-class*), niekiedy przy równoczesnym wzroście obciążeń osób o najniższych dochodach⁶. Zmiany te były wprowadzane jako efekt oddziaływania zarówno czynników krajowych, jak i zewnętrznych. Wydaje się jednak, że pronatalistyczne instrumenty polityki rodzinnej powinny być wpisane w szerszy kontekst oddziaływania na decyzje osób przynależnych do różnych grup społecznych oraz powinny być zgodne z zasadami sprawiedliwości międzypokoleniowej.

W kontekście skutków stosowania instrumentów polityki rodzinnej należy podkreślić ich oddziaływanie w zależności od wieku kobiety, ze względu na tendencję związaną z opóźnianiem wieku pierwszego macierzyństwa (z ok. 25 lat w 1977 r. do ok. 29 lat w 2013 r.)⁷. Dodatkowo, ze względu na rozwój technologii sztucznego wspomaganego prokreacji, prognozowane jest prawdopodobne dalsze opóźnianie wieku rodzicielstwa. Badania wskazują, że liczba dzieci urodzonych we wczesnym okresie reprodukcyjnym (kobiety w wieku 15–34 lat) zmniejsza się, zaś liczba dzieci urodzonych w późnym okresie reprodukcyjnym (kobiety w wieku 35–49 lat) wzrasta. Jako przyczyny tego zjawiska wskazuje się dłuższy czas poświęcany edukacji oraz szanse na osiągnięcie wyższych zarobków, skorelowane z wiekiem kobiety (w tym kontekście wczesne macierzyństwo może mieć negatywne konsekwencje na późniejszy rozwój kariery zawodowej matki). Ze względu na te negatywne skutki wczesnego rodzicielstwa w sferze zawodowej (*low earning opportunities*), optymalna polityka społeczna winna różnicować wysokość zasiłków rodzinnych w zależności od wieku rodziców. W okresie wczesnej reprodukcji zasiłki powinny być wyższe, zaś w okresie późnej reprodukcji obniżone; wydaje się bowiem, że takie rozwiązanie ma silny wymiar redystrybucji słusnościowej.

⁵ Por. A. Kalwij, *The impact of family policy expenditure on fertility in Western Europe*, „Demography” 2010, t. 47, nr 2, s. 503–519.

⁶ Zob. T. Inglot, S. Szikra, C. Rat, *Reforming post-communist welfare states. Family policy in Poland, Hungary and Romania since 2000*, „Problems of Post-Communism” 2012, t. 59, nr 6, s. 27–49.

⁷ Por. P. Pestieau, G. Ponthiere, *Childbearing age, family allowances, and social security*, „Southern Economic Journal” 2013, t. 80, nr 2, s. 385–413.

II. Polityka rodzinna UE a cele Unii Europejskiej

Problematyka demograficzna stanowi przedmiot debaty europejskiej, toczonyj w ramach dialogu międzyinstytucjonalnego, w szczególności w ramach dokumentów tworzonych przez Parlament Europejski (PE), Komisję Europejską (KE) czy organy doradcze Unii, jak Komitet Regionów (KR) czy Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny (EKES). Ponadto zagadnienia związane z wyzwaniami demograficznymi widoczne są w szeregu regulacji prawa europejskiego. Przykładowo znalazły swoje odzwierciedlenie w zmianach unormowań dotyczących celów integracji europejskiej, zainicjowanych w ramach Traktatu z Lizbony⁸. Nowy art. 3 TUE⁹ wskazuje na cele Unii polegające na zwalczaniu wykluczenia społecznego i dyskryminacji oraz wspieraniu sprawiedliwości społecznej i ochrony socjalnej, równości kobiet i mężczyzn, solidarności między pokoleniami i ochrony praw dziecka.

Institucje Unii analizują problematykę demograficzną Europy przez pryzmat solidarności między pokoleniami¹⁰. Rezolucja PE z dnia 15 listopada 2011 r. w sprawie zmian demograficznych oraz ich konsekwencji dla przyszłej polityki spójności UE (2010/2157(INI))¹¹ (dalej: rezolucja PE z 2011 r.) podkreśla, że zmiany demograficzne w Europie są faktem, zaś społeczeństwo europejskie jest „najstarsze na świecie”. Zajęcie się problematyką demograficzną jest zatem „jednym z najważniejszych zadań na przyszłość”. Zadanie to, polegające na stawieniu czoła wszystkim wyzwaniom demograficznym, jest zasadniczo zadaniem Państw Członkowskich UE, w ramach którego regiony powinny przyjąć aktywną postawę, co wymaga „wsparcia na szczeblu europejskim”.

Rezolucja PE z 2011 r. podkreśla, że w programach operacyjnych na lata 2007–2013 Państwa Członkowskie UE zaplanowały wykorzystanie 30 mld euro z funduszy strukturalnych na działania w zakresie zmian demograficznych. W tym kontekście należałoby uwzględnić różnice występujące w ramach poszczególnych regionów (region napływowy, podlegający pozytywnej migracji ludności czy region wyludniający się). Kluczowe, zdaniem PE, jest wykorzystywanie środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) oraz EFS m.in. „w celu wspierania młodych rodzin”. Dodatkowo, dla

⁸ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. Urz. UE C 306 z 17.12.2007, s. 1–271).

⁹ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 13–390).

¹⁰ Przykładowo, można wskazać tu takie dokumenty, jak: komunikat KE z dnia 10 maja 2007 r. zatytułowany „Promowanie solidarności między pokoleniami” (COM(2007)0244); komunikat KE z dnia 12 października 2006 r. zatytułowany „Demograficzna przyszłość Europy – przekształcić wyzwania w nowe możliwości” (COM(2006)0571); zielona księga KE z dnia 16 marca 2005 r. zatytułowana „Wobec zmian demograficznych: nowa solidarność między pokoleniami” (COM(2005)0094).

¹¹ Dz. Urz. UE C 153E z 31.5.2013, s. 9–15.

wsparcia działań zmierzających do podjęcia wyzwań demograficznych, istotne jest określenie ogólnych warunków politycznych oraz uwzględnienie kwestii równości kobiet i mężczyzn.

Rezolucja PE z 2011 r. zauważa konieczność dokonania zmian polityki strukturalnej. Z jednej strony, jest to zadanie Państw Członkowskich UE, by dokonując przydziału i podziału unijnych funduszy strukturalnych oraz definiując wskaźniki oddziaływania uwzględniały różnice regionalne oraz wskaźniki demograficzne. Z drugiej strony, KE również powinna wskazać sposoby uporania się ze zmianami demograficznymi na szczeblu ogólnoeuropejskim. Zdaniem PE, dzięki „zastosowaniu strategii politycznych UE” możliwe jest znalezienie wspólnych rozwiązań i synergii w odniesieniu do zmian demograficznych. KE winna włączyć zmiany demograficzne do polityki spójności jako cel przekrojowy. Dodatkowo, KE powinna uwzględniać tę problematykę przy zawieraniu partnerstwa inwestycyjnego z Państwami Członkowskimi UE.

Państwa te winny uwzględniać problematykę demograficzną w ramach polityki regionalnej. W tym kontekście działania ukierunkowane demograficznie powinny być traktowane jako cel przekrojowy w procesie kształtowania krajowych strategicznych programów ramowych oraz w programach operacyjnych (przykładowo, w ramach strategii „Europa 2020”). Rezolucja PE z 2011 r. zawiera wezwanie do uproszczenia przepisów dotyczących EFS, w szczególności regulacji dotyczących zarządzania projektami, tak by umożliwić korzystanie ze środków finansowych małym organizacjom oraz by móc rozwijać innowacyjne projekty społeczne i wspierać projekty współpracy regionalnej, transgranicznej i makroregionalnej.

W tym kontekście KE powinna, zdaniem PE, stworzyć bardziej elastyczne warunki dla wspierania finansowania łączonego z EFRR i EFS przy opracowywaniu i wdrażaniu zintegrowanych planów lub strategii rozwoju obszarów miejskich. Rozwój miast i obszarów wiejskich powinien być bowiem „przyjazny dzieciom i rodzinom”, a zatem łączyć na jednym obszarze obiekty o przeznaczeniu mieszkalnym, gospodarczym i rekreacyjnym. Rezolucja PE z 2011 r. podkreśla ponadto celowość podejmowania konkretnych działań i tworzenia warunków umożliwiających godzenie życia zawodowego, rodzinnego i prywatnego: przykładowo, przez oferowanie tanich mieszkań rodzinom czy zapewnienie ogólnodostępnej, niezawodnej i bezpłatnej całodziennej opieki nad dziećmi w każdym wieku. Ogólna idea, przyświecająca stosowaniu tych instrumentów wsparcia, związana jest z przekonaniem, że pomoc udzielana rodzinom może przyczynić się do podwyższenia współczynnika urodzeń w Państwach Członkowskich UE.

Rezolucja PE z 2011 r. podkreśla, że konieczne jest badanie aktualnych trendów demograficznych, w szczególności przez opracowanie porównywalnych danych statystycznych dotyczących rozwoju demograficznego w ujęciu regionalnym. Umożliwi to dokonywanie oceny danych w ujęciu całej Unii

oraz zachęci do upowszechniania godnych naśladowania wzorców (*best practices*) między Państwami Członkowskimi, regionami i miejscowościami. W szczególności, KE powinna służyć jako centrum koordynujące upowszechnianie najlepszych praktyk. Dodatkowo, w myśl rezolucji, KE powinna stosować specjalne kryterium zwane „wskaźnikiem narażenia na zmiany demograficzne” w regionach i aktualizować wysokość odpowiednich danych co 5 lat. Działania te mają na celu opracowanie procedur pilotażowych, by rejestrować praktyki stosowane w regionach o najniższych wynikach demograficznych. Państwa Członkowskie UE powinny podjąć współpracę z podmiotami lokalnymi i regionalnymi oraz podmiotami społeczeństwa obywatelskiego w zakresie zagadnień związanych ze zmianami demograficznymi.

W rezolucji PE z dnia 11 listopada 2010 r. w sprawie wyzwań demograficznych i solidarności między pokoleniami (2010/2027(INI))¹² (dalej: rezolucja PE z 2010 r.) wskazuje się natomiast na powody ekonomiczne, takie jak: niski poziom wynagrodzeń, długi okres wykonywania niskopłatnej pracy na czas określony, niedobór usług oraz niedostateczne wsparcie dla młodych małżeństw, jako na przyczyny powodujące odsuwanie w czasie założenia rodziny i posiadania dzieci. Rodzice powinni być postrzegani w podwójnej roli: pracowników oraz matek i ojców. Równocześnie jednak należy podjąć działania zmierzające do zapobiegania ryzyku obarczania tym podwójnym ciężarem wyłącznie kobiet.

W tym kontekście polityka rodzinna stanowi element solidarności między pokoleniami. Równomierny i racjonalny podział korzyści i obciążeń między nimi dyktowany jest wymogami sprawiedliwości społecznej. Solidarność ta powinna być zaś rozumiana jako jedna z podstawowych wartości współpracy europejskiej. Współistnienie pokoleń w ramach społeczeństwa winno opierać się na takich zasadach, jak wolność, prawa, solidarność, sprawiedliwość oraz bezinteresowne wsparcie przyszłych pokoleń. Ze względu na fakt, że wskaźnik urodzeń w Państwach Członkowskich UE utrzymuje się przez dłuższy czas na niskim poziomie, celem odpowiedniej strategii politycznej, która będzie spełniała wymóg sprawiedliwości pokoleniowej, powinno się stać stworzenie zasad, praw i instrumentów, zmierzających do podjęcia otwartego i szczerego dialogu pokoleniowego.

Dialog pokoleniowy powinien być narzędziem dla wypracowania rozwiązań korzystnych dla różnych pokoleń, zmierzającym do wypracowania bardziej sprawiedliwego podziału obciążeń między pokoleniami. Ma on zapobiegać podejmowaniu działań o charakterze jednostronnym, które prowadziłyby do znacznego i zbytniego obciążenia pokoleń przyszłych. W tym kontekście istotne jest stosowanie odpowiednich instrumentów dotyczących bilansów pokoleń ujmowanych jako narzędzia informacyjne umożliwiające wiarygodne oszacowanie rzeczywistych przepływów środków pieniężnych, stanowiących osiągnięcia i obciążenia każdego pokolenia.

¹² Dz. Urz. UE C 74E z 13.3.2012, s. 19–34.

Rezolucja PE z 2010 r. wzywa zarówno KE, jak i Państwa Członkowskie UE do opracowywania inicjatyw politycznych, które umożliwią kobietom i mężczyznom osiągnięcie równowagi między obowiązkami zawodowymi i opiekuńczymi. W tym kontekście prognozowane przyszłe zmiany demograficzne nie powinny stać się uzasadnieniem dla powszechnego ograniczania praw i świadczeń socjalnych. Państwa Członkowskie UE powinny zatem uprościć przepisy socjalne, tak by stały się one bardziej zrozumiałe, elastyczne i dostępne dla pracodawców i pracowników.

W kontekście działań zalecanych Państwom Członkowskim UE znalazły się programy ukierunkowane na zwalczanie bezrobocia wśród młodzieży, promowanie przedsiębiorczości i wspieranie możliwości uzyskania odpowiedniego zawodu. Rezolucja PE z 2010 r. podkreśla, że brak pracy młodych ludzi prowadzi do pozbawienia szans rozwoju zawodowego, wykluczenia społecznego, rosnących kosztów społecznych oraz marnotrawienia wartościowych zasobów ludzkich. Wszystkie te czynniki stanowią jeden z głównych powodów społecznych spadku przyrostu naturalnego i napędzają spiralę niesprawiedliwości między pokoleniami.

Rezolucja PE z 2010 r. podkreśla, że w całej Unii należy ustanowić zachęty na rzecz zwiększenia liczby narodzin, ponieważ w przeciwnym wypadku nie będzie można rozwiązać problemu starzenia się społeczeństw europejskich. W tym kontekście Państwa Członkowskie UE powinny przyjąć inicjatywy strukturalne o stałym charakterze na rzecz rodzin, takie jak, przykładowo, dodatkowe zasiłki dla rodziców (rodziców samotnie wychowujących dzieci), ułatwienia podatkowe i socjalne. Państwa Członkowskie UE powinny, w ramach Paktu na rzecz Rodzin, wspierać instrumenty ułatwiające godzenie życia zawodowego i rodzinnego¹³.

W szczególności, istotne są usługi rodzinne: dostępne, przystępne cenowo, elastyczne i wysokiej jakości. Mogą one dotyczyć dostępu do placówek opieki nad dziećmi – tu rezolucja PE z 2010 r. wskazuje precyzyjnie, że Państwa Członkowskie UE powinny zapewnić 50% koniecznej opieki nad dziećmi w wieku do 3 lat oraz 100% opieki nad dziećmi w wieku 3–6 lat. W tym kontekście rezolucja PE podkreśla, że rynek pracy winien być ukształtowany w taki sposób, by umożliwiał godzenie życia zawodowego, rodzinnego i prywatnego oraz promował rozwój kompleksowych usług na rzecz rodzin – w przeciwnym razie rezolucja prognozuje dalszy spadek liczby narodzin.

¹³ Przykładowo, chodzi tu o prawo do pracy w niepełnym lub elastycznym wymiarze godzin, możliwość dzielenia etatu, teleprace, urlop rodzicielski i zasiłki rodzinne, zapewnienie instytucjonalnych form opieki. Por. Rezolucja PE z 2010 r., pkt. 65–76. Zob. także: konkluzje Rady i przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w Radzie na temat znaczenia dla Europy strategii politycznych przyjaznych rodzinie oraz ustanowienia Paktu na rzecz rodziny (Dz. Urz. UE C 163 z 17.7.2007, s. 1–4); opinia EKES w sprawie: Rodzina a zmiany demograficzne (Dz. Urz. UE C 161 z 13.7.2007, s. 66–74).

Zmiany demograficzne w różny sposób dotyczą zachodnie i wschodnie państwa unijne, a zatem konieczne jest przyjęcie takiej polityki, która będzie gwarantowała jednakowy i harmonijny wzrost gospodarczy. Państwa Członkowskie UE czeka bowiem zasadnicza zmiana demograficzna (starzenie się populacji przy równoczesnym spadku wskaźnika urodzeń), która wymagać będzie reformy systemu podatkowego oraz reformy systemów emerytalnych. Rezolucja PE z 2010 r. podkreśla, że liczne zagadnienia związane z polityką demograficzną należą do wyłącznej kompetencji Państw Członkowskich UE. Unia nie posiada ogólnych uprawnień do przyjmowania regulacji na poziomie europejskim, które stanowiłyby odpowiedź na wyzwania związane ze zmianami demograficznymi. Państwa Członkowskie UE powinny zatem zadbać o stabilność finansów publicznych i zagwarantować środki w odpowiedniej wysokości dla sprostania wyzwaniom demograficznym.

III. Polityka rodzinna UE a postanowienia Karty Praw Podstawowych

Regulacje Karty Praw Podstawowych (KPP)¹⁴ dotyczą polityki rodzinnej na dwa sposoby. Po pierwsze, wsparcie dla rodzin może opierać się na postanowieniach art. 33 KPP, dotyczącego życia zawodowego i rodzinnego, który wskazuje, że „rodzina korzysta z ochrony prawnej, ekonomicznej i społecznej”. Dodatkowo, wsparcie dla rodzin wpisuje się także w postanowienia art. 34 KPP, dotyczącego zabezpieczenia społecznego i pomocy społecznej. W tym kontekście prawo do świadczeń z zabezpieczenia społecznego oraz do usług społecznych opiera się na regulacjach UE, ale przede wszystkim na ustawodawstwach i praktykach krajowych. Zasadniczym celem unormowań, dotyczących zabezpieczenia społecznego i pomocy społecznej, jest zwalczanie wykluczenia społecznego i ubóstwa.

Po drugie, zaś, polityka rodzinna może być analizowana w kontekście unormowań Karty odnoszących się do praw dziecka (art. 24 KPP). W tym ujęciu prawo do świadczeń społecznych nie odnosi się bezpośrednio do ochrony rodziny, do wsparcia rodziców w procesie wychowywania dzieci, ale zasadniczo związane jest z dziećmi jako adresatami wsparcia. Zasiłki społeczne wyrażają zatem prawo dzieci „do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra” (art. 24 ust. 1 KPP).

Zasygnalizowany na początku tego opracowania wymiar polityki społecznej, ukierunkowany na potrzeby dzieci, traktowanych jako podstawowi beneficjenci świadczeń, wydaje się być zgodny z kierunkiem przekształceń

¹⁴ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391–407).

europiejskiej polityki społecznej¹⁵. Zmiany następują zgodnie z przekształceniami struktury społecznej Państw Członkowskich UE. Nowożytnie społeczeństwa przemysłowe opierały konstrukcyjnie zabezpieczenie dochodowe rodzin w oparciu o zarobki pracowników najemnych lub osób pracujących na własny rachunek. W tym kontekście w XX w. opierano się głównie na schemacie pracującego żywiciela (*male breadwinner*), którego dochody były wystarczające dla utrzymania rodziny, składającej się z kilku osób. Polityka społeczna w tym okresie koncentrowała się na świadczeniach na wypadek bezrobocia, choroby, emerytury lub nieobecności męskiego żywiciela.

Współczesne systemy zabezpieczenia społecznego opierają się na innym schemacie. Po pierwsze, wzrost liczby pracujących kobiet ograniczył zasadniczą rolę męskiego żywiciela rodziny jako osoby samodzielnie gwarantującej środki niezbędne do życia danej wspólnoty rodzinnej. Po drugie, zmiany w zakresie struktury płacowej pracowników spowodowały znaczne utrudnienia i ograniczyły możliwość utrzymania się rodziny w oparciu o pojedynczą pensję. W tym kontekście polityka społeczna również uległa zmianom i koncentruje się mniej na ochronie męskiego żywiciela rodziny w przypadku wystąpienia pewnych negatywnych okoliczności (utrata pracy, choroba, śmierć), ale związana jest bardziej z zapewnieniem zdolności (*capacity*) do sprostania wyzwaniom i umiejętności dostosowania się do zmian życiowych lub przemian niestabilnego rynku pracy¹⁶.

W tym kontekście istotnego znaczenia nabiera umiejętność jednostek do aktywnego zaangażowania w rynek pracy, elastyczność (*flexibility*) oraz rozwój indywidualnych predyspozycji i umiejętności poprzez kultywowanie nawyku samokształcenia i doksztalcenia. Paradygmat nowego systemu zabezpieczenia społecznego opiera się na ciągłej nauce (*constant learning*). Zorientowany jest na przyszłość (dzieci) oraz wspiera się na założeniu, że jednostki, które osiągnęły sukces, przyczyniają się do lepszej przyszłości całej wspólnoty. Osiągnięcia i dobrobyt nie mają zatem charakteru indywidualnego, ale związane są także z prawidłowym funkcjonowaniem zbiorowości.

Systemy zabezpieczenia społecznego ukierunkowane są na przyszłość w takim znaczeniu, że świadczenia na rzecz dzieci i młodzieży traktowane są jako inwestycja, zmierzająca do zwiększenia ich szans życiowych i przyczyniająca się do ich lepszej przyszłości. W szczególności, istotne jest zwalczanie ubóstwa wśród dzieci, gdyż dzieciństwo w niedostatku przyczynia się zwykle do niepowodzeń w dorosłym życiu. W tym kontekście pomoc świadczona rodzicom samotnie wychowującym dzieci lub pracującym rodzicom żyjącym w ubóstwie (*working poverty*) świadczona jest nie tylko ze względu na moty-

¹⁵ Por. J. Jenson, *Writing women out, folding gender in: the European Union 'modernizes' social policy*, „Social Politics” 2008, t. 15, nr 2, s. 131–153.

¹⁶ W tym kontekście zasadnicze zmiany życiowe to, przykładowo, moment rozpoczęcia edukacji, moment transformacji na styku szkoły i pracy, rozpad związku małżeńskiego, a także zmiany związane z zatrudnieniem, jak bezrobocie czy choroba.

wacje związane ze sprawiedliwością społeczną. Przytoczone sytuacje „ryzyka społecznego” (*social risk*) stanowią przykład nierówności szans oraz mogą doprowadzić do takich problemów społecznych, jak niepowodzenia szkolne, niskie zarobki w życiu zawodowym, aktywność kryminalna, a w konsekwencji doświadczenia penitencjarne. Świadczenia przekazywane w celu wsparcia dzieci stanowią z jednej strony świadczenia indywidualne, ukierunkowane na zaspokojenie potrzeb konkretnego małego w potrzebie, z drugiej strony wyrażają interes wspólnoty, która inwestując w kapitał ludzki działa na rzecz lepszych warunków współżycia społecznego w przyszłości. Dodatkowym uzasadnieniem dla takich świadczeń socjalnych jest przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu.

IV. Konkluzje

Reasumując, należy stwierdzić, że propozycja zainicjowania polityki rodzinnej Unii Europejskiej w oparciu o bezpośrednie dopłaty na dzieci powinna stać się przedmiotem debaty publicznej, zarówno na poziomie instytucji Unii Europejskiej, jak i na poziomie Państw Członkowskich UE. Wydaje się, że aktywność, zmierzająca do upowszechnienia problematyki demograficznej może opierać się na próbie zainicjowania aktywności instytucji Unii. W tym ostatnim kontekście możliwe jest podjęcie starań na rzecz debaty demograficznej na poziomie PE oraz przyjęcia rezolucji w trybie art. 225 TfUE¹⁷, skierowanej do KE w celu „przedłożenia wszelkich właściwych propozycji”, zawierającej unormowania implementujące potencjalne wnioski na poziomie ogólnoeuropejskim. W szczególności, stanowisko KE może zawierać propozycje zmian dotyczących zasad funkcjonowania EFS, jeżeli okażą się one konieczne.

Wydaje się, że w kontekście dotychczasowej aktywności instytucji Unii, w szczególności PE oraz KE, dotyczącej sytuacji demograficznej Unii, takie działanie wpisuje się w aktualną politykę tych instytucji. Dodatkowo, nie wydaje się, by program dopłat bezpośrednich wymagał zmian traktatowych. W okresie przejściowym, przed przyjęciem ogólnoeuropejskiego systemu dopłat bezpośrednich na dzieci, możliwe byłoby stosowanie owych dopłat jako jednego z programów (projektów) finansowanych w ramach EFS, w ramach partykularnych polityk krajowych. Poziomem odniesienia jest w tym wypadku wymiar regionalny. Wydaje się, że takie dopłaty mogłyby zostać wdrożone w stosunkowo szybkim czasie, jednak niewątpliwie miałyby one charakter prowizoryczny, uzależniony od woli władz krajowych.

Uzasadnieniem polityki dopłat bezpośrednich na rzecz dzieci może być z jednej strony dążenie do poprawy sytuacji demograficznej w Unii Europejskiej

¹⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47–390).

oraz wsparcie środków krajowych z zakresu polityki rodzinnej, podejmowanej na poziomie Państw Członkowskich UE. Z drugiej strony, legitymizacją propozycji świadczeń na rzecz dzieci może być polityka dotycząca zwalczania wykluczania społecznego.

PROSPECTS OF THE CREATION OF A COMMON DEMOGRAPHIC POLICY OF THE EUROPEAN UNION: SUBSTANTIVE AND LEGAL ASPECTS

Key words: demographic crisis, direct payments for children, European Social Fund, Common Demographic Policy of the European Union, family policy

Summary

Given the current demographic crisis in the EU manifested, for example, in a constantly falling birth rate, there is a need for new initiatives to counteract the phenomenon. This is the background for a public debate, the participants of which are calling for the creation of a Common Demographic Policy in the EU. Such a policy could include a mechanism of direct payments for under-age EU citizens. This pro-natalist measure is to be discussed during a European debate as part of an inter-Institutional dialogue. It has to be said that EU Institutions analyse Europe's demographic challenges with regard to solidarity between generations. Numerous issues relating to demographic policy are, of course, the exclusive preserve of the EU Member States. However, a direct payment programme does not seem to require changes in the Treaties. During a transitional period, before such a measure is adopted on a Europe-wide scale, it could be implemented as one of the programmes financed under the European Social Fund, as part of a particular national policy. In such a case the regional dimension could be the reference level. Payments of this kind could be implemented relatively quickly, although there is no doubt that – at this preliminary stage – they would be temporary and would depend on the will of the national governments.

Piotr Daranowski

Wydział Prawa i Administracji UŁ

Ludność rdzenna – prawo do samostanowienia – Grenlandia

Słowa kluczowe: ludność rdzenna; prawo do samostanowienia ludności rdzennej; prawny status Grenlandii

1. Kim jest ludność rdzenna i „od kiedy” fenomen ludności rdzennej pojawia się w narracji prawa międzynarodowego?

1.1. Sformalizowanie debaty o fenomenie ludności rdzennej¹ w perspektywie prawa międzynarodowego publicznego to początek lat 70. Debata podjęta w łonie ONZ², to – w najszerszym społecznie wymiarze – akt dostrzeżenia w ludności rdzennej, marginalizowanej z różnych powodów i przyczyn, uczestnika cywilizacyjnego i kulturowego rozwoju społeczności międzynarodowej. W następstwie zaś podjęcia debaty, inicjacja w istocie procesu podmiotowego usamodzielniania ludności rdzennej³ w jej obrębie.

1.2. W narracji prawa międzynarodowego nie odnajdujemy ustalonej i przyjętej jako wzorcowej definicji ‘ludności rdzennej’. W debatach, także międzynarodowych gremiów, przyjmuje się jako opisującą jej istotę definicję następującą:

¹ Opisany także w narracji międzynarodowej anglojęzycznymi terminami: *Tribal Peoples, First Peoples, Native Peoples*, zaś w narracji krajowej terminami: *adivasis* (Indie), *aboriginal* (Kanada, Australia), *hilltribes* (Tajlandia).

² W 1972 r. Podkomisja ds. Zapobiegania Dyskryminacji i Ochronie Mniejszości podjęła analizę problemu dyskryminacji ludności rdzennej, efektem której było – przyjęte w 1986 r. – sprawozdanie Specjalnego Sprawozdawcy Martineza Cobo, zatytułowane *Study of the problem discrimination against indigenous people* – E.CN. 4/Sub. 2.1986/7/Add.4. Aktualnie debata nad prawami ludności rdzennej prowadzona jest w łonie (współdziałających ze sobą): Stałego Forum ds. ludności rdzennej (działającego od 2002 r.) organu pomocniczego Rady Gospodarczo-Społecznej; Forum Ekspertów ds. Praw Ludności Rdzennej (działającego od 2007 r.) organu pomocniczego Rady Praw Człowieka i Specjalnego Sprawozdawcy, ustanowionego przez Komisję Praw Człowieka (obecnie Radę Praw Człowieka) w 2001 r.

³ Szacunki ilościowe zjawiska ludności rdzennej wskazują na łącznie 370 milionów ludzi zamieszkujących w 90 krajach, tworzących 5 000 różnych grup, stanowiących około 5% całej populacji globu, stanowiących 15% ludności ubogiej w skali globu i 1/3 ludności skrajnie ubogiej w jej obrębie. Zob. International Fund for Agricultural Development, *Engagement with Indigenous People*, 2009.

„Rdzennymi społecznościami są te, które są historyczną kontynuacją społeczności doby przed inwazyjnej i kolonialnej, dokonanej na jej terytorium, i uważają się za byt odrębny od innych części społeczeństwa aktualnie dominujących na tym terytorium, lub jego części. Stanowiąc nie dominującą część społeczności, są zdeterminowane zachować, rozwijać i przekazywać przyszłym pokoleniom swe dziedziczone terytoria i swą etniczną tożsamość, jako fundament kontynuacji swego bytu jako ludu, w zgodności z jego kulturowymi wzorcami, społecznymi instytucjami i porządkiem prawnym.

Ta historyczna kontynuacja może polegać na kontynuacji, w okresie trwającym do chwili obecnej, jednego lub wielu następujących czynników:

- a) zajmowania dziedzicznych ziem lub co najmniej ich części,
- b) wspólnoty przodków będących pierwotnymi mieszkańcami tych ziem,
- c) kultury w szerokim tego słowa rozumieniu, lub w szczególnych jej przejawach (takich jak religia, życie w systemie plemiennym, członkostwie społeczności rdzennej, sposobie ubioru, sposobie utrzymywania się, stylu życia, itp.),

- d) języka (czy to języka używanego jako mowa ojczysta, jako przyjętej formuły komunikacji w domu i w rodzinie, lub też podstawowego, preferowanego, zwyczajowo przyjętego języka powszechnego),

- e) zamieszkiwania pewnych części państwa lub pewnych regionów świata,
- f) innych istotnych czynników.

W indywidualnym wymiarze, osobą ludności rdzennej jest ten, kto należy do ludności rdzennej w następstwie samoidentyfikacji siebie jako takiej (świadomość grupy) oraz osoba uznana i akceptowana przez tę ludność jako jeden z jej członków (akceptacja grupy).

Należy do tych wspólnot suwerenne prawo i władza decydowania o tym, kto należy do ich kręgu, z wykluczeniem zewnętrznego nacisku⁴.

2. Przywołana definicja akcentuje dla podejmujących próbę wskazania reguł sankcjonujących rzeczywiste uczestnictwo i obecność ludności rdzennej w obrocie prawno-międzynarodowym, ze szczególną siłą, trzy podstawowe wątki. Są nimi – sygnalizowane definicją *bezpośrednio*: (i) Uszanowanie pierwszeństwa ludności rdzennej do zajmowania i użytkowania ‘jej’ terytorium oraz (ii) Uszanowanie kulturowej odrębności/tożsamości ludności rdzennej we wszystkich ‘jej’ wymiarach. *Pośrednio* zaś (iii) – Uszanowanie podmiotowej samodzielności tej społeczności w relacji z innymi, podmiotowo samodzielnymi, społecznościami w obrębie państwa, przede wszystkim zaś w relacji z samą władzą państwa.

Te wątki odniesione być muszą do podstawowych, kluczowych pojęć/instytucji prawa międzynarodowego publicznego ukształtowanych do chwili podejmowania procesu normowania tym właśnie prawem statusu ludności rdzennej. A więc instytucji ukształtowanych do chwili przyjęcia w 2007 r.

⁴ E.CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4.para. 379.

Deklaracji Organizacji Narodów Zjednoczonych o Prawach Ludności Rdzennej [dalej: Deklaracja]⁵. Rozważania polegać zatem muszą na analizie i na ocenie normujących prawa ludności rdzennej postanowień przywołanej Deklaracji⁶, w ich właśnie perspektywie⁷.

Procesy i etapy kształtowania się na linii czasu kluczowych, dla analizy sygnalizowanych definicją wątków, pojęć/instytucji prawa międzynarodowego, uzasadniają ‘odwrócenie’ kolejności ich rozważania.

2.1. Uszanowanie podmiotowej samodzielności społeczności ludności rdzennej w relacji wobec innych społeczności w obrębie państwa, jak i jej podmiotowej relacji z władzą państwa

Ten wątek odnieść trzeba do pojęć/instytucji – ‘samostanowienie/samookreślenie’ i ‘prawo do samostanowienia/prawo do samookreślenia’⁸ – i wskazać, że Deklaracja w art. 3 stwierdza, iż ‘ludność rdzenna’ prawem tym dysponuje⁹.

Klauzula art. 3 Deklaracji w sposób oczywisty sankcjonuje rozszerzenie kręgu podmiotów, beneficjentów prawa do samostanowienia – w perspektywie samostanowienia *wewnętrznego*. Obok bowiem naturalnego jego dysponenta, jakim jest społeczność państwa, suweren, obywatele państwa *en bloc*, a także uznanego na linii czasu uprawnionego również dysponenta prawa do samostanowienia, jakim jest w obywatelskim kręgu przynależna doń mniejszość – ‘narodowa, etniczna, religijna i/lub językowa’(o właściwej sobie konfiguracji cech)¹⁰ – bieg historii czyni, a Deklaracja potwierdza, iż jego beneficjentem staje się wyróżniony w obywatelskim kręgu podmiot nowy i autonomiczny – ludność rdzenna. Ten akt poszerzenia kręgu podmiotów samodzielnie o sobie stanowiących jest efektem ewolucji prawa do samostanowienia *ludów* zapisanego w art. 1 (2) Karty Narodów Zjednoczonych.

⁵ A/RES/61/295; Deklaracja została przyjęta 13 września 2007 r. na 61 sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ stosunkiem głosów 143 – 4 (Australia, Kanada, Nowa Zelandia, Stany Zjednoczone) – 11.

⁶ Autor dzieli powszechny w doktrynie pogląd, iż Deklaracje, w kręgu niewiążących rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, w chwili ich przyjęcia, ujmują zasady/reguły prawa międzynarodowego będące zarówno refleksem ‘progresywnego jego rozwoju’, jak i zasady/reguły powszechnego prawa zwyczajowego dotyczące normowanej Deklaracją materii.

⁷ Jako współtworzącą fundament ‘prawa ludności rdzennej’ przywoływana jest także obok Deklaracji, jako swoiste uzupełnienie jej przekazu (*lex specialis*), konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 169 – przyjęta 7 czerwca 1989 r. – dotycząca ludności tubylczej i plemiennej w krajach niezależnych, z uwagi na szczególnie silne akcentowanie uprawnień tej ludności do ziemi (Część II – art. 13–19).

⁸ Terminów prawnych ekwiwalentnego znaczenia i wagi.

⁹ Art. 3 Deklaracji „Ludność rdzenna ma prawo do samookreślenia. Z mocy tego prawa swobodnie określa swój status polityczny i swobodnie dąży do własnego rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturowego.” Zob. http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_Polish.pdf

¹⁰ Opinia doradcza w sprawie szkół mniejszościowych w Albanii, 1935 P.C.I.J. (Ser. E) No. 11 (6 Apr. 1935); Zob. też P. Daranowski, *Prawa mniejszości w powszechnym prawie międzynarodowym*, [w:] *Sytuacja ludności polskiej na Wschodzie w świetle obowiązującego prawa i praktyki*, red. Dariusz Górecki, Toruń 2009, s. 29–70.

Ewolucji, będącej pochodną potrzeby (konieczności) jego funkcjonalnej wykładni, wywołanej dynamiką dostrzegania przeobrażeń tkanki społecznej członków społeczności międzynarodowej po 1945 r., tak w wymiarze krajowym, jak i międzynarodowym. Przeobrażeń, obiegu których sygnalizują i dalszą funkcjonalną wykładnię art. 1 (2) Karty NZ stymulują – czego Deklaracja jest właśnie wyrazem – zapisy klauzul art. 1.1. obu Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka. Artykułu stanowiącego, w klauzuli pierwszej, o prawie *‘wszystkich ludów* (p. m.) do samostanowienia”¹¹, na mocy którego – jak stanowi klauzula druga artykułu – „swobodnie ustanawiają swój status polityczny i swobodnie kontynuują swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny”¹².

Materializacja samostanowienia przez *każdy lud* (tj. ogół społeczności obywatelskiej państwa; mniejszość ‘narodową, etniczną, religijną i/lub językową’) jest (staje się) następstwem materializacji praw człowieka, wszystkich i każdego z osobna¹³. Praw grupowych, jak i praw indywidualnych każdej z osób lud ten stanowiących. Ludność rdzenna zatem, jak i każda osoba do niej należąca – podobnie jak każdy lud i osoby do niego należące – beneficjenci prawa do samostanowienia – korzystają z pełnej gamy praw człowieka.

Przywołany Deklaracją zbiór praw pozwala, w odwołaniu do klasycznych kryteriów ich różnicowania, jak i form ich ujęcia, wskazać na wspólne wszystkim ludom, podstawowe prawa obywatelskie i polityczne, prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne, a także ich grupowy i indywidualny wymiar¹⁴.

¹¹ Zob. *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Vol. I [red. Bruno Simma], Oxford University Press, 2002, s. 53 – „After the Covenants came into force, this principle grew into an obligation binding upon the parties to the Covenants. Art. 1 of the Covenants serves not only to confirm and strengthen the right of self-determination as mentioned in art. 1(2) of the UN Charter, but also to create a new and independent legal basis for this right. In addition, these treaty obligations are of the great importance for the interpretation of the Charter, since they have been elaborated by organ of the UN and thus can be seen a certain sense as the implementation of the Charter Task. Zob. też. S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 1996, s. 75–96.

¹² Jw. S. 54 „(...) one can state that the second sentence of Art. 1 of the human rights Covenants is intended only to protect the right of self-determination of a sovereign State. However, this kind of protection does not cover the whole concept of self-determination, since the essential problem of this right relates to questions concerning the treatment of minorities and their inalienable rights of their interest have been disregarded.”

¹³ McCorquodale, *Self-Determination; A Human Rights Approach*, 4 *International and Comparative Law Quarterly* (1994), s. 857–885; zob. też. K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge 2004, s. 81–82.

¹⁴ Art. 1 Deklaracji „Ludność rdzenna, zarówno poszczególne jednostki, jak i całość, ma prawo do pełnego korzystania z praw człowieka i fundamentalnych wolności, uznanych w Karcie Narodów Zjednoczonych, Deklaracji Praw Człowieka i w międzynarodowym prawie praw człowieka.”; zob. też. P. Jones, *Human rights, Group Rights, and People’s Rights*, 21 *„Human Rights Quarterly”* (1999), s. 80–107.

Przede wszystkim jednak Deklaracja – co jest istotą jej przesłania – skupia uwagę na uszczegółowionych redakcją, właściwych ‘rdzennemu’ środowisku prawach i ich parametrach, w tle których odnajdujemy – co oczywiste – przesłanie wszystkich praw podstawowych Paktami ujętych.

Nim przejdziemy do przeglądu praw ludności rdzennej, służących uszanowaniu jej kulturowej odrębności/tożsamości, a następnie stanowiących tytuł do ‘zajmowania dziedzicznych ziem’, dopełnijmy analizy przewidzianych Deklaracją formuł jej – *wewnętrznego* – samostanowienia, bowiem sama konstatacja prawa do korzystania z tegoż – w art. 3 Deklaracji – regulacji tej materii nie wyczerpuje.

Założenie swobodnego określenia przez ludność rdzenną swego statusu politycznego, a równolegle samodzielnej dbałości o swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny implikuje podjęcie i prowadzenie przez ludność rdzenną dialogu z władzami państwa. Inicjację dialogu w przedmiocie politycznej reprezentacji ludności rdzennej, jej statusu, jak i wariantów włączenia rdzennych struktur w państwową tkankę instytucji i zachodzących w nich procesów, a następnie, prowadzenie (kontynuowanie) tego dialogu w przyjętych za zgodą stron instytucjonalnych formułach. Sens jego prowadzenia – urzeczywistniającego wszak proces samostanowienia ludności rdzennej i niosącego z sobą możliwą perspektywę pełnego spełnienia praw ludności rdzennej – trafnie oddaje i opisuje termin dokonywania aktem dialogu, aktu „spóźnionej budowy Państwa”.

Parametry tej koniecznej interakcji, jak również nieuniknione, w momencie jej inicjacji, różne stopnie, obiektywnie możliwego, usankcjonowania prawem formuł dialogu z ludnością rdzenną obrazuje szereg postanowień Deklaracji.

O zupełnie podstawowym ich wymiarze mowa w art. 19 Deklaracji stanowiącym, iż „Państwa *konsultują* i *współpracują*(p. m.) z ludnością rdzenną w dobrej wierze poprzez ich *własne instytucje przedstawicielskie* (p.m.) w celu otrzymania ich wcześniejszego, dobrowolnego pozwolenia przed wprowadzeniem środków ustawodawczych lub administracyjnych, które by mogły mieć na nie wpływ.” Artykuł sygnalizuje o akcie konsultowania z instytucjami przedstawicielskimi ludności rdzennej rozwiązań (ustawowych/administracyjnych) przygotowanych *samodzielnie* przez władze państwa w zamiarze wprowadzenia ich w życie. Podobnie przesłanie odnajdujemy w art. 32 (2) Deklaracji stanowiącym o akcie *konsultacji i współpracy* „(...) w celu uzyskania dobrowolnego pozwolenia przed zatwierdzeniem jakiegokolwiek projektu mającego wpływ na ich [ludności rdzennej p. m.] ziemie lub terytoria (...)”¹⁵.

W zupełnie innej perspektywie parametry tej interakcji ujmuje art. 18 Deklaracji stanowiącym, iż ludność rdzenna „(...) ma prawo *do brania udziału*

¹⁵ Zob. też art. 10 i 29 (2) Deklaracji.

w podejmowaniu decyzji (p. m.) w sprawach, które miałyby wpływ na ich prawa”. Zatem perspektywie udziału *ab initio*, wybieranych samodzielnie przez ludność rdzenną jej przedstawicieli wg ukształtowanych jej tradycją procedur – w procesie projektowania i stabilizowania ostateczną decyzją – stanowi jednostkowe rozwiązanie sygnalizowanych artykułem spraw. Ta klauzula, w szerszym niż czyni to sam art. 18 zakresie, implikuje także (sygnalizowany już praktyką państw) wariant gwarantowania przedstawicielom ludności rdzennej stałego udziału jej reprezentacji w pracach legislacyjnych państwa, z przedstawicielstwem parlamentarnym ludności rdzennej włącznie.

Natomiast może także – w możliwych obiektywnie i uzgodnionych przez strony dialogu przypadkach – ową interakcję urzeczywistniać – jak stanowi art. 4 Deklaracji – materializacja prawa ludności rdzennej „(...) do *autonomii* (p. m.) bądź też *samorządu* (p. m.) w kwestiach wewnętrznych i lokalnych, jak również do dysponowania środkami na sfinansowanie swoich funkcji autonomicznych”. Urzeczywistniony zatem może zostać w najwyższym – ‘materialnie’ – stopniu, gdy mowa o autonomii/samorządzie¹⁶, zakres politycznego *wewnętrznego* samostanowienia ludności rdzennej¹⁷. A także – ‘formalnie’ – tj. w określonej, wola stron prowadzonego dialogu, przestrzeni państwa.

2.2. Uszanowanie kulturowej odrębności/tożsamości społeczności ludności rdzennej w relacji wobec innych społeczności w obrębie państwa we wszystkich tego wymiarach.

Zacznem praw stanowiących o kulturowej odrębności/tożsamości ludności rdzennej jest art. 1 i art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Ekonomicznych i Kulturalnych. Art. 15 w ustępie 1 stanowi o „prawie każdego do a) brania udziału w życiu kulturalnym;” w ustępie 2 stanowi o obowiązku państwa „pełnego urzeczywistnienia tego prawa” polegającego na podjęciu działań „niezbędnych dla zachowania rozwoju i upowszechniania (...) kultury”, w poszanowaniu, jak stanowi ustęp 3 „Wolności niezbędnej dla (...) działalności twórczej.”

Pojęcie ‘kultury’ kluczowe dla rozumienia sensu prawa opisanego art. 15 i jego przesłania, może być i jest interpretowane przez wiarygodne dla dokonywania takiej interpretacji gremia (także Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych), jako „sposób życia, oznaczający całość kształt,

¹⁶ Zob. M. Tkacik, *Characteristics of Forms of Autonomy*, „International Journal on Minority and Group Rights” 15, 2008, s. 369–401.

¹⁷ Ibidem, s. 373 – art. 4 Deklaracji stanowi o autonomii, klasyfikowanej w narracji doktryny jako autonomia *legislacyjna*. Jej przejawem jest istnienie lokalnie wybieranych ciał ustawodawczych z wybieranymi samodzielnie, niezależnymi, od władzy centralnej, władzami stanowiącymi prawo, niezależnym sądownictwem, skupionym na implementacji prawa przedmiotowo właściwego dla regionu, jak i zdolność władzy lokalnej do pobierania podatków i ich alokacji w przestrzeni autonomii. Autonomię o takich parametrach Autor kwalifikuje jako *silną* autonomię *legislacyjną*.

sumę materialnych i duchowych aktywności i materialnych dokonań danej grupy społecznej różnej od innych grup”¹⁸, co w sposób naturalny sygnalizuje i autonomizuje fenomen ludności rdzennej.

Zbiór zatem praw ludności rdzennej (jak i należących od niej osób) służących uszanowaniu jej kulturowej odrębności/tożsamości we wszystkich tego ‘rdzennych’ wymiarach to:

– „prawo do zachowania i umacniania swoich własnych instytucji (...) kulturowych, jak również prawo do brania udziału, jeśli sobie tego życzy, w życiu (...) kulturowym Państwa” (art. 5); „prawo do przynależności do wspólnoty rdzennej (...) zgodnie z tradycjami i zwyczajami danej wspólnoty (...)” (art. 9); „prawo praktykowania i ożywiania swojej tradycji i zwyczajów” (art. 11); „prawo do zakładania i kontrolowania własnych systemów nauczania i instytucji nauczających w ich własnym języku, w sposób odpowiadający ich kulturowym metodom nauczania i uczenia się (art. 14); „prawo do promowania, rozwoju i zachowania swoich struktur instytucjonalnych i ich charakterystycznych zwyczajów, duchowości, tradycji, procedur, praktyk oraz, gdzie takowe istnieją – systemów prawnych lub zwyczajów, zgodnie ze standardami międzynarodowymi praw człowieka” (art. 34); „prawo do zachowania, kontroli, ochrony i rozwoju swojego dziedzictwa kulturowego, tradycyjnej wiedzy i kulturowo-tradycyjnych zwrotów, jak również przejawu swoich nauk, technologii i kultur, włącznie z zasobami ludzkimi i genetycznymi, nasion, leków, medycyny, wiedzy o właściwościach fauny i flory, tradycji przekazywanych ustnie, literatury, projektów, sportu i tradycyjnych gier oraz sztuk widowiskowych i plastycznych” (art. 31 (1)).

2.3. Uszanowanie pierwszeństwa ludności rdzennej do zajmowania i użytkowania ‘jej’ terytorium.

Zauważyć trzeba, że przywołana definicja ludności rdzennej, akcentuje i wskazuje, że dominującą cechą tej społeczności, wyróżniającą ją wśród wszelkich innych społecznych bytów dysponujących prawem do samostanowienia, jest jej organiczny od zarania związek z ziemią, przestrzennie dającym się określić obszarem, terytorium i jego zasobami. To te przestrzenie i ich bogactwo, które zajmują od niedającego się wyznaczyć żadną datą czasu, kształtowały ich tożsamość, sposób życia i sens społecznych relacji w jej obrębie. Poddane na linii czasu, bez swej zgody, narzuconemu wzorcowi życia społecznego determinowanego strukturą suwerennego państwa, pozbawione możliwości samodzielnego kształtowania w pełni swojej tożsamości, także w procesie czerpania z zasobów i bogactw ‘swej’ przestrzeni, zostają w tej właśnie perspektywie dostrzeżone na przełomie wieków. Próba odnalezienia zatem sprawiedliwej, w perspektywie praw człowieka, równowagi pomiędzy dyskryminującym ludność rdzenną w całym swym wymiarze

¹⁸ Zob. A. Yupsanis, *The Meaning of ‘Culture’ in Article 15 (1) (a) of the ICSCR – Positive Aspects of CESCR’s General Comment No 21 for the Safeguarding of Minority Cultures*, „German Yearbook of International Law” 15, 2012, s. 349, 357–366.

narzuconym 'państwowym –*inwazyjnym /kolonialnym* – etapem' doby przeszłej, a koniecznością zabezpieczenia jej uznanej podmiotowości, tożsamości w państwowych strukturach doby współczesnej, implikuje i inicjuje proces oddawania w naturalne władanie ziem i jej zasobów ich prawowitym, pierwotnym właścicielom – ludności rdzennej¹⁹.

Wymiar tego zwrotu ziem i jej zasobów określa następujący katalog praw ludności rdzennej: „prawo do zachowania i umacniania swoich charakterystycznych związków duchowych z przez nie tradycyjnie posiadanymi lub też w inny sposób przez nie zajmowanymi i utrzymywanymi ziemiami, terytoriami, wodami, morzami i innymi bogactwami naturalnymi.” (art. 25); „prawo do ziem, terytoriów i bogactw, które tradycyjnie należały do niej, były przez nią zajmowane, używane lub nabyte w inny sposób.” (art. 25 (1)); i towarzyszące mu prawo sprawowania kontroli nad nimi (art. 25 (2)); „prawo do zadośćuczynienia, włącznie z restytucją lub, gdzie jest ona niemożliwa, sprawiedliwą, należytą i godziwą rekompensatę za ziemie, terytoria i bogactwa naturalne, które były przez nie tradycyjnie posiadane lub zajmowane bądź używane w inny sposób, a które zostały skonfiskowane, zabrane, okupowane, używane lub zniszczone bez ich dobrowolnego, wcześniejszego i poinformowanego pozwolenia.” (art. 28); „prawo do konserwacji i ochrony środowiska oraz zdolności produkcyjnej ich ziem, terytoriów i bogactw naturalnych.” (art. 29 (1)); „prawo decydowania i rozwijania priorytetów i strategii rozwoju lub użytku swoich ziem lub terytoriów, jak również innych bogactw naturalnych.” (art. 32 (1)).

Przywołane Deklaracją prawa ludności rdzennej są (lub będą) urzeczywistniane w przestrzeniach (państwach), w których strony przywoływanego wcześniej dialogu są (lub będą) świadome sensu swoich ról, biegiem historii określonych, a Deklaracją rozpisanych. Proces urzeczywistniania praw ludności rdzennej w pewnych przestrzeniach (państwach) ma już miejsce i jego bieg może być postrzegany także, jako oczywisty zacyzyn przyjętych Deklaracją ustaleń. W innych zaś przestrzeniach (państwach), to Deklaracja, jej przesłanie będzie stymulowała proces odnajdywania się stron dialogu, jak i rozważanie skali i tempa urzeczywistniania praw ludności rdzennej.

¹⁹ S. J. Anaya, R. A. Williams Jr., *The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, „Harvard Human Rights Journal”, 14, 2001, s. 33–86.

3. Grenlandia a proces samostanowienia Inuitów

3.1. Przykładem przestrzeni państwa, w obrębie której odnotowujemy zaawansowany wymiar dialogu pomiędzy władzą państwa a ludnością rdzenną, jak i zaskakująco głębokie następstwa jego prowadzenia, jest relacja władz Królestwa Danii i Inuitów– ludności rdzennej Grenlandii²⁰.

Nawiązując do przywołanej definicji ludności rdzennej, Inuici są 'kontynuacją społeczności doby przedinwazyjnej i kolonialnej'. Inuici, zasiedlający przestrzeń Grenlandii w 4000 p.n.e. – 1000 n.e., u schyłku tego okresu poddani zostali procesom kolonizacji²¹. Prawnym i faktycznym podmiotem poddającym swej suwerenności całą skolonizowaną przestrzeń Grenlandii i jej społeczność – Inuitów – (była) jest Dania²².

3.2. Inuici są (stają się) – w dobie współczesnej – w pełni świadomym swych opisanych definicją ludności rdzennej cech i uprawnień podmiotem²³. Ich polityczna, podmiotowa autonomizacja w przestrzeniach państw Arktyki jest faktem i stałym procesem²⁴. Procesem, który w przestrzeni duńskiej obrazują następujące jej etapy.

3.2.1. Jego inicjacją jest przyznanie Grenlandii konstytucją z 1953 r. statusu przestrzeni autonomicznej. Grenlandia staje się „częścią Królestwa

²⁰ Inuici – licząca około 100 tys. społeczność – jest w arktycznej przestrzeni – obok Grenlandii (45 tys.) – także ludnością rdzenną Kanady (25 tys.), Stanów Zjednoczonych (30 tys. Alaska) i Federacji Rosyjskiej (1 500). Zob. <http://www.faqs.org/minorities/North-America/Inuits.html>

²¹ Orzeczenie w sprawie statusu prawnego Wschodniej Grenlandii (Dania v. Norwegia) – 1933 P.C.I.J. (Ser. A/B) No. 53 (5 Apr. 1935) – Ustalenia Trybunału w przedmiocie źródła władztwa państwowego w przestrzeni Grenlandii „[20] „According to the information supplied to the Court by the Parties, it was about the year 900 A. D. that Greenland was discovered. The country was colonized about a century later. (...) it was at that time that two settlements called Eystribygd and Vestribygd were founded towards the southern end of the western coast. (...) These settlements had disappeared before 1500.” [22] „In 1380, the kingdoms of Norway and Denmark were united under the same Crown; the character of this union, which lasted until 1814, changed to some extent in the course of time (...) during this period Greenland, in so far as it constituted a dependency of the Crown, should not be regarded as a Norwegian possession. [23] The disappearance of the Nordic colonies did not put an end the King’s pretensions to the sovereignty over Greenland”.

²² Ibidem.

²³ Zob. C. Pelaudeix, *Inuit Governance in a Changing Environment; A Scientific or a Political Project*, [w:] *What Holds The Arctic Together*, red. C. Pelaudeix, A. Faure i R. Griffiths, Paris, L’Harmattan 2012, s. 67–83; Zob. też. E. Bielawski, *Inuit indigenous knowledge and science in the Arctic*, [w:] *Human Ecology and Climate Change: People and Resources in the Far North* – [red.] David Lawrence Peterson, Daryll R. Johnson, Taylor & Francis 1995) s. 219–227.

²⁴ ICC (The Inuit Circumpolar Council) powstała w 1977 r. i jest międzynarodową organizacją ludności rdzennej reprezentującą Inuitów żyjących w Arktycznych rejonach Alaski, Kanady, Grenlandii i rosyjskiej Czukotki. Organizacja – analogicznie do innych NGO’s – posiada – od 1983 r. – status konsultatywny w (Rada Gospodarczo-Społeczna) Organizacji Narodów Zjednoczonych.

Danii”, jak stanowi paragraf 1 Konstytucji²⁵. Przestaje zatem być Grenlandia, w tym momencie, duńską kolonią²⁶.

3.2.2. Utrwalająca się po 1953 r., we współczesnym tego wymiarze samodzielność polityczna Inuitów, jak i gospodarcza przestrzeni Grenlandii, zmierzająca do przeprowadzenia w latach 1975–1978 procesu zakończonego przyjęciem, aprobowanego w drodze referendum a przyjętego przez Parlament Królestwa Danii w 1979 r. *Home Rule Act*²⁷ [dalej: Ustawa 79]. Akt ten przewidywał ustanowienie w Grenlandii – w obrębie jej społeczności, będącej jak sam stanowił, ‘odrębną społecznością w obrębie Królestwa Danii’ (Rozdz. I ust. 1 (1)) – lokalnego parlamentu (*Landsting*) i administracji kierowanej przez lokalny rząd (*Landsstyre*) oraz przyznawał władzy lokalnej szerokie przedmiotowe uprawnienia, z wyłączeniem materii bezpieczeństwa, polityki zagranicznej, wymiaru sprawiedliwości i policji. Jakkolwiek narracja Ustawy 79 może być postrzegana *prima facie* jako refleks pogłębiania i doskonalenia administracyjnej struktury państwa służącej dyslokacji uprawnień w jego obrębie, szanującym specyfikę części jego terytorium, to siłą faktów²⁹, jej przyjęcie faktycznie autonomizuje politycznie Inuitów i ‘ich’ Grenlandię w obrębie Królestwa Danii, a niemal wprost, ‘imiennie’, stanowią o tym art. 8

. 9

Art. 8 (1), który stwierdza, iż „Ludność zamieszkująca Grenlandię ma podstawowe prawo do zasobów naturalnych Grenlandii” i art. 9 (1) stwierdzający, iż w sferze publicznej „Grenlandzki jest podstawowym językiem.”.

²⁵ Paragraf 1 konstytucji „Niniejsza ustawa zasadnicza obowiązuje we wszystkich częściach Królestwa Danii.” Zob. www.hardenfelt.com

²⁶ Odrębność Grenlandii, części Królestwa Danii, akcentuje konstytucja także przyznaniem reprezentantom Grenlandii (obok reprezentantów Wysp Owczych) dwóch miejsc w Parlamencie (*Folketing*) (§ 28 konstytucji).

²⁷ *Home Rule* – „To prawo do lokalnego samorządu obejmującego uprawnienia do normowania ochrony zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, opieki społecznej, zezwoleń, opłat i nakładania podatków.”; „*Home Rule* oznacza władzę rządu lokalnego wyłączającą wkroczenie rządu [centralnego] w jego działania. Zakres jego uprawnień jest poddany ograniczeniom przewidzianymi konstytucją i ustawami” zob. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/home+rule>

²⁸ Zob. *Greenland Home Rule Act 1978* – <http://www.faqs.org/minorities/Appendices/The-Greenland-Home-Rule-Act-Act-No-577-of-29-November-1978-Extracts-html> Zob. też. H. Hurst, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination; The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania, 1990, s. 341–346; F. Harhoff, *The Status of Indigenous Peoples under International Law: Greenland and the Right to Self-Determination*, Canadian Yearbook of International Law, 32, 1994, s. 248–252.

²⁹ Ich miarą pozostaje odnotowanie dwóch faktów. Pierwszego, iż 85 % ludności Grenlandii to Inuici i drugiego – skali pozytywnego głosowania w referendum na rzecz politycznego usamodzielnienia Grenlandii w 1978 i 2008 r., odpowiednio 63% i 75% .

³⁰ Zob. *Act on Greenland Self-Government* – http://www.stm.dk/multimedia/GR_Self-Government_UK.doc

3.2.3. Etap kolejny to – poprzedzone także referendum – przyjęcie ustawy nowelizującej *Home Rule Act* z 1979 r. To akt przyjęcia w dniu 12 czerwca 2009 r. *Act on Greenland Self-Government*³⁰ [dalej: Ustawa 09]. Ustawa 09 – wolą duńskiego suwerena – definitywnie autonomizuje podmiot ludności rdzennej, Inuitów i ‘ich’ przestrzeń, Grenlandię, nie tylko w porządku konstytucyjnym Królestwa Danii, ale – co należy podkreślić – akcentuje wprost prawnomiędzynarodowy wymiar podjętej decyzji i uszanowanie nią praw ludności rdzennej. Sygnalizuje to Preambuła Ustawy 09, a potwierdzają jej dalsze, szczegółowe postanowienia. Preambuła stwierdza – „Uznając, iż ludność Grenlandii jest ludem w rozumieniu prawa międzynarodowego dysponującego prawem do samostanowienia, Ustawa oparta jest na woli utrwalania równości i wzajemnego szacunku we współdziałaniu Danii i Grenlandii. Przyjęta ustawa jest pochodną umowy zawartej pomiędzy równymi sobie partnerami – rządami Grenlandii i Danii.”

Ustawa 09 – obok dalszego rozszerzenia przedmiotowego uprawnień władz grenlandzkich m.in. o wymiar sprawiedliwości³¹ – mając na uwadze przywołane Deklaracją prawo ludności rdzennej do „(...) ziem, terytoriów i bogactw, które tradycyjnie należały do niej, były przez nią zajmowane, używane lub nabyte w inny sposób” (art. 26 (1)); a także sprawowania kontroli nad nimi (art. 26 (2)), potwierdza prawo Inuitów do ‘bogactw Grenlandii’. Stwierdza to wprost klauzula stanowiąca, iż „Dochody z eksploatacji zasobów mineralnych w Grenlandii będą przypadają Grenlandzkim władzom samorządowym” (art. 7.1) i uściślająca formuły tych dochodów klauzula art. 7 (2). Zaś rozdział 3 Ustawy 09, którego częścią jest art. 7, zatytułowany „Relacje gospodarcze pomiędzy Władzami Grenlandzkiego Samorządu a Rządem Danii” – normuje szczegółowo następstwa realizacji tego prawa w kształtowaniu porządku finansowego Królestwa Danii.

3.2.4. Istotnym dalszym sygnałem politycznej samodzielności Inuitów i ‘ich’ Grenlandii są uszczegółowione i rozbudowane Ustawą 09 r. w stosunku do unormowań przyjętych w 1979 r. reguły – oryginalne na gruncie obu Ustaw *duńskie rozwiązania* – określające zakres uprawnień, udziału władz Grenlandii w kształtowaniu relacji międzynarodowych Królestwa, które przedmiotowo dotyczą interesu (-ów) Grenlandii.

Ustawa 79 ustanawiała i akcentowała obowiązek prowadzenia rozmów i konsultacji pomiędzy władzami lokalnymi Grenlandii a rządem centralny i *vice versa*, gdy odpowiednio, te pierwsze normują prawem lokalnym mate-

³¹ Charter 1 The Self-Government Authorities and the Courts

1. The Greenland Self-Government authorities shall exercise legislative power in the fields of responsibility taken over. Courts of law are established by the Self-Government authorities shall exercise judicial power in Greenland in all fields of responsibility. Accordingly, the legislative power shall lie with *Inatsisartut* [Greenland Parliament], the executive power with *Naalakkersuisut*, and the judicial power with the courts of law.

rie, „które byłyby zasadniczej wagi dla międzynarodowych relacji Królestwa” (art. 11 (1) i (2)), te drugie zaś, gdy zawierane przez Danię traktaty (jak i decyzje podejmowane w łonie Wspólnoty Europejskiej) „w szczególności sposób oddziaływałyby na interesy Grenlandii” (art. 15).

Ustawa 79 stanowiła także o organizacyjnym, a merytorycznie istotnym z uwagi na grenlandzkie interesy w danym państwie, możliwym udziale przedstawicieli władz Grenlandii: (i) w składzie misji dyplomatycznych Danii w tych państwach; (ii) udziale w procesie negocjacyjnym z państwem tym prowadzonym oraz (iii) prowadzeniu negocjacji przez przedstawicieli władz Grenlandii bezpośrednio w przypadkach, gdy dotyczą one „materii będących przedmiotem szczególnego zainteresowania Grenlandii” (art. 16).

Ustawa 09 potwierdza przyjęte w 1979 r. reguły, jak i istotnie rozwija parametry międzynarodowej aktywności władzy wykonawczej Grenlandii i jej relacji wobec władzy centralnej, rządu Danii. Czyni to w Rozdziale 4, zatytułowanym „Sprawy Zagraniczne”.

Podkreślając na wstępie potrzebę honorowania w międzynarodowej aktywności Stron wartości godzenia „interesów Grenlandii, jak i interesów Królestwa Danii” (art. 11 (2)) Ustawa 09 – co jest novum – akcentuje zasadniczą samodzielność władz Grenlandii w negocjowaniu i zawieraniu ‘w imieniu Królestwa’ traktatów z państwami i organizacjami międzynarodowymi w sprawach „wyłącznie dotyczących Grenlandii” i należących do materii, za których normowanie odpowiadają” (art. 12 (1, 5, 6)).

Przywołany jest – w art. 13 i jego czterech klauzulach – ukształtowany już obowiązek informowania rządu Grenlandii [*Naalakkersuisut*] przez rząd Danii o zamiarze negocjowania „porozumień pod rządami prawa międzynarodowego, które są szczególnej wagi dla Grenlandii.”, a także poddania wynegocjowanego porozumienia rządowym konsultacjom przed jego ostatecznym zawarciem. Akt konsultacyjny wyczerpuje form rządowej współpracy. Polegać ona może na prowadzeniu części negocjacji przez reprezentantów *Naalakkersuisut*, ale także na – co jest nowym rozwiązaniem – zwieńczeniu etapu negocjacji, złożeniem pod porozumieniem podpisów obu podmiotów negocjujących po stronie duńskiej. Mając na uwadze te właśnie ‘szczególnej wagi dla Grenlandii’ porozumienia, Ustawa 09 stanowi także – co jest zupełnie nową jakością – iż, „Gdyby Rząd uważał za konieczne zawrzeć takie porozumienie bez zgody *Naalakkersuisut*, to w najszerszym możliwym zakresie, nie będzie ono skuteczne wobec Grenlandii.”

Ustawa 09 przewiduje także – co akcentuje szczególnie mocno samodzielność Grenlandii w międzynarodowym obrocie – iż, „Gdy statut organizacji międzynarodowej dopuszcza możliwość uzyskania innym podmiotom niż państwa i związki państw samodzielnego członkostwa, rząd może, na prośbę *Naalakkersuisut*, zdecydować o przedłożeniu i wsparciu takiego wniosku Grenlandii, gdy będzie to zgodne z konstytucyjnym statusem Grenlandii” (art. 14).

Ustawa 09 powtarza przyjęte w 1979 r. warianty udziału w służbie dyplomatycznej przedstawicieli rządu Grenlandii (art. 15), a także podkreśla konieczność kształtowania porządku prawnego Grenlandii w pełnej zgodzie z zobowiązaniami międzynarodowymi Królestwa (art. 16).

Przyjęte rozwiązania, akcentujące znaczącą samodzielność, autonomię władz Grenlandii w kształtowaniu prawem, także umowami międzynarodowymi, spraw „wyłącznie dotyczących Grenlandii” czy też spraw, „które są szczególnej wagi dla Grenlandii” w obrocie międzynarodowym Królestwa Danii, trudno łączyć *prima facie* z aktem samostanowienia *wewnętrznego* ludów. W istocie swej jednak, realizowane z uszanowaniem pełnej zgodności, harmonii duńskiego i grenlandzkiego interesu, wyznaczają możliwy i naturalny – ‘międzynarodowy’ wymiar – sygnalizowanego art. 1 Międzynarodowych Paktów – aktu ‘swobodnego kontynuowania swego rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturalnego’ przez samostanowiące o sobie *w obrębie państwa* ludy.

3.2.5. Na tle przeprowadzonej analizy (porównania) unormowań Ustawy 79 i Ustawy 09, zupełnie nowatorski natomiast jest zapis Rozdziału 8 tej ostatniej, zatytułowany „Grenlandii dostęp do Niepodległości”. Przewiduje on – w art. 21 – iż decyzję o niepodległości Grenlandii „podejmie lud Grenlandii” w drodze referendum, zaś formalizacja niepodległościowego procesu będzie następstwem porozumienia, umowy rządu Królestwa i rządu Grenlandii, inicjującym jego bieg i akceptacji pozytywnego wyniku referendum – zgodą – Parlamentu Królestwa Danii.

4. Przeprowadzona konfrontacja fenomenu ludności rdzennej, zapisów Deklaracji i ustawowych rozwiązań duńskich dotyczących Grenlandii i jego ludu, a także międzynarodowych następstw ich przyjęcia, daje podstawę do sformułowania następujących wniosków:

1. Podmiotem autonomicznym w kręgu społeczności krajowych ponad połowy współczesnych suwerennych państw jest ludność rdzenna. Społeczność Danii jest tego przykładem.

2. Pojęcie ‘ludności rdzennej’ współcześnie, już w narracji Karty Narodów Zjednoczonych, dopełnia w Państwach które ludność ta zamieszkuje, opis znamion szczegółowych jego obywateli, pozwalających na uprawnione ich różnicowanie. W przypadku Danii zatem stwierdzić można w uprawnionym (mając na uwadze zamieszkującą Królestwo Danii społeczność) uproszczeniu, że obok duńskiej obywatelskiej – narodowej – większości, południową Jutlandię zamieszkują Duńczycy, stanowiący klasyczną ‘mniejszość narodową niemiecką’, Grenlandię zaś Inuici będący ‘ludnością rdzenną’.

3. Perspektywa politycznej autonomizacji obywatelskiej społeczności ‘ludności rdzennej’ i uznania także jej ‘terytorialnego’ samostanowienia w obrębie państwa – tj. ‘zajmowania dziedzicznych ziem lub co najmniej ich części’ – jest przesłanką do ukształtowania – także za sprawą geograficznych

cech dziedzicznych ziem – nie tylko administracyjnej, lecz także konstytucyjnie usankcjonowanej politycznej samodzielności – autonomii – tych przeszczerzeni. Wyrazem tego są duński *Home Rule Act of 1979* i *Act on Greenland Self-Government 2009*.

4. Podmiotowa samodzielność ludności rdzennej, w tym jej oczywista tak potencjalna, jak i faktyczna w przypadku Inuitów, wiedza i rola w normowaniu także narastających wyzwań ochrony naturalnego środowiska, uzasadnia i tłumaczy ich uczestnictwo i udział w normowanej prawem międzynarodowym, tak powszechnej, jak i regionalnej debacie³². Uczestnictwie, którego sensu w pełni nie oddają definicje ról i funkcji NGO's, czy też opisanie aktywności Inuitówi ich tożsamości terminem 'non-stateactor'.

5. Rozdział 8 Ustawy 09 jasno sygnalizuje, iż pojawia się oto *de facto* na liście uznanych w prawie międzynarodowym nowy kontekst ich powstawania. Rzecz nie w formie czynienia tego. Przyjęta Ustawa implikuje możliwość dokonania aktu secesji Grenlandii za zgodą zainteresowanych stron. Natomiast mając na uwadze klasyczne dla biegu historii nowożytnej przesłanki procesów powstawania państw, tj. powstawanie państw z woli narodów oraz powstawanie państw z woli ludności obszarów powierniczych i niesamodzielnych, w pełni polityczne (państwowe) usamodzielnienie ziem ludności rdzennej byłoby (będzie) nową jakością w kształtowaniu mapy politycznej świata doby współczesnej³³.

INDIGENOUS PEOPLE – RIGHT TO SELF-DETERMINATION – GREENLAND

Key words: indigenous peoples; indigenous peoples right to self-determination; Greenland legal status

Summary

The phenomenon of 'indigenous peoples' and their rights had not been the matter regulated by international law until the turn of the centuries. The United Nations General Assembly Declaration on the Rights of Indigenous Peoples adopted in 2007 has become the manifestation

³² Rada Arktyczna (*The Arctic Council*) – ustanowione Deklaracją z Ottawy w 1996 r. z inicjatywy Kanady – międzyrządowe forum, podejmujące na bazie konsensusu ustalenia w przedmiocie Arktyki – jej rozwoju we wszelkich wymiarach. W pracach forum uczestniczą: Kanada, Dania, Finlandia, Islandia, Norwegia, Federacja Rosyjska, Szwecja i Stany Zjednoczone. Unikalną cechą Rady Arktycznej jest włączenie – o statusie stałych członków (Permanent Participants) przedstawicieli ludności rdzennej tj. Aleutów (*Aleut International Association – AIA*), Atabasków (*Arctic Athabaska Council – AACI*), Inuitów (*Inuit Circumpolar Council – ICCL*), Gwinczów (*Gwinc'h'in Council International – GCI*), Rosyjskiego Stowarzyszenia Ludności Rdzennej Północy (*Russian Association of Indigenous People of the North*) i Rady Ludności Saami.

³³ Zob. M. Nuttal, *Self-Rule in Greenland – Towards the World's First Independent Inuit State?*, „Indigenous Affairs”, 2008, 3–4, s. 64–70.

of the changes taking place. The unique features of indigenous peoples determine their exceptional rights, and the Declaration proves and elaborates on those. Amongst others, the Declaration accentuates: rights to the land – with which the peoples' bond dates well back to the pre-colonial era, and the right of independent participation in the social life of a state in all its aspects, such as exercising the right codified in Article 1 (2) of the United Nations Charter – the right to self-determination. Practical expression of the process of materialization of the self-determination, along with detailed rights of the indigenous peoples as set out in the Declaration, is the evolution of the legal status of Inuit – the indigenous peoples of Greenland – and the construction of the political autonomy of Greenland's space within the constitutional provisions of the Kingdom of Denmark. Indication of the aforementioned are the norms of the Danish law analyzed in the present paper – *the Home Rule Act of 1979* and *the Act on Greenland Self-Government of 2009*.

Stefan Hambura

Kancelaria mec. Stefana Hambury, Berlin

Jan Sandorski

Wydział Prawa i Administracji UAM w Poznaniu

Roszczenia Polonii w Niemczech – wczoraj i dziś

Słowa kluczowe: roszczenia wobec Niemiec, Związek Polaków w Niemczech, roszczenia Polonii, mienie zagrabione przez hitlerowskie Niemcy

I. Słowo wstępne

W początkach września 2010 r. Prezydent RP Bronisław Komorowski odbył pierwszą oficjalną podróż zagraniczną, której celem było pokazanie strategicznych kierunków polskiej polityki zagranicznej. Po wizycie w Brukseli i Paryżu odwiedził Berlin. Zarówno we Francji jak i w Niemczech usłyszał zgodę na wznowienie współpracy w ramach Trójkąta Weimarskiego, którego ostatni szczyt odbył się w 2006 r. Podczas spotkania z kanclerz RFN Angelą Merkel prezydent Komorowski uznał, za najważniejszą ze spraw do załatwienia – oprócz unijnych dotacji na budowę gazoportu w Świnoujściu – sytuację Polaków w Niemczech, którym władze nie chcą przyznać statusu mniejszości¹. Można było się spodziewać, iż problemy związane z Polonią w Niemczech znajdują się w centrum uwagi stron w trakcie przyszłych negocjacji, prowadzonych zarówno w ramach Trójkąta Weimarskiego, jak i innych rokowań dyplomatycznych między Warszawą i Berlinem.

Stanowisko zajęte przez prezydenta Komorowskiego w Berlinie stało w sprzeczności z rozlegającymi się tu i ówdzie głosami sugerującymi, iż sytuacja obywateli Niemiec narodowości polskiej służy do „podgrzewania w Polsce nastrojów antyniemieckich”². Głosy te deprecjonują działania zmierzające do uzyskania przez Polaków w Niemczech statusu mniejszości narodowej, a nawet kwestionują fakt pozbawienia ich tego statusu przez władze hitlerowskie w czasach II wojny światowej. Z nieznanym względów zapomina się o jednoznacznym brzmieniu § 1 rozporządzenia Rady Ministrów na

¹ W. Lorenz, *Komorowski przypomina o historii*, „Rzeczpospolita”, 4–5 września 2010 r., A 13

² S. Żerko, *Polacy w Niemczech – wątpliwa mniejszość*, „Rzeczpospolita”, 26 marca 2010 r., A 16

Rzecz Obrony Rzeszy z dnia 27 lutego 1940 r., zakazującego działalności organizacji polskiej grupy narodowej w Rzeszy Niemieckiej³. Krytycy tych głosów podkreślają ich zbieżność z oficjalnym stanowiskiem RFN i wyrażają zdziwienie, iż w Polsce lansuje się poglądy do złudzenia przypominające punkt widzenia niemieckiego MSZ⁴. Podkreślają też oni, iż polityka polskiego MSZ świadczy ostatecznie o tym, że troska o dobre sąsiedztwo nie musi iść w parze z historyczną ślepotą, a jasno sformułowane stanowisko w sprawie mniejszości polskiej przyczynia się do nadania toczącej się dyskusji, między rządem Polski i Niemiec, rzeczowego tonu. Przejawem tego tonu może być między innymi stanowisko zajęte przez Departament Polityki Europejskiej polskiego MSZ w liście z 7 kwietnia 2014 r. do mecenasa Stefana Hambury – pełnomocnika Związku Polaków w Niemczech. W liście tym, podpisanym przez zastępcę dyrektora Janusza Styczka, między innymi przeczytać można, że „zagrabienie przez hitlerowców mienia mniejszości polskiej na terenie Niemiec na podstawie rozporządzenia dotyczącego polskiej grupy narodowościowej w Rzeszy Niemieckiej z 27 lutego 1940 r. jest sprzeczne z prawem międzynarodowym”⁵. Konstatację tę należy uznać za w pełni trafną. Wątpliwości nasuwa jednak następujące po niej zdarzenie, w którym pada stwierdzenie, że „Państwo Polskie nie ma prawnych podstaw do wysuwania roszczeń przeciwko RFN w tym zakresie, ponieważ mienie zostało zagrabione obywatelom III Rzeszy (mniejszość polska), a nie obywatelom II RP”. Na straży praw Polonii w Niemczech stały nie tylko fundamentalne zasady prawa międzynarodowego, chroniące mniejszości narodowe i uznane za takowe przez społeczność międzynarodową, lecz także postanowienia zgodnej deklaracji zawartej 5 listopada 1937 r. między Polską i Niemcami w sprawie wzajemnej ochrony mniejszości narodowych. Można twierdzić, że tej dwustronnej umowy nie unicestwił wybuch drugiej wojny światowej. Dyskusyjna jest więc teza, że w powyższej sprawie rząd polski nie może zająć na arenie międzynarodowej aktywnej postawy. Tej kwestii oraz innym problemom, związanym z roszczeniami Związku Polaków w Niemczech, poświęcone są poniższe rozważania.

II. Zarys roszczeniowych sporów

W lutym 2010 r. doszło w Berlinie do pierwszego spotkania „okrągłego stołu” z udziałem wiceministrów spraw wewnętrznych obu państw⁶. Głównym zadaniem tej struktury była ocena implementacji polsko-niemieckiego Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy z 1991 r. W tych

³ Ibidem.

⁴ S. Hambura, *Zes historyczny*, „Angora”, nr 36 (1055), s. 72.

⁵ List DPE MSZ z 7 kwietnia 2014 r. (w zbiorach autorów).

⁶ Patrz szerzej: K. Rak, *Sytuacja polskiej mniejszości narodowej w Niemczech*, Stowarzyszenie Wspólnota Polska, Warszawa 2010, s. 43.

ramach ważną kwestia i zarazem wyzwaniem stała się problematyka Polonii w Niemczech i mniejszości niemieckiej w Polsce.

Niewątpliwie powołanie i rozmowy przy „okrągłym stole” były same w sobie faktem doniosłym, szczególnie w odniesieniu do tematu Polonii w Niemczech, biorąc pod uwagę dotychczasową „wstrzemięźliwą”, a więc daleką od wychodzenia naprzeciw, postawę niemieckich władz wobec polonijnych problemów. Pierwsze rozmowy z udziałem przedstawicieli Polonii i mniejszości niemieckiej w Polsce pozwoliły na wstępną inwentaryzację stanowisk oraz wskazanie niektórych trudnych problemów polonijnych do dyskusji: nauczania języka ojczystego i rehabilitacji działaczy polskiej mniejszości, ofiar nazizmu.

Drugie spotkanie „okrągłego stołu” odbyło się 3 listopada 2010 r. w Warszawie. Było ono kolejnym etapem ku podsumowaniu wykonania „dużego” traktatu z 1991 r. oraz kontynuowania rozmów na temat sytuacji Polonii w Niemczech i mniejszości niemieckiej w Polsce. Wartością dodaną tego posiedzenia było powołanie do życia trzech grup zadaniowych, których celem miało być uzgodnienie pożądaných rozwiązań w następujących obszarach: prawnohistorycznym i kultury pamięci, nauczania i wspierania języka, działań wspierających, czyli finansowania.

Podczas drugiej rundy „okrągłego stołu” doszło ze strony niemieckiej do wyrażenia zdecydowanej odmowy wobec polskiego postulatu uznania Polonii za mniejszość. Przedstawiciel strony niemieckiej, podkreślając, że Polonia nie może liczyć na status mniejszości, uzasadnił to sytuacją innych grup narodowych w Niemczech, w szczególności obecnością w RFN 1,5 mln Turków, proponując formułę „współobywatele niemieccy polskiego pochodzenia”⁷.

Trzecia runda „okrągłego stołu” doszła do skutku w Berlinie w dniu 1 marca 2011 r. Jej rezultat w sprawach polonijnych okazał się zachęcający do dalszej dyskusji. Przyjęto bowiem polski postulat wypracowania przez stronę niemiecką strategii wspierania i pielęgnowania nauczania języka polskiego jako języka ojczystego. Na zasadach symetrii podobnie powinna postąpić w najbliższym czasie strona polska wobec mniejszości niemieckiej w Polsce. Ponadto ze zrozumieniem spotkał się polski postulat powołania w krajach federalnych pełnomocników ds. Polonii i języka polskiego. Wspólnie ustalono także, że strona niemiecka wykona gest pozwalający zrehabilitować była mniejszość polską, prześladowaną w okresie narodowego socjalizmu. Także w przyszłości Polonia w Niemczech będzie miała swój adres w Berlinie tzn. Biuro ds. Polonii, w celu instytucjonalizacji jej obecności w Niemczech.

Pokłosiem wzajemnych negocjacji i uroczystości jubileuszowych z czerwca 2011 r. była między innymi przyjęta 10 czerwca 2011 r. uchwała Bundestagu, podsumowująca 20 lat stosunków polsko-niemieckich i wyznaczająca cele dalszej współpracy na przyszłość. Istotne miejsce w tej uchwale zajął

⁷ Ibidem, s. 46.

fragment dotyczący rehabilitacji działaczy mniejszości polskiej, istniejącej w Niemczech przed II wojną światową. Ponad dwa tysiące czołowych działaczy tej mniejszości znalazło się w niemieckich obozach koncentracyjnych i swoje polskie korzenie znaczna część z nich przypłaciła śmiercią. W uchwale Bundestagu znalazł się więc następujący passus: „W czasie narodowego socjalizmu członkowie ówczesnej polskiej mniejszości byli mordowani w obozach koncentracyjnych, a ich organizacje zostały zakazane i wyłączone. Bundestag chce oddać hołd tym ofiarom i je zrehabilitować”. Podczas dyskusji nad uchwałą poseł CDU Karl-Georg Wellmann podkreślił, iż po raz pierwszy w Bundestagu polska mniejszość została nazwana mniejszością narodową i oddano jej hołd.

Do grona spraw nierozwiązanych, a dotyczących Polaków w Niemczech nadal należy kwestia odszkodowań za straty majątkowe jakie poniosła Polonia wskutek rozporządzenia Göringa z 27 lutego 1940 r. o likwidacji organizacji i stowarzyszeń polonijnych. Ofiarami tego rozporządzenia stały się wszelkie polonijne inicjatywy społeczne i gospodarcze, łącznie z bankami, szkołami, wydawnictwami, drukarniami i prasą. Zespół powołany przez Zarząd Główny Związku Polaków w Niemczech (ZPwN) i kierowany przez mecenasa Stefana Hamburgę ocenił straty poniesione przez Polonię w Niemczech na kwotę jednego miliarda euro. W latach 60. zeszłego wieku strona niemiecka przyznała z tytułu rekompensat za część majątku odebranego ZPwN tylko niewielką kwotę, kompletnie nieadekwatną do rzeczywiście poniesionych strat. Rodziny osób zamęczonych w obozach koncentracyjnych oraz sami więźniowie polskiego pochodzenia nie otrzymali żadnych odszkodowań, bowiem sądy niemieckie nie uznawały ich za ofiary nazizmu, lecz za szowinistycznych wrogów III Rzeszy. Uchwała Bundestagu stanowi jednoznaczne uznanie roszczeń ofiar i ich rodzin, a także – *implicite* – roszczeń odszkodowawczych ZPwN jako organizacji będącej kontynuacją tej organizacji z czasów przedwojennych. Uzasadnienie prawne tych roszczeń wymaga rzucenia okiem w przeszłość Związku i przypomnienia wydarzeń, które dla jego losów miały kluczowe znaczenie.

III. Wczoraj

1. Geneza Związku Polaków w Niemczech

Związek Polaków w Niemczech powstał 27 sierpnia 1922 r. i za siedzibę obrał sobie Berlin. Moment utworzenia Związku został wybrany ze względu na korzystną atmosferę w stosunkach polsko-niemieckich, na którą wpływ miała zawarta dwa miesiące wcześniej, 15 maja 1922 r. w Genewie konwencja w sprawie Górnego Śląska. W przeciwieństwie do zawartego 22 czerwca 1919 r. tzw. małego traktatu wersalskiego, którego stronami były główne mocarstwa sprzymierzone i stowarzyszone i który nakładał na Polskę jedno-

stronne zobowiązania, konwencja z 15 maja 1922 r. była dwustronnym traktatem polsko-niemieckim, zawierającym obustronne prawa i obowiązki. Oba państwa deklarowały w niej, że przestrzegać będą praw fundamentalnych mniejszości narodowych na obszarze Górnego Śląska po obu stronach granicy. Na straży ich przestrzegania stała Liga Narodów, która miała rozstrzygać pojedyncze i zbiorowe petycje członków mniejszości narodowych, skarżących się na naruszenie ich praw zasadniczych. Przyjęte w konwencji regulacje prawne ułatwiły społeczności polonijnej na Górnym Śląsku wystąpienie z inicjatywą zalegalizowania jej organizacji. W pracach nad utworzeniem Związku brali przede wszystkim udział przedstawiciele polskiej ludności Opolszczyzny. Z tego względu Opolszczyzna stała się „Dzielnicą I Związku Polaków w Niemczech”. Działacze Związku dążyli do poszerzenia bazy członkowskiej z myślą o wyborach do parlamentu niemieckiego i uzyskania w nim swojej reprezentacji. Związek uczestniczył w posiedzeniach, ukonstytuowanej na mocy konwencji górnośląskiej, Komisji Mieszanej, która rozpatrywała spory i skargi ludności. Z biegiem lat coraz bardziej widoczna stawała się aktywność Związku między innymi ze względu na organizowane akcje protestacyjne oraz inspirowane przez Związek skargi do niemieckich władz administracyjnych, Komisji Mieszanej i Ligi Narodów. Władze republiki weimarskiej dalekie były od sprzyjania działaczom Związku, tym niemniej nie odmawiały im prawa do reprezentowania polskiej mniejszości narodowej na Górnym Śląsku.

2. Spory doktrynalne na tle pojęcia „mniejszość narodowa”

Konstytucja weimarska z 11 sierpnia 1919 r. nie zawierała regulacji dotyczących ochrony mniejszości narodowych⁸. Ten defekt konstytucyjny, krytykowany także przez niektórych konstytucjonalistów weimarskich, zrodził pytanie, czy obywatele niemieccy pochodzenia polskiego są mniejszością narodową⁹.

W niemieckiej literaturze przedmiotu zwrócono uwagę, iż preambuły zawieranych po I wojnie światowej traktatów mniejszościowych powoływały się bez wyjątku na zasady wolności i sprawiedliwości. Zasadę wolności religijnej uznawano za przykład zasad, które – jak to określił w nocie z 24 czerwca 1919 r. francuski premier i współautor traktatu wersalskiego Georges Clemenceau – są podstawą organizacji społeczeństw we wszystkich państwach Europy. Ponieważ nota ta jest autentyczną interpretacją umów mniejszościowych, to trzeba stwierdzić, że w jej rozumieniu nie tylko zasada wolności religijnej stoi u podstaw organizacji społecznej państw europejskich, lecz

⁸ H. Plettner, *Das Problem des Schutzes nationaler Minderheiten*, Berlin 1927, s. 93.

⁹ Szerzej – J. Sandorski, *Polska mniejszość narodowa w Niemczech w świetle prawa międzynarodowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, LXXII – z. 2, 2010, s. 95–97.

także zasada wolności i sprawiedliwości. Tak więc główne mocarstwa sprzymierzone i stowarzyszone usankcjonowały od dawna uznane zasady i uregulowały ich zastosowanie praktyczne. Komentując ten problem niemiecki znawca prawa mniejszościowego, C. G. Bruns, pisał „Wspólnota państw ma interes w tym, by pewne zasady prawne obowiązywały we wszystkich państwach, które uznaje się za członków tej wspólnoty... Nie może też istnieć wspólnota prawa międzynarodowego z państwem, które nie zna osobistej wolności ani pod religijnym, ani pod innym względem, nie zna pojęcia wolności lub ma o nim wyobrażenie odbiegające od ujęcia zachodnio-europejskiego”¹⁰. Ten sam autor podkreślał, iż zasada sprawiedliwości w stosunkach mniejszościowych wyraża się przede wszystkim w regule równości przed prawem wszystkich stałych mieszkańców bez względu na narodowość, język i wyznanie; w umowach mniejszościowych zasada ta wyrażała się w zwróconej do ustawodawcy normie generalnego zakazu stanowienia prawa, które traktowałyby jednego członka państwa gorzej od drugiego¹¹.

Komentując w 1946 r. stanowisko doktryny niemieckiej, Karol Marian Pospieszalski stwierdził, że „z natury prawa mniejszościowego wynika, że powinno ono być powszechne”¹². Wskazuje na to przede wszystkim powszechność zasad, których prawo mniejszościowe jest wyrazem. Autor przypominał, iż w dniu 21 września 1922 r. Zgromadzenie Ligi Narodów wyraziło jednogłośnie nadzieję, że wszyscy członkowie Ligi będą postępowali według zasad prawa mniejszościowego. Liga wymagała od nowo przyjętych państw, takich jak Albania, Litwa, Estonia, Łotwa, złożenia deklaracji o stosowaniu prawa mniejszościowego. Konieczność stworzenia pozytywnego prawa mniejszościowego w Europie wschodniej motywowano szczególnie zagmatwanymi stosunkami narodowościowymi i na tym tle silnymi napięciami w tej części Europy. „Nie ulega jednak wątpliwości, że zasadnicze tezy prawa mniejszościowego obowiązują wszystkie państwa. Zasada poszanowania narodowości weszła zatem częściowo do pozytywnego prawa międzynarodowego o tyle, o ile znalazła wyraz w umowach mniejszościowych, a poza zakresem obowiązywania tych umów jest częścią prawa narodów o tyle, o ile jest pod wpływem zasad stanowiących podstawę prawa międzynarodowego”¹³. Powyższe wnioski formułował Karol Marian Pospieszalski na tle rozważań o zasadzie poszanowania narodowości i jej znaczenia dla stanowiska prawnego narodu polskiego w czasie niemieckiej okupacji w latach 1939–1945. Składał je jednak w oparciu o dorobek prawnomiędzynarodowy Ligi Narodów z czasów „międzywojnia”, powołując się na konstatację Ludwika Ehrlicha z 1932 r., głoszącą, iż „działanie państw, choć zgodne z prawem wewnętrznym, jest

¹⁰ C. G. Bruns, *Minderheitenrecht als Völkerrecht*, [w:] *Gesammelte Schriften zur Minderheitenfrage*, HeymannsVerlag, Berlin 1933, s. 29–30.

¹¹ *Ibidem*, s. 45.

¹² K. M. Pospieszalski, *Polska pod niemieckim prawem 1939–1945 (Ziemia zachodnie)*, Poznań 1946, s. 219.

¹³ *Ibidem*, s. 220.

niezgodne z prawem narodów... gdy brak w jego prawie norm powszechnie uznawanych za konieczne w państwach cywilizowanych”¹⁴. Dla wzmocnienia swojej argumentacji Karol Marian Pospieszalski powoływał się na doktrynę niemiecką z czasów republiki weimarskiej, cytując fundamentalną myśl C. G. Brunsa o tym, że „wspólnota państw ma interes w tym, by pewne zasady prawne obowiązywały we wszystkich państwach, które uznaje się za członków tej wspólnoty”¹⁵.

Wymienieni autorzy niemieccy byli zdania, iż podstawą przynależności narodowej jest wola jednostki. Tak więc akceptowali subiektywne kryterium narodowościowe i sprzeciwiali się kreowaniu przez państwo kryteriów obiektywnych, które mogły częstokroć uniemożliwiać uzyskanie statusu członka mniejszości narodowej. Można więc z ich rozważań wywnioskować, iż w doktrynie prawnej republiki weimarskiej uznawano wolę jednostki jako dominujący czynnik przesądzający o jej przynależności do mniejszości narodowej. Z tej konstatacji wynikało, że jednostka taka posiada fundamentalne prawa do niczym nieskrępowanego rozwoju narodowościowego. Dopiero upadek republiki weimarskiej wynikający z wielkiego światowego kryzysu gospodarczego i towarzyszącej mu słabości ustroju liberalno-demokratycznego, w ramach którego funkcjonowała ta republika, doprowadził do sytuacji, w której ustrój ten nie wytrzymał konfrontacji z siłami skrajnie nacjonalistycznymi. W 1933 r., po dojściu do władzy Adolfa Hitlera, pozycja mniejszości narodowych w Niemczech zaczęła ulegać gwałtownemu pogorszeniu.

Z poglądami panującymi w Niemczech i dotyczącymi pozycji prawnej mniejszości narodowych polemizowano w Polsce. W polskiej doktrynie prawnej panowało przekonanie, iż głównym mankamentem traktatu wersalskiego, jak i „małego” traktatu wersalskiego był brak postanowień dotyczących ochrony w Niemczech mniejszości polskiej. Dopiero konwencja górnośląska z 15 maja 1922 r., zgodnie z postanowieniami Rady Ambasadorów z 20 października 1920 r., zawierała specjalne przepisy chroniące mniejszość polską, ale tylko na obszarze Górnego Śląska. Mniejszość polska na pozostałym terytorium Niemiec nie posiadała żadnych praw, prócz ogólnikowo zredagowanych postanowień artykułu 113 konstytucji Rzeszy Niemieckiej z 11 sierpnia 1919 r. W dodatku niektórzy prawnicy niemieccy wywodzili, iż postanowienia te nie dotyczą ludności polskiej. Z tego powodu Związek Polaków w Niemczech wraz z serbołużycką Radą Narodową w Bautzen, związkami duńskimi we Flensburgu, związkiem fryzyjskim w Lindholm i litewskim w Tylży – złożył rządowi niemieckiemu w dniu 10 maja 1926 r. memoriał z żądaniem odpowiedniego uzupełnienia art. 6 konstytucji Rzeszy Niemieckiej, który zapewniałby mniejszościom równouprawnienie w zakresie praw cywilnych i politycznych, jednakowe traktowanie w sprawach językowych i religijnych, nieutrudnianie pielęgnowania i rozwoju swych właściwości

¹⁴ L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Lwów 1932, s. 369.

¹⁵ C. G. Bruns, *op. cit.*, s. 30.

narodowych, zakaz pomniejszania i zawężania granic działalności związków i organów mniejszościowych, wydanie jednego wspólnego dla wszystkich części państwa prawa szkolnego, ustalenie jednakowych praw mniejszościowych na całym terytorium Rzeszy, stworzenie centralnego organu dla spraw mniejszości z zapewnieniem apelacji od jego postanowień i powoływanie przedstawicieli mniejszości jako konsultantów przy układaniu projektów praw mniejszościowych¹⁶.

Wybitny polski znawca stosunków polsko-niemieckich Bronisław Bouffał nie podzielał poglądu o nieposiadaniu przez mniejszości narodowe ochrony prawnej w Niemczech. Powoływał się przy tym na fakt, iż na paryskiej konferencji pokojowej rząd niemiecki żądał zapewnienia w traktacie pokoju ochrony praw ludności niemieckiej na obcych terytoriach, ale równocześnie na zasadzie wzajemności deklarował ochronę mniejszości narodowych na terytorium niemieckim. Autor podzielał natomiast opublikowany w czasopiśmie mniejszości narodowych w Niemczech pogląd syndyka Związku Polaków w Niemczech, Bruno Openkowskiego, który w opracowaniu pt. „Obowiązujące prawo mniejszości narodowych w Niemczech”, wywodził, że główne mocarstwa sprzymierzone i stowarzyszone przyjęły do wiadomości stanowisko niemieckie i 16 czerwca 1919 r. zawiadomiły o tym niemiecki rząd¹⁷. Z powyższego faktu, zdaniem Openkowskiego, wynikało, iż Niemcy zaciągnęły zobowiązanie co najmniej moralne, polegające na zapewnieniu mniejszości polskiej w Niemczech takich samych praw, jakie przysługują ludności niemieckiej w Polsce na mocy „małego” traktatu wersalskiego z 28 czerwca 1919 r.

W polskiej literaturze przedmiotu zwrócono uwagę na mankamenty traktatów mniejszościowych z lat 1919–1920. Bronisław Bouffał polemizował z zarzutem pominięcia w Pakcie Ligi Narodów oraz w traktatach mniejszościowych prawa mniejszości do secesji, pisząc, iż przy ówczesnej organizacji wojskowej chwycenie za broń przez nieznaczną część ludności przeciwko państwu, do którego należy, z trudnością tylko da się pomyśleć. Przyznanie mniejszościom prawa do secesji na drodze legalnej byłoby możliwe tylko wówczas, gdyby Liga Narodów była super państwem, rozporządzającym własnym skarbem i własną siłą zbrojną, organizacją zdolną faktycznie do narzucania swojej woli poszczególnym mocarstwom¹⁸.

Bronisław Bouffał krytycznie ustosunkował się także do zarzutu, iż zastosowanie systemu ochrony mniejszości jako obowiązkowego tylko dla pewnej grupy państw, wśród których znajdowała się i Polska, stanowi nieuzasadnione i niesłuszne wprowadzenie zasady nierówności państw w prawo narodów. Autor polemizował w szczególności ze Stanisławem Kutrzebą, który

¹⁶ B. Bouffał, *Ochrona mniejszości w prawie narodów*, Warszawa 1928, s. XXI.

¹⁷ B. Openkowski, *Das geltende Recht der nationalen Minderheiten in Deutschland*, [w:] *Kulturwehr, Organ des Verbandes der nationalen Minderheiten in Deutschland*, Berlin 1927, R. 3, z. 5/6, s. 110, za: B. Bouffał, *op. cit.*, s. XXII.

¹⁸ B. Bouffał, *op. cit.*, s. 6–7.

w pracy poświęconej mniejszościom w najnowszym prawie międzynarodowym wywodził, iż traktaty o mniejszościach nie opierają się na wzajemności, która jest uznaną i ustaloną zasadą prawa narodów¹⁹. Kwestionując trafność tego wywodu Bouffał podnosił, iż przesłanką ustanowienia zobowiązań mniejszościowych w traktatach z lat 1919–1920 była stosowana do początków XIX stulecia, a ustalona ostatecznie na kongresie berlińskim w 1878 r., praktyka wielkich mocarstw w stosunku do narodów odzyskujących swoją niepodległość, lub też otrzymujących znaczniejsze rozszerzenia terytorialne²⁰. Podkreślał też, iż: „przyznane przez paryską Konferencję Pokojową Wielkiej Brytanii, Francji, Belgii, Japonii, Afryce Południowej, Australii i Nowej Zelandii tzw. mandaty międzynarodowe do zarządu odebranymi Turcji, a zamieszkałymi przez ludność nieturecką prowincjami Azji Mniejszej lub byłymi posiadłościami Niemiec w Afryce i na wyspach Oceanii, zawierają zasadniczo te same gwarancje dla miejscowych, tuziemczych grup rasowych i religijnych, co i traktaty mniejszościowe 1919–1920 r.”²¹ Na tej kanwie Autor wywodził, że główne państwa sprzymierzone i stowarzyszone narzucają państwom świeżo powstałym lub nowo zorganizowanym ochronę praw mniejszości, także same obciążały się tym obowiązkiem. Tak więc autor podważył pogląd, iż „Ententa, pragnąc rzekomo upokorzyć Polskę, narzuca Rzeczpospolitej wbrew jej woli „szereg dotkliwych obowiązków ograniczających jej suwerenitet państwowy”²². Powoływał się tutaj na powszechne prawo ludzkości (*droitcommune de l'humanité*), a więc na kompleks norm obowiązujących, które uznawały w charakterze praw zasadniczych prawa jednostki do życia i wolności, uprawnienia obywatelskie do nauki we własnym języku i możliwości zaspokajania swoich potrzeb kulturalnych poprzez rozwiązania samorządowe. Wynika z tego, że w „małym” traktacie wersalskim nie znalazło się nic, co by nie wynikało z obowiązującego wszystkie państwa powszechnego prawa ludzkości. Bronisław Bouffał nie dostrzegał więc w traktatach mniejszościowych niebezpieczeństwa dla Polski, natomiast ostro krytykował art. 109 konstytucji z 17 marca 1921 r., głoszący, iż „osobne ustawy państwowe zabezpieczą mniejszościom w Państwie Polskim pełny i swobodny rozwój ich właściwości narodowościowych przy pomocy autonomicznych związków mniejszości o charakterze publicznoprawnym w obrębie związków samorządu powszechnego”. Obawiał się, że uznanie autonomicznych związków mniejszościowych o charakterze publicznoprawnym „zmieni Polskę na Judeo-Polskę”²³.

W doktrynie prawa polskiego okresu międzywojennego wyraźnie dostrzec można nurt krytyczny wobec gwarancji Ligi Narodów w sprawach mniejszości. Kazimierz Kierski głosił w 1929 r., iż Liga Narodów zeszała na

¹⁹ S. Kutrzeba, *Mniejszości w najnowszym prawie międzynarodowym*, Lwów 1925, s. 27.

²⁰ B. Bouffał, *op. cit.*, s. 9.

²¹ *Ibidem* (pisownia oryginalna), s. 11.

²² *Ibidem*, s. 19.

²³ *Ibidem*, s. 22.

manowce, bowiem zamiast debatować nad możliwością rozszerzenia gwarancji, powinna dążyć do ich zwężenia albo doprowadzenia ich do poziomu tych norm, które Liga, świadomie lub nieświadomie przekroczyła²⁴. Wskutek tego, w zasadzie słuszna i sprawiedliwa idea ochrony mniejszości uległa wypaczeniu²⁵.

Dalej wywodził Kierski, iż mniejszości niemieckiej wyraźnie zależy na rozbiciu państwa polskiego poprzez przyłączenie zamieszkiwanych przez nią terenów do Niemiec. Na wschodzie posłuszni nakazom z Moskwy przedstawiciele mniejszości narodowych głosili otwarcie hasło oderwania kresów, a nawet Podlasia i Chełmszczyzny. Nie jest więc przestrzegana zasada lojalnej współpracy z narodami, wśród których mniejszości żyją, co stoi w sprzeczności z ukutą przez laureata Nagrody Nobla, Sir Josepha Austina Chamberlaina, teorią „czystych rąk”²⁶ (*clean hands doctrine*). Zgodnie z tą teorią osoba poszkodowana nie może przyczyniać się do powstania szkody, a jej postępowanie musi być zgodne z prawem wewnętrznym państwa goszczącego²⁷. Polsko-niemiecka Konwencja genewska z 1922 r. dopuszczała możliwość zwracania się osób poszkodowanych do Ligi Narodów, ale z rezolucji Zgromadzenia Ligi Narodów z 1922 r. jasno wynikało, że osoby wchodzące w skład mniejszości mają obowiązek współdziałania – w charakterze lojalnych współobywateli – z państwami, do których należą²⁸. Na posiedzeniu Rady Ligi w marcu 1929 r., pełniący wówczas funkcję brytyjskiego ministra spraw zagranicznych Chamberlain oświadczył, że mniejszości muszą mieć „czyste ręce”, a więc muszą wykazać przed Radą, że są lojalne wobec państwa, do którego należą i wierne rządowi, któremu podlegają²⁹.

Z powyższych względów Kierski wyraził przekonanie, iż jedynie skutecznym i radykalnym rozwiązaniem byłoby całkowite wypowiedzenie traktatu o ochronie mniejszości. Należałoby uzyskać – oprócz zgody Polski – jedynie zgodę większości Rady Ligi Narodów. Dodatkowym argumentem, zdaniem Kazimierza Kierskiego, przemawiającym za wypowiedzeniem „małego” traktatu wersalskiego, był fakt, iż Polska włączyła do swojej konstytucji postanowienia o ochronie mniejszości, co spowodowało, że traktat stał się zbędny i bezprzedmiotowy. W konkluzji autor stwierdzał, że „zniesienie traktatu o mniejszościach wniosłoby do stosunków w powojennej Europie powszechne odprężenie i uspokojenie, tak niezbędne dla utrzymania pokoju, co właśnie powinno stanowić najgłówniejsze zadanie Ligi Narodów”³⁰.

²⁴ K. Kierski, *Liga Narodów a mniejszości w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1929, nr 4, s. 383.

²⁵ Ibidem, s. 384.

²⁶ Ibidem, s. 386.

²⁷ Szerzej J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, s. 177–188.

²⁸ Société des Nations, Acta de la Troisième Assemblée, Séances Plénière, Genewa 1929, s. 186.

²⁹ Société des Nations, „Journal Officiel” 1929, t. X, s. 528.

³⁰ K. Kierski, *op. cit.*, s. 390.

Głosy padające ze strony polskiej doktryny prawa były bacznie wysłuchiwane przez polityków i odcisnęły piętno na poczynaniach resortu spraw zagranicznych.

3. Znaczenie zgodnej deklaracji polsko-niemieckiej w sprawie ochrony mniejszości narodowych z 1937 r.

Stanowisko przeciwników „małego” traktatu wersalskiego spowodowało, że w dniu 13 września 1934 r. minister spraw zagranicznych Józef Beck przekazał Lidze Narodów oświadczenie o wypowiedzeniu przez Polskę tego traktatu. Decyzję w tej sprawie podjęto w obliczu bliskiej perspektywy przyjęcia do Ligi Narodów ZSRR i oddania temu państwu miejsca w Radzie Ligi, dotychczas zajmowanego przez Niemcy, które w 1934 r. wystąpiły z organizacji. Polska dyplomacja miała w żywej pamięci skutki przyjęcia Niemiec w 1926 r. do Ligi Narodów, co zaowocowało intensyfikacją niemieckich roszczeń na tle sporów dotyczących mniejszości narodowych. Obawiano się, iż obecność ZSRR w składzie Rady Ligi spowoduje gwałtowne zwiększenie liczby skarg mniejszości narodowych, zamieszkujących wschodnie kresy II Rzeczypospolitej i będzie pretekstem do ingerencji w wewnętrzne sprawy Polski ze strony dyplomacji radzieckiej. Dodatkowo stanowisko polskie usztywniło się ze względu na nieprzychylnie przyjęcie przez członków Ligi Narodów polskich starań o upowszechnienie ochrony mniejszości.

Decyzja rządu polskiego spotkała się ze zrozumieniem ze strony niemieckiej. Z memorandum z 1 czerwca 1937 r., będącym załącznikiem do raportu ambasadora Niemiec w Warszawie, von Moltkego, wynika, iż w 1934 r. rząd niemiecki uznał, iż polsko-niemieckie sprawy nie powinny być kierowane do instancji międzynarodowych, lecz rozwiązywane w stosunkach dwustronnych, tym bardziej że polskie obowiązki wobec mniejszości pozostały w mocy zarówno w odniesieniu do wschodniego Górnego Śląska jak i innych części Polski³¹. Pod wpływem ideologii faszystów, prawa mniejszościowe w Niemczech były wewnętrznie w coraz większym stopniu ograniczane, w pierwszej fazie w stosunku do mniejszości żydowskiej, a później także w stosunku do innych mniejszości narodowych.

Jak pisał Robert O. Paxton, „wrogowie byli zjawiskiem zasadniczym dla niepokojów, które pomogły pobudzić wyobraźnię faszystów”. W ich umysłach gwałtownie zwiększyła się liczba wewnętrznych wrogów. W faszystowskich Niemczech „obcy, nieczyści, skażeni i wywrotowi często byli łączeni w jeden diaboliczny wizerunek Żyda, ale celem stali się również Cyganie

³¹ Der Deutsche Botschafter in Warschau an das Auswärtige Amt, Bericht, Warschau, den 1. Juni 1937, w : *Dokumente zur Vorgeschichte des Krieges, Erstes Kapitel (Forts.)*. *Entwicklung der Deutsch-Polnischen Beziehungen, B. Deutschlands Bemühen um eine Verständigung mit Polen, 1933 bis 1939*, V. *Verhandlungen übereine Deutsch-Polnische Minderheitenerklärung (Januar bis November 1937)*, nr 88.

i Słowianie”³². W gronie Słowian na pierwszy ogień poszli Łużycanie. W latach 1935–1938 rozwiązano wszystkie organizacje i stowarzyszenia łuzycyckie, zamknięto wszystkie wydawane w języku serbołużyckim czasopisma, wydano zakaz używania tego języka w szkołach, a większość działaczy łuzycyckich aresztowano i wysiedlono lub osadzono w obozach koncentracyjnych. Takie stanowisko niemieckich przywódców musiało wpłynąć na sprzeczne z prawem międzynarodowym pogorszenie pozycji mniejszości narodowych w Niemczech, a w końcu ich likwidację.

W stosunkach międzynarodowych polityka III Rzeszy zmierzała do osłabienia pozycji Ligi Narodów, w której „pierwsze skrzypce” grały Wielka Brytania i Francja. Zawarte po I wojnie światowej traktaty mniejszościowe kładły akcent na jednostkę, a nie grupę, a opieka nad prawami mniejszościowymi spoczywała w rękach Ligi Narodów. III Rzesza wystąpiła przeciwko tak pojętemu prawu mniejszościowemu. Jej przywódcy dążyli do nadania grupom narodowym charakteru osób prawnych oraz do likwidacji kontroli Ligi Narodów i zastąpienia jej dwustronnymi umowami zawieranymi między państwami pobytu grupy narodowej i państwami jej pochodzenia. Werner Hasselblatt twierdził w 1938 r., iż „bez twórczej syntezy, która by dała grupom narodowym prawne zabezpieczenie ich własnego życia i równocześnie uwzględniała zależność obowiązków od ojczystych państw, uspokojenie i uporządkowanie Europy Środkowej, w szczególności wschodu Europy Środkowej, nie jest możliwe”³³.

W pierwszej fazie narodowy socjalizm w kontaktach zagranicznych opowiadał się za poszanowaniem mniejszości narodowych zarówno niemieckich, jak i wszystkich innych. Z tych względów autorzy niemieccy manifestowali swoje współczucie dla prześladowanej mniejszości polskiej na czeskim Zaolziu, co stanowiło przygrywkę do akceptacji w 1938 r. polskiej aneksji, położonej po stronie Czechosłowacji, części Śląska Cieszyńskiego³⁴.

Ciekawą ilustracją polityki zagranicznej III Rzeszy w kwestii mniejszości narodowościowych jest inicjatywa dyplomacji niemieckiej, związana z wygaśnięciem w dniu 15 lipca 1937 r. konwencji górnośląskiej z 15 maja 1922 r. Niemiecki ambasador w Warszawie, Hans Adolf von Moltke, zaproponował stronie polskiej zawarcie umowy dotyczącej wzajemnej ochrony mniejszości narodowych. Propozycja ta wynikała z faktu, że Polska 26 stycznia 1934 r. podpisała z Niemcami deklarację o nieagresji, a minister spraw zagranicznych, Józef Beck, oświadczył, iż nie będzie współdziałać z organami Ligi Narodów na płaszczyźnie kontroli mniejszości w Polsce. Postulaty pod adresem Polski dotyczące zawarcia nowej umowy mniejszościowej, nie spotkały się jednak z akceptacją, ale pod wpływem nalegań ambasadora von

³² R. O. Paxton, *Anatomia faszyzmu*, Poznań 2005, s. 46.

³³ W. Hasselblatt, *Die politischen Elemente eines werdenden Volksgruppenrechtes*, „Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht”, 1938, s. 24.

³⁴ K. C. von Loesch, *Die Zukunft des Volksgruppenrechtes*, ibidem, 1937, s. 181–182.

Moltkego, powołującego się na wyraźne życzenie Adolfa Hitlera, spowodowały, iż rząd polski w dniu 5 listopada 1937 r. wyraził zgodę na podpisanie zgodnej deklaracji dotyczącej wzajemnej ochrony mniejszości narodowych³⁵. Pod deklaracją podpisy złożyli – prezydent RP Ignacy Mościcki w Wiśle i kanclerz Rzeszy Adolf Hitler w Berlinie.

Ze względu na istotne znaczenie zgodnej deklaracji dla dalszego obowiązywania praw zasadniczych chroniących mniejszości narodowe, sformułowanych w Konwencji Górnośląskiej, wskazane jest przyjrzenie się postanowieniom tego dokumentu.

We wstępie rządu polski i niemiecki uznały za zasadne, by położenie mniejszości niemieckiej w Polsce uczynić przedmiotem przyjaznej dyskusji. Oba rządy stały zgodnie na stanowisku, że interesy tych mniejszości mają duże znaczenie dla dalszego rozwoju dobrosąsiedzkich stosunków między Niemcami i Polską oraz że w każdym z państw pomyślność mniejszości będzie zapewniona na takich samych zasadach, na jakich świadczona jest w drugim państwie. Z wzajemną satysfakcją oba rządy z powyższych względów ustaliły, że każde z obu państw w ramach swej suwerenności, w interesie wymienionych mniejszości, uzna jako wiążące (maßgebend) takie zasady jak: wzajemny szacunek dla niemieckiej i polskiej macierzy, zakaz przymusowej asymilacji, utrudniania składania deklaracji o przynależności do mniejszości, wywierania nacisków na młodych członków mniejszości, prawo do swobodnego używania języka i zakaz negatywnego skutku ze względu na jego używanie. Ponadto zgodna deklaracja gwarantowała prawo mniejszości do zrzeszania się, utrzymywania i zakładania szkół narodowych oraz prawo do kultywowania życia religijnego w oparciu o język ojczysty i stosowną strukturę kościelną. Wprowadzała bezwzględny zakaz prześladowania przy wykonywaniu zawodu lub jakiegokolwiek działalności gospodarczej. W końcowym fragmencie zgodna deklaracja podkreślała znaczenie zasady lojalności członków mniejszości wobec państwa, które jest państwem ich obywatelstwa³⁶.

Zgodna deklaracja z 5 listopada 1937 r. posiada wszystkie cechy wiążącej umowy międzynarodowej i zawiera fundamentalne zasady prawa międzynarodowego dotyczące ochrony mniejszości. W porównaniu z konwencją górno-

³⁵ Übereinstimmende Erklärung der Deutschen und der Polnischen Regierung über den Schutz der beiderseitigen Minderheiten, veröffentlicht am 5. November 1937 – w: *Dokumente zur Vorgeschichte des Krieges, Erstes Kapitel (Forts.)*. Entwicklung der Deutsch-Polnischen Beziehungen, B. Deutschlands Bemühen um eine Verständigung mit Polen, 1933 bis 1939, V. Verhandlungen über eine Deutsch-Polnische Minderheitenerklärung (Januar bis November 1937), Nr. 101.

³⁶ Pełne własne tłumaczenie deklaracji z komentarzem, J. Sandorski, *Problem Polonii niemieckiej w zjednoczonych Niemczech – aspekty historyczne, polityczne i prawnomiędzynarodowe*, [w:] *Przełom i wyzwanie. XX lat polsko-niemieckiego Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy 1991–2011 r.*, (red.) W. M. Góralski, Warszawa 2011, s. 633–634.

śląską z 1922 r. zgodna deklaracja potwierdziła obowiązywanie fundamentalnych zasad nie tylko w odniesieniu do mieszkańców Górnego Śląska, lecz także w odniesieniu do mniejszości narodowych, zamieszkujących pozostałe terytoria obu państw. Wynika z tego wniosek, iż wygaśnięcie konwencji górnośląskiej nie pogorszyło pozycji prawnej mniejszości narodowych po obu stronach granicy.

Antycypując dalsze rozważania należy stwierdzić, iż rozporządzenie z 27 lutego 1940 r. w sprawie polskiej grupy narodowej w Rzeszy niemieckiej było sprzeczne nie tylko z zasadami ogólnymi prawa międzynarodowego, lecz także naruszało w jaskrawy sposób zgodną deklarację z 1937 r.

4. Wpływ wojny na zgodną deklarację polsko-niemiecką z 1937 r.

Rodzi się pytanie, jaki wpływ na losy prawne zgodnej deklaracji z 1937 r. miała agresja Niemiec na Polskę z 1 września 1939 r. Odpowiedź na nie wymaga krótkiego przypomnienia stanowiska doktryny prawa międzynarodowego odnośnie do wpływu wojny na obowiązywanie traktatów. Stanowisko to nie jest jednorodne. Można w jego ramach wyodrębnić trzy konkurujące ze sobą nurty.

Pierwszy nurt kształtowała teza, że wojna unicestwia *ipso facto* wszystkie dwu- i wielostronne umowy międzynarodowe, bez względu na ich treść. Wojny totalne unieważniały zatem traktaty zawarte między państwami wojującymi. Stanowisko to nawiązywało do rzymskiej maksymy „niech milczą prawa wśród szczęku broni” (*inter arma silent leges*). Powołujący się na nią Grotius łagodził ją jednak podkreślając, że „w odniesieniu do osób prywatnych należy ściśle przestrzegać zasady..., iż nie odebrane zostało prawo, które istniało przed wojną”³⁷. Autorzy mieszczący się w tym nurcie do wyjątku od zasady unieważnienia zaliczali traktaty wielostronne, tworzące organizacje międzynarodowe³⁸.

Drugi nurt łagodził ostrość pierwszego i zasadał się na teorii dyferencjacji. Sprowadzała się ona do założenia, iż niektóre umowy ulegają unieważnieniu, inne zawieszeniu, a jeszcze inne utrzymują się w mocy.

Trzeci nurt bazował na alternatywie – umowy w czasie wojny albo utrzymują się w mocy albo ulegają zawieszeniu z chwilą jej wybuchu. Autorzy współtworzący ten nurt przeciwstawiali się pogładowi, iż w czasie wojny istnieje naturalny stan bezprawia. Głosili więc, że w stanie wojennym umowy zawarte między walczącymi państwami nie tracą mocy obowiązującej, a co najwyżej ich wykonanie może być zawieszono³⁹.

³⁷ H. Grotius, *Prolegomena*, ks. III, rozdz. XX, § XIX, s. 451. Cyt. za: J. Piętkos, *Wpływ wojny na obowiązywanie umów międzynarodowych*, Warszawa 1973, s. 21

³⁸ Ch. Rousseau, *Droit international public approfondi*, Paryż 1961, wyd. II, s. 70–73. J. Makowski, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 1948, s. 634.

³⁹ Ten pogląd jako pierwszy sformułował J. C. Bluntschli, *Droit international codifié*, Paryż 1881, art. 461.

W literaturze polskiej dominuje pogląd wyrażony przez Manfreda Lachsa⁴⁰. Wynika z niego, że w prawie międzynarodowym powstały pewne ogólne zasady, określające wpływ wojny na umowy międzynarodowe. Wojna nie powoduje wygaśnięcia umowy, a jedynie jej zawieszenie i to wyłącznie między wojującymi państwami. Z chwilą, gdy kończy się stan wojny, umowy powracają do stanu sprzed jej wybuchu i to w pierwotnym zasięgu działania, co nie wyklucza możliwości ich rewizji.

Przytoczone przez Manfreda Lachsa zasady nie zostały umieszczone w konwencji o prawie traktatów z 1969 r. Można przypuszczać, że przyczyną takiego stanu rzeczy była tendencja zmierzająca do całkowitej delegalizacji wojny w prawie międzynarodowym. Zignorowano więc fakt, iż mimo pokojowych wysiłków społeczności międzynarodowej, globalne wyrzeczenie się wojny nadal pozostawało w sferze pobożnych życzeń. Dopiero w XXI w. Komisja Prawa Międzynarodowego podjęła pracę nad wpływem konfliktów zbrojnych na traktaty i w 2005 r. specjalny jej sprawozdawca, Ian Brownlie, przedstawił swój pierwszy raport wraz z projektem czternastu artykułów⁴¹.

Ze względu na brak regulacji prawnych, dotyczących wpływu konfliktów zbrojnych na traktaty oraz niejednolitość praktyki państw Alfons Klafkowski sugerował, by stosownej analizie poddać traktaty pokojowe⁴². Szczególne znaczenie dla niniejszych rozważań mają traktaty pokoju zawarte po II wojnie światowej, a także traktat państwowy z Austrią z 1955 r.

Traktat pokoju z Włochami, zawarty w Paryżu 10 lutego 1947 r., regulował stosunek jego stron do umów dwustronnych (art. 44) w ten sposób, że w terminie sześciu miesięcy od wejścia w życie traktatu każda ze stron poda do wiadomości Włoch wykaz umów zawartych przed rozpoczęciem wojny, których moc obowiązującą nadal uznaje. Uchylone zostały umowy sprzeczne z traktatem pokoju. Nieobjęte notyfikacją umowy uznane zostały za nieobowiązujące, z art. 44 wynikał wniosek, że w traktacie przyjęto zasadę nieważności umów dwustronnych, a zasadniczy od niej wyjątek obejmował notyfikowanie umowy.

W traktacie pokoju z Japonią z 1951 r. przyjęto podobne rozwiązanie. W ciągu roku od wejścia traktatu w życie państwa strony zawiadamiały Japonię o tym, które z zawartych z nią przedwojennych umów dwustronnych pragną utrzymać w mocy lub przywrócić. Umowy nienotyfikowane uznawano zatem za wygasłe. Rząd japoński złożył jednak deklarację, w której uznał całkowitą moc wiążącą wszystkich obowiązujących aktów międzynarodowych, których Japonia była stroną dnia 1 września 1939 r. oraz zobowiązał się do respektowania obowiązków wynikających z tych aktów⁴³.

⁴⁰ M. Lachs, *Umowy wielostronne. Studium z prawa traktatowego*, Warszawa 1958, s. 245–247.

⁴¹ A/CN. 4/552

⁴² A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1981, s. 114.

⁴³ *Ibidem*, s. 118–119.

W traktacie państwowym z 15 maja 1955 r. Austria uznała moc prawną traktatów pokoju zawartych w Paryżu 10 lutego 1947 r., co oznaczało, że przyjęła uregulowanie skutków prawnych wojny w zakresie umów międzynarodowych w ten sam sposób, w jaki unormowano je w tych traktatach.

Nad wpływem konfliktów zbrojnych na traktaty debatował w początkach lat 80. XX w. Instytut Prawa Międzynarodowego. Przyjął on w 1985 r. stosowną uchwałę⁴⁴. Zawiera ona szereg podstawowych zasad, które wypracowała dotychczasowa praktyka państw. Zdaniem członków Instytutu, wybuch konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym nie wpływa *ipso facto* na wygaśnięcie lub zawieszenie traktatu obowiązującego strony konfliktu⁴⁵. Nader istotny jest art. 4 uchwały, który głosi, że fakt wybuchu konfliktu zbrojnego nie może być podstawą do arbitralnego zaniechania stosowania lub zawieszenia norm traktatowych, obowiązujących strony konfliktu i dotyczących ochrony jednostki ludzkiej. Pod żadnym pretekstem państwo agresor nie może wyraźnie lub *per concludentia* zawiesić lub uznać za wygasłą umowę z korzyścią dla siebie (art. 9).

Z najnowszych ustaleń doktryny wynika zatem, że współczesne prawo międzynarodowe nie akceptuje konserwatywnej zasady, iż międzynarodowy konflikt zbrojny unieważnia *ipso facto* wszelkie umowy międzynarodowe bez względu na ich treść i liczbę stron. Daje się więc zauważyć odejście od formuły przyjętej w art. 289 traktatu wersalskiego, z której wynikało, że każde mocarstwo sprzymierzone i stowarzyszone miało prawo do zakomunikowania Niemcom tych umów wielostronnych i dwustronnych, których przywrócenia będzie żądało. Formuła ta opierała się na założeniu, że umowy dwustronne zostały przez wojnę uchylone i z tego względu muszą być „przywrócone”. Tymczasem w traktatach pokoju z 1947 r. przyjęto formułę „utrzymania w mocy lub wznowienia” (*keep in force or revive*)⁴⁶. Zakładano więc, iż wśród umów dwustronnych istniały takie, które wygasły oraz takie, które na czas wojny zostały jedynie zawieszane.

Mając na względzie powyższe ustalenia można twierdzić, iż zgodna deklaracja z 1937 r. została jedynie zawieszona. Okupacja wojenna rozpoczęta napaścią w dniu 1 września 1939 r. nie spowodowała likwidacji państwowości polskiej. Była więc jedynie stanem faktycznym, do którego likwidacji dążył legalny rząd emigracyjny oraz jego sojusznicy. Legalność tego rządu wynikała z przeciwstawienia się władzom okupacyjnym i miała charakter międzynarodowy, który nie musi się pokrywać z legalnością w rozumieniu prawa wewnętrznego. O legalności międzynarodowej przesądza uznanie rządu przez sojuszników, które ma więc w takich okolicznościach znaczenie

⁴⁴ Tekst – Sh. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, Cambridge 1989, s. 68–73.

⁴⁵ A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 459–460.

⁴⁶ Np. art. 44 traktatu pokoju z Włochami.

konstytutywne, a nie deklaratywne. Polska nie pogrzyżyła się więc w niebycie państwowym i gdyby doszło po II wojnie światowej do zawarcia traktatu pokoju z Niemcami, byłaby jedną z jego stron. Mogłaby wówczas podać do wiadomości Niemiec, iż nadal uznaje moc obowiązującą zgodnej deklaracji polsko-nienieckiej z 1937 r., tym bardziej że dotyczyła ona ochrony jednostek ludzkich. Niezawarcie traktatu pokoju spowodowało, że dopiero traktat „2 + 4” z 27 września 1990 r. – jako jego surogat wymagany przez umowę poczdamską – zakończył formalnie stan wojny. Ze względu na fakt, iż Polska nie była jego stroną, brakowało okazji do podniesienia kwestii mocy wiążącej zgodnej deklaracji. W tych okolicznościach można zastanawiać się, czy z formalnego punktu widzenia zgodna deklaracja obowiązywała sukcesorów III Rzeszy co najmniej do chwili zawarcia między Polską a RFN w dniu 17 czerwca 1991 r. traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy.

IV. Rachunek szkód

Mimo zawarcia wzajemnej deklaracji z 1937 r. władze hitlerowskie dopuszczały się licznych szykan administracyjnych i politycznych wobec Polaków zamieszkujących Trzecią Rzeszę. Pierwszym drastycznym krokiem legislacyjnym była ustawa o zabezpieczeniu granic Rzeszy i środkach odwetowych z 9 marca 1937 r.⁴⁷ Ustawa ta zmierzała do „oczyszczenia” stref przygranicznych z osób posiadających obce obywatelstwo lub pochodzenie pod pretekstem odwetu na nieprzyjaznych Rzeszy państwach sąsiedzkich. Towarzyszące ustawie rozporządzenie wykonawcze (Durchführungsverordnung) nakładało na te osoby obowiązek uzyskiwania zgody władz na wszelkie formy przeniesienia własności, co umożliwiało pozbawienie ich możliwości nabywania nieruchomości. Powodowało to w praktyce ograniczenie stanu posiadania ludności narodowości polskiej. Tym restrykcjom towarzyszyło zwalnianie na obszarach przygranicznych pracowników posiadających polskie korzenie i przesiedlanie ich w głąb Rzeszy. Ofiarami tego rodzaju transferów padali nader często aktywni działacze polonijni⁴⁸.

Już w sierpniu 1939 r. rozpoczęto akcję likwidowania polskich bibliotek i ich konfiskowania. Tuż po wybuchu wojny we wrześniu 1939 r. gestapo dokonało rewizji, zamknięto wszystkie instytucje polonijne i zaaresztowano najaktywniejszych działaczy. Do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych zostali wezwani naczelnicy przedstawiciele Związku Polaków w Niemczech. Poinformowano ich, że została zawieszona działalność Związku, a także towarzystw szkolnych, organizacji międzynarodowych, chórów, teatrów, orkiestr, związków kobiecych, robotniczych, zawodowych, wyznaniowych, świetlic i biblio-

⁴⁷ Reichsgesetzblatt (RGB), Teil I, 9.03.1937, Gesetz über die Sicherung der Reichsgrenze und über Vergeltungsmassnahmen.

⁴⁸ A. Bożek, *Pamiętniki*, Katowice 1958, s. 163.

tek. Szkoły polonijne zostały zamknięte, dzieci przeniesione do szkół niemieckich, a budynki upaństwowione. Zapowiedziano również likwidację polskich organizacji gospodarczych, a przede wszystkim banków oraz prasy i drukarni. Wszystkie zapowiedziane działania nie miały mieć jednak charakteru generalnej konfiskaty, a mienie polonijne, po jego zewidencjonowaniu miało być oddane w powiernictwo biura podporządkowanego komisarzowi i mającego siedzibę w gmachu „Banku Słowiańskiego” w Berlinie. To rozwiązanie obwarowano jednak zastrzeżeniem, że sytuacja może ulec zmianie w razie stwierdzenia działalności antypaństwowej.

Komisarzem do spraw powierniczego administrowania mieniem polonijnym został kierownik urzędu ziemskiego – radca August Schmid. Przyjął on niezwłocznie do spisu zajętego majątku. Dokonano sprawdzenia kont bankowych, wyceniano nieruchomości, ściągano należności od dłużników polonijnych organizacji i banków. Rozpatrywano wnioski o nabycie polonijnych nieruchomości, które zaczęły masowo spływać do biura komisarza.

Rozsiane po Rzeszy placówki gestapo, powołujące się na opinie rodowitych Niemców, krytykowały rozwiązanie przyjęte przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych. Proponowano nie tylko zawieszenie, lecz także ostateczne rozwiązanie organizacji, stowarzyszeń i banków polonijnych argumentując to tym, że Polacy w stosunku do swojej liczebności stworzyli nadmierną ilość inicjatyw społecznych i gospodarczych, które muszą być teraz zlikwidowane, tym bardziej że „po pacyfikacji stosunków politycznych na wschodzie polskie organizacje już nie są absolutnie potrzebne”⁴⁹.

Opinie gestapo, euforyczne nastroje społeczne, rozbuchana propaganda antypolska, a także prymitywna chęć zagrabienia znacznego polonijnego dobytku, wszystko to spowodowało, że władze hitlerowskie postanowiły zadać społeczności polskiej ostateczny cios. Władze te zdawały sobie sprawę z siły ruchu polonijnego, mając w pamięci Kongres z okazji piętnastolecia Związku Polaków w Niemczech. Odbył się on w Berlinie 6 sierpnia 1937 r. i zgromadził ponad pięćsettyśięczną rzeszę Polaków spod znaku Rodła głównie z Berlina, ale także z Nadodrza i Prus Wschodnich⁵⁰. Co prawda na Kongres wyraził zgodę minister spraw wewnętrznych Wilhelm Fick, ale policja i gestapo dokładało starań, by zniechęcić do uczestnictwa, podsłuchiwało i nagrywało obrady i sporządzało listy najaktywniejszych działaczy, których później aresztowano i mordowano w obozach koncentracyjnych.

⁴⁹ Taką opinię wyraził szef opolskiego gestapo SS – Sturmbannführer dr. Deumling w depeszy z 7 września 1939 r. skierowanej do berlińskiej centrali gestapo. Cyt. za: A. Konieczny, *Likwidacja polskiego stanu posiadania w Niemczech w latach 1939–1944*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, No. 222, 1974, s. 74.

⁵⁰ E. J. Omańczyk, *Wista i Kraków to Rodło*, Warszawa 1985, s. 137.

Wrogie wobec Polonii kroki ukierunkowało rozporządzenie Rady Ministrów na rzecz Obrony Rzeszy z 27 lutego 1940 r. w sprawie organizacji polskiej grupy narodowej w Rzeszy Niemieckiej⁵¹.

Straty poniesione przez środowisko polonijne miały zarówno charakter moralny, jak i materialny. Straty majątkowe Polonii w Niemczech próbowała wycenić Polska Misja Wojskowa w Berlinie, działająca tam w latach 1945–1949. Nie udało się odnaleźć, jak na razie, sporządzanych przez nią raportów.

Od dłuższego czasu także w literaturze polskiej dotyczącej losów Polonii w Niemczech próbowano dokonać bilansu strat. Jako jeden z pierwszych ujawnił pewne dane odnalezione w archiwach niemieckich H. Szurgacz, który w studium opublikowanym w „Studiach Śląskich” w 1965 r. przedstawił skutki finansowe likwidacji organizacji polonijnych i ich placówek na Opolszczyźnie w latach 1939–1941. Jego zdaniem, z materiałów zgromadzonych w Archiwum Państwowym we Wrocławiu (RO I 2168 k. 19–20) wynika, że w rejencji opolskiej gestapo już we wrześniu 1939 r. wtargnęło do dziewięciu banków ludowych, ośmiu szkół polonijnych, siedmiu świetlic, sześciu spółdzielni „Rolnik” i pięciu powiatowych oddziałów Związku Polaków w Niemczech, drukarni „Nowin Codziennych”, ośmiu dużych nieruchomości z wyposażeniem niezbędnym dla działalności kulturalnej i oświatowej. Pracownikom oświadczone, że mienie zostało przejęte przez skarb państwa. Zachowały się dokumenty świadczące o tym, że wartość czterech z ośmiu nieruchomości, należących do Banku Słowiańskiego w Berlinie wynosiła 214 tys. marek. Zawrotne było tempo wyprzedaży mienia polonijnego. Do lipca 1940 r. sprzedano tylko na obszarze rejencji opolskiej piętnaście dużych nieruchomości, z grona dwudziestu czterech, które podległy konfiskacie, za wysoką jak na owe czasy kwotę 720 tys. marek⁵². Sporządzony przez komisarza Augusta Schmidta wykaz najcenniejszych nieruchomości zawierał ponad osiemdziesiąt obiektów.

Oprócz szkód materialnych Związek Polaków w Niemczech poniósł poważne straty osobowe. Jeszcze w trakcie kampanii wrześniowej 1939 r. przeprowadzono na szeroką skalę aresztowania najaktywniejszych działaczy Związku. W obozach koncentracyjnych znalazło się ponad dwa tysiące osób. Wielu z nich nie dożyło końca wojny ginąc w Buchenwaldzie, Stutthofie, Ravensbrück, Dachau i Oranienburgu–Sachsenhausen⁵³. Prześladowania członków Związku przybierały często formę przesiedlenia połączonego z konfiskatą majątku. Na Śląsku Opolskim na listach przesiedleńców, których zamierzano wyrzucić do Generalnej Guberni, znalazło się 500 rodzin posia-

⁵¹ Reichsgesetzblatt, Teil I, nr 39, 2.03.1940 – Verordnung über die Organisationen der Polnischen Volksgruppe im Deutschen Reich, s. 444. Polskie tłumaczenie – J. Sandorski, *Problem Polonii niemieckiej...*,

⁵² A. Konieczny, *op. cit.*, s. 50

⁵³ R. Hajduk, *Z tamtych dni*, „Studia Śląskie” t. II, Opole 1959, s. 20–23.

dających gospodarstwa rolne, bądź należących do inteligencji miejskiej. Akcję przerwano w marcu 1940 r. ze względu na brak siły roboczej na terytorium Rzeszy, niezbędnej dla produkcji w przemyśle i w rolnictwie w obliczu planowanej kampanii wojennej na północy (Norwegia – 9 kwietnia 1940 r.) i zachodzie (Francja – 10 maja 1940 r.) Europy. W tej sytuacji zrezygnowano z przesiedleń, ale nie zaniechano represji. Konfiskowano majątki osób narodowości polskiej zamieszkujących pogranicze oraz zamordowanych w obozach koncentracyjnych. Opracowano specjalną procedurę przejmowania majątku należącego do członków polskiej mniejszości narodowej. Zgodnie z nią właściwe terytorialnie władze rejencji kierowały stosowny wniosek do Głównego Urzędu Bezpieczeństwa Rzeszy (Reichssicherheitshauptamt – RSHA), a więc centrali policji bezpieczeństwa III Rzeszy i wywiadu politycznego. Niekorzystne dla ofiar jego rozpatrzenie powodowało, że minister spraw wewnętrznych uznawał osoby pochodzenia polskiego za „wrogie wobec narodu i państwa” (Volks- und Staatsfeindlich) i na mocy ustawy o konfiskacie mienia wrogów Rzeszy z 14 lipca 1933 r. przejmował ich majątek. Po decyzji ministra prezydenci rejencji wydawali postanowienie o zajęciu mienia i ustanowieniu zarządu powierniczego (Treuhandverwaltung)⁵⁴.

Nader trudne jest globalne oszacowanie wszelkich strat materialnych, jakie poniosła Polonia w Niemczech, zarówno przed, jak i po wejściu w życie rozporządzenia Rady Ministrów na rzecz Obrony Rzeszy z 27 lutego 1940 r.⁵⁵ Najwyższe kwoty pochodzące z likwidacji mienia polonijnego odnotował komisarz Schmid z tytułu przejścia własności i zgromadzonych kapitałów czterech banków, kierowanych przez polskie zarządy. Bankami tymi były: „Bank Robotników”, „Bank Słowiański”, „Bank Ludowy – Pomoc” i „Bank Unia”. Uzyskane kapitały zgromadzono na koncie w Pruskim Banku Państwowym oraz na kontach likwidacyjnych w „Dresdner Bank”, „Commerz und Privatbank” i „Deutsche Bank”. W sumie w ten sposób uzyskane kwoty sięgają co najmniej pułapu 3.000.000 RM. Skonfiskowany majątek Związku Polaków w Niemczech oraz organizacji polonijnych szacuje się na kwotę 8.000.000 RM⁵⁶. Niewielki procent roszczeń Polonii w Niemczech został uwzględniony przez sądy zachodniemieckie. Jeszcze w styczniu 1954 r. zachodniobermberski senator do spraw skarbowych odrzucił wnioski o restytucję mienia, złożony przez odrodzony zarząd „Banku Robotników”. Uzasadniając swój werdykt senator stwierdził, iż jego negatywne stanowisko wynika z faktu, iż

⁵⁴ A. Konieczny, *Sprawy wyłączenia działaczy polskich Śląska Opolskiego w latach 1940 – 1944*, „Studia Śląskie”. Katowice 1963, t. VII, s. 191–192.

⁵⁵ Reichsgesetzblatt, Teil I, nr 39, 2.03.1940 r. – Verordnung über die Organisation der polnischen Volksgruppe im Deutschen Reich, s. 444. Pełne tłumaczenie tego rozporządzenia na język polski – J. Sandorski, *Problem Polonii niemieckiej...*, s. 635 – 636

⁵⁶ Dokładniejsze kwoty i szersze omówienie zagadnienia – J. Sandorski, *ibidem*, s. 637–640. Fragmentaryczne wyceny znajdują się w: A. Poniatońska, S. Liman, I. Prężałek, J. Marczewski (red.), *Związek Polaków w Niemczech w latach 1922–1982*, Wydawnictwo „Polonia”, Warszawa 1984, s. 213.

„przedmiotowy majątek był własnością wroga”⁵⁷. Konfrontacja tego werdyktu z uchwałą Bundestagu z 2011 r. o rehabilitacji działaczy polonijnych prześladowanych w czasie wojny i uznaniu ich za ofiary faszyzmu jednoznacznie świadczy o jego bezzasadności.

V. Dzisiaj

Brak reakcji władz niemieckich na roszczenia Związku Polaków w Niemczech spowodował, że jego władze bez wsparcia ze strony kompetentnych niemieckich instytucji przystąpiły do działań prawnych, zmierzających do uzyskania odszkodowań. Ze strzępów starych dokumentów wyłania się obraz krzywd środowiska polonijnego i jego materialnej dewastacji przed i podczas II wojny światowej. Niedawno w archiwum w Berlinie udało się znaleźć pismo z dnia 13.02.1962 r. Pruskiego Banku Państwowego (Preussische Staatsbank, Seehandlung), które potwierdza, że wraz z zakończeniem wojny w banku istniało konto o numerze 141 060 o nazwie „Komisarz dla organizacji polskiej grupy narodowej w Niemieckiej Rzeszy”. Bank zaznaczył w tym piśmie, że nie może dotrzeć do dokumentów, gdyż znajdują się one w budynku banku położonym w sektorze Berlina okupowanym przez Sowieców. Natomiast były dyrektor „Banku Słowiańskiego”, Franz Lemanczyk, który miał możliwość zaznajomienia się z dokumentami dotyczącymi konta o numerze 141 060 w swoim oświadczeniu z dnia 14.09.1960 stwierdził, że na tym koncie znajdowało się ponad 3 miliony reichsmarek, pochodzących z likwidacji majątku mniejszości polskiej. W tym samym archiwum znajduje się także pismo dyrektora Franza Lemanczyka z 1954 r., w którym to opisuje on, jak to pewnego dnia do komisarza Augusta Schmida przyszedł wyższej rangi esesman i przedstawił się jako adwokat z urzędu ds. prawnych NSDAP. Po jego wizycie pewna część zysku „Banku Słowiańskiego” przemieniła się w „cudowny sposób” w stratę i tak została zaksięgowana.

Dnia 1 września 2014 r. o godzinie 4.40, a więc w 75 rocznicę wybuchu II wojny światowej, został doręczony do sądu krajowego (Landgericht) w Berlinie pozew ZPwN przeciwko RFN, opiewający na 1 miliard euro (w wyliczeniach wyszło nawet ca 1,2 miliarda na dzień dzisiejszy). Suma ta wynika z wysokości majątku mniejszości polskiej w Niemczech w 1939 r., szacowanego przez władze III Rzeszy (notatka z 9.11.1939 r.) na 7–8 milionów reichsmarek (jako sumę wyjściową przyjęto w pozwie 8 milionów reichsmarek) oraz z utraconego zysku (*lucrum cessans*) od tamtego czasu do dnia

⁵⁷ Szczegóły dotyczące zabiegów Związku Polaków w Niemczech o restytucję mienia – J. Sandorski, *ibidem*, s. 639–641.

dzisiejszego. Oczywiście od tej sumy zostały odjęte odszkodowania wypłacone w znikomej wysokości w latach 50. i 60. zeszłego wieku⁵⁸.

Pismem z dnia 8 września 2014 r. sąd krajowy (Landgericht) w Berlinie zwrócił się do pełnomocnika ZPwN z informacją, że RFN jako stronie w procesie został wyznaczony termin 15 października 2014 r. na ustosunkowanie się do jednego z punktów pozwu, dotyczącego zwolnienia z kosztów postępowania Związku Polaków w Niemczech. W tymże piśmie jest informacja o oświadczeniu jednego z sędziów, że zachodzi obawa o stronniczość ze względu na fakt pracy jego partnerki życiowej w niemieckim MSZ, w którym to zajmuje się polsko-niemieckim „okrągłym stołem”⁵⁹. *Alea iacta est!*

CLAIMS OF POLISH COMMUNITY IN GERMANY – YESTERDAY AND TODAY

Key words: Claims concerning Germany, Union of Poles in Germany, claims of Polish community, properties stolen by Nazi Germany

Summary

The issue of recognition of Poles in Germany as a minority is not a new one. It seems that the bilateral current efforts undertaken by both states should aim at recognition of status of numerous, Polish minority.

Next to the above issue, it should be mentioned that the former Union of Poles in Germany (*Związek Polaków w Niemczech*) was liquidated by Nazi authorities. They also took over the huge properties of the Union.

The main aim of this article is to present the difficult historic issues and contemporary international law standards, enabling compensation for the wealth stolen from Polish minority in Germany.

The analysis of this problem and compensation for properties taken over from Union of Poles in Germany is an important element of cooperation between Poland and Germany and facing the difficult history, what should be the subject of interest for both parties.

⁵⁸ Pozew z 1.09.2014 r. w prasie: 1. <http://wpolityce.pl/swiat/211802-mec-hambura-w-pozwie-przeciwko-rfn-zarzucamy-stronie-niemieckiej-nierowne-traktowanie-ofiar-nasz-wywiad> 2. <http://niezalezna.pl/58923-zwiazek-polakow-w-niemczech-zlozyl-pozew-o-ogromne-odszkodowanie-chce-od-niemiec-1-mln-euro>.

⁵⁹ <http://wpolityce.pl/swiat/213650-przed-berlińskim-sądem...>

Bogna Orłowska-Zielińska

Krystyna Szczechowicz

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Rodzina a prawny zakaz stosowania kar fizycznych wobec małoletnich

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawa dziecka, prawo karne, przestępstwo, kodeks karny, kontratyp

1. Wstęp

Prawa dziecka są pojęciem z kategorii praw człowieka i wynikają z godności i niepowtarzalności dziecka jako jednostki ludzkiej. Przysługują one, analogicznie jak prawa człowieka, każdemu i nie są uzależnione od wykonywania przez dziecko określonych obowiązków. Nie kolidują jednak z prawem rodziców do wychowania zgodnie z ich wartościami i światopoglądem. Podkreślić przy tym należy, iż prawa dziecka nie stanowią wypadkowej teorii czy koncepcji wychowania i nie należy ich utożsamiać z tzw. bezstresowym czy też partnerskim wychowaniem. Jednakże w sytuacji, gdy młody człowiek nie wykonuje swoich obowiązków, może ponieść karę w postaci nieotrzymania nagrody lub też pozbawienia adekwatnego przywileju, ale nie prawa. Istotne jest, iż bezwzględnie, bez jakiegokolwiek ograniczenia należy przestrzegać zakazu tortur, niewolnictwa i poddaństwa¹.

2. Międzynarodowa ochrona praw dziecka

Prawa dziecka stanowią z punktu widzenia nauki prawa jeden z typów ochrony praw człowieka. Dostrzeżono jednak w XX w., że dziecko winno być podmiotem szczególnej troski, jako osoba niedojrzała psychicznie i fizycznie.

W 1924 roku Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów przyjęło Deklarację Praw Dziecka, zwaną Genewską. Deklaracja stanowi, że „(...) Ludzkość

¹ Przestrzeganie praw dziecka w Polsce. Rekomendacje dla Parlamentu i Rządu, Polski Komitet Narodowy UNICEF, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2009, s. 3–4.

powinna dać dziecku wszystko, co najlepsze” i formułuje 5 następujących postulatów:

„1. Dziecku powinno się dać możliwość normalnego rozwoju fizycznego i duchowego.

2. Dziecko głodne powinno być nakarmione, dziecko chore powinno być pielęgnowane, dziecko wykolejone wrócone na właściwą drogę, sierota i dziecko opuszczone – wzięte w opiekę i wspomagane.

3. Dziecko powinno przed innymi otrzymać pomoc w czasie klęski.

4. Dziecko powinno być przygotowane do zarobkowania na życie i zabezpieczone przed wszelkim wyzyskiem.

5. Dziecko winno być wychowane w wierze, że jego najlepsze cechy powinny być oddane na usługi współbraci”².

W dniu 20 listopada 1959 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ proklamowało Deklarację Praw Dziecka³, będącą rozszerzeniem Deklaracji Genewskiej i zawierającą podstawowe zasady ochrony praw dziecka. Deklaracja zawiera dziesięć zasad o charakterze fundamentalnym:

– zasadę równości wszystkich dzieci, bez względu na jakiegokolwiek różnice,
– zapewnienie szczególnej ochrony prawnej, aby dziecko mogło rozwijać się fizycznie, umysłowo, moralnie, duchowo i społecznie w zdrowy i normalny sposób, w warunkach wolności i godności. Prawo stanowione w tym celu powinno w pierwszym rzędzie mieć na uwadze dobro dziecka,

– prawo do nazwiska i obywatelstwa,
– zapewnienie ubezpieczenia społecznego, odpowiedniego wyżywienia, mieszkania, wypoczynku i usług medycznych,

– zagwarantowanie szczególnej opieki nad dzieckiem specjalnej troski, jego edukacja i opieka nad nim powinny być odpowiednie do wymogów jego szczególnych warunków,

– zapewnienie pełnego, harmonijnego rozwoju osobowości dziecka, miłości i zrozumienia.

Dziecko powinno rosnać pod opieką i odpowiedzialnością jego rodziców, w atmosferze przywiązania i moralnego oraz materialnego bezpieczeństwa. Nie powinno być, poza sytuacjami wyjątkowymi, oddzielone od matki. Społeczeństwo i władze publiczne mają obowiązek zapewnienia specjalnej opieki dziecku bez rodziny i temu dziecku, które nie ma odpowiednich środków utrzymania. Jest wskazane, aby wypłacać dodatki rodzinne i świadczyć w inny sposób na utrzymanie dzieci w dużych rodzinach. Za dziecko są odpowiedzialne, oprócz rodziców, także inne osoby zajmujące się nim w ramach określonych zadań edukacyjnych. Realizując obowiązek szkolny, zapewniając dziecku udział w zorganizowanym wypoczynku czy umieszczając je w zakładzie

² Zob. www.unicef.pl/content/download/11454/94626/file/Microsoft_Word_-_Deklaracja_Genewska_pdf, dostępne dnia 1 czerwca 2014.

³ Zob. http://ms.gov.pl/Data/Files/_public/ppwd/akty_prawne/onz/deklaracja_praw_dziecka.pdf, dostępne dnia 1 czerwca 2014.

lecznicy, rodzice powierzają dziecko innym osobom, które spełniają określone zadania względem dziecka. Nauczyciel, wychowawca, lekarz nie tylko kształcą, organizują wypoczynek, rozrywkę albo leczą dziecko, ale także w czasie nieobecności rodziców, w koniecznym zakresie kontynuują zadania wychowawcze rodziców, a przede wszystkim są odpowiedzialni za bezpieczeństwo dziecka i jego zachowanie. Deklaracja wymienia także:

- prawo dzieci do bezpłatnej i obowiązkowej nauki na poziomie co najmniej podstawowym,
- pierwszeństwo dzieci w zakresie otrzymywania ochrony i pomocy,
- ochrona przed wszelkimi formami lekceważenia, okrucieństwem i wyzyskiem,
- zapewnienie wychowania w duchu zrozumienia, braterstwa i tolerancji.

Niewątpliwie zasadniczym aktem w systemie prawa międzynarodowego, regulującym prawną sytuację dziecka, jest przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 20 listopada 1989 r. Konwencja Praw Dziecka⁴, której inicjatorem była Rzeczpospolita Polska.

Konwencja Praw Dziecka zawiera pełne spektrum praw dziecka. Regulacje w niej zawarte odnoszą się do praw cywilnych, politycznych, socjalnych, związanych z edukacją, praw specjalnych, wynikających z faktu innego statusu dziecka w społeczeństwie, związanego z jego niedojrzałością fizyczną i psychiczną oraz z zagrożeń w jego rozwoju.

Konwencja szczególne miejsce poświęca dzieciom pozbawionym środowiska rodzinnego, dzieciom uchodźców, fizycznie lub umysłowo niepełnosprawnym, będącym przedmiotem wyzysku wszelkiego rodzaju lub handlu, a nawet dzieciom, które weszły w konflikt z prawem lub są przedmiotem konfliktu zbrojnego czy klęski żywiołowej.

Polska jest stroną Konwencji od 7 lipca 1991 r. Państwo ratyfikujące Konwencję może dokonać zastrzeżeń wobec niektórych jej postanowień. Niedopuszczalne są jednak zastrzeżenia pozostające w sprzeczności z jej przedmiotem i celem [art. 51 ust. 2]. Państwo w dowolnym czasie może wycofać swoje zastrzeżenia.

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej podjął uchwałę uznającą za wskazane zwrócić się do Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zamieszczenie w dokumencie ratyfikacyjnym zastrzeżeń do art. 7 i art. 38 oraz deklaracji do art. 12–16 i art. 24 ust. 2 lit. f Konwencji o prawach dziecka. Opinia Sejmu RP została uwzględniona przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Ostatecznie Polska ratyfikowała Konwencję z dwoma zastrzeżeniami. Pierwsze z nich dotyczy prawa dziecka adoptowanego do poznania danych swoich rodziców biologicznych, drugie – granicy wieku, od której dopuszczalne jest powołanie do służby wojskowej i uczestnictwo w działaniach wojennych. Ustawą z dnia 10 października 2012 r. o zmianie zakresu obowiązywania

⁴ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 oraz z 2000 r. Nr 2, poz. 11.

Konwencji o prawach dziecka, przyjętej dnia 20 listopada 1989 r.⁵, wyrażono zgodę na dokonanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zmiany zakresu obowiązywania Konwencji o prawach dziecka, przyjętej dnia 20 listopada 1989 r. w Nowym Jorku, poprzez wycofanie zastrzeżeń do art. 7 i art. 38. Powyższe należy ocenić pozytywnie.

Konwencja ma ogromne znaczenie dla ochrony praw dzieci. Istotne jest, że art. 1 Konwencji podaje definicję dziecka określając, że jest nim każda istota ludzka poniżej 18 lat, chyba że – zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka – uzyska ono wcześniej pełnoletniość. Ochroną konwencyjną objęte są zatem osoby do 18 roku życia.

Konwencja nadto już w preambule wskazuje, że pierwszeństwo w wychowaniu dziecka ma rodzina i jej zapewniona winna być ochrona, stwierdzając: „wyrażając przekonanie, że rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie”.

W artykule 37a zawarto prawo dziecka do ochrony przed torturami, okrutnym, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem i karaniem. Zakazano jednocześnie stosowania wobec dziecka kary śmierci oraz kary dożywotniego więzienia bez możliwości wcześniejszego zwolnienia.

Jak widać, ten uniwersalny akt prawa międzynarodowego odnosi się między innymi do dwóch istotnych aspektów życia dziecka – rodziny jako naturalnego środowiska rozwoju oraz ochrony przed torturami i innymi formami nieludzkiego i poniżającego traktowania, w tym karaniem.

3. Ochrona praw dziecka w Konstytucji RP

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁶ stanowi podstawowe źródło dla kształtowania przepisów prawa dotyczących ochrony praw dziecka.

Pojęcie „praw dziecka” w przepisach Konstytucji należy rozumieć jako nakaz zapewnienia ochrony interesów małoletniego, który w praktyce sam może jej dochodzić w bardzo ograniczonym zakresie⁷.

Istotne znaczenie ma treść art. 18 Konstytucji, umiejscowionego wśród podstawowych zasad porządku konstytucyjnego, a gwarantującego ochronę i opiekę Rzeczypospolitej małżeństwu, rodzinie, macierzyństwu i rodzicielstwu. Nakaz ochrony dobra dziecka stanowi podstawową, nadrzędną zasadę

⁵ Dz.U. z 2012 r., poz. 1333.

⁶ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁷ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) z dnia 28 kwietnia 2003 r., sygn. K 18/02, OTK ZU Nr 4/A, poz. 32.

polskiego systemu prawa rodzinnego, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem, najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie możliwości jego wychowania w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną. Nie oznacza to prymatu rodziny naturalnej i więzi biologicznej jako podstawy kształtowania stosunków rodzinnych. Niewątpliwie najważniejsze jest zapewnienie dziecku: bliskości, stabilności, bezpieczeństwa oraz godziwych warunków wychowania i rozwoju.

Konstytucja nie definiuje pojęcia „praw rodzicielskich” ani nie utożsamia ich z występującym w prawie rodzinnym pojęciem władzy rodzicielskiej. W związku z tym, że Konstytucja nie wymienia enumeratywnie praw rodziców, należy uznać, że odsyła w tym zakresie do przepisów ustawodawstwa zwykłego. W aspekcie norm prawa rodzinnego i opiekuńczego należy wśród nich wymienić nie tylko prawo do pieczy nad osobą dziecka, ale również prawo do pieczy nad jego majątkiem oraz prawo do jego reprezentacji⁸. Władza rodzicielska powinna być zaś wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (art. 95 § 3 k.r.o.).

Zgodnie z art. 48 ust. 2 Konstytucji „ograniczenie lub pozbawienie praw rodzicielskich może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazano, że celem tego przepisu jest „zapewnienie ochrony konstytucyjnej praw rodziców przed dowolną, arbitralną ingerencją władzy publicznej”⁹. Trybunał przy tym podkreśla szczególne znaczenie, jakie ma na tle przepisów Konstytucji władza rodziców nad dzieckiem, w tym ich prawo do reprezentowania dziecka. Rodzicom przysługuje bowiem w tym względzie prawo podmiotowe o charakterze przyrodzonym i naturalnym, nie pochodzące z nadania państwowego, choć wykonywane pod kontrolą państwową i społeczną¹⁰.

Z art. 48 ust. 2 Konstytucji jednoznacznie też wynika, że zarówno ograniczenie, jak i pozbawienie praw rodzicielskich może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie, a ponadto tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu. Konstytucja nie wskazuje przesłanek ograniczenia lub zniesienia praw rodzicielskich, odsyłając w tym zakresie do ustawodawstwa zwykłego. Uregulowania w tym zakresie znajdują się w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym¹¹. Ustawodawstwo zwykłe winno być zgodne

⁸ Tak wyrok TK z 11 października 2011 r., sygn. K 16/10; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 302.

⁹ Wyrok TK z dnia 28 kwietnia 2003 r., sygn. K 18/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 32.

¹⁰ Zob. wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK ZU nr 8/A/2011, poz. 80.

¹¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r., Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn. Dz.U z 2012, poz. 788, ze zm.

z normami konstytucyjnymi i nie może opierać się na przesłankach arbitralnych, niesprawiedliwych lub dyskryminujących jedno z rodziców.

Niewątpliwie w aspekcie ochrony dziecka przed stosowaniem wobec niego kar cielesnych ma znaczenie art. 40 Konstytucji. W myśl artykułu 40 „nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”.

Wśród przedstawicieli doktryny prezentowane są dwa przeciwstawne poglądy. Część przedstawicieli stoi na stanowisku, że zapis art. 40 Konstytucji odnosi się wyłącznie do kar wymierzanych i wykonywanych w imieniu państwa¹². Inni uważają zaś, że przepis art. 40 odnosi się do stosowania kar cielesnych także w stosunkach międzyludzkich¹³.

Niezależnie od tego, jak będziemy interpretować, czy istnieje normaw ustawie zasadniczej zakazująca stosowania kar cielesnych wobec dzieci, czy też nie, to na poziomie ustawowym jest to uregulowane po zmianie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ustawą z dnia 10 czerwca 2010 r.¹⁴.

Ustawodawca wart. 72 ust. 1 zd. 1 wprost wyartykułował, że Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka.

Konstytucja nie ogranicza się jednak do zapewnienia dziecku ochrony, ale wprowadza też prawo każdego (może to zatem czynić każda osoba) do żądania od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, ale także wyzyskiem i demoralizacją. Tym samym zakres obowiązków władz w zakresie pomocy został zakreslony szeroko. Chodzi przecież o to, by zapewnić dziecku wychowanie właściwe zarówno w sensie fizycznym, jak i moralnym.

Pomoc władz publicznych jest szczególnie niezbędna w przypadku dziecka pozbawionego opieki rodzicielskiej, stąd ust. 2 tegoż artykułu nakłada tego rodzaju obowiązek na władze. Stanowi także, iż w toku ustalania praw dziecka zarówno organy władzy publicznej, jak i osoby odpowiedzialne za dziecko mają obowiązek wysłuchać jego zdania i w miarę możliwości starać się je uwzględnić.

Konstytucja – uwzględniając specyfikę i charakter spraw związanych z ochroną praw dziecka – powołuje odrębny, wyspecjalizowany w zakresie ochrony i pomocy dziecku urząd Rzecznika Praw Dziecka. Powołanie tego

¹² Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 12, Warszawa 2006, s. 128–129; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 59; B. Banaszak, J. Boć, M. Jabłoński, J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 80.

¹³ Zob. W. Skrzydło, *Komentarz do art. 40 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w: tegoż], *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 2002, Lex; M. Płatek, *W drodze*, Niebieska linia, 6/41/2005, s. 16; F. Ciepły, *Partnerstwo w rodzinie a prawnokarny kontratyp karcenia małoletnich*, [w:] J. Truskolaska (red.), *Partnerstwo w rodzinie*, Lublin 2009, s. 264–265.

¹⁴ Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2010 r., Nr 125, poz. 842.

urzędu wieńczy konstytucyjne regulacje w zakresie prawnego uregulowania sytuacji prawnej dziecka i systemu ochrony jego praw.

Kompetencje Rzecznika Praw Dziecka określa ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka¹⁵. Jest on powoływany na pięcioletnią kadencję przez Sejm za zgodą Senatu i jest to organ niezależny.

Zgodnie z art. 1 ust. 3 wskazanej ustawy „Rzecznik przy wykonywaniu swoich uprawnień kieruje się dobrem dziecka oraz bierze pod uwagę, że naturalnym środowiskiem jego rozwoju jest rodzina”.

4. Rodzina jako naturalne środowisko dziecka

Rodzina jako filar społeczeństwa jest przedmiotem zainteresowania wielu dziedzin naukowych, w tym prawa. Jest pierwszym środowiskiem, w którym funkcjonuje dziecko, jej naczelnym zadaniem jest przygotowanie do życia w społeczeństwie. Jako grupa podstawowa wyznacza „ramy” zachowania człowieka w określonych warunkach¹⁶. Poprzez proces uspołecznienia rodzina przygotowuje do wejścia w życie ogólnospołeczne¹⁷, kształtuje osobowość, styl życia, światopogląd i system wartości dojrzewającego człowieka.

Zadaniem rodziców jest przede wszystkim dbałość i troska o dzieci, która nie może w żadnym razie ograniczać się do zapewnienia im racji żywieniowych oraz miejsca do wypoczynku. Zarówno matka, jak i ojciec pełnią szczególną rolę w rozwoju społecznym, intelektualnym, emocjonalnym każdego człowieka. M. U. Kłusek jest zdania, że dom tworzy rodzina i nie jest ważny jego zewnętrzny wygląd, ale jego wnętrze, atmosfera, jaka w nim panuje. To ludzie tworzący rodzinę są domem¹⁸. Rodzice czy opiekunowie w rodzinach zastępczych powinni przygotować dzieci do samodzielnego, odpowiedzialnego życia.

Zdaniem J. Szczepańskiego, rodzina jest grupą złożoną z osób połączonych stosunkiem małżeństwa i stosunkiem rodzice–dzieci, dwu- lub trzypokoleniową, opartą na stałych wzorcach postępowania i wzajemnych oddziaływaniach. Natomiast zgodnie z poglądem F. Adamskiego stanowi ona wąskie grono osób połączonych we wspólnym ognisku domowym aktami wzajemnej pomocy i opieki¹⁹. Zaakcentować jednak należy, iż współcześnie funkcjonuje coraz więcej związków niesformalizowanych (konkubinaty, kohabitacja), ponieważ społeczeństwo dostrzega coraz mniejszą potrzebę instytucjonalizacji.

¹⁵ Dz.U. z 2000 r., Nr 6, poz. 69 ze zm.

¹⁶ Z. Tyszka, *Socjologia rodziny*, PWN, Warszawa 1974, s. 71.

¹⁷ F. Adamski, *Socjologia małżeństwa i rodziny*, PWN, Warszawa 1984, s. 45.

¹⁸ M.U. Kłusek, *Czas naznaczony wspomnieniami*, „Wychowawca” nr 12/2009, s. 11.

¹⁹ F. Adamski, *Socjologia małżeństwa i rodziny*, PWN, Warszawa 1984, s. 45–50.

Dziecko przyjmuje modele kulturowe, normy postępowania, wartości, które są kultywowane w jego rodzinie. Co prawda, funkcjonuje ono też w różnych instytucjach społecznych, takich jak np. organizacja szkolna, lecz to właśnie rodzina wywiera niewątpliwie największy wpływ na jego życie. Przecież młody człowiek od samego początku rozwoju korzysta z zasobów rodziców i jeśli są one pozytywne, to jego rozwój zwykle przebiega harmonijnie, jednakże, jeśli jest przeciwnie, to mamy do czynienia z patologizacją życia rodzinnego²⁰. K. Dymek-Balcerek jest zdania, że rodzina przede wszystkim zaspokaja potrzeby biologiczne i psychologiczne wychowującego się w niej dziecka, a także przekazuje mu podstawowe wartości norm społecznych. Ponadto kształtuje moralność, wychowuje i pełni funkcję opiekuńczą²¹. Współcześnie dostrzega się wyraźne akcentowanie wychowawczej funkcji rodziny. T. Kłosińska²² oraz D. Bis²³ wskazują na wyzwania wychowawcze w dobie XXI wieku. Szczególny nacisk kładą na konieczność poświęcania czasu dla dzieci, które coraz częściej za jedyne towarzystwo mają programy telewizyjne oraz gry komputerowe.

Funkcja opiekuńczo-wychowawcza, na której realizację mają wpływ m.in. atmosfera emocjonalna, postawy rodzicielskie, więzi rodzinne, poczucie odpowiedzialności za socjalizację młodego człowieka, preferowany styl wychowawczy niewątpliwie jest niezmiernie ważna.

Z samym procesem wychowania łączy się również problem wychowawczego karcenia dzieci, przy czym nie bez znaczenia jest, iż doświadczenie przemocy w dzieciństwie jest jednym z determinantów, sprzyjających powstawaniu zaburzeń zachowania, osobowości i psychicznych²⁴. Dzieci bite przez rodziców czy opiekunów mają zablokowane potrzeby, są przeświadczone o braku miłości, co wywołuje u nich poczucie osamotnienia i skrzywdzenia, alienację.

Zarówno na świecie, jak i w Polsce fizyczne karcenie dzieci przez szereg wieków stanowiło wręcz zalecaną metodę wychowawczą²⁵. W okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1997 r.²⁶ karcenie małoletnich funkcjonowało jako kontratyp pozaustawowy, natomiast granice intensywności działań

²⁰ K. Szczechowicz, B. Orłowska-Zielińska, *Rodzina a karcenie małoletnich – aspekty prawne*, [w:] K.M. Stępkowska, J. K. Stępkowska, *Instytucja rodziny wczoraj i dziś. Perspektywa interdyscyplinarna*, Wyd. Politechnika Lubelska, Lublin 2012. s. 72.

²¹ K. Dymek-Balcerek (red.), *Patologie zachowań społecznych. Rzeczywistość przelomu wieków XX i XXI. Rodzina dysfunkcyjna – przemoc*, Wydawnictwo Politechniki Radomskiej, Radom 2000, s. 56–69.

²² T. Kłosińska, *Dziecko wobec mediów. Wyzwania wychowawcze*, [w:] *Rodzina. Historia i współczesność. Studium monograficzne* (red.) W. Korzeniowska, U. Szuścik, Wydawnictwo Impuls, Kraków 2005, s. 291–304.

²³ D. Bis, *Rodzina – Media – Kultura*, [w:] *Rodzina...*, s. 305–315.

²⁴ O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004, s. 125.

²⁵ Szerzej zob. K. Szczechowicz, B. Orłowska-Zielińska, *op. cit.*, s. 72.

²⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz.U. 97.88.53.

karzących miały być wyznaczone troską o dobro dziecka²⁷. Polski ustawodawca aż do 2010 r., pomimo podejmowanych prób²⁸, nie wprowadził jednoznacznego zakazu stosowania przemocy w celach wychowawczych, stąd też zachowania takie były akceptowane w ramach pozakodeksowego kontraktotypu karcenia wychowawczego.

Na wskazany kontraktyp można było się powołać w sytuacji zachowania wychowawczego celu karcenia, proporcjonalności użytych środków w stosunku do przewinienia karconego, a także powiązania z konkretnym zachowaniem, nie można było karcić „profilaktycznie”. Istotne było tu również miarkowanie użytych środków. Przekroczenie wskazanych granic skutkowało odpowiedzialnością karną. Karcenie mogło przybierać różnorodną postać, np. karcenia słownego, fizycznego, karcenia mimiką, gestem²⁹. Warto dodać, iż kontraktyp ten opierał się na dość słabych podstawach, albowiem przesłanki jego dopuszczalności nie miały umocowania ustawowego, a przybierały jedynie postać postulatów przedstawicieli doktryny³⁰.

5. Granice dozwolonego karcenia małoletnich

Ochrona dziecka przed przemocą, krzywdzeniem w RP jest przede wszystkim obowiązkiem, który wynika z podpisania Konwencji o prawach dziecka. Polska, jako członek takich struktur międzynarodowych jak ONZ, Rada Europy, Unia Europejska, jest również zobligowana do szeregu uregulowań dotyczących najmłodszych obywateli.

Brak regulacji przewidującej wprost zakaz krzywdzenia małoletnich wynikał – zdaniem H. Ciepłej – z niewłaściwego założenia, iż jest ono zbędne z uwagi na treść art. 40 Konstytucji RP³¹. W ocenie L. Gardockiego, wskazany przepis odnosi się bezpośrednio do organów władzy publicznej, a co za tym idzie nie można doszukiwać się tu przełożenia na stosunki rodzinne³².

Za wprowadzeniem do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego prawnego zakazu stosowania wobec dzieci kar cielesnych opowiadali się m.in. V. Konarska-

²⁷ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, PWN, Warszawa 1994, s. 241.

²⁸ Pierwszy raz propozycja wskazanej zmiany została odrzucona w 1995 r., następnie w 2004 r. oraz w 2009 r.

²⁹ V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Wyd. Dom Organizatora, Toruń 1999, s. 59.

³⁰ A. Wojciukiewicz, *Karnoprawne problemy karcenia małoletnich*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, L. Bogunia (red.), Wrocław 2002, t. X, s. 56–57.

³¹ H. Ciepła, *Komentarz do art. 96 (1)*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2011, Lexis Nexis. Sp. z o.o., s. 745.

³² L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 125.

-Wrzosek³³, M. Łopatkowa³⁴. Natomiast B. Gruszczyńska postulowała, aby znalazł się on w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie³⁵. Zdaniem E. Bienkowskiej i L. Mazowieckiej, powinien być on być umieszczony albo we wskazanej ustawie albo w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym lub nawet w obu tych aktach jednocześnie³⁶. W ocenie O. Sitarz przedmiotowy zakaz należało zawrzeć zarówno w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, jak i w Kodeksie karnym.

Dopiero ustawą o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 czerwca 2010 r.³⁷ został wprowadzony do polskiego ustawodawstwa zakaz stosowania wobec dzieci kar cielesnych poprzez dodanie do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³⁸ przepisu art.96 (1). Uregulowanie to jest zgodne ze zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi, złożonymi przez Polskę w sferze ochrony dziecka przed krzywdzeniem, a zwłaszcza z Konwencją o prawach dziecka, art. 7 i 24 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Rekomendacja o określonej treści ma uświadomić, iż większą skuteczność przynosi stosowanie alternatywnych metod wychowawczych. Wskazany przepis *expressis verbis* zakazuje osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim stosowania wobec niego kar cielesnych. Nie bez znaczenia jest, iż przedmiotowy zakaz w swoim brzmieniu stanowi nawiązanie do preambuły ustawy z dnia 29 lipca 2005 r.o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie³⁹, albowiem kara cielesna jest przejawem przemocy w rodzinie. W ten sposób Polska dołączyła do ponad dwudziestu krajów świata całkowicie zakazujących bicia dzieci⁴⁰.

³³ V. Konarska-Wrzosek, *Prawny zakaz stosowania kar fizycznych wobec dzieci – regulacje krajów europejskich i stan prawny obowiązujący w Polsce*, „Dziecko Krzywdzone” 2008, nr 2, s. 43.

³⁴ M. Łopatkowa, *Bici biją – z życia wzięte*, [w:] *Bici biją*, J. Bińczycka (red.), Warszawa 2001, s. 57–58.

³⁵ B. Gruszczyńska, *Przemoc wobec kobiet w Polsce. Aspekty prawno-kryminologiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 165–166.

³⁶ E. Bienkowska, L. Mazowiecka, *Prawa ofiar przestępstw*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 87.

³⁷ Dz.U. z 2010 r. nr 125, poz. 842.

³⁸ Dz.U. z 1964 f. nr 9, poz. 59 z późn. zm.

³⁹ Dz.U. Nr 180, poz. 1493 z późn. zm.

⁴⁰ Aktualnie zakaz ten obowiązuje w następujących państwach: Lichtenstein – 2010, Luksemburg – 2009, Kostaryka – 2008, Mołdawia – 2008, Hiszpania – 2007, Wenezuela – 2007, Urugwaj – 2007, Portugalia – 2007, Nowa Zelandia – 2007, Holandia – 2007, Grecja – 2006, Węgry – 2005, Rumunia – 2004, Ukraina – 2004, Islandia – 2003, Niemcy – 2000, Izrael – 2000, Bułgaria – 2000, Chorwacja – 1999, Łotwa – 1998, Dania – 1997, Cypr – 1994, Austria – 1989, Norwegia – 1987, Finlandia – 1983, Szwecja – 1979. Ponadto, w 2 krajach – Włoszech (1996) i Nepalu (2005), sądy najwyższe uznały wszystkie formy kar fizycznych za bezprawne, ale nie jest to jeszcze potwierdzone w legislacji, zob. <http://www.dziecinstwobezprzemocy.pl/strona.php?p=38>, data odczytu: 24.04.2014 r.

Twórcą pojęcia „kontratypu” był W. Wolter, używając wskazanego określenia na okoliczności wykluczające bezprawność czynu⁴¹. Kontratypizacja stanowi dopełnienie typizacji poprzez wskazanie wzorca aprobującego wyłączenie karalności czynu, który narusza normę sankcjonowaną⁴². Najważniejszym elementem, który wyróżnia kontratypy jest kolizja dóbr, która implikuje dokonanie swoistego bilansu zysków i strat. Katalog kontratypów nie jest zamknięty, głównie z uwagi na fakt, iż zmienia się zakres i ilość kontratypów pozaustawowych. Znamiona kontratypów pozaustawowych są formułowane w drodze koncepcji doktrynalnych lub też stanowią ustalenia praktyki wymiaru sprawiedliwości⁴³. Tak więc kontratypizacja ma walor społecznej opłacalności, ponieważ daje możliwość poświęcenia dobra przy jednoczesnej akceptacji przez prawo karne panujących zasad w społeczeństwie⁴⁴. Również wychowawcze karcenie małoletnich zaliczane jest do kontratypów pozaustawowych, albowiem brak było przepisu wyłączającego bezprawność w Kodeksie karnym, nadto Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie wypowiedział się jednoznacznie w tym przedmiocie. Stąd też uzasadnieniem dla przyjęcia takiej formy kontratypu było przekonanie, iż pedagogika akceptuje karcenie dzieci przez rodziców kierując się założeniem, iż prawdopodobieństwo wyrządzenia małoletniemu krzywdy w taki sposób jest nieznaczące i będzie ono zrównoważone rodzicielską miłością⁴⁵.

Kontratyp zwyczajowego karcenia małoletnich nadal funkcjonuje, jednakże w jego ramach od dnia 1 sierpnia 2010 r. niedopuszczalne jest stosowanie kar cielesnych. Przepis art. 96 (1) k.r.o. – jak wskazano wcześniej – nawiązuje do preambuły ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, w której ustawodawca stwierdza, iż przemoc w rodzinie narusza prawo do poszanowania godności, jako podstawowego prawa człowieka⁴⁶. Wskazany przepis jest wyznacznikiem pewnego standardu wykonywania pieczy nad małoletnim, ponieważ nadrzędnym celem jego wprowadzenia jest wskazanie społeczeństwu innych metod wychowawczych, tak by proces wychowania dziecka był stymulowany przez pozbawione agresji kary. Adekwatnie dobre kary przyczyniają się do wyrabiania u dziecka umiejętności eliminacji złych zachowań w przyszłości, natomiast nagrody doprowadzają do utrwalenia prawidłowych postaw⁴⁷.

⁴¹ W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 111.

⁴² R. Krajewski, *Kontratyp karcenia małoletnich po wprowadzeniu prawnego zakazu stosowania wobec nich kar cielesnych*, „Palestra” nr 1–2/2012, s. 49.

⁴³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 r., V KK 158/2007, Biul.PK 2008/2/44, Prok.i Pr. – wkł. 2008/5/4.

⁴⁴ R. Krajewski, op. cit., „Palestra” nr 1–2/2012, s. 49–50.

⁴⁵ Ibidem, *Karcenie jako okoliczność uchylająca bezprawność*, Prokuratura i Prawo, nr 7–8/2006, s. 176.

⁴⁶ T. Sokołowski [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 585.

⁴⁷ K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2013, s. 559–560.

Naruszenie powyższego może uzasadnić ingerencję sądu opiekuńczego na podstawie art. 109, 111, lub 168 k.r.o. Jego zastosowanie częściowo krzyżuje się także z prawem do odebrania dziecka przez pracownika socjalnego w sytuacji wystąpienia zjawiska przemocy w rodzinie oraz bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia małoletniego (art. 12 a ust. 1 i 3 p.p.r.). Jednak decyzja w tym zakresie musi być podjęta wspólnie z funkcjonariuszem policji oraz lekarzem lub ratownikiem medycznym lub pielęgniarką. W myśl art. 12 a ust. 4 p.p.r.) obligatoryjne jest tu wówczas niezwłoczne, a najpóźniej w ciągu 24 godzin, powiadomienie sądu opiekuńczego (art. 12a ust. 4 p.p.r.). Natomiast po powzięciu wskazanej informacji sąd niezwłocznie, po wysłuchaniu pracownika socjalnego, który odebrał dziecko z rodziny, nie później jednak niż w ciągu 24 godzin, wydaje orzeczenie o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, albo orzeczenie o powrocie dziecka do rodziny (art. 579 (1) k.p.c.).

Przesłanki wskazane w art. 12a p.p.r. są odmiennie określone od zachowań wskazanych w art. 961 k.r.o., stąd też stosowanie kar cielesnych nie uzasadnia jeszcze zastosowania art. 12a p.p.r.⁴⁸.

Karcenie jest pozbawione cech bezkarności w sytuacji, gdy odbywa się ono *cum animo corrigendi*, czyli w interesie małoletniego, dla jego dobra. Nie wchodzi tu więc w grę karcenie w celu wyładowania frustracji, złości dorosłego. Niedopuszczalne jest również manifestowanie w ten sposób swojej przewagi, popisywanie się przed znajomymi, działanie profilaktyczne lub z przyzwyczajenia. Musi być powiązane z konkretnym zachowaniem małoletniego, nie może zagrażać rozwojowi fizycznemu, intelektualnemu, łączyć się z uszkodzeniem ciała, powodować rozstrój zdrowia, przybierać formy znęcania się czy też dręczenia. Dopuszczalne jest karcenie słowem, gestem, czy nawet karcącym spojrzeniem⁴⁹. Stąd też wyłączeniu w ramach przedmiotowego kontratypu mogą podlegać przestępstwa o niższym ciężarze gatunkowym, czyli pozbawienie wolności (art. 189 § 1 k.k.), groźba karalna (art. 190 § 1 k.k.), zmuszanie (art. 191 § 1 k.k.), znieważenia (art. 216 § 1 k.k.), naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 267 § 1-4 k.k.), a także jej zniszczenie (art. 269 § 1-2 k.k.). Nie jest już jednak możliwe wyłączenie odpowiedzialności kontratypem wychowawczego karcenia za znęcanie się (art. 207 k.k.), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.) i spowodowanie uszczerbku na zdrowiu (art. 156 i 157 k.k.). W związku z tym przyjąć należy, że dopuszczalne jest, przy spełnieniu ustalonych przez judykaturę i doktrynę prawa karnego przesłanek, powołanie się na okoliczność wyłączającą bezprawność czynu w przypadkach karcenia wypełniającego znamiona takich przestępstw, jak: pozbawienie wolności małoletniego czy też zmuszenie mało-

⁴⁸ Por. T. Sokołowski, *Komentarz do art. 96(1) Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, st. Prawny, 2013.06.30.

⁴⁹ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Kraków 2006, s. 243

letniego do określonego zachowania itd. Istotne jest, że już – jak podkreśla F. Ciepły – bez konstrukcji kontratypu karcenia małoletnich bezprawne byłoby np. zatrzymanie dziecka w domu po godz. 22.00 (art. 189 k.k.), sprawdzanie treści poczty elektronicznej dziecka lub jego kontaktów w komunikatorze internetowym (art. 267 k.k.), zabronienie dziecku uczestnictwa w rytuałach sekty (art. 194 k.k.), usunięcie niewłaściwych czy niebezpiecznych treści lub gier z komputera dziecka (art. 268 k.k.) itp.⁵⁰ Istotne jest, iż u małych dzieci zakres stosowania dozwolonego karcenia krzyżuje się niejako z zakresem stosowania dozwolonego przymusu, przykładowo w sytuacjach aplikowania lekarstwa, trzymania w trakcie zastrzyku, prowadzenia dziecka do żłobka czy przedszkola. Reasumując pozaustawowy kontratyp wychowawczego karcenia małoletnich funkcjonuje nadal, jednakże nie obejmuje on swoim zakresem stosowania kar fizycznych. Jego konstrukcja ma znacznie szerszy zakres i nie powinna kojarzyć się jedynie z karami cielesnymi.

Zdaniem H. Ciepłej, zakaz stosowania kar cielesnych należy interpretować jako nie tylko zakaz bicia dziecka, ale też i jako karcenia go poprzez dawanie klapsów, które mają na celu wymuszenie jakiegoś określonego zachowania, posłuszeństwa. Stosowanie kar fizycznych to przejaw bezradności rodziców⁵¹. W ocenie K. Gromek, w odniesieniu do problematyki stosowania kar cielesnych niewłaściwe jest stosowanie zasady relatywizmu, nie można tu więc mówić o małym klapsie, solidnym laniu czy też średnim biciu. Każdy element przemocy powinien być eliminowany, natomiast stwierdzenie stosowania kar cielesnych ma w każdym przypadku stanowić asumpt do sądowej ingerencji⁵². Rodzice powinni stosować perswazję lub też inne kary, nie uciekając się do kar fizycznych, które są niehumanitarne, niesprawiedliwe zwłaszcza wobec małych dzieci⁵³. Nadto J. Ignatowicz stosowanie kar fizycznych zalicza do form poniżania dziecka, które mogą prowadzić do narastania u dziecka przeświadczenia o braku własnej wartości, a w konsekwencji do wyrobienia u niego przekonania, iż takie traktowanie jest zasadne⁵⁴. Zdaniem M. Płatek, nie ma jakościowej różnicy pomiędzy klapsiem a solidnym laniem⁵⁵.

Zgodzić się jednak należy z R. Krajewskim, iż nie każdy przypadek klapsa danego małoletniemu będzie wiązał się z poniesieniem odpowiedzialności przez rodziców czy opiekunów z art. 217 k.k., ponieważ świadczyłyby to

⁵⁰ F. Ciepły, *Partnerstwo w rodzinie a prawnokarny kontratyp karcenia małoletnich*, [w:] *Partnerstwo w rodzinie*, (red.) J. Truskolaska, Lublin 2009, s. 257–266.

⁵¹ H. Ciepła, *op. cit.*, s. 746.

⁵² K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 559.

⁵³ Zob. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 221–222.

⁵⁴ J. Ignatowicz, *Komentarz do art. 96(1)*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*. Komentarz, pod red. K. Pietrzykowskiego, C. H. Beck, s. 882.

⁵⁵ M. Płatek, *Zakaz karcenia fizycznego jako formy stosowania środków wychowawczych*, [w:] *Konferencja naukowa „Przemoc w rodzinie – publiczna tajemnica czy publiczny problem”*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa, kwiecień 2004, s. 141.

o naruszeniu subsydiarnego charakteru prawa karnego i pozostawało w sprzeczności z jego racjonalizmem. Jednakże w takiej sytuacji należałoby się powołać na art. 1 par 2 k.k., czyli na społeczną szkodliwość czynu, która nie byłaby tu wyższa niż znikoma⁵⁶.

Oddzielny problem stanowi fakt, iż zakaz stosowania kar fizycznych z perspektywy prawa karnego w praktyce jest trudny do wyegzekwowania. W razie sytuacji zastosowania wobec dziecka przysłowiowego klapsa rodzice czy opiekunowie nie będą pociągnięci do odpowiedzialności, ponieważ przepięność tego czynu będzie wyłączona na podstawie art. 1 par 2 k.k. Problem tkwi w skuteczności stosowania przepisu art. 96 (1) k.r.o., co jest związane z potrzebą wzrostu świadomości społeczeństwa odnośnie do alternatywnych metod wychowawczych. Dobro i los dziecka w praktyce nie są uzależnione od sformułowania norm prawnych, ale od ich realizacji. Jednakże funkcjonowanie takiego zakazu jednoznacznie wskazuje, iż państwo nie akceptuje kar cielesnych, jako środka wychowawczego. Samo jego wprowadzenie oznacza nie tylko rewolucję z prawnego punktu widzenia, ale przede wszystkim rewolucję mentalnościową.

FAMILY AND LEGAL PROHIBITION CORPORAL PUNISHMENT OF MINORS

Key words: human rights, children's rights, criminal law, crime, Penal Code, justification

Summary

The article deals with the issue of the ban on corporal punishment of minors. The authoresses discuss the scope of children's rights in international legal acts as well as refer to, inter alia, the Constitution of the Republic of Poland and the Family and Guardianship Code. They also emphasize the role of a family, its functions and its role in the process of socialization. The authoresses present the issue of educational reproaching as well as long-term results of corporal punishment. Over the years corporal punishment has been approved almost worldwide, also in Poland, where reproaching of juveniles functioned as a non-statutory justification. Only the Act amending the Prevention of Domestic Violence Act and other acts of 10 June 2010 introduced the ban on corporal punishment of minor to the Polish legislation.

Kamila Naumowicz

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Zapłodnienie pozaustrojowe na przykładzie włoskich rozwiązań prawnych w kontekście dyskusji o polskiej ustawie bioetycznej

Słowa kluczowe: zapłodnienie in vitro, bioetyka, alimenty, prawa człowieka, prawo porównawcze,

Wstęp

Analizując problematykę sytuacji prawnej dziecka w rodzinie nie sposób pominąć osiągnięć współczesnej medycyny, które tę sytuację niejako komplikują – mowa tu o sztucznym zapłodnieniu i związanym z nim zjawisku macierzyństwa zastępczego. Połączenie tych dwóch fenomenów prowadzi do rozróżnienia na macierzyństwo biologiczne, genetyczne oraz społeczne oraz do sytuacji, w której dziecko może mieć więcej niż jedną matkę czy też więcej niż jednego ojca. Oczywiście jest, iż sytuacja taka nie pozostaje bez wpływu na dobro samego dziecka i celem jego zabezpieczenia musi zostać uwzględniona we współczesnym prawodawstwie. W niniejszej publikacji główny nacisk autorka kładzie na wskazanie, jakie konsekwencje ma brak jakichkolwiek uregulowań w polskim prawodawstwie kwestii zapłodnienia pozaustrojowego oraz jaki wpływ wywiera jego stosowanie na kształtowanie się obowiązku alimentacyjnego względem dziecka.

Punktem wyjścia do rozważań o polskim stanie prawnym jest włoska ustawa bioetyczna, która wyczerpująco normuje materię związaną ze sztuczną prokreacją i ukazuje jednocześnie obszerność problematyki niezbędnej do uregulowania przez polskiego ustawodawcę. Uwzględnienie orzecznictwa włoskich sądów oraz Trybunału Praw Człowieka w kontekście włoskiej ustawy bioetycznej pokazuje jednocześnie, jak ważna i jak trudna do unormowania pozostaje ta tematyka w obliczu zarówno postępu biomedycznego, jak i zmieniających się potrzeb społecznych.

Wspomagana prokreacja w polskim prawie

Uregulowanie kwestii bioetycznych ustawą, która m.in. normowałaby zastosowanie sztucznego zapłodnienia, było przedmiotem żywej debaty, trwającej w Polsce przez kilka ostatnich lat. W 2010 r. największe kluby poselskie zgłosiły własne projekty ustawy bioetycznej, które jednak nie doczekały się, jak dotąd, przyjęcia przez Sejm. W pracach legislacyjnych poświęconych m.in. wspomaganej prokreacji pomijane było jednak niejednokrotnie kontrowersyjne zagadnienie macierzyństwa zastępczego, w Polsce do tej pory nieuregulowanego prawnie. W 2009 r. Światowa Organizacja Zdrowia określiła macierzyństwo zastępcze jako jedną z technik wspomaganej prokreacji¹. Istotą macierzyństwa zastępczego jest wykorzystywanie przez kobietę (surogatkę) swoich możliwości prokreacyjnych celem urodzenia dziecka innej osobie, na rzecz której zrzeka się ona praw do niego².

Nie należy jednak zapominać, iż brak regulacji w tej materii ma doniosłe skutki społeczne – istnieją bowiem działające na granicy prawa kliniki oraz poradnie, które zajmują się pośrednictwem w zawieraniu tzw. umów o macierzyństwo zastępcze, gdzie przedmiotem „zakupu” jest mające się urodzić dziecko. O nieważności tych umów z powodu braku właściwych uregulowań prawnych decydowało będzie zastosowanie klauzul generalnych (jak chociażby sprzeczność umowy z zasadami współżycia społecznego) lub też często podawane w tym kontekście odwołanie do art. 253 Kodeksu karnego, który zakazuje handlu ludźmi³.

Sprawa Beaty Grzybowskiej – surogatka walczy o dziecko

Zagadnienie macierzyństwa zastępczego pragnę omówić na przykładzie sprawy Beaty Grzybowskiej, upublicznionej i szeroko dyskutowanej w mediach. Była to w Polsce sprawa bezprecedensowa w kontekście podjętych przez surogatkę działań prawnych, które uświadomiły opinii publicznej, iż problem macierzyństwa zastępczego nie tylko istnieje, ale także ma doniosłe konsekwencje dla samego pojęcia matki dziecka, władzy rodzicielskiej oraz obowiązku alimentacyjnego.

¹ Za: M. Tomczyk, *Macierzyństwo za pieniądze*, „Służba Zdrowia” 2010, nr 93–100, <http://www.sluzbazdrowia.com.pl/artukul.php?numer_wydania=3994&art=2>.

² J. Lindemann Nelson, H. Lindemann Nelson, *Contract pregnancy*, w: S. Garrard Post (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, MacMillan Reference Books 2003, s. 2291, za: E. Gałęziowska, R. Bogusz, *Przyczyny i konsekwencje podjęcia decyzji o zastępczym macierzyństwie w opinii położnych*, „Medycyna Ogólna i Nauki o Zroiwu” 2013, nr 3, t. 19, s. 301.

³ Szerzej na temat aspektów prawnych umów o macierzyństwo zastępcze por. J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 3, s. 43–60.

W 2009 r. Beata Grzybowska, będąc w trudnej sytuacji materialnej, zawarła za pomocą firmy pośredniczącej umowę na macierzyństwo zastępcze. Za wynagrodzeniem w wysokości 30 000 zł surogatka zgodziła się urodzić dziecko zamawiającej parze przy wykorzystaniu metody *in vitro* – przez wszczepienie zapłodnionej komórki jajowej. Za pośrednictwem firmy Elisabeth z Piaseczna podpisano umowę cywilnoprawną, w której wskazano, iż strony mają się kontaktować wyłącznie za pomocą pośredniczki, jednakże doszło do złamania tych zasad. Wynajmująca dziecko para co miesiąc wpłacała surogatce kwotę 2,5 tys. zł. W dniu 20 maja 2009 r. urodziło się zdrowe dziecko, które mimo sprzeciwu surogatki zostało zabrane przez zamawiających bezpośrednio ze szpitala. Surogatka, nie mogąc pogodzić się z utratą dziecka, w 3 miesiące po porodzie zwróciła się o pomoc do adwokata i postanowiła walczyć o dziecko. 3 sierpnia złożyła pozew do sądu o nadanie jej praw rodzicielskich i przyznanie alimentów od genetycznego ojca. W odpowiedzi do sądu wpłynął wniosek ze strony genetycznego ojca o powierzenie mu opieki nad dzieckiem. Sprawa została nagłośniona przez media, czego konsekwencją było zainteresowanie surogatką i jej pozostałymi dziećmi przez kuratora, który złożył pozew do Sądu Rejonowego w Łodzi o ograniczenie Beacie Grzybowskiej władzy rodzicielskiej nad dwiema biologicznymi córkami ze względu na złe warunki materialne oraz niewłaściwe metody wychowawcze⁴.

Sprawa Beaty Grzybowskiej rozpoczęła żywą dyskusję w mediach, dotyczącą zarówno samego zapłodnienia *in vitro*, jak i proceduru „wynajmowania brzucha”. Pojawiły się przeciwstawne opinie na temat macierzyństwa zastępczego – prof. Jacek Hołówka, filozof i etyk stwierdził m.in.: „(...) ponieważ istnieją kobiety, które nie mogą donosić ciąży lub w ogóle w nią zająć, a medycyna umożliwia inną metodę, to mają prawo moralne i powinny mieć prawo ustawowe do wynajęcia surogatki”. Zwrócił on uwagę jednakże, iż dziecko jako odrębny podmiot powinno mieć zagwarantowaną tożsamość biologiczną, społeczną i psychologiczną, a więc konieczne jest, aby cały proceder odbywał się pod odpowiednim nadzorem, w tym psychologa. Surogatkę porównał on do pewnego rodzaju wczesnego żłobka, do którego zwracają się rodzice genetyczni, by oddać dziecko niejako „na przechowanie”⁵.

⁴ Informacje pochodzą z licznych artykułów prasowych na ten temat. Po raz pierwszy sprawę opisał „Dziennik” w czerwcu 2009 r. Zob. K. Świerczyńska, *Wynajęła brzuch. Będzie walczyć o dziecko*, „Dziennik”, 30.7.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/92376,wynajela-brzuch-bedzie-walczyc-o-dziecko.html>>; M. Marczyńska, *To ona „wynajęła” swój brzuch*, „Fakt”, 4.8.2009, <<http://www.fakt.pl/To-ona-quot-wynajela-quot-swoj-brzuch,artykuly,49259,1.html>>; *Nie jestem tylko brzuchem do wynajęcia*, „Dziennik”, 1.8.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/92456,nie-jestem-tylko-brzuchem-do-wynajecia.html>>; A. Jasińska, M. Stańczyk, *Może sąd odda jej malego Kajtusia*, „Dziennik Łódzki”, 4.8.2009, <<http://www.dzienniklodzki.pl/stronaglowna/148542,moze-sad-odda-jej-malego-kajtusia,id,t.html>>;

⁵ K. Klinger, *Wynajęcie dziecka to jak oddanie dziecka do żłobka*, „Dziennik”, 30.7.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/92361,wynajecie-brzucha-to-jak-oddanie-dziecka-do-zlobka.html>>.

Odmianą opinię wyraził teolog, ks dr Piotr Kieniewicz, który stwierdził, iż w takiej sytuacji dziecko jest z góry skazane na konflikt tożsamości, gdyż pozbawione jest możliwości określenia, kim są jego rodzice. Stanowi to, jego zdaniem, uprzedmiotowienie dziecka poprzez niemoralne i nieodpowiedzialne decyzje stron umowy, a także krzywdę na całe życie⁶.

Pochodzenie dziecka w polskim prawie rodzinnym

Należy zwrócić uwagę, iż w tym konkretnym przypadku miało miejsce wspomniane we wstępie rozróżnienie rodzicielstwa genetycznego, biologicznego oraz społecznego. Ojcem biologicznym dziecka i dawcą materiału genetycznego był mężczyzna zlecający surogatce urodzenie dziecka. Jednakże kwestia macierzyństwa przedstawia się w sposób bardziej złożony: matką biologiczną dziecka była surogatka, matką genetyczną anonimowa dawczyni komórki jajowej, a matką społeczną żona mężczyzny podpisującego umowę z surogatką.

Kwestia macierzyństwa z punktu widzenia polskiego prawa rodzinnego została uregulowana w art. 619 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁷ – 13 czerwca 2009 r. weszła w życie nowelizacja regulująca kwestię macierzyństwa przez zastosowanie starożytnej rzymskiej paremii *mater semper certa est* i stanowi, iż „matką dziecka jest kobieta, która je urodziła”. Konieczność wprowadzenia nowelizacji do kodeksu spowodowana była wspomnianym już postępowaniem biomedycyny, który doprowadził do możliwości rozdzielenia macierzyństwa genetycznego i biologicznego – tak jak miało to miejsce w omawianym przypadku Beaty Grzybowskiej⁸. Polskie prawo rodzinne rozstrzyga tym samym jednoznacznie, iż w matką w rozumieniu Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego będzie wyłącznie matka biologiczna. Jak podkreśla prof. Marek Safjan, były prezes Trybunału Konstytucyjnego, jest to najczęściej przyjmowane na świecie rozwiązanie ze względu na więź biologiczną oraz emocjonalną, która tworzy się między dzieckiem a kobietą, która je urodziła⁹.

Zgodnie z przedstawionym powyżej stanem prawnym Beata Grzybowska, surogatka, będzie matką dziecka w rozumieniu polskiego prawa, co podkreślił również w komentarzu do sprawy ówczesny minister sprawiedli-

⁶ Zob. K. Klinger, *To dziecko ma kilkoro rodziców*, „Dziennik”, 31.7.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/156366,to-dziecko-ma-kilkoro-rodzicow.html>>.

⁷ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 2012.788 – tekst jednolity.

⁸ Szerzej na temat nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego por. M. Kosek, [w:] W. Stojanowska, M. Kosek, *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – wykładnia – komentarz*, pod red. W. Stojanowskiej, Warszawa 2011, s. 100 i n.

⁹ Zob. E. Siedlecka, *DNA czyli tata*, „Gazeta Wyborcza”, 21.7.2008, <http://wyborcza.pl/1,75478,5474296,DNA_czyli_tata.html>.

wości Adrzej Czuma, przyznając jednocześnie, iż obecne regulacje macierzyństwa zastępczego są w polskim prawie niewystarczające¹⁰.

Jak podkreślił sędzia Robert Zegadło, w takim przypadku walka o opiekę nad dzieckiem może toczyć się w sądzie pomiędzy surogatką, która w świetle prawa jest matką dziecka z uwagi na fakt jego urodzenia, a jego genetycznym ojcem, który podpisał z nią umowę o macierzyństwo zastępcze. Jak w każdym przypadku walki o opiekę nad dzieckiem tak i tutaj sąd może więc orzec o przyznaniu władzy rodzicielskiej tylko jednemu z rodziców, ograniczając lub pozbawiając jej drugiego z nich¹¹.

Choć sprawa Beaty Grzybowskiej była w Polsce precedensowa, jednakże do precedensowego rozstrzygnięcia nie doszło, gdyż surogatka zrezygnowała z dalszej walki o dziecko (decyzję swą motywując zarówno troską o dobro dziecka, które przez cały okres przebywało z ojcem dziecka i jego żoną, jak i nierówną pozycją stron). Ostatecznie zgodziła się, by sąd pozbawił ją władzy rodzicielskiej¹². I choć do rozstrzygnięcia nie doszło, pytania, które pojawiły się w toku tej głośnej, medialnej debaty, nadal pozostają otwarte. Od 2010 r. nie doszło do przyjęcia żadnego ze zgłoszonych projektów ustawy bioetycznej. Tymczasem funkcjonują w Polsce agencje pośrednictwa, takie jak ta wspomniana w sprawie Beaty Grzybowskiej, przeprowadzane są zabiegi in vitro, podpisywane są umowy o macierzyństwo zastępcze. Polskie prawo rodzinne nie reguluje kwestii macierzyństwa genetycznego, przyznając więc pełnię praw i obowiązków rodzicielskich surogatce, milczy też na temat prawa dziecka do poznania własnej tożsamości w sytuacji, gdy matka przestaje być tylko jedna.

Wspomagana prokreacja we włoskiej ustawie bioetycznej

Szukając odpowiedzi na te pytania warto przyjrzeć się rozwiązaniom funkcjonującym w innych krajach. Włoska ustawa bioetyczna, regulująca kwestie zapłodnienia in vitro ma, już 10 lat i w ostatnim czasie doczekała się licznego i dość kontrowersyjnego orzecznictwa. Ustawa nr 40 z 19 lutego 2004 r.¹³ normuje szczegółowo warunki oraz dopuszczalność wspomaganej prokreacji, ustanawiając liczne ograniczenia w tym zakresie. Przede wszystkim włoski ustawodawca określa, iż możliwość skorzystania z zapłodnienia

¹⁰ K. Klinger, *Matką jest tylko kobieta, która urodzi*, „Dziennik”, 2.8.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/92514.matka-jest-tylko-kobieta-ktora-rodzi.html>>.

¹¹ K. Klinger, *To surogatka jest matką*, „Dziennik”, 8.6.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/151673.to-surogatka-jest-matka.html>>.

¹² *Surogatka urodziła za 30 tys. zł – przegrała walkę o syna*, „Gazeta Wyborcza”, 7.7.2010, <<http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Surogatka-urodzila-za-30-tys-zl-przegrala-walke-o-syna,wid,12451418,wiadomosc.html>>.

¹³ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, „Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

in vitro jest dopuszczalna tylko po spełnieniu przesłanek ustawowych (art. 1 ust. 1), gdy nie istnieją inne metody leczenia bezpłodności (art. 1 ust. 2), a bezpłodność ta została potwierdzona i udokumentowana przez lekarza (art. 4).

Art. 4 ustawy zawiera ponadto zasady ogólne, którymi kierować się należy przy zastosowaniu technik wspomaganej prokreacji: a) należy wybrać metodę, która będzie jak najmniej inwazyjna z punktu widzenia technicznego i psychologicznego, b) należy uzyskać zgodę pacjenta zgodnie z art. 6, po przekazaniu mu wszelkich informacji na temat metody.

Punktem zapalnym we włoskiej ustawie bioetycznej, wywołującym najwięcej dyskusji, okazał się art. 4 ust. 3 zawierający absolutny zakaz wspomaganej prokreacji typu heterologicznego. W tym miejscu należy wskazać, iż włoski ustawodawca rozróżnia zapłodnienie in vitro typu homologicznego oraz heterologicznego. W przypadku sztucznego zapłodnienia typu homologicznego materiał genetyczny wykorzystywany do zapłodnienia musi pochodzić od obojga partnerów, podczas gdy w przypadku zapłodnienia heterologicznego materiał genetyczny pochodzi od osób trzecich – może to być np. sperma. z banku nasienia, komórka jajowa lub cały embrion¹⁴.

Już w 2005 r., zaraz po wprowadzeniu ustawy, miały miejsca 4 referenda celem jej uchylecia, jednakże nie uzyskały one niezbędnego kworum. Referenda skupiały się wokół rozszerzenia dopuszczalności wspomaganej prokreacji nie tylko na pary bezpłodne i nie tylko w sytuacji, gdy inne metody leczenia nie istnieją¹⁵. Zgodnie z art. 5 ustawy z zapłodnienia in vitro mogą skorzystać następujące podmioty: pełnoletnie pary heteroseksualne, będące w wieku teoretycznie umożliwiającym zapłodnienie, małżeńskie lub też pozamałżeńskie. Dodatkowo ustawodawca wskazuje, iż oboje partnerów musi pozostawać przy życiu w momencie przeprowadzania zabiegu, co ma wykluczyć wykorzystanie materiału genetycznego od osoby zmarłej.

Art. 6 z kolei dotyczy wyrażenia zgody przez parę decydującą się na zabieg. Zgoda taka musi być przedstawiona na piśmie. Partnerzy przed jej wyrażeniem muszą zostać poinformowani o możliwości dokonania adopcji jako alternatywy dla zapłodnienia in vitro, problemach bioetycznych, możliwych skutkach ubocznych zarówno zdrowotnych, jak i psychologicznych wspomaganej prokreacji, prawdopodobieństwie sukcesu zabiegu, ryzyku z nim związanym, a także konsekwencjach prawnych dla kobiety, mężczyzny i mającego się w ten sposób narodzić dziecka. Oprócz wyżej wymienionych zagadnień obowiązek poinformowania partnerów dotyczy także inwazyjności wybranej metody wspomaganej prokreacji dla kobiety i mężczyzny tak, aby umożliwić obojgu wyrażenie w pełni świadomej zgody na zabieg. Ust. 2 tego

¹⁴ Por. szerzej E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano 2008, s. 124-136 – autor analizuje zakaz wynikający z art. 4 ust. 3 ustawy oraz jego konsekwencje na gruncie prawa karnego.

¹⁵ Więcej na temat referendum: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=9485>>.

samego artykułu wspomina ponadto, iż w przypadku, gdy zabieg przeprowadzają kliniki prywatne, osoby decydujące się na zapłodnienie *in vitro* powinny zostać poinformowane o całkowitych kosztach zabiegu. Jeśli para spełnia wymogi prawne i wyrazi świadomą zgodę, odmowa przeprowadzenia zabiegu przez lekarza może być uzasadniona tylko względami medycznym i musi być dostarczona w formie pisemnej decyzji (art. 6 ust. 4).

Status dziecka urodzonego za pomocą zapłodnienia *in vitro* jest uregulowany w art. 8 i 9. Art. 8 ustawy stanowi, iż dziecko takie posiada status dziecka małżeńskiego lub też uznanego przez rodziców. Istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów dziecka ma również art. 9, który zakazuje zaprzeczenia ojcostwa lub stwierdzenia bezskuteczności uznania ojcostwa dziecka urodzonego wskutek zapłodnienia heterologicznego (jeśli do zapłodnienia takiego dojdzie mimo zakazu wyrażonego w art. 4 ust. 3 niniejszej ustawy). Zgodnie z art. 9 ust. 2 również matka dziecka ma obowiązek jego uznania – jest to instytucja szczególna i właściwa dla prawa włoskiego, gdyż we włoskim systemie prawnym kobieta, która urodzi dziecko, ma możliwość nie być wskazana w dokumentacji jako jego matka. Możliwość nieuznania dziecka została wprowadzona w art. 30 ust. 1 dekretu prezydenta Republiki z 3 listopada 2000 r., nr 396¹⁶ dotyczącego stanu cywilnego, który stanowi, iż do sporządzenia aktu urodzenia dziecka niezbędne jest oświadczenie o urodzeniu dziecka złożone przez jednego z rodziców, lekarza, położną lub inną osobę asystującą przy porodzie, w terminie 10 dni (dla oświadczenia składanego w placówce medycznej lub opiekuńczej, gdzie dziecko przyszło na świat w ust. 4 przewidziany jest krótszy 3-dniowy termin), jednakże z poszanowaniem woli matki, by nie być w oświadczeniu wskazana. Prawo to przysługuje również kobiecie zamężnej, co rodzi jednocześnie skutki dla ustalenia ojcostwa dziecka, gdyż wskutek niewskazania matki nie będą mogły mieć zastosowania domniemania ojcostwa męża matki przewidziane we włoskim Kodeksie cywilnym. Akt urodzenia dziecka zawiera wówczas informację, iż dziecko zostało urodzone przez kobietę, która nie chce zostać wskazana w akcie urodzenia, a urzędnik stanu cywilnego nada dziecku imię i nazwisko zgodnie z art. 29 ust. 5 dekretu.

Art. 9 ust. 3 dotyczy z kolei zapłodnienia *in vitro* typu heterologicznego, jeśli miało ono miejsce z naruszeniem zakazu przewidzianego w art. 4 ust. 3. W takim przypadku włoski ustawodawca w sposób jednoznaczny normuje status prawny dawcy materiału genetycznego stanowiąc, iż z dzieckiem nie łączą go żadne relacje rodzicielskie w rozumieniu prawa, nie ma też w stosunku do niego żadnych praw ani obowiązków.

W kolejnym rozdziale ustawy, obejmującym art. 10 i 11, uregulowane zostały wymagania dotyczące placówek przeprowadzających zabiegi zapłodnienia ustrojowego, ze wskazaniem, że mogą to być placówki zarówno

¹⁶ G.U. n. 303 del 30 dicembre 2000.

o charakterze publicznym, jak i prywatnym, jednakże muszą być zarejestrowane w odpowiednim rejestrze, o którym mowa w art. 11. Wpis do rejestru jest obowiązkowy.

W art. 12 przewidziane są sankcje związane z naruszeniem postanowień ustawy. I tak art. 12 ust. 1 przewiduje karę w wysokości od 300 000 do 600 000 euro za złamanie zakazu wynikającego z art. 4 ust. 3 (zakaz zapłodnienia *in vitro* typu heterologicznego) – odpowiedzialność ciąży w tym przypadku na każdym, kto „używa w celu prokreacji gamet pochodzących od osób innych niż para (poddająca się zabiegowi)” Art. 12 ust. 2 stanowi, iż naruszenie wymogów przewidzianych w art. 5 (tj. dotyczących osób uprawnionych do skorzystania z zapłodnienia *in vitro*, jeśli którykolwiek z partnerów nie żyje, jest niepełnoletni, partnerzy są tej samej płci lub nie pozostają ze sobą w związku formalnym lub nieformalnym) również jest zagrożone karą w wysokości od 200 000 do 400 000 euro – w tym przypadku odpowiedzialności podlega każdy, kto „stosuje techniki wspomaganej prokreacji” na tych osobach. W obu powyższych przypadkach zastosowanie ma art. 12 ust. 8, który zwalnia od odpowiedzialności mężczyznę i kobietę, na których dokonuje się takiego zabiegu.

Kolejne ustępy art. 12 przewidują kary pieniężne za przeprowadzenie zabiegu bez zgody udzielonej zgodnie z wymogami zawartymi w art. 6 lub jego przeprowadzenie w placówkach innych niż wymienione w art. 10. Surowsze kary, obejmujące już nie tylko grzywnę, ale też karę pozbawienia wolności przewidziane są dla osób, które „w jakiegokolwiek formie realizują, organizują lub upowszechniają handel gametami, embrionami lub macierzyństwo zastępcze” – takie działania zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 2 lat oraz grzywną w wysokości od 600 000 do 1 miliona euro (art. 12 ust. 6).

Ostatni z zakazów przewidzianych w art. 12 ust. 7 dotyczy zakazu klonowania istot ludzkich. Na mocy tego artykułu karze pozbawienia wolności od 10 do 20 lat oraz grzywnie w wysokości od 600 000 do 1 miliona euro podlega każdy, kto „dokonuje działań celem stworzenia istoty ludzkiej pochodzącej z tylko jednej komórki, ewentualnie o materiale genetycznie identycznym z inną osobą żyjącą lub martwą”. Za podjęcie tego rodzaju czynności przewidziana jest dodatkowa kara dla lekarzy, którą jest dożywotni zakaz wykonywania zawodu.

Kolejny rozdział ustawy, obejmujący art. 13 i 14, dotyczy z kolei ochrony embrionu ludzkiego i zawiera m.in. zakaz jakiegokolwiek eksperymentów na embrionach ludzkich (art. 13 ust. 1). Badania kliniczne dopuszczalne są na mocy ust. 2 jedynie w celach terapeutycznych i diagnostycznych i muszą być związane ze zdrowiem i rozwojem samego embrionu oraz pod warunkiem, że nie istnieją metody alternatywne. Na mocy ust. 3 zakazane jest tworzenie embrionów do celów badań lub eksperymentów lub jakiegokolwiek innych celów innych niż te przewidziane niniejszą ustawą. Ponadto zakazane są

wszelkie formy selekcji o charakterze eugenicznym, manipulacje genetyczne w embrionie lub interwencje mające na celu z góry określenie jego cech genetycznych, mieszanie ludzkiego materiału genetycznego z innymi gatunkami, tworzenie hybryd lub chimer, a także klonowanie zarówno w celach reprodukcyjnych, jak i badawczych.

Na mocy art. 14 co do zasady zakazane jest mrożenie embrionów (z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w odrębnej ustawie). Ponadto zgodnie z ust. 2 tego artykułu zakazane jest tworzenie liczby embrionów większej niż ściśle niezbędna do pojedynczego i jednoczesnego wszczepienia, nie więcej jednak niż 3. Ich zamrożenie jest możliwe celem późniejszego wszczepienia, jeśli w danym momencie ze względu na ciężką i udokumentowaną kondycję zdrowotną kobiety ich przeniesienie do macicy byłoby niemożliwe (art. 14 ust. 3).

Ostatni rozdział ustawy zawiera istotny z punktu widzenia personelu medycznego art. 16, który przewiduje możliwość wyrażenia sprzeciwu sumienia. Zapłodnienie *in vitro* jest bowiem jednym z zagadnień bioetycznych, które mogą wywoływać wśród osób przeprowadzających takie zabiegi dylematy o charakterze etycznym, stąd też włoski ustawodawca przewidział, iż personel medyczny po uprzednim wyrażeniu sprzeciwu sumienia będzie zwolniony z uczestniczenia w procedurze wspomaganey prokreacji. Oznacza to jednak zwolnienie od wykonywania czynności bezpośrednio związanych z zabiegiem, specyficznych i niezbędnych do jego przeprowadzenia – nie zwalnia jednak z obowiązku świadczenia opieki medycznej przed i po takim zabiegu.

Sprzeciw sumienia dla swej ważności musi być jednak wyrażony w formie deklaracji w terminie 3 miesięcy od wejścia w życie niniejszej ustawy do dyrektora odpowiedniej placówki medycznej. Jeśli zostanie on złożony po przekroczeniu tego terminu, deklaracja ta wywrze skutki dopiero po upływie miesiąca od jej złożenia.

Orzecznictwo sądowe oraz spory wokół włoskiej ustawy bioetycznej

Włoska ustawa bioetyczna bywa w mediach określana „najbrzydszą ustawą świata”¹⁷. Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Costa i Pavan przeciwko Włochom* orzeczeniem z dnia 28 sierpnia 2012 r.¹⁸ uznał naruszenie art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) przez ustawę nr 40 w zakresie,

¹⁷<http://www.wired.it/lifestyle/salute/2014/02/19/legge-40-dieci-anni-di-critiche-e-sofferenza>.

¹⁸http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?previousPage=mg_1_20&contentId=SDU768178.

w jakim płodna jednakże obciążona chorobą genetyczną (zwłóknienie torbielowate) para nie może skorzystać z badań genetycznych embrionu. Jednocześnie Trybunał uznał włoskie ustawodawstwo za niespójne, gdyż inna ustawa przewiduje możliwość poddania się aborcji, jeśli u dziecka wykryje się chorobę genetyczną, którą obciążeni byli powodowie (co też miało miejsce w przypadku pierwszego dziecka tej pary).

Kontrowersje urosły również wokół zakazu wyrażonego w art. 4 ust. 3 ustawy, tj. zakazu zapłodnienia *in vitro* typu heterologicznego. Na kwestię niezgodności z konstytucją zakazu wynikającego z art. 4 ust. 3 ustawy zwrócił uwagę sąd w Mediolanie w wyroku z dnia 29 marca 2012 r., który podniósł, iż jest on sprzeczny z konstytucyjnym prawem do poszanowania życia prywatnego, zasadą równości a także prawem do zdrowia. Stosowanie zakazu zapłodnienia heterologicznego, zdaniem sądu, prowadzi do tzw. turystyki *in vitro*, gdyż pary, w której tylko jedna osoba jest bezpłodna zmuszone są do korzystania z wyjazdów zagranicznych celem przeprowadzenia zapłodnienia *in vitro* przy użyciu gamet pochodzących od osób trzecich¹⁹.

Włoski Trybunał Konstytucyjny wyrokiem nr 162/2014²⁰ uznał, iż ustawa nr 40 jest sprzeczna z konstytucją w zakresie, w jakim zakazuje dostępu do zapłodnienia *in vitro* typu heterologicznego (art. 4 ust. 3). Decyzję swą motywuje tym, iż zakaz zapłodnienia typu heterologicznego jest sprzeczny z celem ustawy wyrażonym w jej art. 1 ust. 1, tj. rozwiązywaniem problemów reprodukcyjnych związanych z niepłodnością. Jest on ponadto nieracjonalny, zdaniem sądu, ma wpływ na prawo do zdrowia, gdyż niemożność skorzystania z tego rodzaju formy zapłodnienia może rodzić negatywne konsekwencje dla zdrowia psychicznego partnerów i stanowi tym samym pokrzywdzenie praw osób obciążonych ciężkimi patologiami, które z racji swej płodności zmuszone były do korzystania z naturalnych metod poczęcia, ryzykując, iż dziecko będzie obciążone chorobą²¹.

Po ukazaniu się niniejszego wyroku we Włoszech przeprowadzono pierwsze zabiegi tego rodzaju²². Trwa tam jednak burzliwa dyskusja na temat tego, czy w związku z wyrokiem sądu placówki medyczne mogą obecnie przeprowadzać tego rodzaju zabiegi, czy też niezbędna jest zmiana ustawy. Włoska minister zdrowia podnosi, iż istnieje w tym momencie luka w prawie, którą należy uzupełnić²³, podczas gdy przewodniczący włoskiego

¹⁹ Por. Tribunale di Milano 29 marzo 2012.

²⁰ Tekst orzeczenia dostępny na G.U. 18.6.2014, <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>>.

²¹ Por. F. Perrini, La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale e i principali orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, „Ordine internazionale e diritti umani” 2014, nr 3, s. 603–605, <http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/paragrafo_3.pdf>.

²² <<http://www.quotidiano.net/fecondazione-eterologa-prima-gravidanza-1.66602>>.

²³ <<http://www.lastampa.it/2014/08/08/italia/politica/fecondazione-eterologa-dietrofront-sul-decreto-slitta-la-norma-del-governo-decida-il-parlamento-nTBffmec3FyM2htK9pljI/pagina.html>>.

Trybunału Konstytucyjnego wyraził opinię przeciwną deklarując, iż zabiegi takie można przeprowadzać pod warunkiem, że spełnione zostaną wszelkie wymogi przewidziane ustawą dla wspomaganej prokreacji w ogóle. Należy jednak zgodzić się ze zdaniem innego prawnika, przewodniczącego włoskiego komitetu bioetycznego, który podkreśla, że ustawa nr 40 została stworzona w duchu zakazu zapłodnienia heterologicznego, trudno więc sobie wyobrazić jej „odpowiednie” stosowanie do przeprowadzania właśnie tego typu zabiegów²⁴. Punktem spornym jest też kwestia samego materiału genetycznego, który miałby zostać wykorzystany do przeprowadzenia zabiegu – spór dotyczy „podobieństwa” mającego się narodzić dziecka do jego społecznych rodziców. Regulacji prawnej wymagają takie kwestie, jak prawo wyboru koloru skóry, oczu, włosów, grupy krwi²⁵. Kwestią problematyczną pozostaje także możliwość uzyskania komórek jajowych od osób trzecich, niezbędnych do przeprowadzenia zabiegu. Problem dotyczy szczególnie dawczyń komórek jajowych, gdyż w świetle włoskiego prawa możliwości takie są mocno ograniczone, a zapotrzebowanie w związku z wyrokiem Trybunału wzrasta²⁶.

Wspomagana prokreacja a obowiązek alimentacyjny

Postęp biomedyczny doprowadził do konieczności weryfikacji podstawowych pojęć, które nie budziły dotąd wątpliwości – ojca i matki dziecka. Ustalenie tych definicji ma znaczenie nie tylko dla rozwoju psychicznego mającego się urodzić dziecka, ale także zabezpieczenia jego praw i interesów, w tym między innymi przez określenie kręgu osób zobowiązanych do jego alimentacji. Zgodnie z art. 133 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do alimentacji dziecka zobowiązani są rodzice dziecka, zatem istotne znaczenie ma precyzyjne określenie zakresu tych pojęć.

Już w latach 90. podkreślano w doktrynie prawniczej, iż konieczne jest unormowanie kwestii bioetycznych tak, by uregulować sytuację rodziny w sposób najodpowiedniejszy przy zmieniającej się technologicznie rzeczywistości²⁷. Potwierdzenie tej tezy znajdujemy w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy zmieniającej Kodeks rodzinny i opiekuńczy: „dostępność (choćby prawnie nienormowana) technik wspomaganej medycznie prokreacji

²⁴ <http://www.ansa.it/salutebenessere/notizie/rubriche/salute/2014/08/10/eterologa-per-consulta-si-puo-fare-ma-no-da-ministero_375b3630-ba2f-43be-b7d1-46dc3d883941.html>.

²⁵ <<http://www.nanopress.it/politica/2014/08/09/fecondazione-eterologa-in-italia-2014-dove-da-quando-e-costi/5979/>>.

²⁶ <<http://www.lastampa.it/2014/06/12/italia/cronache/fecondazione-litalia-non-pronta-h2UE8PoHiWQgT0da16WWBP/pagina.html>>.

²⁷ Dla porównania propozycje zawarte w publikacji J. Sandorskiego, *Autorski projekt konwencji o prawach rodziny*, [w:] *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, red. T. Smoczyński, Poznań 1990, s. 115 i n. Podnosił on, iż ochrona rodziny w prawie krajowym i międzynarodowym jest niewystarczająca i już w 1990 r. podkreślał zagrożenia związane z postępowaniem biomedycznym oraz konieczność zmian w prawie.

ludzkiej podważa uniwersalność twierdzenia ujmowanego tradycyjnie w formułę *paremii mater semper certa est*²⁸. Pojęcie matki może bowiem oznaczać w przypadku wspomaganej prokreacji zarówno matkę biologiczną (kobietę, która urodzi dziecko), jak i matkę genetyczną (kobietę będącą dawczynią materiału genetycznego)²⁹. Warto przy tym podkreślić, iż dopiero pojawienie się tej metody zapłodnienia doprowadziło do rozróżnienia tych pojęć – wcześniej pojęcia te pokrywały się ze sobą i nie budziły wątpliwości³⁰. Należy się przy tym zgodzić z opinią P. Krajewskiego, który analizując koncepcje rodzicielstwa zauważa, iż problematyczne staje się stwierdzenie, czy kobietę, która rodzi dziecko genetycznie od niej nie pochodzące, można w istocie nazwać matką?³¹

W świetle powyższych wątpliwości za istotne osiągnięcie należy uznać wprowadzenie definicji matki do polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, co, zdaniem E. Rudnickiej-Danielskiej, „eliminuje ryzyko komplikacji orzecznich w zakresie ustalenia stanu cywilnego dziecka w sytuacji tzw. matki zastępczej”³². Przyjęte zostało znane z prawa rzymskiego rozwiązanie kwestii macierzyństwa zgodne z *paremią mater semper certa est; pater est, quem nuptiae demonstrant*. Zgodnie z wprowadzonym do ustawy art. 61⁹ „Matką dziecka jest kobieta, która je urodziła”. Zasada ta ma stanowić jednocześnie odpowiedź na pytanie, czy na gruncie polskiego prawa matka jest tylko jedna i udziela na to pytanie, odpowiedzi twierdzącej – matką będzie zawsze kobieta, która urodziła dziecko, niezależnie czy pochodziło ono faktycznie z jej materiału genetycznego³³.

Zmiany wprowadzone ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. weszły w życie 13 czerwca 2009 r. i w związku z koniecznością zdefiniowania macierzyństwa pojawiła się w polskim prawie rodzinnym nowa instytucja zaprzeczenia macierzyństwa, gdyż – jak zostało podniesione w uzasadnieniu do projektu ustawy zmieniającej „w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz

²⁸ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 12 sierpnia 2008 r., druk nr 888, s. 3.

²⁹ Zob. Uzasadnienie do projektu..., *op. cit.*, s. 3.

³⁰ Zob. E. Holewińska-Łapińska, Draft Amendments to the Family and Guardianship Code of Poland Concerning the Parentage of a Child, with Special Consideration of the Establishment of Paternity by Voluntary Acknowledgement, w: *Selected Problems in the Area of Family Law and Civil Status Registration*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2007, s. 47-48.

³¹ Zob. P. Krajewski, *Syndrom Geppetto. Ewolucja pojmowania rodzicielstwa w społeczeństwach ekonomicznie zaawansowanych*, „Pedagogia Christiana” 2007, nr 1(19), s. 206–207.

³² E. Rudnicka-Danielska, *Opinia z dnia 21 marca 2007 r. dotycząca rządowego projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 1166, s. 1.

³³ Kwestia ta była przez autorkę analizowana w artykule K. Naumowicz, *The legal situation of the child in the context of surrogacy*, w: *The Milestones of Law in the Area of the Europe 2011*, red. E. Dufalova et al., Bratislava 2011, s. 625-629.

w Prawie o aktach stanu cywilnego (P.a.s.c.) – nie ma wyraźnej odpowiedzi na pytanie, kto jest matką dziecka”³⁴. Art. 61¹², który w § 1 stanowi:

§ 1. Jeżeli w akcie urodzenia jest wpisana jako matka kobieta, która dziecka nie urodziła, można żądać zaprzeczenia macierzyństwa.

Oznacza to w praktyce, iż żądanie zaprzeczenia macierzyństwa przez genetyczną matkę przeciwko matce biologicznej (a więc surogatce, która to dziecko urodziła i w rozumieniu art. 61⁹ jest jego matką prawną) będzie niemożliwe. W odniesieniu do omówionej powyżej sprawy Beaty Grzybowskiej, należy przy tym zwrócić uwagę, iż omawiana nowelizacja weszła w życie dokładnie w okresie, jaki upłynął od porodu do wytoczenia przez surogatkę powództwa i jednocześnie uzupełniła istniejącą dotychczas lukę w prawie w kwestii zdefiniowania macierzyństwa. Nie wolno jednak zapominać, iż choć matką dziecka będzie w świetle obowiązującego prawa surogatka, to jednak jego ojcem jest dawca materiału genetycznego, a w tym przypadku mężczyzna, który podpisał z nią umowę o macierzyństwo zastępcze i – jak już było wyżej wskazane – to między tymi podmiotami może toczyć się walka o sprawowanie opieki nad dzieckiem, ograniczenie czy też pozbawienie drugiej strony władzy rodzicielskiej³⁵.

Istotna regulacja, dotycząca zakazu zaprzeczenia ojcostwa dziecka poczętego wskutek zastosowania zabiegu zapłodnienia *in vitro*, znajduje się w art. 68 polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego:

Zaprzeczenie ojcostwa nie jest dopuszczalne, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż matki wyraził zgodę.

W przypadku zapłodnienia typu heterologicznego przy użyciu nasienia pochodzącego od osoby trzeciej, matka dziecka nie może żądać zaprzeczenia ojcostwa w oparciu np. o badania genetyczne, które dowodziłyby, iż osoba ta nie jest ojcem dziecka. Konieczność wprowadzenia tej zmiany w Kodeksie uzasadniono następująco: „Proponowany przepis uwzględnia przyjętą w orzecznictwie SN i aprobowaną w doktrynie zasadę niedopuszczalności zaprzeczenia ojcostwa, jeżeli mąż matki dziecka wyraził zgodę na zapłodnienie żony z zastosowaniem metod medycznie wspomaganey prokreacji. Wobec wyraźnego ustawowego postanowienia, zbędne stałoby się dokonywanie oceny żądania zaprzeczenia ojcostwa w omawianym przypadku na podstawie art. 5 k.c.”³⁶.

Samo jednak brzmienie przepisu pozostawia wiele pytań i budzi wątpliwości co do użytych przez ustawodawcę pojęć, jak choćby pojęcie zabiegu medycznego, które to pojęcie może obejmować różne formy wspomaganey

³⁴ Uzasadnienie do projektu..., s. 19.

³⁵ Por. K. Naumowicz, *The legal situation...*, op. cit., s. 627. Na problem ten zwrócił uwagę sędzia R. Zegadło w wywiadzie z K. Klinger, *To surogatka jest matką*, „Dziennik”, 8.6.2009, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/151673,to-surogatka-jest-matka.html>>.

³⁶ Uzasadnienie do projektu..., s. 24.

prokreacji (w tym nawet usługę macierzyństwa zastępczego). Kodeks nie reguluje również tego, w jakiej formie ma być wyrażona przez męża zgoda na zabieg medyczny, o którym mowa w art. 68³⁷.

Wiele kwestii nadal pozostaje w polskim prawie nieuregulowanych. Dotyczy to przede wszystkim odpowiedzialności oraz praw osób będących dawcami materiału genetycznego wykorzystywanego przy zapłodnieniu in vitro typu heterologicznego. 28 sierpnia 2009 r. wpłynął do Sejmu poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, który przewidywał m.in., iż „Ustalenie macierzyństwa nie jest dopuszczalne wobec dawcy komórki rozrodczej innego niż matka w przypadku rozrodu wspomaganego medycznie”³⁸. Zawierał również propozycję regulacji mającej na celu ochronę dawcy nasienia przed ewentualnymi roszczeniami alimentacyjnymi:

„Art. 68

§ 1. Zgoda na zastosowanie metody rozrodu wspomaganego medycznie wyklucza możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa, jeżeli dawcą komórki rozrodczej nie jest ojciec.

§ 2. Ustalenie ojcostwa nie jest dopuszczalne wobec dawcy komórki rozrodczej innego niż ojciec w przypadku rozrodu wspomaganego medycznie.”

oraz dodanie § 2 do art. 128 zawierającego definicję obowiązku alimentacyjnego:

„§ 2. Nie istnieje obowiązek alimentacyjny między dzieckiem narodzonym wskutek rozrodu wspomaganego medycznie a dawcami komórek rozrodczych innymi niż matka lub ojciec ani ich zstępnymi lub wstępnymi.”

W obecnym stanie prawnym kwestia odpowiedzialności alimentacyjnej dawców nasienia pozostaje otwarta. Problem ten jest o tyle dyskusyjny, iż dochodzi do konfliktu interesów pomiędzy koniecznością ochrony danych dawców komórek rozrodczych i gwarancją ich anonimowości a prawem dziecka do pozostania swej biologicznej tożsamości. Art. 5 Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z 1975 r.³⁹ stanowi:

W postępowaniu o ustalenie pochodzenia dziecka od ojca należy dopuścić dowody naukowe, które mogą pomóc w ustaleniu lub wykluczeniu ojcostwa.

Jest on wyrazem ogólnej zasady konwencji, która przyznaje dziecku prawo do informacji o swym biologicznym pochodzeniu. Wspomniany wyżej projekt przewidywał rozwiązanie pośrednie, przyznając prawo do przekazania informacji o dawcy w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia dziecka,

³⁷ Por. L. Bosek, *Opinia na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 888, s. 8-10.

³⁸ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 28 sierpnia 2009 r., druk nr 3469, s. 3.

³⁹ Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z dnia 15 października 1975 r. – Dz.U. 1999 Nr 79, poz. 888.

jednakże nie mogłyby one umożliwić identyfikacji dawcy⁴⁰. Należy bowiem mieć na uwadze, iż obecne ustawodawstwo polskie nie wyklucza możliwości wniesienia powództwa alimentacyjnego przeciwko dawcy nasienia⁴¹.

Wnioski

Analizując polskie i włoskie ustawodawstwo dotyczące wspomaganej prokreacji należy przede wszystkim położyć nacisk na brak w polskim systemie prawnym odpowiednich uregulowań, co na przykładzie sprawy Beaty Grzybowskiej wyraźnie pokazuje, jak daleko idące konsekwencje ma brak odpowiedniego ustawodawstwa dla życia rodzinnego oraz poszanowania zasady dobra dziecka i ochrony jego interesów. Ustawa bioetyczna, jeśli ma zostać przyjęta, musi odpowiadać na szereg pytań dotyczących nie tylko samej procedury przeprowadzania zapłodnienia *in vitro* czy też podmiotów uprawnionych do korzystania z niej, ale musi przede wszystkim wybiegać nieco dalej w przyszłość, a więc w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości dotyczyć sedna funkcjonowania rodziny – pojęć ojca i matki, ich praw i obowiązków. Musi przy tym przede wszystkim brać pod uwagę dobro mającego się urodzić dziecka.

W przypadku włoskiej ustawy bioetycznej na pierwszy plan wysuwają się dwie podstawowe kwestie – po pierwsze, widać wyraźny podział na zapłodnienie typu homologicznego i heterologicznego, przy czym – jak zostało ukazane na przykładzie najnowszego orzecznictwa – zakaz przeprowadzania tego drugiego rodzaju zabiegów traci obecnie na znaczeniu. Włoski ustawodawca wprowadzając takie rozróżnienie wychodził naprzeciw problemom związanym z podziałem na rodzicielstwo genetyczne i biologiczne. Mimo braku definicji macierzyństwa we włoskim prawie rodzinnym, analizując przepisy ustawy bioetycznej należy przyjąć, iż włoskie prawo uznaje wyłącznie rodzicielstwo biologiczne, które jako jedyne powoduje nałożenie na rodzica praw i obowiązków związanych z urodzeniem dziecka. A zatem podobnie jak w polskim prawie, matką dziecka będzie każdorazowo kobieta, która je urodziła – również w przypadku skorzystania z macierzyństwa zastępczego.

Drugi nasuwający się wniosek dotyczy jasno określonego kręgu osób, które mogą zostać dopuszczone do skorzystania z metod wspomaganej prokreacji – w świetle włoskiej ustawy bioetycznej są to wyłącznie pary (małżeńskie bądź pozamałżeńskie), heteroseksualne (wykluczone jest przeprowadzanie zabiegu w przypadku par tej samej płci), pełnoletnie (z zastrze-

⁴⁰ Poselski projekt..., s. 46.

⁴¹ Podobna sytuacja miała miejsce w Niemczech – sąd niemiecki przyznał prawo do poznania danych o dawcy dziecku urodzonemu metodą *in vitro*. Zob. *Anonimowi dawcy spermy mogą zostać zmuszeni do płacenia alimentów*, „Gazeta Wyborcza”, 16.2.2013, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114883,13411864,Anonimowi_dawcy_spermy_moga_zostac_zmuszeni_do_placenia.html>].

żeniem, że są w wieku teoretycznie umożliwiającym zapłodnienie), pozostające przy życiu (zakaz przeprowadzenia zabiegu z wykorzystaniem materiału genetycznego pochodzącego od osoby zmarłej). Ostatnie kryterium związane jest zarówno z potrzebą ochrony dobra dziecka, które w przeciwnym wypadku zostałoby pozbawione jednego z rodziców, jak i z ogólnym zakazem (z wyjątkami przewidzianymi w ustawie) zamrażania embrionów. Przejawem ochrony interesu dziecka jest również wprowadzony przez włoskiego ustawodawcę obowiązek uznania dziecka przez matkę oraz zakaz zaprzeczenia ojcostwa w przypadku dziecka urodzonego wskutek zapłodnienia typu heterologicznego.

Należy jednak zaznaczyć, iż nieścisle i trudne do określenia pozostaje we włoskiej ustawie pojęcie bezpłodności, która stanowi warunek *sine qua non* dopuszczalności zabiegu. Szczególne kontrowersje budzą takie przypadki, jak sprawa *Costa i Pavan przeciwko Włochom*, gdy co prawda oboje lub jeden z partnerów nie są bezpłodni, jednakże są nosicielami chorób genetycznych, które mogłyby zostać przekazane potomstwu.

Podczas trwającej w Polsce debaty na temat *in vitro* niejako na marginesie pojawiła się kwestia dopuszczalności wspomaganego prokreacji wobec związków pozamałżeńskich – pojawiają się wręcz głosy, które przeciwstawiają zasadę dobra dziecka domniemanemu prawu każdej pary do posiadania potomstwa⁴². Należy przy tym jeszcze dodatkowo wziąć pod uwagę podział na związki partnerskie homoseksualne i heteroseksualne, jak to czyni włoski ustawodawca.

IN VITRO FERTILIZATION ILLUSTRATED BY ITALIAN LEGAL SOLUTIONS IN THE CONTEXT OF THE DISCUSSION ABOUT THE POLISH BIOETHICAL LAW

Key words: In vitro fertilization, bioethics, alimony, human rights, comparative law

Summary

The aim of this paper is to draw attention to the lack of regulations of *in vitro* fertilization in Polish law and its consequences. As an example of the regulation, which regulates *in vitro* fertilization in a complete manner, the author of this publication discusses Italian bioethical law with the current sentences of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The author also emphasises the impact of the use of the assisted procreation and the lack of its legal regulation for the obligation to pay maintenance to the child.

⁴² Szerzej J. Haberko, *Dopuszczalność stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu w przypadku związków partnerskich – de lege lata i de lege ferenda*, w: *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejowski, Toruń 2013, s. 157-169.

Krystyna Ziółkowska, Klaudia Stelmaszuk

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Wybrane instytucje prawa pracy służące polityce prorodzinnej

Słowa kluczowe: prawo pracy, rodzina, urlop rodzicielski, demografia, polityka prorodzinna

Wstęp

W ostatnich latach wzrosło zainteresowanie polityką prorodziną ze względu na niepokojące dane dotyczące dzietności w Europie. Analitycy naukowcy podkreślają, że społeczeństwo polskie starzeje się w szybkim tempie, obywatele żyją coraz dłużej, tym samym wiek pobierania rent oraz emerytur również się wydłuża. Niestety, rodzi się coraz mniej dzieci, które miałyby zastępować pokolenie odchodzące na emeryturę. Niewątpliwie przyczyną takiej sytuacji jest niestabilny rynek pracy, a tym samym brak bezpieczeństwa w zatrudnieniu, a także wzrost bezrobocia dotyczący w szczególności młode osoby. Coraz częściej rodzina jest przedmiotem zainteresowania różnych gałęzi prawa. W polskim prawie rodzinnym doktryna wskazuje, że rodzina jest przede wszystkim zjawiskiem socjologicznym. Rozróżnia się tzw. wielką rodzinę i małą rodzinę. Wielka rodzina to ród, czyli szeroki związek osobowy, oparty na bliższym i dalszym pokrewieństwie. Mała rodzina to małżonkowie i dzieci. Według prawa polskiego rodzina nie ma osobowości prawnej. Podmiotami stosunków prawnych są jej członkowie, a nie rodzina jako taka¹.

Europejska Karta Społeczna z 1961 r. pełni szczególną rolę m.in. w ochronie rodziny i jej członków oraz wypełnia cele polityki społecznej, chroniąc prawa społeczne i ekonomiczne jednostki. Przykładowo art. 17 określa „Prawo matek i dzieci do ochrony społecznej i ekonomicznej”, które brzmi: „W celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa matek i dzieci do ochrony społecznej i ekonomicznej, Umawiające się Strony zobowiązują się podejmować wszelkie konieczne i odpowiednie środki w tym celu, włączając w to ustanowienie lub utrzymywanie odpowiednich instytucji lub służb.” Odnosząc się do ochrony matek przed i po porodzie, Komitet czuje się zobowiązany

¹ C. Mik, *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym*, [w:] T. Jasudowicz (red.) *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej, Toruń, 22–23.X. 1998 r.*, Toruń 1999, s. 136.

do stwierdzenia, że fundamentalna w tej dziedzinie zasada wymaga, by matki znajdowały się – przed i po porodzie – w sytuacji bezpieczeństwa medycznego i finansowego². Zaś sformułowanie art. 8 par. 1 w oczywisty sposób nakłada zobowiązanie do „zapewnienia kobietom – czy to przez płatny urlop, czy też poprzez adekwatne korzyści z systemu zabezpieczenia społecznego bądź poprzez korzyści z funduszy publicznych – korzystania z przynajmniej 12-tygodniowego w całości urlopu przed i po urodzeniu dziecka.” Celem tego postanowienia – gdy postrzega się je w powiązaniu z pkt. 8 części I Karty – jest umożliwienie kobietom pracującym pogodzenia wymagań macierzyństwa z wymogami życia pracowniczego³.

Zatem instytucje zajmujące się polityką rodzinną w kraju powinny mieć na uwadze wspomniane zagrożenia. Zauważa się zainteresowanie nauk społecznych czy prawnych rodziną oraz jej funkcją i rolą, jaką ma pełnić w państwie, tym bardziej że liczba osób pracujących do roku 2060 zmniejszy się o 5,4 miliona, zaś liczba emerytów wzrośnie w tym czasie o 2 miliony⁴. Jeśli weźmiemy pod uwagę wskaźnik dzietności w Europie, Polska zajmuje jedno z ostatnich miejsc. Wyprzedzamy jedynie Węgry i Rumunię, gdzie sytuacja pod względem dzietności przedstawia się najgorzej. Niska liczba urodzeń nie gwarantuje w prostej linii zastępowalności pokoleń. Zatem polityka prorodzinna powinna stać się przedmiotem szczególnego zainteresowania, a jednocześnie powinno się ją dopasowywać do sytuacji ekonomicznej w kraju. Niewątpliwie tematyka ta może stanowić przyczynek do dalszej dyskusji nad rolą rodziny, ochrony rodzicielstwa oraz sposobami zapobiegania dalszemu wyludnianiu się kraju.

Urodzenia oraz dzietność kobiet w Polsce

Według danych statystycznych Głównego Urzędu Statystycznego⁵, w roku 2013 odnotowano ujemny przyrost naturalny ludności przede wszystkim w wyniku mniejszej niż w poprzednim roku liczby urodzeń, przy jednoczesnym wzroście liczby zgonów. Pod względem liczby ludności Polska plasuje się na 33 miejscu wśród krajów świata i na 6 wśród krajów Unii Europejskiej. Jeśli weźmiemy pod uwagę gęstość zaludnienia, Polska należy do grupy średnio zaludnionych państw europejskich. Na 1 km² powierzchni

² T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w systemie Europejskiej Karty Socjalnej. Orzecznictwo Komitetu Niezależnych Ekspertów*, Toruń 1999, s. 62.

³ *Ibidem*, s. 198.

⁴ Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, *Zmiany w polityce rodzinnej. Materiały dla mediów*, www.mpips.gov.pl (dostęp 28.07.2014).

⁵ Podstawowe informacje o rozwoju demograficznym Polski do 2013 roku, Główny Urząd Statystyczny, [www.http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/L_podst_inf_o_rozwoju_dem_pl_do_2013.pdf](http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/L_podst_inf_o_rozwoju_dem_pl_do_2013.pdf) (dostęp 28.07.2014).

mieszkają 123 osoby: w miastach ok. 1082, na terenach wiejskich – 52 osoby. Maleje liczba mieszkańców miast i udział ludności miejskiej w ogólnej liczbie ludności kraju.

Udział rodziny w tworzeniu kapitału ludzkiego przejawia się w szczególności przez fakt, że jest ona środowiskiem społecznym, w którym dziecko wzrasta i w którym wdraża się mu normy postępowania oraz wiedzę o świecie i znaczeniu zjawisk. Ponadto w rodzinie kształtuje się osobowość dziecka, wpływa na jego rozwój fizyczny i umysłowy, a także formułuje aspiracje życiowe⁶. Według wstępnych danych statystycznych⁷ w 2013 r. zarejestrowano 372 tys. urodzeń żywych. Współczynnik wzrósł o 9,7% i był o 10 pkt. niższy niż w 1983 r. Natężenie urodzeń na wsi jest wyższe niż w miastach i w 2012 r. wyniosło 10,7%, wśród ludności miejskiej – 9%. W chwili obecnej liczba urodzeń jest ok. 40% niższa w stosunku do wielkości rejestrowanych podczas ostatniego wyżu demograficznego.

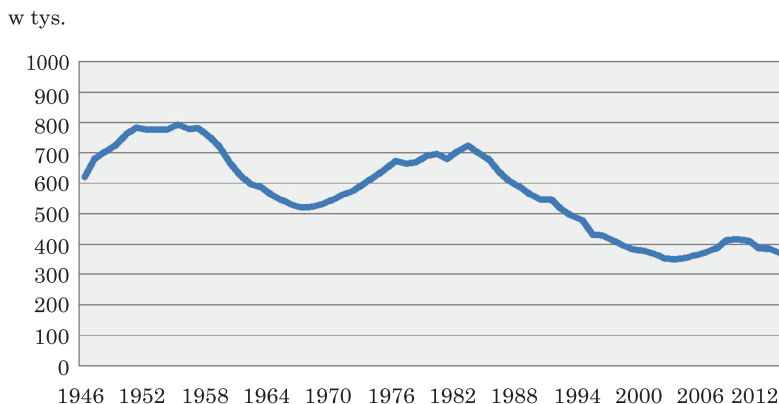
Prowadzone przez demografów badania i analizy wskazują, że trwający od kilkunastu lat spadek dzietności jeszcze nie jest procesem zakończonym i dotyczy w coraz większym stopniu kolejnych roczników młodzieży. Wśród przyczyn tego zjawiska wymienia się: zwiększone zainteresowanie zdobywaniem wykształcenia, trudności na rynku pracy, zmniejszenie świadczeń socjalnych na rzecz rodziny, brak w polityce społecznej filozofii umacniania rodziny i generalnie trudne warunki społeczno-ekonomiczne, w jakich znalazło się pokolenie w wieku prokreacyjnym. Zgodnie z opiniami ekspertów, w najbliższych latach należy liczyć się z dalszym spadkiem współczynnika dzietności z obecnej średniej 1,22 dziecka na kobietę do około 1,1 w 2010 r., przy czym w latach 2011–2020 można oczekiwać niewielkiego wzrostu dzietności do wartości około 1,2. Taki poziom dzietności nie zapewnia prostej zastępowalności pokoleń⁸. Okres po 2020 roku będzie charakteryzował się gwałtownym starzeniem się ludności. Znaczny przyrost nastąpi w najstarszych grupach wieku. Liczba osób w wieku 85 lat i więcej wzrosła do 2010 r. o 50% i osiągnęła pół miliona, a w 2030 r. wzrośnie do prawie 800 tys. (obecnie liczba osób w tym wieku wynosi niespełna 320 tys.)⁹.

⁶ M. Soboń, *Ekonomiczne przyczyny ochrony macierzyństwa*, [w:] M. Bosak (red.) *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesnych*, Warszawa 2014, s. 104–105

⁷ Główny Urząd Statystyczny, http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/L_podst_inf_o_rozwoju_dem_pl_do_2013.pdf (dostęp 28.07.2014).

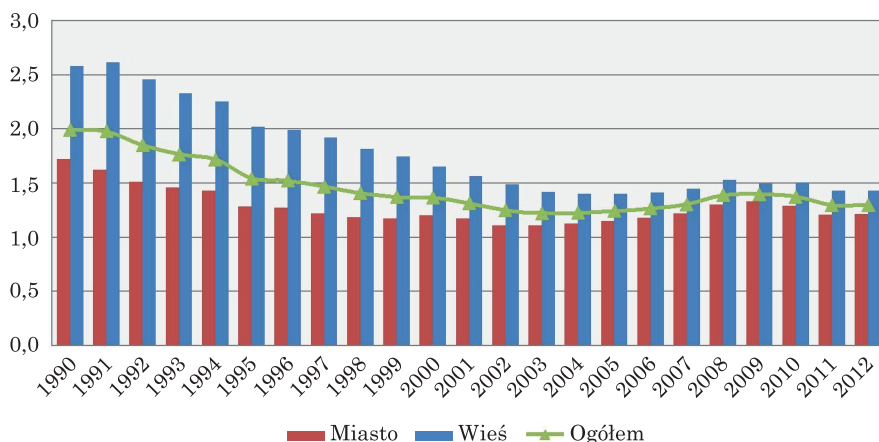
⁸ Prognoza ludności do 2013 r., <http://www.becikowe.com/?sr=demografia/demografia.htm>, (dostęp 28.07.2014).

⁹ *Ibidem*.



Rys. 1. Urodzenia żywe w latach 1946–2013 – wyże i niżej demograficzne wg GUS [2013]

Rys. 1 przedstawia dane, wskazujące na zmniejszanie się dzietności. Niestety, malejąca dzietność w Polsce przy jednoczesnym wydłużeniu życia będą powodować szybkie starzenie się społeczeństwa. Niewątpliwie również aspekty ekonomiczne mają swój wpływ na liczbę urodzonych dzieci. Zatem, jeśli koszt netto wzrasta wraz z liczbą dzieci w rodzinie, to automatycznie ograniczone środki budżetu rodziny powodują zmniejszenie liczby potomstwa. Dążenie do „wyższej jakości” dzieci jest zatem jedną z przyczyn zmniejszania się liczby urodzeń, gdyż czynniki takie jak: dochód rodziny, wykształcenie rodziców, praca zawodowa rodziców, liczba dzieci w rodzinie, różnice wieku między dziećmi i kolejność urodzeń, wpływają na „jakość dzieci”¹⁰.



Rys. 2. Współczynniki dzietności w latach 1990–2012 wg GUS [2013]

¹⁰ M. Soboń, *op. cit.*, s. 108.

Jak wynika z rys. 2, do 2020 r. liczba ludności zmniejszy się o milion osób, a w następnej dekadzie (lata 2020–2030) o kolejne półtora miliona; w 2030 r. ludność Polski może spaść do 35 693 tys. Ubytek ludności będzie widoczny przede wszystkim w miastach, głównie z powodu mniejszej dzietności w miastach niż na wsi, ale też na skutek nowego zjawiska, jakim jest przemieszczanie się części ludności miejskiej na tereny wiejskie. Przewiduje się, że do 2030 r. liczba ludności w miastach zmniejszy się o 3 miliony osób, a na wsi wzrośnie o ok. pół miliona¹¹.

Prognozy dotyczące demografii nie są zbyt optymistyczne. Zatem, niezależnie od opcji politycznej rządzących, powinno się przeprowadzić reformy dotyczące tych dziedzin życia, które mają największy wpływ na wzrost dzietności w kraju, a więc zagwarantować bezpieczeństwo ekonomiczne, stabilizację zatrudnienia, łatwiejszy dostęp do opieki nad dziećmi w żłobkach i przedszkolach.

Nowe instytucje prawne w Kodeksie pracy a polityka prorodzinna

Nowelizacja przepisów odnoszących się do zagadnień związanych z ochroną rodzicielstwa wprowadziła nowe instytucje prawne. Warto zaznaczyć, że w roku 2004 nie istniała instytucja urlopu rodzicielskiego, który może być wykorzystany zarówno przez matkę, jak i ojca dziecka. Funkcjonował jedynie urlop macierzyński, który wynosił:

1. 16 tygodni przy pierwszym porodzie;
2. 18 tygodni przy każdym następnym porodzie;
3. 26 tygodni w przypadku urodzenia więcej niż jednego dziecka przy jednym porodzie;
4. 18 tygodni przy pierwszym porodzie w sytuacji, gdy dana pracownica wychowuje dziecko przysposobione lub wzięte na wychowanie jako rodzina zastępcza.

Rzecz jednak w tym, że rodzina zastępcza może mieć m.in. charakter preadopcyjny względnie tylko charakter pogotowia rodzinnego. W tym ostatnim przypadku pracownica nie może korzystać z powiększonego o dwa tygodnie urlopu macierzyńskiego (por. także § 6 ust. 4 rozporządzenia Rady Ministrów z 26.9.2000 r. w sprawie rodzin zastępczych, Dz. U. Nr 83, poz. 939 ze zm.)¹².

Urlop macierzyński związany jest ściśle z urodzeniem dziecka w czasie pozostawania kobiety–matki w stosunku pracy, i to bez względu na: źródło stosunku pracy, staż pracy, rodzaj zatrudnienia i wymiar czasu pracy. Urlop

¹¹ Prognoza ludności do 2013 r., <http://www.becikowe.com/?sr=demografia/demografia.htm>, (dostęp 28.07.2014).

¹² Nowela do Kodeksu pracy z 21.12.2001 r. (Dz.U. Nr 154, poz. 1805).

ten może być wykorzystany jedynie w naturze i powinien być w zasadzie okresem nieprzerwanym. Przesunięcie urlopu macierzyńskiego na inny termin jest wyjątkowo dopuszczalne, na wniosek pracownicy, w sytuacji określonej w art. 181. Koresponduje to także z przepisem z art. 163 § 3 Kodeksu pracy, nakazującym pracodawcy udzielenie urlopu wypoczynkowego (także w naturze) bezpośrednio po przysługującym danej pracownicy urlopie macierzyńskim. Wiąże się to z biologiczną ochroną sytuacji kobiety i ścisłego związku z jej potomstwem (por. m.in. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12.7.1984 r., C 184/83, korespondujące z Dyrektywami Rady Europy)¹³.

W 2006 r. znów nastąpiła zmiana przepisów ustanawiających urlop macierzyński: zostały one podwyższone nowelą do Kodeksu pracy oraz ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa z 16.11.2006 r. (Dz.U. Nr 221, poz. 1615). Zatem od dnia 19.12.2006 r. urlop macierzyński przysługiwał w wymiarze:

1. 18 tygodni przy pierwszym porodzie;
2. 20 tygodni przy każdym następnym porodzie;
3. 28 tygodni w przypadku urodzenia więcej niż jednego dziecka przy jednym porodzie;
4. 20 tygodni przy pierwszym porodzie w sytuacji, gdy dana pracownica wychowuje dziecko przysposobione lub wzięte na wychowanie jako rodzina zastępcza.

W przypadku rodzin zastępczych o charakterze pogotowia rodzinnego, pracownica nie może korzystać z powiększonego o dwa tygodnie urlopu macierzyńskiego¹⁴.

Nowela z dnia 6.12.2008 r. nie tylko wydłuża urlop macierzyński, ale ponadto dzieli go od dnia 1.1.2010 r. na część obligatoryjną i na część fakultatywną, uregulowaną nowymi przepisami, zawartymi w art. 182¹i182² Kodeksu pracy. Przedmiotowe zmiany były nader korzystne dla pracowników (matek i ojców), ale dla pracodawców oznaczały stosowne wydłużenie okresów, w których pracownicy (związani z rodzicielstwem) pozostaną poza zakładem pracy¹⁵. I tak terminy obligatoryjnego urlopu macierzyńskiego od dnia 1.1.2009 roku wydłużyły się następująco:

1. 20 tygodni w przypadku urodzenia 1 dziecka przy jednym porodzie,
2. 31 tygodni w przypadku urodzenia 2 dzieci przy jednym porodzie,
3. 33 tygodni w przypadku urodzenia 3 dzieci przy jednym porodzie,
4. 35 tygodni w przypadku urodzenia 4 dzieci przy jednym porodzie,
5. 37 tygodni w przypadku urodzenia 5 i więcej dzieci przy jednym porodzie.

¹³ W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2004, www.legalis.pl (dostęp 14.01.2015).

¹⁴ Dz.U. Nr 221, poz. 1615 – nowela do Kodeksu pracy oraz ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa z 16.11.2006 r.

¹⁵ W. Muszalski (red.) *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, www.legalis.pl (dostęp 14.01.2015).

Oznacza to, że chodziło o urodzenie przez pracownicę dziecka przy jednym porodzie, a nie o kolejne następne porody, jak to miało miejsce w stanie prawnym do 31.12.2008 r. Z wydłużonego urlopu macierzyńskiego mogli korzystać także pracownicy, którzy w dniu 1.1.2009 r. przebywali na urlopie macierzyńskim (por. art. 11 ustawy nowelizującej Kodeks pracy z 6.12.2008 r.). Pracownica mogła wykorzystać co najmniej dwa tygodnie urlopu macierzyńskiego przed przewidywaną datą porodu, a w związku z tym po porodzie przysługiwał jej odpowiednio krótszy wymiar tego urlopu. Zarówno przy korzystaniu z urlopu macierzyńskiego przez pracownicę matkę, jak i urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego przez pracownika-ojca, wspomniany jeden tydzień urlopu odpowiadał siedmiu dniom kalendarzowym. Od dnia 1.1.2010 r. urlop macierzyński składał się nie tylko ze wspomnianej części obligatoryjnej (tj. niezależnie od tego, czy dana kobieta-pracownica pragnie dalej pracować i to w kontekście możliwości przekazania pracownikowi-ojcu dziecka pozostałej części urlopu po 14 tygodniach), ale ponadto z części fakultatywnej, przewidzianej w art. art. 182¹–182² Kodeksu pracy, z której można dobrowolnie skorzystać (por. uwagi do tych artykułów, w kontekście przepisów przejściowych z art. 11–15 cyt. noweli do Kodeksu pracy z 6.12.2008 r.)¹⁶.

Z dniem 17 czerwca 2013 r. rząd wprowadził do Kodeksu pracy nowe rozwiązania w zakresie polityki prorodzinnej; w szczególności dotyczą one wprowadzenia urlopu rodzicielskiego oraz wydłużenia urlopu macierzyńskiego. Szczegółowe prace nad nowymi rozwiązaniami prawnymi trwały do końca kwietnia 2013 r., po przeprowadzeniu wcześniej konsultacji społecznych. Następnie projekt został skierowany do Sejmu i tam poddany pod głosowanie. Na podstawie wprowadzonych przez Sejm zmian, rodzice będą mogli skorzystać z urlopu składającego się z trzech części. Pierwsza część to tzw. podstawowy urlop macierzyński, który wynosi:

1. 20 tygodni w przypadku urodzenia jednego dziecka przy jednym porodzie,
2. 31 tygodni w przypadku urodzenia dwojga dzieci przy jednym porodzie,
3. 33 tygodnie w przypadku urodzenia trojga dzieci przy jednym porodzie,
4. 35 tygodni w przypadku urodzenia czworga dzieci przy jednym porodzie,
5. 37 tygodni w przypadku urodzenia pięciorga i więcej dzieci przy jednym porodzie. Nie więcej niż 6 tygodni urlopu macierzyńskiego może przypaść przed przewidywaną datą porodu¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*, www.legalis.pl (dostęp 14.01.2015).

¹⁷ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.), art. 180.

Druga część urlopu to tzw. dodatkowy urlop macierzyński, który od dnia wejścia ustawy w życie wynosi:

1. do 6 tygodni w przypadku urodzenia jednego dziecka przy jednym porodzie,

2. do 8 tygodni w przypadku urodzenia więcej niż jednego dziecka przy jednym porodzie.

Trzecia część urlopu to tzw. urlop rodzicielski, który wynosi do 26 tygodni, niezależnie od liczby dzieci urodzonych przy jednym porodzie¹⁸.

Aby móc skorzystać z rocznego urlopu rodzicielskiego należy złożyć u pracodawcy wniosek w formie pisemnej – na co najmniej 14 dni przed przewidywaną datą porodu – o udzielenie, bezpośrednio po wykorzystaniu urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego w pełnym wymiarze, czyli 6 dni. Następnie, bezpośrednio po zakończeniu urlopu dodatkowego należy potwierdzić chęć skorzystania z urlopu rodzicielskiego w wymiarze 26 dni. Wprowadzona regulacja prawna nie narzuca rodzicom podejmowania szybkiej decyzji w sprawie wykorzystania urlopu w pełnej wysokości. Kobieta ma możliwość wykorzystania urlopu macierzyńskiego w podstawowym wymiarze oraz dodatkowego urlopu macierzyńskiego (20 tygodni plus 6 tygodni). W takiej sytuacji ma prawo do 100% podstawy wymiaru zasiłku macierzyńskiego. Jednakże, w trakcie trwania urlopu macierzyńskiego, kobieta może podjąć decyzję o chęci skorzystania z urlopu rodzicielskiego. W takiej sytuacji co najmniej 14 dni przed rozpoczęciem korzystania z urlopu rodzicielskiego powinna złożyć pisemny wniosek do pracodawcy. Należy podkreślić, że zasiłek za tzw. urlop rodzicielski wynosi 60% podstawy wymiaru zasiłku¹⁹.

Inne rozwiązanie przewiduje możliwość złożenia pisemnego wniosku do pracodawcy o udzielenie urlopu macierzyńskiego, urlopu dodatkowego oraz urlopu rodzicielskiego złożonego na co najmniej 14 dni przed przewidywaną datą porodu. W takim przypadku za cały okres przysługuje zasiłek macierzyński w wymiarze 80% jego podstawy²⁰.

Ustawa przewiduje, że pracownik uprawniony do dodatkowego urlopu macierzyńskiego (czyli tego, który może trwać maksymalnie 6 tygodni) może łączyć korzystanie z tego urlopu z wykonywaniem pracy w wymiarze nie wyższym niż połowa pełnego wymiaru czasu pracy. W takim przypadku dodatkowego urlopu macierzyńskiego udziela się na pozostałą część dobowego wymiaru czasu pracy. Powrót na część etatu następuje na pisemny wniosek pracownika, który musi go złożyć w terminie nie krótszym niż 7 dni

¹⁸ <http://www.premier.gov.pl/wydarzenia/aktualnosci/pytania-i-odpowiedzi-dot-urlopu-rodzicielskiego.html> (dostęp 18.04.2014).

¹⁹ Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz.U. Nr 60, poz. 636), art. 31.

²⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.), art. 182^{1a} §4.

przed rozpoczęciem pracy. W takim wniosku pracownik musi wskazać wymiar czasu pracy oraz okres, w którym zamierza łączyć dodatkowy urlop macierzyński z wykonywaniem pracy. Pracodawca będzie musiał uwzględnić wniosek pracownika. Analogiczne zasady łączenia urlopu z pracą będą obowiązywać w przypadku urlopu rodzicielskiego²¹.

Z nowych unormowań prawnych mogą skorzystać kobiety, które są zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a także zatrudnione na podstawie umowy zlecenia, pod warunkiem, że przystąpią dobrowolnie do ubezpieczenia chorobowego oraz złożą odpowiedni wniosek do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Analogiczna sytuacja powstaje w przypadku osób prowadzących własną działalność gospodarczą, które dobrowolnie przystępując do ubezpieczenia społecznego, po urodzeniu dziecka mają prawo do zasiłku macierzyńskiego. Niestety, możliwości skorzystania z nowych przepisów dotyczących urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego będą pozbawione kobiety, które wykonują pracę na podstawie umowy o dzieło. W tym przypadku przepisy nie przewidują dobrowolnego przystąpienia do ubezpieczenia chorobowego.

W świetle nowej ustawy również ojciec wyrażający chęć zajęcia się dzieckiem, ma prawo skorzystać z tzw. trzeciej części urlopu rodzicielskiego w ilości 26 tygodni, na takich samych warunkach jak matka. Rodzice wspólnie powinni zdecydować, kto i przez ile tygodni będzie korzystał z nowych unormowań prawnych odnoszących się do urlopu rodzicielskiego.

Po zakończeniu korzystania z urlopu macierzyńskiego lub urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego (art. 183² Kodeksu pracy), pracodawca jest zobowiązany dopuścić pracownika do pracy na dotychczasowym stanowisku. Jeżeli nie jest to możliwe, powierza się pracę na stanowisku równorzędnym w stosunku do stanowiska pracy, jakie pracownik zajmował przed urlopem. W przypadku braku stanowiska równorzędnego, pracodawca zapewnia pracę na innym stanowisku, które odpowiada kwalifikacjom zawodowym pracownika za wynagrodzeniem, jakie otrzymywałby, gdyby nie korzystał z urlopu. Analogiczna interpretacja prawna odnosi się do sytuacji związanej z powrotem do pracy po wykorzystaniu urlopu rodzicielskiego.

Ustawą z 6.12.2008 r. o zmianie ustawy Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 237, poz. 1654) wprowadzona została nowa instytucja prawa pracy – urlop ojcowski. Urlop ten jest uprawnieniem osobistym pracownika-ojca wychowującego dziecko i nie może zostać przeniesiony na inną osobę, np. matkę dziecka. Przysługuje wyłącznie pracownikowi – ojcu wychowującemu dziecko, zarówno naturalnemu, jak i adopcyjnemu²². Przepis art. 182³ Kodeksu pracy dotyczący urlopu ojcowskiego brzmi:

²¹ <http://www.premier.gov.pl/wydarzenia/aktualnosci/pytania-i-odpowiedzi-dot-urlopu-rodzicielskiego.html> (dostęp 18.04.2014).

²² K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2014, www.legalis.pl (dostęp 30.7.2014).

„§ 1. Pracownik-ojciec wychowujący dziecko ma prawo do urlopu ojcowskiego w wymiarze 2 tygodni, nie dłużej jednak niż:

1. do ukończenia przez dziecko 12 miesiąca życia albo

2. do upływu 12 miesięcy od dnia uprawomocnienia się postanowienia orzekającego przysposobienie i nie dłużej niż do ukończenia przez dziecko 7 roku życia, a w przypadku dziecka, wobec którego podjęto decyzję o odroczeniu obowiązku szkolnego, nie dłużej niż do ukończenia przez nie 10 roku życia.

§ 2. Urlopu ojcowskiego udziela się na pisemny wniosek pracownika-ojca wychowującego dziecko, składany w terminie nie krótszym niż 7 dni przed rozpoczęciem korzystania z urlopu; pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek pracownika”.

W 2010 r. i 2011 r. wymiar urlopu ojcowskiego wynosił tydzień, a obecnie czternaście dni. Urlop ojcowski ma charakter fakultatywny. Pracownik nie musi go wykorzystać. Warunkiem skorzystania z tego urlopu jest złożenie wniosku na piśmie. Wniosek powinien być złożony w terminie nie krótszym niż 7 dni przed rozpoczęciem korzystania z urlopu. Jest to termin minimalny, co oznacza, że wniosek taki może być złożony wcześniej, np. na 3 tygodnie przed zamierzonym skorzystaniem z urlopu ojcowskiego. Pracodawca jest obowiązany uwzględnić złożony na piśmie i w odpowiednim terminie wniosek pracownika w sprawie udzielenia urlopu ojcowskiego. Nie jest konieczne uzasadnienie wniosku.

Urlop ojcowski nie musi być wykorzystany bezpośrednio po zakończeniu przez pracownicę lub pracownika korzystania z innych urlopów związanych z opieką nad nowo urodzonym dzieckiem. Nie ma także przeszkód, aby urlop ten był realizowany w trakcie powyższych urlopów, czyli wtedy, gdy korzysta z nich matka²³.

Polityka rodzinna w wybranych krajach europejskich (Wielka Brytania, Niemcy)

W Wielkiej Brytanii wzrost dzietności nastąpił, gdy wzrosła imigracja innych narodowości (w tym również z Polski) do tego kraju. Przyczyny zwiększonej liczby urodzeń dzieci należy doszukiwać się w szerokiej ochronie socjalnej oraz bezpieczeństwie zatrudnienia pracownika (pracownicy). Co więcej, dziecko urodzone w Wielkiej Brytanii na podstawie tzw. prawa ziemi, nabywa obywatelstwo tego kraju. Należy podkreślić, że ochrona rodzicielstwa w tym kraju jest bardziej rozbudowana niż w Polsce. Przepisy odnoszące się do urlopu macierzyńskiego w Wielkiej Brytanii były nowelizowane już w roku 1979. Miały na celu przedłużenie okresu macierzyńskiego, a tym

²³ A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2014, www.legalis.pl (dostęp 30.7.2014).

samym możliwości dłuższego pozostawiania matki z dzieckiem w domu. Łączenie obowiązków rodzinnych oraz zatrudnienia jest obecnie ważną dziedziną polityki w wielu krajach. W ramach swoich działań politycznych w tej dziedzinie rząd Wielkiej Brytanii niedawno (kwiecień 2003) wprowadził przepisy, które dotyczą długości zarówno płatnego, jak i bezpłatnego urlopu macierzyńskiego²⁴.

Ciężarnym pracownikom w UK przysługują cztery podstawowe prawa pracy:

1. Płatny czas wolny przeznaczony na przeprowadzenie badań związanych z ciążą (antenatal care),

2. 52 tygodnie urlopu macierzyńskiego: 26 tygodni podstawowego, płatnego urlopu (Ordinary Maternity Leave (OML)) i 26 tygodni dodatkowego, przyznawanego na życzenie kobiety, niepłatnego urlopu (Additional Maternity Leave (AML)),

3. Zasiłek macierzyński (Statutory Maternity Pay lub Maternity Allowance), oraz, w zależności od dochodów, prawo do „becikowego” (Sure Start Maternity Grant),

4. Ochrona przed niesprawiedliwym traktowaniem lub zwolnieniem²⁵.

Według prawa brytyjskiego istnieją 2 rodzaje wsparcia finansowego na czas urodzenia dziecka: Statutory Maternity Pay (SMP) lub Maternity Allowance (MA). Każdej pracującej legalnie przyszłej matce w związku z urodzeniem dziecka przysługuje prawo do urlopu macierzyńskiego (maternity leave), bez względu na to czy wykonuje pracę w pełnym, czy też niepełnym wymiarze godzin. Obecnie długość urlopu macierzyńskiego ustawowo wynosi 52 tygodnie, z czego płatnych jest 39 tygodni. Długość tego okresu oraz rodzaj otrzymywanego świadczenia może być zależna od rodzaju kontraktu z pracodawcą, zarobków oraz okresu zatrudnienia. Aby zakwalifikować się do pobierania zasiłku SMP, trzeba do końca 15 tygodnia przed rozwiązaniem przepracować dla tego samego pracodawcy przynajmniej 26 tygodni bez przerwy. Przez pierwsze 6 tygodni urlopu pracodawca wypłaca 90% tygodniowego wynagrodzenia brutto. Przez kolejne 33 tygodnie przysługuje £138.18 tygodniowo, bądź 90% tygodniowych zarobków brutto, w zależności od tego, która z tych kwot jest niższa. Urlop macierzyński można rozpocząć najwcześniej na 11 tygodni przed datą porodu. Jeśli na 4 tygodnie przed porodem z różnych przyczyn kobieta nie może pracować i jest na zwolnieniu lekarskim, pracodawca ma prawo zaliczyć ten okres do urlopu. Aby ubiegać się o SMP, należy powiadomić pracodawcę o tym, kiedy kobieta chciałaby rozpocząć urlop macierzyński oraz otrzymywanie zasiłku. Powinno się to uczynić przed okresem 15 tygodni od wyznaczonej daty urodzin dziecka. Przyszła matka ma prawo zmienić datę przejścia na urlop macierzyński,

²⁴ S. Burges, P. Gregg, C. Propper, E. Washbrook, *Maternity rights and mothers' return work*, Labour Economics, Volume 15, Issue 2, April 2008, p. 168.

²⁵ www.gov.uk/maternity-benefits (dostęp 14.01.2015).

zawiadamiając pracodawcę o takiej decyzji z przynajmniej 28-dniowym wyprzedzeniem. Pracodawca nie ma prawa zwolnić pracownicy z powodu jej ciąży. W przypadku jednak, gdy zostanie zwolniona w trakcie urlopu macierzyńskiego, ma prawo domagać się, aby pracodawca zaoferował jej podobne stanowisko. W czasie urlopu macierzyńskiego przysługują pracownicy wszystkie prawa i przywileje pracownicze (naturalnie z wyłączeniem pensji), np. obowiązujące zniżki, zachowana też zostaje ciągłość pracy²⁶.

Matki mają prawo do powrotu do swojej pracy w każdym czasie do 29 tygodni po urodzeniu, pod warunkiem, że pracowały dla tego samego pracodawcy. Jest to uzależnione od zatrudnienia przez okres 2 lat u tego samego pracodawcy oraz pracy przez co najmniej 16 godzin tygodniowo lub nieprzerwanego zatrudnienia u tego samego pracodawcy przez okres co najmniej 5 lat i pracy od 8–16 godzin tygodniowo. Natomiast, jeśli pracownica była zatrudniona krócej niż 8 godzin tygodniowo, osoba nie ma ustawowego prawa powrotu²⁷.

Państwo niemieckie również dba o politykę rodzinną oraz socjalną, toteż w dniu 1 stycznia 2007 r. nastąpiły zmiany dotyczące zasiłku rodzicielskiego oraz urlopu macierzyńskiego. Celem tych reform było zapewnienie wsparcia finansowego dla rodzin poprzez częściowe zastąpienie strat finansowych z powodu urlopu rodzicielskiego, udzielenia swobody wyboru między pracą i opieką nad dziećmi przez wspieranie stabilności finansowej gospodarstw domowych oraz możliwość dokonania wyboru: czy matka, ojciec lub oboje zdecydują się zadbać o dziecko w ciągu pierwszych 12–14 miesięcy²⁸.

W przypadku urodzenia dziecka przysługuje urlop macierzyński. Wynosi on osiem tygodni, natomiast dla ciężarnych i przedwczesnych wydłuża się nawet do dwunastu. W tym czasie rodzic otrzymuje 100% wynagrodzenia. Oprócz zasadniczych 14 tygodni, rodzicom przysługuje także kolejne 12 miesięcy urlopu (w przypadku samotnych rodziców wydłuża się on o 2 miesiące) – wówczas zasiłek wynosi 65% wynagrodzenia. W tym czasie fundusz zdrowia wypłaca zasiłek macierzyński w wysokości odpowiadającej zasiłkowi chorobowemu. Młode matki mogą się też ubiegać o wyprawkę dla dziecka z ARGE (Arbeitsgemeinschaft), choć ta finansowa pomoc różni się w zależności od landu i miasta (i wynosi od 200 do 500 euro), mogą też otrzymać pomoc w Caritasie (około 400 euro). Wspieranie i promocja rodziny przy odpowiednim udziale państwa odgrywa w Niemczech ważną rolę. Aby w większym stopniu zachęcić pary do posiadania potomstwa, w miejsce dotychczasowego zasiłku wychowawczego wprowadzono w 2007 r. finansowany z podatków zasiłek rodzicielski, którego wysokość zależy od dochodów.

²⁶ <http://www.benefit.org.uk/statutory-maternity-pay> (dostęp 14.01.2015).

²⁷ S. Burges, P. Gregg, C. Propper, E. Washbrook, *Maternity rights and mothers' return work*, Labour Economics, Vol. 15, Issue 2, April 2008, p. 169.

²⁸ J. R. Thyrian, K. Fendrich, A. Lange, J. P. Hass, M. Zygmunt, W. Hoffmann, *Changing maternity leave policy: Short-term effects on fertility rates and demographic variables in Germany*, „Social Science & Medicine”, Vol. 71, Issue 4, August 2010, s. 672–676.

Rodzic, który przerywa pracę zawodową, aby poświęcić się wychowywaniu dziecka, otrzymuje przez rok 67% ostatnich poborów netto – minimalnie 300 i maksymalnie 1800 euro. Otrzymywanie zasiłku przedłuża się do 14 miesięcy, jeżeli także i drugi rodzic przerwie pracę zawodową, przynajmniej na okres dwóch miesięcy. Ma to zachęcić ojców do korzystania z urlopu rodzicielskiego. Równocześnie w ten sposób poszerza się możliwości opieki nad dziećmi²⁹.

Podsumowanie

Polityka państwa powinna prowadzić do aktywizacji kobiet na rynku pracy, co może przyczynić się do zmniejszenia bezrobocia tej grupy pracowników. Problem ten zauważa się wraz ze wzrostem stopy bezrobocia w kraju (nieznacznie bezrobocie spada w okresach letnich, co wiąże się ze zwiększeniem prac sezonowych). Pracodawcy będą mieli uzasadnione obawy przed zatrudnianiem szczególnie kobiet młodych, nieposiadających dzieci. Dłuższa nieobecność w pracy kobiety przebywającej na urlopie macierzyńskim oraz rodzicielskim to dodatkowe koszty dla pracodawcy (np. zatrudnienie innego pracownika na umowę zastępstwa, przyuczenie do pracy, wdrożenie w system panujący w zakładzie pracy itp.). Nowoczesne rozwiązania, odnoszące się do wprowadzenia urlopu rodzicielskiego, nie zniwelują wysokiego już bezrobocia, a tym samym nie sprawiają, że poprawi się demografia w kraju. Działania ustawodawcy, podejmowane w celu zwiększenia dzietności, nie powinny ograniczać się tylko do prawa pracy³⁰. Przepisy dotyczące polityki rodzinnej, wprowadzone do Kodeksu pracy, mają na celu zwiększenie atrakcyjności powiększenia rodziny, nawiązanie ściślejszej więzi między rodzicami i dziećmi, większe zaangażowanie ojca w wychowanie. Niestety, pomimo tych udogodnień prawnych pracodawcy w dalszym ciągu obawiają się zatrudniać młode kobiety, które na rok wypadną z rynku pracy (o ile dokonają takiego wyboru). Czy takie uprawnienia rodzicielskie przyczynią się do powiększania rodziny? Czy kobieta wracając po wydłużonym urlopie macierzyńskim ma gwarancję zatrudnienia? Tego typu pytania zmuszają do pogłębienia rozważań w tej materii i zastanowienia się nad rolą rodziny w państwie.

²⁹A. Jarecka, *Niemcy i ich państwo opiekuńcze*, <http://www.dw.de/niemcy-i-ich-pa%C5%84stwo-opieku%C5%84cze/a-15224650>, (dostęp 14.01.2015).

³⁰M. Latos-Miłkowska, *Przemiany stosunku pracy związane z rodzicielstwem*, [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk, *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 230. Autorka słusznie wskazuje na rozwój sieci placówek, takich jak przedszkola, żłobki, świetlice, zwiększenie dostępu do edukacji czy rozwój innych form wsparcia dla rodziców.

INSTITUTIONS OF LABOUR LAW FOR FAMILY POLICY-SELECTED ASPECTS

Key words: labour law, family, parental leave, demography, family policy

Summary

The authors of the article present new institutions associated with parental rights recently introduced to labour legislation. It's been a year since they have been implemented. The family policy rules aim at increasing the attractiveness of having a big family, establishing closer ties between parents, greating the involvement of the father in the process of children upbringing. It should be emphasised that family is essential and fundamental in the society, new born children should replace previous generations which become elderly. Unfortunately insurance and pension systems are becoming less and less efficient. The reason for this is undoubtedly too low fertility rate in the country. Despite these legal advantages employers will be still unwilling to employ young women, which didn't exist in the labour market throughout the year (if they choose so). Do such parental rights contribute to enlarging the family? Can a woman be guaranteed a secure job return to work after an extended maternity leave? Such questions give a contribution to an in-depth considerations in this matter and, in general, of the role of the family in the country.