

6

2015

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**

Sekretarze 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 2015

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 150 egz., ark. wyd. 19,69; ark. druk. 16,75
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 229

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Michał Balcerzak , Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – <i>status quo</i> a Protokół nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	5
Bożena Gronowska , „Znaczny uszczerbek” na interesach pokrzywdzonego jako warunek dopuszczalności skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dostępność a skuteczność ochrony praw jednostki	29
Marcin Jastrzębski , Prawne i polityczne implikacje sprawy więzień CIA w Polsce. Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach <i>Al-Nashiri i Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce</i>	45
Ireneusz C. Kamiński , Europejski Trybunał Praw Człowieka w roku 2014. Czy to jeszcze ten sam trybunał?	69
Julia Kapelańska-Pręgowska , Prawo osób niepełnosprawnych do racjonalnych usprawnień oraz obowiązek zapewniania dostępności w przestrzeni publicznej	91
Marcin Kazimierzczuk , Wolność zrzeszania się w związku zawodowe w systemie Rady Europy	113
Aleksandra Mężykowska , Gwarancje prawa do świadczeń z zabezpieczenia społecznego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ...	127
Agnieszka Wedel-Domaradzka , Koncepcja <i>best interests of the child</i> w prawie oraz praktyce organów strasburskich – kontekst praw ojca	147
Vita Zahurovska , Naruszenie prawa cudzoziemca do życia rodzinnego na skutek jego wydalenia z terytorium Polski	167

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Marcin Marcinko , Między humanitaryzmem a koniecznością wojskową – znaczenie zasady proporcjonalności w planowaniu i prowadzeniu operacji militarnych	183
Agnieszka Szpak , Dopuszczalność pozbawienia życia kombatanta w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego	207

MISCELLANEA

Justyna Krzywowska , Budowanie pokoju w przemówieniach Jana Pawła II do korpusu dyplomatycznego akredytowanego przy Stolicy Apostolskiej	227
Marek Jan Wasiński , Prawo i pięść: ochrona praw człowieka przez afrykańskie trybunały subregionalne	241
Mieczysław Różański , Prawo do życia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku	257

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Michał Balcerzak , Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights – <i>status quo</i> and the Protocol no. 16 to the European Convention on Human Rights	5
Bożena Gronowska , Significant disadvantage” for the victim’s interest as the admissibility criterion of application to the European Court of Human Rights – accessibility and/or effectiveness of the individual right’s protection	29
Marcin Jastrzębski , Legal and political implications of CIA prisons in Poland. Judgments of European Court of Human Rights in cases Al-Nashiri i Husayn (Abu Zubaydah) versus Poland	45
Ireneusz C. Kamiński , European Court of Human Rights in 2014. Is it still the same court?	69
Julia Kapelańska-Pręgowska , A right of persons with disabilities to reasonable accommodations and an obligation to ensure accessibility of public space	91
Marcin Kazimierczuk , Freedom of association in trade unions in the system of the Council of Europe	113
Aleksandra Mężykowska , The guarantees of the right to social benefits in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights under Article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention on Human Rights	127
Agnieszka Wedel-Domaradzka , The concept of <i>best interests of the child</i> in the law and practice of the Strasbourg authorities – the context of the rights of the father	147
Vita Zahurovska , Violation of the right of an alien to respect for family life as a result of his expulsion from Polish territory	167

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT

Marcin Marcinko , Between humanity and military necessity – the importance of the principle of proportionality in planning and conducting military operations	183
Agnieszka Szpak , Legality of killing combatants in light of international humanitarian law	207

MISCELLANEA

Justyna Krzywkowska , Building peace in the John Paul II speeches for the diplomatic corps accredited by the Holy See	227
Marek Jan Wasieński , The Law and the Fist – Protection of Human Rights in the Practice of African Sub-regional Tribunals	241
Mieczysław Różański , The right to life in civil rights	257

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Michał Balcerzak

Katedra Praw Człowieka WPIA UMK w Toruniu

Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – *status quo* a Protokół nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Słowa kluczowe: jurysdykcja doradcza, opinie doradcze, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Protokół nr 16 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Uwagi wstępne

Wprowadzona w 1970 r. na mocy Protokołu nr 2¹ do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC, Konwencja) możliwość wnioskowania przez Komitet Ministrów Rady Europy do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC, Trybunał) o wydanie opinii doradczych miała – jak dotąd – niewielkie znaczenie w praktyce europejskiego systemu ochrony praw człowieka². Wprawdzie w świetle art. 32 Konwencji (jurysdykcja Trybunału) kompetencja doradcza ETPC jest jedną z jego trzech podstawowych funkcji – obok rozpatrywania skarg indywidualnych (art. 34 EKPC) i międzypaństwowych (art. 33 EKPC), jednak pozostaje rzadko wykorzystywana w związku z jej wąskim zakresem przedmiotowym. Komitet Ministrów, jako jedyny organ upoważniony do złożenia wniosku o wydanie opinii doradczej, zwracał się do ETPC o taką opinię zaledwie trzykrotnie.

¹ Protokół nr 2 do EKPC został otwarty do podpisu 6 maja 1963 r., wszedł w życie 21 września 1970 r. Protokół nr 11 do EKPC zastąpił przepisy Protokołu nr 2 niemal identycznie brzmiącymi postanowieniami w art. 47-49 EKPC. Tekst polski EKPC: Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.

² L. Garlicki, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 19-59*, Warszawa 2011, t. II, s. 416.

Jurysdykcję doradczą posiadają także inne regionalne trybunały praw człowieka. Przewidziano ją w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (AKPC) z 1969 r.³ oraz Protokole w sprawie utworzenia Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości i Praw Człowieka⁴. Podstawą jurysdykcji doradczej Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka jest art. 64 AKPC, który przewiduje, iż MTPC może wydawać opinie nie tylko w zakresie interpretacji Konwencji amerykańskiej, lecz także „innych traktatów dotyczących ochrony praw człowieka w państwach amerykańskich” oraz „zgodności ustawodawstwa krajowego z tymi traktatami”. Krąg podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o opinię doradczą przez MTPC jest dużo szerszy niż w przypadku ETPC i obejmuje państwa członkowskie Organizacji Państw Amerykańskich oraz organy tej organizacji. W latach 1982–2014 MTPC wydał ponad dwadzieścia opinii doradczych⁵. Kompetencję doradczą przewidziano także w art. 4 Protokołu o utworzeniu ATSiPC z 1998 r.

Impulsem do zwrócenia uwagi na jurysdykcję doradczą Trybunału strasburskiego było otwarcie do podpisu Protokołu nr 16 do Konwencji w dniu 2 października 2013 r. Protokół ten znacząco rozszerza krąg podmiotów uprawnionych do wnioskowania o wydanie opinii doradczej przez ETPC: legitymację do złożenia takiego wniosku otrzymują „najwyższe sądy i trybunały” wskazane przez państwa-strony, które zdecydują się na ratyfikację Protokołu nr 16. Niniejsze opracowanie ma na celu omówienie podstaw normatywnych jurysdykcji doradczej ETPC w dotychczasowym stanie prawnym, przybliżenie opinii doradczych ETPC wydanych w 2008 i 2011 r., a także przedstawienie rozwiązań przyjętych w Protokole nr 16 do EKPC, wraz z refleksją autora co do ich celów, funkcji i wpływu na europejski system ochrony praw człowieka.

Geneza, podstawy prawne i zakres dotychczasowej kompetencji doradczej ETPC

Asumpt do wprowadzenia jurysdykcji doradczej ETPC pochodził od Zgromadzenia Konsultatywnego (obecnie: Parlamentarnej) Rady Europy, które w dniu 22 stycznia 1960 r. wydało rekomendację nr 232 w sprawie „rozszerzenia kompetencji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odno-

³ *American Convention on Human Rights, United Nations Treaty Series*, tom 1144, s. 143, nr 17955. Tłumaczenie polskie zob. M. Balcerzak, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, Toruń 2007, dok. IV/1.

⁴ *Protocol to the African Charter for Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court of Human And Peoples' Rights*, otwarty do podpisu 9 czerwca 1998 r. Tekst dostępny na stronie <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment>. Tłumaczenie polskie zob. M. Balcerzak, *Międzynarodowa ochrona...*, dok. V/2.

⁵ Zob. wykaz opinii doradczych MTPC na stronie www.corteidh.or.cr (zakładka: jurisprudence).

śnie interpretacji Konwencji praw człowieka”⁶. Wydanie rekomendacji poprzedzały prace w Komitecie Prawnym Zgromadzenia Konsultatywnego⁷, w wyniku których ustalono, iż kompetencja doradcza ETPC powinna być ograniczona do kwestii prawnych (*questions of a legal character*), np. co do większości wymaganej dla wyboru sędziów na podstawie byłego art. 39 EKPC czy procedury wykonywania przez Komitet Ministrów swoich obowiązków w związku z byłym art. 32 EKPC (orzeczenie o naruszeniu Konwencji w systemie sprzed wejścia w życie Protokołu nr 11).⁸

W odpowiedzi na rekomendację Zgromadzenia Konsultatywnego, Komitet Ministrów Rady Europy w rezolucji nr (60)20 z dnia 15 września 1960 r. zlecił Komitetowi Ekspertów zbadanie, czy istnieje potrzeba zawarcia porozumienia odnośnie do propozycji złożonych przez Zgromadzenie. W kwietniu 1960 r. Komitet Ekspertów wyraził pozytywną opinię co do nadania Trybunałowi kompetencji doradczej, a Komitet Ministrów podzielił ten pogląd i w lipcu 1961 r. zwrócił się do Komitetu Ekspertów o przygotowanie projektu porozumienia w tej sprawie. Prace przygotowawcze prowadzono na trzech sesjach Komitetu Ekspertów od października 1961 do czerwca 1962 r.⁹ Po przedłożeniu pierwszego projektu głos zabrała Europejska Komisja Praw Człowieka, wyrażając pogląd, że obok Komitetu Ministrów, także ona powinna mieć kompetencję do wnioskowania o opinię doradczą Trybunału. We wrześniu 1962 r. przedstawiciele ministrów postanowili zwrócić projekt do Komitetu Ministrów z nowymi instrukcjami i propozycjami, w tym opinią Komisji.

Sugestia Europejskiej Komisji Praw Człowieka, aby uwzględnić ją w kręgu podmiotów uprawnionych do wnioskowania o opinię doradczą, nie znalazła poparcia w Komitecie Ekspertów. Uznano, że organem najlepiej umocowanym do wnioskowania będzie Komitet Ministrów, a Komisja uzyska możliwość zwracania się do KM o skorzystanie z tej kompetencji. Opinia Komitetu Ekspertów nie była jednomyślna, a jeden z jego członków zażądał uwzględnienia w raporcie wyjaśniającym jego deklaracji o poparciu rozszerzenia kręgu podmiotów uprawnionych do wnioskowania o opinię doradczą¹⁰. Finalny tekst projektu porozumienia w sprawie nadania ETPC kompetencji do wydawania opinii doradczych został uzgodniony w październiku 1962 r. i przekazany Komitetowi Ministrów. Zatwierdzony projekt otwarto do podpisu jako Protokół nr 2 do EKPC w dniu 6 maja 1963 r. Wszedł on

⁶ Zob. pkt 1 Raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 2 do EKPC oraz szerzej na ten temat: A. Drzemczewski, *Advisory jurisdiction of the European Human Rights Court: a procedure worth retaining?*, w: *The Modern World of Human Rights. Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José 1996, s. 494 i n.

⁷ Zob. sprawozdanie z dnia 24 listopada 1959 r., sygn. dokumentu: 1061.

⁸ A. Drzemczewski, *op. cit.*, s. 465.

⁹ Zob. pkt 6 Raportu wyjaśniającego z października 1962 r. do ostatecznej wersji projektu Protokołu nr 2.

¹⁰ *Ibidem*.

w życie 21 września 1970 r., po uzyskaniu ratyfikacji wszystkich ówczesnych państw-stron Konwencji. Postanowienia Protokołu nr 2 zostały zintegrowane z zasadniczą częścią EKPC (jako artykuły 47-49) na mocy Protokołu nr 11, który wszedł w życie 1 listopada 1998 r.¹¹

Zgodnie z art. 47 ust. 1 Konwencji jurysdykcja doradcza Trybunału obejmuje „kwestie prawne” (*ang. legal questions, fr. questions juridiques*) dotyczące interpretacji Konwencji i protokołów dodatkowych. *Ratione materiae* kompetencja ta nie obejmuje zatem innych aktów prawa międzynarodowego, zarówno o charakterze traktatowym, jak i nietraktatowym (np. deklaracji, zaleceń i rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego i Komitetu Ministrów RE). Trzeba natomiast zauważyć, że ETPC posiada kompetencje doradcze także na podstawie art. 29 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności osoby ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny (Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie)¹². Artykuł 29 tej konwencji stanowi, iż ETPC może wydawać opinie doradcze, poza bezpośrednim odniesieniem do konkretnego postępowania toczącego się przed Trybunałem, w kwestiach prawnych dotyczących interpretacji tej konwencji, na wniosek rządu państwa-strony oraz komitetu traktatowego¹³ utworzonego na podstawie art. 32 Konwencji bioetycznej, większością dwóch trzecich głosów członków reprezentujących strony traktatu. Jednak, jak dotąd, podmioty uprawnione nie skierowały do ETPC żadnego wniosku w trybie art. 29 Konwencji bioetycznej.

Wracając do kompetencji doradczej ETPC na podstawie Europejskiej konwencji praw człowieka, według raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 2 pojęcie „kwestii prawnych” należy rozumieć tak samo, jak w innych traktatach międzynarodowych, co wyklucza kierowanie do Trybunału pytań wykraczających poza samą wykładnię tekstu i zmierzających do wprowadzenia zmian czy uzupełnień odnoszących się do jego istoty¹⁴. Ponadto ETPC nie ma kompetencji do badania kwestii, których rozwiązanie łączyłoby się z aspektami politycznymi¹⁵. Wzmiankowana w raporcie wyjaśniającym uwaga o wykładni pojęcia „kwestii prawnych” w zestawieniu z „innymi traktatami międzynarodowymi” potwierdza tezę, że twórcy Protokołu nr 2 wzorowali się na

¹¹ Zintegrowanie tekstu Protokołu nr 2 z zasadniczym tekstem Konwencji było okazją do wprowadzenia pewnej modyfikacji proceduralnej: zgodnie z art. 3 ust. 1 Protokołu nr 2 rozpatrywanie wniosków o wydanie opinii doradczej stanowiło kompetencję składu plenarnego ETPC. Po reformie na mocy Protokołu nr 11 ETPC nie orzeka już w składzie plenarnym, a rozpatrywanie wniosków należy do kompetencji Wielkiej Izby (art. 31 c) Konwencji). Ponadto do złożenia wniosku o wydanie opinii według Protokołu nr 2 konieczna była większość dwóch trzecich głosów w Komitecie Ministrów, a od 1 listopada 1998 r. wystarcza większość zwykła (art. 47 ust. 3 EKPC).

¹² Podpisanej w Owiedo 4 kwietnia 1997 r., w mocy od 1 grudnia 1999 r. (European Treaty Series no. 164).

¹³ Jego funkcje wykonuje Komitet Zarządzający ds. Bioetyki Rady Europy (CDBI).

¹⁴ Zob. pkt 6 raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 2 z czerwca 1962 r.

¹⁵ *Ibidem*.

art. 65 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości¹⁶. W opinii doradczej z 12 lutego 2008 r. ETPC dokonał interpretacji pojęcia „kwestii prawnych”, jednak posłużył się wyłącznie dokumentacją prac przygotowawczych nad Protokołem nr 2 do Konwencji, bez uwzględnienia wniosków na tle pierwowzoru tego postanowienia w Statucie MTS¹⁷.

W art. 47 ust. 2 EKPC przewidziano wyraźne wyłączenie spod jurysdykcji doradczej treści i zakresu praw i wolności zawartych w rozdziale I EKPC i protokołach, a zatem wykluczono możliwość wypowiedania się przez Trybunał o prawie materialnym EKPC. Drugie ograniczenie dotyczy „innych zagadnień”, jakie mogłyby się pojawić w wyniku postępowania prowadzonego przed Trybunałem lub Komitetem Ministrów na podstawie EKPC. Wyłączenia te mają na celu zapobiec sytuacji, w której kwestie rozpatrywane przez Trybunał w ramach kompetencji doradczej wchodziłyby w zakres jego funkcji judykacyjnej¹⁸. Odnośnie „innych zagadnień” wskazanych w art. 47 ust. 2, intencją autorów tego postanowienia było wykluczenie możliwości wypowiedania się przez ETPC w tym trybie o zakresie zobowiązań państw członkowskich, jeśli ów zakres mógłby stać się przedmiotem orzeczenia w postępowaniu spornym. A zatem jurysdykcja doradcza ETPC *ratione materiae* została ukształtowana bardzo wąsko i ograniczona do kwestii prawnych na tle interpretacji przepisów proceduralnych i instytucjonalnych (w tym kompetencyjnych) zawartych w EKPC i protokołach dodatkowych, pod warunkiem, że zagadnienie będące przedmiotem opinii nie mogłoby pojawić się w postępowaniu spornym przed ETPC.

W świetle art. 47 ust. 1 EKPC jedynie Komitet Ministrów jest organem umocowanym do złożenia wniosku o wydanie opinii doradczej przez ETPC. W raporcie wyjaśniającym do Protokołu nr 2 wyrażono pogląd, że Zgromadzenie Konsultacyjne (Parlamentarne), Sekretarz Generalny Rady Europy czy nawet sam Trybunał mogą przedkładać Komitetowi Ministrów propozycje wniosków o opinię doradczą¹⁹. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby państwostrona EKPC (lub kilka państw wspólnie) zwracało się z do Komitetu Ministrów z taką sugestią. Teoretycznie możliwe, aczkolwiek mało prawdopodobne, jest przedstawianie Komitetowi Ministrów propozycji zwrócenia się o opinię doradczą przez komitety współpracy międzyrządowej (np. CDDH) czy nawet organizacje pozarządowe.

Art. 47 ust. 3 EKPC przewiduje, że decyzje w sprawie przedłożenia wniosku o opinię doradczą podejmuje się większością głosów na posiedzeniu przedstawicieli państw uprawnionych do zasiadania w Komitecie Ministrów

¹⁶ Na temat kompetencji doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości zob. J. Frowein, K. Oellers-Frahm, *Article 65 [w:] A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm (red.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford (etc.) 2006, s. 1408–1410.

¹⁷ Zob. opinię doradczą ETPC z 12 lutego 2008 r., § 36–37.

¹⁸ Zob. pkt 9 Raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 2 z czerwca 1962 r.

¹⁹ Zob. pkt 7 Raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 2 z czerwca 1962 r.

(*Ministers' Deputies*). Wniosek o wydanie opinii doradczej powinien być złożony u Kanclerza²⁰ i zawierać – poza pełnym i precyzyjnym wskazaniem kwestii przedkładanej Trybunałowi – datę podjęcia przez Komitet Ministrów decyzji, o której mowa w art. 47 ust. 3 EKPC, a także wskazywać osoby upoważnione przez wnioskodawcę do występowania przed ETPC w dalszym postępowaniu. Po otrzymaniu wniosku Kanclerz przekazuje jego kopię wszystkim sędziom Trybunału oraz informuje państwa-strony o możliwości składania pisemnych stanowisk w danej sprawie²¹. Po zakończeniu procedury pisemnej Prezes Trybunału podejmuje decyzje, czy należy umożliwić zainteresowanym państwom rozwinięcie ich argumentów na publicznej rozprawie²².

Wydanie i opublikowanie opinii doradczej kończy bieg postępowania. Po otrzymaniu kopii opinii doradczej, Komitet Ministrów przyjmuje ją do wiadomości w drodze decyzji przedstawicieli ministrów (*Ministers' Deputies*). W przypadku opinii ETPC z 12 lutego 2008 r. Komitet Ministrów upoważnił swojego Przewodniczącego do „oficjalnego przekazania opinii Zgromadzeniu Parlamentarnemu wraz ze zwróceniem uwagi na jej znaczenie”²³.

Opinie doradcze ETPC nie są prawnie wiążące, aczkolwiek można przyjąć, że organy statutowe Rady Europy oraz państwa-strony Konwencji winny traktować je jako stanowiska rozstrzygające problem wykładni EKPC w zakresie objętym opinią.

Praktyczna realizacja kompetencji doradczej ETPC

Jak już wspomniano, w dotychczasowej praktyce systemu Konwencji europejskiej kompetencja doradcza Trybunału była wykorzystywana bardzo sporadycznie. Przed wejściem w życie Protokołu nr 11 do EKPC w 1998 r. inicjatywa skierowania zapytania do Trybunału na podstawie postanowień Protokołu nr 2 pojawiała się kilkakrotnie, jednak nigdy nie doszło do faktycznego złożenia wniosku przez Komitet Ministrów. Mimo to warto odnotować, że w 1972 r., a więc niespełna dwa lata po wejściu w życie Protokołu nr 2, delegacja Niderlandów zwróciła się do Komitetu Ministrów o złożenie wniosku o opinię doradczą w związku z projektem zmian w ustawodawstwie dotyczącym dyscypliny wojskowej²⁴. Inicjatywa niderlandzka upadła jednak w Komitecie, gdyż uznano, że tego rodzaju wniosek byłby niedopuszczalny jako dotyczący treści praw i wolności zawartych w Konwencji.

²⁰ Artykuł 83 Regulaminu ETPC.

²¹ Artykuł 84 Regulaminu ETPC.

²² Artykuł 86 Regulaminu ETPC w zw. z art. 40 ust. 1 EKPC.

²³ Zob. decyzję przedstawicieli ministrów podjętą na 1019. sesji *Ministers' Deputies* w dn. 27–28 lutego 2008 r. (pkt 4.3a).

²⁴ A. Drzemczewski, *op. cit.*, s. 506.

A. Drzemczewski opisuje dwie kolejne próby zainteresowania Komitetu Ministrów złożeniem wniosku o opinię doradczą z lat osiemdziesiątych XX wieku: pierwsza z nich dotyczyła wyjaśnienia zakresu kompetencji Komitetu Ministrów w odniesieniu do nadzoru nad wykonywaniem wyroków Trybunału²⁵. Sekretariat Rady Europy przygotował nawet projekt pytań, które warto przytoczyć, gdyż obrazują ewolucję w dziedzinie sprawowania przez Komitet Ministrów swoich funkcji nadzorczych, wynikających z obecnego art. 46 ust. 1 Konwencji (*ex art.* 54). Otóż w 1983 r. propozycje pytań (na tle debaty w Komitecie Ministrów) brzmiały następująco:

– *Jaki jest zakres funkcji nadzorczych Komitetu Ministrów zgodnie z art. 54 [Konwencji], a w szczególności: czy funkcja ta jest ograniczona do nadzoru nad zadośćuczynieniem za naruszenie na szkodę skarżącego/skarżących w konkretnej sprawie, czy też może obejmować również takie środki ogólne, jakich podjęcie może być konieczne w rezultacie wyroku?*

– *Czy Komitet Ministrów ma kompetencję jedynie do zapoznania się z informacją przedstawioną przez państwo [dotyczącą wykonania wyroku – przyp. M.B.], czy też jego kompetencja obejmuje także badanie tej informacji?*²⁶

W 1983 r. Komitet Ministrów nie zdecydował się na skierowanie powyższych pytań do Trybunału z wnioskiem o wydanie opinii doradczej, natomiast dużo późniejsza praktyka orzecznicza ETPC (z początku XXI w.) oraz praktyka instytucjonalna Komitetu Ministrów daje podstawy do udzielenia jednoznacznie pozytywnej odpowiedzi na wyżej postawione pytania²⁷. Druga niezrealizowana inicjatywa skierowania wniosku o opinię doradczą do ETPC w latach osiemdziesiątych XX w. odnosiła się natomiast do oświadczenia Turcji załączonego do deklaracji o uznaniu jurysdykcji ETPC w zakresie przyjmowania skarg indywidualnych przeciwko temu państwu w 1987 r.²⁸

Dopiero w pierwszej dekadzie XXI w. Komitet Ministrów skierował do Trybunału wnioski o wydanie opinii doradczych:

1) w dniu 9 stycznia 2002 r., odnośnie „współistnienia Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności Wspólnoty Niepodległych Państw oraz Europejskiej konwencji praw człowieka”;

2) w dniu 17 lipca 2007 r., odnośnie dwóch pytań:

a) Czy lista kandydatów na stanowisko sędziego ETPC, która spełnia kryteria wskazane w art. 21 Konwencji, może być odrzucona wyłącznie z uwagi na kwestie dotyczące płci [kandydatów]?

²⁵ *Ibidem*, s. 507.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Na temat środków ogólnych w ramach wykonywania wyroków ETPC zob. m.in. A. Wróbel, *Artykuł 46*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 19-59*, Warszawa 2011, t. II, s. 400–405. W literaturze obcojęzycznej: X.-B. Ruedin, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droit de l'homme. Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bâle-Paris-Bruxelles 2009, *passim*.

²⁸ A. Drzemczewski, *op. cit.* s. 507.

b) Czy rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego nr 1366 (2004) i 1426 (2005) naruszają obowiązek Zgromadzenia na podstawie art. 22 EKPC do rozpatrzenia listy lub nazwiska na takiej liście, na podstawie kryteriów wskazanych w art. 21 EKPC?

3) w dniu 15 lipca 2009 r. odnośnie m.in. następujących pytań:

a) Czy lista trzech kandydatów nominowanych przez Wysoką Układającą się Stronę do wyboru na urząd sędziego ETPC w stosunku do tej Strony, przekazana Zgromadzeniu Parlamentarnemu, może być cofnięta i zastąpiona przez tę Stronę nową listę trzech kandydatów? W przypadku odpowiedzi twierdzącej – czy istnieje termin?

b) Czy kandydaci na urząd sędziego ETPC mogą być uznani jako nominowani przez Wysoką Układającą się Stronę w rozumieniu art. 22 Konwencji, jeśli lista zawierająca ich nazwiska została przez tę stronę wycofana?

c) Czy Zgromadzenie Parlamentarne jest zobowiązane do rozważenia przedstawioną przez Wysoką Układającą się Stronę listę kandydatów, która zastępuje listę poprzednio złożoną i wycofaną przez tę Stronę?

Trybunał wydał merytoryczne opinie doradcze w odniesieniu do drugiego i trzeciego wniosku (odpowiednio: w dniu 12 lutego 2008 r.²⁹ i 22 stycznia 2011 r.³⁰). W przypadku pierwszego wniosku Trybunał uznał w decyzji z dnia 2 czerwca 2004 r.³¹, iż w świetle art. 47 EKPC nie posiada kompetencji do jego rozpatrzenia (zob. niżej). Decyzja z 2004 r. oraz opinie z 2008 i 2011 r. zostaną poniżej omówione chronologicznie.

Kompetencja do wydania opinii doradczej stanowiła podstawowe zagadnienie rozpatrywane w związku z wnioskiem Komitetu Ministrów złożonym w dniu 9 stycznia 2002 r., który dotyczył „współistnienia Konwencji praw człowieka Wspólnoty Niepodległych Państw i EKPC”. Ocena zgodności wniosku o opinię doradczą z zakresem kompetencji wytyczonej traktatem – przed rozpoznaniem meritum wniosku – jest koniecznym etapem postępowania. MTS w swoim orzecznictwie podkreślał, że art. 65 Statutu nadaje temu Trybunałowi uprawnienie do badania, czy okoliczności sprawy nie powinny prowadzić do odmowy odpowiedzi na zadane pytanie³². W analogiczny sposób swoją kompetencję doradczą realizuje Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka³³.

²⁹ *Advisory opinion of 12 February 2008 on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights.*

³⁰ *Advisory opinion of 22 January 2011 on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (No. 2).*

³¹ *Decision of the competence of the Court to give an advisory opinion of 2 June 2004.*

³² Zob. opinię doradczą MTS w sprawie interpretacji traktatów pokojowych z 30 marca 1950 r. (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*), I.C.J. Reports 1950, s. 72.

³³ Zob. opinię doradczą MTPC z 24 września 1982 r. (*„Other treaties” subject to the consultative jurisdiction of the Court*), OC-1/82, § 28 i n.

Badając kwestię własnej jurysdykcji po wpłynięciu wniosku Komitetu Ministrów, Trybunał zwrócił się do państw-stron EKPC o zajęcie stanowiska w tej kwestii, a w szczególności, czy wniosek odnosi się do zagadnienia, które ETPC mógłby rozpatrywać w kontekście badania dopuszczalności skarg ndywidualnych na podstawie art. 35 ust. 2 EKPC.³⁴ Chodziło m.in. o ustalenie, jakie skutki prawne miałyby złożenie skargi jednocześnie w systemie EKPC oraz na podstawie postanowień Konwencji WNP³⁵. Spośród dziesięciu państw, które złożyły pisemne stanowiska w odpowiedzi na ww. pytania Trybunału, cztery rządy – w tym rząd RP – wyraziły pogląd, że ETPC posiada kompetencję do wydania wnioskowanej opinii doradczej. Rząd Malty twierdził w tym względzie, iż wniosek Komitetu Ministrów dotyczył *de facto* interpretacji art. 55 EKPC (wyłączenie innych środków rozstrzygnięcia sporów).

Stosując art. 48 EKPC w związku z art. 47 ust. 2 i 3 EKPC, Trybunał w decyzji z 4 czerwca 2004 r. uznał, iż wniosek Komitetu Ministrów dotyczy kwestii, którą Trybunał mógłby w przyszłości rozpatrywać w wyniku postępowania spornego, a zatem nie ma kompetencji do wydania opinii doradczej w przedłożonej mu sprawie. ETPC zwrócił uwagę, iż celem postanowień wyłączających jego jurysdykcję doradczą jest uniknięcie wydania takiej opinii, która mogłaby rzutować na późniejsze rozpatrywanie skarg wniesionych na podstawie artykułów 33 i 34 EKPC, nawet jeśli takie skargi nie zostały wniesione lub mogą nigdy nie zostać wniesione³⁶. Jednocześnie Trybunał nie podzielił poglądu, aby wniosek Komitetu Ministrów dotyczył interpretacji art. 55 EKPC (wyłączenie innych środków rozstrzygnięcia sporów). W opinii ETPC wniosek należało potraktować jako pytanie, czy postępowanie przed Komisją Praw Człowieka WNP można uznać za „inną procedurę międzynarodowego dochodzenia lub rozstrzygnięcia”, w rozumieniu art. 35 ust. 2 (b) EKPC.

Kolejny (drugi) wniosek Komitetu Ministrów o wydanie opinii doradczej, dotyczący list kandydatów na stanowisko sędziego ETPC, wymagał interpretacji pojęcia „kwestia prawna”. Spośród trzynastu rządów, które złożyły pisemne stanowiska w tym postępowaniu, tylko Austria i Hiszpania zakwestionowały jurysdykcję Trybunału. Francja natomiast wyraziła pogląd, iż jurysdykcja doradcza ETPC nie obejmuje badania zgodności rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z EKPC. Trybunał uznał, że pierwsze pytanie zadane przez Komitet Ministrów (tj. Czy lista kandydatów na stanowisko sędziego ETPC, która spełnia kryteria wskazane w art. 21 EKPC, może być odrzucona wyłącznie z uwagi na kwestie dotyczące płci

³⁴ Decyzja ETPC w sprawie kompetencji do wydania opinii doradczej z 2 czerwca 2004 r., § 21.

³⁵ *Nota bene* mechanizm skargi indywidualnej na podstawie Konwencji WNP nigdy nie został uruchomiony (nie powstała Komisja Praw Człowieka WNP, o której mowa w art. 34 tej konwencji).

³⁶ Zob. § 33 decyzji ETPC.

[kandydatów]?) dotyczy praw i obowiązków Zgromadzenia Parlamentarnego w procedurze wyboru sędziów, a zatem podniesiona kwestia ma charakter prawny i jest objęta jurysdykcją ETPC na podstawie art. 47 ust. 1 EKPC. Ponadto nie wystąpiły przesłanki wyłączające jurysdykcję doradczą, o których mowa w art. 47 ust. 2 EKPC.

Trybunał nie wypowiedział się natomiast wprost, czy w ramach jego kompetencji doradczej mieści się odpowiedź na drugie pytanie (tj. czy rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego nr 1366 (2004) i 1426 (2005) naruszają obowiązek Zgromadzenia na podstawie art. 22 EKPC do rozpatrzenia listy lub nazwiska na takiej liście, na podstawie kryteriów wskazanych w art. 21 EKPC). ETPC wyraził jedynie wątpliwość, czy powyższe pytanie dotyczy wyłącznie „interpretacji Konwencji i protokołów do niej” w rozumieniu art. 47 ust. 1 EKPC. Trybunał powstrzymał się jednak od rozstrzygnięcia tej kwestii, zważywszy na odpowiedź udzieloną na pierwsze pytanie zadane przez Komitet Ministrów.

Uzasadnienie opinii doradczych ETPC z 12 lutego 2008 r. i 22 stycznia 2010 r.

Pierwsza merytoryczna opinia doradczą ETPC (z 12 lutego 2008 r.) spotkała się ze zrozumiałym zainteresowaniem w piśmiennictwie³⁷. Odpowiadając na pytanie Komitetu Ministrów (w pewnym uproszczeniu: czy można odrzucić listę kandydatów na sędziów, gdy są na niej jedynie osoby tej samej płci?), ETPC wyraził pogląd, iż są granice dla realizowania polityki obecności tzw. „płci niedoreprezentowanej” (*ang. under-represented sex*) w ramach funkcji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. Granice te wytyczyły same państwa-strony Konwencji: Komitet Ministrów nie zdecydował się bowiem skorzystać z sugestii Zgromadzenia Parlamentarnego, aby wprowadzić traktatowy wymóg przedstawiania przez państwa listy kandydatów, na której będzie co najmniej jedna osoba każdej płci³⁸. Trybunał podkreślił, że w niekiedy może pojawić się trudność ze zróżnicowaniem takiej listy pod kątem płci, a zwłaszcza w państwach, w których, liczba osób uprawiających zawody prawnicze nie jest duża. Ponadto Trybunał zwrócił uwagę, że państwa-strony co do zasady zaakceptowały promowaną przez Zgromadzenie Parlamentarne zasadę nominowania kandydatów „płci niedoreprezentowanej”, ale z zastrzeżeniem możliwości odstępstwa od tej zasady w uzasadnio-

³⁷ M. Kowalski, *Pierwsza opinia doradczą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008 nr 7, s. 49–54. Zob. także A. Mowbray, *The consideration of gender in the process of appointing judges to the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2008, Vol. 8, No. 3, s. 549–559.

³⁸ Zob. pkt 49 opinii z 12 lutego 2008 r.

nych przypadkach. Dążenie do zapewnienia zróżnicowania płciowego stanowi zatem obowiązek starannego działania, a nie rezultatu.³⁹

ETPC nie podzielił opinii, jakoby zróżnicowanie kandydatów na stanowisko sędziego pod kątem płci było łatwe do osiągnięcia, skoro w świetle Konwencji kandydaci nie muszą być obywatelami państwa-strony dokonującego nominacji. Według ETPC, państwa nie mogą być zmuszane do wskazywania kandydata niebędącego ich obywatelem, gdyż budziłoby to zastrzeżenia na tle poszanowania suwerenności państw, a ponadto byłoby szkodliwe dla sprawnego funkcjonowania systemu kontrolnego EKPC⁴⁰. A zatem, wymaganie od państw nominowania na stanowisko „sędziego narodowego” (*ang. national judge*) cudzoziemca tylko dlatego, aby osiągnąć zróżnicowanie listy pod kątem płci kandydatów, jest niezgodne z Konwencją.

W konkluzji Trybunał stwierdził, że chociaż zapewnienie zróżnicowanych płciowo list kandydatów na sędziów jest zasadne i ogólnie akceptowane, nie można wprowadzać takiego zróżnicowania poprzez kategoryczne i bezwarunkowe postanowienia, które mogą uniemożliwić państwom-strom Konwencji dokonanie wyboru kandydatów spełniających kryteria wskazane w art. 21 ust. EKPC⁴¹. Jednocześnie Trybunał próbował nieco załagodzić ton swojego stanowiska, podkreślając że na pytanie zadane przez Komitet Ministrów trudno jest odpowiedzieć „tak” lub „nie”. Natomiast jako sprzeczną z Konwencją należy uznać praktykę Zgromadzenia Parlamentarnego polegającą na odrzucaniu listy kandydatów do stanowiska sędziego, w sytuacji gdy państwo nominujące przedsięwzięło wszelkie konieczne i właściwe kroki, aby zapewnić obecność kandydata „płci niedoreprezentowanej” na liście⁴².

Powyższa konkluzja zasługuje na aprobatę⁴³. Trudno nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że to przede wszystkim litera traktatu wyznacza kryteria wymagane do sprawowania urzędu sędziego, a wprowadzanie dodatkowych (pozatraktatowych) warunków – nawet gdy są one racjonalnie uzasadnione – nie może zmuszać państw do przedstawiania list spełniających wymogi „dodatkowe”, a niespełniających „podstawowych”. Warto też mieć na względzie, że spór wokół „płci niedoreprezentowanej” w Trybunale dotyczył – pośrednio – interesującego pytania o granice autonomii prawotwórczej i funkcjonalnej organów organizacji międzynarodowej. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy stanowi bowiem ciekawy przykład organu, który rozszerzająco interpretuje swoje funkcje statutowe (lub przewidziane w innych traktatach). Jednak z uwagi na ramy niniejszego opracowania ten wątek nie będzie w tym miejscu kontynuowany.

³⁹ *Ibidem*, pkt 51.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 52.

⁴¹ *Ibidem*, pkt 53.

⁴² *Ibidem*, pkt 54.

⁴³ Tak również M. Kowalski, *op. cit.*, s. 54.

Druga opinia doradcza ETPC – wydana 22 stycznia 2010 r. – również dotyczyła procedury wyboru sędziów Trybunału, przy czym pytania zadane przez Komitet Ministrów miały wymiar *stricte* proceduralny i nie odnosiły się do kryteriów wyboru na urząd sędziego. Bezpośrednią przyczyną skierowania przez Komitet Ministrów wniosku o wydanie opinii doradczej był spór pomiędzy Zgromadzeniem Parlamentarnym a rządem Ukrainy, który w wyniku zmian na szczytach władzy domagał się anulowania uprzednio złożonej listy kandydatów na sędziów ETPC i zastąpienia jej przez listę ułożoną już przez nowe władze.

Odpowiadając na zadane pytania, Trybunał powołał się na trzy zasady ogólne: zasadę skutecznej ochrony praw człowieka jako celu EKPC, konieczność zapewnienia autorytetu i właściwego funkcjonowania ETPC, w tym wykładni art. 21 i 22 EKPC w sposób służący najlepiej niezawisłości i bezstronności Trybunału i jego sędziów, oraz zasadę równowagi i podziału kompetencji pomiędzy państwa-strony a Zgromadzenie Parlamentarne na podstawie art. 22 EKPC⁴⁴. ETPC przypomniał, że kompetencje nadane Zgromadzeniu Parlamentarnemu przez państwa-strony na podstawie art. 22 EKPC obejmują zarówno zobowiązania, jak i prerogatywy. Do tych ostatnich Trybunał zaliczył – w świetle braku szczegółowych wskazań w treści art. 22 EKPC – pewną swobodę w ustalaniu procedury wyboru sędziów.⁴⁵ Państwa-strony również dysponują zakresem swobody przy wypełnianiu ich zobowiązań na podstawie tego postanowienia. Według Trybunału żadna ze stron wykonująca swoje zadania w procedurze nominowania i wyboru sędziów (tj. Zgromadzenie Parlamentarne i państwo-strona Konwencji) nie może tego czynić ze szkodą dla uprawnień drugiej strony. Państwa mogą wycofać listę kandydatów w trakcie wstępnego etapu procedury, pod warunkiem że nie zakłóca to normalnego przebiegu i harmonogramu prac ZPRE w związku z wyborami sędziego⁴⁶. Jednak w interesie pewności prawnej, a także przejrzystości i skuteczności wskazane jest – zdaniem Trybunału – określenie terminu dopuszczalnego wycofania listy bądź jej części (tj. niektórych kandydatów) przez państwo-stronę, wyjąwszy konieczność uzupełnienia składu osób nominowanych przez państwo z przyczyn losowych. ETPC doszedł do wniosku, że terminem dopuszczalnego wycofania lub zastąpienia listy osób nominowanych powinien być termin złożenia listy w Zgromadzeniu Parlamentarnym, inaczej bowiem zakłócałoby to prawidłowy przebieg i harmonogram procedury wyborczej⁴⁷. Na państwach spoczywa obowiązek właściwego przeprowadzenia naboru kandydatów spełniających kryteria wyrażone w art. 21 ust. 1 EKPC, natomiast wraz z momentem przedstawienia listy w ZPRE wygasa możliwość zastąpienia osób wskazanych na liście innymi

⁴⁴ Zob. pkt 36-39 opinii doradczej z 22 stycznia 2010 r.

⁴⁵ *Ibidem*, pkt 43.

⁴⁶ *Ibidem*, pkt 46.

⁴⁷ *Ibidem*, pkt 49.

bądź wycofanie całej listy. A zatem w okolicznościach sprawy, która stała się powodem skierowania wniosku o opinię doradczą, wycofanie listy kandydatów na sędziów nie było skuteczne.

Protokół nr 16 do EKPC – rozszerzenie zakresu kompetencji doradczej czy nowa formuła dialogu ETPC z sądami krajowymi?

Dyskusję na temat rozszerzenia kompetencji doradczej ETPC można podzielić na dwie zasadnicze części. Pierwsze inicjatywy zmierzające do zmiany kształtu tej kompetencji pojawiły się wkrótce po wejściu w życie Protokołu nr 2 do Konwencji, a więc na początku lat 70. XX wieku. Państwa-strony EKPC zdały sobie sprawę, że wąski zakres rzeczowy jurysdykcji doradczej bardzo ogranicza praktyczne zastosowanie procedury wprowadzonej na mocy tego protokołu. W 1974 r. pracach międzyrządowych pojawiła się sugestia rozszerzenia zakresu kompetencji doradczej ETPC, łącznie z uchYLENIEM Protokołu nr 2 i zastąpieniem go nową regulacją⁴⁸. Negatywnie na temat ostatniego pomysłu wyraził się sam Trybunał, argumentując – skądinąd słusznie – że nie można przesądzać o bezużyteczności dotychczasowej procedury doradczej⁴⁹. Dyskusja odnośnie do rozszerzenia jurysdykcji doradczej w latach 70. XX wieku zmierzała w kierunku nadania Trybunałowi kompetencji do wydawania (na wniosek rządów) opinii o projektach krajowych aktów prawnych. Jak już wspomniano, tego typu wniosek próbowały bezskutecznie przeforsować Niderlandy wkrótce po wejściu w życie Protokołu nr 2. Jednak pomysł rozszerzenia jurysdykcji doradczej Trybunału na projekty krajowych aktów prawnych nie uzyskał wystarczającego poparcia wśród państw-stron. W trakcie prac w komitetach międzyrządowych wskazywano na szereg problemów, jakie wiązałyby się z nowym kształtem kompetencji doradczej, w tym możliwość pojawienia się na wokandzie Trybunału sprawy, w której wcześniej oceniał ustawodawstwo krajowe w opinii doradczej⁵⁰. Tak czy inaczej brak zainteresowania państw spowodował, że pomysł rozszerzenia jurysdykcji doradczej na badanie zgodności projektów legislacyjnych na wniosek rządów upadł zarówno w latach 70., jak i w latach 90., kiedy to opracowano projekt Protokołu nr 11 do Konwencji. Przypomnijmy, że EKPC po zmianach wprowadzonych na mocy tego Protokołu uwzględniała kompetencję doradczą Trybunału w niemal tej samej postaci, co w Protokole nr 2.

Natomiast drugi etap dyskusji o usprawnieniu jurysdykcji doradczej ETPC obejmuje inicjatywę rozszerzenia jej zakresu przedmiotowego na pyta-

⁴⁸ A. Drzemczewski, *op. cit.*, s. 500.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 501.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 509.

nia przedstawiane przez sądy państw-stron. Nie chodzi tu zatem o modyfikację istniejącej kompetencji przewidzianej w artykułach 47–49 Konwencji, ile raczej o wprowadzenie zupełnie nowej procedury. Problematyka ta została podniesiona m.in. w raporcie tzw. *Group of Wise Persons* z 2006 r.⁵¹, w którym pozytywnie oceniono możliwość fakultatywnego zwracania się o opinię doradczą do ETPC przez sądy krajowe. Zdaniem Grupy, służyłoby to rozwojowi dialogu pomiędzy sądami oraz wzmacniało „konstytucyjną” rolę Trybunału. Powyższa propozycja zakładała, aby jedynie sądy konstytucyjne lub sądy ostatniej instancji miały legitymację do wnioskowania o opinię doradczą, a ponadto aby ETPC miał pełną swobodę w podejmowaniu decyzji co do wydania bądź odmowy wydania opinii doradczej, nawet bez podania powodów. Propozycja Grupy spotkała się z pozytywną reakcją w doktrynie⁵².

Koncepcja nowego ukształtowania jurysdykcji doradczej ETPC – tj. niezależnie od istniejącej na podstawie art. 47 EKPC – była następnie rozważana w pracach Grupy Refleksyjnej (DH-S-GDR) działającej w latach 2007–2009. Sekretariat przedstawił następującą propozycję przepisu wprowadzającego nowy rodzaj jurysdykcji doradczej: *Trybunał może, na wniosek sądu lub trybunału Wysokiej Układającej się strony, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, wydawać opinie doradcze w sprawie interpretacji praw i wolności określonych w rozdziale I Konwencji i protokołach do niej*⁵³. Następnie koncepcja wprowadzenia nowej procedury doradczej otrzymała wsparcie na wysokim szczeblu politycznym, gdyż została uwzględniona w Deklaracjach z Izmiru oraz Brighton⁵⁴. Co ciekawe,

⁵¹ *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15 November 2006, sygn. dokumentu CM(2006)203, § 76-86. Tekst dostępny na stronie internetowej Rady Europy.

⁵² Zob. na ten temat (i krytycznie wobec upodabniania procedury doradczej w ETPC do procedury prejudycjalnej na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu UE): E. Łętowska, *Co-operation of the ECHR with supreme national judiciary bodies (consultative opinions) and the role of popularising the case-law of the ECHR*, w: *Reforming the European Convention on Human Rights: A work in progress*, Council of Europe Publishing 2009, s. 207-209.

⁵³ Zob. *Draft working paper on the proposal introducing an advisory opinion procedure in the European Convention on Human Rights* – 5. posiedzenie Grupy DH-S-GDR, 4-6 marca 2009 r. Tłumaczenie autora.

⁵⁴ Deklaracja z Izmiru przyjęta 27 kwietnia 2011 r. na Konferencji wysokiego szczebla w sprawie przyszłości Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, pkt 2 (b): *Konferencja zachęca Komitet Ministrów do zastanowienia się nad zasadnością wprowadzenia procedury pozwalającej najwyższym sądom krajowym zwracać się do opinii doradcze do Trybunału*. Deklaracja z Brighton przyjęta 19 kwietnia 2012 r. (także na Konferencji wysokiego szczebla) stwierdza w pkt 12 (d): (...) *interakcja pomiędzy Trybunałem i władzami krajowymi mogłaby zostać wzmocniona poprzez wprowadzenie do Konwencji dodatkowej kompetencji Trybunału, opcjonalnej dla państw-stron, do wydawania – na wniosek – opinii doradczych na temat wykładni Konwencji w kontekście konkretnej sprawy na poziomie krajowym, uwzględniając niewiążący charakter tych opinii dla innych państw-stron (...)*. Zob. także pkt 2 i 3 raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 16 do EKPC, dostępnego na stronie: <http://conventions.coe.int>

propozycja nowej procedury nie znalazła się w nieco wcześniejszej Deklaracji z Interlaken, która rozpoczęła serię trzech pokonferencyjnych stanowisk politycznych państw-stron Konwencji w latach 2010–2012.

Decydujące znaczenia miała Deklaracja z Brighton, w której zwrócono się do Komitetu Ministrów o przygotowanie projektu protokołu opcyjnego do Konwencji do końca 2013 r.⁵⁵ Gospodarze konferencji w Brighton wykazywali dużą aktywność w promowaniu „dialogu” sądów krajowych i Trybunału strasburskiego. Nie bez znaczenia było także dążenie do osiągnięcia konkretnych wyników w procesie reformowania systemu Konwencji, zważywszy na rosnący sceptycyzm brytyjskich kręgów politycznych wobec obecności Zjednoczonego Królestwa w tym systemie. Przypomnijmy, że w ostatnich latach przybrał na sile spór części brytyjskich elit politycznych i Trybunału, między innymi na tle prawa do głosowania osób pozbawionych wolności. Tak czy inaczej nie można odmówić Brytyjczykom determinacji do rozszerzenia jurysdykcji doradczej Trybunału. Stanowisko brytyjskie w tej kwestii można także uzasadnić pozytywnymi doświadczeniami w dialogu sądów brytyjskich i ETPC w sprawach dotyczących standardów dowodowych w procesie karnym,⁵⁶ jak również pozytywną opinią Trybunału wyrażoną przed Konferencją w Brighton⁵⁷.

Międzyrządowe prace przygotowawcze nad projektem protokołu fakultatywnego wprowadzającego nową procedurę doradczą, prowadzone pod egidą Komitetu Ekspertów ds. Reformy Trybunału (DH-GDR), zostały zakończone jeszcze przed upływem terminu wskazanego w Deklaracji z Brighton. W rezultacie Protokół nr 16 do EKPC otwarto do podpisu 2 października 2013 r. Artykuł 1 tego Protokołu stanowi:

1. *Najwyższe sądy i trybunały Wysokiej Układającej się Strony, wyszczególnione zgodnie z artykułem 10, mogą zwracać się do Trybunału o wydanie opinii doradczych w zasadniczych kwestiach odnoszących się do wykładni i stosowania praw i wolności określonych w Konwencji i protokołach do niej.*
2. *Wnioskujący sąd lub trybunał może zwrócić się o opinię doradczą tylko w kontekście zawisłej przed nim sprawy.*

⁵⁵ Zob. pkt 12(d) Deklaracji z Brighton *in fine*.

⁵⁶ Zob. K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, „Legal Studies” 2014, vol. 34, issue 3, s. 12. Autorzy wskazują na dialog Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa i ETPC, który polegał na zrewidowaniu przez Wielką Izbę Trybunału dotychczasowego, kategorycznego stanowiska w związku z oceną skazania na podstawie zeznań świadka nieobecnego w czasie rozprawy. Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Al-Khawaja p. Zjednoczonemu Królestwu* z 15 grudnia 2011 r. zmienił wcześniejsze orzeczenie Izby (z 20 stycznia 2009 r.) pod wpływem argumentacji płynącej z wyroku *UK Supreme Court* w sprawie *R. v. Horncastle and others* autorstwa Lorda Phillipsa (z 9 grudnia 2009 r., [2010] All ER 359).

⁵⁷ Zob. *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, dokument dostępny na stronie: http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_en.pdf.

3. *Wnioskujący sąd lub trybunał przedstawi uzasadnienie swojego wniosku oraz właściwe tło prawne i faktyczne zawistej sprawy.*⁵⁸

Zgodnie z głównymi założeniami nowej procedury doradczej, podstawową jej cechą jest fakultatywność, czyli pozostawienie sądom krajowym swobody co do decyzji, czy skorzystać z możliwości wnioskowania o opinię do Trybunału. Krąg podmiotów uprawnionych do skierowania wniosku obejmuje „najwyższe sądy i trybunały”, które zostaną wskazane przez państwo-stronę Protokołu nr 16 na podstawie art. 10. Twórcy Protokołu celowo użyli w art. 1 przymiotnika *highest* (a nie: *the highest*), aby pozostawić państwom możliwość wskazania sądów innych niż sądy najwyższe i konstytucyjne⁵⁹, gdy wynika to ze specyfiki danego systemu sądownictwa krajowego. Ponadto, zgodnie z art. 10 Protokołu nr 16, oświadczenie państwa-strony wskazujące sądy uprawnione do wnioskowania o opinię doradczą może być później modyfikowane na tych samych zasadach, co pierwsze tego typu oświadczenie składane Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy w momencie podpisania lub składania instrumentu ratyfikacji, przyjęcia lub zatwierdzenia. A zatem to wyłącznie od władzy wykonawczej zależeć będzie desygnowanie sądów uprawnionych do wnioskowania o opinię, jak i dokonywanie zmian w treści oświadczenia, o którym mowa w art. 10 Protokołu nr 16. W piśmiennictwie wyrażono obawę, że takie rozwiązanie może prowadzić do nadużyć, bowiem niektóre państwa mogą odmówić uwzględnienia – na przykład – sądu konstytucyjnego, z którym aktualna władza wykonawcza znajduje się w sporze⁶⁰. Nie jest wykluczony także scenariusz, w którym państwo-strona wycofuje legitymację do wnioskowania o opinię doradczą dla sądu lub trybunału, który swoją działalnością „naraził się” władzy wykonawczej. Oczywiście byłby to bardzo niepokojący sygnał z perspektywy poszanowania rządów prawa w danym państwie, ale nie można takiego scenariusza wykluczyć, biorąc pod uwagę rzeczywiste konflikty pomiędzy rządem a sądem konstytucyjnym w niektórych Państwach-Stronach Konwencji. Z tego punktu widzenia pozostawienie władzy wykonawczej tak daleko idącej swobody w kształtowaniu kręgu sądów uprawnionych do wnioskowania o opinię doradczą trzeba uznać za ryzykowne.

Przedmiotem wniosku o opinię doradczą powinny być „zasadnicze kwestie odnoszące się do wykładni i stosowania praw i wolności określonych w Konwencji i protokołach do niej” (ang. *questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto*). W raporcie wyjaśniającym odnotowano, że pojęcie „zasadniczej kwestii” było zainspirowane raportem *Group of Wise Persons* z 2006 r., a po części ma związek z terminem „poważne zagadnienie dotyczące interpretacji i stosowania Konwencji i protokołów do niej” (ang.

⁵⁸ Tłumaczenie autora.

⁵⁹ Zob. pkt 7 Raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 16.

⁶⁰ K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *op. cit.*, s. 20.

serious question affecting the interpretation or application of the Convention and Protocols thereto) użytym w art. 43 ust. 2 Konwencji, w którym mowa o przesłankach przyjęcia wniosku o przyjęcie sprawy do rozpoznania przez Wielką Izbę Trybunału (po wyroku Izby).

Charakterystyczną cechą „zasadniczej kwestii” przedstawianej Trybunałowi w związku z wnioskiem o opinię doradczą musi być jej związek ze sprawą zawisłą przed sądem wnioskującym o opinię doradczą, co wyklucza abstrakcyjne pytania np. odnośnie zgodności z Konwencją przepisów prawa krajowego. Obowiązkiem sądu-wnioskodawcy jest sformułowanie uzasadnienia wraz z „właściwym tłem faktycznym i prawnym zawisłej sprawy”, co w świetle raportu wyjaśniającego wymaga przedstawienia: meritum sprawy wraz z ustaleniami faktycznymi dokonanymi w postępowaniu krajowym (a przynajmniej streszczenia kwestii faktycznych), przepisów prawa krajowego mających zastosowanie w sprawie, kwestii dotyczących Konwencji, a w razie potrzeby także streszczenia argumentów stron postępowania krajowego oraz (w miarę możliwości) własnego stanowiska sądu wnioskującego, w tym analiz dokonanych samodzielnie przez ten sąd⁶¹. Wniosek może być sporządzony w języku urzędowym państwa, którego sąd zwraca się o opinię doradczą do Trybunału.

Artykuł 2 Protokołu nr 16 określa ramy proceduralne w postępowaniu zainicjowanym wnioskiem sądu krajowego. Pierwszym jego etapem jest rozstrzygnięcie przez zespół pięciu sędziów Wielkiej Izby kwestii przyjęcia lub odmowy przyjęcia wniosku. Odmowa wymaga uzasadnienia. Jeżeli wniosek zostanie przyjęty, Wielka Izba wydaje opinię doradczą w składzie uwzględniającym sędziego wybranego z państwa, z którego wpłynął wniosek sądu. Prawo udziału w postępowaniu – poprzez składanie pisemnych stanowisk i uczestniczenia w rozprawach – przyznano Komisarzowi Praw Człowieka Rady Europy. Ponadto Prezes ETPC może zaprosić do przedkładania stanowisk i udziału w rozprawach inne państwa-strony lub podmioty trzecie⁶².

Podobnie jak w przypadku „starej” procedury doradczej, opinie wydawane przez Trybunał wymagają uzasadnienia, a jeżeli opinia w całości lub części nie wyraża jednomyślnej opinii sędziów, każdy sędzia będzie uprawniony do załączenia opinii odrębnej⁶³. Opinie doradcze podlegają publikacji, niezależnie od obowiązku ich doręczenia sądowi-wnioskodawcy oraz państwu-stronie, w ramach którego ten sąd funkcjonuje. Zgodnie z art. 5 Protokołu nr 16, opinie doradcze nie są wiążące, co oznacza zarówno brak związania sądu-wnioskodawcy, jak i państwa-strony. Pozostaje również oczywiste, że opinie doradcze nie wiążą samego Trybunału, tak jak inne rozstrzygnięcia, w tym orzeczenia wydawane w postępowaniach ze skargi indywidualnej. Zważywszy na fakt, że opinie doradcze wydawane będą przez Wielką Izbę,

⁶¹ *Ibidem*, pkt 12.

⁶² Zob. art. 3 Protokołu nr 16.

⁶³ Zob. art. 4 ust. 2 Protokołu nr 16.

tezy zawarte w opinii powinny mieć walor oddziaływania precedensowego wewnątrz systemu EKPC, zwłaszcza gdyby opiniowana sprawa znalazła się ponownie w Trybunale, tym razem w postępowaniu spornym. Trudno również będzie odmówić opiniom doradczym wydawanym w trybie Protokołu 16 pewnego oddziaływania *erga omnes*⁶⁴.

Oceniając rozwiązania zawarte w Protokole 16 do Konwencji, trzeba odnieść się przede wszystkim do celów nowej procedury, jej funkcji oraz prognozowanego wykorzystania i wpływu na funkcjonowanie dotychczasowego systemu kontrolnego EKPC. Jeśli chodzi o cele, w pierwszym rzędzie należy przytoczyć *passus* preambuły do Protokołu nr 16, w którym państwa-strony uznają, że „rozszerzenie kompetencji Trybunału do wydawania opinii doradczych pogłębi wzajemne oddziaływanie pomiędzy Trybunałem i władzami krajowymi, a tym samym umocni wdrażanie Konwencji, zgodnie z zasadą subsydiarności”⁶⁵. *Reflection paper* przygotowany przez Trybunał przed Konferencją w Brighton zawiera także sugestię, że celem nowej procedury doradczej może być wyjaśnianie kwestii dotyczących interpretacji Konwencji na wczesnym etapie (tzn. przynajmniej przed skierowaniem skargi do Trybunału), co może zapobiec wnoszeniu skarg indywidualnych, zwłaszcza w sprawach ujawniających problem strukturalny⁶⁶. Wyrażono nawet przypuszczenie, że rozszerzona procedura doradcza w perspektywie średnio- i długoterminowej może zredukować obciążenie Trybunału sprawami ze skarg indywidualnych⁶⁷. Tego typu oczekiwanie spotkało się z zasadną krytyką w piśmiennictwie⁶⁸. Jak się wydaje, ocena wpływu nowej procedury doradczej na zmniejszenie obciążenia Trybunału jest czystą spekulacją. Nawet jeśli przyjąć, że sądy wnioskujące o wydanie opinii będą zazwyczaj orzekać zgodnie z uzyskaną opinią, takie orzeczenia nie zamykają przecież drogi do skorzystania ze skargi indywidualnej podmiotom niezadowolonym z treści rozstrzygnięcia.

Bardziej realistycznym celem nowej procedury jest stworzenie „forum dialogu” pomiędzy Trybunałem a sądem najwyższym lub konstytucyjnym państw-stron, przy ewentualnym udziale Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, zainteresowanych rządów (stąd preambuła do Protokołu 16 nawiązuje do „oddziaływania pomiędzy Trybunałem a władzami krajowymi), a także organizacjami pozarządowymi. Nie chodzi tu zatem tylko o stworzenie ram dla „dialogu międzysądowego” czy „wspólnoty sądów” – *nota bene* bardzo wartościowej i intensywnie rozwijanej koncepcji, zwłaszcza w pi-

⁶⁴ Zwraca na to uwagę L.-A. Sicilianos, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole no. 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, w: „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 2014, No. 97, s. 28.

⁶⁵ Preambuła do Protokołu nr 16, 3. akapit.

⁶⁶ *Reflection paper*, pkt 14.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *op. cit.*, s. 14 i n.

śmiennictwie amerykańskim⁶⁹ – lecz o zachęcanie sądów krajowych do inicjowania takiego dialogu przy ewentualnym udziale innych podmiotów, o których mowa art. 3 Protokołu nr 16. Można przyjąć, że w dotychczasowym systemie strasburskim dialog sądów najwyższych i konstytucyjnych z Trybunałem także był możliwy i niekiedy wręcz podręcznikowy, jak w przypadku niektórych postępowań zakończonych wydaniem przez ETPC wyroków pilotażowych⁷⁰. Nowa procedura doradcza zwiększałaby natomiast możliwość nawiązania dialogu między sądami krajowymi i ETPC w sprawach o zasadniczym znaczeniu (ang. *cases of principle*), także gdy nie dotyczą kwestii systemowych lub nie są rozstrzygane w drodze wyroku pilotażowych.

Trudno byłoby natomiast odpowiedzialnie stwierdzić, że celem nowej procedury jest zwiększenie efektywności Trybunału, jeżeli pod pojęciem „efektywności” rozumiemy sprawniejsze i szybsze rozstrzyganie spraw indywidualnych. Procedura doradcza umocowana w Protokole nr 16 nie ma przecież na celu przeniesienia punktu ciężkości rozstrzygania prostych spraw na poziom krajowy; przeciwnie: zachęca do zwracania się do Trybunału z pytaniami w „zasadniczych sprawach”, które zapewne i tak trafiłyby tam po niekorzystnym dla skarżącego rozstrzygnięciu sądu najwyższego lub konstytucyjnego.

Jaką funkcję ma zatem spełniać nowa procedura, skoro *de facto* prowadzi do wydania „opinii prejudycjalnej” na temat wykładni lub stosowania Konwencji w sprawie przedłożonej przez sąd krajowy? Otóż można założyć, że rozwiązanie przewidziane w Protokole nr 16 do Konwencji realizuje przede wszystkim funkcję harmonizującą – w wymiarze materialnoprawnym, lecz także instytucjonalnym – europejską przestrzeń prawną w dziedzinie ochrony praw człowieka. Skierowanie wniosku o opinię doradczą w trybie Protokołu nr 16 można traktować jako sygnał, że sądowi krajowemu zależy na wydaniu orzeczenia właściwego z perspektywy wykładni i stosowania zobowiązań międzynarodowych wynikających z Konwencji. Składając wniosek, sąd krajowy daje wyraz trosce o spójność własnego orzecznictwa z Konwencją i jej *acquis*. Oczywiście motywy złożenia wniosku o opinię doradczą mogą być różnorodne, bowiem poza dążeniem do harmonijnej wykładni EKPC sądowi krajowemu może także przyświecać cel w postaci wsparcia się autorytetem Trybunału przy rozstrzyganiu spraw budzących

⁶⁹ Zob. na ten temat m.in. A.-M. Slaughter, *Global Community of Courts*, „Harvard Journal of International Law” 2003, nr 44, s. 191-219. Koncepcja „globalnej wspólnoty sądów” wykracza poza formalne więzi instytucjonalne i dotyczy wszelkich form dialogu pomiędzy sądami krajowymi i międzynarodowymi, stanowiąc forum poszukiwań wspólnych wartości i zasad w globalizującym się świecie.

⁷⁰ O dialogu polskiego Trybunału Konstytucyjnego z ETPC w związku ze sprawą *Huten-Czapska p. Polsce* pisze W. Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, „Human Rights Law Review” 2009, Vol. 9, issue 3, s. 412 i n.

kontrowersje polityczne czy światopoglądowe. Nie ulega przecież wątpliwości, że sądy kierujące wnioskami o opinię doradczą nie będą tego czynić wyłącznie z powodu niepewności czy niewiedzy co do istniejących zobowiązań państwa na podstawie ETPC i ich interpretacji.

Jeśli chodzi o prognozy wykorzystania nowej procedury doradczej, to tego typu rozważania narażają się na brak wiarygodności, dopóki do Trybunału nie zaczną napływać pierwsze wnioski na podstawie Protokołu nr 16. Mimo to w literaturze przedmiotu trwa dyskusja o perspektywach tej procedury i jej wpływie na dotychczasowy system kontrolny. Interesującym wątkiem tej dyskusji jest teza, iż realizacja nowej kompetencji doradczej Trybunału strasburskiego mogłaby skorzystać z doświadczeń Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE), w związku z rozstrzygnięciem pytań prejudycjalnych w trybie artykułu 267 Traktatu o funkcjonowaniu UE⁷¹. Uwzględniając istotne odmienności obu procedur, tj. opinii doradczych w trybie Protokołu nr 16 oraz orzeczeń prejudycjalnych TSUE, w tym przede wszystkim co do zakresu związania sądu kierującego wnioskami o opinię doradczą/pytanie prejudycjalne, P. Gragl wyraża pogląd, że Trybunał Sprawiedliwości UE ma wiele do zaoferowania, jeśli chodzi o swoje doświadczenia w korzystaniu z kompetencji do wydawania orzeczeń prejudycjalnych. Dotyczy to między innymi dopuszczalności przeformułowania przez TSUE zadanego pytania oraz odmowy odpowiedzi na pytania hipotetyczne i abstrakcyjne⁷². Zapewne Trybunał strasburski będzie miał na względzie doświadczenia TSUE dotyczące pytań prejudycjalnych, aczkolwiek można oczekiwać, że ETPC sam wypracuje zasady na przykład co do odmowy wydania opinii doradczej w związku z wystarczającym wyjaśnieniem danej kwestii w dotychczasowym orzecznictwie (korzystając, *mutatis mutandis*, z zasady *acte éclairé* stosowanej w orzecznictwie TS UE dotyczącym pytań prejudycjalnych)⁷³.

Nowa procedura doradcza miałaby również zastosowanie do wniosków dotyczących zobowiązań Unii Europejskiej na podstawie EKPC, po przystąpieniu Unii do Konwencji, gdyby problem na tym tle pojawił się przed sądem najwyższym lub konstytucyjnym państwa-strony Konwencji (i Protokołu nr 16). Wówczas naturalnym stanem rzeczy byłoby włączenie TSUE w dialog Trybunału strasburskiego i sądu państwa-strony. Jeszcze inną kwestią jest stworzenie samemu Trybunałowi Sprawiedliwości UE proceduralnej możliwości wnioskowania o opinię doradczą w trybie Protokołu nr 16. Wymagałoby to oczywiście przystąpienia UE do Protokołu nr 16, jednak nie jest to wykluczone z prawnego punktu widzenia. Składną takiego rozwiązania nie przewiduje najnowsza wersja projektu Porozumienia o przystąpieniu UE do

⁷¹ Zob. P. Gragl, (*Judicial*) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16, „European Law Review” 2013, No. 2, s. 237.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, s. 247.

EKPC⁷⁴, a poza tym otwierałoby to kolejny front dyskusji o równowadze instytucjonalnej pomiędzy ETPC a Trybunałem Sprawiedliwości UE po przystąpieniu Unii do Konwencji.

Jak się okazuje, wspomniany front dyskusji został – dość nieoczekiwanie – otworzony w związku z opinią Trybunału Sprawiedliwości UE nr 2/13 w sprawie zgodności projektu umowy o przystąpieniu UE do EKPC z traktatami europejskimi w trybie artykułu 218 ust. 11 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷⁵. Wśród argumentów przemawiających, zdaniem TSUE, za niezgodnością ww. projektu z traktatami europejskimi, znalazła się także kwestia zastosowania Protokołu nr 16 do EKPC. Trybunał Sprawiedliwości doszedł do wniosku, że protokół ten mógłby naruszać autonomię i skuteczność procedury odesłania prejudycjalnego przewidzianego w art. 267 TFUE,⁷⁶ ponieważ *nie można wykluczyć, że wniosek o wydanie opinii doradczej złożony na podstawie protokołu nr 16 przez sąd państwa członkowskiego, które przystąpiło do tego protokołu, mógłby uruchomić procedurę wcześniejszego zaangażowania Trybunału, tworząc tym samym ryzyko obejścia procedury odesłania prejudycjalnego przewidzianej w art. 267 TFUE (...)*⁷⁷. Autonomia i skuteczność tej procedury byłyby według TSUE zagrożone w związku z brakiem uregulowania relacji mechanizmu ustanowionego w Protokole nr 16 do EKPC a mechanizmem odesłania prejudycjalnego. Można przypuszczać, że TSUE życzyłoby sobie zachować wyłączność na prowadzenie dialogu z sądami krajowymi we wszystkich sprawach, które dotyczą prawa unijnego, w tym praw podstawowych. Tymczasem życzenie to może nie być oczywiste z perspektywy systemu Konwencji europejskiej i roli Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w tym systemie.

Twórcy Protokołu nr 16 przypuszczalnie nie zdawali sobie sprawy, że jego treść okaże się jednym z powodów storpedowania przez TSUE projektu traktatu o przystąpieniu UE do EKPC. Gwoli ścisłości należy odnotować, że Trybunał Sprawiedliwości widzi w Protokole 16 do EKPC zagrożenie dla autonomii i skuteczności odesłania prejudycjalnego, jak również (a może przede wszystkim) własnej pozycji instytucjonalnej⁷⁸. Teoretyczne ryzyko obejścia procedury prejudycjalnej, o którym mowa w opinii nr 2/13 TFUE, pojawi się zresztą niezależnie od akcesji UE do EKPC, gdy tylko Protokół

⁷⁴ Zob. *Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, w: *Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH*, Strasbourg, 10 June 2013, s. 4 i n. Dokument dostępny na stronach internetowych Rady Europy.

⁷⁵ Sygn. ECLI:EU:C:2014:2454. Tekst opinii dostępny na stronie www.curia.europa.eu, sygn. EUR-Lex - 62013CV0002.

⁷⁶ Zob. § 197 opinii nr 2/13.

⁷⁷ Zob. § 198 opinii.

⁷⁸ Zob. m.in. komentarz W. Michla: *Thou shalt have no other courts before me*, w: *VerfBlog*, 23 grudnia 2014 r., <http://www.verfassungsblog.de/en/thou-shalt-no-courts>.

nr 16 wejdzie w życie wobec jednego lub więcej państw-stron UE. Nie jest zatem wykluczone, że obiekcje TSUE i obawy wyrażane w opinii nr 2/13 wobec Protokołu nr 16 powrócą w kontekście stosowania mechanizmu przewidzianego w tym traktacie.

Podsumowanie

Nowa procedura doradcza może okazać się użytecznym instrumentem promowania dialogu pomiędzy wysokimi instancjami sądowymi państw-stron Konwencji a Trybunałem, z udziałem rządów, Komisarza Praw Człowieka Rady Europy i innych podmiotów. Funkcją tego dialogu powinna być harmonizacja wykładni i stosowania EKPC, uzgadnianie linii orzeczniczych i argumentacji służących właściwemu wywiązywaniu się przez państwa ze swoich zobowiązań na tle postanowień Konwencji. Wartości dodanej nowej procedury można upatrywać w lepszym wykorzystaniu autorytetu i potencjału Trybunału strasburskiego w postępowaniach przed sądami najwyższymi i konstytucyjnymi państw-stron EKPC. Wnioskowanie o opinię doradczą może także stanowić okazję do przedstawienia przez sąd krajowy własnej argumentacji i próby przekonania Trybunału o potrzebie zmodyfikowania dotychczasowej linii orzeczniczej. Nowa procedura mogłaby też okazać się pomocna po akcesji Unii Europejskiej do Konwencji w przypadkach rozstrzygania przez sądy najwyższe lub konstytucyjne zagadnień powstałych na tle akcesji, chociaż opinia TSUE nr 2/13 odsuwa w czasie możliwość weryfikacji tej hipotezy.

Przedwczesny jest natomiast entuzjazm co do wpływu nowej procedury doradczej na kondycję strasburskiego systemu kontrolnego czy też poziom przestrzegania praw i wolności. Jako zbyt daleko idące należy uznać stwierdzenie, że przyjęcie Protokołu nr 16 otwiera „nowy rozdział w historii Konwencji”⁷⁹. Nie jest wykluczony scenariusz, w którym sądy państw-stron będą bardzo powściągliwie korzystać z możliwości wnioskowania o opinię doradczą. Nie da się także wyeliminować potencjalnych konfliktów stanowisk sądów-wnioskodawców i Trybunału. Ocena wpływu Protokołu nr 16 na istniejący system strasburski oraz realizacja założeń jego twórców musi poczekać do czasu wydania przez Trybunał pierwszych opinii w tym trybie⁸⁰.

Mimo pewnych zastrzeżeń co do kształtu nowej procedury doradczej, trudno doszukiwać się powodów przemawiających przeciwko związaniu się przez Polskę postanowieniami Protokołu nr 16. W polskich warunkach ustrojowo-konstytucyjnych naturalne byłoby wskazanie Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego jako

⁷⁹ Tak L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, s. 9 i n.

⁸⁰ Przede wszystkim konieczne jest wejście w życie Protokołu nr 16, do czego potrzeba dziesięciu ratyfikacji państw-stron – zob. art. 8 ust. 1 Protokołu nr 16.

sądów desygnowanych do składania wniosków o wydanie opinii doradczej w rozumieniu art. 10 Protokołu nr 16. Ewentualna ratyfikacja tego protokołu przez Polskę wymagać też będzie znowelizowania ustaw regulujących działalność i tryb postępowania przed wyżej wskazanymi organami władzy sądowniczej.

ADVISORY JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – STATUS QUO AND THE PROTOCOL NO. 16 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Keywords: advisory jurisdiction, advisory opinions, European Court of Human Rights, Protocol No. 16 to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Summary

The article deals with the advisory jurisdiction of the European Court of Human Rights under Article 47 of the European Convention on Human Rights, as well as Protocol No. 16 to the ECHR, adopted on 2 October 2013. The author undertakes to analyze the genesis of the Court's advisory jurisdiction, its legal basis and scope, as well as the contents of advisory opinions delivered so far by the ECtHR. Further, the article focuses on the provisions of Protocol No. 16, including its aims, functions of the new advisory jurisdiction and the foreseeable realization of the Court's advisory competence upon request of the „highest courts and tribunals” of the High Contracting Parties.

Bożena Gronowska

Katedra Praw Człowieka WPiA UMK w Toruniu

„Znaczny uszczerbek” na interesach pokrzywdzonego jako warunek dopuszczalności skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dostępność a skuteczność ochrony praw jednostki

Słowa kluczowe: skarga indywidualna w systemie EKPCz, warunki dopuszczalności skargi, „znaczny uszczerbek”, konstytucjonalizacja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Wprowadzenie

Dla wszystkich osób odnoszących się z uznaniem do unikalnego systemu ochrony praw i wolności jednostki stworzonego przez Radę Europy, a którego solidną podstawą stała się tzw. Europejska Konwencja Praw Człowieka z 1950 r.¹ (dalej jako Konwencja Europejska; KE) oczywiste jest ciągłe zainteresowanie kolejnymi modyfikacjami wprowadzanymi sukcesywnie do wspomnianego traktatu. Imponująca w chwili obecnej liczba 16 protokołów dodatkowych (w tym także protokołu 14 bis z 2009 r.; dwa ostatnie nie weszły jeszcze w życie) upoważnia w pełni do formułowania tezy o istnieniu całego systemu KE.

Głównym celem niniejszej refleksji nie jest jednak detaliczne śledzenie poszczególnych etapów rozwoju wspomnianego systemu, a jedynie koncentracja uwagi na jednej z najnowszych propozycji jego Autorów, polegającej na wprowadzeniu nowego warunku dopuszczalności skargi w formie stworzenia wymogu doznania przez pokrzywdzonego „znacznego uszczerbku na własnych interesach”. Przypomnijmy, że stało się to na mocy Protokołu Nr 14 z 13 maja 2004 r.² który ostatecznie wszedł w życie w dniu 1 czerwca 2010 r., wraz z uzyskaniem długo brakującej ratyfikacji ze strony Rosji. Jest to zarazem sytuacja bezprecedensowa, w tym sensie, iż po raz pierwszy

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, CETS No: 005 – Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

² Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, 13 May 2004, CETS No: 194 (Polska ratyfikowała protokół 12 X 2006 r., Dz.U. z 2010 r., Nr 90, poz. 587).

w długim procesie modyfikacji funkcjonowania systemu kontrolnego KE wprowadzono nowy warunek (substancjalny) dopuszczalności skargi indywidualnej.

Z całą pewnością wśród specjalistów nie ma specjalnej potrzeby prezentowania wszystkich czynników prowadzących do kolejnych modyfikacji procedury kontrolnej Konwencji Europejskiej. Przypomnijmy jedynie, że zasadnicza dyskusja dotycząca ostatecznego modelu procedury kontrolnej KE od wielu lat koncentruje się wokół dylematu przyznania roli priorytetowej albo szerokiej „dostępności” tej procedury dla podmiotów indywidualnych albo zwiększenia „efektywności” jej funkcjonowania, co w sposób nieuchronny musi narzucać pewne ograniczenia dla tych podmiotów. Niestety, w chwili obecnej trudno jest znaleźć optymalnie kompromisowe rozwiązanie, a to oznacza konieczność opowiedzenia się po jednej z dwóch przedstawionych opcji.

W tym także kontekście znacznie bardziej frapujące wydaje się pytanie o przyczyny poszczególnych rozwiązań, a w tym właśnie wprowadzenia wspomnianej kategorii „znacznego uszczerbku” na indywidualnych interesach pokrzywdzonego. Pomimo kilku lat funkcjonowania w praktyce ETPCz ciągle jest nie tylko unikalna, ale i, niestety, kontrowersyjna.

Dalsze i bardziej szczegółowe rozważania dotyczące tytułowego dylematu podporządkowane zostaną następującemu schematowi:

- 1) refleksji dotyczącej faktycznych przyczyn wzbogacenia warunków dopuszczalności o tak specyficzne, by nie powiedzieć, nieostre kryterium oraz
- 2) syntetycznej analizie jego faktycznego zastosowania w tych sprawach, które już zdołano poddać nowemu działaniu selekcyjnemu.

„Znaczny uszczerbek” na interesach pokrzywdzonego – *ratio legis* i konsekwencje

Wielokrotne reformy systemu kontrolnego KE dokonywane na przestrzeni wielu lat zdążyły przyzwyczaić nas do zmian zachodzących w tym systemie i, co więcej, trendy te spotykały się z generalną aprobatą. Warto jednak zwrócić uwagę na charakter wprowadzonych zmian i towarzyszącą im argumentację. Od końca lat 80. i początku lat 90. ubiegłego wieku ETPCz zaczął stawać w obliczu nie tylko ilościowej, ale także znacząco nowej jakościowo kategorii skarg. Od tego też momentu Państwa-Strony KE przygotowywane są na niezbędne modyfikacje kontrolnej procedury implementacyjnej.

O ile zmiana, a w zasadzie totalna rekonstrukcja funkcjonowania ETPCz dokonana na mocy Protokołu Nr 11 z 1994 r.³, była reakcją na ewidentną

³ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established Thereby, 11 May 1994, CETS No: 155 – Dz.U. z 1997 r., Nr 18, poz. 97 z późn. zm.

potrzebę ratowania Trybunału przed nieuniknionym impasem związanym z coraz większą liczbą skarg kierowanych do Strasburga, to zupełnie inaczej przedstawia się kwestia przynajmniej jednej ze zmian wprowadzonych na mocy Protokołu Nr 14 z 2004 r., którą – jak się wydaje – należy ocenić z zupełnie innej perspektywy. Chodzi oczywiście o tytułowy warunek doznania przez pokrzywdzonego „znacznego uszczerbku” na własnych interesach.

W oficjalnym Komentarzu Wyjaśniającym dołączonym do Protokołu nr 14⁴ jako główną przyczynę wprowadzenia tego warunku dopuszczalności skargi indywidualnej podaje się raczej ogólne uzasadnienie w formie stwierdzenia, iż „nowy warunek ma wyposażyć Trybunał w dodatkowy instrument, który byłby pomocny w zakresie koncentrowania się na sprawach wymagających dokładnego rozważenia stanu faktycznego”⁵. Ponadto sporo uwagi poświęca się w Komentarzu Wyjaśniającym kwestii większego uelastycznienia działalności ETPCz w zakresie dopuszczalności skargi (por. pkt 78 i 80 Komentarza Wyjaśniającego). Tak lakonicznie sformułowania sprawiają, że nawet profesjonalnie przygotowany czytelnik niewiele wynosi odnośnie faktycznej *ratio legis* wprowadzonej zmiany.

Zapewne w charakterze złagodzenia kontrowersyjnego kryterium połączono go z dwiema gwarancjami, tj. warunkiem, iż nie znajduje on zastosowania w sytuacji, gdy poszanowanie praw człowieka w rozumieniu Konwencji i jej protokołów tego wymaga oraz gdy skarga została należycie rozpatrzona przez sądy krajowe (por. aktualny tekst art. 35 § 3 (b) KE). W oficjalnej opinii Autorów tego rozwiązania chodziło o to, by nikt nie został pozbawiony dostępu do wymiaru sprawiedliwości, w sytuacji, gdy problem tego „rzeczywiście” wymaga.

Pierwsza z wyliczonych gwarancji jest typowym stworzonego dla ochrony praw człowieka systemu KE (por. art. 37 §1 KE) i jako taka nie budzi zastrzeżeń. Te pojawiać się mogą jedynie na tle konkretnych przypadków stosowania lub odmowy stosowania wspomnianego zabezpieczenia. W literaturze przedmiotu wylicza się trzy sytuacje, w których wspomniane zabezpieczenie nie będzie miało praktycznego zastosowania⁶. Są to następujące przypadki, w których: 1) ETPCz zdołał już ustalić merytoryczne stanowisko w swoim orzecznictwie, dotyczące kwestii będącej przedmiotem sporu; 2) w wypadku gdy ETPCz oraz Komitet Ministrów odnieśli się do danej kwestii, uznając ją za problem natury systemowej oraz 3) w sytuacji, gdy prawo lub praktyka krajowa, będąca przedmiotem aktualnej skargi została już zmodyfikowana w taki sposób, iż odpowiada percepcji ogólnej ochrony praw człowieka (tzw. sprawa historyczna).

⁴ Explanatory Report. Madrid 12 May 2009, CETS: 194.

⁵ Ibidem, pkt 39, s. 7.

⁶ A. Busse, *Significantly Insignificant? The Life in the Margin of the Admissibility Criterion in Article 35 § 3 (b) ECHR*, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2244283>, p. 10.

Natomiast druga z wprowadzonych gwarancji wymaga nieco więcej uwagi, gdyż ponownie pojawiają się w niej kryteria ocenne („*należyte rozpoznanie sprawy*”). W tym także zakresie ETPCz podkreślił, iż pojęcie „sprawy” nie powinno być utożsamiane z pojęciem „skargi”. Zdaniem ETPCz proponowana interpretacja konieczna jest z uwagi na ewentualną kolizję wskazanych gwarancji. Gdyby bowiem przyjąć, że pojęcie „sprawy” jest tożsame z pojęciem „skargi”, to mogłoby to prowadzić do swoistego impasu w sytuacji skarg na ostateczne decyzje, które nie podlegają dalszemu rozpoznaniu na poziomie krajowym, a to prowadziłoby to niemożliwości odrzucenia skargi „trywialnej” w oparciu o drugą gwarancję. Wreszcie, istotna kwestia dotyczy rozumienia „należytego” rozpoznania sprawy. W tej kwestii ETPCz wyraził dosadny pogląd, iż „warunku tego nie należy traktować w tak ścisły sposób, jak ma to miejsce w przypadku standardu „rzetelnej rozprawy” w rozumieniu art. 6 KE”. Argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem jest fakt nieposłużenia się w tekście Protokołu Nr 14 sformułowaniem „rzetelnego” (fair – ang.) rozstrzygnięcia per analogiam do art. 6 KE⁷.

Warto wreszcie dodać, że po stosunkowo krótkim czasie funkcjonowania drugiej ze wskazanych gwarancji zdecydowano się z niej ostatecznie zrezygnować. Zdaniem Autorów dalszych modyfikacji systemu kontrolnego KE, eliminacja wskazanego „obwarowania” ma służyć większej skuteczności zasady *de minimis non curat preator*⁸. Nieco dziwne wydaje się to lakoniczne uzasadnienie, gdyż logika podpowiada, że jeżeli konkretna sprawa nie została „należyście rozpoznana” na poziomie krajowym, to sytuacja taka absolutnie nie powinna być obojętna właśnie z punktu widzenia interesów rzetelnej ochrony praw człowieka. Dywagując dalej, można ewentualnie przyjąć, iż będzie to przypadek, który „skonsumuje” pierwsza z wymienionych gwarancji.

Wydaje się, że wprowadzenie dodatkowego warunku dopuszczalności skargi w formie „znacznego uszczerbku na swoich interesach” nie może być odbierane jedynie jako kolejne „sito kontrolne” chroniące ETPCz przed nadmierną ilością spraw⁹. W efekcie przeprowadzonej przez Grupę Roboczą Kancelarii ETPCz analizy symultanicznej okazało się, że zakładany efekt

⁷ Te dłuższe wywody dotyczące zaprezentowanych kwestii ETPCz szerzej rozważył w swoich dwóch wcześniejszych decyzjach dotyczących uznania niedopuszczalności skarg ze względu na nowe kryterium dopuszczalności, tj. decyzja o dopuszczalności w sprawie *Vladimir Petrovich Korolev przeciwko Rosji* z 1. VII. 2010 r., nr skargi 25551/05 oraz decyzja o dopuszczalności w sprawie *Holub przeciwko Republice Czech* z 14. XII. 2010 r., nr skargi 24880/05. Por. także decyzja o dopuszczalności w sprawie *Vincent Cecchetti przeciwko San Marino* z 9. IV. 2013 r., nr skargi 40174/08, §§ 39–44.

⁸ Dojdzie do tego wraz z wejściem w życie Protokołu Nr 15 z 24 czerwca 2013 r. Explanatory Report to the Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No: 213, s. 4

⁹ Przypomnijmy, że nawet bez dodatkowego kryterium dopuszczalności skargi na etapie decydowania o jej dopuszczalności tradycyjnie odpadało i nadal odpada ok. 90–87% spraw.

nowego warunku dopuszczalności skargi będzie miał stosunkowo niewielkie praktyczne znaczenie, gdyż dotyczyć może około 5% spraw aktualnie uznanych za dopuszczalne¹⁰. Z kolei, w oficjalnej opinii Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy skuteczność nowego warunku dopuszczalności skargi może się okazać jeszcze mniejsza, bo na poziomie wykluczenia 1,6% spraw¹¹. Nie może to dziwić, bo przecież tzw. znaczny uszczerbek może dotyczyć wszelkich interesów pokrzywdzonego, tj. nie tylko szkód majątkowych, ale także krzywd, w przypadku których pojawić się mogą nieoczekiwane trudności praktyczne związane z oceną stopnia doznanego uszczerbku.

Uważam, iż jakość tego kryterium otwiera natomiast coraz szerzej drogę dla zasadniczej transformacji ETPCz z organu wymierzającego tradycyjną sprawiedliwość o charakterze indywidualnym w organ koncentrujący się na tzw. sprawiedliwości generalnej¹². Już od pewnego czasu w literaturze przedmiotu ETPCz traktowany jest przecież jako „quasi-konstytucyjny Trybunał”, co kontekście zbliżającej się akcesji Unii Europejskiej do KE może prowadzić do wniosku, iż ETPCz chętnie taką rolę przyjmie¹³.

Wydaje się zatem, że nowy warunek dopuszczalności skargi służyć ma w pierwszej kolejności celom systemowym, a nie tym, prowadzącym do usprawnienia tradycyjnej procedury kontrolnej KE, chyba że pod pojęciem „usprawnienia” rozumiemy ilościowe ograniczenie nakładu pracy ETPCz. Warto w tym miejscu przytoczyć opinię K. Drzewickiego, który na tle przygotowywanej zmiany ujął ją w nieco prowokujący, ale wymowny sposób – „filozofia zmian czy zmiana filozofii”¹⁴. Osobiście obstaję przy drugiej z wymienionych opcji.

Przed przystąpieniem do bardziej kazuistycznej części rozważań warto przypomnieć, że propozycja „znacznego uszczerbku” spotkała się z burzliwą dyskusją w ramach samej Rady Europy i jej państw członkowskich. Wśród zwolenników nowego rozwiązania znaleźli się sami sędziowie ETPCz oraz większość członków Komitetu Ministrów Rady Europy. Natomiast zdecydowanymi oponentami w tym względzie były Finlandia, Węgry, Austria, Belgia, Litwa, Luksemburg, jak również Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy oraz reprezentanci organizacji pozarządowych. Pomijając

¹⁰ M. Eaton, J.Schokkenbroeck, *Reforming the Human Rights Protection System established by the European Convention on Human Rights. A new Protocol No. 14 to the Convention and other measures to guarantee the long-term effectiveness of the Convention System*, „Human Rights Law Journal” 2005, Vol. 26, No. 1–4, p. 7.

¹¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Opinion No. 251, Strasbourg 2004, § 11.

¹² Por. S. Greer, L. Widlhaber, *Revisiting the Debate about „constitutionalising” the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2012, Vol. 12, No. 4, ss. 655–687.

¹³ Por. szerzej B. Gronowska, *The Strasbourg Court – between individual or general justice*, „Comparative Law Review” 2013, Vol. 15, Toruń 2013, ss. 103–110.

¹⁴ K. Drzewicki, *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – filozofia zmian czy zmiana filozofii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, ss. 4–13.

nieskuteczność – ich zdaniem – względów czysto praktycznych, odwoływali się oni do kwestii pryncypialnych, tj. poważnego osłabienia instytucji skargi indywidualnej¹⁵.

Dodajmy także, że w toku wcześniejszej dyskusji pojawiały się różne propozycje alternatywne, jak choćby ta upoważniająca ETPCz do odstąpienia od szczegółowego rozpoznania sprawy, o ile nie rodzi ona zasadniczej kwestii w świetle konwencji. Ostatecznie propozycję tę odrzucono, jako przyznającą zbyt daleko idącą swobodę Trybunałowi w zakresie wyboru spraw do ostatecznego rozpoznania¹⁶. Podobnie potraktowano najdalej idącą propozycję pozostawienie ETPCz całkowitej swobody odnośnie dopuszczenia skargi do merytorycznego rozpoznania ze względu na jej okoliczności faktyczne i prawne¹⁷. Wreszcie, sformułowano także propozycję kompromisową (inicjatywa Szwajcarii i Niemiec), aby w związku z przygotowywaną reformą „dopuszczyć do głosu” bezpośrednio zainteresowanych, a więc potencjalnych uczestników postępowania przed ETPCz¹⁸.

Kończąc te krótkie refleksje dotyczące faktycznej potrzeby wprowadzenia do systemu kontrolnego KE nowego warunku dopuszczalności skargi warto może choć zasygnalizować, że reguła *de minimis* pojawiała się już we wczesnym etapie funkcjonowania obu organów kontrolnych KE, choć nie jako stała i powszechnie akceptowany element i, co więcej, nie zawsze powoływany w sposób dosłowny¹⁹. Tytułem przykładu ilustrującego wspomnianą sytuację warto przypomnieć sprawę, która dotyczyła odmowy kontaktu osoby pozbawionej wolności z jej prawnikiem. W ogólnej ocenie Europejskiej Komisji Praw Człowieka sprawa – wbrew pozorom – miała charakter banalny, gdyż sam zainteresowany nie kontaktował się z prawnikiem w sytuacji, gdy było to możliwe, a w tym konkretnym przypadku jedynym celem spotkania było uzyskanie od prawnika pomocy w zakresie uzyskania stosownego odszkodowania od rządu lub... Komisji. W tej właśnie sprawie Europejska Komisja Praw Człowieka nawiązała wprost do zasady *de minimis non curat lex* i uznała skargę za niedopuszczalną w rozumieniu art. 27§ 2 KE²⁰.

Z całą jednak pewnością we wczesnym okresie funkcjonowania systemu KE interesująca nas reguła nie należała do stałych elementów systemu, a tym samym była często obiektem sporów zarówno członków Komisji, jak i sędziów Trybunału²¹. Co ciekawe, w czasach nam bardziej współczesnych

¹⁵ Piszą o tym szerzej M. Eaton, J. Schokkenbroek, *op. cit.*, s. 7.

¹⁶ *Ibidem*, s. 6.

¹⁷ L. Caffisch, *The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond*, „Human Rights Law Review” 2006, Vol. 6, No. 2, s. 414.

¹⁸ Pisze o tym szerzej A. Byuse, *op. cit.*, s. 3.

¹⁹ Wczesne przykłady z orzecznictwa zarówno Europejskiej Komisji Praw Człowieka, jak i Trybunału podaje X.-B. Ruedin, *The Introduction of a New Admissibility Criterion (article 12 of Protocol No. 14)*, „European Human Rights Law Review” 2008, issue 1, ss. 93–97.

²⁰ Decyzja o dopuszczalności w sprawie *X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 19. XII. 1972 r., nr skargi 4933/71.

²¹ A. Byuse, *op. cit.*, ss. 6–7.

ETPCz potrafił radzić sobie z tzw. sprawami trywialnymi(banalnymi) i to z wykorzystaniem dotychczasowych instrumentów prawnych, jak choćby ten z art. 35§ 3 (a), tj. konstrukcji nadużycia prawa do skargi²².

Wyposażając ETPCz w nowy warunek dopuszczalności skargi wyrządzonego temu organowi – jak się wydaje – nieco wątpliwą przysługę. Ponad wszelką wątpliwość kategoria „znacznego uszczerbku” jest niezwykle ocenna, a zatem wymaga ogromnej ostrożności i rzetelności odnośnie jej szacowania w indywidualnych sprawach. To przecież ETPCz w swojej praktyce orzeczniczej będzie musiał wypracować stosowny test oceny takiej „znaczności” uszczerbku, by dana sprawa nadawała się do merytorycznego rozpoznania. Taka natomiast sytuacja wymaga w sposób nieunikniony czasu, gdyż oparta jest o klasyczną kazuistykę, która na poszczególnych etapach może prowadzić nawet do dalece rozbieżnych ocen²³.

Ryzyko takiej rozbieżności ocen jest całkiem realne, choćby w kontekście bardzo różnej istoty i charakteru praw regulowanych w systemie KE. Wystarczy w tym względzie przywołać choćby problem podziału praw człowieka na derogowalne i niederogowalne w trybie art. 15 KE. W odniesieniu do tej kwestii za logiczny i słuszny należy uznać pogląd, iż naruszenie któregośkolwiek z praw chronionych w sposób absolutny zawsze będzie powodowało „znaczny uszczerbek” na interesach pokrzywdzonego. Nadal jednak wysoce relatywny pozostaje osąd w odniesieniu do praw pozostałych²⁴.

Uważam, że na tym etapie rozważań należałoby przejść do analizy drugiego problemu zaansowanego na początku niniejszego opracowania, tj. do pytania o to, jak nowy warunek dopuszczalności skargi zweryfikowała dotychczasowa praktyka Trybunału w Strasburgu.

„Znaczny uszczerbek” na interesach pokrzywdzonego w świetle wybranego orzecznictwa

Krótki przegląd dotychczasowego orzecznictwa ETPCz dotyczącego art. 35 § 3 (b) KE wypada rozpocząć od pierwszej sprawy, którą rozpoznano w nowym trybie, tj. *Ionescu przeciwko Rumunii* z 2010 r.²⁵ Przedmiotem sporu w tej sprawie była kwota 90 euro, której skarżący domagał się od międzynarodowej spółki transportu drogowego. W opinii powoda spółka

²² Por. Decyzja o dopuszczalności w sprawie *Stephen Bock przeciwko Niemcom* z 19.I.2010 r., nr skargi 22051/07 (problem dotyczył pokrycia przez pracodawcę części kosztów poniesionych przez pracownika na zakup suplementu magnezowego – wartość przedmiotu sporu 7,99 euro).

²³ F. Vanneste, *A New admissibility Ground* (in: P. Lemmens, W. Vadenhole (eds.), *Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen–Oxford 2005, ss. 76 i 83).

²⁴ Por. szerzej X.-B. Ruedin, *op. cit.*, s. 101–102.

²⁵ Decyzja o dopuszczalności w sprawie *Adrian Mihai Ionesco przeciwko Rumunii* z 1.VI.2010 r., nr skargi 36659/04, § 35.

nie wywiązała się z oferowanych przez siebie warunków w zakresie bezpieczeństwa i komfortu podróży.

W związku z bezprecedensowym charakterem sprawy ETPCz stosunkowo lakonicznie odniósł się *ex proprio motu* do zmodyfikowanej wersji art. 35 § 3 (b) KE. W pierwszej kolejności ETPCz nawiązał do Komentarza Wyjaśniającego cytując, że „nowe kryterium może prowadzić do uznania za niedopuszczalne pewnych spraw, które mogłyby zakończyć się wyrokiem. Głównym jego założeniem jest jednak to, że w dłuższej perspektywie umożliwi on szybsze załatwienie spraw niegodnych uwagi” (§ 31). Natomiast odnosząc się do meritum skargi M.I. Ionescu, ETPCz stwierdził, iż pomimo braku dostatecznej interpretacji koncepcji „znacznego uszczerbku”, kryterium to pojawiało się wcześniej w opiniach odrębnych i właśnie w ich świetle można przyjąć, iż „wspomniany uszczerbek analizowany powinien być w oparciu o takie kryteria, jak finansowy skutek spowodowany sytuacją konfliktową lub znaczenie sprawy dla pokrzywdzonego” (§ 34).

Znacznie szerzej ETPCz uzasadnił swoje stanowisko w kolejnej sprawie *Korolev przeciwko Rosji* (2010)²⁶, w której podejmując jednomyślną decyzję o niedopuszczalności skargi, kierował się ponownie głównie kryterium finansowym. W sprawie tej chodziło o procedurę paszportową, w ramach której V. Karolevovi odmówiono dostępu do dokumentów, co spowodowało opóźnienie w wydaniu mu nowego paszportu. Na poziomie sądów krajowych powód wygrał sprawę i w konsekwencji zasądzono na jego rzecz kwotę 22.50 rubli tytułem poniesionych wydatków procesowych. Niestety, procedura egzekucyjna dotycząca tak symbolicznej kwoty okazała się przewlekła (w dniu 22 lipca 2002 r. sąd okręgowy wydał tytuł egzekucyjny, a postępowanie egzekucyjne wszczęto 28 kwietnia 2003 r.). Dodajmy, że zaskarżenie do sądu krajowego bezczynności komornika zakończyło się decyzją niekorzystną dla powoda w dniu 31 grudnia 2003 r.

Uzasadniając swoje negatywne stanowisko w niniejszej sprawie ETPCz pokreślił, iż nie jest możliwe stworzenie wyczerpującej definicji w odniesieniu do nowego warunku dopuszczalności skargi. Oznacza to, że Państwa-Strony muszą *poczekać na ustalenie przez Trybunał obiektywnych kryteriów umożliwiających stosowanie nowej reguły w oparciu o stopniowy rozwój orzecznictwa*.

Kierując się klasyczną zasadą *de minimis non curat preator* ETPCz zaznaczył, iż nowe kryterium bazuje na założeniu, że naruszenie prawa, jakkolwiek realne z czysto formalnego punktu widzenia, musi osiągnąć pewien minimalny poziom dolegliwości, aby móc skutecznie domagać się rozpoznania takiej sprawy przez sąd międzynarodowy. Jednocześnie ETPCz zapowiedział, iż dokonując oceny doznanego przez skarżącego się uszczerbku będzie uwzględniał dwa podstawowe czynniki, tj. subiektywne odczucia

²⁶ *Vladimir Petrovich Korolev przeciwko Rosji*, op. cit.

pokrzywdzonego oraz elementy obiektywizujące taką ocenę. Subiektywne odczucia pokrzywdzonego muszą być bowiem obiektywnie uzasadnione, gdyż tylko wówczas ocena „znaczności” doznanego uszczerbku zgodna będzie z nową regulacją wprowadzoną do KE.

Nie negując racjonalności takiego podejścia warto wskazać, że ETPCz wyraził swoje zaskoczenie symbolicznym wymiarem materialnym przekazanej mu sprawy (niecałe 1 euro). Z drugiej jednak strony owemu zaskoczeniu towarzyszyły interesujące wypowiedzi, w świetle których ETPCz potwierdził swoją świadomość odnośnie tego, iż szkoda majątkowa nie może być rozważana w sposób czysto abstrakcyjny. Nawet bowiem stosunkowo niewielka szkoda musi być oceniana w kontekście specyficznych warunków, jak i sytuacji ekonomicznej danego kraju czy regionu państwa, w którym do takiego konfliktu dochodzi.

W prezentowanej sprawie pojawia się po raz pierwszy jeszcze jeden ciekawy wątek. Otóż w opinii sędziów ETPCz oczywiste jest to, iż konkretne interesy majątkowe nie stanowią jedyne go czynnika wykorzystywanego do oceny tego, na ile pokrzywdzony doznał „znacznego uszczerbku na swoich interesach”. Ponad wszelką wątpliwość szkody rozpatrywane w Strasburgu nie ograniczają się przecież do szkód majątkowych. Rozwijając ten wątek na tle omawianej sprawy, sędziowie europejscy nie wykluczyli możliwości podjęcia innej decyzji w sytuacji, gdyby urząd paszportowy uporczywie odmawiał pokrzywdzonemu dostępu do wspomnianej dokumentacji.

W sprawie V. Koroleva sędziowie europejscy nie dopatryli się jednak jakichkolwiek szczególnych okoliczności przemawiających na jego korzyść, zwłaszcza, że w skardze skierowanej do ETPCz nie podnosił on argumentów dotyczących ewidentnej przewlekłości egzekucji wyroków krajowych.

W ciekawym związku z zaprezentowaną wyżej sprawą pozostaje sytuacja, w której początkowo dochodzona przez pokrzywdzonego kwota (konkretnie 99 euro od prawnika dla klienta) oceniona została przez ETPCz w kontekście dalszych okoliczności sprawy. W związku bowiem z przedłużającym się istotnie postępowaniem sąd krajowy zasądził na rzecz powoda równowartość 1515 euro²⁷. W opinii ETPCz, nawet jeżeli w świetle ustalonego orzecznictwa strasburskiego, kwota jaką otrzymał skarżący od organów krajowych nie byłaby uznana w Strasburgu za adekwatne i wystarczające zadośćuczynienie w rozumieniu art. 41 KE, to jednak nie na tyle, aby móc uznać, iż powód doznał „znacznego uszczerbku na swoich interesach” (A.1).

Oceniając stanowisko ETPCz zajęte w powyższej sprawie można mieć dość mieszane uczucia, gdyż niwelowanie „znacznego uszczerbku”, jakiego doznały interesy pokrzywdzonego, może teoretycznie odbywać się na poziomie krajowym i to poniżej standardów przyjętych w orzecznictwie strasburskim.

²⁷ Decyzja o dopuszczalności w sprawie *Josef Havelka przeciwko Republice Czech* z 20.IX.2011 r., nr skargi 7332/10.

Wspomniana wcześniej sprawa Koroleva rozpoczęła całą serię dotyczącą kwestii *stricte* finansowych, a w tym głównie próby ustalenia swoistego górnego pułapu doznanej szkody. W orzecznictwie strasburskim zaczęły się zatem systematycznie pojawiać sprawy związane z różnymi roszczeniami finansowymi (12 euro, 25 euro, 34 euro, 99 euro, 125 euro, 135 euro, 150 euro, 227 euro, 228 euro, 504 euro itd.)²⁸. W dotychczasowej praktyce ETPCz za nieoficjalną granicę „znacznego uszczerbku” w sprawach o szkody majątkowe przyjmował (oczywiście z pewną dozą elastyczności) kwotę 500 euro²⁹.

Oczywistym błędem byłoby zatrzymanie się na poziomie swoistej „taryfikacji”. Do chwili obecnej ETPCz wielokrotnie podkreślał, że nawet stosunkowo skromna kwota może być oceniona jako „znaczący uszczerbek” w świetle szczególnej sytuacji osobistej osoby skarżącej się. Dokładnie z takim dylematem ETPCz zetknął się w sprawie *Giuran przeciwko Rumunii* z 2011 r.³⁰, gdzie skarżącym był emeryt, którego okradziono na szkodę ok. 350 euro. Prowadzone w kraju postępowanie karne nie doprowadziło ani do odzyskania ukradzionych przedmiotów, ani do stosownego odszkodowania za poniesione straty. Pomimo iż w tej sprawie nie dostarczono ETPCz informacji na temat ogólnej sytuacji finansowej pokrzywdzonego oraz relatywnie niskiej kwoty, będącej przedmiotem kradzieży, sędziowie europejscy uwzględnili fakt, iż przeciętna wysokość emerytury w Rumunii wynosiła ok. 50 euro, a zatem skarga ta została uznana za dopuszczalną (§ 21). Równie ciekawe są rozważania zawarte w wyroku dotyczące tego, iż ukradzione przedmioty – niezależnie od ich wartości materialnej – przedstawiały dla pokrzywdzonego wartość „sentymentalną”, a co więcej prowadzone postępowanie dotyczyło kwestii zasadniczej dla skarżącego, tj. jego prawa do poszanowania mienia i domu (§ 22).

Ten optymistyczny obraz obranego kursu interpretacji nieco zakłóca inna tendencja, jaka zarysowała się w praktyce ETPCz. Chodzi w niej o standard rzetelności procesowej w rozumieniu art. 6 KE, a konkretnie przypadki, w których uczestnicy postępowania nie zostali poinformowani o argumentach innych uczestników. W opinii ETPCz – jeżeli informacje te nie wносиły niczego nowego do sprawy lub nie stanowiły istotnego elementu dla treści podejmowanej decyzji np. Trybunału Konstytucyjnego, to skargi osób sygnalizujących takie przypadki uznawano za niedopuszczalne na mocy art. 35 § 3 (b) KE³¹.

²⁸ Por. szerzej *Research Report. The new admissibility criterion under Article 35§ 3 (b) of the Convention: case-law principles two years on*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strasbourg 2012, s. 5–6.

²⁹ *Ibidem*, § 11.

³⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Giuran przeciwko Rumunii* z 21. VI. 2011 r., nr skargi 24360/04, § 22.

³¹ Por. np. *Holub przeciwko Republice Czech*, op. cit; decyzja o dopuszczalności w sprawie *Vladimir Matousek przeciwko Republice Czech* z 29. III. 2011 r., nr skargi 9965/08; decyzja o dopuszczalności skargi w sprawie *Jana Cavajda przeciwko Republice Czech* z 29. III. 2011 r., nr skargi 17696/07.

Stanowisko to wydaje się dość ryzykowne z punktu widzenia konstrukcji rzetelnej (słusznej) rozprawy sądowej w rozumieniu art. 6 KE. Faktem jest jednak i to, że trudno polemizować ze stanowiskiem ETPCz, w którym akceptuje on sytuację, gdy „Trybunał Konstytucyjny decyduje jedynie o kwestiach prawnych naruszenia praw konstytucyjnych skarżącego, a w sądach niższych instancji miały miejsce szczegółowe ustne przesłuchania i co więcej, w uzasadnieniu decyzji ostatecznej brak było jakichkolwiek elementów arbitralności”³².

Z drugiej strony nawet w stosunkowo krótkim okresie funkcjonowania nowego kryterium mamy przypadki przychylnego odniesienia się przez sędziów europejskich do roszczeń osób pokrzywdzonych. Pomijam w tym względzie ewidentne przypadki decyzji od zwłoki w zakresie uiszczenia należnych i najczęściej wysokich kwot pieniężnych z różnych tytułów prawnych (np. zwłoki od 9 do 49 miesięcy opóźnienia w wypłaceniu odszkodowania od 200 do 13, 749, 99 euro czy zwłoki w wypłaceniu odszkodowań rzędu dziesiątek tysięcy euro z tytułu wywłaszczenia)³³. Przy tej okazji ETPCz podkreślił, iż jego ocena dotycząca tego, czy kwestionowane naruszenie prawa osiągnęło niezbędny minimalny pułap, by móc potraktować je w kategorii naruszenia, niezbędne jest uwzględnienie m.in.: istoty dochodzonego prawa; ważności wpływu zarzucanego naruszenia na wykonywanie takiego prawa oraz potencjalne konsekwencje dokonanego naruszenia dla sytuacji osobistej pokrzywdzonego.

Analogiczna sytuacja zdarzyła się w przypadku pracownika policji, który wskutek nieprecyzyjnych zmian regulacji płacowych poniósł straty finansowe rzędu 1800 euro w połączeniu z nieokreślonymi kwotami z tytułu emerytury czy ubezpieczenia z powodu niepełnosprawności. W sprawie tej dodatkowym elementem była niespójna polityka sądów krajowych rozpatrujących podobne skargi. W swoim uzasadnieniu do korzystnego dla powoda wyroku ETPCz nawiązał dodatkowo do kwestii natury generalnej, a konkretnie do tego, iż stan przedłużającej się niepewności jednostki musi w sposób negatywny odbijać się na zaufaniu społeczeństwa do instytucji sądownictwa³⁴.

W pełni identyfikując się z tym poglądem, warto jednak zadać pytanie, czy wspomniana „przedłużająca się niepewność jednostki co do jej sytuacji prawnej” ma rzeczywiście inny wymiar w zależności wyłącznie od wysokości finansowej straty poniesionej przez podmiot indywidualny?

³² *Ibidem* (The Law – 2–3).

³³ Tak w wyroku ETPC w sprawie *Gaglione I inni przeciwko Włochom* z 21. XII. 2010 r., nr skargi 45867/07,45918/07/.../; wyroku ETPC w sprawie *Sancho Cruz i 14 innych „Agrarian Reform spraw przeciwko Portugalii* z 18. I. 2011 r., nr skargi. 8851/017, 8854/07,8856/07 /.../ oraz w wyroku ETPC w sprawie *Giusti przeciwko Włochom* z 18.X.2011 r., nr skargi 13175/03.

³⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Živić przeciwko Serbii* z 13. IX. 2011 r., nr skargi 37204/08, § 46. Skarżący tytułem słusznego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę otrzymał kwotę 3000 euro.

Z punktu widzenia głównych założeń niniejszego opracowania warto wskazać na jeszcze inny przypadek, który w pewnym stopniu osłabia obawy wyrażane przez przeciwników warunku doznania „znacznego uszczerbku”. W sprawie *De Ieso przeciwko Włochom* z 2012 r.³⁵ skarżący dochodził stosunkowo niewielkiej kwoty z tytułu zasiłku z powodu niepełnosprawności. Jednomyślna decyzja sędziów europejskich dotycząca naruszenia „rozsądności czasu trwania” postępowania cywilnego w rozumieniu art. 6 KE spowodowała zasądzenie na rzecz powoda tytułem słusznego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę kwoty 1900 euro.

Powyższa sprawa jest dobrym zwiastunem tego, iż kwestie czysto finansowe nie mogą przekreślać faktu częstego występowania naruszeń powodujących zarówno szkody, jak i krzywdy moralne. Z całą zatem pewnością aspekt czysto finansowy nie może odgrywać decydującej roli przy dokonywaniu oceny „znaczności uszczerbku” doznanej przez pokrzywdzonego.

Powoływane do tej pory przykłady skłaniają do przypomnienia jednej z polskich spraw rozpoznanych pod rządami poprzednich reguł proceduralnych ETPCz. Niewątpliwie dobrze wkomponowuje się ona w prezentowane dylematy. Chodzi o sprawę *Dybo przeciwko Polsce* z 2003 r.³⁶, w której faktyczna wartość poniesionej szkody finansowej wynosiła 5 PLN. Skarżący, będący weteranem wojennym, na mocy wyroku NSA miał otrzymać od Urzędu ds. Kombatantów i Osób Represjonowanych kwotę 10 zł tytułem zwrotu opłat sądowych. Wyrok w tej sprawie zapadł w 1995 r., natomiast skutek pomyłki urzędniczej w 1997 r. pokrzywdzony otrzymał kwotę 5 PLN. Ostatecznie należna powodowi kwota, po uruchomieniu nowego postępowania, została wypłacona skarżącemu po upływie 6 lat i 5 miesięcy. Znamienne w tej sprawie jest zdanie ETPCz, który nie zaprzeczył, iż to, czego domagał się Czesław Dybo miało „niewielką wartość”. Jednak w szczególnych okolicznościach sprawy przekroczony został wymóg „rozsądności terminu”, o którym mowa w art. 6 § 1 KE.

Biorąc pod uwagę „doznaną przez skarżącego frustrację i irytację z powodu zaistniałych opóźnień”, pomimo niewielkiej wartości przedmiotu sporu, ETPCz zasądził na jego rzecz kwotę 1000 euro tytułem zadośćuczynienia z tytułu szkód niematerialnych.

Dodajmy, że przedstawiona sprawa spotkała się w Polsce z różnym przyjęciem doktryny, w tym także krytycznym, eksponującym regułę *de minimis*³⁷. Z drugiej jednak strony warto zadać pytanie o to, czy w sprawie tej naprawdę liczył się wyłącznie czynnik finansowy. Bez wątplenia sprawa ta ujawniła przecież całkowitą niewydolność krajowych organów prawnych, a taką sytuację trudno bagatelizować właśnie w kontekście ogólnego interesu ochrony praw człowieka.

³⁵ Wyrok ETPCz w sprawie *De Ieso przeciwko Włochom* z 24. IV. 2012 r., nr skargi 34383/02.

³⁶ Wyrok ETPCz w sprawie *Dybo przeciwko Polsce* z 14.X. 2003 r., nr skargi 71894/01.

³⁷ K. Drzewicki, *op. cit.*, s. 6.

Stosunkowo powściągliwy, by nie powiedzieć krytyczny, ton dotychczasowych rozważań można nieco złagodzić kolejnym przykładem dotyczącym osoby skazanej na 16 lat pozbawienia wolności za zabójstwo. W sprawie *Bannikov przeciwko Litwie* z 2013 r.³⁸ skarżący się kwestionował czas trwania aresztu tymczasowego poprzedzającego skazanie (1 rok, 11 miesięcy i 18 dni) oraz odmowę długoterminowych wizyt swojej partnerki i jej córki (zarzut naruszenia art. 5 § 3 KE oraz art. 8 KE). Zasadniczym jednak problemem w niniejszej sprawie było lakoniczne i czysto formalistyczne uzasadnienie konieczności przedłużenia stosowanego środka zapobiegawczego.

Warto podkreślić, że jest to pierwsza ze spraw, w której ETPCz zastosował nowe kryterium dopuszczalności skargi wobec zarzutu naruszenia standardu wolności i bezpieczeństwa osobistego z art. 5 KE. Analizując niniejszą sprawę, ETPCz podkreślił, iż wielokrotnie wcześniej potwierdzał znaczenie i ważność wolności osobistej jednostki w społeczeństwie demokratycznym. Natomiast biorąc pod uwagę ogólny czas trwania detencji skarżącego trudno byłoby zastosować w tej sprawie kryterium *de minimis*, mimo iż strona rządowa stała na takim stanowisku (§ 58).

Jednomyślna decyzja sędziów europejskich odnośnie naruszenia art. 5 § 3 KE (w przypadku art. 8 KE strona nie wyczerpała drogi środków krajowych, a zatem została odrzucona na podstawie art. 35 §§ 1 i 4 KE) poparta została bardzo ciekawą i godną akceptacji konkurencyjną opinią dwóch sędziów ETPCz (V. De Gaetano i I. Ziemele). W obu przypadkach sędziowie ci wyrazili swoje ogromne zaskoczenie i zdziwienie możliwością rozważania kwestii wolności i bezpieczeństwa osobistego przez pryzmat kryterium *de minimis*. W ich wspólnej opinii naruszenie art. 5 § 1 KE nigdy nie powinno być potraktowane jako brak doznania „znacznego uszczerbku” na interesach pokrzywdzonego.

Uznając priorytetowy charakter wolności i bezpieczeństwa osobistego we wspomnianej opinii znalazły się znamienne słowa: *to byłby smutny dzień dla funkcjonowania fundamentalnych praw człowieka, gdyby w celu redukcji nadmiaru spraw Trybunał zaczął stosować art. 35 § 3 (b) w stosunku do sytuacji podpadających pod standard art. 5 § 1KE, zamiast ograniczać stosowanie tej podstawy niedopuszczalności skargi do naruszeń, których skutek finansowy lub związany z dziedziczeniem może być uznany za drobiazgowy.*

Pod tego typu stanowiskiem należy się w pełni podpisać. Przypomnijmy, że w stosunkowo wcześnie dobrze ugruntowanej linii orzeczniczej ETPCz dotyczącej art. 5 KE, dla uznania naruszenia tego standardu nie miało znaczenia to, jak faktycznie długo stosowano wobec pokrzywdzonego przymusowe pozbawienie wolności (np. nawet 45 minut bezprawnego pozbawienia wolności uznawano za naruszenie wspomnianego standardu)³⁹. Przed Trybu-

³⁸ Wyrok ETPCz w sprawie *Bannikov przeciwko Litwie* z 11. VI. 2013 r., nr skargi 19279/03.

³⁹ Por. wyrok ETPCz w sprawie *K.-F. przeciwko Niemcom* z 27. XI. 1997 r., nr skargi 2562994. Warto nadmienić, że w sprawie tej Europejska Komisja Praw Człowieka, w prze-

nałem strasburskim pojawiają się sprawy, gdzie krótkoterminowe pozbawienie jednostki wolności nie uruchamiało oceny sytuacji przez przyzmat art. 35 § 3 (b) KE⁴⁰.

Dodatkowym argumentem w tym przypadku może być fakt, iż w trakcie prac nad ostatecznym kształtem Protokołu 14 wspomniana wcześniej Grupa Robocza (Studyjna) Kancelarii ETPCz w swoim oficjalnym opracowaniu z 2003 r. wyraźnie rekomendowała, aby wszystkie skargi dotyczące pozbawienia wolności (w tym także seryjne/„klonowe”) zawsze uznawać za łączące się ze spowodowaniem znacznego uszczerbku dla interesów pokrzywdzonego⁴¹.

Podsumowanie

Stosunkowo niedługa praktyka funkcjonowania nowego warunku dopuszczalności skargi ciągle jeszcze rodzi wiele niejasności i brak niezbędnej stabilności orzecznictwa ETPCz. Co ciekawe, publikowane dotąd statystyki nie potwierdzają obaw formułowanych w okresie przygotowywania reformy. Wynika z nich bowiem, iż w okresie 2,5 roku funkcjonowania nowego kryterium zastosowano je w ok. 60 sprawach, spośród których 20 spraw uznano jednak za dopuszczalne.

To, co natomiast może budzić pewne kontrowersje to fakt, iż tak nie doprecyzowany warunek dopuszczalności skargi został przekazany w 2012 r. także do gestii 1 sędziego (podobnie 3-osobowych komitetów). Zgodnie bowiem z art. 20 § 2 Protokołu nr 14 nowe kryterium warunku dopuszczalności skargi przez pierwsze dwa lata po wejściu w życie protokołu mogło być stosowane wyłącznie przez Izby lub Wielką Izbę. Sama idea zasługuje na aprobatę, jednak problem dotyczy tego, czy w ciągu dwóch lat rzeczywiście uda się ustalić jasne i spójne kryteria stosowania tak cennego warunku. Otwarte powstaje zatem pytanie, czy ETPCz w składzie jednoosobowym podoła dalszej wykładni tak „nieostrego” kryterium, zwłaszcza że decyzje o niedopuszczalności skargi nie podlegają zaskarżeniu.

I to właśnie w tej kwestii rodzi się zrozumiaty niepokój dotyczący potencjalnej dowolności interpretacyjnej, a w konsekwencji znacznego ograniczenia dostępu jednostek do procedury kontrolnej ETPCz. Taka zaś sytuacja nie byłaby korzystna dla żadnego z uczestników procedury kontrolnej KE.

ciwieństwie do ETPCz, uznała wcześniej, iż „raczej krótka zwłoka w uwolnieniu oskarżonego nie może być traktowana w kategorii arbitralnego pozbawienia go wolności”. Por. także *mutatis mutandis* wyrok ETPCz w sprawie *Vasileva przeciwko Danii* z 25. IX. 2003 r., nr skargi 52792/99.

⁴⁰ Wyrok ETPCz w sprawie *Ostendorf przeciwko Niemcom* z 7. III. 2013 r., nr skargi 15598/08.

⁴¹ Impact Assessment of Some of the Reform Proposals under Considerations, 12 March 2003, CDDH-GDR (2003) 017.

W dalszej perspektywie interesujące jest także to, na ile nowe kryterium „zniechęci” potencjalnych skarżących się do tego, by podejmować próbę dochodzenia europejskiej sprawiedliwości, a zatem zrealizuje założony przez Autorów tego pomysłu cel w postaci uwolnienia ETPCz od – mimo wszystko – ciągle ogromnej ilości kierowanych do niego skarg.

W charakterze krótkiej konkluzji raz jeszcze wypadałoby rozważyć argumenty „za” i „przeciw” zaproponowanego w Protokole Nr 14 nowego rozwiązania. Osobiście dostrzegam więcej tych drugich. Po głębszym namyśle można dojść bowiem do wniosku, że modyfikacja taka nie jest prawdziwie nowatorska, gdyż już w ramach wcześniejszego „instrumentarium prawnego” ETPCz dysponował środkami pozwalającymi mu eliminować tzw. sprawy trywialne (por. nadużycie prawa do skargi, oczywista bezpodstawność skargi). Czy zatem nie lepiej było doprecyzować tradycyjne warunki dopuszczalności skargi, a nie decydować się na tworzenie nowego, równie cennego kryterium? Wbrew pozorom mnożenie tzw. bytów nie zawsze bywa korzystne, zwłaszcza w zakresie kategorii niedookreślonych. Zamiast porządkowania i swoistego „dyscyplinowania” procedury kontrolnej mogą one wprowadzać dodatkowe trudności skutkujące brakiem kompatybilności stanowiska ETPCz. To zaś w żadnym wypadku nie może być dla niego korzystne ani dla jego wizerunku, ani dla osób, do ochrony praw których został on powołany do życia.

SIGNIFICANT DISADVANTAGE” FOR THE VICTIM’S INTEREST AS THE ADMISSIBILITY CRITERION OF APPLICATION TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – ACCESSIBILITY AND/OR EFFECTIVENESS OF THE INDIVIDUAL RIGHT’S PROTECTION

Key words: individual complaint, ECHR system, admissibility conditions, „significant disadvantage”, process of „constitutionalisation” of the ECtHR

Summary

The Author of this paper presents a critical reflection concerning rationalization of introduction into the ECHR (1950) system of a new „substantial” admissibility criterion connected with the individual complaint procedure. This is exactly the requirement addressed to the applicant to show that he/she has suffered a „significant disadvantage”. According to the Author’s opinion the necessity of increasing the hitherto list of admissibility criteria is rather doubtful, however the arguments given in favour of this new solution can seem understandable. Nonetheless, the similar effect could be achieved through a reinterpretation of such traditional criteria like „ manifestly ill-founded complaint” or „ an abuse of the right of individual complaint”.

Despite the above-mentioned opinion the Author made her own analysis, especially of the newest case-law of the ECtHR in the field under consideration. Still being critical, the Author appreciates the work done by the Court in its efforts of clarification of a very open and unclear condition which the „significant disadvantage” for sure is.

Marcin Jastrzębski

Instytut Nauk Politycznych UKW w Bydgoszczy

Prawne i polityczne implikacje sprawy więzień CIA w Polsce. Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach *Al-Nashiri i Husayn (Abu Zubaydah)* przeciwko Polsce

Słowa kluczowe: wolność od tortur, wojna z terroryzmem, tajne więzienia CIA, wymuszone zaginięcia, pozasądowe przekazanie, *Al-Nashiri przeciwko Polsce*, *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*

W maju 2011 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) zarejestrował pierwszą skargę przeciwko Polsce dotyczącą nielegalnego przetrzymywania i torturowania przez amerykańskich funkcjonariuszy tajnych służb tzw. zatrzymanych wysokiej wartości (*High Value Detainees* § HVD)¹. W styczniu 2013 r. zarejestrowana została kolejna tego typu skarga². Wspomniana działalność agentów CIA (*Central Intelligence Agency* – Centralna Agencja Wywiadowcza) miała się przynajmniej częściowo odbywać w Polsce, w ośrodku szkoleniowym Agencji Wywiadu (AW) (do 28.6.2002 r. Urzędu Ochrony Państwa – UOP) w Kiejkutach Starych.

Pierwsze informacje prasowe o tzw. tajnych więzieniach CIA pojawiły się w wydanym w marcu 2003 r. artykule dziennika „New York Times”. Publikacja dotyczyła metod przesłuchania jednego z najbardziej poszukiwanych członków Al Kaidy – Khalida Shaikha Mohammeda. Według anonimowych źródeł pochodzących z CIA był on więziony w kilku miejscach poza Stanami Zjednoczonymi (USA), takich jak Tajlandia czy bazy amerykańskie na wyspie Diego Garcia oraz Bagram w Afganistanie³. Publikacja ta zapoczątkowała, prowadzone na szeroką skalę, śledztwo dziennikarskie dotyczące sposobów wydobywania informacji od więźniów pojmanych w ramach ogłoszonej przez George’a W. Busha tzw. wojny z terroryzmem oraz umieszczonych w różnych krajach, tajnych miejsc ich przetrzymywania (*CIA black sites*).

¹ Skarga do ETPC w sprawie *Al-Nashiri przeciwko Polsce* z 6.5.2011, nr skargi 28761/11.

² Skarga do ETPC w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce* z 28.1.2013, nr skargi 7511/13.

³ Za: MSz, *Widzimy Polskę zdradzoną*, „Raport. Wojsko, Technika, Obronność” 2014, Nr 2, s. 49.

Dnia 2.11.2005 r. po raz pierwszy opisano system tajnych więzień CIA umieszczonych w ośmiu państwach⁴. Nie wymieniono wśród nich bezpośrednio Polski⁵, jednakże wspomniano o kilku krajach Europy Wschodniej, Tajlandii, Afganistanie i bazie amerykańskiej Guantanamo na Kubie. Jednak dzień po wydaniu wspomnianego artykułu organizacja Human Rights Watch wśród krajów, w których istniały tajne placówki amerykańskiego wywiadu, wymieniła m. in. Maroko, Polskę i Rumunię. Głównym dowodem na istnienie sieci tajnych lokacji była analiza ruchu lotniczego⁶.

Od momentu opublikowania tych informacji pojawiło się, zarówno w prasie zagranicznej jak i polskiej, szereg artykułów doprecyzowujących miejsce i rolę państwa polskiego w systemie tajnych więzień CIA. Oparte one były przede wszystkim na przeciekach pochodzących od funkcjonariuszy amerykańskiego wywiadu. Oficjalne władze Rzeczypospolitej (RP) do dnia dzisiejszego konsekwentnie zaprzeczają istnieniu „czarnych placówek” Centralnej Agencji Wywiadowczej na terenie państwa polskiego.

Głównymi celami niniejszego artykułu są:

po pierwsze, próba rekonstrukcji, na podstawie dostępnych publikacji prasowych, oficjalnych raportów oraz informacji przekazywanych przez organizacje pozarządowe, sytuacji faktycznej, jaka miała miejsce w ośrodku szkoleniowym AW w Kiejkutach Starych oraz na lotnisku Szczytno–Szymany w latach 2002–2003;

po drugie, przedstawienie stanu polskiego śledztwa w tytułowych sprawach;

po trzecie, analiza podstaw prawnych i faktycznych oraz procedur podjętych w przedmiocie tytułowych skarg przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, wraz ze skrótownym, co wynika z ograniczonych ram niniejszego artykułu, przytoczeniem orzecznictwa sądu strasburskiego w sprawach podobnych;

po czwarte, omówienie podstawowych tez sformułowanych przez ETPC w przedmiotowych wyrokach, odnoszących się do naruszeń przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)⁷ dokonanych przez polskich funkcjonariuszy publicznych;

Pozwoli to na przeprowadzenie analizy skutków prawnych i politycznych uznania państwa polskiego za winne w przedmiotowych postępowaniach.

⁴ D. Priest, *CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons*, „Washington Post” z dn. 2.11.2005. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html> [dostęp: 15.4.2014].

⁵ Nastąpić to miało w wyniku nacisków administracji amerykańskiej, MSz, *op. cit.*, s. 49.

⁶ <http://www.dw.de/secret-prisons-in-poland-and-romania/a-1765288> [dostęp: 15.4.2014].

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przyjęta 4.11.1950 r., Dz.U. 1993, Nr 61 poz. 284.

1. Okoliczności funkcjonowania tajnego więzienia CIA w Polsce

Oprócz wspomnianych wyżej artykułów prasowych, problem tajnych więzień CIA podnoszono wielokrotnie w kolejnych publikacjach medialnych. Szczególnie wnikliwe analizy powstały na podstawie informacji uzyskanych z tajnego wówczas raportu Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (dalej: MKCK) dotyczącego *black sites*. W sierpniu 2007 roku *The New Yorker* przedstawił historię przetrzymywania i torturowania w Polsce Khalida Shaikha Mohammeda⁸. Szereg dalszych szczegółów dotyczących systemu tajnych więzień CIA, w którym istotną rolę pełnił ośrodek w Kiejkutach Starych, przyniosły publikacje *New York Times'a*. Ujawniono m. in. jedno z nazwisk agentów przesłuchujących – niejakiego Deuce Martineza. Wspomniany Szejik Mohammed miał wskazać jako miejsce swojego przetrzymywania Polskę, uzasadniając to faktem otrzymania przez niego od pilnujących go agentów butelki wody mineralnej z etykietką, na której widniał adres mailowy kończący się domeną pl.⁹ We wrześniu 2010 roku agencja *Associated Press* ujawniła, powołując się na raport Inspektora Generalnego CIA, że podczas pozyskiwania informacji od Abda al-Rahima Al-Nashirego doszło do przekroczenia dozwolonych metod przesłuchiwania¹⁰. Polegało to m. in. na symulowaniu egzekucji, poprzez przystawianie zatrzymanemu pistoletu do głowy lub umieszczaniu przy jego ciele pracującej wiertarki. W raporcie przyznano również, że Al-Nashiri, Abu Zubaydach i Szejik Mohammed wielokrotnie poddawani byli kontrowersyjnym metodom przesłuchań, nazwanych eufemistycznie w dokumentach wewnętrznych rządu USA wzmocnionymi technikami przesłuchań (*enhanced interrogation techniques – EIT*), w tym osławionemu podtapianiu (*waterboarding*)¹¹.

Z tymi informacjami koresponduje, wydany 26 stycznia 2010 r., raport specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. tortur Manfreda Nowaka oraz specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. promocji i ochrony praw człowieka podczas zwalczania terroryzmu Martina Scheinina. Stwierdzono w nim, powołując się na dwóch anonimowych agentów CIA, iż dwa fragmenty z wspomnianego raportu Inspektora Generalnego CIA („*specjalne techniki przesłuchania Al-Nashiri*

⁸ J. Meyer, *The Black Sites*, „The New Yorker”, 13.8.2007, http://www.newyorker.com/reporting/2007/08/13/070813fa_fact_mayer Dostęp: 15.4.2014. Por. przyp. nr 15.

⁹ Zob. M. Danner, *US Torture: Voices from the Black Sites*, „New York Review of Books”, 9.4.2009. <http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/09/us-torture-voices-from-the-black-sites/> [dostęp: 15.4.2014].

M. Danner, *Tales from Torture's Dark World*, „The New York Times”, 15.3.2009, <http://www.nytimes.com/2009/03/15/opinion/15danner.html?pagewanted=all> [dostęp: 15.4.2014].

¹⁰ http://usatoday30.usatoday.com/news/world/2010-09-21-poland-cia-prison_N.htm [dostęp: 15.4.2014].

¹¹ *Special Review. Counterterrorism Detention And Interrogation Activities (September 2001 – October 2003) (2003-7123-IG)* z dn. 7.5.2004, s. 42 i 99.

kontynuowane były po 4 grudnia 2002 r.” oraz „Jednakże, po tym jak został przeniesiony do [usunięto] Al-Nashiri był uważany za osobę, która nie chce ujawnić informacji”), dotyczą okresu jego uwięzienia w Polsce¹².

W wydanym na początku 2013 roku raporcie *Open Society Justice Initiative* opisano w szczegółach funkcjonowanie systemu tajnych, zagranicznych więzień CIA. Wśród 136 zidentyfikowanych „pensjonariuszy” *black sites*, co najmniej sześciu miało być przetrzymywanych w Polsce, wliczając w to wcześniej wymienionych Al-Nashirego, Abu Zubaydah i Szejka Mohammeda. Według cytowanej publikacji o istnieniu tajnych więzień wiedzieć mieli: prezydent RP Aleksander Kwaśniewski, premier Leszek Miller, szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego Marek Siwiec, minister obrony Jerzy Szmajdziński oraz szefowie cywilnych i wojskowych służb wywiadowczych: Zbigniew Siemiątkowski i Marek Dukaczewski¹³.

Jedną z ostatnich informacji medialnych dotyczących więzień CIA w Polsce jest ujawnienie szczegółów polsko-amerykańskiej umowy zawartej w przedmiotowej kwestii. Według dziennikarzy *The Washington Post*, powołujących się na anonimowych agentów amerykańskich służb specjalnych, polski wywiad udostępnił CIA ośrodek szkoleniowy w Starych Kiejkutach w 2001 r. Na początku 2003 roku Warszawa i Waszyngton zawarły porozumienie, na mocy którego dwaj agenci CIA przekazali przedstawicielowi polskich służb specjalnych – zastępcy dowódcy AW, płk Andrzejowi Derlatce – 15 mln dolarów przesłanych pocztą dyplomatyczną. Przedmiotem umowy było wynajęcie na terenie wymienionego ośrodka, willi wyremontowanej za pieniądze amerykańskie z przeznaczeniem na *black site*. Miejsce to otrzymało kryptonim „Quartz”. Al-Nashiri i Abu Zubajdah trafili tam 5 grudnia 2002 roku. Po schwytaniu, w marcu 2003 roku, przewieziono tam również Szejka Mohammeda. Szefem więzienia w Polsce został doświadczony agent CIA Mike Sealy. Więzienie zostało zamknięte we wrześniu 2003 roku, a przetrzymywanych tam podejrzanych wysłano do podobnych ośrodków w Rumunii i na Litwie oraz do więzień w Maroku¹⁴.

¹² *Joint study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, the Working Group on Arbitrary Detention and the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/13/42*, s. 60.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-42.doc> [dostęp: 9.4.2014].

¹³ *Globalizing Torture: CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, New York 2013, s. 100. <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/globalizing-torture-20120205.pdf> [dostęp: 15.4.2014].

¹⁴ A. Goldman, *The hidden history of the CIA's prison in Poland*, „The Washington Post”, 23.1.2014 r., http://www.washingtonpost.com/world/national-security/the-hidden-history-of-the-cias-prison-in-poland/2014/01/23/b77f6ea2-7c6f-11e3-95c6-0a7aa80874bc_story.html Dostęp: 15.4.2014. Szerzej rolę mediów w procesie odkrywania tajnych więzień CIA opisano w: A. Bodnar, I. Pacho, *Rola mediów w wyjaśnianiu sprawy tajnego więzienia CIA na terytorium Polski*, Warszawa 2012.

Sprawa systemu więzień CIA była również przedmiotem zainteresowania różnorodnych organów organizacji międzynarodowych. We wspomnianym raporcie MKCK opisano sposoby traktowania przez funkcjonariuszy amerykańskich 14 zatrzymanych wysokiej wartości. Obejmowały one pozostawianie podejrzanych o terroryzm w warunkach stałego odosobnienia lub *incommunicado* (całkowitej izolacji od bodźców zewnętrznych), podtapianiu, długotrwałym pozostawianiu w tzw. „stresujących pozycjach”, biciu i kopaniu, biciu w głowę przy użyciu tzw. kołnierza, umieszczeniu w ciasnej skrzyni, długotrwałym pozostawianiu nago, pozbawianiu możliwości snu, wystawianiu na działanie zimna/zimnej wody, przymusowym goleniu, długotrwałym krępowaniu lub skuwaniu kajdankami, grożeniu osadzonym i ich rodzinie oraz pozbawianiu lub ograniczaniu dostępu do żywności i wody¹⁵. Wspomniano tu również, iż jeden z bohaterów raportu – Szejk Mohammed, najprawdopodobniej więziony był w Polsce, gdzie również stosowano wymienione wyżej wzmocnione techniki przesłuchań¹⁶. Większość z przytoczonych procedur śledczych zastosowano również wielokrotnie wobec Al-Nashiriego i Abu Zubajdy, łącznie z uznaną przez zatrzymanych za najgorszą z tortur *waterboardingiem*¹⁷.

System tajnych więzień CIA stał się również przedmiotem badań instytucji parlamentarnych Rady Europy (RE) i Unii Europejskiej (UE). Znaczna część powstałych w wyniku tych działań raportów, odnoszących się do zaangażowania się w tworzenie i funkcjonowanie *black sites* oraz zatrzymań osób podejrzanych o terroryzm na terenie państw członkowskich tych organizacji, dotyczy Polski. Pierwszy raport opisujący tę problematykę, opublikowany został 12 czerwca 2006 r. Był on wynikiem prac specjalnej komisji Zgromadzenia Parlamentarnego RE (ZP RE) pod przewodnictwem szwajcarskiego senatora Dicka Marty'ego¹⁸. W dokumencie tym wspomniano o funkcjonowaniu tzw. „pajęcznej sieci” (*spider's web*), w której uczestniczyło część krajów

¹⁵ ICRC Report on The Treatment of Fourteen „High Value Detainees” in CIA Custody, Washington 2007, s. 10–18.

¹⁶ *Ibidem*, s. 34–35.

¹⁷ *Ibidem*, s. 10-11. Dodatkowo w memorandum Biura ds. Prawnych Departamentu Sprawiedliwości USA z dnia 30 maja 2005 r. stwierdzono, powołując się na omówiony wyżej raport Inspektora Generalnego CIA, iż jej agenci stosowali „technikę podtapiania co najmniej 83 razy w sierpniu 2002 r.” podczas przesłuchania Zubajdaha. (Raport IG, str. 90) i 183 razy w marcu 2003 r. podczas przesłuchania KSM (zob. *ibidem*, str. 91).” Memorandum dla Johna A. Rizzo, Szefa Działu Prawnego Centralnej Agencji Wywiadowczej z 30 maja 2005 r., s. 37 http://s3.amazonaws.com/propublica/assets/missing_memos/28OLCmemofinal-redact30May05.pdf [dostęp: 9.4.2014].

¹⁸ Committee on Legal Affairs and Human Rights. Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states. (Raport Komisji ds. Zagadnień Prawnych i Praw Człowieka. Podejrzenia dotyczące istnienia tajnych więzień i nielegalnego transferu więźniów z udziałem państw członkowskich Rady Europy), dok. nr 10957 z 12.06.2006 r. Dalej cytowany jako Pierwszy Raport Marty'ego.

http://assembly.coe.int/committeedocs/2006/20060606_ejdoc162006partii-final.pdf [dostęp: 10.4.2014].

członkowskich RE, w tym Polska. Dzięki temu porozumieniu możliwe było nielegalne przekazywanie osób podejrzanych przez CIA o działalność terrorystyczną¹⁹. Polska stanowić miała jeden z istotnych elementów wspomnianej „pajęcznej sieci”. Dowodami wskazującymi na udział RP we wspomnianej, nielegalnej sieci transferowej zatrzymanych, stały się oficjalne dane pochodzące z wykazów lotów odbywanych na terenie różnych państw europejskich, w tym przede wszystkim zapisy monitorujące ruch statków powietrznych sporządzone w ramach Europejskiej Organizacji ds. Bezpieczeństwa Żeglugi Powietrznej (*Eurocontrol*).

Organizacja ta udostępniła dane potwierdzające przeloty m. in. na polskie lotniska samolotów wykorzystywanych przez CIA, w tym przede wszystkim Boeinga 737 o numerze rejestracyjnym N313P, zwanego „*Guantanamo Express*”. Wg cytowanego dokumentu, pod koniec września i w październiku 2003 r. z tajnego ośrodka CIA w Kabulu samolotem tym transportowano osoby podejrzane o działalność terrorystyczną. Jedyne w tamtym czasie lądowanie wspomnianego statku powietrznego na terytorium Europy, odbyło się na lotnisku w Szymanach 22 września 2003 roku. Komisja uznała, że „*przedmiotowe loty dobrze znanego „samolotu transferowego” N313P, mają wszelkie cechy operacji transferu.*”²⁰ W związku z tym oraz z szeregiem dostępnych w tamtym czasie informacji medialnych, twórcy omawianego raportu uznali, że lotnisko w Szymanach było punktem dostarczania zatrzymanych, podejrzanych o działalność terrorystyczną i znajdowało się w pobliżu tajnego więzienia CIA²¹.

Drugi, bardziej szczegółowy raport opracowany przez specjalną komisję ZP RE wydany został 11 czerwca 2007 roku²². Uznano w nim, że w świetle nowych zebranych dowodów można jednoznacznie stwierdzić, iż na terenie Polski, Rumunii oraz kilku innych państw europejskich istniały tajne ośrodki detencji prowadzone przez amerykańskie służby specjalne w powiązaniu z lokalnymi partnerami²³.

W raporcie opisano mechanizmy i procedury nawiązania i prowadzenia współpracy w programie HVD pomiędzy strukturami państwa polskiego

¹⁹ Szerzej: Pierwszy Raport Marty’ego, Ustęp 2, pkt 24 i nast. W raporcie wspomniano również o istnieniu domniemanych tajnych obozów zatrzymań dla osób podejrzanych o terrorizm na terenie m. in. Polski, Rumunii i być może innych państw RE. Dodano jednak, iż nie ma oficjalnych dowodów potwierdzających ten fakt, chociaż pojawiły się pewne poszlaki, które uprawdopodobniają ich istnienie. Pierwszy Raport Marty’ego, pkt 22.

²⁰ Pierwszy Raport Marty’ego, pkt 64.

²¹ *Ibidem*, pkt 43 i 73.

²² *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states second report, Doc. 11302. (Drugi raport w sprawie tajnych więzień i nielegalnego transferu więźniów z udziałem państw członkowskich Rady Europy, dok. nr 11302).* Dalej cytowany jako Drugi Raport Marty’ego.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/307_martydetentionssecond_/307_martydetentionssecond_en.pdf [dostęp: 10.4.2014].

²³ Drugi Raport Marty’ego, pkt 7.

i tajnymi służbami USA²⁴. Kooperację podjęto w ramach struktur Paktu Północnoatlantyckiego, co miało zapewnić poufność prowadzonej działalności. Polskie Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, w imieniu Kancelarii Prezydenta wynegocjowało z rządem USA szereg bilateralnych porozumień operacyjnych, których podstawą były „umowy określające specjalne formy współpracy”²⁵. Dominującą rolę w tych negocjacjach miała mieć CIA, która jednostronnie wybrała na swojego partnera w opisywanym programie Wojskowe Służby Informacyjne (WSI)²⁶. Polskie wojskowe służby specjalne stworzyły specjalne „strefy buforowe”, które miały chronić działalność tajnego ośrodka CIA w Kiejkutach. Polscy funkcjonariusze WSI działali tu dwutorowo: zabezpieczali przekazywanie i przesłuchiwanie więźniów oraz działali pod przykrywką innych służb państwowych nie dopuszczając do wypłynięcia informacji o działalności amerykańskich służb specjalnych²⁷.

W opisywanym dokumencie wymieniono polskich funkcjonariuszy publicznych bezpośrednio odpowiedzialnych za współpracę z CIA. Na najwyższym szczeblu działalność tą miał nadzorować prezydent Aleksander Kwaśniewski. Dodatkowo wiedzę o *black site* w Kiejkutach posiadały następujące, zaufane osoby głowy państwa: szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego Marek Siwiec, Minister Obrony Narodowej Jerzy Szmajdziński i szef WSI Marek Dukaczewski²⁸.

Zebrane przez komisję senatora Marty’ego nowe dowody, w tym zeznania świadków, pozwoliły ustalić kulisy funkcjonowania tajnego ośrodka CIA w Kiejkutach Starych. Według specjalnej komisji ZP RE w latach 2002–2005 na lotnisku w Szymanach lądowały co najmniej 8–10 razy cztery samoloty Gulfstream i Boeing. Daty ich lotów pokrywały się z domniemanymi przewozami zatrzymanych wysokiej wartości²⁹. Wspomniane statki powietrzne

²⁴ Odwoływano się tu po raz kolejny do pojęcia „globalnej pajęczej sieci” traktowanej jako bliska współpraca państw członkowskich Rady Europy z USA, polegająca m. in. na tworzeniu tajnych więzień CIA na swoich terytoriach i pomocy w zatrzymywaniu i transferech podejrzanych. Drugi Raport Marty’ego, pkt 29.

²⁵ Drugi Raport Marty’ego, pkt 177. „Najprawdopodobniej były to tak zwane umowy międzynarodowe zawierane w uproszczonej formie.” A. Bodnar, D. Pudzianowska, *Tajne więzienia CIA na terytorium Polski*, s. 5. http://www.hfhrpol.waw.pl/cia/images/stories/CIA_Poland_article_PiP.doc [dostęp: 11.4.2014].

²⁶ Podstawowym powodem wyboru tej służby był faktyczny brak cywilnej kontroli nad tą instytucją. Uznano, za Andrzejem Zybortowiczem, że WSI były swego rodzaju kartelem oraz „agencją przyzwyczajoną do tuszowania działań wykraczających poza granice prawa i moralności.” Drugi Raport Marty’ego, pkt 168-169.

²⁷ Drugi Raport Marty’ego, pkt 170-171.

²⁸ *Ibidem*, pkt 174. Wg jednego z anonimowych źródeł przytoczonych w tym dokumencie „zapytany czy Premier i jego gabinet został wprowadzony w program HVD odparł, że „nawet ABW i AW nie znała całosci tajnych informacji. Zapomnij o Premierze, to działo się bezpośrednio pod kontrolą Prezydenta.” *Ibidem*, pkt 176.

²⁹ Drugi Raport Marty’ego, pkt 181-183. Dodatkowo w raporcie szczegółowo opisano na podstawie zeznań świadka niestandardową procedurę, która każdorazowo odbywała się po lądowaniu wymienionych samolotów w Szymanach. Kontrolę nad nimi całkowicie przejmowali funkcjonariusze tajnych służb amerykańskich. *Ibidem*, pkt 197.

należały do prywatnej firmy Jeppesen International Trip Planning (przewoźnik Jeppesen Dataplan), która była powiązana z CIA i świadczyła na jej rzecz usługi przewozowe³⁰. Wymienione wyżej loty zostały celowo zakamuflowane lub tworzone fikcyjne plany lotów, w celu zmylenia zarówno Eurocontrolu jak i Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (PAŻP), która co prawda nimi kierowała w polskiej przestrzeni powietrznej, ale nie miała prawdziwych informacji dotyczących trasy³¹.

Według danych zebranych przez komisję ZP RE, zatrzymanych o statusie HVD zaczęto dostarczać do Polski w pierwszej połowie 2003 r. Było ich maksymalnie do dwunastu. W raporcie wymieniono między innymi Abu Zubajdah i Szejka Mohammeda. Komisja Marty'ego uznała na podstawie zgromadzonych dowodów, że byli oni poddawani w ośrodku w Kiejkutach wzmocnionym technikom przesłuchań³². W omawianym raporcie po raz kolejny poddano Polskę krytyce za całkowity brak współpracy z komisją ZP RE oraz próby zwodzenia zarówno rzeczonyj grupy jak i analogicznego komitetu Parlamentu Europejskiego (PE)³³.

16 września 2011 r. komisja Marty'ego opublikowała kolejne sprawozdanie dotyczące systemu tajnych więzień CIA umieszczonych w państwach RE³⁴. W odniesieniu do Polski w dokumencie tym omówiono pierwsze stadium polskiego śledztwa odnoszącego się do *black site* Kiejkutach, które po początkowych sukcesach, zostało gwałtownie spowolnione przez odmowę władz amerykańskich udzielenia informacji na ten temat w trybie pomocy prawnej. Odnotowano również pewne sukcesy organizacji pozarządowych

³⁰ O roli tego przewoźnika w systemie tajnych więzień CIA w różnych państwach zob. np. *Globalizing Torture*, op. cit., s. 64, 75, 84, 97, 99, 103, 105, 108. Firma ta została również pozwana w związku ze swoją działalnością przed sądem amerykańskim. Sprawa *Mohamed przeciwko Jeppesen Dataplan, Inc.*, 614 F.3d 1070, 1073 (9th Cir. 2010). Sprawa ta została przez sąd oddalona na podstawie doktryny ochrony tajemnicy państwowej. Zob. B. Bernstein, *Over Before it Even Began: Mohamed v. Jeppesen Dataplan and the Use of the State Secrets Privilege in Extraordinary Rendition Cases*, „Fordham International Law Journal”, Vol. 34 Issue 5 2011, s. 1401–1429.

³¹ *Ibidem*, pkt 185-186.

³² *Ibidem*, pkt 126-127.

³³ *Ibidem*, pkt 192-196. Dodatkowo polska delegacja do ZP RE złożyła swoje zdanie odrębne do ustaleń raportu, w którym stwierdzono, że opiera się on na „podejrzeniach niepopartych dowodami [...] Pan D. Marty nie przedstawił konkretnych dowodów obciążających Polskę. Jego nieobiektywne i przesadzone twierdzenia nie zyskały poparcia Rady Europy, ale odbiły się głośnym echem w mediach”. Pismo z 14 czerwca 2007 r. Stanowisko delegacji polskiej przy Zgromadzeniu Parlamentarnym Rady Europy w sprawie drugiego raportu w sprawie tajnych więzień i nielegalnego transferu więźniów z udziałem państw członkowskich Rady Europy. Cytat za: A. Bodnar, D. Pudzianowska, *Tajne więzienia CIA na terytorium Polski*, op. cit., s. 7.

³⁴ *Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations (Nadużywanie argumentów tajemnicy państwowej i bezpieczeństwa narodowego: przeszkody w parlamentarnej i sądowej kontroli naruszeń praw człowieka*. Dalej cytowany jako Trzeci Raport Marty'ego.

http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2011/State%20secrecy_MartyE.pdf [dostęp: 20.5.2014].

takich jak Helsińska Fundacja Praw Człowieka i Open Society Justice Initiative, które zdobyły m. in. od PAŻP nowe informacje przydatne w śledztwie³⁵.

Omawiany raport zawiera również uwagi natury ogólnej, odnoszące się także do kondycji systemów demokratycznych części państw RE, w tym również RP. *Liczne rządy europejskie wydają się akceptować doktrynę poprzedniej administracji USA: terroryzm jest zjawiskiem, z którym nie może sobie poradzić do końca wymiar sprawiedliwości, w związku z tym uznano, że USA jest w stanie wojny, konwencje genewskie nie mają w ogóle lub mają tylko częściowe zastosowanie. Gorzej: bezpieczeństwo musi mieć pierwszeństwo przed wolnością, jakby te dwa pojęcia były nie do pogodzenia. Jest oczywiste, że w ciągu ostatnich lat, także ze względu na przesadną dramatyzację „wojny z terroryzmem”, równowaga między poszczególnymi władzami przesunęła się w stronę władzy wykonawczej, kosztem parlamentu i sądownictwa. Parlamente nie są bez winy w tej sytuacji.*³⁶

Podobne wnioski do omawianych wyżej raportów zawarła, w swoim sprawozdaniu dotyczącej systemu tajnych więzień CIA i roli w niej Polski z dnia 30 stycznia 2007 r., komisja tymczasowa PE³⁷. Odnotowano w nim 11 lądowań samolotów firmy Jeppsen, powiązanej z CIA, na lotnisku w Szymanach. Loty te pokrywały się z domniemanymi trasami przerzutowymi i transferem zatrzymanych HVD³⁸. Z zeznań pracowników lotniska w Szymanach wynikało, iż w latach 2002–2003 r. sześć samolotów Gulfstream, które wylądowały na wspomnianym lotnisku, podlegało nietypowej procedurze ich przyjęcia. Nie przystąpiono wobec nich do odprawy celnej. Pracownicy miejscowego oddziału Straży Granicznej, zakazali obsłudze lotniska się do nich zbliżać. Zawyżone opłaty lotniskowe uregulowano gotówką. Każdorazowo na pasażerów samolotu oczekiwało kilka pojazdów z wojskowymi numerami rejestracyjnymi³⁹.

W sprawozdaniu uznano za udowodnione, istnienie bilateralnych porozumień pomiędzy polskimi i amerykańskimi służbami specjalnymi, które wyłączały działania zagranicznych służb specjalnych prowadzone na terytorium Polski z jurysdykcji polskiego sądownictwa⁴⁰.

³⁵ Trzeci Raport Marty'ego, pkt 9-13.

³⁶ *Ibidem*, pkt 45.

³⁷ *Raport w sprawie rzekomego wykorzystania krajów europejskich przez CIA do transportu i nielegalnego przetrzymywanie więźniów* (2006/2200(INI)) A6-0020/2007. Dalej cytowany (od nazwiska głównego sprawozdawcy w tej sprawie Giovanniego C. Favy) jako Raport Favy.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0020+0+DOC+XML+V0//PL> dostęp: 10.4.2014 r.

³⁸ Raport Favy, pkt 169.

³⁹ Jeden z pracowników lotniska dodatkowo zeznał, że raz zdarzyło mu się jechać za wspomnianymi samochodami, które zmierzały w kierunku ośrodka w Starych Kiejkutach. Raport Favy, pkt 174.

⁴⁰ Wynikało to z treści oficjalnej odpowiedzi udzielonej Terry'emu Davisowi 10 marca 2006 r. przez podsekretarza stanu Witolda Waszczykowskiego. Raport Favy, pkt 179. W kolejnym dokumencie UE stworzonym przez Komisję Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości

2. Polskie śledztwo oraz skargi do ETPC w sprawach *Al-Nashiri i Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*

Po długotrwałym okresie zaprzeczania przez władze polskie istnienia na terytorium RP więzienia CIA, w sierpniu 2008 roku wszczęto śledztwo w tej sprawie. Od początku utajniono je ze względów bezpieczeństwa państwa⁴¹.

Wśród powodów zmiany stanowiska rządu polskiego w sprawie *black site* w Kiejkutach Starych wymienia się:

a. zwrot w postrzeganiu programu HVD w samych Stanach Zjednoczonych, związany z pojawieniem się nowej, demokratycznej administracji prezydenta Baracka Obamy. Wiązało się to z ujawnianiem zarówno oficjalnie przez władze amerykańskie, jak i anonimowo przez funkcjonariuszy zaangażowanych w program tajnych zagranicznych więzień, coraz większej ilości faktów dotyczących omawianej aktywności;

b. Wszczęcie śledztwa uwiarygadniało na arenie międzynarodowej władze polskie, które nie miały już możliwości zaprzeczać dużej liczbie wyciekających informacji;

c. Koalicja rządowa sprawująca władzę w Polsce nie musiała obawiać się możliwych wyników śledztwa, które obciążało przede wszystkim polityków Sojuszu Lewicy Demokratycznej sprawujących rządy w czasie istnienia ośrodka CIA w Polsce oraz ewentualnie członków Prawa i Sprawiedliwości, którzy sprawując później funkcje rządowe, nie poinformowali organów ścigania o istnieniu tajnego więzienia CIA na terenie Polski⁴².

i Spraw Wewnętrznych PE, wezwano władze RP do „przeprowadzenia z należytą przejrzystością rygorystycznego śledztwa” w sprawie więzień CIA oraz informowania opinii publicznej o jego przebiegu. *Sprawozdanie w sprawie rzekomego udziału państw europejskich w organizowanym przez CIA transporcie i nielegalnym przetrzymywaniu więźniów na terenie tych państw: działania podejmowane w następstwie sprawozdania komisji TDIP PE (2012/2033(INI))*. (tzw. Raport Flautre, od nazwiska głównego sprawozdawcy w tej sprawie Helen Flautre), pkt 13. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0266+0+DOC+XML+V0//PL&language=pl> dostęp: 20.4.2014 r.

⁴¹ Prawdopodobnie bezpośrednim impulsem do jego zainicjowania było przekazanie prokuraturze przez premiera Donalda Tuska listu Romana Giertycha, w którym poinformował on Prezesa Rady Ministrów o tym, że podczas sprawowania funkcji przewodniczącego Komisji Sejmowej do Spraw Służb Specjalnych w grudniu 2005 r. widział tajną notatkę AW potwierdzającą istnienie tajnych więzień CIA na terytorium Polski. W. Czuchnowski, *Giertych inspirował śledztwo w sprawie więzień CIA*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 27.8.2008 r.

http://wyborcza.pl/1,76842,5631471,Giertych_inspirowuje_sledztwo_w_sprawie_wiezien_CIA.html [dostęp: 18.4.2014].

Wiele wskazuje na to, iż w styczniu 2006 r. szef Agencji Wywiadu generał Zbigniew Nowek, minister-koordynator ds. służb specjalnych Zbigniew Wassermann, minister sprawiedliwości Zbigniew Ziobro i prokurator krajowy Janusz Kaczmarek zapoznali się treścią tej lub podobnej tajnej notatki. E. Żemła, M. Kowalewski, *Szukając dokumentu o CIA*, „Rzeczpospolita” z dn. 22.4.2009 r. <http://www.rp.pl/artukul/294577.html> [dostęp: 18.4.2014].

⁴² A. Bodnar, D. Pudzianowska, *op. cit.*, s. 11.

Znana jest podstawa prawna przedmiotowego śledztwa. Stanowi ją art. 231 Kodeksu karnego⁴³, sankcjonujący przekroczenie uprawnień przez urzędnika państwowego. Prokuratura ma tu przede wszystkim zbadać czy ewentualna decyzja dotycząca przekazania w użytkowanie funkcjonariuszom CIA terenu w Kiejkutach nie doprowadziła do utraty suwerenności części terytorium RP poprzez niesprawowanie przez władze publiczne efektywnej kontroli nad wydzieloną strefą⁴⁴. Aktualnie w przedmiotowej sprawie status pokrzywdzonych uzyskały trzy osoby. Oprócz aplikujących do ETPC Al-Nashiriego i Husayna jest to Walid bin Attash. Natomiast statusu tego odmówiono Mustafie Al-Hawsawi. Przebieg utajnionego śledztwa wzbudza również wiele wątpliwości. Do najważniejszych należy kilkukrotna wymiana prowadzących je prokuratorów oraz przeniesienie sprawy w lutym 2012 roku z warszawskiej do krakowskiej Prokuratury Apelacyjnej (aktualna sygn. akt Ap V Ds 12/12.S), przy braku jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia tych zmian⁴⁵.

Dwie tytułowe skargi do ETPC, dotyczące więzienia CIA w Kiejkutach skierowane przeciwko Polsce, mają w dużej mierze podobne uzasadnienie faktyczne oraz opierają się na podobnych zarzutach wobec władz publicznych RP. W skardze Al-Nashiriego podniesiono, iż około 5 grudnia 2002 r. został on przetransportowany z Tajlandii do „czarnego miejsca” CIA umieszczonego w Polsce, gdzie przebywał do 6 czerwca 2003 roku, kiedy to został odwieziony do amerykańskiej bazy w Guantanamo⁴⁶. W skardze Abu Zubaydah stwierdzono, że po krótkim okresie przetrzymywania go w tajnym więzieniu CIA w Tajlandii, 5 grudnia 2002 r. został on przewieziony do tajnego ośrodka CIA w Starych Kiejkutach. 22 września 2003 r. Abu Zubaydah został przetransportowany do kolejnych ośrodków CIA – najprawdopodobniej na Kubie, Litwie, w Maroku oraz Afganistanie⁴⁷.

Podstawą twierdzeń o przetrzymywaniu obu skarżących w Kiejkutach Starych oraz stosowania wobec nich tortur i nieludzkiego traktowania są przede wszystkim ustalenia wynikające z opisanych wcześniej raportów senatora Marty’go, PE i Inspektora Generalnego CIA. Dodatkowo fakt przebywania skarżących w tajnym więzieniu CIA umiejscowionym w Polsce uprawdopodobniają uzyskane przez Helsińską Fundację Praw Człowieka od Straży Granicznej tzw. logi z lotniska w Szymanach dotyczące podejrzanych o działanie na rzecz CIA samolotów, z których wynika, że od grudnia 2002 do września 2003 r. siedmioma samolotami Gulfstream (używany m.in. przez CIA) przywieziono do Szyman 20 osób z Afganistanu, Dubaju i Maroka⁴⁸.

⁴³ Ustawa z 6.6.1997 r. Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.

⁴⁴ A. Bodnar, D. Pudziańska, *op. cit.*, s. 11

⁴⁵ http://wyborcza.pl/1,76842,11138133,Sledztwo_w_sprawie_wiezienia_CIA_przeniesione_do_Krakowa.html [dostęp: 18.4.2014].

⁴⁶ Skarga Al-Nashiri przeciwko Polsce, § 27 i 33.

⁴⁷ Skarga Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce, § 41 i 45.

⁴⁸ Skarga Al-Nashiri przeciwko Polsce, § 29; Skarga Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce, § 41-43.

Zarzuty podnoszone w obu przedmiotowych skargach dotyczą naruszenia art. 2 (tylko Al-Nashiri) 3, 5, 6, 8 oraz 13 EKPC, a więc zasadniczych praw człowieka, takich jak stosowanie wobec skarżących tortur i poniżającego traktowania, a także wydanie ich państwu trzeciemu pomimo istnienia znacznego prawdopodobieństwa, że w miejscu przeniesienia będą oni w dalszym ciągu poddawani torturom i być może skazani na karę śmierci, pozbawienie ich wolności i przetrzymywanie w izolacji, bez podstawy prawnej i decyzji sądu, naruszenie prawa do prywatności poprzez niedopuszczenie do jakiegokolwiek kontaktu z rodzinami przetrzymywanych oraz brak skutecznego środka odwoławczego wynikający z nieefektywnego prowadzenia śledztwa dotyczącego więzień CIA w Polsce⁴⁹.

Początkowo ETPC utajnił ze względów bezpieczeństwa, na prośbę państwa polskiego, postępowanie w przedmiotowych sprawach. Jednak w lutym 2013 roku sąd strasburski, wyraźnie zirytowany niedostarczeniem przez władze krajowe żądanych dokumentów, zdecydował o zaprzestaniu *stosowania zasady 33 par. 2 regulaminu i znieść poufny charakter postępowania. (...) W konsekwencji pisma procesowe będą dostępne dla opinii publicznej i przekazywane przedstawicielom trzeciej strony postępowania*⁵⁰. Strona polska odmówiła odpowiedzi na pytania Trybunału o to czy Al-Nashiri był przetrzymywany w tajnym więzieniu CIA na terenie Polski oraz czy istnieje przygotowany przez polską stronę dokument regulujący powstanie lub prowadzenie tajnego więzienia? Wiceminister spraw zagranicznych Maciej Szpunar tłumaczył takie postępowanie niemożliwością dostarczenia takich wiadomości przed końcem toczącego się w Polsce, skomplikowanego śledztwa⁵¹.

W dniach 2–3 grudnia 2013 roku odbyła się rozprawa przed ETPC w połączonych sprawach *Al-Nashiri* oraz *Abu-Zubaydah przeciwko Polsce*. W pierwszym dniu posiedzenie odbywało się *in camera*, natomiast kolejny dzień przesłuchań miał charakter jawny⁵². Państwo polskie miało odpowiedzieć na następujące pytania ETPC:

a) czy w wskazanych wyżej okresach skarżący przebywali na terytorium Polski?

b) jeżeli skarżący przebywali wówczas w Starych Kiejkutach, czy czynności, jakim ich poddano w tajnym więzieniu CIA, można przypisać Polsce?

c) czy fakt przetransportowania skarżących z Polski, do bazy Guantana-mo na Kubie i ewentualny proces przed wojskową komisją, która mogła zastosować karę śmierci, można przypisać Polsce?

⁴⁹ Skarga *Al-Nashiri przeciwko Polsce*, § 164; Skarga *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 199-202.

⁵⁰ <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/trybunal-w-strasburgu-odtajnil-postepowanie-w-sprawie-wiezien-cia-w-polsce?refererPlid=52224> [dostęp: 19.4.2014].

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² ECHR Press Release, ECHR 357 (2013), z dn. 3.12.2013.

d) czy polskie władze, zgodnie z art. 3 EKPC, prowadziły efektywne postępowanie w sprawie zarzutów skarżących?

e) czy skarżący mieli prawo skorzystać ze skutecznego środka prawnego w rozumieniu art. 13 EKPC w zakresie zarzutów podniesionych w skargach?

f) czy Polska wypełniła swój obowiązek, wynikający z art. 38 EKPC, „udzielenia wszelkich niezbędnych ułatwień” w celu zbadania sprawy przez ETPC?⁵³

Podczas postępowania niejawnego Polska zaproponowała możliwość zapoznania się (poprzez jego odczytanie przez prokuratora Śliwę, bez możliwości kopiowania) przez sąd strasburski z 21-stronicowym dokumentem przygotowanym przez Prokuraturę Apelacyjną w Krakowie. Trybunał jednak nie skorzystał z tej propozycji uznając, iż działanie państwa polskiego narusza kompetencje sędziów ETPC⁵⁴.

Na rozprawie jawnej przed ETPC przedstawiciel rządu twierdził, że Polska nie naruszyła konwencji w przedmiotowych sprawach, jednak odmówił odpowiedzi na bezpośrednie pytanie czy Al-Nashiri i Abu Zubaydah przebywali na terenie RP. Pełnomocnicy skarżących jednoznacznie twierdzili, że państwo polskie w przedmiotowych sprawach naruszyło wiele przepisów EKPC, łącznie z jej art. 38 nakazującym współpracę z trybunałem strasburskim. Konsekwentnie uznawali, iż polskie śledztwo w sprawie ośrodka CIA prowadzone jest nieefektywnie oraz skarżyli się na liczne utrudnienia w dostępie do akt śledztwa. Podobny pogląd wyraził specjalny sprawozdawca ONZ ds. praw człowieka i walki z terroryzmem Ben Emmerson⁵⁵.

3. Orzecznictwo ETPC w sprawach podobnych⁵⁶

Tytułowe sprawy przeciwko Polsce odnoszą się do wielu podstawowych i skomplikowanych kwestii, które pojawiły się w orzecznictwie organów strasburskich, Przykładowo można tu wymienić takie aspekty jak ekstradycja do krajów gdzie skarżącym grozi kara śmierci lub inne poważne naruszenie

⁵³ *ECHR Questions to The Parties* z 12.11.2013 r.

⁵⁴ <http://www.poprawny.pl/index.php/index.php?itemid=4381&catid=13> [dostęp: 19.4.2014].

⁵⁵ <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/etpc-zakonczy-l-rozprawe-ws-domniemanych-wiezien-cia> [dostęp: 20.4.2014].

⁵⁶ W związku z ograniczoną objętością niniejszego artykułu oraz skomplikowanym charakterem prawnym i faktycznym spraw polskich więzień CIA, w dalszej części publikacji wymienione zostaną orzeczenia ETPC odnoszące się do wybranych aspektów rozpatrzonych w wyrokach *Al-Nashiri i Abu Zubaydah*. Natomiast szerszej analizie poddany zostanie pierwsze rozstrzygnięcie trybunału strasburskiego w sprawie systemu *black sites* CIA – wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *El-Masri przeciwko Byłej Jugostowiańskiej Republice Macedonii* (dalej: BJRM) z 13.12.2012 r., nr skargi 39630/09. Orzeczenie to zapoczątkowało linię orzecniczą ETPC w sprawach tzw. pozasadowych przekazania (*extraordinary renditions*) związanych z działalnością antyterrorystyczną tajnych służb amerykańskich.

przepisów EKPC (np. tortury lub niehumanitarne traktowanie)⁵⁷, szereg orzeczeń dotyczących tzw. wymuszonych zaginięć (*enforced disappearances*)⁵⁸, ekstraterytorialnej jurysdykcji⁵⁹, po wyroki odnoszące się do działań związanych bezpośrednio z kwestią podejrzeń o terroryzm⁶⁰, czy rozstrzygnięcia związane z brakiem współpracy Państw-Stron EKPC z ETPC (art. 38

⁵⁷ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Soering przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7.6.1989 r., nr skargi 14038/88; Wyrok ETPC w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z 8.6.2004 r., nr skargi 48787/99; Wyrok ETPC w sprawie *Assenov i Inni przeciwko Bułgarii* z 28.10.1998 r., nr skargi 24760/94; Wyrok ETPC w sprawie *Mamatkulov and Askarov przeciwko Turcji* z 4.2.2005 r., nr skargi 46827/99 i 46951/99; Wyrok ETPC w sprawie *Saadi przeciwko Włochom* z 26.2.2008 r., nr skargi 37201/06; Wyrok ETPC w sprawie *Al-Saadoon and Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2.3.2010 r., nr skargi 61498/08; Wyrok ETPC w sprawie *Babar Ahmad i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* z 10.4.2012 r., nr skargi 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 i 67354/09; Wyrok ETPC w sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii* z 17.1.2012 r., nr skargi 8139/09. Wyrok ETPC w sprawie *Harkins i Edwards przeciwko Wielkiej Brytanii* z 17.1.2012 r., nr skargi 9146/07 32650/07. Por. W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge 2002, s. 140–144; B. Vermeulen, *Freedom of Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [w:] Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, red. P. van Dijk, A. van Rijn, F. van Hoof, L. Zwaack, Antwerpen – Oxford 2006, s. 427–440.

⁵⁸ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Çiçek v. Turkey* z 27.2.2001 r., nr skargi 25704/94; Wyrok ETPC w sprawie *Timurtas v. Turkey* z 13.6.2000 r., nr skargi 23531/94; Wyrok ETPC w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* z 27.7.2006 r., nr skargi 14038/88; Wyrok ETPC w sprawie *Yusupova i Zarubekov przeciwko Rosji* z 9.7.2009 r., nr skargi 5428/05; Wyrok ETPC w sprawie *Pitsayeva i inni przeciwko Rosji* z 9.1.2014 r., nr skargi 53036/08. Por. J. Czepek, *Czy wymuszone zaginięcia mogą stanowić problem systemowy w kontekście orzecznictwa ETPC? Rozważania na temat wyroku ETPC w sprawie Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne”, 2013, nr 4, s. 7–16. A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009, rozdz. I i rozdz. IV ust. 2; A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – „sprawy czecheńskie”*, „Studia Prawnicze” 2009, z. 4, s. 29–44.

⁵⁹ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 18.12.1996 r., nr skargi 15318/89; Decyzja ETPC w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii* z 12.12.2001 r., nr skargi 52207/99; Decyzja ETPC w sprawie *Ilich Ramirez Sanchez przeciwko Francji* z 24.06.1996 r., nr skargi 28780/95; Wyrok ETPC w sprawie *Öcalan przeciwko Turcji* z 12.05.2005 r., nr skargi 46221/99; Wyrok ETPC w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2.03.2010 r., nr skargi 61498/08; Wyrok Wielkiej Izby ETPC *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7.07.2011r., nr skargi 55721/07. Por. M. Jastrzębski, *Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw człowieka podczas zagranicznych interwencji zbrojnych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Komitetu Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych*, [w:] *Współczesne oblicza bezpieczeństwa narodowego*, red. Ł. Jureńczyk, K. Sierzputowska, S. Sadowski, Bydgoszcz 2014, s. 204–222; I. Topa, *Ewolucja podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do ekstraterytorialnego stosowania Konwencji*, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska – Pręgowska, Toruń 2011, s. 373–393; S. Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: a Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, „European Journal of International Law” 2009, Vol. 20, s. 1223–1246.

⁶⁰ Zob. Decyzja ETPC *Boumediene i inni przeciwko Bośni i Hercegowinie* z 18.11.2008 r., nr skargi 38703/06 40123/06 43301/06 43302/06 2131/07 2141/07 ; Wyrok ETPC w sprawie *Nada przeciwko Szwajcarii* z 12.9.2012 r., nr skargi 10593/08; Wyrok ETPC w sprawie *El Haski przeciwko Belgii* z 25.9.2012r., nr skargi 649/08.

EKPC)⁶¹. Natomiast pierwszym orzeczeniem trybunału strasburskiego, w którym kompleksowo potraktowano problem pozasądowych przekazania związanych z działalnością antyterrorystyczną CIA prowadzoną również w wielu krajach europejskich, był wspomniany wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie El-Masri.

Khaled El-Masri, obywatel niemiecki pochodzenia libańskiego w swojej skardze podnosił, iż 31 grudnia 2003 r. został aresztowany przez funkcjonariuszy macedońskich i po 23 dniach (23 stycznia 2004 r.) przetrzymywania w hotelu w Skopje został przekazany agentom CIA przez macedońskich funkcjonariuszy tajnych służb (zabezpieczali oni również samolot) i przetransportowany (wspomnianym wyżej Boeingiem o numerze N313P) do tajnego ośrodka w Afganistanie. Podczas lotu do Afganistanu został on dotkliwie pobity przez zamaskowanych mężczyzn, a następnie skrupowany kajdankami, rozebrany, poddany całkowitej izolacji sensorycznej oraz dokonano na nim aktu sodomizacji przy użyciu nieokreślonego przedmiotu. Wg skarżącego, traktowanie to było modelowym przykładem zastosowania tzw. „szoku pojmania” (*capture shock*), opisanego w ujawnionych dokumentach CIA. W więzieniu „Salt Pit” w Afganistanie przez kilka miesięcy poddawano go wzmocnionym technikom przesłuchań takim jak: bicie, kopanie, groźenie śmiercią oraz konsekwentnie odmawiano skarżącemu kontaktu z ambasadą niemiecką⁶².

W skardze do ETPC El-Masri zarzucił, że był torturowany przez agentów CIA na lotnisku w Skopje oraz w Afganistanie (art.3 EKPC) oraz bezprawnie przetrzymywany bez kontaktu ze światem zewnętrznym, bez nakazu aresztowania i nigdy też nie został postawiony przed sądem (art. 5 i 8 EKPC). Ponadto skarżący utrzymywał, że rząd macedoński nie przeprowadził szybkiego i skutecznego śledztwa w związku z jego wiarygodnymi zarzutami (art. 3, 5 i 13 EKPC) oraz uważał, że on sam i społeczeństwo jako całość ma prawo do prawdy o tym, czy był ofiarą pozasądowego przekazania (art. 3, 5, 13 w związku z art. 10 EKPC). W skardze podkreślono również, że Macedonia była bezpośrednio odpowiedzialna, poprzez pomoc jej funkcjonariuszy świadczoną agentom amerykańskim, za cały okres pozbawienia wolności

⁶¹ Zob. Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Janowiec i inni przeciwko Rosji* z 21.10.2013 r., nr skargi 55508/07 29520/09, Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Tahsin Acar przeciwko Turcji* z 8.4.2004 r., nr skargi 26307/95; Wyrok ETPC w sprawie *Shamayev i inni przeciwko Gruzji i Rosji* z 12.4.2005 r., nr skargi 36378/02. Zob. L. Zwaack, *General Survey of The European Convention [w:] Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, red. P. van Dijk, A. van Rijn, F. van Hoof, L. Zwaack, Antwerpen – Oxford 2006, s. 83–84; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 192–196; L. Garlicki, M. Krzyżanowska-Mierzewska, *Artykuł 38. Rozpatrywanie sprawy*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do artykułów 19–59 i Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 209–221.

⁶² *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 17–36.

El Masri'ego⁶³. Rząd macedoński konsekwentnie zaprzeczał jakimukolwiek udziałowi w opisanych wydarzeniach.

Kluczowym czynnikiem decydującym o rozstrzygnięciu w przedmiotowej sprawie, była kwestia uznania skargi El Masri'ego za wiarygodną. ETPC odwołał się tu do swojego wcześniejszego orzecznictwa. Trybunał przypomniał, że w sytuacji, w której występują sprzeczne oświadczenia stron dotyczące faktów, ma on podobne trudności w rozstrzygnięciu sprawy, jak sąd krajowy. W związku z tym, ETPC ustanowił standard dowodu *bez uzasadnionych wątpliwości*. Jednak jest on inny niż w krajowych systemach prawnych stron EKPC, ponieważ sąd strasburski nie orzeka o winie karnej czy odpowiedzialności cywilnej, ale odpowiedzialności państw na podstawie Konwencji⁶⁴. ETPC argumentował, zgodnie z długoletnią linią orzecniczą na podstawie art. 2 i 3 EKPC, że w przypadku gdy władze posiadają wyłączną wiedzę o wydarzeniach dotyczących osób pozostających pod ich kontrolą w areszcie, wtedy ciężar dowodu obciąża państwo, które musi przedstawić zadawalające i przekonujące wyjaśnienie. Jeśli takowego nie ma, ETPC może dojść do wniosków, które będą dla rządu niekorzystne⁶⁵.

W przedmiotowej sprawie sąd strasburski przyjął, że opis działań podjętych wobec skarżącego był konsekwentny, szczegółowy, konkretny przez cały czas po jego uwolnieniu. Jego relacja była spójna z ustaleniami i dowodami pośrednimi wynikającymi z licznych międzynarodowych i innych dochodzeń oraz postępowania niemieckiego. Zawierała ona koherentne informacje na temat miejsca, czasu i okresu zarzuconego pozbawienia wolności oraz traktowania skarżącego przez funkcjonariuszy macedońskich i amerykańskich⁶⁶.

ETPC uznał, że władze Macedonii naruszyły wszystkie podnoszone w skardze przepisy EKPC. Władze winne są złamania Art. 3 EKPC zarówno w wymiarze proceduralnym (brak skutecznego i rzetelnego śledztwa w sprawie porwania), jak i materialnym. Dodatkowo Trybunał zaznaczył, iż skarżący, jego rodzina oraz ofiary podobnych zbrodni, oraz opinia publiczna mają prawo do prawdy o istotnych okolicznościach tej sprawy⁶⁷. Odnosząc się do

⁶³ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 168, 225, 244, 252 i 263. Dowodami, które miały potwierdzać stanowisko skarżącego, były omówione w niniejszym artykule publikacje prasowe, raporty organizacji międzynarodowych i pozarządowych. Dodatkowo powoływano się również na wyniki śledztwa parlamentarnego przeprowadzonego w Niemczech. *Ibidem*, § 42-61, 112-129.

⁶⁴ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 151. Por. Wyrok ETPC w sprawie *Creangă przeciwko Rumunii* z 23.2.2012 r., skarga nr 29226/03, § 88.

⁶⁵ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 152. Por. Wyroki ETPC w sprawach: *Çakırcı przeciwko Turcji* z 08.07.1999 r., skarga nr 23657/94, § 85; *Salman przeciwko Turcji* z 27.6.2000 r., skarga nr 21986/93, § 100; *Rupa przeciwko Rumunii* z 16.12.2008 r., skarga nr 58478/00, § 97; *Orhan przeciwko Turcji* z 18.6.2002 r., skarga nr 25656/94, § 274.

⁶⁶ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 156-159.

⁶⁷ Tym bardziej że problem pozasądowego przekazywania budził zainteresowanie na całym świecie i był powodem dochodzeń wielu organizacji międzynarodowych i pozarządowych. *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 191.

wymiaru materialnego Trybunał odwołał się do wielokrotnie powtarzanej w orzecznictwie tezy, że *nawet w najtrudniejszych okolicznościach, takich jak zwalczanie terroryzmu i zorganizowanej przestępczości, Konwencja zakazuje w kategoriach absolutnych tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, niezależnie od zachowania osoby, której takie działania dotyczą*.⁶⁸ Macedonię, poprzez ułatwienie przez jej funkcjonariuszy działań CIA, uznano za bezpośrednio odpowiedzialną za naruszenie praw skarżącego na lotnisku w Skopje. Jednocześnie ETPC skonstatował, że państwo wysyłające ponosiło również odpowiedzialność na podstawie EKPC, gdyż wskutek swoich działań, naraziło ono El Masriego na niehumanitarne traktowanie⁶⁹.

ETPC potwierdził także, że brak szybkiej interwencji sądowej w sytuacjach grożących naruszeniem art. 2 i 3 EKPC stanowi pogwałcenie art. 5 Konwencji⁷⁰. Trybunał uznał również, że pozasądowe porwanie i arbitralne pozbawienie wolności naruszyło prawo do prywatności skarżącego na podstawie (art. 8 w zw. z art. 3 i 5 EKPC)⁷¹.

4. Wyroki ETPC w sprawach *Al-Nashiri i Abu Zubaydah* przeciwko Polsce

Orzeczenia ETPC wydane w tytułowych sprawach⁷² stanowią kontynuację i rozwinięcie linii orzeczniczej, dotyczącej systemu *black sites* zapoczątkowanej w wyroku *El Masri* i są w dużej mierze do siebie podobne.

⁶⁸ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 195. ETPC powołuje się tu na definicję tortur i innego nieludzkiego traktowania zawartą w art. 1 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania ONZ, Dz.U. z 1989 r., Nr 63 poz. 378. Por. *Ibidem*, § 197-198.

⁶⁹ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 206-211 i 212. Trybunał uznał, że skarżący był poddany pozasądowemu przekazaniu, rozumianemu jako „*pozasądowe przekazanie osób z jednej jurysdykcji lub państwa do drugiego w celu pozbawienia wolności lub przesłuchań poza normalnym systemem prawnym, w sytuacji istnienia rzeczywistego ryzyka tortur lub okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania*”. *Ibidem*, § 221.

⁷⁰ Sąd strasburski podkreślił, że pozbawienie wolności skarżącego, „*oficjalnie nie uznawane i bez żadnego kontaktu ze światem zewnętrznym oznacza, że został on pozostawiony całkowicie na łasce tych, w których rękach przebywał. Pozostawał on „poza normalnym systemem prawnym” i „przez swoje świadome obejście zasad sprawiedliwego procesu, stanowiło to przekleństwo dla rządów prawa i wartości chronionych w Konwencji*”, co stanowiło szczególnie istotne i arbitralne naruszenie art. 5 EKPC.” *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 239. Dodatkowo, brak skutecznych i praktycznych środków prawnych umożliwiających doprowadzenie do ustalenia i ukarania osób odpowiedzialnych oraz przyznania odszkodowania skutkowało w przedmiotowej sprawie naruszeniem art. 13 Konwencji. *Ibidem*, § 259-261.

⁷¹ *El-Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii*, § 249.

⁷² Wyrok ETPC w sprawie *Al Nashiri przeciwko Polsce* z 24.07.2014 r. nr skargi 28761/11; Wyrok ETPC w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce* z 24.07.2014 r. nr skargi 7511/13.

W rozbudowanych tekstach obu wyroków, znaczną ich część stanowi analiza systemu tajnych więzień CIA⁷³, faktów sprowadzenia, przetrzymywania i transferu skarżących z Polski⁷⁴ oraz dowodów przedstawionych Trybunałowi, odnoszących się do programu HVD znanych ze źródeł publicznych, w tym przesłuchania przed ETPC świadków, takich jak senator Marty czy poseł Fava oraz dochodzeń międzynarodowych⁷⁵.

Trybunał rozpoczął merytoryczną część obu omawianych rozstrzygnięć od oceny współpracy z nim rządu polskiego. ETPC stwierdził, iż trudno mu kwestionować powołanie się przez władze krajowe na względy tajności w konkretnej sprawie z powodu bezpieczeństwa państwa. Musi on jednak ocenić, czy istniały rozsądne i solidne podstawy traktowania relewantnych dokumentów jako tajnych. Sąd strasburski może w takim wypadku zarządzić, na podstawie art. 33 Regulaminu ETPC, ograniczenie dostępu do dowodów lub nawet przeprowadzenie rozprawy *in camera*. Trybunał ocenił negatywnie postępowanie władz polskich w tytułowych sprawach⁷⁶, podkreślając, że to on sam ustala procedurę w takich sytuacjach, na podstawie Konwencji i Regulaminu, a rząd nie może powoływać się na swoje prawo wewnętrzne lub rzekomy brak gwarancji poufności, jako podstawę odmowy dostarczenia dowodów⁷⁷. Ich nieprzedstawienie, ETPC uznał za utrudnienie wykonywania jego zadań, to jest naruszenie art. 38 EKPC, a w konsekwencji sformułował założenie, że fakty przedstawione przez skarżących nie były jako takie kwestionowane przez polski rząd i nie istniał widoczny spór między stronami dotyczący dowodów zawartych w obu analizowanych wyrokach⁷⁸.

W związku z tym, badając przedstawione przez skarżących dowody, Trybunał stwierdził, iż nie można racjonalnie zakładać, biorąc pod uwagę stworzone dla nich warunki izolacji, by mogli oni zidentyfikować miejsca ich odosobnienia. Wskazał również, że tajność operacji więzień CIA, wyklucza możliwość pojawienia się w najbliższym czasie bezpośrednich informacji na ten temat. Po przeanalizowaniu całokształtu dowodów pośrednich, ETPC uznał, że na podstawie „*nieobalonych faktów i całej posiadanej dokumentacji*”

⁷³ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 41-80; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 41-79.

⁷⁴ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 82-176; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 80-170.

⁷⁵ Zostały one szeroko omówione na początku niniejszego artykułu. Zob. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 213-338; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 207-332.

⁷⁶ Zob.: *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 367-375; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 359-366.

⁷⁷ Stanowi to naruszenie zarówno art. 38 EKPC, jak i art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 23.05.1969 r. Dz. U. 1990 r. Nr 74, poz. 439. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 365-366; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 357-358.

⁷⁸ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 376 i 391; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 367 i 391. ETPC podkreślił również, iż w przeciwieństwie do wielu poprzednich spraw dotyczących art. 3 i 5 EKPC, Trybunał w tych postępowaniach był pozbawiony możliwości uzyskania w jakichkolwiek bezpośrednich zeznaniach od skarżących. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 397; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 397.

oraz „spójnych, jasnych i kategorycznych” zeznań ekspertów i skarżących, iż byli oni uwięzieni w Polsce w przedstawionych w skargach okresach⁷⁹. Według Trybunału wynika z tego, że władze RP wiedziały o charakterze i celach działalności CIA na swoim terytorium, współpracowały z nią oraz miały obowiązek wiedzieć, że narażają skarżących na poważne ryzyko traktowania sprzecznego z Konwencją⁸⁰.

ETPC orzekł naruszenie przez władze RP wszystkich, podnoszonych w przedmiotowych skargach, przepisów EKPC. Podobnie jak w sprawie *El Masri* uznał, iż rząd polski nie wywiązał się zarówno z proceduralnych jak i materialnych zobowiązań wynikających z art. 3 EKPC. Odnośnie pierwszego z wymienionych aspektów, ETPC skonstatował, że władze krajowe, mimo iż wiedziały o charakterze działań agentów CIA w Kiejkutach, nie zrobiły nic, aby je uniemożliwić, chociaż były one niezgodne z prawem krajowym i międzynarodowymi zobowiązaniami Polski⁸¹. Trybunał skrytykował również działalność prokuratury polskiej, która powinna wszcząć śledztwo w końcu 2005 r., po pojawieniu się pierwszych informacji na temat *black sites*. Podkreślił także faktyczny brak woli prowadzenia śledztwa i podejrzane, niczym nieuzasadnione zmiany prokuratorów prowadzących⁸². ETPC zganił istnienie możliwości całkowitej i arbitralnej odmowy udzielenia ważnych informacji przez polskie organy ścigania zarówno skarżącym, jak i ich rodzinom oraz opinii publicznej⁸³. Brak prawnych i praktycznych gwarancji realizacji zobowiązań wynikających z art. 2 i 3 EKPC oraz niespełnienie wymagań „szybkiego”, „szczegółowego” i „skutecznego” śledztwa skutkowały naruszeniem przez RP art. 3 EKPC⁸⁴.

⁷⁹ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 410, 412 i 415-427; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 410, 412 i 415-430. ETPC zaznaczył, że „brak współpracy państwa z międzynarodowymi dochodzeniami prowadzonymi w związku z operacjami CIA w Europie z lat 2005-2007 był ważnym elementem oceny, czy Polska świadomie współdziałała w operacjach prowadzonych przez CIA.” *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 429; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 431.

⁸⁰ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 441-442; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 435. Trybunał uznał, na podstawie ugruntowanego orzecznictwa, iż państwo polskie odpowiada za tolerowaną działalność funkcjonariuszy państw obcych oraz za umożliwienie wywiezienia skarżących do miejsca, gdzie bezpośrednio grozi im naruszenie praw i wolności zawartych w EKPC. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 433, 452-453; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 443-444, 449-450.

⁸¹ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 488-489; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 482-483.

⁸² *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 491-493; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 485-487.

⁸³ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 494-495; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 488-489.

⁸⁴ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 498-499; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 492-493. Zdaniem ETPC polskie śledztwo prowadzone w omawianych sprawach nie spełniało standardów „skutecznego śledztwa” wynikających z art.13 EKPC i w związku z tym doszło do naruszenia tego przepisu w połączeniu z jej art.3. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 550-551; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 542-543.

Dotyczyło to również aspektu materialnego wspomnianego przepisu. ETPC uznał za udowodnione, iż skarżący byli torturowani na terytorium Polski przez agentów CIA. W związku z faktem, że władze RP znały *charakter i cele podejmowanych w owym czasie działań CIA na jej terytorium i współpracowały w przygotowaniu i realizacji operacji toczącej się na jej terytorium* oraz w jakikolwiek sposób nie zapobiegły takim działaniom, skutkowało to niewypełnieniem zobowiązań materialnych wynikających z art. 3 Konwencji⁸⁵.

Sposób pozbawienia wolności skarżących oraz ich pozasądowe przekazanie stanowiły, według ETPC, rażące naruszenie prawa do wolności osobistej wynikającego z art. 5 EKPC⁸⁶. W odniesieniu do braku zapewnienia skarżącym prawa do sądu przez rząd polski, Trybunał po raz kolejny użył konstrukcji nazwanej „rażącą odmową wymiaru sprawiedliwości”⁸⁷. W przedmiotowych sprawach stanowiły ją: poważne wątpliwości dotyczące sądenia skarżących – formalnie osób cywilnych – przez złożone tylko z żołnierzy amerykańskie komisje wojskowe, deficyt gwarancji bezstronności i niezależności tych komisji od władzy wykonawczej oraz ówczesny brak ich legitymacji zarówno według prawa USA, jak i prawa międzynarodowego, dopuszczenie przed sądem dowodów zdobytych za pomocą tortur, co godzi w istotę rządów prawa i najbardziej podstawowe standardy międzynarodowe regulujące rzetelne postępowanie sądowe⁸⁸. Współpraca RP i jej pomoc przy wywiezieniu skarżących z terytorium Polski, mimo rzeczywistego i możliwego do przewidzenia ryzyka, że mogliby być oni narażeni na rażącą odmowę wymiaru sprawiedliwości, oznaczała odpowiedzialność państwa polskiego za naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC⁸⁹.

⁸⁵ Dodatkowym złamaniem postanowień wspomnianego przepisu było również pozasądowe wydanie skarżących do zagranicznych *black sites*, gdzie narażeni byli na dalsze maltretowanie. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 517-18; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 512-13.

⁸⁶ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 531; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 525. Działania i zaniechania władz polskich związane z pozbawieniem wolności i wywiezieniem skarżących były także równoznaczne z ingerencją w ich prawa chronione w art. 8 Konwencji. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 539-540; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 533-534.

⁸⁷ Jest to naruszenie gwarancji zawartych z art. 6 EKPC tak fundamentalnych, że oznacza to zaprzeczenie lub zniszczenie istoty prawa chronionego w tym artykule. Zob. *Soering przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 113; *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 259; *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 149.

⁸⁸ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 562-567; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 552-557.

⁸⁹ *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 568; *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, § 558. Dodatkowo w sprawie *Al Nashiri*’go ETPC, kontynuując długoletnią linię orzecznictwa, stwierdził naruszenie przez władze polskie art. 1 Prot. 6 do EKPC w związku z art. 2 i 3 Konwencji. Skarżącego wydano do kraju gdzie groziło mu orzeczenie kary śmierci, a rząd RP nie podjął starań o jak najszybsze uchYLENIE takiego ryzyka poprzez uzyskanie od władz USA odpowiednich zapewnień. *Al Nashiri przeciwko Polsce*, § 578-579.

Jak już wspomniano podczas analizy orzeczenia w sprawie El-Masri, fundamentalną kwestią dla treści rozstrzygnięcia ETPC w sprawach polskich dotyczących więzień CIA, był sposób przeprowadzenia postępowania dowodowego i uznania przez Trybunał wskazywanego w skargach stanu faktycznego. Dalsza część rozstrzygnięć była logiczną konsekwencją oceny dowodów podnoszonych przez strony w przedmiotowych postępowaniach. Sąd strasburski zastosował tu, standardowe w jego orzecznictwie domniemanie (szczególnie często występujące w sprawach o naruszenie art. 2 i 3 EKPC), iż w przypadku, kiedy skarżący zostaje zatrzymany lub pozostaje pod opieką funkcjonariuszy stron Konwencji i poniesie jakiś uszczerbek, to na państwie ciąży obowiązek udowodnienia, że nie przyczyniło się w żaden sposób do powstania takiego uszczerbku⁹⁰.

Zastosowanie wspomnianego domniemania wydaje się szczególnie potrzebne w sprawach dotyczących działalności tajnych służb zwianych ze zwalczaniem działalności terrorystycznej, gdyż w tego typu przypadkach mamy do czynienia z ponadprzeciętnym poziomem poufności aktywności państwa. Brak zastosowania takiego domniemania uniemożliwiłaby w praktyce, dochodzenie naruszeń praw zawartych w EKPC, zaistniałych podczas prowadzenia tajnych operacji. Na aprobatę zasługuje, podkreślenie przez Trybunał w przedmiotowych sprawach, iż brak współpracy władz polskich z ETPC, jest przesłanką, która pośrednio wskazuje, że urzędnicy publiczni wiedzieli lub przynajmniej mogli wiedzieć, o działalności agentów CIA w więzieniu w Kiejkutach. Uznanie przez sąd strasburski przetrzymywania Al-Nashiriego i Husayna za udowodnione, na podstawie przesłanek pośrednich, wpisuje się więc w długoletnią linię orzeczniczą ETPC w sprawach podobnych. Słuszność wnioskowania Trybunału w tych sprawach potwierdzona została w odtajnionym 9 grudnia 2014 r. streszczeniu raportu Komisji ds. wywiadu amerykańskiego Senatu, dotyczącego systemu tajnych więzień CIA⁹¹.

5. Wnioski

Orzeczenie przez ETPC winy państwa polskiego w budzących duże zainteresowanie światowej opinii publicznej sprawach dotyczących systemu tajnych więzień CIA niesie za sobą istotne konsekwencje prawne i polityczne zarówno w wymiarze krajowym jak i międzynarodowym. Duże znaczenie ma tu również fakt kompleksowego naruszenia fundamentalnych praw i wolności dotyczących fizycznego aspektu bezpieczeństwa skarżących.

⁹⁰ Zob. L. Zwaack, *Right to Life*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, red. P. van Dijk, A. van Rijn, F. van Hoof, L. Zwaack, Antwerpen – Oxford 2006, s. 378–390, .B. Vermeulen, *op. cit.*, s. 424–425.

⁹¹ Zob. *Senate Select Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, s. 73–75. <http://www.intelligence.senate.gov/study2014/sscistudy1.pdf> [dostęp: 10.12.2014].

Podstawowym następstwem prawnym tytułowych wyroków jest, wynikający z art. 46 EKPC, obowiązek wykonania przez państwo polskie decyzji sądu strasburskiego. Biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę, wydaje się, że wypłata wyjątkowo wysokiego słuźsznego zadośćuczynienia, zostanie także w tych przypadkach sprawnie zrealizowana. Natomiast szereg problemów może sprawić przeprowadzenie skutecznego śledztwa w sprawie tajnego ośrodku CIA w Kiejkutach oraz ewentualne ukaranie funkcjonariuszy polskich słuźb specjalnych bezpośrednio winnych braku kontroli i egzekwowania prawa na terenie willi w Kiejkutach oraz ewentualnego pomocnictwa agentom CIA, w działaniach sprzecznych z polskim prawem, w tym konstytucją. Doprowadzenie śledztwa do końca i ewentualne ukaranie winnych wydaje się jednak mało prawdopodobne. Diagnoza ta wynika ze zdecydowanie negatywnej oceny sposobu jego dotychczasowego prowadzenia, dokonanej m. in. przez ETPC.

Wnikliwe przeprowadzenie wspomnianego dochodzenia powinno skutkować nie tylko postawieniem w stan oskarżenia bezpośrednich wykonawców rozkazów – funkcjonariuszy polskich słuźb specjalnych, ale również ich zwierzchników. Zasadnym wydaje się tu również pytanie o odpowiedzialność (także, a może przede wszystkim konstytucyjną) najwyższych urzędników państwowych, którzy wydali zgodę na prowadzenie *black site* w Kiejkutach. Mogło to skutkować czasowym zrzczeniem się suwerenności nad częścią terytorium RP. Wszczęcie ewentualnego postępowania dotyczącego odpowiedzialności konstytucyjnej wymagałoby jednak przeanalizowania treści tajnych umów polsko-amerykańskich oraz praktyki ich zastosowania. Kluczowym w tej kwestii, wydaje się ustalenie, czy funkcjonariusze państwa polskiego mieli uprawnienia i faktyczne możliwości kontroli, tego co dzieje się w tajnym więzieniu CIA oraz czy z takich możliwości korzystali. Jeśli nie, na co wskazują ustalenia ETPC, mogłoby to stanowić przesłankę, do wszczęcia postępowania, w sprawie czasowego nie sprawowania przez państwo polskie praw suwerennych w *black site* w Kiejkutach. Biorąc jednak pod uwagę dotychczasowy, negatywny stosunek do wyjaśnienia wydarzeń w Kiejkutach głównych polskich partii politycznych (których członkowie dodatkowo pełnili wspomniane najwyższe urzędy) ewentualne postawienie odpowiedzialnych decydentów przed Trybunałem Stanu wydaje się mało prawdopodobne.

Dodatkowo, należałoby wszcząć również postępowanie dotyczące osób pełniących najwyższe funkcje publiczne po likwidacji tajnego więzienia CIA w Polsce, które miały wiedzę na temat tajnego więzienia i nie powiadomiły o tym organów ścigania.

Tytułowe wyroki mogą również skutkować szeregiem reperkusji na arenie międzynarodowej. Przede wszystkim, skala i sposób naruszeń podstawowych praw człowieka w przedmiotowych sprawach oraz wielce prawdopodobne niewykonanie w całości tytułowych orzeczeń, po raz kolejny postawi

Polskę w grupie państw RE i UE, które postrzegane są jako niedostatecznie dbające o przestrzeganie międzynarodowych standardów praw człowieka. Jednocześnie pogwałcenie przez RP obowiązku współpracy z ETPC wynikającego z art. 38 EKPC, daje innym państwom np. Rosji, która często narusza ten przepis, argument, iż nie tylko ona tak postępuje. Ewentualny konflikt polityczny pomiędzy stronami Konwencji oparty na takim wnioskowaniu może doprowadzić do znacznego zmniejszenia efektywności działania systemu EKPC.

Wreszcie, stan faktyczny wynikający z omawianych wyroków, pozwala postawić pytanie o stan relacji polsko – amerykańskich i ich równorzędność⁹². Stany Zjednoczone, odwołując się do lojalności sojuszniczej, wykorzystają państwo polskie (i szereg innych) do prowadzenia działalności, która w świetle prawa amerykańskiego była nielegalna i nie mogłaby odbywać się na terytorium USA. Jednocześnie ujawnienie kulisów zagranicznych więzień CIA, nastąpiło w samych Stanach Zjednoczonych (m. in. na skutek skutecznej kontroli parlamentarnej), co naraziło RP na odpowiedzialność międzynarodową z tytułu naruszenia praw i wolności więzionych w CIA *black sites*. Same Stany Zjednoczone takiej odpowiedzialności (w sensie prawnym) nie poniosły, gdyż nie są częścią systemu EKPC Rady Europy. Fakty te powinny doprowadzić polityków polskich do przewartościowania bilateralnych relacji z USA.

Udział państwa polskiego w systemie tajnych więzień CIA, mógł również skutkować znacznym zmniejszeniem bezpieczeństwa obywateli polskich, zarówno przebywających w Polsce jak i za granicą. Mogło to doprowadzić do obrania przez różnorodne skrajne organizacje islamistyczne Polki i Polaków, za cel zamachów terrorystycznych⁹³.

Należy również podkreślić, że RP była tylko jednym z wielu państw RE, które współpracowały w funkcjonowaniu systemu tajnych więzień CIA, a wyjaśnianie szczegółów tego zjawiska nadal trwa, także ze znaczącym udziałem działalności orzeczniczej ETPC⁹⁴.

⁹² Często w dyskursie zarówno krajowym, jak i międzynarodowym pojawiają się tezy o pewnego rodzaju wasalizacji Polski w stosunkach z USA. Egzemplifikacją takiego toku myślenia mogą być słowa szefa Narodowej Służby Operacji Nielegalnych (*National Clandestine Service*) Jamsa L. Previtta „*Amerykanie nie zdają sobie z tego sprawy, ale Polska to 51 stan*”. Za: MSz, *op. cit.*, s. 49.

⁹³ Chociaż nie ma tu żadnego empirycznego potwierdzenia faktu zwiększenia się niebezpieczeństwa dla polskich obywateli w związku z istnieniem w RP więzień CIA, czasami jako jeden z powodów porwania i zabicia polskiego inżyniera Piotra Stańczaka w Pakistanie podaje się udział Polski w systemie *black sites*. Zob. szerzej *Analiza w sprawie oceny rzetelności działań podejmowanych przez urzędy państwowe w związku z uprowadzeniem i śmiercią Piotra Stańczaka*, Warszawa 2009. www.bbn.gov.pl/download/1/3898/AnalizadotP-Stanczaka.pdf [dostęp 10.08.2014].

⁹⁴ Zob. Skargi do ETPC: *Al Nashiri przeciwko Rumunii* z 1.06.2012 r. nr skargi 33234/12; Wyrok ETPC w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce* z 14.07.2011 r. nr skargi 46454/11.

**LEGAL AND POLITICAL IMPLICATIONS OF CIA PRISONS
IN POLAND. JUDGMENTS OF EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS *IN CASES AL-NASHIRI I HUSAYN
(ABU ZUBAYDAH) VERSUS POLAND***

Key words: freedom of torture, war on terror, CIA black sites, enforced disappearances, extraordinary rendition, *Al-Nashiri versus Poland, Husayn (Abu Zubaydah) versus Poland*

Summary

Establishment of a system of CIA black sites associated to announced by President George W. Bush the war on terror constitute very serious threat to several fundamental human rights. Details of functioning this system is also of great interest of world public opinion.

The article contains extensive analysis of the results of numerous media publications, international and domestic investigations connected with CIA secret prisons with particular emphasis on black site in Kiejkuty Stare located in Poland. The paper discusses main thesis of two judgments of European Court of Human Rights (ECtHR) (*Al Nashiri and Abu Zubaydah v. Poland*) in which Poland were found guilty of breaching numerous articles of the European Convention on Human Rights and the ECtHR case law in similar cases. The paper also analyses possible legal and political implications of these judgments for the Polish State.

Ireneusz C. Kamiński

Instytut Nauk Prawnych PAN,
Uniwersytet Jagielloński

Europejski Trybunał Praw Człowieka w roku 2014. Czy to jeszcze ten sam trybunał?¹

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, margines ocen, ewolucja orzecznictwa, proces integracyjny

I. Wprowadzenie

Po przełomie politycznym roku 1989 profesor Tadeusz Jasudowicz był jedną z tych kilku osób, od których polscy prawnicy i studenci uczyli się prawa praw człowieka, w tym – a właściwie zwłaszcza – Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako Konwencja). Z książek Profesora poznaliśmy treść międzynarodowych aktów dotyczących ochrony praw człowieka, sposób działania organów kontrolnych, wreszcie to, co w praktyce stanowi „prawdziwy obraz” traktatowych standardów praw człowieka – orzecznictwo międzynarodowych sądów oraz instytucji². Nie była to jednak „nauka teoretyczna”. Gdy wreszcie można było zacząć kształtować własne państwo, jego prawna reforma była związana nie tylko z wprowadzeniem demokratycznych procedur podejmowania decyzji, ale przede wszystkim z podjęciem trudu rzeczywistego budowania państwa prawa, którego kluczowym elementem jest poszanowanie praw człowieka i podstawowych swobód. W ramach takiej zmiany myślano o „wejściu do Europy”, rozumianym jako przejście europejskich standardów prawnych. Stąd bardzo szybka akcesja

¹ Autor jest sędzią *ad hoc* w Europejskim Trybunale Praw Człowieka (kadencja 2014–2016).

² Profesor Jasudowicz jest autorem lub współautorem kilku prac prezentujących podstawy międzynarodowego prawa praw człowieka, m.in.: *Prawa praw człowieka: dokumenty międzynarodowe* (wraz z B. Gronowską i C. Mikiem), Toruń (kilka wydań); *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996; *Bioetyka i prawa człowieka*, Toruń 1997; *O prawach dziecka* (wraz z B. Gronowską i C. Mikiem), Toruń 1994; *Europejskie standardy bioetyczne*, Toruń 1998; *Ochrona danych: standardy europejskie*, Toruń 1998; *HIV/AIDS: standardy europejskie*, Toruń 1998; *Orzecznictwo strasburskie: zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, t. I i II, Toruń 1998, t. III, Toruń 2000; *Wolność religii: wybór materiałów, dokumenty, orzecznictwo*, Toruń 2001; *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standard międzynarodowych: orzecznictwo strasburskie*, Toruń 1999.

Polski do Rady Europy i ratyfikacja Konwencji³. Oczywiście reforma państwa, oznaczająca efektywne przyswojenie sobie przez polskie instytucje standardów prawnych naszego kontynentu, była procesem długotrwałym. Polegał on ukształtowaniu i zakorzenieniu się w prawniczym myśleniu o prawie stylu, który odwoływałby się do treści standardów praw człowieka.

W procesie określania treści europejskich standardów praw człowieka podstawową rolę odgrywa Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako Trybunał lub ETPCz). Konwencja została wszak pomyślana nie jako jeszcze jeden podniosły akt prawny na temat praw człowieka, którego realizacja zależy od (nierzadko brakującej) dobrej woli poszczególnych państw sygnatariuszy, lecz miała stać się realnie działającym traktatem. Dlatego każda osoba, która uważa, że jej konwencyjne prawa zostały naruszone, może się zwrócić ze skargą do ETPCz⁴. Byłoby jednak naiwnością twierdzenie, że począwszy od utworzenia w 1959 r. Trybunał zawsze orzeka w taki sam sposób. Chociaż ta część głównego tekstu Konwencji, która dotyczy chronionych praw i wolności (rozdz. I), pozostaje niezmienną od powstania traktatu w 1950 r., jej odczytanie przez sędziów ETPCz różniło się w czasie.

Niniejszy tekst stanowi próbę zastanowienia się nad „strasburską dynamiką”. Jest nie tylko opisem zmian, jakie dokonywały się w Trybunale i metodologii jego pracy, lecz ma ambicję nazwania przynajmniej pewnych czynników, które powodują, że w pewnych okresach ETPCz orzekał powściągliwie, a w innych niezwykle odważnie. Tezy amerykańskiego realizmu prawniczego wskazującego, że prawem jest to, co robią sędziowie, nie należy symplicystycznie rozumieć jako twierdzenia mówiącego o sędziowskim woltaryzmie. Jako sędziowie orzekają jednak konkretne osoby, mające określone poglądy, m.in. na relację tego, co „krajowe” i „międzynarodowe”. Sąd międzynarodowy nie jest kolejną instancją sądową w sprawie; on się tylko „jakoś” odnosi do krajowego rozstrzygnięcia. To otwarte „jakoś”, wymagające konceptualnego ujęcia, jest kluczowe dla określenia zakresu kontroli Trybunału i jego sposobu wyrokowania.

Wnikliwie przyglądając się od wielu lat działalności ETPCz, mam silne wrażenie, że odchodzi on obecnie od mocnych tez i zdecydowanego orzekania z ostatniej dekady XX wieku i początku bieżącego stulecia. Uprzedzając już jedno z moich spostrzeżeń: Trybunał nie działa w próżni, lecz znajduje się pośrodku „europejskiego procesu”. Sprawny przebieg integracji naszego kontynentu, a zwłaszcza zdarzenia lub decyzje świadczące o wzmacnianiu tej integracji, zachęcają do proeuropejskiego myślenia i wyrokowania. Gdy

³ Polska została członkiem Rady Europy już 26.11.1991 r. Tego samego dnia podpisała też Konwencję, a ratyfikowała ją 19.01.1993 r. Deklarację o uznaniu jurysdykcji Trybunału złożono 1.05.1993 roku.

⁴ Prawo do skargi indywidualnej zostało zapisane już w pierwotnym tekście Konwencji, lecz mechanizm kontroli przeszedł olbrzymią ewolucję. Obecny model skargowy z działającym w trybie ciągłym ETPCz został ukształtowany przez Protokół nr 11, który wszedł w życie 1.11.1998 r.

natomiast proces europejski napotyka przeszkody lub zatrzymuje się, osłabia to też gotowość do podejmowania kroków integracyjnych, w tym proeuropejskiego orzekania. Dzisiaj Europa nie ma najlepszego czasu. Stąd pytanie, zawarte w tytule artykułu, o to, czy Trybunał, który był częścią naszego doświadczenia europejskiego i zafascynował nas swoim rozmachem, pozostaje nadal tą samą instytucją.

II. Doktryna „krajowego marginesu swobody”

1. Początki

Podstawowym instrumentem prawnym określającym zakresy uprawnień władz krajowych oraz ETPCz jest doktryna (teoria) krajowego marginesu swobody ocen (*margin of appreciation, marge d'appréciation*)⁵. Zakłada ona, że zgodnie z zasadą subsydiarności zagwarantowanie konwencyjnych praw i swobód stanowi przede wszystkim zadanie państw członkowskich Konwencji⁶. Trybunał może wkroczyć dopiero wtedy, gdy poprawność krajowej realizacji postanowień Konwencji rodzi wątpliwości. Powstaje pytanie o „próg” zastrzeżeń, które uprawniają do zakwestionowania postępowania państwa. Czy te zastrzeżenia muszą być istotne, czy też wystarcza nawet „niewielka niezgodność”, bo liczy się realizacja wspólnego europejskiego standardu?

Trybunał uznał, że ocenne uprawnienia krajowe są zawsze konfrontowane z pytaniem o zakres w danym przypadku europejskiego standardu. Jeśli ten ostatni jest ukształtowany mocno (lub Trybunał uznaje, że tak właśnie jest), państwo ma ograniczone uprawnienia własne. Krajowy margines swobody istnieje jednak w każdej sytuacji, do której odnoszą się postanowienia Konwencji. Czasami jest on znaczny, w innych sytuacjach – niewielki.

⁵ Najpełniejsze w języku polskim opracowanie na temat doktryny krajowego marginesu swobody ocen to praca A. Wiśniewskiego, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008. Z niezwykle bogatej literatury obej warto wskazać dwie monografie: H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague 1996 i Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen 2002. Sama konstrukcja marginesu swobody ocen nie jest przy tym strasburskim „wynalazkiem”, lecz pochodzi z francuskiej doktryny prawa administracyjnego, gdzie określa granice swobody uznania (władzy dyskrecjonalnej). Czasami obok pojęcia marginesu swobody ocen pojawiają się inne określenia, takie jak „obszar dyskrecjonalności” (*area of discretion*) – wyrok ETPCz z 2.03.1987 r. (skład plenarny) w sprawie *Weeks przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 9787/82, Series A. 114, par. 52; oraz „uprawnienie do dokonywania ocen” (*power of appreciation, pouvoir d'appréciation*) – wyrok ETPCz z 18.06.1971 r. w sprawie *De Wilde, Ooms i Versyp przeciwko Belgii* (skład plenarny), skargi nr 2832/66, 2835/66, 2899/66, Series A. 12, par. 93. Tym określeniom należy jednak nadawać znaczenie tożsame z marginesem swobody.

⁶ P.G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, „American Journal of International Law” 2003, t. 97, nr 1.

Zrekapitulowane powyżej rozumienie konstrukcji krajowego marginesu swobody ocen jest następstwem interpretacji dokonanej przez ETPCz dopiero w latach 70-tych ubiegłego wieku. Wcześniej ta konstrukcja była używana w niezwykle wąskim zakresie, łącząc się z możliwością notyfikowania przez państwo decyzji o uchyleniu się od stosowania zobowiązań wynikających z Konwencji w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego (art. 15 Konwencji)⁷. Słusznie zakładano, że do oceny, czy taka szczególna sytuacja zachodzi, najbardziej uprawnione są władze danego państwa, które znają miejscowe okoliczności i uwarunkowania. Ze swojej natury, chociaż w wąsko określonym obszarze aplikacyjnym (derogacje), margines swobody ocen miał jednoznacznie prokrajowy wektor i był szeroki.

Generalizacja konstrukcji marginesu ocen, polegająca na jej wyprowadzeniu poza obszar oświadczeń derogacyjnych, dojrzewała na przełomie lat 60-tych i 70-tych XX wieku⁸, ale konceptualne ujęcie znalazła w wyroku *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1976 r.⁹ Tam też określono test służący precyzyjnierzemu wyrażeniu perspektywy analitycznej przyjmowanej przez Trybunał i sprawowanej przezeń kontroli.

Punktem wyjścia jest założenie, że Konwencja pozostawia władzom krajowym – tak legislatywie stanowiącej prawo, jak i sądom, które to prawo poddają interpretacji i stosują – margines swobody ocen. Uprawnienia te nie są jednak nieograniczone. To do organów konwencyjnych należy ostateczna ocena, czy ograniczenie lub sankcja dadzą się pogodzić z obowiązkiem ochrony

⁷ Raport EKPCz 26.09.1958 r. w sprawie *Grecja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 176/56, Yearbook 1958–59, t. 2; wyroki ETPCz wyr. z 14.11.1960 r., 7.04.1961 r. i 1.07.1961 r. w sprawie *Lawless przeciwko Irlandii*, skarga nr 332/57, Series A. 1, 2, i 3. Pojęcie marginesu swobody ocen po raz pierwszy wystąpiło w raporcie komisji z 19.12.1959 r. w sprawie *Lawless*, Series B. 1, par. 90; raport w sprawie *Grecja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* posługuje się pojęciem „środka uznania” (*measure of discretion*), par. 143. Zob. także C. Feingold, *The doctrine of the margin of appreciation and the European Convention on Human Rights*, „Notre Dame Law Review” 1977, t. 53. Z literatury dotyczącej art. 15 wskażę na dwie pozycje: R.St.J. Macdonald, *Derogations under article 15 of the European Convention on Human Rights*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1997, t. 36; M. O’Boyle, *The margin of appreciation and derogation under article 15: ritual incantation or principle?*, „Human Rights Law Journal” 1998, t. 19. W polskiej literaturze B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2008, rozdz. III.

⁸ Identyfikowanie pewnych „europejskich punktów odniesienia” było więc widoczne już w wyroku ETPCz z 23.07.1968 r. (skład plenarny) w sprawie zwanej belgijskim sporem językowym (*Belgian Linguistic Case; case „relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*), skargi nr 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64, Series A. 6, par. 5 i 10; później w postępowaniach dotyczących wolności związkowych: wyrok ETPCz z 27.10.1975 r. (skład plenarny) w sprawie *Union of Belgian Police przeciwko Belgii*, skarga nr 4464/70, Series A. 19, par. 39; wyroki ETPCz z 6.02.1976 r. w sprawach *Swedish Engine Drivers’ Union przeciwko Szwecji*, skarga nr 5614/72, Series A. 20, par. 40 oraz *Schmidt i Dahlström przeciwko Danii*, skarga nr 5589/72, Series A. 21, par. 36.

⁹ Wyrok ETPCz z 7.12.1976 r. (skład plenarny) w sprawie *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5493/72, Series A. 24.

konwencyjnego prawa. Krajowy margines swobody ocen – według sformułowania Trybunału – zawsze „idzie ręką w rękę z europejską kontrolą” (par. 49)¹⁰.

Trybunał wskazał, że realizując kontrolną funkcję, zwraca szczególną uwagę na zasady charakterystyczne dla demokratycznego społeczeństwa. Sprawa *Handyside* dotyczyła swobody wypowiedzi, więc identyfikowane zasady odnosiły się do tej właśnie wolności. Stanowi ona „jeden z zasadniczych filarów takiego społeczeństwa, jeden z podstawowych warunków jego postępu i rozwoju każdej osoby. (...) Nie ogranicza się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za nieobraźliwe lub neutralne, lecz odnosi się także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub części społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji, otwartości na inne poglądy, bez których nie istnieje »demokratyczne społeczeństwo«. Oznacza to (...), że każdy »wymóg«, »warunek«, »ograniczenie«, »kara« muszą być proporcjonalne do celu, któremu służą” (par. 49).

Podsumowując wskazane przez siebie zasady Trybunał stwierdził, że jego zadaniem nie jest zastępowanie sądów krajowych, lecz jedynie kontrola swobody ocen, które prowadzą do wydanych przez te sądy rozstrzygnięć. Trybunał zbada jednak krajowe orzeczenia na tle wszystkich okoliczności sprawy, łącznie z treścią danej publikacji, argumentami i dowodami skarżącego, przedstawionymi tak w postępowaniu w kraju, jak i poza nim.

Zreferowane zasady stanowiły odpowiedź na odmienne stanowiska przedstawione Trybunałowi nie tylko przez strony postępowania, ale zwłaszcza przez „orzekającą” wówczas Europejską Komisję Praw Człowieka (dalej jako Komisja lub EKPCz)¹¹, podzieloną w kwestii zasadności skargi¹². Komisja, daleka od jedynomyślności, uznała stosunkiem ośmiu głosów przeciwko pięciu (przy jednym wstrzymującym się), że nie doszło do naruszenia Konwencji. Według większości jej członków jak i władz brytyjskich, badając zarzuty należało wyłącznie sprawdzić, czy angielskie sądy działały rozsądnie i w dobrej wierze¹³. Przeciwnego zdania była mniejszość Komisji uważająca, że nie wystarczy ograniczyć się do „minimalistycznego” przeglądu orzeczeń

¹⁰ Wskazywane w niniejszej części opracowania paragrafy pochodzą z wyroku *Handyside*.

¹¹ Rozstrzygając o zasadności zarzutów, Europejska Komisja Praw Człowieka wydawała raporty. Ratyfikacja Konwencji przez państwo prowadziła jedynie do możliwości wnoszenia przeciwko takiemu państwu skarg międzypaństwowych. Procedura skargi indywidualnej do Komisji, jak i powstanie jurysdykcji Trybunału wobec państwa, wymagały złożenia dodatkowej deklaracji akceptującej. Na temat ówczesnej procedury rozpoznania skargi i reformy dokonanej w 1998 r. Protokołem nr 11 zob. np. B. Gronowska, *Reforma procedury kontrolnej Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1996, nr 1.

¹² Zapis stanowisk stron, raport komisji wraz ze zdaniem równoległymi i odrębnymi znajdują się w Series B. 22.

¹³ Dlatego pomimo pewnych ogólniejszych uwag na temat roli swobody wypowiedzi i jej znaczenia komisja nie podjęła dokładniejszej analizy ingerencji i szybko przeszła do konkluzji, iż nie złamano art. 10 (par. 157 i 158 raportu).

sądów angielskich; ingerencję trzeba poddać analizie „bezpośrednio w świetle Konwencji i niczego poza nią”¹⁴.

Przyjęcie pierwszej propozycji redukowało zakres strasburskiej kontroli. Komisja i Trybunał musiałyby poprzestać na sprawdzeniu, czy działanie krajowych instytucji nie było motywowane złą wiarą oraz arbitralne. Nie stwierdziwszy tego orzekałyby – nawet mając wątpliwości co do zasadności krajowych argumentów – iż nie doszło do złamania Konwencji. Mniejszość Komisji chciała natomiast poddać ingerencję badaniu w autonomicznej perspektywie europejskiego standardu, zrywając z krajowymi odniesieniami.

Sformułowane przez Trybunał zasady zdają się stanowić próbę znalezienia kompromisu między obiema propozycjami. Starano się to robić bez radykalnego odejścia od dotychczasowego orzecznictwa. Dlatego reguły oznajmione w sprawie *Handyside* nie tworzą spójnego obrazu; zdają się zmierzać – jak każdy kompromis – do usatysfakcjonowania obu stron¹⁵. Ważne jednak, że Trybunał nie poprzestaje na konstatacji, iż krajowej decyzji nie można zarzucić braku dobrej wiary oraz absurdalności. Krajowe instytucje dokonujące ingerencji muszą wykazać, że jest ona konieczna, czyli wynika z pilnej potrzeby społecznej (*pressing social need, besoin social impérieux*), tj. zobiektywizowanych racji ogólnych, oraz jest wsparta istotnymi oraz dostatecznymi powodami (*relevant and sufficient, pertinents et suffisants*), czyli zobiektywizowanymi racjami indywidualnymi (par. 48 i 50).

Podczas określania w sprawie *Handyside*, czy krajowa ingerencja realizuje wskazane powyżej wymogi Trybunał posłużył się kryterium porównawczego konsensu. Kształt konwencyjnego standardu powiązано z treścią prawa i praktyki państw członkowskich. W wyroku wydanym w sprawie *Handyside* nie dopatrzono się złamania Konwencji. Chociaż ta sama publikacja, za którą w Anglii ukarano wydawcę, w innych państwach Konwencji nie wywołała reakcji prawa, to jednak uznano, że w grę wchodzi ochrona moralności publicznej, a jej rozumienie różni się w poszczególnych krajach (par. 48). Ale jak pokazały późniejsze wyroki, ETPCz był też gotów podczas rozpoznawania skarg użyć argumentacji, która nazywam „zasadniczą”¹⁶. Strasburscy sędziowie koncentrowali się wtedy na autonomicznym kontekście Kon-

¹⁴ Cytat ten stanowi celne i adekwatne podsumowanie stanowiska mniejszości komisji, dokonane w późniejszym wyroku (par. 47). W rzeczywistości powstały cztery zdania odrębne, dwa wspólne i dwa indywidualne. Kładziono w nich nacisk na różne aspekty autonomicznej, konwencyjnej analizy ingerencji i jej tła.

¹⁵ Zwraca na to uwagę m.in. P. Wachsmann, dostrzegając w wyroku *Handyside* „wahania między elementami dośrodkowymi a odśrodkowymi”, rozumianymi jako wzmacniające i osłabiające europejską kontrolę (*Une certaine marge d'appréciation. Considération sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression*, w: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles 2000, s. 1019).

¹⁶ I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 813 i nast.

wencji, identyfikując wynikające z tego aktu prawnego wartości i założenia, by następnie w ich perspektywie dokonać swojej oceny. Bez znaczenia były wówczas rozwiązania istniejące w państwach członkowskich¹⁷. Co więcej, szeroki margines swobody ocen w sprawach dotyczących moralności nie przeszkodził Trybunałowi stwierdzić złamanie Konwencji, gdy przedmiotem skargi były brytyjskie oraz irlandzkie przepisy penalizujące stosunki homoseksualne¹⁸, praktyka chłosty istniejąca w szkockich szkołach publicznych¹⁹ czy belgijskie nakazy prawne dotyczące kobiet, które urodziły dziecko poza związkiem małżeńskim²⁰. Analogicznie ETPCz wyrokował w innych obszarach, gdzie zakładano szeroki margines krajowych uprawnień decyzyjnych, np. w przypadku prawa do wolnych wyborów²¹.

2. Późniejsza praktyka Trybunału

W późniejszej praktyce orzeczniczej Trybunału można wyróżnić dwa sposoby kontrolowania krajowej decyzji: pełny (ETPCz zastępuje swoją oceną ocenę dokonaną przez władze krajowe) i ograniczony (krajowa ocena zostanie zakwestionowana tylko wtedy, jeśli jest dotknięta oczywistym błędem, tzn. nie może uchodzić za rozsądną)²². W drugim przypadku wystarcza, aby „wybronić” ingerencję, że jest ona usprawiedliwiona istotnymi racjami; nie dochodzi już natomiast do dalszego badania, czy podane racje są również dostateczne²³. Niestwierdzenie przez Trybunał złamania Konwencji wcale przy tym nie oznacza podzielenia poglądów władz krajowych, lecz jedynie

¹⁷ Por. moje rozważania o wypowiedzi politycznej i ochronie interesów prawnych polityków, *Ograniczenia...*, rozdz. III.

¹⁸ Wyrok ETPCz z 22.10.1981 r. (skład plenarny) w sprawie *Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 7525/76, Series A. 45; wyrok ETPCz z 26.10.1988 r. (skład plenarny) w sprawie *Norris przeciwko Irlandii*, skarga nr 10581/83, Series A. 142.

¹⁹ Wyrok ETPCz z 25.02.1982 r. w sprawie *Campbell i Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 7511/76 i 7743/76, Series A. 48.

²⁰ Wyrok ETPCz z 13.06.1979 r. (skład plenarny) w sprawie *Marckx przeciwko Belgii*, skarga nr 6833/74, Series A. 31.

²¹ Wyrok ETPCz z 6.10.2005 r. (Wielka Izba) w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (nr 2)*, skarga nr 74025/01, ECHR 2005–IX.

²² Zob. P. Wachsmann, *La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression: renforcement ou affaiblissement du contrôle*, w: *Perspectives du droit international et européen, Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis*, Paris 1992, s. 151 i nast.; P. Rolland, *Le contrôle d'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme*, w: *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme* (red. P. Rolland, F. Sudre), Paris 1990, s. 47 i nast.; Y. Galland, *Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 2002, s. 858 i nast.; F. Sudre, *La protection de la propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, „Recueil Dalloz Sirey” 1988, s. 76.

²³ N. Lavender, *The problem of margin of appreciation*, „European Human Rights Law Review” 1997, nr 4, s. 388.

uznanie, że wskazanych przez nie powodów nie można zakwestionować jako nieracjonalnych lub arbitralnych²⁴.

Kontrola ograniczona jest strukturalnie połączona z założeniem o szerokim marginesie ocen posiadanym przez władze krajowe. Powstaje więc pytanie, w jakich sytuacjach takie szerokie uprawnienia ocenne istnieją, a tym samym Trybunał nie powinien wkraczać w oceny krajowych instytucji. W przypadku szerokiego marginesu swobody ocen nacisk położony jest na zasadę subsydiarności; gdy znacznych uprawnień ocennych państwo Konwencji nie ma, priorytetem jest uniwersalność (europejskość) standardu²⁵.

W literaturze można znaleźć liczne próby rekonstrukcji strasburskiego orzecznictwa, mające na celu udzielenie odpowiedzi na postawione powyżej pytanie. We wszystkich propozycjach powtarza się wspólny motyw: przekonanie o niemożliwości zidentyfikowania jednego dominującego czynnika czy też kryterium. W praktyce należy łącznie rozważyć wiele elementów, które nie dają się jednoznacznie hierarchizować i muszą być poddawane zindywidualizowanej analizie. Rekonstruowana reguła, ale oderwana od innych, stanowi zatem jedynie pewną wskazówkę o różnym stopniu ważności²⁶.

Pośród powtarzających się normatywnych i empirycznych parametrów, które decydują o istnieniu bądź braku szerokiego marginesu ocen, wskazuje się na:

- a) konsens rozwiązań w państwach Konwencji;
- b) rodzaj („naturę”) prawa;
- c) wartość (dobro, interes) uzasadniającą ingerencję;
- d) rodzaj („naturę”) zobowiązania państwa – zasadniczo margines swobody jest szeroki w przypadku obowiązków pozytywnych;
- e) obszar polityki (szczególne reżimy, np. wojskowy, więzienny);
- f) występowanie pewnych rozwiązań w innych traktatach oraz aktach prawnych;
- g) istnienie w danym kraju wahań co do rozumienia pewnych przepisów bądź ich zasadności;
- h) naruszenie rdzenia prawa (akceptowanie więc „niewielkich” ograniczeń);
- i) istnienie „lokalnych sytuacji”;
- j) sytuacje wyjątkowe;
- k) sytuacje transformacji ustrojowej.

²⁴ Niezwykle czytelnie wyraził to sędzia Rudolf Bernhardt w opinii równoległej do wyroku *Wingrove przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* pisząc, że „istotą krajowego marginesu swobody jest to, że jeśli różne opinie są możliwe i rzeczywiście istnieją, sędzia międzynarodowy powinien interweniować, gdy krajowa decyzja nie może być rozsądnie uzasadniona” (wyrok ETPCz z 25.11.1996 r., skarga nr 17419/90, RJD 1996–V).

²⁵ P. Mahoney, *Universality versus subsidiarity in the Strasbourg case law on free speech: explaining some recent judgments*, „European Human Rights Law Review” 1997, nr 4, s. 379.

²⁶ I. de la Rasilla del Moral, *The increasingly marginal appreciation in the margin-of-appreciation doctrine*, „German Law Journal” 2006, t. 7, nr 6, s. 615.

Dla przewidywalności strasburskiego orzecznictwa kluczowe staje się możliwie precyzyjne opisanie zakresów owych typów i kontekstów oraz czynników, które są z nimi związane. Tymczasem elementy i czynniki brane przez Trybunał pod uwagę często działają w przeciwnych kierunkach, co powoduje niepewność oczekiwanego orzeczenia. Brak dokładniejszych wskazówek, usprawiedliwiane sformułowaniem, że ingerencja znajduje się w granicach ocennych uprawnień władz, powoduje, że doktryna marginesu swobody ocen jest łączona z arbitralnością orzecznictwa²⁷. Konstrukcja marginesu swobody ocen nie zmusza Trybunału do wytłumaczenia się ze swojej decyzji, bo można poprzestać na stwierdzeniu, dokonawszy jedynie ograniczonej analizy, że krajowa ingerencja nie wykraczała poza obszar dyskrecjonalnych uprawnień państwa.

W dyskusji wokół doktryny marginesu swobody ocen dają się zidentyfikować dwa podstawowe stanowiska. Pierwsze opiera się na założeniu, że doktryna jest „naturalnym produktem” podziału uprawnień: z jednej strony państw do dokonania pewnych wyborów prawnych, a z drugiej Trybunału do sprawowania kontroli²⁸. Konwencja, której skuteczność zabezpiecza istnienie ETPCz, ma jednak na celu ograniczenie krajowych uprawnień dyskrecjonalnych. Analogicznie dzieje się zresztą na poziomie krajowym w przypadku konstytucyjnych gwarancji dla praw i swobód ludzkich, które mają zawęzić obszar dopuszczalnych wyborów legislacyjnych oraz indywidualnych rozstrzygnięć²⁹. Zdaniem Paula Mahoneya jakaś przestrzeń uprawnień, aczkolwiek może być ona niewielka, zawsze pozostanie „przy państwie”, bo to ono ponosi wstępnie i jako pierwsze odpowiedzialność za realizację konwencyjnych standardów³⁰. Naturalność i nieuniknioność doktryny (zróznicowanego) marginesu ocen ma też potwierdzać jej zapożyczenie w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka ONZ, Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka³¹,

²⁷ M.R. Hutchinson, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, t. 48, s. 641. Znakomity belgijski znawca konwencji P. Lambert nie zawahał się napisać, że doktryna marginesu ocen odpowiada nie tylko za to, że strasburskie orzecznictwo rodzi wrażenie nie tylko arbitralności, ale i absurdu (*Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, JT 1997, s. 62).

²⁸ P. Mahoney, *Judicial activism and judicial restraint in the European Convention of HR: two sides of the same coin*; „Human Rights Law Journal” 1990, t. 11, nr 1–2, s. 81.

²⁹ L. Garlicki, *Wartości kulturowe a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4, s. 4; tegoż, *The method of interpretation*, w: *L'interprétation constitutionnelle* (red. F. Melin-Socramanien), Paris 2005, s. 140 i nast.

³⁰ Także wg R.St.J. Macdonalda pojęcie marginesu jest obecne w każdym wyroku, niezależnie od tego, czy jest wyraźnie przywoływane. Zob. *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, w: *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Milan 1987, s. 208.

³¹ O. Bakircioglu, *The application of the margin of appreciation doctrine in freedom of expression and public morality cases*, „German Law Journal” 2007, t. 8, nr 7, s. 713.

jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³². Sugeruje się nawet możliwość przejścia doktryny przez prawo międzynarodowe jako takie i to pomimo jej wyraźnego odrzucania przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości³³.

Z drugiej strony znajdują się zdecydowani krytycy doktryny marginesu swobody ocen. Znany brytyjski prawnik George Robertson nazywa margines ocen „tchórzliwym przybraniem”, które często służyło do wybiegu, by uchylić się od rozstrzygnięcia kontrowersyjnych zagadnień³⁴. Świetni holenderscy znawcy Konwencji nie wahali się określić doktryny mianem „błędnej”, dopatrując się w niej „rozprzestrzeniającej się choroby”.³⁵ Lord Lester, pisał o marginesie swobody jako o „tak śliskim i nieuchwytnym (*slippery and elusive*) jak węgorz”³⁶. Ten sam autor obawiał się, że w Europie rozszerzonej w latach 90. XX wieku doktryna może prowadzić do „zmiennej geometrii” praw człowieka, dokonując erozji utrwalonych standardów przez nadanie nienależnego znaczenia miejscowym okolicznościom, tradycjom i praktykom³⁷. Taki scenariusz mógł uprawdopodobniać wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Rekvenyi przeciwko Węgrom*³⁸, akcentujący specyfikę okresu przejściowego związanego z odchodzeniem od państwa autorytarne do demokratycznego³⁹.

³² J.A. Sweeney, *A 'margin of appreciation' in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, LIEI 2007, t. 34, nr 1, s. 31 i nast.

³³ Y. Shany, *Towards a general margin of appreciation doctrine in international law?*, „European Journal of International Law” 2005, t. 16, nr 5.

³⁴ *Crimes against Humanity. The Struggle for Global Justice*, London 1999, s. 57–58. Inny autor pisze, że margines swobody ocen to najbardziej upolityczniony obszar Konwencji: E. Dommering, *European Media Law* (red. O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer), Austin 2008, s. 44.

³⁵ P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998 (wyd. 3), s. 604.

³⁶ *La Convention européenne des droits de l'homme dans la nouvelle architecture de l'Europe*, w: *Actes du 8me colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 1995, s. 236–237.

³⁷ Tamże, s. 246.

³⁸ Wyrok ETPCz z 20.05.1999 r. (Wielka Izba) w sprawie *Rekvenyi przeciwko Węgrom*, skarga nr 25390/94, ECHR 1999–III.

³⁹ Obawy te się nie spełniły. Strasburskie organy były wręcz skłonne egzekwować konwencyjne standardy wobec nowych państw członkowskich z większą determinacją niż działo się to w przeszłości w odniesieniu do „starych” członków. J.A. Sweeney, *Divergence and diversity in post-communist European human rights cases*, „Connecticut Journal of International Law” 2005, t. 21, s. 22; tegoż, *Margins of appreciation: cultural relativity and the European Court of Human Rights in the post-cold war era*, „International and Comparative Law Quarterly” 2005, t. 54, s. 467–469; M. Dembour, M. Krzyżanowska-Mierzewska, *Ten years on: the voluminous and interesting Polish case law*, „European Human Rights Law Review” 2004, s. 517. Por. także zdanie odrębne sędziego Sibranda Karela Martensa w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, gdzie wyraził on pogląd, że większa wspólnota państw członkowskich wymaga większej jednolitości i zdecydowanego egzekwowania konwencyjnych standardów (wyrok ETPCz z 27.09.1990 r. (skład plenarny), skarga nr 10843/84, Series A. 184).

Radykalna krytyka pochodziła także od sędziów. Już w 1997 r. belgijski sędzia Jan de Meyer napisał z zdaniu odrębnym do wyroku *Z. przeciwko Finlandii*, że „nadszedł najwyższy czas, by Trybunał pozbył się w swojej argumentacji tego pojęcia (marginesu swobody ocen – ICK). Już zbyt długo zwlekano z porzuceniem tej wyświechtanej frazy i z wyrzeczeniem się relatywizmu, jaki ona rodziła. (...) Tam, gdzie chodzi o prawa człowieka, nie ma miejsca na margines ocen, który zezwala państwu na podjęcie decyzji o tym, co jest akceptowane. (...) Puste słowa dotyczące marginesu ocen (...) rodzą ograniczenia, które nie są konieczne, powodując jedynie w sposób trudny do zaakceptowania, że państwo może zrobić wszystko, czego Trybunał nie uzna za sprzeczne z prawami człowieka.

Taka terminologia, błędna co do zasady i chybiająca w praktyce, powinna zostać natychmiast porzucona⁴⁰. Podobny pogląd, chociaż wyrażony przy użyciu nie tak ostrego języka, można odnaleźć w zdaniu równoległym sędziego Christosa Rozakisa, dołączonym do wyroku w sprawie *Egeland i Hanseid przeciwko Norwegii* (określenie statusu prawnego ludzkiego embrionu)⁴¹.

Zdaniem krytyków konstrukcja marginesu swobody stanowi zatem immanentne zagrożenie dla uniwersalnego (europejskiego) rozumienia praw człowieka⁴², a konwencyjne swobody (prawa), z którymi łączy się co do zasady znaczne uprawnienia ocenne, nie są traktowane jako rzeczywiste prawa podstawowe⁴³. Czasami Trybunał odwołuje się nawet do konstrukcji marginesu przy rekonstruowaniu samej definicji konwencyjnego prawa, czego najbardziej znanym i uderzającym przykładem jest podejście do prawa do życia w sprawie *Vo przeciwko Francji*⁴⁴.

⁴⁰ Wyrok ETPCz z 25.02.1997 r., skarga nr 22009/93, RJD 1997-I.

⁴¹ Wyrok ETPCz z 16.04.2009 r. w sprawie *Egeland i Hanseid przeciwko Norwegii*, skarga nr 34438/04. Sędzia napisał: „w rzeczywistości, jeśli pojęcie marginesu swobody ma jakikolwiek dzisiaj sens w orzecznictwie Trybunału, powinno być stosowane tylko w tych sprawach, gdzie – po wnikliwym rozważeniu – ETPCz ustala, że władze krajowe są bardziej niż on uprawnione, by dokonać oceny ‘lokalnych’ szczególnych okoliczności, które istnieją w danym porządku krajowym i, odpowiednio, mają lepszą wiedzę niż sąd międzynarodowy, by podjąć decyzję, w najbardziej odpowiedni sposób, jak zająć się daną sprawą. Wtedy, i tylko wtedy, Trybunał powinien zrezygnować ze swoich uprawnień do głębokiego zbadania okoliczności sprawy, ograniczając się do zwykłego nadzoru nad krajowymi rozstrzygnięciami i weryfikując jedynie ich rozsądnosc i brak arbitralności”.

⁴² E. Benvenisti, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, „New York University Journal of International Law” 1999, t. 31, s. 844.

⁴³ J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester 1993, s. 143; A.-D. Olinga, C. Picheral, *La théorie de marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme*, „Revue trimestrielle des droits de l’homme” 1995, s. 584.

⁴⁴ Wyrok ETPCz 8.07.2004 r. (Wielka Izba) w sprawie *Vo przeciwko Francji*, skarga 53924/00, ECHR 2004-VIII, par. 84-85.

3. Spojrzenia na przyszłość koncepcji marginesu swobody ocen

Jeszcze niedawno pisałem, że doktrynę marginesu swobody ocen należy widzieć jako przejściowe narzędzie służące rozgraniczeniu uprawnień Trybunału i państw członkowskich Konwencji⁴⁵. Jej wprowadzenie do języka strasburskich orzeczeń towarzyszyło procesowi tworzenia się jednolitego europejskiego standardu⁴⁶. Inaczej mówiąc, doktryna marginesu ocen ma sens wtedy, gdy wspólnego standardu jeszcze nie ma⁴⁷. Jeśli natomiast europejski standard już powstał, przywołanie teorii marginesu ocen ma charakter jedynie retorycznej inkantacji⁴⁸. W rzeczywistości Trybunał działa wówczas jak swoisty sąd czwartej instancji⁴⁹, nie pozostawiając władzom krajowym jakichkolwiek własnych, niepodlegających weryfikacji uprawnień ocennych. Nawiązania w wyrokach do marginesu swobody ocen są rutynowe, stanowiąc jedynie „zwykłą formułę stylistyczną” (*une simple clause de style*)⁵⁰.

Pogląd ten muszę dziś zrewidować. Na konferencji w Brighton, która odbyła się 19–20.04.2012 r. podczas sprawowania przez Wielką Brytanię przewodnictwa w Radzie Europy uzgodniono przygotowanie Protokołu nr 15. Zasadniczo ma on, poza kilkoma niewielkimi modyfikacjami Konwencji, wprowadzić do jej preambuły zasady subsydiarności i krajowego marginesu swobody ocen. Taka zmiana, której orędownikiem była Wielka Brytania, lecz wsparło ją kilka innych krajów, dokonywałaby strukturalnego „ukrajowienia” Konwencji, wyraźnie zakładając już na początku traktatu, że to przede wszystkim na państwie członkowskim spoczywa stosowanie Konwencji,

⁴⁵ *Ograniczenia...*, s. 808 i nast.

⁴⁶ Taki pogląd wyraża też R.S.J. Macdonald, *The margin of appreciation*, w: *The European System for the Protection of Human Rights* (red. R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold), Dordrecht 1993, s. 131; także O. Bakircioglu, wyd. cyt., s. 732.

⁴⁷ Analogicznie M. de Salvia, który pisze o „historycznej użyteczności” teorii: *Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) élarger à la marge d'appréciation?* w: *Protection des droits de l'homme: le perspective européenne, Protecting Human Rights: the European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal* (red. F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber), Köln 2000.

⁴⁸ P. Wachsmann, *Le délit d'offense envers un chef d'Etat étranger à l'épreuve de Convention européenne des droits de l'homme*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 2003, t. 55, s. 992. J. de Meyer pisze, że doktryna krajowego marginesu ocen miała równoważyć „poważne” odczytanie swobód zagwarantowanych w konwencji (*Quelques aspects de l'action de la Cour européenne des droits de l'homme*, „Études et documents du Conseil d'État” 1988, nr 40, s. 273).

⁴⁹ F. Sudre, *Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Vogt de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme juridique*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 1996, s. 421–423; J. Callewaert, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, w: *Protection des droits de l'homme: le perspective européenne, Protecting Human Rights: the European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal* (red. F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber), Köln 2000, s. 166; P. Wachsmann, *Le délit...*, s. 992; P. Mahoney, *Universality...*, s. 373.

⁵⁰ M. de Salvia, wyd. cyt., s. 384.

a Trybunał występuje w uzupełniającej roli (subsidiarność) i zawsze uwzględnia krajową specyfikę i uprawnienia ocenne (krajowy margines swobody ocen). Protokół nr 15 został 16.05.2013 r. przyjęty przez Komitet Ministrów Rady Europy, a do podpisów przez państwa członkowskie Konwencji jest otwarty od 24.06.2013 r. Dotychczas nowym protokołem związało się 10 państw (29 kolejnych go podpisało, w tym Polska).

Brytyjska propozycja jest po części następstwem niezadowolenia władz tego kraju z wyroków ETPCz, które stwierdzały pogwałcenie Konwencji w związku z pozbawieniem wszystkich więźniów prawa do udziału w wyborach⁵¹, aktami mającymi miejsce podczas wykonywania misji wojskowej w Iraku⁵², a także zabraniały ekstradycji osób podejrzanych o działalność terrorystyczną⁵³. Początkowo propozycje Londynu szły jeszcze dalej: chciano, aby Trybunał mógł orzekać tylko w przypadku „poważnego błędu”, stając się w konsekwencji swoistym sądem konstytucyjnym⁵⁴.

W świetle Protokołu nr 15 nie można już twierdzić, że konstrukcja marginesu ocen to przejściowe narzędzie prawne, które nie jest przydatne (potrzebne) w tych przypadkach, gdy istnieje wyraźnie zdefiniowany europejski standard. Protokół utrwali sytuacjonistyczne podejście Trybunału do analizowanych sytuacji, powstrzymując zapewne też przed formułowaniem nowych zasad, które jednoznacznie wyrażałyby treść „europejskiego zobowiązania”. Taka sytuacja będzie charakteryzowała zwłaszcza ten obszar, gdzie ETPCz stosuje klauzulę limitacyjną, która odwołuje się do kryterium konieczności ingerencji (art. 8-11 głównego tekstu Konwencji, ale i inne przepisy Konwencji i protokołów dodatkowych, z którymi Trybunał połączył analogiczny test). Już teraz zresztą, jeszcze przed wejściem w życie Protokołu nr 15, można obserwować większą gotowość ETPCz, by nie stwierdzać naruszenia limitacyjnych przepisów Konwencji. Przykładowo, podczas gdy w pierwszej dekadzie obecnego wieku Trybunał bardzo rzadko godził się z krajową ingerencją w sprawach dotyczących swobody wypowiedzi, w roku 2012 zaakceptował dokonane ograniczenie aż 19 razy na 50 spraw⁵⁵. Trudno też oczekiwać, by „dojrzewające” już w strasburskim orzecznictwie zakwestionowanie *in toto*

⁵¹ Wyrok ETPCz z 6.10.2005 r. (Wielka Izba) w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (nr 2)*, skarga nr 74025/01, ECHR 2005-IX; wyrok ETPCz z 23.11.2010 r. w sprawie *Greens i M.T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 60041/08 i 60054/08, ECHR 2010.

⁵² Wyrok ETPCz z 7.07.2011 r. (Wielka Izba) w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 55721/07, ECHR 2011.

⁵³ Wyrok ETPCz z 17.02.2012 r. w sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 8139/09, ECHR 2011.

⁵⁴ Zob. podsumowanie najnowszych zmian wynikających z Protokołu nr 15 oraz propozycji sugerowanych podczas praz nad tym aktem dokonane przez prezesa Trybunału D. Spielmana, *Allowing the right margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?*, dostępne na http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf.

⁵⁵ W kolejnym roku było to odpowiednio 11 razy na 42 wyroki.

sankcji karnych wymierzanych za przekroczenie granic dozwolonej wypowiedzi, stało się teraz konwencyjnym standardem⁵⁶.

Pomimo gwarancji dla konstrukcji marginesu swobody ocen, które będą następstwem wejścia w życie Protokołu nr 15, nie sądzę, by ta zmiana Konwencji musiała prowadzić do podważenia dotychczasowego dorobku orzeczniczego ETPCz. Uważam, że ewolucja ku wspólnemu standardowi prawnemu jest jednokierunkowa: gdy powstanie już taki standard, a tym samym margines swobody ocen ulegnie zmniejszeniu, nie może później dojść do ukrajowienia standardu (zwiększenia marginesu swobody). Do takiego poglądu uprawnia Statut Rady Europy, który określa, że jednym z celów tej organizacji jest „osiągnięcie większej jedności między jej członkami, aby chronić i wcielać w życie ideały i zasady stanowiące ich wspólne dziedzictwo” (art. 1 pkt a) Statutu)⁵⁷. Preambuła Konwencji powtarza formułę mówiącą o „większej jedności” dopowiadając, że jednym ze sposobów osiągnięcia jedności jest „ochrona i rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”⁵⁸. Zachowanie wartości leżących u podstaw Konwencji opiera się przy tym na „jednolitym pojmowaniu i wspólnym poszanowaniu praw człowieka”.

Przyjęcie poglądu o jednokierunkowości ewolucji orzecznictwa ETPCz (ku większej ochronie) wyklucza powrót do stanowiska zajmowanego w przeszłości przez Trybunał, lecz następnie zarzuconego, które skutkowało mniejszą ochroną konwencyjnych praw⁵⁹. *A fortiori* trudno zgodzić się z akcepto-

⁵⁶ W 2004 r. Trybunał uznał za sprzeczne z Konwencją kary pozbawienia wolności, stanowiące reakcję na przekroczenie granic swobody wypowiedzi (z wyłączeniem dwóch wyjątkowych sytuacji polegających na mowie nienawiści i wezwaniu do przemocy): wyrok ETPCz z 17.12.2004 r. (Wielka Izba) w sprawie *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii*, skarga nr 33348/96, ECHR 2004-XI. Wydawało się, że następnie podaży ku zakwestionowaniu sankcji karnych jako takich, zob. I.C. Kamiński, *Ograniczenia...*, rozdz. XVII.2.

⁵⁷ W dwóch urzędowych językach Rady Europy ten przepis brzmi następująco – ang.: *The aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage*; fr.: *Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun*.

⁵⁸ Tak też m.in. wiceprezes EKPCz W. Ganshof van der Meersch, *Le caractère „autonomie” des termes et la „marge d’appréciation” des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, w: *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in honor of G.J. Wiarda* (red. F. Matscher, H. Petzold), Köln 1988, s. 201 i były szef kancelarii Trybunału, a obecnie sędzia P. Mahoney, *Judicial...*, s. 67. Zob. także powołanie się na ten aspekt integracji w wyroku ETPCz z 23.03.1995 r. (Wielka Izba) w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* (zastrzeżenia wstępne), skarga nr 15318/89, Series A. 310, par. 77. Są jednak i autorzy, którzy obawiają się i krytykują jednokierunkowy scenariusz. Zob. np. Lord Mackay of Clashfern, *The margin of appreciation and the need for balance*, w: *Protection des droits de l’homme: le perspective européenne, Protecting Human Rights: the European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal* (red. F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber), Köln 2000, s. 842–843.

⁵⁹ Uważam zatem, że Trybunał nie może „przywrócić” zgodności z Konwencją kary pozbawienia wolności w kontekście art. 10 (po wyroku wyrok ETPCz z 17.12.2004 r. (Wielka Izba) w sprawie *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii*, skarga nr 33348/96, ECHR

waniem dzisiaj stanowiska sędziowskiej mniejszości, które zostało wyrażone w zdaniach odrębnych dołączonych do wydanych w przeszłości „formacyjnych wyroków”, gdy późniejsza linia orzecznicza potwierdziła wybór dokonany przez większość⁶⁰ Uważam ponadto, że wykluczone jest „cofniecie” się do założeń i wyobrażeń twórców Konwencji (historyczna wykładnia), gdy ETPCz odszedł już od nich w swoich rozstrzygnięciach, zwracając uwagę na „dynamiczny aspekt” Konwencji i potrzebę ewolucyjnej interpretacji jej postanowień.

Rekonstruując konwencyjny standard istniejący w czasie orzekania (zakres i znaczenie zobowiązania państwa), Trybunał odwoływał się do innych norm prawa międzynarodowego dotyczących danej materii. Przykładowo, rozstrzygając o tym, czy art. 11 (wolność zrzeszania się) daje związkom zawodowym uprawnienie do zawierania układów zbiorowych, ETPCz odwołał się nie tylko do regulacji krajowych (sprawdzanie konsensu państw członkowskich), ale i relewantnego prawa międzynarodowego, tj. konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy, Europejskiej Karty Społecznej, Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (sprawdzanie standardu międzynarodowo-prawnego)⁶¹. W konsekwencji standard wynikający z Konwencji nie był traktowany jako samodzielny i minimalny, lecz korelowany z aktualnym stanem prawa międzynarodowego (zwłaszcza wiążącego pozwane państwo) i ujmowany jako ewoluujący ku większej ochronie prawnej.

W najnowszym orzecznictwie są jednak wyroki, w których Trybunał przyjmuje, odwołując się do art 19, że jego zadaniem jest stosowanie wyłącznie Konwencji i kontrola przewidzianego w niej „minimalnego progu ochrony”. Bez znaczenia pozostają więc wiążące dane państwo inne instrumenty prawa międzynarodowego, ustanawiające wyższy standard ochronny. Przykładem jest wyrok *I.R. i G.T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w którym

2004-XI), ani uznać, że art. 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania) nie gwarantuje prawa do odmowy służby wojskowej ze względów światopoglądowych (po wyroku wyrok ETPCz z 7.07.2011 r. (Wielka Izba) w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03, ECHR 2011).

⁶⁰ Dlatego nie podzielam poglądu polskiego sędziego Krzysztofa Wojtyczka o wąskim rozumieniu prawa do wolnych wyborów, sprowadzonym zasadniczo do aspektu instytucjonalnego (zdanie odrębne do wyroku ETPCz z 15.07.2014 r. w sprawie *Zornić przeciwko Bośni Hercegowinie*, skarga nr 3681/06 wyroku ETPCz z 12.08.2014 r. w sprawie *Firth i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 i 49036/09), kwestionowania obowiązku proceduralnego, gdy zabójstwo (lub podejrzana śmierć) ma miejsce przed związaniem się danego państwa Konwencją oraz sugerowania, że Konwencja nie jest stosowana ekstraterytorialnie i w przypadku, gdy w sprawie zastosowanie znajdują postanowienia międzynarodowego prawa humanitarnego (zdanie równoległe do wyroku ETPCz z 21.10.2013 r. (Wielka Izba) w sprawie *Janowiec i inni przeciwko Rosji*, skargi nr 55508/07 i 29520/09).

⁶¹ Wyrok ETPCz z 12.11.2008 r. (Wielka Izba) w sprawie *Demir i Baykara przeciwko Turcji*, skarga nr 34503/97, ECHR 2008. Co więcej, Trybunał uznał, że przeszkodą dla takiej rekonstrukcji nie jest fakt, że Turcja nie jest stroną części z przywołanych aktów prawa międzynarodowego.

oznajmiono, że standard dotyczący proceduralnych gwarancji, jakie powinny mieć osoby niewpuszczone do kraju ze względu na zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego, określony w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Z.Z. przeciwko Secretary of State for the Home Department*⁶², nie ma zastosowania – jako wyższy – w strasburskim postępowaniu⁶³. Na nakaz „związania” ETPCz jedynie normatywnym kształtem Konwencji zwracają też uwagę pewni sędziowie, kontestując użycie przez Trybunał, przy rekonstrukcji konwencyjnego standardu, innych traktatów prawa międzynarodowego⁶⁴.

Chociaż tak podejście z wyroku *I.R. i G.T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, jak i poglądy „powściągliwych” sędziów ETPCz należą w dzisiejszej praktyce Trybunału do mniejszości, można mówić o zawężeniu użycia „komparatystycznego dossier” przywoływanego w rozstrzyganych sprawach. W wyroku *Vallianatos i inni przeciwko Grecji* strasburscy sędziowie odwołali się w swojej argumentacji tylko do miękkiego prawa Rady Europy (rezolucje i rekomendacje Zgromadzenia Parlamentarnego i Komitetu Ministrów), gdy badali, czy ograniczenie możliwości zawarcia związku partnerskiego jedynie przez osoby różnych płci stanowi naruszenie zakazu dyskryminacji w związku z prawem do życia prywatnego i rodzinnego (art. 14 i 8 Konwencji)⁶⁵. Pominęli natomiast ustawodawstwo Unii Europejskiej⁶⁶. Kontrastuje to z szerokim użyciem europejskiego materiału porównawczego (z kluczową rolą Karty Praw Podstawowych) w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, gdy Trybunał ustalał zakres konwencyjnego prawa do zawarcia związku małżeńskiego (art. 12)⁶⁷.

III. Skarga indywidualna

W centrum strasburskiego systemu kontrolnego znajduje się skarga indywidualna. Liczba skarg sukcesywnie się zwiększała, osiągając we wrześniu 2012 r. niemal 160 tysięcy. Obecnie (dane z czerwca 2014 r.) jest to niespełna

⁶² Wyrok TSUE z 4.11.2013 r. w sprawie C-300/11, *Z.Z. przeciwko Secretary of State for the Home Department*.

⁶³ Wyrok ETPCz z 28.01.2014 r. w sprawie *I.R. i G.T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 14876/12 i 63339/12.

⁶⁴ Zob. zdanie odrębne sędziów Paula Mahoneya i Krzysztofa Wojtyczka do wyroku ETPCz z 11.03.2014 r. w sprawie *Abdu przeciwko Bułgarii*, skarga 26827.08.

⁶⁵ Wyrok ETPCz z 7.11.2013 r. (Wielka Izba) w sprawie *Vallianatos i inni przeciwko Grecji*, skargi nr 29381/09 i 32684/09, par. 91.

⁶⁶ Na wynikanie (poparcie) konkluzji wyroku także z prawa Unii Europejskiej zwrócili natomiast uwagę autorzy zdania równoległego dołączonego do wyroku (sędziowie Josep Casadevall, Ineta Ziemele, Danutė Jočienė i Linos-Alexandre Sicilianos).

⁶⁷ Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04, par. 60-61. Zobacz jednak też zdanie odrębne Giorgio Malinvernigo, do którego przyłączył się Anatoly Kovler).

85 tysięcy. Spadek o połowę liczby skarg czekających na rozpoznanie mógłby zostać potraktowany jako dowód na niezwykle operatywną sprawność Trybunału i jego kancelarii. Rzeczywistość jest dużo bardziej złożona i wcale nie nastraja optymistycznie.

Trybunał jest chronicznie niedofinansowany. Jego budżet na rok 2014 zamyka suma 67.650.400 euro. Jest to sześciokrotnie mniej niż środki oddane do dyspozycji dużo mniej zapracowanego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶⁸. Zwiększenie budżetu ETPCz wymagałoby jednak uzgodnień w ramach wszystkich 47 państw członkowskich Rady Europy i Konwencji. Wśród nich są i takie, którym nie zależy na usprawnieniu pracy Trybunału.

Aby usprawnić rozpoznawanie skarg, Trybunał musiał podjąć działania naprawcze. Pewne ramy prawne stworzył Protokół nr 14⁶⁹, który był pomyślany jako doraźna zmiana, poprzedzająca właściwą reformę ETPCz. Zamiast jednak – jak zakładano – wejść w życie w ciągu 2 lat od otwarcia do podpisów, Protokół, wymagający związania się przez wszystkie państwa Konwencji, nabrał mocy prawnej dopiero po sześciu latach, tj. 1.06.2010 r.⁷⁰ Przede wszystkim upraszczał procedurę rozpoznania skargi, pozwalając komitetowi trzech sędziów na wydawanie wyroków w sprawach powtarzalnych (wcześniej każdy wyrok wymagał działania izby siedmiu sędziów), a pojedynczemu sędziemu na odrzucenie skargi jako w oczywisty sposób niedopuszczalnej (wcześniej wymagane było jednomyślne rozstrzygnięcie komitetu). W celu zidentyfikowania spraw nieujawniających naruszenia Konwencji, które mógłby odrzucać pojedynczy sędzia, powołano tzw. sekcję filtracyjną. Jej działanie budzi jednak ogromne zastrzeżenia, podobnie jak brak jakiegokolwiek uzasadnienia decyzji o uznaniu skargi za niedopuszczalną. Okazało się, że Trybunał (pojedynczy sędzia) podejmuje decyzję negatywną dla skarżącego nie poddawszy skargi wnikliwszej analizie, opierając się na rekomendacji prawnika kancelarii ETPCz. Praktyka Trybunału w tym zakresie stała

⁶⁸ W 2014 r. budżet TS UE to 355.367.500 euro.

⁶⁹ Na temat Protokołu nr 14 zob. np. *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme* (red. G. Cohen-Jonathan, J.E. Flauss), Bruxelles 2005; *Protocol No. 14 and the Reform of the European Convention of Human Rights*, (red. P. Lemmens, W. Vandenhole), Antwerpen 2005; R. Kowalska, *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2004, nr 1; S. Lagoutte, *Le protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'homme: une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits?*, „Cahier de droit européen”, 2005, nr 1–2; T.Laubner, *Relieving the Court of its success? – Protocol no. 14 to the European Convention on Human Rights*, „German Yearbook of International Law” 2004, t. 47; M.A. Beernaert, *Protocol 14 and the Strasbourg procedures: towards greater efficiency? And at what price?*, „European Human Rights Law Review” 2004, nr 5.

⁷⁰ Zob. I.C. Kamiński, *Rosja nie ratyfikuje Protokołu 14 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 5 oraz I.C. Kamiński, *Protokół nr 14 bis do EKPCz – doraźna reforma procedury przed ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 11; J.W. Reiss, *Protocol No. 14 ECHR and Russian Non-Ratification: The Current State of Affairs*, „Harvard Human Rights Journal” 2009, t. 22.

się przedmiotem licznych interwencji krajowych organizacji prawniczych, w tym polskiej Naczelnej Rady Adwokackiej.

Protokół nr 14 wprowadził też do tekstu Konwencji krytykowaną przez organizacje pozarządowe nową przesłankę dopuszczalności skargi. Skarga zostanie więc dzisiaj uznana za niedopuszczalną, jeśli skarżący nie doznał „znaczącego uszczerbku” (obecny art. 35 ust. 3 pkt b). Zastrzeżenia formułowane wobec nowej przesłanki spowodowały, że osłabiono ją przez dodanie formuły, iż nie ma ona zastosowania, gdy „poszanowanie praw człowieka wymaga rozpatrzenia przedmiotu skargi” i pod warunkiem, że sprawa została należycie rozpatrzona przez sąd krajowy. To ograniczenie eliminuje jednak Protokół nr 15, stanowiący następstwo konferencji w Brighton.

Dotychczas Trybunał odwoływał się do nowej przesłanki bardzo ostrożnie⁷¹. Zmiana wprowadzana Protokołem nr 15 może spowodować, jeszcze przed jej wejściem w życie, że ETPCz będzie skłonny do zmodyfikowania tej linii orzeczniczej.

Podejście Trybunału do skarżącego cechował przez długie lata brak nadmiernego formalizmu. Zakładano, że liczy się przede wszystkim zagwarantowanie poszanowania praw człowieka. Skarżący mógł więc np. „przedłużyć” sześciomiesięczny termin na wniesienie skargi, gdy w tym czasie przesłał jedynie zapowiedź je przesłania (tzw. pismo wstępne). Trybunał informował wówczas o zarejestrowaniu sprawy, wskazując czas na sporządzenie właściwej skargi i jej przekazanie do Trybunału.

Taką praktykę zmieniono począwszy od 1.01.2014 r., dokonując w Regulaminie proceduralnym ETPCz rygorystycznego określenia wymogów skargi oraz konsekwencji ich niespełnienia. Zgodnie z rozbudowanym nowym brzmieniem reguły 47 skargę należy złożyć na oficjalnym urzędowym formularzu skargi (dostępnym na stronie internetowej Trybunału w wersji elektronicznej w językach urzędowych państw-stron Konwencji), wypełniając wszystkie jego części. Do skargi trzeba dołączyć kopie dokumentów świadczących o wyczerpaniu drogi krajowej, kopie wydanych w sprawie orzeczeń oraz – gdy skarżący działa poprzez prawnika – oryginał udzielonego pełnomocnictwa. Rozmiar skargi nie powinien wykraczać poza urzędowy formularz. Wyjątkowo do skargi można dodać pełniejszy opis zarzutów oraz stanu faktycznego, nie większy jednak niż 20 stron.

⁷¹ Zob. raport przygotowany przez ETPCz: *The new admissibility criterion under Article 35 § 3 (b) of the Convention: case-law principles two years on*, Strasbourg 2012 (dostępny w wersji elektronicznej na http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_admissibility_criterion_ENG.pdf). Także np. A. Buyse, *Significantly Insignificant? The Life in the Margins of the Admissibility Criterion in Article 35 § 3 (b) ECHR*, w: *The realization of human rights: when theory meets practice. Studies in honour of Leo Zwaak* (red. B. McGonigle Leyh, Y. Haecck, C. Burbano Herrera, D. Contreras Garduno), Antwerp 2013; K. Holy, „Significant disadvantage” suffered by the applicant as a new admissibility criterion before the ECtHR – necessary development or too far-reaching restriction on the access to the Court?, „Silesian Journal of Legal Studies” 2012, t. 4.

Tak obszerna regulacja dotycząca skargi, która nie jest pomocniczym, instruktażowym dokumentem mającym charakter praktycznych wskazówek (*practice directions*), znalazła się w wiążącym Regulaminie proceduralnym ETPC. Reguła 47 określa, że niespełnienie wymogów formalnych „może spowodować, że skarga nie zostanie rozpatrzona przez Trybunał”, chyba że skarżący przedstawi „zadowalające wyjaśnienie” zaistniałego braku lub wady (ust. 5). Chociaż w Regulaminie wskazano jedynie na możliwość nierozpoznania skargi, z wyjaśnień udzielanych przez kancelarię Trybunału wynika, że uchybienia w treści skargi, a nawet przekroczenie 20 stron dodatkowego opisu (!), spowodują – przy braku adekwatnego wyjaśnienia – pozostawienie skargi bez rozpoznania.

O ile zrozumiałe jest podjęcie działań prowadzących do usprawnienia przez ETPCz mechanizmu rozpoznania skarg, w tym poprzez identyfikowanie tych skarg, które są w oczywisty sposób niedopuszczalne, podstawowe wątpliwości musi rodzić koncentrowanie się na wymogach formalnych, zwłaszcza że dotychczasowa praktyka była dla skarżących bardzo „przyjazna”.

IV. Zakończenie

Sposób orzekania Trybunału, odczytanie przez strasburskich sędziów postanowień Konwencji i rekonstrukcja wynikającego z niej standardu zmieniły się na przestrzeni 55 lat istnienia ETPCz. Ukształtowanie w latach 70. ubiegłego wieku metody weryfikacji zarzutów stawianych w skardze (przede wszystkim przy użyciu poddanej generalizacji i „europeizacji” doktryny marginesu swobody ocen) było wynikiem świadomego wyboru dokonanego przez sędziów. To orzecznictwo nie zostało odebrane z entuzjazmem przez wszystkie państwa. Wskazywanie przez nie na kolejnych sędziów osób gotowych orzekać „ostroźniej” przełożyło się „na słabszą” linię orzeczniczą Trybunału w latach 80⁷². Kolejne dwie dekady to najlepszy w historii ETPCz czas ochrony praw człowieka. Na lata 90. można patrzeć nie tylko jako czas entuzjazmu związanego z zakończeniem podziału Europy (co już samo przez się mogło powodować większą skłonność do „mocniejszych” wyroków), ale jako okres, gdy w Trybunale zasiedli sędziowie z nowych państw członkowskich, wyczuleni na zapewnienie skutecznych gwarancji dla praw człowieka⁷³. Ponadto, jak pisał jeden z autorów, strasburski Trybunał, świadom swojej popularności

⁷² Lester A., *Freedom of expression, w: The European System for the Protection of Human Rights* (red. R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold), Dordrecht 1993, s. 476.

⁷³ G. Cohen-Jonathan, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 1999, s. 371–378; P. Lambert, *Racisme et liberté d'expression dans la Convention européenne des droits de l'homme* (w:) F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (red.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Protecting Human Rights: the European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Köln 2000, s. 735–736.

i sukcesu, starał się „nie rozczarowywać skarżących”.⁷⁴ Kryzys europejskiej integracji, jaki pojawił się pod koniec pierwszej dekady obecnego stulecia, powodował natomiast co najmniej zatrzymanie dotychczasowej linii orzeczniczej, z coraz mocniej artykułowaną, zwłaszcza przez niektórych nowych sędziów, potrzebą minimalistycznego odczytywania konwencyjnych standardów. Taki stan utrwała negatywne stanowisko grupy państw do „mocnego” europejskiego orzekania przez ETPCz. Nie waham się wskazać tu na Wielką Brytanię jako państwo, którego stanowisko wpływa i najbardziej kształtuje ten trend.

Zawsze byłem zwolennikiem zdecydowanego, proeuropejskiego i kreującego standard konwencyjny orzekania przez Trybunał. Mam nadzieję, że obecny, nienajlepszy okres jest przejściowy i że – jak bywało w przeszłości – po osłabieniu linii orzeczniczej ETPCz nastąpi jej ożywienie. Być może taki impuls da akcesja Unii Europejskiej do Konwencji⁷⁵. Oczywiście Trybunał (i szerzej – Rada Europy) wymagają poważnej, a nie tylko kosmetycznej reformy. Sądzę, że do takich gruntownych zmian dojdzie. Jest coraz bardziej prawdopodobne, że dokonywać się to już będzie w gronie mniejszym niż 47 obecnych członków. Pewne państwa zostały członkami Rady Europy i Konwencji, pomimo poważnych wątpliwości dotyczących osiągnięcia przez nie warunków akcesji. Obecnie co najmniej jedno z nich – Rosja – otwarcie mówi o wyjściu ze „strasburskiej Europy”. Nie sądzą, by taka decyzja miała istotny wpływ na przyszłość Trybunału. Wręcz przeciwnie – pozwoliłoby to odciążyć tak Radę Europy, jak i ETPCz, potwierdzając wspólnotę wartości politycznych i prawnych, które stanowią strasburski fundament. Ale to zagadnienie wymagałoby już odrębnego opracowania.

⁷⁴ Lord Mackay of Clashfern, *The margin of appreciation and the need for balance* (w:) F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (red.), *Protection des droits de l'homme: le perspective europeenne, Protecting Human Rights: the European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Köln 2000, s. 838.

⁷⁵ Niniejszy tekst powstał jeszcze przed wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej opinii stwierdzającej niezgodność traktatu o akcesji do Konwencji z traktatami europejskimi (opinia z 18.12.2014 r.). To rozstrzygnięcie nie zamyka jednak Unii Europejskiej drogi do przystąpienia do Konwencji, chociaż ten proces oczywiście komplikuje. Ramy normatywne dla akcesji stworzył Protokół nr 14 i Traktat lizboński. O ile zmieniła Protokołem Konwencja mówi o tym, że Unia Europejska może przystąpić do Konwencji (art. 59 ust. 2), o tyle dokonujący zmiany traktatów europejskich Traktat lizboński posługuje się trybem afirmatywnym (art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej mówi o przystąpieniu Unii do Konwencji).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN 2014. IS IT STILL THE SAME COURT?

Key words: European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights, margin of appreciation, case law evolution, integration process

Summary

The adjudication method used by the European Court of Human Rights (the Court) evolved over decades and is still evolving. This paper is an attempt to determine the causes of this change, the tools evoked by the Court to justify its powers of control as well as to justify modifications of the case law. The key legal instrument is the doctrine of margin of appreciation remaining with the member states. This doctrine was initially established in the specific context of derogation declarations allowed to states but has been profoundly redefined in the 70s. of the last century, becoming a general legal tool existing along with the concept of subsidiarity. However, in those situations where the Court assumed the narrow scope of the powers of appreciation for the members states, referring to the emergence – variously justified – of a certain common European standard, the control exercised by the Court was deep and detailed; the states were actually left no margin of appreciation. It is suggested in the paper that the evolution of the Court's position is linked to the dynamics of the overall European process. When this process intensifies, it encourages the Court to exert strict control over the states. Currently, however, the integration of Europe is in crisis, what increases the pressure on the Court to accept broader decision-making powers of the state. This „pro-state” trend is likely to become stronger with the entry into force of Protocol No. 15, which would inscribe into the preamble of the Convention the concepts of margins of appreciation and subsidiarity. But already now some modifications are visible in the Court's case law. This recent phenomenon is illustrated by recent rulings of the Court and the views of some judges expressed in judicial opinions appended to the judgments.

Julia Kapelańska-Pręgowska

Katedra Praw Człowieka WPiA UMK w Toruniu

Prawo osób niepełnosprawnych do racjonalnych usprawnień oraz obowiązek zapewniania dostępności w przestrzeni publicznej

Słowa kluczowe: Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, racjonalne usprawnienia, dostępność środowiska fizycznego, obowiązki państwa, międzynarodowe organy ochrony praw człowieka

Wstęp

Inspiracją do podjęcia tytułowego tematu był artykuł opublikowany w codziennej prasie pt. „Halo, ja nie słyszę”. Była to historia głuchego mężczyzny, który nie mógł porozumieć się z bankiem, ponieważ procedury bankowe nie były dostosowane do obsługi niesłyszących klientów. Przykłady barier, z którymi na co dzień spotykają się w Polsce osoby niepełnosprawne, oczywiście można mnożyć. Poza najbardziej oczywistymi i widocznymi w przestrzeni publicznej ograniczeniami komunikacyjnymi i architektonicznymi¹, okazuje się na przykład, że osoba niesłysząca nie może wezwać karetki albo straży pożarnej, ponieważ system alarmowy w Polsce nie obsługuje wiadomości SMS.

Znoszenie barier w celu umożliwienia osobom niepełnosprawnym czynnego udziału w życiu publicznym i zwiększenia ich samodzielności, choć oczywiste i konieczne, stało się szczególnie aktualne wobec faktu wejścia w życie (z dniem 25 października 2012 r.), w stosunku do Polski, Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (dalej: KPON albo Konwencja)². Implementacja i prawidłowe stosowanie Konwencji będzie niewątpliwie w najbliższych latach stanowiło wyzwanie zarówno dla polskich władz, jak i podmiotów niepublicznych, dlatego zasadne wydaje się bliższe zastanowienie się

¹ Zob. M. Wysoki, *Projektowanie uniwersalne – równość praw poprzez dostępność*, w: A. Błaszczak (red.), *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich 2012, s. 31.

² Sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., Dz.U. 2012 nr 0 poz. 1169.

nad charakterem niektórych zobowiązań państwa płynących z Konwencji oraz doprecyzowanie ich zakresu³. Przedmiotem niniejszego artykułu jest zatem zagadnienie teoretyczne o istotnym znaczeniu praktycznym.

Jak sugeruje tytuł opracowania, będzie ono poświęcone dwóm kwestiom, które oceniam jako kluczowe dla realizacji zobowiązań i od których uzależnione jest korzystanie w zasadzie ze wszystkich przewidzianych w Konwencji praw. Są to mianowicie: obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień⁴ (ang. *reasonable accommodation*) oraz dostępność (ang. *accessibility*).

1. Racjonalne usprawnienia oraz dostępność jako warunki korzystania z innych praw

Już na etapie prac nad tekstem Konwencji obowiązek podejmowania racjonalnych działań (kroków), mających na celu uwzględnienie potrzeb osób niepełnosprawnych, był widziany jako fundament całego dokumentu oraz warunek wstępny – konieczny do nieograniczonego korzystania przez osoby niepełnosprawne ze wszystkich praw człowieka⁵.

W efekcie tego założenia, w ostatecznym brzmieniu Konwencji, obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień pojawia się w kilku miejscach. Już sam fakt liczby odwołań do wspomnianej koncepcji pozwala na uznanie jej wagi; niemniej, nie jest to jedyny argument. Obowiązek ten został kilkakrotnie podkreślony w tekście Konwencji w odniesieniu do poszczególnych praw, jednak nie można zapomnieć, iż zgodnie z art. 2, „racjonalne usprawnienie” ma służyć umożliwieniu korzystania osobom niepełnosprawnym ze wszystkich [podkr. JKP] praw i wolności. Postanowieniem, które dodatkowo rozciąga omawianą koncepcję na różnorodne konteksty i sfery życia jest art. 5 ust. 3 (równość i niedyskryminacja), w myśl którego, „W celu popierania równości i likwidacji dyskryminacji, Państwa Strony podejmą wszelkie odpowiednie kroki celem zapewnienia racjonalnych usprawnień”. Można zatem zastanawiać się, dlaczego w tekście Konwencji, odwołanie do obowiązku dokonywania racjonalnych usprawnień powtórzono w odniesieniu do kilku wybranych praw? Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem wydaje się być zamiar szczególnie wzmocnienia tegoż obowiązku w obszarach zidentyfikowanych

³ Ogólnie na temat stosowania Konwencji zob. J. Kapelańska-Pręgowska, *Wdrażanie, stosowanie i kontrola wykonywania Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, w: A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych*, Warszawa: Difin, 2014, s. 23–36.

⁴ Polskie tłumaczenie angielskiego zwrotu *reasonable accommodation* oraz jego francuskiego odpowiednika *aménagement raisonnable* przyjmuję za tekstem Konwencji opublikowanym w Dzienniku Ustaw. Niemniej, w mojej ocenie, bardziej odpowiednie byłoby tłumaczenie „racjonalne przystosowanie”, ewentualnie „racjonalne dostosowanie”.

⁵ R. Kayess, P. French, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Human Rights Law Review” 2008, nr 8, s. 10.

jako najbardziej problematyczne. Warto zatem prześledzić dokładnie, w kontekście jakich praw obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień został dodatkowo przypomniany.

Zgodnie z art. 14 ust. 2 (Wolność i bezpieczeństwo osobiste), „Państwa-Strony zapewnią osobom niepełnosprawnym, które zostaną pozbawione wolności w wyniku jakiegokolwiek postępowania, prawo, na zasadzie równości z innymi osobami, do gwarancji zgodnych z międzynarodowym prawem praw człowieka i traktowanie zgodne z celami i zasadami niniejszej konwencji, włączając w to zapewnienie racjonalnych usprawnień”. Upředzając wnioski wciągnięte na podstawie przeprowadzonej w dalszej części artykułu analizy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał), można stwierdzić, iż rzeczywiście sytuacje niedostosowanego do potrzeb osób niepełnosprawnych zatrzymania i pozbawienia wolności są częste i były już przedmiotem stosunkowo bogatego orzecznictwa ETPC.

„Racjonalne usprawnienie” dwukrotnie pojawia się w kontekście prawa do edukacji. Zgodnie z art. 24 ust. 2 lit. c KPON, realizując to prawo, Państwa-Strony powinny zapewnić, że wprowadzane będą racjonalne usprawnienia, zgodnie z indywidualnymi potrzebami. Ponadto, Państwa powinny zapewnić, aby osoby niepełnosprawne miały dostęp do powszechnego szkolnictwa wyższego, szkolenia zawodowego, kształcenia dorosłych i możliwości uczenia się przez całe życie, bez dyskryminacji i na zasadzie równości z innymi osobami. W tym celu Państwa mają zagwarantować racjonalne usprawnienia dla osób niepełnosprawnych (art. 24 ust. 5).

Szczególny nacisk położony na umożliwienie osobom niepełnosprawnym szerokiego dostępu do edukacji realizuje ideę tzw. *inclusive education*. Odpowiednia edukacja na dobrym poziomie jest niewątpliwie warunkiem determinującym późniejsze życie zawodowe oraz społeczne, a co za tym idzie, mającym istotny wpływ na samodzielne życie. Nie dziwi zatem fakt, iż Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych (dalej: CRPD lub Komitet) w uwagach końcowych do raportów Państw-Stron Konwencji, wielokrotnie już podkreślał konieczność dokonywania usprawnień w kontekście edukacji, o czym jeszcze będzie mowa w dalszej części artykułu.

Kolejnym, obok wykształcenia, warunkiem decydującym o możliwości samodzielnego życia i korzystania z wielu innych praw i wolności człowieka, jest zatrudnienie. W świetle postanowień art. 27 Konwencji, „Państwa Strony uznają prawo osób niepełnosprawnych do pracy, na zasadzie równości z innymi osobami; obejmuje to prawo do możliwości zarabiania na życie poprzez pracę swobodnie wybraną lub przyjętą na rynku pracy oraz w otwartym, integracyjnym i dostępnym dla osób niepełnosprawnych środowisku pracy”. Na mocy tego postanowienia, Państwa Strony zobowiązały się chronić i popierać realizację prawa do pracy, również tych osób, które staną się niepełnosprawne w okresie zatrudnienia, poprzez podjęcie odpowiednich kroków, w tym na drodze ustawodawczej, między innymi w celu zapewnienia

wprowadzania racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych w miejscu pracy. Zagadnienie to również zostanie rozwinięte w dalszej części artykułu.

Postanowieniem Konwencji, które co prawda nie odwołuje się wprost do racjonalnych dostosowań, lecz które również wymaga od organów państwowych dokonywania odpowiednich zmian i udogodnień jest art. 13. Państwa-Strony zobowiązały się w nim do zapewnienia osobom niepełnosprawnym „skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, w tym poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do ich wieku⁶, w celu ułatwienia skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio (...) we wszystkich postępowaniach prawnych (...)”. Przepis ten co prawda nie odwołuje się *expressis verbis* do „racjonalnych usprawnień”, niemniej wydaje się, że zręby koncepcji zostały w nim zachowane. Chodzić tu zatem będzie o dokonywanie takich ułatwień i usprawnień, które są potrzebne, aby dostęp do wymiaru sprawiedliwości dla osób niepełnosprawnych nie był iluzoryczny i teoretyczny, lecz skuteczny. I nie chodzi tu bynajmniej o likwidowanie barier architektonicznych, lecz bardziej „wyrafinowane” zmiany systemowe i proceduralne.

Będąca również przedmiotem niniejszego opracowania „dostępność”, została „wyniesiona” do rangi ogólnych zasad Konwencji, wymienionych w art. 3. Zatem, można uznać, iż również ta koncepcja rozciąga się na całą jej treść. Choć znów nie odwołano się w tym miejscu do „racjonalnych usprawnień”, wydaje się, że obowiązek ich dokonywania jest ściśle związany z takimi zasadami jak zasada poszanowania indywidualnej autonomii i niezależności osoby oraz zasada pełnego i skutecznego udziału i włączenia w społeczeństwo.

Zdefiniowana w art. 9 „dostępność” ma polegać na zapewnieniu osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, dostępu do środowiska fizycznego, środków transportu, informacji i komunikacji, w tym technologii i systemów informacyjno-komunikacyjnych, a także do innych urządzeń i usług, powszechnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych. Tak rozumiana dostępność odnosi się zatem do wszystkich sfer życia i ma umożliwić osobom niepełnosprawnym niezależne życie.

Reasumując, teza o szerokim zakresie (zastosowaniu) przedmiotowym obowiązku dokonywania racjonalnych usprawnień oraz dostępności znajduje swoje potwierdzenie zarówno w samym tekście Konwencji, jak również jej warstwie koncepcyjnej – a więc jako jej *ratio legis*. Wydaje się, że jest to w dużej mierze efektem zmian w definiowaniu i postrzeganiu niepełnosprawności nie jako fenomenu medycznego, lecz społecznego. W tekście Konwencji wielokrotnie zwraca się uwagę na bariery, które utrudniają lub wręcz

⁶ W wersji oryginalnej: *procedural and age-related accommodations*, stąd polskie oficjalne tłumaczenie jest niekonsekwentne.

uniemożliwiają korzystanie ze wszystkich praw człowieka, a które należy usuwać właśnie za pomocą racjonalnych usprawnień oraz zapewnianiem dostępności.

Kolejnym potwierdzeniem powyższej tezy jest przykład naruszenia praw wynikających z art. 19 Konwencji (niezależne życie i włączenie w społeczeństwo), art. 25 Konwencji (zdrowie) oraz obowiązków państwa płynącego z art. 26 (rehabilitacja), na skutek odmowy dokonania racjonalnych usprawnień w postaci odmowy zgody na budowę basenu do hydroterapii dla celów rehabilitacji osoby niepełnosprawnej, która to odmowa została uzasadniona brakiem zgodności projektu z planem zagospodarowania przestrzennego⁷.

Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych wyznaczyła jasny kierunek oraz wzmocniła koncepcje znajdujące się do tej pory w sferze zamierzeń. Niezaprzeczalnie to właśnie dzięki Konwencji, więcej mówi się na forum międzynarodowym o prawach osób niepełnosprawnych oraz dyskutuje o działaniach potrzebnych do realizacji podstawowego jej założenia – czyli pełnego włączenia osób niepełnosprawnych do życia społecznego.

Obecnie, Konwencja nie jest już jedynym dokumentem międzynarodowym, który zawiera odniesienia do racjonalnych usprawnień. Tytułem przykładu przywołać można dwie rekomendacje przyjęte w 2013 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy. W pierwszej z nich, państwa członkowskie RE zostały wezwane do przyjmowania odpowiednich środków w celu włączenia niepełnosprawnych dzieci i młodzieży w życie społeczne⁸. W rezolucji zwrócono uwagę na to, że dyskryminowanie osób niepełnosprawnych, brak dostępności i odpowiedniego wsparcia oraz perspektyw (m.in. możliwości zdobywania wykształcenia), a także racjonalnych usprawnień, często ogranicza ich szanse rozwoju i udziału w życiu społecznym. W dokumencie wspomina się o potrzebie strategicznych działań, które będą skoordynowane międzysektorowo. Zaleca się, aby rządy współpracowały z partnerami publicznymi i prywatnymi, w celu zapewnienia dostępności poprzez szerokie stosowanie zasad Uniwersalnego Projektowania do budynków, komunikacji, edukacji i szkolenia, informacji i komunikacji (włączając w to ICTs) oraz usług powszechnie oferowanych lub otwartych dla społeczeństwa. W omawianej rekomendacji, podobnie jak w KPON, dostępność występuje więc w roli narzędzia do zapewnienia osobom niepełnosprawnym równego dostępu do wszystkich dziedzin życia.

Druga ze wspomnianych rekomendacji odnosi się do zapewniania pełnego, równego i skutecznego udziału osób niepełnosprawnych w kulturze, sporcie, turystyce i wypoczynku⁹. Również ten dokument wzywa państwa do

⁷ *H.M. przeciwko Szwecji*, Opinia CRPD z 19 kwietnia 2012 r., zawiadomienie nr 3/2011.

⁸ Recommendation CM/Rec (2013)2 of the Committee of Ministers to Member States on ensuring full inclusion of children and young persons with disability into society, 16.10.2013.

⁹ Recommendation CM/Rec (2013)3 of the Committee of Ministers to member States on ensuring full, equal and effective participation of persons with disabilities in culture, sports, tourism and leisure activities, 11.12.2013.

przyjmowania odpowiednich środków w celu zapewnienia dostępności i racjonalnych usprawnień. Środki te powinny polegać m.in. na wprowadzeniu zasady, zgodnie z którą już na etapie planowania i projektowania uwzględniać wymóg dostępności, dzięki czemu można ograniczyć, a nawet wyeliminować dodatkowe koszty późniejszych adaptacji. Co więcej, w rekomendacji zaleca się, aby w ustawodawstwie krajowym uznano odmowę osobom niepełnosprawnym dostępu do aktywności sportowej, kulturalnej, turystycznej i wypoczynkowej za dyskryminację oraz zobowiązano usługodawców (zarówno publicznych, jak i prywatnych) do dokonywania racjonalnych usprawnień oraz zapewniania dostępności.

2. Odmowa racjonalnego usprawnienia jako forma dyskryminacji

Istotnym postanowieniem KPON jest uznanie odmowy racjonalnego usprawnienia środowiska do szczególnych potrzeb osób niepełnosprawnych za formę dyskryminacji *sui generis* (art. 2). Prawo krajowe powinno wyraźnie zobowiązywać podmioty publiczne i prywatne do dokonywania racjonalnych usprawnień, a odmowę ich dokonania uznawać za dyskryminację¹⁰. Należy podkreślić, że jest to postanowienie o bardzo wyraźnym skutku horyzontalnym.

Wprowadzenie do ustawodawstwa krajowego odpowiedniej normy prawnej jest niewątpliwie podstawowym warunkiem pozwalającym na skuteczną realizację zobowiązania do dokonywania racjonalnych usprawnień oraz jego egzekwowanie. Należy jednak pamiętać o tym, iż aby była ona rzeczywiście efektywna, powinna być adresowana do szerokiego kręgu pomiotów (publicznych i prywatnych) i nie ograniczać się do wybranych sfer (np. zatrudnienia czy edukacji), lecz obejmować wszystkie dziedziny życia. Do takich konkluzji prowadzi m.in. analiza uwag końcowych Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych (CRPD). W uwagach do raportu Szwecji, Komitet wyraził m.in. zaniepokojenie faktem, że nowa ustawa antidyskryminacyjna co prawda uznaje odmowę racjonalnych usprawnień za dyskryminację, jednak wyłącza spod zastosowania normy pracodawców zatrudniających poniżej 10 pracowników¹¹. Komitet zalecił, aby szwedzki ustawodawca rozszerzył przedmiotowe zobowiązania na nieobjęte nim sfery oraz zdefiniował pojęcie „racjonalnych usprawnień”¹².

¹⁰ Konieczność wprowadzenia takiej regulacji była już sygnalizowana przez CRPD – zob. Uwagi końcowe do pierwszego sprawozdania Węgier (Concluding observations on the initial periodic report of Hungary) przyjęte na 8 sesji, 17-28.09.2012, CRPD/C/HUN/CO/1, Uwagi końcowe do pierwszego sprawozdania Azerbejdżanu, 12.05.2014, CRPD/C/AZE/CO/1.

¹¹ Concluding observations on the initial report of Sweden, 12 May 2014, CRPD/C/SWE/CO/1.

¹² „The Committee urges the State party to review the proposed draft bill with a view to ensuring its full harmonization with the provisions of article 5 of the Convention, and to

Konwencja o Prawach Osób Niepełnosprawnych nie jest jednak jedynym traktatem, który łączy brak racjonalnych usprawnień z dyskryminacją, niemniej czyni to w najbardziej kompleksowy i szeroki sposób – tj. odnosząc zakaz dyskryminacji do wszystkich sfer życia. Pozostałe standardy odnoszą się do pewnych ograniczonych wycinków rzeczywistości. I tak, zgodnie z art. 15§2 Europejskiej Karty Społecznej, ustawodawstwo krajowe powinno zakazywać dyskryminacji na podstawie niepełnosprawności w kontekście zatrudnienia oraz zakazywać zwalniania z pracy na tej podstawie. Ponadto, na pracodawcy powinny ciążyć obowiązki dokonywania racjonalnych usprawnień, aby zapewnić osobom niepełnosprawnym skuteczny dostęp do zatrudnienia, a także utrzymanie zatrudnienia osób niepełnosprawnych, w szczególności tych pracowników, którzy stali się niepełnosprawni w związku z wykonywaną pracą, wskutek wypadku lub choroby zawodowej. Nad realizacją tych zobowiązań czuwa Europejski Komitet Praw Społecznych (dalej: EKPS), którego rekomendacje formułowane na podstawie sprawozdań poszczególnych państw pozwalają na wyodrębnienie pewnych uwag o charakterze bardziej ogólnym, które powinny stanowić wskazówkę dla innych ustawodawców.

Przykładowo, w 2009 r. weszła w życie norweska ustawa o niedyskryminacji i dostępności. Ustawa ta, poprzez obowiązek indywidualnego dostosowania (adaptacji), ma zapewniać ochronę przed dyskryminacją na podstawie niepełnosprawności w kontekście zatrudnienia. Należy dodać, że wspomniany obowiązek dotyczy przede wszystkim adaptacji miejsca pracy oraz zakresu obowiązków. To czy jest respektowany podlega ocenie i monitoringowi inspekcji pracy, która w przypadku niedopełnienia obowiązku jest upoważniona do wydania odpowiedniego nakazu. Z krajowego raportu przekazanego przez rząd norweski do EKPS wynika, iż w 2010 r. wydano 49 takich nakazów. Ponadto, norweskie sądy w kilku przypadkach stwierdziły już brak dokonania przez pracodawcę racjonalnych usprawnień¹³.

Obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień został przewidziany już w 2003 r. w holenderskiej ustawie o równym traktowaniu osób niepełnosprawnych i przewlekle chorych. Jej postanowienia zostały uznane przez EKPS za zgodne z 15§2 Karty¹⁴. Ustawa ta uprawnia osoby niepełnosprawne lub przewlekle chore do żądania dokonania skutecznych usprawnień (*effective alterations*), o ile nie nakładają one na podmiot zobowiązany nadmiernego ciężaru (*unreasonable burden*). Wnioskowane usprawnienia powinny być

take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided in all spheres of society, in both public and professional contexts, without any exemption, based on the principle of equal opportunities for all. It also urges the State party to adopt a legal definition of reasonable accommodation and incorporate it into all relevant statute laws so that it can be applicable in all areas of government, including judicial and administrative areas."

¹³ Zob. Uwagi końcowe EKPS do raportu Norwegii, 12/11/2012, 2012/def/NOR/.

¹⁴ Niemniej, w kolejnym raporcie Komitet poprosił o informacje na temat tego, jak obowiązek racjonalnych usprawnień jest implementowany w praktyce i czy doprowadził do wzrostu zatrudnienia osób niepełnosprawnych na otwartym rynku pracy.

proporcjonalne, a przy ocenie ich racjonalności bierze się pod uwagę kilka czynników, takich jak wielkość pomiotu lub instytucji, dostępność wsparcia finansowego, koszt usprawnień, ich techniczną wykonalność oraz finansowe możliwości podmiotu zobowiązanego. Poza omawianą ustawą, dodatkowe wsparcie zatrudnienia osób niepełnosprawnych przewiduje *Work and Income Act*. Wsparcie to może polegać np. na zapewnieniu transportu, tłumacza języka migowego lub przyznaniu wsparcia pieniężnego¹⁵.

Również duńska ustawa nr 1349/2008 przewiduje obowiązek pracodawcy polegający na racjonalnych usprawnieniach, chyba że stanowiłyby one dla niego nieproporcjonalny ciężar, oraz pod warunkiem, że niepełnosprawny kandydat do pracy posiada kwalifikacje do wykonywania danej pracy, jeżeli usprawnienia zostaną dokonane. Pojęcie racjonalnych usprawnień zostało doprecyzowane przez orzecznictwo. Ponadto, w rozporządzeniu do ustawy przewidziano różnorodne środki, dzięki którym ma zostać zapewniona dostępność do przynajmniej najważniejszych budynków użyteczności publicznej. Dodatkowo, indywidualne usprawnienia oraz wsparcie finansowane przez państwo przewiduje *Act on Compensation for Persons with Disabilities in the Labour Market* (Consolidated Act No. 727 of 7 July 2009)¹⁶.

Analiza sprawozdań do międzynarodowych organów ochrony praw człowieka prowadzi do wniosku, że zdecydowana większość państw europejskich wprowadziła do swoich systemów prawnych zakaz dyskryminacji i obowiązek racjonalnych usprawnień w kontekście zatrudnienia, czasem również edukacji. Regulacje odnoszące się do innych dziedzin życia należą natomiast do rzadkości. Przykładem ustawodawstwa tego typu jest przyjęta w maju 2007 r. belgijska federalna ustawa antydyskryminacyjna, która swoim zakresem obejmuje zarówno bezpośrednią, jak i pośrednią dyskryminację (m.in. na postawie niepełnosprawności i stanu zdrowia) w dostępie do zatrudnienia, opieki zdrowotnej, życia publicznego oraz usług i dóbr.

W odniesieniu do wszystkich wymienionych sfer, ustawa przewiduje obowiązek racjonalnych usprawnień¹⁷. Antydyskryminacyjne ustawodawstwo zostało również uchwalone w poszczególnych regionach kraju. Również ono ma szeroki zakres zastosowania do takich sfer jak: mieszkalnictwo, energia, kultura, sport, etc. i przewiduje obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień oraz dostępność.

¹⁵ Zob. Uwagi końcowe EKPS do raportu Holandii, 12/11/2012, 2012/def/NLD/.

¹⁶ Uwagi końcowe EKPS do raportu Danii, 12/07/2012, XX-1/def/DNK/.

¹⁷ Uwagi końcowe EKPS do raportu Belgii, 12/10/2012, 2012/def/BEL/.

4. Pojęcie „racjonalnych usprawnień”

Przed przyjęciem KPON, obowiązek racjonalnego usprawnienia (rozumiany szerzej niż tzw. uniwersalne projektowanie) był nieznanym większości ustawodawstw państw europejskich¹⁸, dlatego jego prawidłowa realizacja może okazać się problematyczna. Można przewidywać, że interpretacje „racjonalności” usprawnienia będą bardzo zróżnicowane. Należy niemniej zauważyć, że pewna otwartość semantyczna analizowanego pojęcia i jego subiektywizacja (w pewnych granicach) jest wręcz konieczna, ze względu na bardzo szeroki zakres praw i sytuacji, do których się odnosi.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 Konwencji – „Racjonalne usprawnienie” oznacza konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nie nakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku, w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami.

Obowiązek ten nie może być oczywiście interpretowany jako oznaczający konieczność „jak najlepszego”, czy „idealnego” dostosowania. Wymaga się dostosowania racjonalnego – tzn. koniecznego i odpowiedniego, czyli takiego które nie nakłada nieproporcjonalnego ciężaru. Wydaje się zatem, że ocena „racjonalności” usprawnienia powinna być dwuetapowa.

Po pierwsze, należy rozważyć jakie zmiany i dostosowania są „konieczne i odpowiednie”. Jak należy interpretować to kryterium? Należy moim zdaniem rozpocząć założenia, że środki (zmiany i dostosowania) powinny być dostosowane do indywidualnych potrzeb (danej osoby w określonej sytuacji) tak, aby były efektywne i rzeczywiście pozwalały na wykonywanie praw na zasadzie równości z innymi osobami. Środki, które nie będą „konieczne i odpowiednie”, nie będą „racjonalne”.

Po drugie, usprawnienia nie mają nakładać nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia. Również w tym przypadku niewłaściwe wydaje się zastosowanie abstrakcyjnych szablonów i standardowych kryteriów, ponieważ tego samego rodzaju usprawnienie dla jednego podmiotu będzie bardzo obciążające, dla innego natomiast nie. Co należy zatem uwzględnić w ocenie proporcjonalności? Pewną wskazówką w odniesieniu do pracodawców może być dyrektywa Rady 2000/78/WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, której motyw 21 przewiduje, że należy uwzględnić w szczególności związane z wprowadzeniem

¹⁸ Koncepcja ta natomiast była już wcześniej znana prawu amerykańskiemu. Obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień pojawił się już w 1972 r. w kontekście zatrudnienia i miał na celu przeciwdziałanie dyskryminacji religijnej (Equal Employment Opportunity Act). Następnie, koncepcja została uwzględniona w Americans with Disabilities Act z 1990 r. Zob. L. de Campos Velho Martel, *Reasonable accommodation: the new concept from an inclusive constitutional perspective*, „SUR” 2011, Vol 8, No 14, s. 88–89.

danego środka koszty finansowe i inne, rozmiar przedsiębiorstwa i środki finansowe którymi ono dysponuje, a także możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy¹⁹.

Z zaprezentowanym wyżej podejściem europejskim kontrastuje dość powściągliwa interpretacja obowiązku racjonalnych usprawnień dokonywana na przestrzeni kilkunastu lat przez sądy amerykańskie. Na przykład, Sąd Najwyższy USA w wyroku *U.S. Airways v. Barnett* (2002) uznał, że słowo „racjonalne” należy rozumieć jako osłabienie rzeczownika usprawnienie. Ponadto, sąd nie uwzględnił wielkości przedsiębiorstwa przy ocenie tego czy konkretne usprawnienia nakładałyby na przedsiębiorcę nieproporcjonalne obciążenie²⁰.

5. Przykłady racjonalnych usprawnień w kontekście zatrudnienia

W odniesieniu do prawa do pracy, wśród szczegółowych sposobów realizacji obowiązku dokonywania racjonalnych usprawnień, Wysoki Komisarz ONZ ds. Praw Człowieka wymienia w Raporcie dla Rady Praw Człowieka z 2012 r.: przystosowywanie i modyfikację urządzeń i sprzętu, dostosowanie zakresu obowiązków, dostosowanie czasu pracy i organizacji pracy oraz adaptację otoczenia miejsca pracy w celu umożliwienia fizycznego dostępu do niego²¹. Niestety, jak wynika z przedłożonych Komisarzowi informacji, w wielu państwach zmiany w ustawodawstwie oraz działaniach rządów są bardzo powolne²².

Nad pytaniem, czy redukcja czasu pracy może być uznana za „racjonalne usprawnienie”, zastanawiał się również Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: TS UE). Kwestia ta została przesądzona w wydanym 11 kwietnia 2013 r. orzeczeniu wstępnym w sprawie wniesionej przez „HK Danmark” – duński związek zawodowy – w imieniu Pani Ring i Pani Skouboe Werge, które zostały zwolnione ze skróconym okresem wypowiedzenia²³. HK Danmark twierdził, że pracodawca był zobowiązany zaoferować kobietom redukcję czasu pracy ze względu na ich niepełnosprawność. Ponadto związek zauważył, że przepisy o rozwiązaniu stosunku pracy w krótszym terminie niż miesiąc, nie mogą mieć zastosowania wobec osób niepełnosprawnych. Duński sąd rozpatrujący powództwo poprosił TS UE o zdefiniowanie pojęcia niepełnosprawności oraz zadał pytanie, czy redukcja czasu pracy może być uznana za „racjonalne usprawnienie (dostosowanie)”.

¹⁹ Dziennik Urzędowy L 303, 02/12/2000, s. 0016 – 0022.

²⁰ Zob. L. de Campos Velho Martel, op. cit., s. 94.

²¹ Report of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Thematic study on the work and employment of persons with disabilities, 17.12.2012. A/HRC/22/23, s. 9.

²² *Ibidem*.

²³ *Ring i Skouboe Werge*, sprawy połączone C-335/11 i C-337/11 [2013].

TS UE podkreślił, że dyrektywę Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (dalej: dyrektywa 2000/78) należy interpretować w sposób zgodny z KPON. Po pierwsze, pojęcie niepełnosprawności powinno być zgodne z art. 1 Konwencji, który opiera się na społecznym modelu niepełnosprawności. odpowiedzi na drugie pytanie stwierdził, że ograniczenie czasu pracy może stanowić „racjonalne usprawnienie (dostosowanie)” w rozumieniu dyrektywy 2000/78 i KPON. Pracodawca jest bowiem zobowiązany do stosowania właściwych środków w celu umożliwienia osobie niepełnosprawnej dostępu, efektywnego uczestnictwa oraz udogodnień w pracy.

Wspomniane środki mogą polegać na zmianach organizacyjnych, takich jak redukcja czasu pracy. Co więcej, jeżeli pracodawca może skorzystać ze wsparcia z budżetu państwa w związku z zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej, nie ma prawa odmówić dokonania „racjonalnego usprawnienia (dostosowania)”.

Kolejnych przykładów usprawnień dostarcza system Europejskiej Karty Społecznej. Obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień nie został w Karcie ujęty *expressis verbis*, niemniej pojawia się w praktyce „orzeczniczej” EKPS w kontekście jej art. 15. W Karcie z 1966 r. przepis ten jest ograniczony przedmiotowo i obejmuje prawo osób niepełnosprawnych fizycznie i umysłowo do szkolenia zawodowego oraz readaptacji zawodowej i społecznej. W zrewidowanej Karcie natomiast zawiera znacznie pojemniejsze treściowo prawo osób niepełnosprawnych do samodzielności, integracji społecznej i do udziału w życiu wspólnoty.

6. Przykłady usprawnień w warunkach detencji

Zdecydowanie najwięcej przykładów i standardów w odniesieniu do warunków odbywania kary pozbawienia wolności przez osoby niepełnosprawne oraz warunków w innych miejscach detencji dostarcza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Duży odsetek rozpatrywanych przez Trybunał spraw stanowią skargi osób niepełnosprawnych oraz przewlekle chorych. Zanim przejdę do omówienia kilku najbardziej charakterystycznych spraw ilustrujących problem oceny racjonalności usprawnienia w warunkach detencji, chciałabym zasygnalizować kilka kwestii o charakterze ogólnym.

Nie ma wątpliwości co do tego, że art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC) nakłada na państwa pozytywne obowiązki polegające na zapewnieniu, aby osoba pozbawiona wolności przebywała w warunkach nie urągających godności ludzkiej. Nie należy niemniej oczekiwać, że warunki te będą identyczne czy podobne do tych z których korzystała dana osoba, gdy znajdowała się na wolności. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem

(...) *there is an unavoidable level of suffering inherent in detention*²⁴. Ocena, czy warunki detencji przekroczyły dopuszczalny poziom niewygody i cierpienia ma kluczowe znaczenie, bowiem od niej zależy dopuszczalność skargi. Nieprzekroczenie minimalnego progu oznaczać będzie brak ingerencji, a więc bezzasadność skargi. Należy oczywiście dodać, że ów dopuszczalny poziom niewygody i cierpienia będzie uzależniony od cech osoby pozbawionej wolności, w szczególności jej stanu zdrowia. Trybunał podkreśla, że jeśli władze decydują się umieszczenie osoby niepełnosprawnej w miejscu detencji, powinny wykazać się *special care in guaranteeing such conditions as correspond to the special needs resulting from a disability*²⁵.

Liczba skarg do ETPC dowodzi, że wiele państw nie radzi sobie z realizacją podstawowych obowiązków pozytywnych, które obejmują dostosowanie tzw. środowiska fizycznego (przede wszystkim toalet i miejsca do spania, które stanowią *minimal necessities for a civilised life*²⁶) ale także np. zapewnienie tłumacza języka migowego. Warto dodać, że podejmowane przez państwo działania dostosowawcze mogą być bardzo różnorodne. Często wcale nie wymagają dodatkowych kosztów, a jedynie odrobiny dobrej woli i indywidualnego podejścia w postaci choćby zapewnienia osobie sparaliżowanej od pasa w dół w wyniku uszkodzenia kręgosłupa łóżka (zamiast twardego stołu) do spania (*Asalya przeciwko Turcji*). Mogą również polegać na przykład na zagwarantowaniu osobom niepełnosprawnym intelektualnie specjalnych mechanizmów proceduralnych tak, aby mogły one skorzystać (za pośrednictwem występującej w ich imieniu osoby) z gwarancji przewidzianych w art. 5 § 4 Konwencji (gwarancja *habeas corpus*)²⁷.

Dostęp do toalety, z której osoba niepełnosprawna może skorzystać bez konieczności pomocy osoby trzeciej (najczęściej funkcjonariusza), został przez Trybunał uznany za podstawowy i konieczny sposób dostosowania miejsca detencji do potrzeb osoby niepełnosprawnej (*Price przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²⁸; *Asalya przeciwko Turcji*²⁹). Taka niedogodność uznana została

²⁴ Zob. wyrok z 15 kwietnia 2014 r. w sprawie *Asalya przeciwko Turcji*, skarga nr 43875/09, par. 48. oraz cytowane tam orzecznictwo.

²⁵ *Ibidem*, par. 50 i cytowane tam orzecznictwo.

²⁶ *Ibidem*, par. 53.

²⁷ Zob. wyrok z 22 października 2013 r. w sprawie *M.H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 11577/06.

²⁸ Wyrok z 10 lipca 2001 r., skarga nr 33394/96. Przez dwa dni pobytu w areszcie za zniewagę sądu w trakcie postępowania cywilnego, skarżąca (bez kończyn dolnych i górnych na skutek przyjmowania talidomidu przez jej matkę w czasie ciąży) mogła skorzystać z toalety tylko w asyście funkcjonariuszy płci męskiej.

²⁹ Wyrok z 15 kwietnia 2014 r., skarga nr 43875/09, par. 51. Skarżącym w sprawie był niepełnosprawny na skutek ataku rakietowego Palestyńczyk (sparaliżowany od pasa w dół i poruszający się na wózku inwalidzkim). W 2008 r. dzięki organizacji humanitarnej został przewieziony do Stambułu, gdzie miał otrzymać lepszą opiekę medyczną. Po upływie niepełna półtora roku skarżący został zatrzymany pod zarzutem wspierania międzynarodowego terroryzmu i umieszczony ośrodku dla cudzoziemców, gdzie oczekiwał na wydalenie z Turcji. W skardze do ETPC podniósł m.in. naruszenie przez Turcję art. 3 Konwencji w wyniku przebywania w ośrodku niedostosowanym dla osób niepełnosprawnych (brak wind oraz dostosowanych toalet).

za przekraczającą minimalny poziom dolegliwości wymagany przez art. 3 Konwencji nawet jeśli dotyczy stosunkowo krótkiego okresu – tj. kilku dni.

Kolejnym istotnym warunkiem decydującym o tym, czy pozbawienie wolności osoby niepełnosprawnej nie narusza jej godności i nie jest poniżające lub niehumanitarne, jest możliwość samodzielnego poruszania się po miejscu detencji. Decydując o umieszczeniu osoby niepełnosprawnej w miejscu detencji, władze powinny mieć świadomość warunków panujących np. w poszczególnych więzieniach. Sytuacja, gdy poruszający się wyłącznie na wózku inwalidzkim osadzony, nie może nawet samodzielnie opuścić swojej celi, została uznana za naruszenie art. 3 Konwencji³⁰.

W wyroku *Z.H. przeciwko Węgrom*³¹, Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 (zakaz tortur) oraz art. 5 § 2 (wolność i bezpieczeństwo osobiste) Konwencji w wyniku trzymiesięcznego aresztowania głuchoniemego i upośledzonego umysłowo skarżącego, w warunkach, które nie były dostosowane do jego szczególnych potrzeb. Na marginesie warto odnotować, że w orzeczeniu przywołano kilka postanowień KPON: art. 2 (definicję „racjonalnego usprawnienia/dostosowania”, ang. *reasonable accomodation*), art. 13 (dostęp do wymiaru sprawiedliwości) oraz art. 14 (wolność i bezpieczeństwo osobiste). W prezentowanym wyroku znalazł się również *passus*, który wskazuje na coraz szerzej rozumiane obowiązki pozytywne państw w odniesieniu do osób niepełnosprawnych: „Państwa mają obowiązek przyjmowania odpowiednich środków, które zapewnią skuteczną ochronę osobom szczególnie jej potrzebującym oraz podejmowania racjonalnych kroków w reakcji na niewłaściwe traktowanie, o którym władze wiedziały, albo powinny wiedzieć”³². Ponadto, środki powinny być podejmowane w rozsądnym czasie³³. Trybunał uznał za „godne ubolewania, iż władze krajowe nie przedsięwzięły żadnych prawdziwie ‘racjonalnych kroków’ – które to pojęcie należy uznać za pokrewne koncepcji ‘racjonalnego dostosowania’ z art. 2, 13 i 14 KPON – aby uwzględnić stan skarżącego, chociażby poprzez zapewnienie mu pomocy prawnika albo innej odpowiedniej osoby”. Trybunał nie miał również wątpliwości, że przesłuchujący skarżącego policjanci musieli mieć świadomość tego, że nie są w stanie komunikować się z nim, i że powinni poprosić o pomoc w pierwszej kolejności matkę skarżącego³⁴.

Problem braku komunikacji z zatrzymanym był również przedmiotem wyroku w sprawie *Jasinskis przeciwko Łotwie*³⁵. W ocenie Trybunału Łotwa naruszyła art. 2 Konwencji (prawo do życia), ponieważ nie zapewniono opie-

³⁰ Wyrok z 24 października 2006 r. w sprawie *Vincent przeciwko Francji*, skarga nr 6253/03.

³¹ Wyrok z 8 października 2012 r., skarga nr 28973/11.

³² *Ibidem*, par. 18.

³³ *Ibidem*, par. 22.

³⁴ *Ibidem*, par. 43.

³⁵ Wyrok z 21 grudnia 2010 r., skarga nr 45744/08.

ki medycznej głuchoniememu skarżącemu, który na skutek urazu czaszki i mózgu zmarł po ponad 14 godzinach spędzonych w areszcie policyjnym³⁶. Podobnie jak w sprawie *Z.H. przeciwko Węgrom*, policjanci nie rozumieli języka migowego, a w dodatku skarżącemu odebrano notatnik i długopis za pomocą których mógł się również komunikować.

Zaprezentowane przykłady z orzecznictwa Trybunału Strasburskiego pozwalają na postawienie tezy, iż brak racjonalnych usprawnień może nie tylko być uznane za dyskryminację, lecz również (w pewnych okolicznościach) może wchodzić w zakres przedmiotowy art. 3 EKPC. Stanowią również interesujący przykład przenikania się systemów ochrony praw człowieka oraz rozwijania systemu Konwencji Europejskiej w oparciu o postanowienia KPON.

7. Racjonalne usprawnienia w dostępie do wymiaru sprawiedliwości

Kwesta dostępu osób niepełnosprawnych do wymiaru sprawiedliwości nie powinna być utożsamiana wyłącznie z fizycznym dostępem do budynków będących siedzibą organów wymiaru sprawiedliwości³⁷. Przeszkody faktyczne, obok przeszkód prawnych, mogą stanowić ingerencję w prawo do sądu, jednak problem ten łączy się przede wszystkim z brakiem elastyczności procedur oraz brakiem ułatwień proceduralnych, które byłyby dostosowane od rodzaju niepełnosprawności³⁸.

Europejski Trybunał Praw Człowieka generalnie przyznaje krajowym organom pewien margines swobody oceny, co do tego, jakiego rodzaju mechanizmy proceduralne należy wykorzystać, aby zagwarantować osobie niepełnosprawnej „*good administration of justice and to protect health of the person concerned*”³⁹. Przegląd orzecznictwa strasburskiego dowodzi, że najwięcej problemów organom krajowym sprawiają postępowania z udziałem osób

³⁶ Skarżący doznał urazów przed aresztowaniem w wyniku upadku. Zawiadomieni policjanci uznali, że skarżący zachowywał się jak gdyby był pod wpływem alkoholu i umieścili go w izbie wytrzeźwień.

³⁷ Problem ten był przedmiotem skargi w sprawie *Farcas przeciwko Rumunii* (dec. z 14 listopada 2010 r., skarga nr). Utrudnienia w fizycznym dostępie do budynków sądu uznane zostały przez Trybunał za wchodzące w zakres art. 6 EKPC, jednak w sytuacji skarżącego nie doszukano się naruszenia Konwencji (skarga została uznana za oczywiście bezzasadną). W ocenie Trybunału, prawo do sądu nie było ograniczone na skutek niemożliwych do pokonania przeszkód. Skarżący mógł bowiem wnieść odpowiednie środki prawne przed sądem i organami administracyjnymi za pośrednictwem poczty albo przy pomocy osoby trzeciej. Lokalna poczta była dostępna dla skarżącego, natomiast kontakt z izbą adwokacką był możliwy przy pomocy poczty lub faksu.

³⁸ Zob. przywoływany w początkowej części opracowania art. 13 KPON.

³⁹ Zob. wyroki w sprawach *Shtukaturov przeciwko Rosji* (z 27 marca 2008 r., skarga nr 44009/05, par. 68) oraz *R.P. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (z 9 października 2012 r., skarga nr 38245/08, par. 65).

niepełnosprawnych intelektualnie. Jako ilustracja problemu może posłużyć sprawa *R.P i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, która dotyczyła władzy rodzicielskiej i prawa do kontaktów matki z zaburzeniami poznawczymi i uczenia się, z jej jedynym dzieckiem. Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że rodzaj niepełnosprawności kobiety w zasadzie uniemożliwiał jej zrozumienie treści i prawnych konsekwencji licznych i napisanych skomplikowanych językiem opinii ekspertów. Odwołując się wprost do postanowień KPON⁴⁰, Trybunał stwierdził, że podjęcie przez sądy brytyjskie działań mających na celu ochronę interesów skarżącej (w postaci przyznania jej Official Solicitor występującego jako jej *guardian ad litem*), było nie tylko stosowne, ale konieczne⁴¹.

8. Charakter i sposoby realizacji zobowiązań dotyczących racjonalnych usprawnień oraz dostępności

Poczynione wcześniej uwagi pozwalają na stwierdzenie, że obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień to wymóg indywidualny, jednak w praktyce państw często mylony z obowiązkiem zapewnienia dostępności (*accessibility*), który ma charakter ogólny⁴². Bez wątpienia, dokonanie racjonalnego usprawnienia jest zobowiązaniem rezultatu (nie zobowiązaniem starannego działania i stopniowego urzeczywistniania) i ma charakter indywidualny. W sytuacji, gdy usprawnienie zostanie ocenione jako racjonalne, odmowa jego zrealizowania oznaczała będzie dyskryminację.

Prawo do racjonalnych usprawnień, co zostało już wspomniane na wstępie, ma zastosowanie do wszystkich sfer i dziedzin życia. Jest zatem warunkiem wstępnym korzystania przez osoby niepełnosprawne z innych praw i wolności, także praw społecznych, gospodarczych i kulturalnych – czyli praw tzw. II generacji. Prawo do racjonalnych usprawnień w sposób znaczący zmienia więc charakter zobowiązań państw – polegający na ich stopniowym urzeczywistnianiu – tradycyjnie odnoszony do tych praw. Jako przykład posłużyć może prawo do edukacji, którego realizacja generalnie uzależniona jest od możliwości (finansowych i organizacyjnych) państwa. W odniesieniu do osób niepełnosprawnych jednak prawo to nabiera nowej postaci tzw. edukacji integracyjnej (*inclusive education*), polegającej na umożliwieniu edukacji osobom niepełnosprawnym nie w specjalnych lecz zwykłych placówkach, co wymaga wprowadzenia różnorodnych usprawnień

⁴⁰ Która w art. 13 przewiduje obowiązek wprowadzenia przez państwa dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do wieku osób niepełnosprawnych, w celu ułatwienia skutecznego udziału (bezpośredniego lub pośredniego) w postępowaniach.

⁴¹ Zob. wyrok w sprawie *R.P. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, op. cit., par. 67.

⁴² Report of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Thematic study on the work and employment of persons with disabilities, 17.12.2012. A/HRC/22/23, s. 9.

(np. w postaci szkoleń i zatrudnienia wykwalifikowanego nauczyciela, adaptacji tzw. środowiska fizycznego, specjalistycznego wsparcia technicznego w klasach oraz dostępu do dostosowanych materiałów edukacyjnych)⁴³. O ile takie dostosowanie nie będzie „nieracjonalne”, powinno być dokonane niezwłocznie.

Problematiczne natomiast jest ustalenie charakteru ogólnego obowiązku zapewnienia dostępności (art. 9 KPON), który również warunkuje korzystanie z szerokiego spektrum praw zawartych w Konwencji – tj. praw zarówno tzw. I generacji, jak również II generacji. W przeciwieństwie do „racjonalnych usprawnień”, dostępność nie stanowi *novum*. Koncepcja ta pojawiła się, co prawda nie samodzielnie, w art. 15 ust. 3 Zrewidowanej EKS⁴⁴.

Z Uwag ogólnych nr 2 Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych⁴⁵, można wywnioskować, że jest to zobowiązanie starannego działania – tzn. może być realizowane stopniowo (obowiązek podejmowania kroków w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw przy wykorzystaniu maksymalnych dostępnych państwu środków⁴⁶). Przykładowo, brak całkowitej likwidacji barier architektonicznych czy przystosowania środków publicznego transportu do przewozu osób niepełnosprawnych nie będzie oznaczało, że państwo nie realizuje postanowień Konwencji. Niemniej, nie może pozostawać mało aktywne w podejmowaniu stosownych kroków, a tym bardziej, nie może być zupełnie bierne⁴⁷.

To, jakiego rodzaju kroki należy podejmować, należy do decyzji władz krajowych (które powinny przy tym, w świetle postanowień KPON, angażować osoby niepełnosprawne). Choć Konwencja milczy na ten temat, pewnych

⁴³ Przegląd Uwag końcowych do pierwszych sprawozdań składanych przez państwa dowodzi, że zdecydowana większość krajów (nawet rozwiniętych) ma poważne problemy z zapewnieniem edukacji integracyjnej. Zob. Uwagi końcowe do pierwszego sprawozdania Węgier (17-28.09.2012, CRPD/C/HUN/CO/1, pkt 4-5), Hiszpanii (SPAIN CRPD/C/ESP/CO/1, pkt 44), Azerbejdżanu (12.05.2014, CRPD/C/AZE/CO/1, pkt 41) oraz Australii (21.10.2013, CRPD/C/AUS/CO/1, pkt 45-46).

⁴⁴ Przepis ten wymaga od państw popierania pełnej integracji i pełnego udziału osób niepełnosprawnych w życiu wspólnoty, szczególnie za pomocą środków – w tym w drodze pomocy technicznej – mających na celu pokonywanie przeszkód w porozumiewaniu się i przemieszczaniu się oraz przez umożliwienie im korzystania ze środków transportu, mieszkań, działalności kulturalnej i rozrywek.

⁴⁵ General Comment nr 2 z kwietnia 2014 r. dotyczące art. 9 KPON, CRPD/C/GC/2.

⁴⁶ Art. 4 ust. 2 KPON, gdzie jest mowa o charakterze zobowiązań płynących z praw gospodarczych, społecznych, i kulturalnych.

⁴⁷ Na przykład Komitet zalecił Azerbejdżanowi, aby *”State party develop a comprehensive accessibility plan in accordance with article 9 of the Convention, which sets benchmarks for the removal of existing barriers, and promote universal design for all buildings. In this regard, the Committee recommends that the State party allocate sufficient resources for the monitoring of the implementation of accessibility standards throughout the State party, including establishing enforceable and deterrent sanctions for non-compliance. The State party should also step up its efforts aimed at adapting information into accessible formats and the use of modern, accessible information communication technology systems* (Uwagi końcowe, pkt 23).

wskazówek poszukiwać można w zaleceniach CRPD. Na przykład, w uwagach końcowych do raportu Szwecji, nacisk położono na zobowiązania i działanie na szczeblu lokalnym i regionalnym⁴⁸. Władze lokalne powinny zadbać o to, aby plany zagospodarowania przestrzennego realizowały zasadę dostępności (art. 9 Konwencji). Należy również wyposażyć je w odpowiednie fundusze oraz wsparcie w celu monitorowania, ewaluacji i zapewnienia pełnej dostępności do budynków. Ponadto, w planach municypalnych (budowlanych) – jeśli to właściwe – należy uwzględnić potrzeby osób niepełnosprawnych w zakresie racjonalnego dostosowania. Warto pokreślić, że Komitet zalecił również, aby wymogi dostępności były systematycznie włączane we wszystkie zamówienia publiczne.

Ilustracją problemu charakteru zobowiązań dotyczących dostępności jest rozpatrywane przez CRPD zawiadomienie przeciwko Węgrom, którego autorzy twierdzili, że państwo nie wywiązało się z obowiązków płynących z art. 9 (dostępność) oraz art. 5 ust. 2 i 3 (równość i niedyskryminacja)⁴⁹. Zawiadomienie dotyczyło ograniczeń w korzystaniu z usług bankowych przez osoby dotknięte poważną wadą wzroku. Autorzy zawiadomienia (Szilvia Nyusti i Peter Takacs) nie byli w stanie korzystać z bankomatów, ponieważ były one niedostosowane do osób niewidzących i słabo widzących. Zawiadamiający, którzy zawarli z bankiem umowy na ogólnych zasadach i płacili za usługi bankowe taką samą opłatę co osoby mogące korzystać ze wszystkich usług, poprosili bank o dostosowanie bankomatów znajdujących się w pobliżu ich miejsc zamieszkania). Ponieważ spotkali się z odmową, wnieśli powództwo cywilne, dotyczące tym razem nie braku indywidualnego dostosowania, lecz braku dostępności ogólnej sieci bankomatów dla osób niewidzących. W związku z tym, zawiadomienie nie było rozpatrywane pod kątem dyskryminacji z powodu braku „racjonalnych usprawnień”, lecz niewywiązania się przez państwo z ogólnego obowiązku dostępności (art. 9 Konwencji). Rząd węgierski argumentował, że w świetle obowiązującego prawa krajowego, obowiązek zapewnienia dostępu do informacji i komunikacji oraz innych usług osobom niewidzącym na równi z innymi osobami, nie obejmuje przedsiębiorstw prywatnych. Komitet słusznie zauważył, że art. 4 par. 1 lit. e) Konwencji (obowiązki ogólne), państwa są zobowiązane do podejmowania wszelkich odpowiednich działań w celu wyeliminowania dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność przez jakąkolwiek osobę, organizację lub prywatne przedsiębiorstwo. Ponadto, art. 9 Konwencji stanowi, że państwa podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia, że instytucje prywatne, które oferują urządzenia i usługi ogólnie dostępne lub powszechnie zapewniane, będą brały pod uwagę wszystkie aspekty ich dostępności dla osób niepełnosprawnych. Jest rzeczą oczywistą, że działania państwa powinny obejmować

⁴⁸ Concluding observations on the initial report of Sweden, 12 May 2014, CRPD/C/SWE/CO/1, pkt 26.

⁴⁹ Zawiadomienie nr 1/2010, Opinia przyjęta 16 kwietnia 2013 r., CRPD/C/9/1/2010.

również podmioty prywatne. Kluczowym problemem jest zatem ustalenie jakiego rodzaju środki mogą zostać uznane za „odpowiednie” do osiągnięcia zamierzonego celu. Z przedłożonych Komitetowi informacji wynikało, że węgierskie władze podjęły następujące działania: zasugerowano kierownictwu banku, aby potraktowało priorytetowo kwestię przystosowania nowych bankomatów do potrzeb osób niewidzących. W odpowiedzi Bank zadeklarował, że dobrowolnie przystosuje sieć swoich bankomatów w przeciągu czterech lat. Ponadto, węgierskie władze poprosiły Prezesa *Hungarian Financial Supervisory Authority* (odpowiednika polskiego NIK), aby ten zidentyfikował możliwe narzędzia regulacyjne oraz inne mechanizmy mogące zostać zastosowane do wszystkich instytucji finansowych, w celu zapewnienia dostępu do oferowanych przez nie usług osobom niepełnosprawnym. Żaden w wyżej wymienionych środków nie został przez Komitet uznany za „odpowiedni”, ponieważ żaden z nich nie zapewnił dostępu do bankomatów autorom zawiadomienia ani innym osobom będącym w podobnej sytuacji. W efekcie, Komitet stwierdził, że Węgry nie uczyniły zadość swoim zobowiązaniom płynącym z art. 9 ust. 2 lit. b Konwencji. Wśród szeregu rekomendacji Komitetu skierowanych do państwa znalazły się zarówno te o charakterze indywidualnym oraz generalnym. Komitet zalecił przyjęcie odpowiednich ram prawnych zawierających minimalne standardy dostępności usług bankowych świadczonych przez prywatne podmioty oraz określone czasowo i skonkretyzowane cele związane z monitorowaniem, oceną i stopniowym przystosowywaniem niedostępnych obecnie usług bankowych. Ponadto, państwo powinno zapewnić, aby wszystkie (nie tylko należące do jednego banku) nowe bankomaty oraz inne usługi bankowe były w pełni dostępne dla osób niepełnosprawnych⁵⁰.

Znacznie bardziej powściągliwy w rozciąganiu zobowiązań pozytywnych państw w odniesieniu do dostępności miejsc publicznych oraz mobilności osób niepełnosprawnych jest Europejski Trybunał Praw Człowieka. Trybunał co prawda uznaje, że art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) ma zastosowanie do skarg związanych z przeznaczaniem środków publicznych na ułatwianie mobilności i poprawę jakości życia osób niepełnosprawnych, jednak do tej pory skargi na tej podstawie były uznawane za niedopuszczalne⁵¹. Warto w tym miejscu zwrócić szczególną uwagę na sprawy *Botta przeciwko Włochom* oraz *Zehnalova i Zehnal przeciwko Republice Czeskiej*, które ilustrują podejście Trybunału co do możliwości zastosowania w tych przypadkach art. 8 Konwencji oraz granic między prawami chronionymi w EKPC a prawami społecznymi zawartymi w Europejskiej

⁵⁰ Zalecenie to należy wiązać z wielokrotnie pojawiającą się w KPON koncepcją tzw. uniwersalnego projektowania. Zob. również General Comment nr 2, op. cit., pkt 24.

⁵¹ Zob. np. decyzje w sprawach: *Farcas przeciwko Rumunii*, op. cit.; *Botta przeciwko Włochom* (24.02.1998, skarga nr 21439/93); *Zehnalova i Zehnal przeciwko Republice Czeskiej* (14.05.2002, skarga nr 38621/97); *Maggiolini przeciwko Włochom* (13.01.2000, skarga nr 35800/97).

Karcie Społecznej. W ocenie Trybunału: (...) *Article 8 of the Convention cannot be taken to be generally applicable each time the first applicant's everyday life is disrupted; it applies only in exceptional cases where her lack of access to public buildings and buildings open to the public affects her life in such a way as to interfere with her right to personal development and her right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. In such circumstances, the State might have a positive obligation to ensure access to the buildings in question*⁵². Zatem, skarżący muszą precyzyjnie wykazać konkretne przeszkody i bariery istotnie utrudniające korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Jeżeli zarzuty skargi będą zbyt ogólne i nie poparte przekonującymi dowodami, będzie ona uznana za oczywiście bezzasadną. Ponadto, należy wziąć pod uwagę to, czy władze krajowe oraz lokalne podejmują kroki w kierunku poprawy sytuacji osób niepełnosprawnych, czy pozostają bierne⁵³, co odzwierciedla założenie, że obowiązek zapewnienia dostępności ma charakter zobowiązania starannego działania.

Zatem, mimo że obowiązek zapewnienia dostępności jest długofalowy i może być realizowany stopniowo, Państwa-Strony Konwencji powinny stawić sobie sprecyzowane cele. „Państwa powinny ustanowić konkretne ramy czasowe oraz przeznaczyć stosowne środki na likwidowanie istniejących barier. Ponadto, Państwa powinny jasno określić obowiązki poszczególnych władz (włączając w to władze regionalne i lokalne) oraz podmiotów (także prywatnych), które mają prowadzić do zapewnienia dostępności. Państwa powinny także ustanowić skuteczne mechanizmy kontrolne oraz sankcje za brak implementowania (stosowania się do) standardów dostępności”⁵⁴.

Istotną różnicą między obowiązkiem dokonywania racjonalnych usprawnień a zapewnieniem dostępności jest bezwarunkowy charakter drugiego z nich. Należy podkreślić, że usprawnienie – nawet jeśli jest konieczne i odpowiednie w danym przypadku, nie będzie „racjonalne”, jeżeli wiązać się będzie z nieproporcjonalnym lub nadmiernym obciążeniem. W odniesieniu do dostępności, CRPD wyraźnie podkreślił, że państwa *are not allowed to use the austerity measures as an excuse to avoid ensuring gradual accessibility for persons with disabilities (...) the obliged entity may not excuse the omission referring to the burdens of providing the access for persons with disabilities*⁵⁵.

Na zakończenie tej części artykułu warto dodać, że KPON jest do tej pory jedynym traktatem z dziedziny praw człowieka, którego stroną jest również Unia Europejska. Jest to fakt bardzo istotny z prawnego punktu widzenia, ponieważ na instytucjach i organach UE również ciężać będą zobo-

⁵² *Zehnalova i Zehnal przeciwko Republice Czeskiej, op. cit.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ General Comment nr 2, pkt 25.

wiązania na postawie Konwencji⁵⁶. W efekcie, stosowanie Konwencji w państwach członkowskich UE może przyjąć także formę „pośrednią”, polegającą na prawidłowej i terminowej implementacji⁵⁷ prawa unijnego, „bezpośrednio” realizującego postanowienia Konwencji⁵⁸.

Podsumowanie

Analiza i interpretacja warstwy normatywnej KPON oraz badanie praktyki organów międzynarodowej ochrony praw człowieka pozwalają na postawienie kilku wniosków odnośnie charakteru i roli prawa do racjonalnych usprawnień oraz obowiązku zapewniania dostępności przestrzeni publicznej.

Można stwierdzić, że wzmacniają one koncepcję niepodzielności praw człowieka i są jedną z cegiełek stopniowo cementujących I i II generację praw człowieka. Stanowią również kolejny dowód potwierdzający tendencję wzmacniania egzekwowalności praw II generacji (*justiciability*). Obowiązek dokonywania racjonalnych usprawnień to zobowiązanie rezultatu, które odnosi się do wszystkich praw wyartykułowanych w KPON.

Dokonana analiza pozwoliła również na doprecyzowanie charakteru zobowiązań państw. Racjonalne usprawnienie to mechanizm indywidualny, odnoszący się do wszelkiego rodzaju urządzeń i usług, stosowany *ad casum*. Państwo powinno przy tym zobowiązać podmioty publiczne i prywatne do dokonywania usprawnień, a prawo krajowe powinno przewidywać pewne minimalne standardy oraz środki prawne w sytuacji, gdy dojdzie do dyskryminacji w postaci odmowy dokonania racjonalnego usprawnienia. Dostępność z kolei to mechanizm ogólny (generalny), odnoszący się do urządzeń i usług powszechnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych. Jest to zobowiązanie należytej staranności i polega na podejmowaniu przez państwo odpowiednich kroków w celu jego pełnego urzeczywistnienia w przyszłości.

Na zakończenie warto zastanowić się, czy polskie prawo odpowiada międzynarodowym standardom. Jedynym aktem normatywnym, który wspomina o obowiązku dokonywania racjonalnych usprawnień jest ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych⁵⁹.

⁵⁶ Szerzej na ten temat: L. Waddington, *The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A story of exclusive and shared competences*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2011, Vol. 18, s. 431–453.

⁵⁷ Albo bezpośrednim stosowaniu – w zależności od charakteru normatywnego aktu prawa wtórnego.

⁵⁸ Por. badania prawnoporównawcze w tym zakresie dotyczące implementacji Dyrektywy 2000/78/EC (Employment Equality Directive) – L. Waddington, *When it is reasonable for the europeans to be confused: understanding when a disability accomodation is „reasonable” from a comparative perspective*, „Comparative Labour Law and Policy Journal” 2008, Vol. 29, s. 317–340.

⁵⁹ Ustawa z 27 sierpnia 1997 r., Dz.U. 2011, Nr 127 poz. 721. Chodzi tu o przepis art. 23a wprowadzony ustawą z 2010 r. Zgodnie z tym przepisem:

Sam przepis art. 23a tej ustawy, jak również praktyka jego stosowania zostały uznane przez Europejski Komitet Praw Społecznych odpowiadające standardowi art. 15§2 Europejskiej Karty Praw Społecznych z 1961 r.⁶⁰ Należy jednak zwrócić uwagę na fakt ograniczonego zakresu obowiązywania ustawy oraz brak ogólnej definicji racjonalnego dostosowania, która odnosiłaby się do wszelkich dziedzin życia. Brakuje również definicji osoby niepełnosprawnej, która byłaby przyjęta nie dla potrzeb orzekania o niepełnosprawności, ale dla celu ochrony przed dyskryminacją. W odniesieniu do obowiązku zapewniania dostępności, bardzo istotne są zalecenia formułowane w celu poprawy dostępności tzw. środowiska fizycznego, obejmujące m.in. zmiany w prawie budowlanym, tak aby odpowiadały potrzebom wszystkich osób niepełnosprawnych (a nie tylko osób poruszających się na wózkach inwalidzkich) oraz wprowadzenia skuteczniejszych mechanizmów kontroli i egzekwowania standardów⁶¹.

A RIGHT OF PERSONS WITH DISABILITIES TO REASONABLE ACCOMMODATIONS AND AN OBLIGATION TO ENSURE ACCESSIBILITY OF PUBLIC SPACE

Key words: Convention on the rights of persons with disabilities, reasonable accommodation, accessibility, state obligations, human rights protection bodies

Summary

The article is devoted to two – in my opinion – crucial provisions of the Convention on the rights of persons with disabilities, which are indispensable for its implementation and that are, in fact, prerequisites for the fulfillment of most of the rights set forward in the Convention. These provisions are: an obligation to provide reasonable accommodation and accessibility to persons with disabilities. The article identifies the character and scope of state obligations with this respect and analyses measures and means that should be undertaken in order to implement these provisions. The following parts of the paper cover i.a. the idea that refusing

1. Pracodawca jest obowiązany zapewnić niezbędne racjonalne usprawnienia dla osoby niepełnosprawnej pozostającej z nim w stosunku pracy, uczestniczącej w procesie rekrutacji lub odbywającej szkolenie, staż, przygotowanie zawodowe albo praktyki zawodowe lub absolwenckie. Niezbędne racjonalne usprawnienia polegają na przeprowadzeniu koniecznych w konkretnej sytuacji zmian lub dostosowań do szczególnych, zgłoszonych pracodawcy potrzeb wynikających z niepełnosprawności danej osoby, o ile przeprowadzenie takich zmian lub dostosowań nie skutkowałoby nałożeniem na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Obciążenia, o których mowa w ust. 1, nie są nieproporcjonalne, jeżeli są w wystarczającym stopniu rekompensowane ze środków publicznych.

3. Niedokonanie niezbędnych racjonalnych usprawnień, o których mowa w ust. 1, uważa się za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

⁶⁰ Uwagi końcowe PKPS do raportu Polski, 12.07.2012, XX-1/def/POL/.

⁶¹ M. Wysoki, op. cit., s. 33.

reasonable accommodation is a sui generis form of discrimination and present examples of reasonable accommodation applied in different contexts (employment, detention and system of justice). The article analyses jurisprudence and recommendations of various bodies operating within the international system of human rights protection: the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), the European Court of Human Rights, the European Committee of Social Rights and the Court of Justice of the European Union.

Marcin Kazimierczuk

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Wolność zrzeszania się w związku zawodowe w systemie Rady Europy

Słowa kluczowe: wolność zrzeszania się, związki zawodowe, Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Europejska Karta Społeczna

Wprowadzenie

Wolność koalicji (wolność zrzeszania się w związku zawodowe) oraz inne wolności związkowe są mocno utrwalone w prawodawstwie międzynarodowym, zarówno w aktach prawnych o charakterze uniwersalnym, jak i regionalnym. Już artykułem 427 traktatu wersalskiego, podpisanym 28 czerwca 1919 r.¹, ustanowiono *explicite* prawo zrzeszania się pracowników. W odniesieniu do związków zawodowych zyskało ono następnie potwierdzenie w art. 23 pkt 4 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka², gdzie przyjęto, iż każdy ma prawo tworzenia i przystępowania do związków zawodowych dla ochrony swych interesów. Był to pierwszy przepis w umowach międzynarodowych, nadający *expressis verbis* pracownikom prawo zrzeszania się. Geneza normatywnej internacjonalizacji wolności i praw człowieka przedstawia proces pozytywizacji praw człowieka, który poprzedzony był, jak to wskazuje T. Jasudowicz, ich idealizacją i konceptualizacją³. Istotą procesu pozytywizacji było „przeniesienie na grunt prawa pozytywnego, a więc obowiązującego w danym miejscu i czasie, owych wcześniej zrjonalizowanych praw człowieka, nadanie im kształtu norm prawnych, zagwarantowanie ich prawnej ochrony”⁴. Dokołało się to zarówno na poziomie prawa krajowego⁵, jak i prawa międzynarodowego, co doprowadziło do umiędzynarodowienia wolności i praw człowieka.

¹ Ratyfikowany 10 stycznia 1920 r.

² Powszechna Deklaracja Praw Człowieka była pierwszym aktem międzynarodowym, w dziedzinie praw człowieka, wydanym przez powołaną do życia wiosną 1945 r. Organizację Narodów Zjednoczonych. Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1948 r. Deklaracja miała być wyrazem dążeń i pragnień ówczesnego świata do zorganizowania nowych, sprawiedliwych stosunków w powojennej rzeczywistości, Zob. K. Walczak, *Zbiorowe prawo pracy. Aspekty prawa międzynarodowego, europejskiego i polskiego*, Warszawa 2004, s. 1–3.

³ T. Jasudowicz, *Zagadnienia wstępne*, w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski (red.), *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 22.

⁴ *Ibidem*, s. 24.

Współcześnie, oprócz organizacji międzynarodowych o charakterze ogólnoświatowym, których Polska jest członkiem, na znaczeniu zyskują organizacje regionalne, takie jak Rada Europy. Członkostwo Polski w organizacjach europejskich skutkuje tym, że do polskiego porządku prawnego wprowadzane są akty prawne uchwalane i podpisywane w ramach tych organizacji. Również w dziedzinie wolności zrzeszania się w związki zawodowe funkcjonują w naszym porządku prawnym akty rangi europejskiej do których zaliczyć należy przede wszystkim Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)⁶, sporządzoną w Rzymie 4 listopada 1950 r.

Istota wolności zrzeszania się

We współczesnym państwie demokratycznym różnorodne zrzeszenia, będąc wyrazem różnorodności poglądów, postaw, interesów rozmaitych grup w pluralistycznych społeczeństwach, tworząc w swym całokształcie społeczeństwo obywatelskie, są uznawane przez państwo i świadomie przezeń popierane. Idea społeczeństwa obywatelskiego jest wyrazem pewnego pierwszeństwa obywateli w stosunku do państwa, postrzeganego przy tym jako władza zarządzająca wspólnymi sprawami⁷.

W model społeczeństwa obywatelskiego, odpowiadającego wymogom skomplikowanego, globalizującego się i pełnego sprzeczności świata, wpisany jest pluralizm poglądów. Pluralizm jako zasada ustrojowa zapewnia zarówno odbicie różnorodnych poglądów, zapatrywań i opinii społecznych, jak też pozwala na pełne ustosunkowanie się do społecznie, politycznie czy gospodarczo istotnych kwestii. Różnorodność poglądów i stanowisk jest niezbędnym warunkiem pełnego rozwoju każdej istoty ludzkiej. Kluczowym znaczeniem

⁵ Na poziomie prawodawstwa krajowego powoduje to partycypację praw człowieka w zasadzie prymatu konstytucji w systemie źródeł prawa, która implikuje normatywną funkcję konstytucji. Zob. M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, w: W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Warszawa 1998, s. 70–71; A. Kubiak, *Państwo prawne – idea, postulaty, dylematy*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 7, s. 25; K. Działocha, *Państwo prawne w warunkach zmian zasadniczych systemu prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 1, s. 1; W. Sokolewicz, *Rzeczpospolita Polska – demokratyczne państwo prawne (Uwagi na tle ustawy z 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji)*, „Studia Konstytucyjne” 1990, t. 8, s. 39; J. Zakrzewska, *Nowa Konstytucja Rzeczypospolitej*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 4, s. 10.

⁶ Ustawa z dnia 2 X 1992 r. o ratyfikacji Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. 1992 Nr 85, poz. 427). Dokumenty ratyfikacyjne zostały przekazane Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy w dniu 19 I 1993 r. Tekst konwencji – Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

⁷ Z ideą społeczeństwa obywatelskiego łączy się zasada subsydiarności, polegająca na uznawaniu, że powołane do prowadzenia spraw publicznych mają być przede wszystkim struktury najbliższe jednostce, na których działanie może ona wywierać stosowny do tej bliskości wpływ. Zob. P. Sarnecki, *Wolność zrzeszania się*, Warszawa 1998, s.10.

dla realizacji zasady pluralizmu poglądów są gwarantowane prawnie wolności zrzeszania się i zgromadzeń. Współczesne państwo demokratyczne winno być wolne zarówno od absolutystycznego utożsamiania dobra jednostki z dobrem państwa, jak i od jednomyślności systemów totalitarnych dyktujących jednostce jedyny słuszny pogląd.

Nadanie wolności zrzeszania się formy prawnej oznacza przede wszystkim zagwarantowanie podmiotom uprawnionym takiej sfery aktywności, w której możliwe będzie kolektywne realizowanie wspólnych celów lub rozwijanie i kształtowanie wspólnych zainteresowań w rozmaitych dziedzinach życia. W sferze tej wyłączona bądź istotnie ograniczona będzie ingerencja z zewnątrz, zarówno pochodząca od organów państwa, jak i od innych podmiotów. Ingerencja taka powinna być zawsze legitymowana konkretnym upoważnieniem ze strony prawodawcy, który – kierując się troską o ochronę innych dóbr i wartości, z którymi korzystanie z wolności zrzeszania się mogłoby kolidować – winien wyraźnie określić zakres i formy dopuszczalnej ingerencji⁸.

Doktryna prawa kształtowana przez wielu autorów⁹ oraz orzecznictwo sądowe¹⁰ powszechnie przyjmuje, że na wolność zrzeszania się składają się poniższe zasadnicze elementy:

1. Wolność tworzenia zrzeszeń, tj. zwoływanie komitetów założycielskich, określanie celu i formy prawnej przyszłego zrzeszenia;
2. Swoboda ich działalności;
3. Wolność przystępowania do już istniejących zrzeszeń, na podstawie swobodnej decyzji powziętej przez jednostkę. Nie może to jednak naruszać ustalonych w danym zrzeszeniu zasad przyjmowania nowych członków;
4. Wolność nieskrępowanego występowania z zrzeszeń;
5. Swoboda decydowania przez członków zrzeszenia o zakończeniu jego działalności.

Z wyliczenia tego wynika, że zrzeszenia muszą być strukturami opartymi na dobrowolności. Jednakże nie można na tej podstawie wnioskować, że zrzeszenia powinny opierać się na formalnej równości wszystkich ich członków, aczkolwiek powinni oni posiadać zagwarantowaną możliwość współdecydowania o ważnych kwestiach funkcjonowania tworzonych przez nich zrzeszeń. Wolnościowy charakter zrzeszania się przesądza także, iż korzystanie z form kolektywnego współdziałania powinno stanowić przejaw aktywności samych podmiotów uprawnionych. Tym samym, uznać należy, iż nie stanowi formy realizacji tego rodzaju wolności działalność struktur, które

⁸ P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zrzeszania się*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 501.

⁹ Zob. W. Studziński, *Wolność zgromadzeń i stowarzyszania się*, w: A. Florczak, B. Bolechow (red.), *Prawa i wolności I i II generacji*, Toruń 2006, s. 191; M. Chmaj, *Wolność tworzenia i działania partii politycznych. Studium porównawcze*, Olsztyn 2006, s. 57.

¹⁰ Zob. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 czerwca 1998 r., K 34/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 49.

zostają powołane do życia decyzją organów państwa oraz przynależność do których jest obligatoryjna, gdyż z interpretacji tej swobody wynika zakaz zmuszania kogokolwiek do członkostwa w zrzeszeniu.

U samej genezy wolności zrzeszania tkwi również element negatywny. Wiąże się on z koniecznością zagwarantowania poszczególnym jednostkom możliwości pozostawania poza tworzącymi się strukturami zbiorowymi. Ten aspekt wolności zrzeszania się implikuje niewątpliwie konieczność zapewnienia dobrowolnego charakteru przynależności każdego zainteresowanego do stworzonych zrzeszeń. Okoliczność ta przesądza między innymi o niezasadności włączania do zakresu wolności zrzeszania się takich struktur i instytucji, w których członkostwo nie opiera się na zasadzie dobrowolności, natomiast wiąże się z zasadą przynależności (często z mocy samego prawa).

Nawiązując do pozytywnej strony wolności zrzeszania się stwierdzić trzeba, iż we współczesnym państwie nie ogranicza się ona wyłącznie do gwarantowania podmiotom uprawnionym możliwości tworzenia dowolnych, bliżej przez państwo nieokreślonych struktur. Rola państwa i prawa jest w tej mierze aktywna, polega na ustanowieniu pozytywnych rozwiązań, stanowiących swoistą normatywną propozycję zgłoszoną pod adresem podmiotów pragnących korzystać z wolności zrzeszania się. Działanie państwa w tej mierze widzieć można dwojako. Z jednej strony, stanowi ona ułatwienie dla samych podmiotów korzystających z wolności zrzeszania się. Nie muszą one samodzielnie kreować struktur organizacyjnych, w ramach których chciałyby wspólnie rozwijać swoje zainteresowania. Z drugiej zaś strony, aktywność prawodawcy służy również samym organom państwa, którym łatwiej jest nadać realizacji wolności zrzeszania się pewne ustalone ramy, sprzyjające pewnej przewidywalności społecznych działań.

Wolność koalicji w świetle Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

W Europie organizacją, do której głównych celów zaliczono między innymi promowanie wolności i praw człowieka, jest powołana do życia w Londynie 5 maja 1949 r. Rada Europy. Przestrzeganie tych wolności i praw stanowi nie tylko kryterium członkostwa w Radzie Europy, ale także fundament leżący u podstaw jej działalności. W związku z powyższym Organizacja ta wyznaczyła sobie trzy główne kierunki pracy: działanie na rzecz solidarności europejskiej, z poszanowaniem jednostki, jej wolności cywilnych i politycznych oraz jej praw społecznych, ekonomicznych i kulturalnych, poprzez ustanowienie skutecznego systemu kontroli i ochrony, rozpoznawanie nowych zagrożeń dla praw człowieka i ludzkiej godności oraz uświadomienie społeczeństwom wagi praw człowieka¹¹.

¹¹ P. Wiśniewski-Cazals, *Rada Europy a prawa człowieka*, w: *Polska w Radzie Europy*, „Biuletyn Centrum Europejskiego UW” 1992, nr 3, s. 44.

Centralną rolę odgrywa tutaj Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)¹², sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. System Rady Europy uważany jest za jedyny naprawdę skuteczny regionalny system ochrony wolności i praw człowieka¹³. Jak wskazuje R. Kuźniar, Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dokonała pozytywizacji praw proklamowanych przez Powszechną Deklarację Praw Człowieka i ustanowiła system gwarancji ich poszanowania na obszarze państw europejskich¹⁴. Obywatele państw-stron Konwencji uzyskali możliwość dochodzenia swoich praw przed organem międzynarodowym jakim jest Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (ETPC), gdzie w postępowaniu sądowym równoprawnymi stronami procesowymi są jednostka i państwo. Stąd też ETPC stał się podmiotem władnym określić granicę poszczególnych wolności i praw¹⁵. Jednocześnie należy pamiętać o tym, iż system Rady Europy ma charakter subsydiarny w stosunku do systemów państw stron Konwencji. Decyzje ETPC mogą korygować rozstrzygnięcia dokonane przez państwo i są ostateczne, ale ochrona sfery wolności i praw człowieka jest przede wszystkim zadaniem suwerennego państwa chroniącego przed naruszeniem wolności i stwarzającego warunki korzystania z praw. Dopiero gdy państwo – strona Konwencji nie wywiązuje się z tego działania, odpowiednią decyzję podejmuje ETPC.

System ochrony wolności i praw człowieka wynikających z Konwencji został również oparty na zasadzie solidarności, która powoduje, że orzecznictwo ETPC staje się częścią Konwencji i jest jej prawnie wiążącym składnikiem. J. Jaskiernia podkreśla, że orzecznictwo ETPC wywołuje skutki dla wszystkich państw będących stronami Konwencji, bez względu na to, którego z nich dotyczyło orzeczenie. Muszą wziąć one pod uwagę możliwe implikacje, jakie wyroki podjęte w innych sprawach mogą mieć dla ich własnych porządków prawnych i praktyki prawniczej¹⁶.

W art. 11 Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności uznaje prawo pracowników do tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich dla ochrony swoich praw. Prawo to może być ograniczone jedynie przez ustawodawstwo wydane w związku z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, ochroną

¹² Ustawa z dnia 2 X 1992 r. o ratyfikacji Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. 1992 Nr 85, poz. 427). Dokumenty ratyfikacyjne zostały przekazane Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy w dniu 19 I 1993 r. Tekst konwencji – Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

¹³ B. Baczyńska, *Granice wolności zgromadzeń i stowarzyszania się na podstawie orzecznictwa strasburskiego – wybrane zagadnienia*, w: E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz (red.), *Prawne aspekty wolności. Zbiór studiów*, Toruń 2008, s. 208.

¹⁴ R. Kuźniar, *Prawa człowieka*, Warszawa 2000, s. 173.

¹⁵ Zob. A. Bisztyga, *Ochrona praw człowieka w systemie Rady Europy*, w: B. Banaszak i inni (red.), *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2003, s. 126–127.

¹⁶ J. Jaskiernia, *Uwarunkowania skuteczności wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe” 2002, nr 8, s. 50.

porządku i zapobieganiem przestępstwom, ochroną zdrowia i moralności lub ochroną praw i wolności innych osób¹⁷. Artykuł ten nie stoi na przeszkodzie wprowadzenia w ustawodawstwie krajowym ograniczeń w korzystaniu z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji publicznej¹⁸.

Powyższe ograniczenia podmiotowe w korzystaniu z prawa do tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich stanowią wyjątek *ex definitione* i muszą być interpretowane ściśle – obejmują osoby, które mają konkretny i bezpośredni związek z wykonywaniem władzy lub realizują podstawowe funkcje państwa. W wyroku w sprawie Demir i Baykara przeciw Turcji¹⁹ Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonał interpretacji pojęcia członków administracji publicznej, uznając, że podlegają oni ochronie państwa w związku z art. 11 Konwencji. Państwo może jednakże nałożyć ograniczenia w odniesieniu do aspektu wolności tworzenia związków zawodowych przez członków administracji państwowej, wyłączając urzędników publicznych, którzy stanowią odrębną grupę zawodową. Przy interpretowaniu pojęcia „członków administracji państwowej” dokonano wykładni zawężającej do kategorii osób zajmujących się ściśle administracją państwową, mających bezpośredni związek z wykonywaniem władzy czy realizacją funkcji państwa, a nie wszystkich pracowników sektora publicznego czy administracji rządowej. Ograniczenie wolności zrzeszania się poprzez ingerencję w gwarantowaną sferę wolności musi mieć podstawę prawną, przekonujące powody oraz być spowodowane doniosłymi potrzebami społecznymi. Wprowadzenie przez państwo zakazu przynależności i tworzenia związków zawodowych w odniesieniu do którejś z trzech wymienionych grup (członków sił zbrojnych, policji lub administracji publicznej) jest traktowane jako najdalej idące, radykalne ograniczenie, które musi być podyktowane szczególnymi względami, takimi jak względy bezpieczeństwa państwowego bądź publicznego²⁰.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka państwo, które nie zezwala na tworzenie związków zawodowych przez samych pracowników, lecz narzuca inne zasady ich tworzenia, narusza

¹⁷ Na gruncie ust. 2 art. 11 omawianej tutaj konwencji zdziwienie budzi wprowadzenie zapisu ograniczającego wolność koalicji, który dotyczy konieczności ochrony zdrowia i moralności. Trudno sobie wyobrazić w stosunkach przemysłowych sytuację, w której tworzenie lub przystępowanie do zrzeszeń pracowniczych stanowiłoby zagrożenie dla publicznego zdrowia lub moralności. Jedynym wytłumaczeniem tego rozwiązania może być tylko to, że ów przepis reguluje *ogólne* prawo zrzeszania się.

¹⁸ Należy mieć jednak na uwadze, iż art. 60 Konwencji stanowi, iż: *jej postanowienia nie mogą być uznane jako ograniczenie (...) żadnych praw człowieka, które są zagwarantowane w ustawodawstwie krajowym lub konwencjach MOP*. Por. Orzeczenie ETPC *National Union of Belgian Police v. Belgii* z 27 października 1975 r., skarga nr 4464/70.

¹⁹ Orzeczenie *Demi i Baykara v. Turcji*, z dnia 12 listopada 2008 r., skarga nr 34503/97.

²⁰ Ż. Grygiel-Kaleta, *Wolność zrzeszania się w związku zawodowe w aktach prawa międzynarodowego*, w: „Rocznik Administracji i Prawa: teoria i praktyka”, R. XII, Sosnowiec 2012, s. 292.

art. 11 Konwencji. Niezgodny z jej postanowieniami jest monopol jednej lub kilku organizacji związkowych²¹. Jeżeli żaden istniejący związek nie broni właściwie interesów pracowników, muszą oni mieć prawo założenia odrębnej organizacji²². Na gruncie orzecznictwa ETPC definicja wolności zrzeszania się, która na mocy art. 11 Konwencji określana jest jako prawo do swobodnego stowarzyszania się, sformułowana została w orzeczeniu *Association X* przeciw Szwecji²³. Stwierdzono w nim, że prawo to gwarantuje jednostkom możliwość łączenia się w zrzeszenia dla realizacji określonych celów, bez ingerencji organów państwa. Niniejsza definicja uwypukla jeden z najważniejszych elementów swobody zrzeszania się. Chodzi tu o ochronę przed ingerencją władz publicznych. Artykuł 11 Konwencji, zgodnie z orzecznictwem ETPC, zapewnia ochronę dla każdego rodzaju działalności, tak samych zrzeszeń jak i ich członków²⁴. Zdaniem M.A. Nowickiego art. 11 Konwencji dotyczy dobrowolnych zrzeszeń osób posiadających względnie trwałe charakter, strukturę instytucjonalną i wspólny cel²⁵.

Przedmiotem zainteresowania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka była kwestia, czy art. 11 Konwencji gwarantuje negatywny aspekt wolności zrzeszania się, tzn. czy jednostka może się na niego powołać, aby uniknąć narzuconego jej członkostwa w jakimkolwiek zrzeszeniu, w tym z związku zawodowym. Mówiąc o negatywnym aspekcie wolności zrzeszania się komentatorzy art. 11 Konwencji²⁶ wskazują na dwie sytuacje przymusu przynależności do zrzeszenia. Pierwsza z nich może wynikać z regulacji, gdzie przymus przynależności do zrzeszenia znajduje podstawę w przepisach prawa (np. samorząd zawodowy). Druga sytuacja związana jest z tzw. przymusem faktycznym, który polega na tym, że podmiot ma możliwość nie przystępowania do zrzeszenia, jednak nie czyni tego z uwagi na negatywne konsekwencje takiego zachowania. Konsekwencją braku przynależności może być np. utrata zatrudnienia. Tak zwany przymus faktyczny stał się podstawą wyroku ETPC w sprawie *Young, James and Webster przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁷. W orzeczeniu tym zawarty jest problem negatywnej wolności zrzeszania się w związku zawodowe. Sprawa dotyczyła zawierania umów na

²¹ Zob. Orzeczenie *Johansson v. Szwecja* z 7 maja 1990 r., skarga nr 13537/88; Orzeczenie *Cheall v. Wielka Brytania* z 13 maja 1985 r., skarga nr 10550/83; Orzeczenie *Englund i inni v. Szwecja* z 8 kwietnia 1994 r., skarga nr 15533/89.

²² Zob. K. Walczak, *op. cit.*, s. 20.

²³ Decyzja *X v. Szwecji* z 6 lipca 1977 r., skarga nr 6094/73, DR 9/5.

²⁴ A. Wróbel, *Prawa i wolności, art. 11*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1-18, t. 1*, Warszawa 2010, s. 651.

²⁵ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 1992, s. 106.

²⁶ T. Jasudowicz, *Orzecznictwo Strasburskie*, t. 2, Toruń 1998, s. 822–826; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1998, s. 365–366; A. Redelbach, *Natura Praw Człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001, s. 262.

²⁷ Orzeczenie *Young, James and Webster v. Zjednoczonemu Królestwu*, z dnia 13 sierpnia 1981 r., skargi nr 7601/76, 7806/77.

mocy których członkostwo w związku zawodowym miało być warunkiem zatrudnienia dla poszczególnych kategorii pracowników. Umowy te nosiły nazwę tzw. *closed shop* "agreements"²⁸. Warto tu doprecyzować, że na podstawie zasady swobody zawierania umów, pracodawca ma prawo do uzgodnienia ze związkami zawodowymi, że tylko członek takiego związku może być zatrudniony w przedsiębiorstwie²⁹. Tego rodzaju zobowiązanie nie narusza ze swej istoty art. 11 Konwencji. Jednakże w przypadku, gdy państwo włącza się do systemu legitymizując go przez wydanie aktu prawnego, wówczas system taki może być oceniany w świetle postanowień Konwencji³⁰.

Young, James oraz Webster byli pracownikami Kolei Brytyjskich, którzy odmówili przystąpienia do związku zawodowego, co stało się przyczyną rozwiązania z nimi stosunku zatrudnienia, bez prawa do odszkodowania, czy też możliwości przywrócenia do pracy³¹. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, iż art. 11 Konwencji nie chroni w tym samym stopniu negatywnej wolności zrzeszania się co pozytywnej, tak więc ewentualny przymus przynależności do określonych związków zawodowych nie musi być zawsze uznawany za sprzeczny z Konwencją. Jednakże zdaniem ETPC sankcja, jakiej doznali skarżący, w postaci utraty pracy, a co za tym idzie środków do życia jest najmocniejszym ze środków przymusu. Stąd też Trybunał stwierdził, że nałożone ograniczenia nie spełniały dyspozycji ust. 2 art. 11 a więc nie były konieczne z punktu widzenia społeczeństwa demokratycznego.

²⁸ Brytyjski system „*closed shop*” *agreements* ma w Wielkiej Brytanii bardzo długą tradycję. Jego zasady w dużym stopniu uzależnione były od partii politycznej, która aktualnie sprawowała władzę. W 1968 r. Royal Commission on Trade Unions and Employer Associations wskazała, iż konieczna jest szersza ochrona prawna dla pracowników, którzy zostali zwolnieni z pracy z powodu odmowy przystąpienia do związku – co stanowiło wynik obowiązywania systemu „*closed shop*”. *Industrial Relations Act* z 1971 r. wprowadzony przez rząd konserwatystów dawał pracownikom prawo odmowy przynależności do jakiegokolwiek związku zawodowego. Po powrocie do władzy Partii Pracy w 1974 r. derogowało akt przyjęty w roku 1971. Na podstawie wprowadzonych przepisów uznano, że odmowa przynależności do związku zawodowego może zostać uznana jedynie w przypadku gdy ma ona podłoże religijne oraz gdy pracownik z uzasadnionych powodów nie chce przynależać do danego związku zawodowego. Zob. J. Kielin-Maziarz, *Prawo do swobodnego tworzenia zrzeszeń w świetle wybranego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – negatywna wolność zrzeszania się*, w: J. Jaskiernia (red.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Obszary analizy skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Toruń 2012, s. 297.

²⁹ A. Wróbel, *Prawa i wolności, art. 11*, w: L. Garlicki (red.), *op. cit.*, s. 681.

³⁰ A. Mowbray, *Casus and materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007, s. 756.

³¹ Przyczyną odmowy przynależności do związków zawodowych dla skarżącego Younga było ich powiązanie z Partią Pracy. Skarżący James odmówił przystąpienia z uwagi na fakt, że jego zdaniem związek nie będzie w sposób dostateczny dbał o interesy pracowników. Natomiast skarżący Webster był przeciwnikiem organizacji związkowych, które wówczas funkcjonowały w przedsiębiorstwie z powodów religijnych. J. Kielin-Maziarz, *Prawo do swobodnego tworzenia zrzeszeń w świetle wybranego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – negatywna wolność zrzeszania się*, w: J. Jaskiernia (red.), *op. cit.*, s. 299.

Rozważając zagadnienie negatywnej wolności zrzeszania się w związki zawodowe, należy wskazać, że ETPC w późniejszym orzecznictwie zmodyfikował sposób swojego rozumowania systemu *closed shop*. Dał temu wyraz w orzeczeniu *Sørensen i Rasmusen przeciwko Danii*³². ETPC w wyroku tym zauważył, że tylko niewielka liczba wśród państw stron Rady Europy dopuszcza tzw. *pre-entry closed-shop agreements* czyli konieczność przystąpienia do związku zawodowego jako warunek do zawarcia umowy o pracę. Trybunał podkreślił, że istotną wagę należy przywiązywać do prawa jednostki do przystąpienia do związku zawodowego na podstawie własnego wyboru, bez obawy o utratę pracy. W sytuacji, gdy system faktycznie zmusza jednostkę do przystąpienia do związku zawodowego, stanowi to przesłankę do stwierdzenia naruszenia art. 11 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Nie ma przy tym znaczenia, czy groźba zwolnienia z pracy lub odmowy zatrudnienia z powodu nie przystąpienia do związku zawodowego jest powiązana z utratą środków utrzymania jak miało to miejsce w orzeczeniu *Young, James and Webster v. Zjednoczonemu Królestwu*, z dnia 13 sierpnia 1981 r. Jak słusznie stwierdza A. Wróbel³³, orzeczenie *Sørensen i Rasmusen v. Dania*, z dnia 11 stycznia 2006 r. w istocie zakazuje systemu *closed-shop*. W wyroku tym bowiem ETPC jasno określił, iż nie dopuszczalny będzie szeroki margines uznania w stosunku do państw, które w dalszym ciągu podtrzymują możliwość funkcjonowania systemu *closed shop*³⁴.

Europejska Karta Społeczna

Przyjęte w art. 11 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności rozwiązania normatywne w kwestii wolności zrzeszania się w związki zawodowe ściśle korelują z postanowieniami art. 22 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich. Widoczna zbieżność odnosi się nie tylko do płaszczyzny przedmiotowej, ale również do podmiotowej i funkcjonalnej. Jednakże kompleksowe uregulowanie problematyki społecznej, w tym także wolności koalicji, na poziomie europejskim zostało dokonane dopiero w 1961 r. w Europejskiej Karcie Społecznej³⁵. Akt ten stanowił uzupełnienie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i obejmował ochroną nieuregulowaną tam część praw człowieka³⁶. Oba traktaty Rady Europy mogą być postrzegane

³² *Sørensen i Rasmusen v. Dania*, Orzeczenie z 11 stycznia 2006 r., Wielka Izba, skargi nr 52562/99 i 52620/99.

³³ A. Wróbel, *Prawa i wolności, art. 11*, w: L. Garlicki (red.), *op. cit.*, s. 684.

³⁴ Zob. J. Kapelańska – Pęgowska, *Koncepcja tzw. marginesu oceny w orzecznictwie ETPC*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12, s. 87.

³⁵ Dz. U. 1999 Nr 8, poz. 67.

³⁶ Zob. A. Świątkowski, *Karty Społeczne Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 8, s. 36 i n.

jako normatywny i regionalny program działania państw, które się nimi związały³⁷. Europejska Karta Społeczna była wielokrotnie nowelizowana. Pierwszy Protokół Dodatkowy sporządzony w Strasburgu 5 maja 1988 r. zapewniał pracownikom między innymi prawo do informacji i konsultacji. Kolejny Protokół Zmieniający uchwalony w Turynie 21 października 1991 r. wprowadził nowe zasady kontroli przestrzegania Europejskiej Karty Społecznej. Natomiast Protokół Dodatkowy uchwalony w Strasburgu 9 listopada 1995 r. usankcjonował możliwość zgłaszania skarg zbiorowych. Wreszcie w dniu 3 maja 1996 r. przyjęto Zrewidowaną Kartę Społeczna, która podniosła na znacznie wyższy poziom standardy ochronne przewidziane w pierwotnej Karcie³⁸. Polska, przystępując w 1991 r. do Rady Europy, podpisała Europejską Kartę Społeczna, lecz ratyfikowała ją dopiero 25 czerwca 1997 r., przy czym ratyfikacja nie objęła wszystkich postanowień Karty. Na mocy art. 20 Europejskiej Karty Społecznej państwo może uznać się za związane tylko określoną częścią artykułów określających poszczególne prawa, przy czym w późniejszym czasie może poszerzyć zakres swoich zobowiązań³⁹.

Jeżeli chodzi o postanowienia dotyczące wolności zrzeszania się w związki zawodowe, to Europejska Karta Społeczna w art. 5 przyznała wszystkim pracownikom prawo do swobodnego zrzeszania się w organizacjach krajowych lub międzynarodowych, w celu ochrony swych interesów ekonomicznych i społecznych⁴⁰. Powyższy przepis gwarantuje również prawo przystępowania do istniejących już organizacji reprezentujących interesy pracownicze. Gwarantuje także tym pracownikom, którzy nie chcą przystępować do organizacji chroniących interesy ekonomiczne i społeczne, wolność od obowiązkowego członkostwa w takich organizacjach.

Pomimo jednoznacznie sformułowanego zobowiązania: nie ingerowania w swobodę tworzenia związków zawodowych, swobodę przystępowania do nich oraz swobodę ich działalności, art. 5 Karty jest interpretowany na podstawie orzecznictwa (*conclusions*) Europejskiego Komitetu Praw Społecznych, wcześniej noszącym nazwę Komitetu Praw Społecznych Rady Europy, który stanowi wiodący element mechanizmu kontroli przestrzegania Karty⁴¹. Prawo koalicji, które obejmuje swobodę tworzenia i zrzeszania się pracowni-

³⁷ A. Bisztyga, *Ochrona praw człowieka w systemie Rady Europy*, w: B. Banaszak i inni (red.), op. cit., s. 140.

³⁸ Zrewidowana Europejska Karta Społeczna w swojej preambule zapowiada stopniowe zajmowanie miejsca Europejskiej Karty Społecznej. R. Szafarz, *Traktaty Rady Europy – status na przełomie 1999/2000*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2000, nr 1, s. 54.

³⁹ Artykuł 20 Karty nakłada na strony jedynie obowiązek przyjęcia za cel swej polityki, która będzie wykonywana za pomocą wszelkich odpowiednich środków, zarówno o charakterze krajowym, jak i międzynarodowym, osiągnięcie warunków, w których wymienione w niej prawa i zasady mogą być skutecznie realizowane.

⁴⁰ Na ten temat zob. J. Wratny, *Prawo Pracy Rady Europy*, w: L. Florek (red.), *Europejskie prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 1996, s. 161 i n.

⁴¹ Mechanizm kontrolny Europejskiej Karty Społecznej nie ma charakteru sądowego, a w szczególności brak tu możliwości składania skarg państwowych czy indywidualnych.

ków w związkach zawodowych powinno być objęte ochroną prawną, co nakłada na państwa-strony określone pozytywne obowiązki. Władze państw członkowskich są więc zobowiązane do uchwalenia oraz przestrzegania przepisów gwarantujących pełną swobodę korzystania z wolności zrzeszania się⁴².

Europejska Karta Społeczna w art. 5 kieruje do państw członkowskich, w tym także do Polski, dwa zobowiązania: negatywne i pozytywne. Zobowiązanie negatywne oznacza nie naruszanie oraz nie ograniczanie przez państwo członkowskie wolności zrzeszania się w związku zawodowe. Dotyczy to zakazu wydawania przez odpowiednie organy władzy państwowej przepisów oraz podejmowania przez właściwe organy administracji publicznej działań skutkujących ograniczeniem powyższej wolności. Organy władzy państwowej oraz administracji publicznej nie powinny więc zakazywać, ani nakazywać pracownikom tworzenia związków zawodowych i przystępowania do istniejących organizacji związkowych. Państwa-strony nie mogą określać nazbyt precyzyjnie wymogów, jakie powinny być spełnione, aby można było powołać do życia związki zawodowe. Organizacje związkowe winny korzystać z autonomii, stąd też państwa-strony winny powstrzymać się od ingerowania w wewnętrzne sprawy organizacji związkowych⁴³. Natomiast zobowiązanie pozytywne wyraża się w konieczności podjęcia przez państwo-stronę stosownych działań, dotyczących wydania odpowiednich przepisów, które zapewnią pracownikom pełną możliwość czynienia użytku z wolności zrzeszania się

Sprowadza się on, zgodnie z art. 21 Karty, do przesyłania przez państwa-strony Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy w odstępach dwuletnich sprawozdań dotyczących stosowania tych postanowień Karty, które zostały przez nie przyjęte. Sprawozdania te, na mocy art. 24 Karty, są rozpatrywane przez Europejski Komitet Praw Społecznych (dawniej zwany Komitetem Niezależnych Ekspertów), który na ich podstawie formułuje wnioski (*conclusions*). Komitet składa się z nie mniej niż siedmiu członków wybieranych przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy na okres sześciu lat (art. 25 Karty). Artykuł 26 Europejskiej Karty Społecznej uprawnia do udziału w obradach Komitetu przedstawiciela Międzynarodowej Organizacji Pracy. Sprawozdania państw – stron i wnioski Europejskiego Komitetu Praw Społecznych są przedkładane do rozpatrzenia Podkomitetowi Rządowego Komitetu Społecznego. Zgodnie z art. 27 Karty składa się on m. in. z jednego przedstawiciela każdej ze stron EKS. Podkomitet, po rozpatrzeniu stanowiska Europejskiego Komitetu Praw Społecznych, przedstawia Komitetowi Ministrów Rady Europy sprawozdania zawierające propozycje zaleceń pod adresem tych państw, które zdaniem Komitetu Rządowego nie przestrzegają postanowień Karty (art. 27 ust. 3). Na podstawie tych raportów Komitet Ministrów Rady Europy przyjmuje stosowne rezolucje. Sekretarz Generalny Rady Europy przekazuje Zgromadzeniu Parlamentarnemu Rady Europy wnioski Komitetu Praw Społecznych, sprawozdania Komitetu Rządowego oraz rezolucje Komitetu Ministrów, które to Zgromadzenie przeprowadza okresowe debaty na temat polityki społecznej i przekazuje swoje stanowisko Komitetowi Ministrów (art. 28 Karty). Zgodnie z art. 29 Karty Komitet Ministrów może skierować wszelkie niezbędne zalecenia dla każdego państw-stron.

⁴² A. M. Świątkowski, *Prawo socjalne Rady Europy. Europejska Karta Społeczna, Protokoły, Zrewidowana Europejska Karta Społeczna*, Kraków 2006, s. 97.

⁴³ *Ibidem*, s. 98.

w związkach zawodowych i zagwarantują tym organizacjom swobodę działania oraz stosowną ochronę przed pracodawcami⁴⁴.

Artykuł 5 Europejskiej Karty Społecznej stwarza również prawną podstawę do podmiotowego ograniczenia wolności związkowej w stosunku do dwóch kategorii pracowników: funkcjonariuszy policji oraz zawodowych wojskowych⁴⁵. W pierwszym przypadku państwa-strony mogą wprowadzić ograniczenia w korzystaniu z wolności zrzeszania się w związki zawodowe przez funkcjonariuszy policji. Jednakże pozbawienie policjantów uprawnień tworzenia związków zawodowych i przystępowania do określonej organizacji związkowej, zdaniem Komitetu Praw Społecznych, jest niezgodne z art. 5 Karty⁴⁶. W przypadku funkcjonariuszy policji ograniczenie wolności związkowej może sprowadzić się do wprowadzenia w przepisach krajowych państw-stron zasady, aby do organizacji związkowej założonej przez policjantów mogli przystępować wyłącznie funkcjonariusze policji. W drugim przypadku Karta dopuszcza nawet całkowite ograniczenie wolności zrzeszania się w związki zawodowe przez członków sił zbrojnych. Komitet Praw Społecznych orzekł., że „trzecie zdanie art. 5 Karty zezwala państwu członkowskiemu na ograniczenie lub nawet na całkowite wyłączenie wolności związkowej żołnierzy zawodowych”⁴⁷. Stanowisko Komitetu wyrażone w procesie nadzoru przestrzegania art. 5 Karty zostało powtórzone w orzeczeniach wydanych przez Komitet jako organ *quasi* judykacyjny rozpatrujący skargi zbiorowe, zgodnie z Protokołem Dodatkowym do Karty uchwalonym w Strasburgu 9 listopada 1995 r.⁴⁸, w sprawach *European Federation of Employees in Public Services v. France*⁴⁹, *European Federation of Employees in Public Services v. Italy*⁵⁰, *European Federation of Employees in Public Services v. Portugal*⁵¹.

⁴⁴ Zob. A. M. Świątkowski, *Karta Praw Społecznych Rady Europy*, Warszawa 2006.

⁴⁵ Z wyjątkiem policjantów i żołnierzy zawodowych, pozostałe kategorie zatrudnionych mają możliwość korzystania z nieograniczonej wolności zrzeszania się w związki zawodowe. Komitet Praw Społecznych Rady Europy akceptuje ograniczenia wolności zrzeszania się niektórych urzędników państwowych, którzy są usytuowani na stanowiskach związanych z podejmowaniem decyzji o charakterze politycznym. Jedyłą podstawą wyłączenia swobody zrzeszania się niektórych urzędników państwowych są przepisy art. 31 ust. 1 Europejskiej Karty Społecznej i art. G ust. 1 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej.

⁴⁶ A. M. Świątkowski, *Prawo socjalne Rady Europy. Europejska Karta Społeczna...*, *op. cit.*, s. 114.

⁴⁷ Cytat za *Ibidem*, s. 115.

⁴⁸ Protokół z 1995 r. do Europejskiej Karty Społecznej przyznał m. in. międzynarodowym i krajowym organizacjom pracowników prawo wnoszenia skarg na państwa-strony Karty z powodu naruszania standardów wynikających z Karty. Skargi są rozpatrywane przez Europejski Komitet Praw Społecznych.

⁴⁹ Skarga Nr 2/1999. Skarga dotyczyła naruszenia przez Francję art. 5 i 6 Karty wobec zawodowych żołnierzy. Komitet Praw Społecznych wydał orzeczenie, iż Francja nie naruszyła przepisów art. 5 i 6 Karty. Komitet Ministrów Rady Europy zaakceptował powyższe orzeczenie 7 lutego 2001 r. Zob. A. Świątkowski, *Quasi judykacyjna funkcja Komitetu Praw Społecznych Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 46 i n.

⁵⁰ Skarga Nr 4/1999. Treść rozstrzygnięcia jak w przypadku Skargi Nr 2/1999.

⁵¹ Skarga Nr 5/1999. Treść rozstrzygnięcia jak w przypadku powołanych powyżej spraw.

Oprócz przedstawionego powyżej podmiotowego zakresu ograniczenia wolności zrzeszania się w związku zawodowe Europejska Karta Społeczna oraz Zrewidowana Europejska Karta Społeczna przewidują również przedmiotowy zakres ograniczenia swobody zrzeszania się w organizacjach pracobiorców. Ograniczenia stosowania wybranych przepisów Karty są możliwe w razie konieczności ochrony praw i wolności, ochrony porządku publicznego, bezpieczeństwa narodowego, zdrowia publicznego lub dobrych obyczajów (art. 31 ust. 1 EKS; art. G ust. 1 ZEKS).

Analizując przepisy Karty należy podkreślić, że tego rodzaju regulacja bezpośrednio wspiera model wolności związkowych wypracowany przez Międzynarodową Organizację Pracy. Co więcej w niektórych kwestiach przyjęte przez Radę Europy rozwiązania normatywne idą nawet dalej. Chodzi tu zwłaszcza o węższy niż w Konwencjach MOP zakres ograniczeń podmiotowych wolności zrzeszania się w związku zawodowe. Dotyczy to zwłaszcza funkcjonariuszy sił zbrojnych i policji. Stąd też w literaturze⁵² wyrażono nawet pogląd, że przepisy krajowe wzbraniające policjantom utworzenia własnego związku lub nakładające obowiązek wstąpienia do związku narzuconego naruszają postanowienia art. 5 Europejskiej Karty Społecznej. Regulacja przyjęta w omawianym przepisie art. 5 Karty ma zdaniem K. W. Barana dwa wymiary: pozytywny i negatywny⁵³. Pierwszy polega na zobowiązaniu państw do popierania swobody pracowników w tworzeniu lokalnych, krajowych i międzynarodowych zrzeszeń, drugi zaś na powstrzymaniu się przed naruszeniem tej swobody, zwłaszcza poprzez ingerencję w ich statutową działalność.

Podsumowanie

Postanowienia Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności posiadają autonomiczny i samoistny charakter normatywny, a więc w odniesieniu do stosunków wewnętrznych działają z mocy własnej i nadają się do bezpośredniego zastosowania w państwie będącym sygnatariuszem tej umowy międzynarodowej. Wolności i prawa jednostki określone w Konwencji oraz ich definiowanie i konkretyzacja stosowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odgrywają znaczącą rolę w interpretacji norm prawa polskiego w zakresie kreowania standardów ochrony wolności i praw człowieka. Tezę tę potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego, który wskazał, iż „od momentu wstąpienia Polski do Rady Europy orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

⁵² Zob. R. Blanpain, M. Matey, *Europejskie prawo pracy w polskiej perspektywie*, Warszawa 1993, s. 203.

⁵³ K. W. Baran, *Wolności związkowe i ich gwarancje w systemie ustawodawstwa polskiego*, Bydgoszcz-Kraków 2001, s. 28–29.

w Strasburgu może i powinno być uwzględniane przy interpretacji przepisów prawa polskiego⁵⁴. Konwencja została powołana do ochrony praw obywatelskich i politycznych. W obrębie jej zainteresowań znalazła się także wolność zrzeszania się w związki zawodowe, ujęta w kategorii prawa socjalnego zagwarantowanego w art. 11, który przyznaje każdemu prawo do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych dla ochrony swoich interesów.

Wolność zrzeszania się jest jedną z podstawowych swobód człowieka, mocno utrwaloną w prawodawstwie międzynarodowym, które w drodze ratyfikacji stało się częścią polskiego porządku prawnego. Podsumowując znaczenie konwencji Rady Europy, zarówno Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności jak i Europejskiej Karty Społecznej, dla rozwoju i podnoszenia na wyższy poziom standardów związanych z wolnością zrzeszania się w związkach zawodowych jest nie do przecenienia. Postanowienia konwencji, a także orzecznictwo organów kontrolnych stworzyły przejrzysty i czytelny katalog zasad, stanowiących punkt odniesienia do budowy i oceny stanu prawnego obowiązującego w poszczególnych państwach członkowskich, w tym również w polskim systemie konstytucyjnym.

FREEDOM OF ASSOCIATION IN TRADE UNIONS IN THE SYSTEM OF THE COUNCIL OF EUROPE

Key words: freedom of association, trade unions, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Social Charter

Summary

Today, in addition to international organizations as global, which Poland is a member, on the importance of gaining regional organizations such as the Council of Europe. Polish membership in European organizations results in the fact that the Polish legal system are introduced legislation enacted and signed within the framework of these organizations. Also in the field of freedom of association in trade unions exist in our legal acts of the European level which primarily include the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

⁵⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 11 stycznia 1995 roku (III ARN 75/94, OSNP 1995, nr 9, poz. 106).

Aleksandra Mężykowska

współpracowniczka Uczelni Łazarskiego w Warszawie

Gwarancje prawa do świadczeń z zabezpieczenia społecznego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Słowa kluczowe: prawa społeczne, prawo do mienia, Europejski Trybunał Praw Człowieka, zakaz dyskryminacji, świadczenia emerytalne

1. Wstęp

Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej Konwencja lub EKPCz)¹ nie zawiera przepisu, który w sposób bezpośredni gwarantowałby prawa do świadczeń z zakresu ochrony socjalnej. Normatywną podstawą do oceny wywiązania się przez państwo członkowskie Rady Europy ze zobowiązania zapewniania świadczeń z zakresu zabezpieczenia społecznego oraz prawa do pomocy społecznej i medycznej są art. 12 i 13 Europejskiej Karty Społecznej.² Mimo tego, problematyka dostępu do różnego rodzaju świadczeń z zakresu ochrony socjalnej jest przedmiotem wielu orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej Trybunał, ETPCz). Niewątpliwie aktywność Trybunału na tym polu jest wyrazem jego stanowiska sformułowanego jeszcze pod koniec lat 70. XX w. w wyroku w sprawie *Airey*, w którym Trybunał podkreślił, że wiele z gwarantowanych Konwencją praw cywilnych i politycznych ma komponenty natury społecznej i ekonomicznej i że niemożliwe jest ścisłe rozdzielenie praw społecznych i ekonomicznych od zakresu praw objętych Konwencją.³ Pytanie o to, jak dalece powinna sięgać

¹ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

² Dz.U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67.

³ Wyrok ETPC w sprawie *Airey przeciwko Irlandii* z 9.10.1979 r., nr skargi 6289/73, § 26. Wszystkie powoływane w niniejszym opracowaniu wyroki ETPC pochodzą z oficjalnej bazy danych Rady Europy HUDOC, por. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>.

interpretacja praw zawartych w Konwencji w celu objęcia jej gwarancjami praw społecznych, w tym ochrony socjalnej, jest elementem szerszej dyskusji.⁴

Uwzględniając bardzo szeroki zakres orzecznictwa Trybunału w omawianym zakresie, niniejszy artykuł będzie koncentrował się jedynie na pewnym wycinku tej problematyki, a mianowicie omówieniu aktualnych tendencji w zakresie ochrony prawa do świadczeń z ochrony socjalnej gwarantowanych na podstawie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji. Jest to jedyny przepis Konwencji, który stwarza materialne podstawy do dochodzenia roszczeń z tytułu świadczeń z zabezpieczenia społecznego, ponieważ część z tych świadczeń mając wymiar materialny traktowana jest jako mienie. Tytułem uzupełnienia należy dodać, że ze względu na bardzo różnorodny charakter prawny świadczeń z zabezpieczenia społecznego, jedynie część z nich objęta będzie tym przepisem. Dlatego też dla całościowego przedstawienia systemu gwarancji socjalnych w ramach systemu Konwencji konieczne jest jeszcze uwzględnienie przede wszystkim art. 6 Konwencji – zapewniającego gwarancje procesowe dla dochodzenia w świetle prawa krajowego roszczeń o świadczenia, a także art. 14 Konwencji w zw. z art. 8 lub w zw. z art. 1 Prot. 1. W tym miejscu należy wskazać, że art. 8 nie może być samodzielną podstawą do skargi w zakresie braku przyznania świadczeń społecznych, z uwagi na to, że Trybunał bardzo wyraźnie wskazuje w swoim orzecznictwie, że choć przepis ten gwarantuje prawo do poszanowania życia rodzinnego, nie nakłada na państwa pozytywnego obowiązku zapewnienia różnych finansowych form pomocy społecznej.⁵ Rozstrzygając zarzuty dotyczące braku przyznania określonych świadczeń rodzinnych Trybunał kieruje się jednak zasadą, że przyznawanie świadczeń rodzinom wielodzietnym stanowi wyraz poszanowania prawa do życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 Konwencji i dlatego też

⁴ Szerzej na temat zacierania się granic pomiędzy pierwszą a drugą generacją praw człowieka patrz m.in. K. Łasak, *Prawa społeczne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2013; B. Gronowska, *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawa drugiej generacji – kilka refleksji o zacieraniu granic*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 9, s. 4–10; E. Palmer, *Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court on Human Rights*, „Erasmus Law Review” 2009, nr 2/4. Ogólnie na temat generacji praw człowieka por. K. Drzewicki, *Trzecia generacja praw człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1983, nr 10.

⁵ Por. m.in. wyroki ETPC w sprawach: *Niedzwiedzki przeciwko Niemcom* z 25.10.2005 r., nr skargi 58453/00, *Weller przeciwko Węgrom* z 31.03.2009 r., nr skargi 44399/05 oraz *Saidoun przeciwko Grecji* z 28.10.2010 r., nr skargi 40083/07. W kontekście tych skarg trzeba jednak dostrzec, że w sprawie *Grant p. Zjednoczonemu Królestwu* dotyczącej decyzji o nieprzyznaniu transseksualnej kobiecie świadczeń emerytalnych po osiągnięciu ustawowego wieku emerytalnego dla kobiet, Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji. Można więc stwierdzić, że bezpośrednią przyczyną naruszenia art. 8 Konwencji był brak wypłaty świadczenia, por. wyrok w sprawie *Grant przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 23.05.2006 r., nr skargi 32570/03.

mieści się w przedmiocie tegoż artykułu. W konsekwencji w sytuacjach, gdy przedmiot skargi objęty jest zakresem art. 8 Konwencji, zastosowanie w opinii Trybunału znajduje art. 14.

Dodatkowo warto pamiętać, że granice uprawnień do świadczeń z zakresu ochrony socjalnej gwarantowanych przez Konwencję wytycza także orzecznictwo Trybunału na gruncie art. 3 Konwencji. Artykuł ten powoływany był jako wzorzec kontroli w sprawach, w których skarżący podnosili, że wysokość otrzymywanego świadczenia jest niewystarczająca dla utrzymania nawet minimalnego poziomu egzystencji. Dotychczas Trybunał w żadnej ze spraw nie stwierdził naruszenia art. 3 na tym tle, wskazywał jednak, że co do zasady taka kwestia może być rozważana na gruncie tego przepisu.⁶ W sprawie *Larioshina* Trybunał wprost uznał, że wysokość świadczenia, które otrzymywała skarżąca – była to równowartość 25 euro, nie spowodowała u niej dolegliwości osiagających poziom uzasadniający zastosowanie art. 3 Konwencji. Trudno nie zadać sobie jednak pytania, jaka wysokość świadczenia, zdaniem Trybunału, osiągnęłaby ów konieczny poziom dolegliwości. Orzeczenie w sprawie *Larioshina* wydane zostało w 2002 r. i Trybunał nie pokusił się o wskazanie w nim owego minimalnego standardu. Warto jednak zauważyć, że w ostatnich latach Trybunał coraz częściej odwołuje się do standardów określonych m.in. w ramach Europejskiej Karty Społecznej w celu znalezienia odniesienia dla oceny wysokości przyznawanych świadczeń.⁷ Jeżeli weźmiemy pod uwagę tę okoliczność, nie można wykluczyć, że w kolejnych tego typu sprawach Trybunał zechce odwołać się do konkluzji Europejskiego Komitetu Praw Społecznych, jak choćby tych, przyjętych w styczniu 2014 r. w stosunku do Federacji Rosyjskiej, gdzie Komitet stwierdził, że wskazany przez Rosję minimalny poziom emerytury (kwota bazowej części emerytury w wysokości równowartości 59 euro) znajduje się znacząco poniżej poziomu ubóstwa.⁸ Przyjęcie perspektywy Europejskiej Karty Społecznej może doprowadzić Trybunał do dalej idących wniosków w zakresie nieposzanowania przez państwa praw społecznych, niż ma to miejsce dotychczas.

2. Rozwój orzecznictwa

Od pierwszych skarg dotyczących świadczeń z zakresu ochrony socjalnej podstawową kwestią, którą rozważyć musiały organy kontrolne Konwencji było to, czy daną kategorię świadczeń można było zakwalifikować jako

⁶ Decyzje ETPC w sprawach: *Larioshina przeciwko Rosji* z 23.04.2002 r., nr skargi 56869/00, *Pancenکو przeciwko Łotwie* z 28.10.1999 r., nr skargi 40772/98.

⁷ Por. wyrok ETPC w sprawie *Stefanetti i inni przeciwko Włochom* 14.04.2014 r., nr skargi 21383/10 i nast.

⁸ European Committee on Social Rights, Conclusions 2013, Russian Federation, styczeń 2014 dostępny na stronie internetowej: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/conclusions/State/RussianFederation2013_en.pdf.

mienie. I choć prawa, interesy i roszczenia z zakresu prawa ubezpieczeń społecznych oraz zabezpieczenia społecznego, wynikające z prawa publicznego, w większości państw nie stanowią własności, przez Trybunał w Strasburgu ze względu na swoją wartość materialną zaliczane są, przynajmniej w części, do kategorii dóbr chronionych na podstawie art. 1 Protokołu nr 1.⁹

Jeszcze w latach 70-tych i 80-tych Europejska Komisja Praw Człowieka (dalej Komisja) uzależniała przyznanie ochrony w zakresie świadczeń ubezpieczeniowych od tego, z jakiego rodzaju systemu ubezpieczeniowego wypłacane jest dane świadczenie. Zgodnie z tym podziałem w systemach opartych na zasadzie solidarności społecznej, w których nie istniał konieczny związek między składką a wysokością świadczenia, nie powstawało ściśle określone możliwe do zidentyfikowania prawo, które byłoby chronione zakresem art. 1 Protokołu nr 1. Natomiast w odniesieniu do systemów, w których świadczenie skorelowane było z płaconą składką Trybunał uznawał, że „ponoszone przez skarżącego ciężary tworzą indywidualne prawo do części takiego funduszu i mogą być chronione przez art. 1”.¹⁰

Do momentu wydania decyzji w sprawie *Stec* orzecznictwo Komisji i Trybunału było wyjątkowo niejednolite. Dopiero w tym orzeczeniu Trybunał uznał, że dalsze utrzymywanie rozróżnienia pomiędzy składkowymi i nieskładkowymi świadczeniami dla celów zastosowania art. 1 Protokołu nr 1 nie ma uzasadnienia.¹¹ Było to spowodowane kilkoma przyczynami. Przede wszystkim Trybunał dostrzegł mnogość rozwiązań krajowych w zakresie finansowania poszczególnych systemów, która nie pozwalała na idealne rozgraniczenie poszczególnych rodzajów systemów. Po drugie, Trybunał podkreślił, iż system strasburski jest przecież systemem ochrony praw człowieka, w ramach którego należy brać pod uwagę zmieniające się warunki w państwach członkowskich, a przede wszystkim konieczność zapewnienia takiej interpretacji Konwencji, która sprawia, że gwarantowane w niej prawa są chronione w sposób praktyczny i skuteczny, a nie teoretyczny i iluzoryczny. Po trzecie, Trybunał zapewnić musi, aby proces interpretacji poszczególnych postanowień Konwencji był spójny i harmonijny. W tym względzie Trybunał wskazał na rozwój orzecznictwa na gruncie art. 6 Konwencji, gdzie m.in. w sprawie *Schuler-Zgraggen p. Szwajcarii* uznał, że rozwój prawa oraz zasada równego traktowania powodują konieczność przyjęcia stanowiska, iż zasadą generalną dotyczącą art. 6 jest stosowanie go w zakresie postępowań z zabezpieczenia społecznego, włączając pomoc społeczną.¹² Po czwarte Try-

⁹ L. Garlicki [w:] L. Garlicki, red. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, tom I, Warszawa 2010, s. 490 i 493.

¹⁰ Por. decyzje Komisji w sprawach: *Müller przeciwko Austrii* z 1.10.1975 r., □nr skargi 5849/72; *G przeciwko Austrii* z 14.05.1984 r., nr skargi 10094/82; *De Kleine Staarman przeciwko Niderlandom* z 16.05.1985 r., nr skargi 10503/83.

¹¹ Decyzja ETPC w sprawie *Stec przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 6.07.2005 r., nr skarg 65731/01 i 65900/01, § 47-51.

¹² Warto zaznaczyć, że sprawa *Schuler-Zgraggen p. Szwajcarii* nie była pierwszą, w której Trybunał stanął na stanowisku, że gwarancje z art. 6 powinny mieć zastosowanie

bunał podkreślił, że wiele krajowych systemów prawnych dostrzegając, iż część jednostek jest całkowicie zależna od państwowych świadczeń społecznych i pomocowych, traktuje wypłatę świadczeń, dla osób spełniających warunki ich otrzymania, jako prawo podmiotowe, którego realizacji można domagać się przed organami krajowymi. Dlatego też zdaniem ETPCz, w sytuacjach, kiedy jednostka ma możliwe do dochodzenia zgodnie z prawem krajowym uprawnienie do świadczeń, powinno to znaleźć odzwierciedlenie w możliwości zastosowania do takich sytuacji art. 1 Protokołu nr 1. Wreszcie po piąte, Trybunał podkreślił, że zrównanie ochrony świadczeń z systemów składkowych i nieskładkowych uwzględnia perspektywę Europejskiej Karty Społecznej i tego, że Trybunał stoi na stanowisku niemożności ścisłego rozdzielenie praw społecznych i ekonomicznych od zakresu praw objętych Konwencją.

3. Zakres prawa do świadczeń z tytułu ochrony socjalnej na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 do EKPCz – zasady ogólne wynikające z orzecznictwa ETPCz

W świetle obecnie ukształtowanego orzecznictwa należy stwierdzić, iż ogólną zasadą jest, że prawem majątkowym w rozumieniu art. 1 Prot. 1 są świadczenia wynikające z ustanowionego przez państwa systemu ubezpieczenia/zabezpieczenia społecznego wypłacane zarówno z systemów składkowych, jak i nieskładkowych, mające charakter roszczeniowy/podmiotowy – co Trybunał ujmuje słowami: *payment as a right of a welfare benefit* i należne osobom spełniającym warunki określone w prawie do nabycia danego świadczenia.¹³ Na tle tak sformułowanej zasady ogólnej trzeba uznać, że Trybunał bardzo szeroko zakreślił przedmiot prawa do mienia w kolejnych orzeczeniach, w których stwierdził, że ochrona ta może obejmować zarówno świadczenia z ubezpieczenia społecznego, jak i z pomocy społecznej¹⁴.

w sprawach dotyczących świadczeń z zabezpieczenia społecznego. Por. wyrok ETPC w sprawie *Schuler-Zgraggen przeciwko Szwajcarii* z 24.06.1993 r., nr skargi 14518/89. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na sprawy *Feldbrugge p. Niderlandom*, czy *Deumeland p. Niemcom*, oraz na sprawę *Salesi p. Włochom*, w której Trybunał nie tylko zastosował art. 6, ale stwierdził też, że na obecnym etapie rozwoju prawa ochrony społecznej rozróżnienie na ubezpieczenie społeczne oraz pomoc społeczną nie może być traktowane jako kwestia fundamentalna. Por. wyroki ETPC w sprawach: *Feldbrugge przeciwko Niderlandom* z 25.05.1986 r., nr skargi 8562/79, *Deumeland przeciwko Niemcom* z 29.05.1986 r., nr skargi nr 9384/81, *Salesi przeciwko Włochom* z 26.02.1993 r., nr skargi 13023/87. Sprawa *Schuler-Zgraggen p. Szwajcarii* jest natomiast istotna, ponieważ Trybunał uznał w niej, że proceduralna ochrona na gruncie art. 6 ma daleko idące skutki o charakterze materialnym. W literaturze wskazuje się nawet, iż ochrona udzielona przez Trybunał skarżącej w istocie jest tak daleko idąca, jakby udzielona została na gruncie Protokołu nr 12 do EKPCz. Por. I.E.Koch, *Human Rights as Indivisible Rights: the protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, 2009 Leiden, s. 185.

¹³ Por. wyrok ETPC w sprawie *Carson i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 16.03.2010 r., nr skargi 42184/05, § 64.

¹⁴ Por. wyrok ETPC w sprawie *Moskal przeciwko Polsce* z 15.09.2009 r., nr skargi 10373/05, § 38.

Przy dokonywaniu oceny co do możliwości zakwalifikowania danego uprawnienia do świadczeń do kategorii mienia, warto mieć na względzie zasygnalizowaną już wcześniej ewolucję poglądów Trybunału co do związku pomiędzy charakterem danego uprawnienia bądź obowiązku jako wynikającego z prawa prywatnego bądź publicznego, a możliwością zastosowania gwarancji z art. 6. Niewątpliwie odejście przez Trybunał od poglądu na gruncie art. 6, stanowiącego, iż determinujący charakter dla przyznania ochrony Konwencji ma prywatny charakter danego uprawnienia, ma wpływ także na zakres ochrony na gruncie art. 1 Protokołu nr 1.¹⁵ Obecnie kwestią decydującą w zakresie możliwość zastosowania art. 6 Konwencji jest ekonomiczna natura spornego świadczenia oraz to, czy uprawnienie do domagania się wypłaty świadczenia ma wyraźną podstawę w prawie krajowym. Jedynie na marginesie należy w tym momencie podkreślić, że są to warunki porównywalne do tych, jakie muszą być spełnione w przypadku zastosowania art. 1 Protokołu nr 1. Wprowadzenie do interpretacji art. 6 materialnego charakteru świadczenia ustanawia niewątpliwie nawiązanie do siatki pojęciowej stosowanej na gruncie art. 1 Protokołu nr 1. W sposób oczywisty zakres gwarancji obu tych przepisów jest inny, jednakże używanie tych samych pojęć interpretacyjnych niewątpliwie zbliża do siebie te przepisy, co powoduje wzajemne oddziaływanie i sprzyja zachowaniu spójności interpretacji Konwencji.¹⁶

W świetle art. 1 Protokołu nr 1 dla prawidłowego rozstrzygnięcia charakteru prawnego spornego świadczenia, niezbędne jest uwzględnienie przez Trybunał prawa krajowego. Patrząc przez pryzmat takiej oceny na prawo polskie dostrzec można, że nie wszystkie rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę krajowego będą pozwalały na bezsporne określenie charakteru poszczególnych świadczeń. Jako przykład wskazać można np. wątpliwości dotyczące tego, czy renta socjalna mieści się w zakresie ubezpieczenia społecznego, czy w zakresie pomocy społecznej. Trybunał Konstytucyjny wypowiadając się o relacji pomiędzy tymi dwoma formami realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego, wskazywał na liczne różnice pomiędzy nimi m.in. w zakresie samych świadczeń. I tak podnosił on bezekwiwalentność pomocy społecznej w przeciwieństwie do świadczeń ubezpieczeniowych, które mają charakter wzajemny, czy też fakt, że świadczenia ubezpieczeniowe mają charakter roszczeniowy, podczas gdy przyznawanie świadczeń z opieki społecznej opiera się *w dużej mierze* (zaznaczenie dodane) na uznaniowości.¹⁷ Natomiast renta socjalna, przyznawana na podstawie ustawy o rencie socjalnej nie jest ani świadczeniem z pomocy społecznej, ani świadczeniem z ubezpieczenia społecznego, choć warunki jej nabycia ukształtowane zostały

¹⁵ Por. wyrok ETPC w sprawie *Le Calvez przeciwko Francji* z 29.07.1998 r., nr skargi 73/1997/857/1066.

¹⁶ I. E. Koch, *op. cit.*, s. 186.

¹⁷ Wyrok TK z 31.03.2008 r., sygn. P 20/07, OTK nr 2/A/2008, poz. 31.

przez przepisy w sposób bardziej zbliżony do warunków nabywania świadczeń ubezpieczeniowych z ubezpieczenia społecznego niż nabywania świadczeń z pomocy społecznej.¹⁸ Wydaje się, że wskazanie choć tego jednego przykładu ilustruje dobrze problemy, jakie napotkać może Trybunał rozstrzygając charakter prawny danego świadczenia w celu zastosowania prawidłowego wzorca kontroli konwencyjnej.

Prawo do określonego świadczenia jeżeli stanowi mienie w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1 podlega warunkom ochrony sprecyzowanym w tym artykule. W tym względzie w szczególności pamiętać należy, że zakres ochrony ograniczony jest jedynie do istniejących interesów/praw/roszczeń, z uwagi na fakt, że Protokół nr 1 w swej konstrukcji nie chroni prawa do nabycia własności.¹⁹ Tak więc w sytuacji, gdy skarżący nie spełnia warunków ustawowych wypłaty danego świadczenia, nie może domagać się jego ochrony na gruncie art. 1 Protokołu nr 1. Brak spełnienia ustawowych przesłanek otrzymania świadczenia choć wyklucza ochronę sytuacji skarżącego na gruncie art., 1 Protokołu nr 1, w przypadkach świadczeń mających charakter roszczeniowy jest okolicznością, która może być oceniona przez pryzmat art. 14 Konwencji w zw. z art. 1 Protokołu nr 1.

Drugim warunkiem determinującym zakres ochrony prawa do świadczeń na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 jest okoliczność, iż system strasburski nie nakłada na państwa żadnych obowiązków i wskazówek w zakresie decyzji co do stworzenia jakiegokolwiek formy systemu zabezpieczenia społecznego, ani świadczeń, jakie w ramach takiego systemu powinny być oferowane. Jeżeli jednak państwo decyduje się na uchwalenie przepisów przewidujących prawo do określonych świadczeń, ustawodawstwo takie musi być traktowane jako ustanawiające interes właścicielski objęty zakresem art. 1 Protokołu nr 1 dla osób, które spełniają sprecyzowane w nim warunki²⁰. Sam fakt, że świadczenie może ulec ograniczeniu bądź może nastąpić przerwa w jego wypłacie nie pozbawia tego świadczenia cech „mienia” w rozumieniu systemu konwencyjnego²¹. Trybunał bardzo wyraźnie podkreśla, że jeżeli uprawnienie do świadczenia jest uzależnione od spełnienia określonych warunków, warunkowe roszczenie wynikające z braku spełnienia tych przesłanek nie może być traktowane jako chroniona „własność”²². Interes właścicielski chroniony będzie więc w stosunku do osób, które spełniają przesłanki wynikające z ustawodawstwa krajowego. Jednakże nawet w takim wypadku zakresu ochrony wynikającej z art. 1 Protokołu nr 1 nie należy

¹⁸ Wyrok TK z 25.06.2013, sygn. akt P 11/12.

¹⁹ Por. wyrok ETPC w sprawie *Kopecký przeciwko Czechom* z 28.09.2004 r., nr skargi 44912/98, § 35 (b).

²⁰ Por. *Kopecký przeciwko Czechom*, op. cit., § 54.

²¹ Por. wyrok ETPC w sprawie *Beyeler przeciwko Włochom* z 5.01.2000 r., nr skargi 33202/96, § 105.

²² Por. wyrok ETPC w sprawie *Rasmussen przeciwko Polsce* z 28.04.2009 r., nr skargi 38886/05, § 71.

rozumieć jako przyznającej jednostce prawo do świadczeń w określonej wysokości²³. Podobnie, prawo do poszanowania mienia nie gwarantuje prawa do otrzymywania świadczenia np. emerytalnego w związku z pracą świadczoną w innym państwie niż państwo pozwane²⁴.

4. Orzecznictwo ETPCz w sprawach dotyczących poszczególnych praw

Na tle tak zarysowanych zasad ogólnych wynikających z orzecznictwa Trybunału i wskazujących zakres ochrony świadczeń z zabezpieczenia społecznego należnych jednostkom znajdującym się w granicach jurysdykcji państw stron Konwencji, warto w orzecznictwie Trybunału wyodrębnić kilka trendów obrazujących aktualną aktywność Trybunału w tym zakresie.

Jak już wskazane zostało powyżej, w sytuacjach, gdy prawo do określonego świadczenia z zabezpieczenia społecznego stanowi mienie w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1, jego ochrona podlega warunkom ochrony sprecyzowanym w tym artykule. Przede wszystkim należy zauważyć, że ingerencja w to prawo jest dopuszczalna jedynie na podstawie prawa, w celu ochrony ważnego interesu społecznego i z zachowaniem środków proporcjonalnych do jego realizacji. Szczególne miejsce w rozważaniach Trybunału zajmuje interpretacja i ocena proporcjonalności zastosowanych środków. Wszystkie dotychczasowe ingerencje państw w uprawnienia o charakterze społecznym chronione na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 oceniane były szczególnie przez pryzmat tej zasady chroniącej prawo do mienia.

Art. 1 Protokołu nr 1 gwarantuje jedynie prawo do poszanowania istniejącego mienia. W sytuacji, gdy państwo ogranicza lub zaprzestaje wypłaty świadczenia, takie działanie państwa stanowi ingerencję w prawo własności i wymaga uzasadnienia²⁵. Szczególnie ważnymi elementami oceny są w takich przypadkach dwa faktory: czy w konsekwencji pozbawienia świadczeń bądź ograniczenia wysokości ich wypłaty na jednostkę nie nałożono nadmiernego ciężaru oraz czy ingerencja w uprawnienia skarżącego do otrzymywania świadczenia z systemu ubezpieczeń społecznych nie skutkowałą naruszeniem samej esencji praw²⁶. Wśród spraw związanych z ingerencją państwa ocenianą w świetle gwarancji płynących z art. 1 Protokołu nr 1 warto wyodrębnić dwie grupy sytuacji.

²³ Por. wyrok w sprawie *Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii* z 12.10.2004 r., nr skargi 60669/00, decyzja ETPC w sprawie *Domalewski przeciwko Polsce* 15.06.1999 r., nr skarga 34610/97, decyzja ETPC w sprawie *Janković przeciwko Chorwacji* z 12.10.2000 r., skarga nr 43440/98.

²⁴ Por. decyzja ETPC w sprawie *L.B.przeciwko Austrii* 18.04.2002 r., nr skargi 39802/98.

²⁵ Por. *Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii*, *op. cit.*, § 40 oraz *Rasmussen przeciwko Polsce*, *op. cit.*, § 71.

²⁶ Por. *Domalewski przeciwko Polsce*, *op. cit.*

4.1. Sytuacje całkowitego pozbawienia uprawnienia do świadczenia

Pierwsza grupa spraw, to sprawy, w których w wyniku ingerencji w prawo do poszanowania mienia – Trybunał traktował te sytuacje na ogół właśnie jako dotyczące ingerencji w normę ogólną statuującą prawo do spokojnego korzystania z własności – dochodziło do pozbawienia jednostek całości otrzymywanego przez nie świadczenia. W sprawach tych Trybunał zasadniczo dochodzi do wniosku, iż decyzje władz pozbawiające jednostki świadczeń nakładały na nie nadmierny i nieproporcjonalny ciężar, który nawet mając na uwadze szeroki margines oceny przynależny władzom w zakresie ustawodawstwa socjalnego, nie mógł być usprawiedliwiony uzasadnionymi względami społecznymi, na które powoływały się władze.²⁷ Sprawą precedensową dla wyznaczenia konwencyjnego wzorca ochrony w tego typu sprawach w odniesieniu do spraw polskich, była sprawa *Moskal p. Polsce*, a następnie sprawa *Lewandowski p. Polsce*.²⁸ Trybunał, który zakomunikował rządowi łącznie 121 spraw dotyczących „odebrania” prawa do wcześniejszych emerytur, w 22 sprawach stwierdzał naruszenie prawa do poszanowania mienia w przypadkach, w których działania władz przełamywały zasadę proporcjonalności ingerencji państwa w prawo do poszanowania mienia skarżących. We wszystkich tych sprawach ZUS z urzędu wznawiał postępowania w sprawie przyznania prawa do wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki i równocześnie decydował o wstrzymaniu wypłaty świadczenia. W decyzjach zapadających w konsekwencji wznowienia postępowań skarżącym odmawiano prawa do świadczeń z uwagi na niewystępowanie u ich dzieci schorzeń, które kwalifikowały do otrzymania prawa do wcześniejszej emerytury. Trybunał oceniając tego rodzaju sytuacje brał pod uwagę przede wszystkim to, iż skarżący w dobrej wierze składali wnioski o wcześniejszą emeryturę, a władze stosunkowo późno (od kilku miesięcy do kilku lat) dostrzegały swój błąd i wydawały nowe decyzje, w których odmawiały skarżącym prawa do wcześniejszej emerytury. Po drugie Trybunał zwracał uwagę, że po dostrzeżeniu omyłki organy krajowe działały błyskawicznie i niejednokrotnie w ciągu jednego dnia od wszczęcia postępowania wydawały decyzje konieczne do odebrania skarżącym prawa do emerytury, co skutkowało nagłym pozbawieniem ich środków do życia. W ocenie Trybunału takie działanie w wielu przypadkach stanowiło dla skarżących nieproporcjonalny i nadmierny ciężar. Trybunał dostrzegł też fakt, że ingerencja następowała w celu skorygowania błędu władz publicznych, do którego powstania skarżący się nie przyczynili.

²⁷ Por. *Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii*, op. cit., § 45.

²⁸ Por. wyroki ETPCz w sprawach: *Moskal przeciwko Polsce* oraz *Lewandowski przeciwko Polsce* z 2.10.2012, skarga nr 38459/03 oraz m.in. K. Łasak, *Glosa do wyroku ETPCz z dnia 15 września 2009 r.*, 10373/05, GSP-Prz.Orz. 2010, nr 3–4, s. 235, a także M. Jackowski, *Glosa do wyroku z 15 IX 2009 w sprawie Moskal v. Polska*, skarga nr 10373/05, „Państwo i Prawo” 2010, nr 7, s. 115.

Warto zauważyć, że po zapadnięciu pierwszych wyroków, które wyraźnie wskazywały linię orzecniczą przyjętą przez Trybunał, znaczna część zawisłych skarg zakończyła się zawarciem ze skarżącymi ugód, bądź przedłożeniem przez rząd deklaracji jednostronnych. Z drugiej strony należy podkreślić, że grupa spraw, która wydawała się z początku bardzo jednorodna, bynajmniej taka nie była. Aż 21% skarg zostało zakończonych decyzjami o niedopuszczalności, ponieważ Trybunał nie dopatrywał się w nich złamania zasady proporcjonalności. Po wnikliwym zbadaniu okoliczności faktycznych, okazało się, że niektórzy ze skarżących po otrzymaniu prawa do świadczenia nie rezygnowali bowiem z zatrudnienia bądź podejmowali je u tego samego pracodawcy. W okolicznościach weryfikacji uprawnienia do świadczenia nie zostawali więc bez środków do życia, nie byli też pozbawieni perspektyw znalezienia nowego zatrudnienia.²⁹

W świetle powyższych uwag należy stwierdzić, że nawet ingerencja polegająca na całkowitym pozbawieniu jednostki prawa do świadczeń, może być przez Trybunał uznana za uzasadnioną, o ile w konsekwencji pozbawienia świadczeń na jednostkę nie nałożono nadmiernego ciężaru i nie pozbawiono jej środków do życia.

4.2. Sytuacje ograniczenia świadczenia bądź zmiany jego formy

W praktyce Trybunału znacznie częstszą sytuacją niż sytuacja pozbawienia uprawnień do świadczeń jest sytuacja redukcji różnego rodzaju świadczeń głównych lub świadczeń powiązanych, bądź przekształcenie formy dotychczas otrzymywanego świadczenia. Tego typu sytuacje były w ostatnich latach często przedmiotem oceny Trybunału, także na tle rozgrywającego się kryzysu ekonomicznego.³⁰ Ocena Trybunału zależy od okoliczności sprawy i indywidualnej sytuacji skarżącego. W wielu swoich orzeczeniach Trybunał zawierał ogólne sformułowanie stwierdzające, że całkowite pozbawienie uprawnień do świadczeń skutkujące utratą środków do życia będzie zasadniczo stanowiło naruszenie prawa własności w przeciwieństwie do wprowadzenia uzasadnionych i ograniczonych redukcji świadczeń.³¹

W sytuacji redukcji wysokości świadczenia, wysokość tej redukcji nie jest oczywiście jedynym czynnikiem brany pod uwagę przez Trybunał. We

²⁹ Por. m.in. decyzje ETPC w sprawach: *Strycharz przeciwko Polsce* z 26.11.2013 r., nr skargi 21490/04, *Rzepa przeciwko Polsce* z 9.04.2013 r., nr skargi 30361/04, *Kopta przeciwko Polsce* z 11.04.2014 r., nr skargi 34997/04.

³⁰ Por. decyzje ETPC w sprawach *Koufaki i Adedy przeciwko Grecji* z 7.5.2013 r., nr skarg 57665/12 i 57657/12; *Da Conceição Mateus przeciwko Portugalii* i *Santos Januário przeciwko Portugalii* z 31.10.2013, nr skarg 62235/12 i 57725/12.

³¹ Por. wyrok ETPC w sprawie *Apostolakis przeciwko Grecji* z 22.10.2009 r., nr skargi 39574/07, § 41–42, wyrok ETPC w sprawie *Maggio i inni przeciwko Włochom* z 31.05.2011 r., nr skarg 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 i 56001/08, § 63, decyzja ETPC w sprawie *Frimu i 4 inne przeciwko Rumunii* z 7.02.2012, nr skargi 45312/11, § 42-48.

wszystkich sprawach, w których zachodziła konieczność oceny zachowania zasady proporcjonalności, Trybunał podejmował się oceny w świetle całości okoliczności spraw m.in. biorąc pod uwagę wpływ obniżenia poziomu świadczenia na sytuację finansową skarżącego i jego warunki życiowe. Ocena ingerencji oparta jest dodatkowo na zasadzie sformułowanej już w latach 80-tych w orzecznictwie Komisji, iż nawet w sytuacjach, kiedy określone prawo do świadczeń socjalnych może być oceniane z punktu widzenia prawa do ochrony mienia, art. 1 Protokołu nr 1 nie może być interpretowany jako przyznający jednostce prawo do świadczenia w określonej wysokości. W bogatym orzecznictwie Trybunału w zakresie ograniczania prawa do świadczeń warto wyróżnić trzy sytuacje obrazujące kierunki orzekania ETPCz:

a) Do pierwszej grupy sytuacji należy zaliczyć oszczędnościowe działania państw związane z pogłębiającą się sytuacją kryzysu ekonomicznego skutkującą obniżeniem wynagrodzeń, różnego rodzaju dodatkowych świadczeń, bonusów oraz emerytur. Skargi na tym tle wpłynęły do Trybunału m.in. z dotkniętych kryzysem Grecji i Portugalii.³² Trybunał kwalifikował tego typu skargi jako niedopuszczalne, uwzględniając, że wprowadzone redukcje nie były tego rodzaju, iż narażałyby skarżących na dyskomfort czy trudności nie do pogodzenia z wymogami art. 1 Protokołu nr 1. Trybunał uznał, że tak długo, jak władza ustawodawcza nie przekracza granic marginesu oceny, przynależnego jej przecież w sprawach z zakresu ochrony socjalnej, nie jest rolą Trybunału ocenianie czy podjęte środki były najlepszymi do zmierzenia się z zaistniałymi problemami. Podobnie redukcje emerytur zostały przez Trybunał uznane za proporcjonalne, w świetle wyjątkowych problemów finansowych, jakie dotknęły państwa. Zachowana została równowaga pomiędzy prawami jednostek, a interesem ogólnym.

b) Do drugiej grupy należą orzeczenia dotyczące sytuacji redukcji świadczeń w ramach trwających procesów transformacji ustrojowych. Już w pierwszych sprawach polskich rozstrzyganych przez Trybunał w zakresie omawianej problematyki dotyczących pozbawienia kombatanta jego statusu kombatanckiego, a w konsekwencji przysługujących kombatantom praw w postaci kombatanckiego dodatku do emerytury otrzymywanej w ramach powszechnego systemu emerytalnego Trybunał uznał, że sytuacja taka nie narusza art. 1, ponieważ świadczenie emerytalne z systemu powszechnego nie zmienia się, a więc skarżący nie jest pozbawiony decyzją władz środków do życia.³³ Ta linia orzecznicza potwierdzona została w późniejszych orzeczeniach np. w sprawie *Rasmussen p. Polsce*, czy *Iwaszkiewicz p. Polsce*³⁴,

³² Por. *Koufaki i Adedy przeciwko Grecji*, op. cit., *Da Conceição Mateus przeciwko Portugalii*, op.cit i *Santos Januário przeciwko Portugalii*, op. cit.

³³ Por. *Domalewski przeciwko Polsce*, op. cit., a także decyzja ETPC w sprawie *Skórkiewicz przeciwko Polsce* z 1.06.1999 r., nr skargi 39860/98.

³⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Iwaszkiewicz przeciwko Polsce* z 26.07.2011 r., nr skargi 30614/06.

w których Trybunał uznawał, iż prawo skarżących do świadczenia nie zostało naruszone w sposób ingerujący w sam rdzeń uprawnień wynikających z systemu ubezpieczeń, ponieważ skarżący, choć pozbawieni specjalnych przywilejów, nadal mogli korzystać ze świadczeń z powszechnego systemu ubezpieczeń.

Za doskonałą ilustrację linii orzeczniczej Trybunału służyć też może rozstrzygnięcie w sprawie *Cichopek i 1627 innych p. Polsce*³⁵, w której skarżący zarzucali, iż tzw. ustawa deubekizacyjna z 2009 r. w sposób arbitralny obniżyła ich emerytury do poziomu, którego nie można uzasadnić żadnym prawowitym celem chroniącym interes publiczny. Ustawodawca zdecydował się na obniżenie emerytur byłych funkcjonariuszy UB poprzez zezwolenie na ich ponowne przeliczenie. Każdy rok pracy w służbach był zaliczany tak, jak okresy nieskładkowe. W ten sposób skarżącym nie tylko odebrano dotychczasowe przywileje – dotychczasowe przeliczniki były wyższe niż stosowane dla normalnej pracy (2,6% zamiast 1,3% uposażenia za każdy rok pracy), lecz co więcej okres zatrudnienia w SB potraktowany był tak, jak okres bez pracy (0,7% uposażenia za każdy rok pracy w okresie 1944–1989). Skarżący zarzucali też, że stali się ofiarami dyskryminacji, a co więcej, że ustawa z 2009 r. uczyniła ich zbiorowo odpowiedzialnymi za przestępstwa, uchybienia i nieprawości systemu komunistycznego, co uwłacza ich prawo do poszanowania dobrego imienia. Trybunał oceniając proporcjonalność interwencji ocenił, że nie była ona nieproporcjonalna w tym sensie, że naruszyłaby istotę przynależnych skarżącym praw emerytalnych, a co więcej, nie pozbawiała skarżących całkowicie środków do życia. Co ważne dla tej grupy spraw Trybunał uznał, że służba skarżących w służbie bezpieczeństwa, celem istnienia której było naruszanie praw człowieka chronionych przez Konwencję, powinna być postrzegana jako przesłanka dla określenia kręgu osób, których w sposób uzasadniony mogą dotyczyć ograniczenia świadczeń emerytalnych. Polskie władze nie rozszerzyły kręgu podmiotu, których dotknęły redukcje poza osoby, w stosunku do których można było uznać, że pracowały na rzecz służb bezpieczeństwa; celem ograniczeń było zapewnienie większej sprawiedliwości systemu emerytalnego poprzez pozbawienie przywilejów jakimi cieszyli się członkowie byłej komunistycznej policji politycznej. Cel ten Trybunał uznał za uzasadniony.

c) Do trzeciej grupy spraw, w których dochodziło do zmiany wypłacanych świadczeń, są sytuacje wynikające ze zmian wprowadzanych w systemach emerytalnych. W tej grupie skarg znalazły się skargi dotyczące przekształceń systemów emerytalnych wynikające w głównej mierze z sytuacji ekonomicznej państw, powodującej, że szukały i nadal szukają one oszczędności m.in. poprzez ograniczenie bądź likwidację kapitałowej części systemu emerytur. Tę do rozważań Trybunału była do tej pory przede wszystkich refor-

³⁵ Decyzja E/TPC w sprawie *Cichopek i 1627 innych przeciwko Polsce* z 14.05.2013 r., nr skargi 15189/10.

ma systemu emerytalnego na Węgrzech, rozpoczęta pod koniec 2010 r. Wprowadzone zmiany polegały m.in. na tym, że zniesiony został dotychczasowy obowiązek uczestniczenia w drugim prywatnym filarze emerytalnym, a w konsekwencji członkowie prywatnych funduszy emerytalnych, uzyskali możliwość wyboru pomiędzy powrotem do państwowego systemu emerytalnego a dobrowolnym pozostaniem w prywatnych funduszach emerytalnych. Co więcej zawieszono odprowadzanie składek do drugiego filara systemu emerytalnego na okres 14 miesięcy. Ubezpieczonym, którzy zdecydowali się na powrót do państwowego systemu emerytalnego utrzymano prawo do pełnej emerytury z systemu państwowego. Natomiast ci, którzy zdecydowali się pozostać w prywatnym systemie musieli zrzec się praw do emerytury z systemu zabezpieczenia społecznego, która przysługiwałaby im w ramach państwowego systemu emerytalnego po 2011 r. W efekcie 96,9% ubezpieczonych zgodziło się na automatyczny powrót do systemu państwowego. Tak drastyczne reformy systemu złagodzone zostały częściowo przez zmiany wprowadzone w 2012 r., które przywróciły osobom, które zdecydowały się na uczestnictwo w prywatnych funduszach emerytalnych możliwość uzyskania emerytury z funduszu państwowego, choć w ograniczonej wysokości.

Trzeba przyznać, że Trybunał dosyć pobieżnie ocenił powyższe zmiany, które pojawiły się jako podstawa skarg wnoszonych do niego przeciwko Węgrom. W orzeczeniu w sprawie *E.B. p. Węgrom*³⁶ uznał, odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, że gwarancje prawa do poszanowania mienia nie obejmują prawa do określonej wysokości emerytury. Odnosząc się do zarzutów skarżącej co do tego, że nowoprzyjęte zasady są niekorzystne dla osób, które zdecydowały się na pozostanie w funduszach prywatnych zauważył, że: wybór prywatnego ubezpieczyciela jest fakultatywny, skarżąca nie została pozbawiona wcześniejszych składek do funduszu prywatnego, które są zbierane na jej koncie, a co więcej jest ona uprawniona do przekierowania tych świadczeń do systemu państwowego; przy obliczaniu emerytury będą wzięte pod uwagę zarówno okresy składkowe przed datą reform, jak i po; zastosowane metody obliczeniowe uwzględniają wysokość kontrybucji zarówno do funduszu państwowego, jak i prywatnego; a cały okres płacenia składek zarówno do funduszu państwowego, jak i prywatnego odzwierciedlony jest w przyszłych uprawnieniach emerytalnych. Te względy skłoniły Trybunał do konkluzji, iż nie doszło do naruszenia prawa własności także, co interesujące w aspekcie ewentualnych uzasadnionych oczekiwań co do otrzymywania emerytury w przyszłości. Trybunał uznał też, że nie bez znaczenia jest fakt, iż sytuacja, na którą skarżyła się skarżąca, była rezultatem dokonanego przez nią wyboru.

Z innymi zmianami systemu emerytalnego Trybunał musiał się zmierzyć oceniając sytuację we Włoszech, która to sytuacja również wygenerowała

³⁶ Decyzja ETPC w sprawie *E.B. przeciwko Węgrom* z 15.01.2013 r., nr skargi 34929/11.

znaczącą liczbę skarg. Sprawa *Maggio i inni p. Włochom*³⁷ (oraz kolejne) dotyczyła retrospektywnego zastosowania przepisów, które wprowadzały niekorzystne zasady przeliczania okresów pracy dla osób chcących pobierać emeryturę we Włoszech, które część życia zawodowego przepracowały w Szwajcarii. Nowowprowadzone przepisy powodowały znaczne – około 40% obniżenie przyszłych emerytur. Trybunał ocenił, że mając na uwadze fakt, iż składki płacone przez skarżących w Szwajcarii były znacznie niższe niż te, jakie w odpowiednich okresach byłiby oni zobowiązani płacić we Włoszech, działania władz państwowych powodowane były uzasadnionym interesem publicznym w postaci zrównoważenia obciążeń systemu emerytalnego, a co więcej skutki wprowadzonych zmian nie powodowały naruszenia istoty przysługujących skarżącym praw emerytalnych. Nie doszło więc do naruszenia praw gwarantowanych art. 1 Protokołu nr 1.

Co interesujące, te same zmiany legislacyjne, aczkolwiek powodujące znacznie bardziej dolegliwe konsekwencje dla skarżących polegające m.in. na 67% redukcji wysokości świadczenia w stosunku do świadczenia, które wypłacone byłoby zgodne z wcześniejszymi zasadami, zostały już przez Trybunał ocenione w późniejszych orzeczeniach jako naruszenie prawa własności. W sprawie *Stefanetti i inni p. Włochom*³⁸ ETPCz ocenił sytuację skarżących biorąc szczegółowo pod rozwagę dwa aspekty. Po pierwsze, znaczny stopień redukcji świadczeń, który w sytuacji większości skarżących skutkował obniżeniem poziomu świadczeń poniżej średniej miesięcznej emerytury we Włoszech. Trybunał uznał, odwołując się do ocen Europejskiego Komitetu Praw Społecznych RE dotyczących włoskiego systemu emerytalnego, że kwoty świadczeń poniżej 1000 euro zapewniają jedynie podstawową egzystencję, w związku z czym wprowadzone ograniczenia świadczeń dotknęły rdzenia uprawnień skarżących. Drugim rozważonym czynnikiem była kwestia oceny otrzymywanego przez skarżących świadczenia w świetle całości odprowadzanych przez nich przez lata składek emerytalnych. Trybunał uznał, że nie może ocenić sytuacji abstrahując od faktu, iż skarżący podjęli świadomą decyzję o przeprowadzce do Włoch i pobieraniu tam świadczeń emerytalnych mając uzasadnione oczekiwanie otrzymania znacznie wyższej emerytury niż ostatecznie jest im przyznana. To uzasadnione oczekiwanie oparte było m.in. na interpretacji przepisów emerytalnych stosowanej przez najwyższe instytucje sądowe w kraju. Ingerencja włoskiego ustawodawcy pozbawiła w sposób arbitralny skarżących roszczeń o wyższe emerytury, co ma wpływ na ocenę proporcjonalności tej ingerencji. Równocześnie Trybunał uznał, że brak było przekonujących przyczyn wynikających z interesu powszechnego uzasadniających retrospektywne zastosowanie nowych przepisów.

³⁷ *Maggio i inni przeciwko Włochom*, op. cit.

³⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Stefanetti i inni przeciwko Włochom* z 15.04.2014 r., nr skarg 21838/10, 21849/10, 21852/10 i nast.

Trzeba zauważyć, że w niniejszej sprawie, ocena proporcjonalności ingerencji została dokonana niejako w kontrze do wskazanej wcześniej zasady, iż z praw konwencyjnych nie można wywodzić uprawnień do świadczeń w określonej wysokości. Co więcej, w sprawie *Stefanetti* Trybunał nakreślił granice uzasadnionych oczekiwań, jakie jednostka może mieć w odniesieniu do świadczenia, które będzie jej wypłacane.

Jeszcze w 2012 r. wydawało się, że znaczącą rolę w wytyczeniu linii orzeczniczej Trybunału w zakresie redukcji świadczeń wynikających z przekształceń systemów emerytalnych mogą odegrać składane grupowo skargi przeciwko Węgrom, jednakże wydaje się, że ostatnie orzeczenia Trybunału o niedopuszczalności kilku z nich, kładą kres tym spekulacjom. Z początkiem roku 2012 Trybunał odnotował wpłynięcie ok. 8 tys. podobnych skarg, które dotyczyły zmian w systemie emerytalnym na Węgrzech. Ich liczba skłaniała do wniosku, iż w odniesieniu do zaistniałego problemu należy oczekiwać wydania orzeczenia w rodzaju wyroku pilotażowego. Trybunał dokonał podziału skarg pod względem podniesionych problemów i sytuacji faktycznych na 37 kategorii.³⁹ Zapowiedział, że z każdej grupy wybrana zostanie jedna skarga, która zostanie rozpatrzona jako skarga wiodąca (*leading case*), natomiast pozostałe sprawy pozostaną na razie bez rozpatrzenia. Od samego momentu złożenia tych skarg zakładano, że rozstrzygnięcia Trybunału będą dla państw wskazówką nie tylko w zakresie możliwości ingerencji w systemy emerytalne, ale też w zakresie tego, czy i ewentualnie w jaki sposób Trybunał zamierza w swoim orzecznictwie powrócić do propozycji skarg reprezentatywnych.⁴⁰ Nie pierwszy raz jednak okazało się, że liczba skarg nie świadczy jednak o ich zasadności. W sprawie *Markovics i inni p. Węgrom*⁴¹.

Trybunał ostatecznie ocenił jako proporcjonalną ingerencję państwa polegającą na przekształceniu świadczeń emerytalnych pracowników mundurowych, które do tej pory nie podlegały opodatkowaniu w świadczenia opodatkowane zgodnie z ogólnymi zasadami. Z uwagi na fakt, że świadczenia skarżących zasadniczo uległy jedynie niewielkiej zmianie co do wysokości, a główny ciężar przekształceń polegał na zmianie ich konstrukcji prawnej, Trybunał nie dopatrył się niezasadności, czy nadmierności ingerencji.

³⁹ Komunikat prasowy Trybunału: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3802798-4357228#\[,itemid":\[.,003-3802798-4357228"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3802798-4357228#[,itemid).

⁴⁰ Kwestia ta była dyskutowana m.in. podczas Okrągłego stołu w Bledzie w 2009 r. Por. *The right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights*, Round Table organised by the Slovenian Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, Bled, Slovenia, 21–22 September 2009.

⁴¹ Decyzja ETPC w sprawie *Markovics i inni przeciwko Węgrom* z 24.06.2014 r., nr skarg 77575/11, 19828/13 oraz 19829/13.

5. Zasada niedyskryminacji w dostępie do świadczeń z zakresu ochrony socjalnej – art. 14 Konwencji oraz Protokół nr 12 do EKPCz

Powyżej omówione grupy spraw, jakie wpływały do Trybunału w Strasburgu dotyczyły sytuacji, w której w skutek działania władz dochodziło do ingerencji w istniejące prawo majątkowe skarżącego bądź uzasadnioną ekspektatywę prawa majątkowego. Trzeba jednak zawsze mieć na względzie, że sprawy, w których materialną podstawę roszczeń stanowił art. 1 Protokołu nr 1 to sprawy odnoszące się do świadczeń wypłacanych skarżącym spełniającym ustawowe przesłanki wynikające z prawa krajowego otrzymywania takich świadczeń. Art. 1 nie zawiera prawa dla każdej osoby do otrzymywania świadczeń z zakresu ochrony socjalnej, chroni jedynie istniejące roszczenia bądź uzasadnione ekspektatywy. Często jednak brak możliwości otrzymania świadczenia bądź jego redukcja są wynikiem zastosowania przez państwo rozwiązań noszących cechy dyskryminacyjne. Dlatego też Trybunał doprowadził do zwiększenia ochrony jednostek w zakresie możliwości uzyskania świadczeń poprzez stosowanie konstrukcji naruszenia art. 14 Konwencji w zw. z art. 1 Protokołu nr 1.⁴²

Zakres dyskryminacji wynikający z art. 14 Konwencji dotyczy zasadniczo praw i wolności, do przestrzegania których państwa zobowiązane są na podstawie Konwencji i Protokołów dodatkowych. Zakaz dyskryminacji ma zastosowanie do wszystkich tych uprawnień/świadczeń, które, jak to ujmuje w swoim orzecznictwie Trybunał, mieszczą się w zakresie/przedmiocie którekolwiek z materialnych przepisów Konwencji i które to państwo dobrowolnie zdecydowało się oferować. W świetle wymogów art. 14 Konwencji, jeżeli państwo decyduje się na stworzenie systemu świadczeń, to zasady regulujące ich wypłatę muszą być zgodne z tym przepisem. Tu poczynić należy uwagę, iż Trybunał oceniając, czy dane świadczenie mieści się w zakresie któregokolwiek z przepisów materialnych Konwencji, stosuje interpretację obejmującą zakresem poszczególnych artykułów szerokie spektrum świadczeń.

kontekście omawianej problematyki szczególne znaczenia ma zakwalifikowanie pewnych uprawnień z zakresu ochrony socjalnej jako uprawnień mieszczących się w zakresie art. 1 Protokołu nr 1 Konwencji. W tym kontekście Trybunał zasadniczo oceniał jako roszczenie mieszczące się w zakresie omawianego przepisu wszelkiego rodzaju uprawnienia emerytalne i uprawnienia z nimi powiązane. W konsekwencji, w sprawach, w których część należnego jednostce świadczenia w postaci emerytury nie była wypłacana

⁴² Szerzej na temat perspektywy przyjętej przez ETPC w ocenie skarg dot. świadczeń społecznych w świetle art. 14 Konwencji patrz, M. Cousins, *The European Convention on Human Rights, Non-Discrimination and Social Security: Great Scope, Little Depth?* „Journal on Social Security Law” 2009, nr 16.

– pomimo nabycia uprawnień emerytalnych – z uwagi na obowiązywanie przepisów, które wiązały wypłatę części tego świadczenia bądź wręcz całości z dyskryminacyjnym zastosowaniem kryteriów dotyczących zamieszkania czy obywatelstwa Trybunał stwierdzał naruszenie praw gwarantowanych Konwencją.⁴³

Co więcej, warto podkreślić, że nawet w orzeczeniach Trybunału zapadłych na podstawie art. 14 w zw. z art. 1 Protokołu nr 1 Trybunał dopatrywał się w sytuacji, w której znaleźli się skarżący szkód o charakterze materialnym. Podkreślał co prawda, iż nie będzie wdawał się w spekulacje dotyczące wysokości ewentualnego świadczenia, które powinno byłoby być wypłacane skarżącemu, lecz równocześnie przyznawał kwoty tytułem rekompensaty za straty materialne i niematerialne.⁴⁴

Poza możliwością zastosowania jako podstawy zakazu dyskryminacji art. 14 Konwencji, Trybunał dysponuje jeszcze, w stosunku do części państw członkowskich systemu Rady Europy, możliwością orzekania na podstawie ogólnego przepisu antydyskryminacyjnego zawartego w Protokole nr 12. Generalny zakaz dyskryminacji ustanowiony w tymże protokole ma charakter autonomiczny względem pozostałych przepisów Konwencji. Oznacza to, że w przeciwieństwie do art. 14 Konwencji chroni przed nierównym traktowaniem w zakresie każdego „uprawnienia ustanowionego przez prawo” i nie ogranicza się do sfery praw osobistych i politycznych, a swoim zakresem obejmuje wszystkie inne dziedziny życia.⁴⁵ W sposób naturalny wydawać by się mogło, że przepis ten stanie się podstawą do składania licznych skarg przez osoby niezadowolone z funkcjonowania krajowych systemów ochrony socjalnej. Jednakże, pomimo nadziei, rozszerzenia gwarancji konwencyjnych, pokładanych przez część obserwatorów orzecznictwa strasburskiego w tej umowie, Protokół nr 12 nie stał się dotychczas instrumentem w oparciu o który ETPCz orzeka o prawach społecznych. Do początków 2014 r. Trybunał wydał ponad 80 orzeczeń, w których skarżący jako podstawę zarzutów kierowanych w stosunku do państw wskazywali właśnie przepisy protokołu. Wśród tych orzeczeń są jedynie 3 wyroki, w tym jedynie w jednym Trybunał stwierdził naruszenie tegoż protokołu. Część ze spraw wniesionych na podstawie Protokołu nr 12 dotyczyła praw socjalnych, szczególnie z zakresu świadczeń wynikających ze stosunków pracy oraz świadczeń emerytalnych.⁴⁶ Próżno w nich

⁴³ Wyroki ETPC w sprawach: *Andrejeva przeciwko Łotwie* z 18.02.2009 r., nr skargi 55707/00, *Pichkur przeciwko Ukrainie* z 7.11.2013 r., nr skargi 10441/06, *Luczak przeciwko Polsce* z 27.11.2007, nr skargi 77782/01.

⁴⁴ Por. wyroki ETPC w sprawach: *Koua Poirrez przeciwko Francji* z 30.09.2003 r., nr skargi 40892/98, *Andrejeva przeciwko Łotwie*.

⁴⁵ Por. Garlicki, *op. cit.* s. 674.

⁴⁶ Decyzje ETPC w sprawach: *Pertti Kaikko przeciwko Finlandii* z 4.12.2012 r., nr skarg 49865/09, *Brindusa Cimbru przeciwko Rumunii* i 413 podobnych skarg z 12.02.2013 r., nr skargi 2665/06, *Danica Radovanovic i Ruzica Petrovic przeciwko Serbii* z 4.06.2013 r., nr skarg 17079/07 i 32824/07.

jednak szukać dogłębnych rozważań Trybunału na gruncie wskazanego przepisu. Trudno wskazać przyczynę takiego stanu rzeczy. Po pierwsze można założyć, że Trybunał świadomy jest konsekwencji, także finansowych, dla państw, jakie wiązałyby się ze znacznym rozszerzeniem gwarancji w zakresie możliwości uzyskiwania świadczeń społecznych. Po drugie, niebagatelne znaczenie w tym względzie ma niezwykle kreatywne orzecznictwo na gruncie art. 14 Konwencji.

6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania z pewnością nie można stwierdzić, że system Europejskiej Konwencji Praw Człowieka gwarantuje na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 prawo do określonych świadczeń z ochrony socjalnej. Można jednak mówić o tym, iż pewne aspekty prawa do świadczeń – głównie z ubezpieczenia społecznego będą podlegały ochronie. Wydaje się też, że zakres przedmiotowy tej ochrony jest coraz szerszy. Warto zauważyć, że Trybunał dostrzegając, iż nie został powołany jako organ kontroli przestrzegania przez państwa praw społecznych, dokonuje oceny konkretnych okoliczności spraw z uwzględnieniem obowiązków ciążących na danym państwie w świetle innych umów międzynarodowych właśnie z zakresu tzw. drugiej generacji praw człowieka. Tytułem przykładu wskazać można, iż oceniając politykę Francji w zakresie przyznawania zasiłków niepełnosprawnym dorosłym wziął pod uwagę Zalecenie nr R(92)6 Komitetu Ministrów RE dla państw członkowskich dotyczące spójnej polityki wobec osób niepełnosprawnych, z kolei oceniając prawo do pobierania emerytury w innym kraju zwyczajowo już odwołuje się do konkluzji Europejskiego Komitetu Praw Społecznych w zakresie wysokości płacy minimalnej, a oceniając restrykcje nałożone przez państwo na uprawnionych do świadczenia emerytalnego wskazywał jako nieadekwatne na aktualnym etapie rozwoju współpracy międzynarodowej w zakresie przepływu pracowników, ograniczenia nałożone Konwencją Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1952r.⁴⁷

W zakresie prowadzenia polityki społecznej Trybunał pozostawia państwom szeroki margines uznania. Z dużą dozą wyrozumiałości odnosi się do zmian w zakresie wypłacanych świadczeń wynikających zarówno z konieczności ograniczenia skutków kryzysu ekonomicznego, przekształceń systemów emerytalnych, jak i skutków transformacji ustrojowych. Granicą dopuszczalnych ingerencji jest zasada proporcjonalności rozumiana przez pryzmat indywidualnej sytuacji skarżącego – tego czy ingerencja w przyznawane mu świadczenia pozbawiła go możliwości zaspakajania podstawowych potrzeb życiowych. Co ważne, w świetle ostatnich orzeczeń należy uznać, że Trybu-

⁴⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Koua Poirrez przeciwko Francji* z 30.09.2003 r., nr skargi 40892/98, *Maggio i inni przeciwko Włochom*.

nał bierze też pod uwagę ukształtowane przez lata oczekiwania skarżących co do wysokości przyszłych świadczeń.

Trybunał stale podejmuje próby ujednoczenia kryteriów zakresu ochrony prawa do świadczeń z zakresu ochrony socjalnej. Niewątpliwie przyczynia się to do urealnienia zakresu zobowiązań państw na tle Protokołu nr 1, choć z pewnością nie zawsze odbywa się to z uwzględnieniem ich interesów (por. szczególnie wyrok w sprawie *Stefanetti p. Włochom*). W orzecznictwie da się jednak zauważyć niekonsekwencję w traktowaniu pewnej kategorii świadczeń, jako tych, które mogą być dochodzone samodzielnie na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 bądź tych, które takiej materialnej podstawy w Konwencji nie mają i w związku z tym mogą być dochodzone przed Trybunałem jedynie na podstawie zakazu dyskryminacji w odniesieniu do prawa własności bądź do prawa do poszanowania życia rodzinnego. Cały czas natomiast niewyczerpany jest potencjał Protokołu nr 12, który wprowadzając ogólną zasadę niedyskryminacji we wszystkich prawach gwarantowanych systemem krajowym mógłby, jak się wydaje, stanowić podstawę do oceny sytuacji powstałych na tle nierównego podziału świadczeń społecznych.

Oceniając działalność orzeczniczą Trybunału w zakresie ochrony socjalnej, warty zauważenia jest też fakt, że rozszerzające się orzecznictwo ETPCz w sprawach społecznych z czasem będzie wywierało coraz większy wpływ na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 52 Karty Praw Podstawowych w zakresie, w jakim Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw ustanowionych przez Konwencję.⁴⁸ Na tle tej ogólnej perspektywy należy już teraz odnotować wyzwania dla UE jakie pojawią się w związku z jej planowaną akcesją do Konwencji. Właśnie obszar tzw. praw społecznych może okazać się szczególnie problematyczny. Trzeba pamiętać, że stosowanie zróżnicowanego traktowania na tle przesłanki obywatelstwa w licznych obszarach prawa UE nie stanowi dyskryminacji; zupełnie odmiennie jest w systemie strasburskim, gdzie Trybunał odwołuje się do zasady niedyskryminacji we wszystkich obszarach, które mieszczą się w zakresie praw chronionych Konwencją.⁴⁹ A jak zostało wspomniane powyżej, Trybunał chętnie za pomocą przepisów antidyskryminacyjnych sięga do tych obszarów, które z pozoru w granicach gwarancji konwencyjnych się nie mieszczą.

⁴⁸ Szerzej na temat korzystania TSUE z dorobku ETPCz w omawianym zakresie patrz, R. O’Gorman, *The ECHR, the EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level*, „German Law Journal”, 2011, s.1866.

⁴⁹ Szerzej na ten temat zob. F. Pennings, *Non-Discrimination on the Ground of Nationality in Social Security: What are the Consequences of the Accession of the EU to the ECHR?*, „Utrecht Law Review” 2013, nr 9/1.

**THE GUARANTEES OF THE RIGHT TO SOCIAL BENEFITS
IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS UNDER ARTICLE 1 OF PROTOCOL NO. 1
TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

Key words: European Court of Human Rights, socio-economic rights, right to property, non-discrimination, pensions

Summary

This article is concerned with jurisprudential trends and developments in the protection of socio-economic rights through the interpretation of Article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention on Human Rights. It demonstrates that under this provision there has been progress towards a principled jurisprudence of treating certain social benefits as constituting property rights protected by the Convention guarantees. It examines the condition necessary to be fulfilled in order to treat a certain benefit as a property right. Secondly, it argues that in the light of the Court's jurisprudence States enjoy a wide margin of appreciation in the sphere of social policy. It is especially relevant in regard to austerity measures and reduction in benefits, retirement pensions, etc. introduced because of the difficult financial situation and lack of State's resources. Nevertheless, it is suggested that the developments in Article 14 taken together with Article 1 of Protocol no. 1 jurisprudence reflect a progressive Court's attitude towards broadening the scope of guarantees in respect of prohibition of discrimination. In that regard the article underlines that the Court still have not made use of the potential of Protocol no. 12 to the Convention.

Agnieszka Wedeł-Domaradzka
Wydział Humanistyczny UKW w Bydgoszczy

Koncepcja *best interests of the child* w prawie oraz praktyce organów strasburskich – kontekst praw ojca

Słowa kluczowe: dziecko, prawa ojca, najlepszy interes dziecka, opieka nad dzieckiem, Europejski Trybunał Praw Człowieka

Wprowadzenie

Sformułowanie „interesy dziecka” lub „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”¹ jest współcześnie powszechnie stosowane w prawie i praktyce zarówno sądów krajowych, jak i międzynarodowych. Należy jednak zwrócić uwagę, że w przepisach i orzecznictwie mamy do czynienia z ujęciem pojęcia „najlepsze interesy dziecka” w różnych konfiguracjach problemów prawnych. Sama koncepcja obejmuje bardzo szeroki zakres merytoryczny. Ma ona wpływ na: sytuację dziecka podczas rozvodu rodziców, kontakty z dzieckiem, opiekę, przysposobienie, śmierć rodziców, nadużycia, przestępstwa, aspekty ekonomiczne egzystencji dziecka oraz działania na rzecz zapewnienia mu bezpieczeństwa. W każdej z tych spraw istnieje więc konieczność zdecydowania, co tak naprawdę leży w interesie dziecka i to w kontekście szczególnych, indywidualnych okoliczności.

Nie sposób nie zauważyć, iż pozornie prosta w rozumieniu i interpretacji wytyczna, po głębszej analizie staje się niezwykle rozbudowanym zbiorem potrzeb, idei czy wreszcie norm, wedle których postępować muszą zarówno organy stosujące prawo, jak i wszelkie podmioty mające do czynienia z dziećmi i stojące na straży ich prawidłowego rozwoju, wychowania, jak i zapewniające im realizację podstawowych potrzeb. Tym samym niemożliwe

¹ W polskim prawie oraz doktrynie dominuje odwoływanie się do pojęcia „dobra dziecka”, przy czym stanowi ono określenie równoważne dla „najlepszych interesów dziecka” (w tym duchu również wyrok TK z dnia 28.4.2003 r. sygn. akt K 18/02). Na potrzeby poniższych rozważań używane będzie jednak pojęcie „najlepszy interes dziecka” i „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka” z uwagi na fakt, że takie rozumienie tych pojęć przewidują dokumenty i orzecznictwo międzynarodowe, których w głównej mierze dotyczy poniższa analiza.

wydaje się wyznaczenie wyraźnego zakresu dla samej koncepcji, gdyż ma ona charakter rozwojowy. Szeroki zakres i praktyka wykorzystania jej przez organy sądowe – w tym głównie Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) – pozwala jednak na wskazanie pewnych prawidłowości i zakresów, w ramach których wykorzystywana jest ta koncepcja.

Geneza koncepcji *best interests of the child*

W doktrynie amerykańskiej dominuje pogląd, zgodnie z którym koncepcja *best interests of the child* trafiła do prawa z praktyki anglosaskiej, która orzekała w sprawach dotyczących opieki nad dziećmi². Jej korzeni można poszukiwać jednak dużo wcześniej, przede wszystkim w stojącym u źródeł prawa Europy kontynentalnej prawie rzymskim, w którym dzieci uznawane były za pozostające po opieką rodziców oraz państwa, z szczególną jednak pozycją opieki ojcowskiej³. Opieka ta determinowała nie tylko stan cywilny dziecka, ale również jego przyszłość, włączając w to decyzje dotyczące najważniejszych spraw w życiu człowieka, takich jak wybór drogi zawodowej czy małżeństwo. W ciągu wieków samo podejście do dzieci i ich zachowań oraz konieczności zajmowania się nimi było bardzo zróżnicowane. Poczynając od wspomnianej już „władzy” ojca (często determinującej miejsce dziecka w społeczeństwie – gest uniesienia noworodka w opozycji do porzucenia dziecka), poprzez chrześcijańskie „upodmiotowienie” dzieci aż do purytańskiego postrzegania dziecka jako wymagającego dyscypliny i korygowania⁴.

W tradycji angielskiego *common law*, z której wywodzi się amerykańska praktyka podkreślano, że ojcowie mieli niemal absolutną władzę nad swoimi prawymi dziećmi połączoną jednak z obowiązkiem utrzymania, ochrony i edukacji⁵. Z czasem w praktyce zaczęło funkcjonować niemal domniemanie, iż w najlepszym interesie dziecka jest być wychowywanym przez ojca.

² Praktyka taka dotyczy zarówno brytyjskiego *common law* J. H. McLaughlin, *The fundamental true about best interests*, Saint Louis University School of Law, Vol 54, 2009 i wspomniane tam sprawy: Blissets Case, (1774) 98 Eng. Rep. 899, 899 (K.B.); Powel v. Cleaver, (1789) 29 Eng. Rep. 274, 277 (Ch.), jak i amerykańskiej praktyki orzeczniczej: L. M. Kohm, *Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence*, „Journal of Law and Family Studies”, No. 10, 2008, p. 337, N. Lapsatis, *In the Best Interests of No One: How New York's „Best Interests of the Child” Law Violates Parents' Fundamental Right to the Care, Custody, and Control of Their Children*, „St John's Law Review”, 2012 i nast. oraz wspomniane tam orzecznictwo.

³ C. Funderburk, *Best Interest of the Child Should Not Be an Ambiguous Term*, „Children's Legal Rights Journal”, Vol. 33, 2013, p. 243.

⁴ L. M. Kohm, *op.cit.*, p. 344.

⁵ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Book the First, Chapter the Sixteenth, Of Parent and Child, p. 434, także R. A. Warshak, *Parenting by the Clock: The Best Interests of the Child Standard, Judicial Discretion, and The American Law Institute's „Approximation Rule.*” *University of Baltimore Law Review*”, Vol. 41, 2011, p. 89.

Sądownictwo amerykańskie zaczęło stosować koncepcję najlepszego interesu dziecka w połowie XIX wieku⁶. Uznana została wówczas za wytyczną dla sędziów przydatną przy podejmowaniu decyzji, które dotyczyły dzieci. Uważano wówczas, że decyzja sądu co do najlepszego interesu dziecka mogła zapaść tylko w sytuacji, gdy rodzic został skazany za nadużycia lub zaniebdania, lub w sytuacji rozwodu, gdy między rodzicami istniał konflikt niemożliwy do rozważania dla sądu.

Tym samym należy uznać, że prawo amerykańskie – a tym samym koncepcja *the best interests of the child* – w swoich źródłach stało na stanowisku, że to rodzice najlepiej nadają się do podejmowania decyzji w interesie swoich dzieci, o ile nie zostanie udowodnione inaczej⁷. Należy więc uznać, że znacząco – z uwagi właśnie na ów wąski sposób pojmowania – różniło się to podejście od perspektywy, jaka charakteryzuje współczesne regulacje.

Koncepcja *the best interests of the child* w aktach prawa międzynarodowego

W XX wieku koncepcja *the best interests of the child* była już obecna nie tylko w krajowych systemach prawnych, ale zaczęła również rozpowszechniać się w skali międzynarodowej. Po raz pierwszy prawa dziecka (na tym etapie były to raczej obowiązki ludzkości wobec dzieci) zostały zebrane w jednym dokumencie uznanym na arenie międzynarodowej w 1924 roku, kiedy to Zgromadzenie Ligi Narodów podjęło uchwałę zatwierdzającą Deklarację Praw Dziecka. W Preambule tego dokumentu stwierdzono, iż „ludzkość powinna dać dziecku wszystko, co posiada najlepszego”⁸. Nie określono jednak żadnej konkretnej grupy czy osób, które zobowiązane byłyby do pomocy dzieciom, ani też nie wspomniano o szczególnej roli rodziców w wychowaniu, skupiając się raczej na obowiązku ogólnoludzkiem. Dokument ten nie różnicował zobowiązań wobec dzieci na czas wojny i pokoju, jednak można uznać, że wojna światowa zakończona w niedługi czas przed jego uchwaleniem wycisnęła na nim swoje piętno⁹. Obszerniejsze, choć nadal pozostające w sferze *soft law*, uregulowania znalazły się w Deklaracji Praw Dziecka z 1959 roku¹⁰. W jej Preambule ponownie podkreślono zobowiązanie ludzkości do ofiarowania

⁶ S. Starr, L. Brilmayer, *Family Separation as a Violation of International Law*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 21, issue 2, 2003, p. 56.

⁷ L. M. Kohm, *op.cit.*, p. 335.

⁸ Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, adopted 26.9.1924r., League of Nations O.J. Spec. Supp. 21, at 43 (1924).

⁹ Świadczy o tym między innymi punkt piąty wskazujący na konieczność wychowania dzieci w duchu pomocy i braterstwa.

¹⁰ Declaration of the rights of the child, adopted by UN General Assembly Resolution 1386 (XIV) of 10.12.1959r. G.A. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 19, U.N. Doc. A/4354.

dziecku wszystkiego co najlepsze. Ta Deklaracja w sposób bardziej rozbudowany odniosła się do zagadnienia *the best interests of the child*. Pojęcie to zostało użyte w deklaracji dwukrotnie. Pierwszy raz wspomina o nim art. 2 wskazując, że dziecko ma prawo korzystać ze wszystkich udogodnień w ramach szeroko pojętego rozwoju, który realizowany jest zgodnie z jego najlepszym interesem. W drugim z kontekstów „najlepszy interes dziecka”, przywołany jest jako naczelną zasadą wykształcenia i wychowania dziecka. Zagwarantowanie realizacji tej zasady spoczywa na opiekunach dziecka, którymi w pierwszej kolejności powinni być jego rodzice (art. 7). Tym samym należy uznać, iż matka i ojciec dziecka nie tylko powinni mieć prawo wychować dziecko wedle własnych wartości (co wynika z wytycznych systemów krajowych), ale zadbać o jego edukację i wychowanie w ogóle.

Jednakże dokumentem, który w pełni odniósł się do praw dzieci i który jako pierwszy miał (i nadal ma) moc wiążącą, okazała się dopiero Konwencja o prawach dziecka (KPD) z 1989 r. Konwencja ta wielokrotnie odwołuje się do najlepszego interesu dziecka, w żadnym jednak z kontekstów nie próbując zdefiniować tego pojęcia. Takie milczenie wydaje się słuszne, z uwagi na to, iż ustalenie, co jest najlepsze w interesie dziecka zależne jest przecież od bardzo wielu czynników, takich jak wiek, poziom dojrzałości dziecka, fakt posiadania lub braku jednego bądź obojga rodziców, czy też środowisko dziecka. Należy jednak podkreślić, że brak takiej legalnej definicji nie wyklucza, a w pewnych sytuacjach nawet determinuje konieczność opracowanie jej zakresu na potrzeby konkretnego dziecka w konkretnej sytuacji prawnej i faktycznej.

Do samej koncepcji najlepszego interesu dziecka KPD odnosi się już w art. 3, który ustanawia zasadę interpretacyjną dla pozostałych praw, wskazując, że „we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, dobro dziecka powinno być wartością nadrzędną” (art. 3)¹¹. Co istotne, w części tej – pomimo polskiej propozycji – nie uwzględniono jednak, jako podmiotów zobowiązanych, rodziców dziecka. Tym samym należy uznać, że ich zobowiązanie do poszanowania najlepszego interesu zostało ograniczone do jedynie wyraźnie wskazanych praw. Twórcy Konwencji zdecydowali się podkreślić tę potrzebę w tych sytuacjach, które wydają się najbardziej problematycznej, jeśli chodzi o sformułowanie standardu najlepszego interesu. Należą do nich, po pierwsze, kontakty z rodzicami. Konwencja gwarantuje jako podstawową wytyczną, iż dzieci nie zostaną oddzielone od swoich rodziców, chyba że konieczność takiego rozdzielenia determinowana będzie właśnie potrzebą realizacji najlepszego interesu. Do takich sytuacji zaliczać można tak drastyczne sytuacje, jak popełnienie przez rodzica przestępstwa, którego ofiarą jest dziecko, czy brak

¹¹ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989, Dz.U. 1991, Nr 120, poz. 526.

zdolności zapewnienia przez rodziców właściwego rozwoju dziecka i zagwarantowania realizacji jego podstawowych potrzeb. Jednak nawet w przypadku oddzielenia powinny być podejmowane wszelkie możliwe działania, aby zapewnić dziecku możliwość kontaktów osobistych i bezpośrednich z rodzicem lub rodzicami (art. 9). Dziecko, które ze względu na swoje dobro zostanie usunięte ze środowiska, stwarzającego zagrożenie dla jego rozwoju, ma prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa (art. 20).

Szersze zobowiązanie nakłada na rodziców art. 18 KPD. Wedle jego treści to właśnie rodzice ponoszą odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka. Wykonując te zadania stają się jednocześnie tymi podmiotami, na których również ciąży obowiązek dbałości o realizację najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka. Regulacja ta pojawia się dopiero w art. 18, co powoduje, że zadania państwa i organów mają szeroki zakres, a zadania rodziców interpretowane są wąsko i w zakresie określonym tym artykułem.

Konwencja nakazuje również kierować się dobrem dziecka w sprawach dotyczących przysposobienia (art. 21). To „najlepszy interes dziecka” jest tutaj względem najwyższym i to on powinien obejmować swoim zakresem całe postępowanie związane z adopcją. Konwencja nie różnicuje rodzajów przysposobienia na krajowe i międzynarodowe. Uznać jednak należy, iż „najlepszy interes dziecka” powinien być rozumiany w kontekście specyfiki każdego z rodzajów tych postępowań.

Ostatnim zakresem uregulowań, dotyczących dobra dziecka, zostały objęte sytuacje związane z pozbawieniem dziecka wolności. Zgodnie z postanowieniami konwencyjnymi dziecko pozbawione wolności powinno być przetrzymywane osobno od osób dorosłych, chyba że inne rozwiązanie byłoby wymagane z uwagi na najlepszy interes dziecka (art. 37(c)). Ponadto wymagane jest, aby rodzice lub opiekunowie – o ile nie będzie to uważane za niezgodne z najlepszym interesem dziecka – uczestniczyli w procesie udzielanej mu pomocy prawnej oraz rozpatrywania jego sprawy (art. 40 (2) (b) (iii))¹².

Należy pokreślić, że z treści Konwencji w o wiele pełniejszym zakresie niż z Deklaracji z 1959 roku wyłaniają się prawa i obowiązki rodziców, czasem jako gwarantów, a czasem jako podmiotów koniecznych dla realizacji najlepszego interesu dziecka. Wspominani w Konwencji rodzice czy opiekunowie są traktowani na równi, w żaden sposób ani matka, ani ojciec nie są w swoich kontaktach z dzieckiem dyskryminowani. Treść Konwencji nie zakłada *a priori*, że wychowanie z matką lub z ojcem będzie dla rozwoju dziecka lepszym rozwiązaniem. Każdorazowo taka decyzja musi podlegać ocenie z perspektywy sytuacji dziecka, jego więzi emocjonalnych z rodzicami i gwarancji dla kontaktów z drugim rodzicem. Ważne jest, aby mieć świadomość, że w przypadku niektórych działań szczególnych, w tym zwłaszcza

¹² UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child Provisional Release, 2006 r., s. 21, dostępne: <http://www.unicef.org/violencestudy/pdf/ID%20Guidelines%20-%20provisional%20release%20May%202006.pdf>, 20.08.2014 r.

przyjęcia i oddzielenia od rodziców dziecka wbrew ich woli, Konwencja wymaga, aby to właśnie dobro było czynnikiem nadrzędnym.

Pozostałe dokumenty raczej zabezpieczają prawa dziecka w kontekście ochrony przyznanej jednostkom oraz rodzinom. Dotyczy to Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art. 25 (2)), która skupia się na ochronie matki i dziecka, nie wskazując jednak na jakiegokolwiek zadania w zakresie realizacji najlepszego interesu dziecka. Z kolei Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPPGSiK) nie odwołują się bezpośrednio do najlepszego interesu dziecka, przewidują jednak gwarancje związane z prawami dzieci. Dotyczą one – w przypadku pierwszego z dokumentów – prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami (art. 18(4))¹³, praw dzieci w sytuacji rozwiązania małżeństwa (art. 23(4)) oraz zobowiązują rodzinę, społeczeństwo i państwo do pozbawionego dyskryminacji prawa dostępu do środków ochrony prawnej (art. 24). W przypadku drugiego z Paktów¹⁴ podkreślona została konieczność objęcia jak najszerszą ochroną rodziny oraz przyznanie jej jak najszerzego zakresu pomocy (art. 10) oraz, podobnie jak w poprzednim Pakcie, możliwości wyboru przez rodziców lub opiekunów drogi wychowania religijnego i moralnego (art. 13(3)).

Z punktu widzenia dokumentów międzynarodowych należy również zwrócić uwagę na regulacje przewidziane w Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet¹⁵. Najistotniejsza wydaje się regulacja przewidująca konieczność zapewnienia warunków takiego wychowania w rodzinie, które przyczyni się do „właściwego rozumienia macierzyństwa jako funkcji społecznej oraz poczucia wspólnej odpowiedzialności mężczyzn i kobiet za wychowanie i rozwój ich dzieci, przy założeniu, że względ na «najlepszy interes dzieci» ma zawsze podstawowe znaczenie” (art. 5 (b)).

Zagadnienie interesu dziecka jest również mniej lub bardziej wyraźnie zaakcentowane w dokumentach o charakterze regionalnym. Podstawowym dokumentem w tym zakresie jest oczywiście Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC). Nie wspomina ona jednak w żadnym ze swoich postanowień o najlepszym interesie dziecka. Nie oznacza to jednak, iż pojęcie to jest Konwencji obce. W szczególności należałoby zwrócić tutaj uwagę na art. 8, gwarantujący prawo do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego. Dokonując interpretacji Konwencji Trybunał wielokrotnie kierował się właśnie najlepszym interesem dziecka, który uznaje za wytyczną przy regulowaniu spraw dotyczących relacji między rodzicami

¹³ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966, Dz.U. 1977, Nr 38, poz.167.

¹⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 16 grudnia 1966 r. Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 169.

¹⁵ Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18.12.1979 r., Dz.U. 1982, Nr 10, poz. 71.

a dziećmi. Z uwagi na fakt, że Konwencja gwarantuje realizację jej praw każdemu (art. 1.)¹⁶, również dzieci mogą z powadzeniem dochodzić praw odnoszących się życia rodzinnego we własnym najlepszym interesie lub za pośrednictwem rodziców, którzy oczywiście kierować się muszą najlepszym interesem dziecka. W przypadku spraw odnoszących się do kontaktów z dziećmi w sytuacji braku porozumienia między rodzicami i w konsekwencji podejmowania interwencji przez organy państwowe¹⁷, pojawia się również zarzut związany z naruszeniem protokołu nr 7 do EKPC. Zgodnie z treścią protokołu małżonkowie korzystają z równych praw i obowiązków w stosunkach z ich dziećmi, przy czym nie wyklucza to prawa państw do tego, aby podejmować niezbędne w interesie dziecka interwencje (art. 5)¹⁸. Na gruncie tej regulacji nie wykształciła się jednak żadna wyraźna praktyka orzecznicza, głównie z uwagi na fakt, iż skargi były uznawane za niedopuszczalne, a w przypadku orzeczeń merytorycznych – stwierdzając naruszenie art. 8 – ETPC odstępował od badania naruszeń art. 5 PD 7.

Wśród standardów regionalnych, podejmujących problematykę zabezpieczenia najlepszego interesu dziecka, znajduje się europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci z 1996 roku¹⁹. Konwencja ta w swojej Preambule podkreśla, iż została ustanowiona właśnie w celu promowania praw i „najlepszych interesów dzieci”. Wydaje się być bardzo istotne z perspektywy relacji między realizacją najlepszego interesu dziecka a pozycją rodziców, że dokument ten uznaje role tych drugich w promowaniu praw i dobra dzieci, przy założeniu uczestnictwa państwa – o ile to konieczne – we wspomianej ochronie i promocji. Takie ujęcie niejako odwraca spojrzenie, jakie wcześniej wyrażone zostało w Konwencji o Prawach Dziecka, gdyż mamy do czynienia z przypisaniem podstawowej roli rodzicom, a dopiero w drugiej kolejności i pomocniczo państwu. Postanowienia konwencji w bardzo szerokim zakresie określają pozycję procesową dziecka i w tym też aspekcie odwołują się do interesów dziecka. Po pierwsze, dziecko ma prawo do uzyskania istotnych dla jego praw informacji. Prawo to nie jest jednak określone w sposób absolutny, gdyż jego ograniczenia mogą mieć swoje źródło w wieku, stopniu rozwoju oraz rozeznaniu dziecka. W tym właśnie aspekcie należy ograniczyć zakres ich przekazywania, mając w perspektywie ewentualną sprzeczność z dobrem dziecka. Po drugie, „najlepszy interes dziecka” jest wspomniany jako zadanie dla organów sądowych, które powinny zadbać zarówno o to, aby

¹⁶ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności przyjęta w Rzymie dnia 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284.

¹⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Chepelev przeciwko Rosji* z 26.7.2007, nr skargi 58077/00 wyrok ETPC w sprawie *Kaplan przeciwko Austrii* z 18.1.2007, nr skargi 45983/99, wyrok ETPC w sprawie *Bergagli przeciwko Włochom* z 9. 11.1999, nr skargi 38109/97.

¹⁸ Protokół nr 7 do EKPC, E.T.S. 117.

¹⁹ Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci, przyjęta w Strasburgu dnia 25.1.1996 r., Dz.U. 2000, Nr 107, poz. 1128.

przed podjęciem decyzji posiadać informacje, pozwalające na podjęcie jej zgodnie z wymogami dotyczącymi dobra dziecka, jak i ustalić, czy zasięgnięcie opinii dziecka w sprawie nie stanowi działania sprzecznego z jego dobrem. Wreszcie podkreślono możliwość wszczęcia z urzędu – z uwagi na „najlepszy interes dziecka” – samego postępowania. Po trzecie, przepisy konwencyjne wskazują również zakres zadań przedstawicieli (art. 10), które mają być nakierowane na dostarczanie dzieciom informacji i udzielanie wyjaśnień. Ich podjęcie jest jednak warunkowane realizacją najlepszego interesu dziecka.

Nie bez znaczenia zarówno dla regulacji prawnych, jak i praktyki orzeczniczej ETPC jest Konwencja dotycząca aspektów cywilnych uprowadzenia dziecka za granicę²⁰. W samej Preambule Konwencji znalazło się stwierdzenie pozwalające na uznanie, iż głównym jej celem we wszystkich sprawach, dotyczących opieki nad dziećmi, jest kierowanie się interesem dziecka. Nie bez znaczenie są również postanowienia, odnoszące się do uznawania i wykonywania orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem²¹.

Preambuła tego dokumentu zakłada, że „najlepszy interes dziecka”, jest tą wartością, która ma zasadnicze znaczenie przy wydawaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem, oraz że ustalenia konwencyjne mają na celu zapewnienie uznawania i wykonywania orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem w duchu zapewnienia ochrony jego najlepszego interesu. W dokumencie tym znalazły się również gwarancje, dotyczące odmowy uznania lub wykonania orzeczenia organu sądowego właśnie z uwagi na skutki mogące powodować naruszenie zasady najlepszego interesu dziecka (art. 10).

Z praktyki stosowania reguł dotyczących praw dziecka i praw człowieka czerpie również prawodawstwo Unii Europejskiej. Unia wyraźnie podkreśla, że wszelkie działania dotyczące dzieci, zarówno podejmowane przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy podporządkować najlepszemu interesowi dziecka (art. 24)²². Należy dzieciom zapewnić dostęp do takiej ochrony i opieki, która jest niezbędna z punktu widzenia ich dobra, a także kierować się ich dobrem w realizacji prawa do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców. Potrzebę realizowania tego ostatniego elementu szczególnie mocno podkreślają również dyrektywy Rady, które nakazują państwu członkowskiemu zwrócić szczególną uwagę na zastosowanie zasady najlepszego interesu dziecka w kontekście

²⁰ Konwencja Haska z dnia 25.10.1980 r. dotycząca aspektów cywilnych uprowadzenia dziecka za granicę, Dz.U 1995, Nr 108, poz. 528.

²¹ Europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem przyjęta w Luksemburgu dnia 20.5.1980 r. Dz.U. 1996, Nr 31, poz. 134.

²² Karta Praw Podstawowych, Dz.Urz. UE. C 83/389.

opieki nad dziećmi, zasady nierozdzielania rodzeństwa (art. 19)²³, proceduralnych gwarancji przy postępowaniach dotyczących nadania dzieciom statusu uchodźcy (pkt 4)²⁴, a więc zasad, według których regulowane jest wydalenie dzieci oraz przebywanie dzieci w ośrodkach detencyjnych (art. 5, 10, 17)²⁵.

W zakresie podstaw prawnych należy uznać, iż wiele dokumentów zarówno o charakterze uniwersalnym, jak i regionalnym odnosi się do problematyki najlepszego interesu dziecka, często jednak łącząc czy też nakazując patrzeć z perspektywy praw i zobowiązań rodziców oraz opiekunów. Przewidywany na gruncie europejskim standard wydaje się być dobrze zabezpieczony, w szczególności z uwagi na powszechną akceptację postanowień Konwencji o prawach dziecka oraz efektywność systemu kontroli ETPC. Pomimo iż dokumenty te wywodzą się z różnych systemów i mają odrębne tło to jednak tak istotne działania, jak mechanizm „ochrony najlepszego interesu dziecka”, są często wykorzystywane w praktyce orzeczniczej.

***The best interests of the child* w wybranych orzeczeniach organów strasburskich**

Działalność organów strasburskich w zakresie ochrony praw dzieci i tworzenia standardów realizacji ich najlepszego interesu jest bardzo szeroka. Wprawdzie, jak już wspomniano, sama EKPC nie odwołuje się do pojęcia „najlepszy interes dziecka”, to jednak szeroko stosowana interpretacja art. 8 pozwala na objęcie rozważaniami zarówno interesów dzieci, jak i zakresu tych interesów w stosunku do praw ojców. Analizując szczegółowe zagadnienia dotyczące praw ojca, należałoby rozpocząć od samego Prawa do prokreacji. Prawo to oznacza możliwość decydowania o fakcie zostania bądź też niezostania ojcem. Zgodnie z orzecznictwem ETPC zagadnienie to objęte jest ochroną w ramach prawa do prywatności²⁶. Tym samym w większości przypadków decyzja o zostaniu ojcem nie powinna podlegać ingerencji państwa. Ingerencja taka możliwa byłaby jedynie w przypadku uzasadnienia tego naruszeniem innego z praw chronionych na gruncie Konwencji. W sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w której rozstrzygnięcie miało

²³ Dyrektywa Rady 2003/9/WE z dnia 27.1.2003 r. ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl (2003/9/WE), Dz.Urz. UE. L 2003, Nr 31, s. 18.

²⁴ Dyrektywa Rady 2005/85/WE z dnia 1.12.2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich, Dz.Urz.UE. L 326/13.

²⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16.12.2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, Dz.Urz. UE. L 348/98.

²⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 10.7.2007 r., nr skargi 6339/05.

dotyczyć losów zarodków po rozpadzie związku dawców materiału genetycznego, Trybunał stanął przed koniecznością odpowiedzi na pytania, czy i na ile decyzja o zostaniu ojcem jest chroniona przez przepisy Konwencji. Korzystając z szerokiego zakresu oraz z możliwości zastosowania szerokiego „marginesu oceny”²⁷ uznał, że istnieje poważny i niemożliwy do rozwiązania dylemat polegający na tym, że jeśli „wnioskodawczyni zostanie uznana za uprawnioną do korzystania z zarodków, jej były partner będzie musiał zostać ojcem, natomiast jeśli prawo do zadecydowania o losie zarodków zostanie przyznane partnerowi wnioskodawczyni zostanie pozbawiona możliwości zostania genetycznym rodzicem”²⁸. Kontynuując swoje rozważania Trybunał poddał analizie zagadnienie zakresu ochrony życia prywatnego, jak również regulacje systemu krajowego. W szczególności zwrócił uwagę na fakt, że przyjęte podczas zabiegu pozyskiwania zarodków procedury były jasne i przejrzyste i w ten sposób również zostały zakomunikowane skarżącej²⁹. Zatem miała ona świadomość (decydując się na uzyskanie zarodków, nie samych komórek jajowych), że jakkolwiek sprzeciw drugiej strony może skutkować brakiem możliwości wykorzystania zarodków. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że „wobec braku europejskiego konsensusu w tej kwestii nie uważa, że prawu skarżącej do poszanowania decyzji zostania rodzicem w sensie genetycznym należy przyznać większą wagę niż prawu jej byłego partnera do poszanowania jego decyzji o nieposiadaniu genetycznie związanego z nim dziecka”³⁰. W sprawie tej interesująco mógłby wyglądać wątek interesu dziecka w przypadku, gdyby system prawny, w ramach którego przechowywane były zarodki, przewidywał ich ochronę prawną z uwagi na mające narodzić się z nich dzieci. ETPC jednak w swoich orzeczeniach wyraźnie podkreśla, że kwestia momentu rozpoczęcia się życia ludzkiego jest sprawą, której regulacje znajdują się w obszarze marginesu oceny³¹ posiadanego przez państwa-sygnatariuszy i której nie podejmuje się oceniać³².

Z punktu widzenia decyzji o ojcostwie uwagę zwraca również sytuacja, w której mężczyzna wyraża wolę zostanie ojcem, a władze państwowe stoją na stanowisku, że koncepcja *the best interests of the child* wymaga ograniczenia praw prokreacyjnych. Z problemem tego rodzaju zetknął się ETPC

²⁷ L. Garlicki, *Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego*, w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności Komentarz do artykułów 1–18 Tom I* red. L. Garlicki, C.H. BECK, Warszawa 2010, s. 485 i nast., także M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 184–185.

²⁸ *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 73.

²⁹ *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 72.

³⁰ *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 90.

³¹ Wyrok ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji* z dnia 8.7.2004, nr sprawy 53924/00, § 77, 82, także J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 135 i nast.

³² Wyrok ETPC w sprawie *A, B i C przeciwko Irlandii* z dnia 16.12.2010, nr sprawy 25579/05, § 175, 185.

w sprawie *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*³³. Skarżący, odbywający karę dożywotniego pozbawienia wolności, zakwestionował odmowę dostępu do metod sztucznej prokreacji i możliwości posiadania dziecka. Zgodnie z przyjętą interpretacją Trybunału samo pozbawienie wolności nie może wpływać na ograniczenie praw zagwarantowanych przez Konwencję³⁴. Tym samym zarzut niedopuszczenia do sztucznej inseminacji został uznany za dopuszczalny. W pierwszym wyroku Trybunał nie dopatrywał się jednak naruszenia art. 8 wskazując na to, iż niebezpieczeństwo wychowywania się dziecka w niepełnej rodzinie przeważa nad chęcią posiadania potomstwa³⁵. Uzasadnienie to spotkało się z opiniami odrębnymi trzech sędziów, którzy pokreślili konieczność rewizji wyroku przez Wielką Izbą z uwagi na fundamentalne znaczenie prawa do prokreacji. Wydając swoje rozstrzygnięcie Wielka Izba słusznie podkreśliła, że taka interpretacja najlepszego interesu dziecka jest zwodnicza, z uwagi na powstający paradoks, wedle którego najlepszym działaniem w celu ochrony interesu dziecka byłoby zadbanie o to, aby ono się nigdy nie urodziło³⁶. Orzeczenie to stanowić powinno przestrożę interpretacyjną i granicę dla wykorzystania koncepcji najlepszego interesu dziecka, którego nie można traktować jako wytycznej bezwzględnej, przeważającej nawet nad samą możliwością urodzenia się dziecka.

Innym problemem prawnym w zakresie relacji między ojcem a dzieckiem jest ochrona prawa do zostania ojcem (jako prawa chronionego na gruncie art. 8 EKPC) w sytuacji, gdy kobieta decyduje się na dokonanie zabiegu aborcji. Zadnienie to było przedmiotem rozważań Komisji podczas rozstrzygania skargi mężczyzny, którego żona zdecydowała się poddać zabiegowi aborcji z uwagi na kwestie zawodne³⁷. Komisja dokonując rozstrzygnięcia musiała odnieść się do samej dopuszczalności skargi i możliwości uznania mężczyzny za „ofiara”. Analizując ten drugi aspekt, uznała, że można stwierdzić, iż interes prawny mężczyzny był ściśle związany z decyzją jego żony o przerwaniu ciąży, tym samym jest możliwe, by był on uznany za ofiarę z punktu widzenia art. 25 Konwencji. Odnosząc się już bezpośrednio do naruszenia art. 8 Komisja stwierdziła, że w przypadku konfliktu zakresów stosowania art. 8 należy dać priorytet prawu kobiety jako bardziej bezpośrednio zainteresowanej ciążą i jej kontynuowaniem lub zakończeniem, przy jednoczesnym uznaniu braku konieczności szerokiej interpretacji interesów ojca³⁸. Tym

³³ Wyrok ETPC w sprawie *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 18.4.2006 r., nr sprawy 44362/04.

³⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2) z dnia 6.10.2005 r., nr sprawy 74025/01, § 69, Wyrok ETPC w sprawie *Ploski przeciwko Polsce* z dnia 12.11.2002 r., nr sprawy 26761/95.

³⁵ *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 38.

³⁶ *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 54.

³⁷ Decyzja Komisji w sprawie *W.P. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 13.5.1980, nr sprawy 8416/78.

³⁸ Decyzja Komisji w sprawie *W.P. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* pkt. 27.

samym nie dopatrzyła się naruszenia żadnego z wnoszonych zarzutów i uznała skargę za niedopuszczalną. Zastanawiającym jest, czy tak jednoznaczny osąd mógłby zostać wydany w przypadku, gdyby nie istniało związane z ciężą zagrożenie dla zdrowia kobiety. Teoretycznie można by też pokusić się o rozważania dotyczące potencjalnego podniesienia zarzutu naruszenia najlepszego interesu dziecka poprzez zapytanie, czy w najlepszym interesie dziecka jest się urodzić. Nawiązując do omawianej wcześniej sprawy *Dickson* można by uznać, że tak. Nie można jednak utracić perspektywy dopuszczającej korzystanie z praw gwarantowanych przez akty międzynarodowe dopiero podmiotom rozpoznawanym jako podlagające ochronie na gruncie Konwencji. Pomimo wspomnianych orzeczeń, odnoszących się do granic początkowych życia ludzkiego, ETPC nie zdecydował się jednoznacznie wskazać, iż prawo do urodzenia się przez dziecko jest chronione na gruncie Konwencji.

Na styku interesów dziecka i praw ojca pozostaje także problematyka prawa do tożsamości, czy też prawa do poznania ojca (z perspektywy dziecka) i prawa do bycia uznanym jako ojciec. Z jednej strony mamy do czynienia z gwarantowanym przez Konwencję o prawach dziecka prawem do poznania swoich rodziców, z drugiej z prawem do bycia uznanym właśnie jako rodzic. Tego typu problematyka ma najczęściej miejsce w przypadku urodzenia się dziecka poza małżeństwem, i to zarówno w przypadku, gdy matka nie pozostaje w związku małżeńskim jak i w przypadku, gdy pozostaje w związku małżeńskim, jednak jest prawdopodobne, że dziecko nie pochodzi od jej męża. ETPC rozstrzygając sprawę *Schneider*³⁹ uznał, że w zakresie ustalania ojcostwa tych właśnie dzieci występują w państwach, które są stronami Konwencji, bardzo duże rozbieżności. Doszedł również do wniosku, że nie można uznać, aby art. 8 chronił bezwzględnie prawo do poznania swoich korzeni biologicznych⁴⁰. Jednakże, w tym konkretnym przypadku skarżący – poza podniesieniem naruszenia art. 8 w kontekście swojej osoby, i mającej miejsce odmowie dostępu do syna oraz informacji o jego sytuacji osobistej – podniósł również brak zbadania przez sądy krajowe, czy ów dostęp był w najlepszym interesie dziecka. Zdaniem ETPC, który przeprowadził analizę porównawczą europejskich rozwiązań prawnych, należycie chronione prawo ojców biologicznych do kontaktów z dziećmi jest w ich najlepszym interesie⁴¹ i nawet jeśli niemieckie przepisy co do zasady przyznają pierwszeństwo dobru istniejącej rodziny, konieczne jest – z uwagi właśnie na najlepszy interes dziecka – dokonywać rozstrzygnięć w kontekście okoliczności danej sprawy⁴².

³⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Schneider przeciwko Niemcom* z dnia 15.10.2011 r., nr skargi 17080/07.

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Odievre przeciwko Francji* z dnia 12.2.2003 r., nr skargi, § 45 i 49.

⁴¹ Ibidem, § 71, a także wyrok ETPC w sprawie *Anayo przeciwko Niemcom* z dnia 21.3.2011 r., nr sprawy 20578/07, § 69 i 71.

⁴² *Anayo przeciwko Niemcom*, § 75.

Podobnie ETPC wypowiedział się w sprawie *Różański przeciwko Polsce* – tam również zauważał brak należytego uwzględnienia interesów ojca⁴³ przy ustalaniu ojcostwa dziecka pozamałżeńskiego. Należy pamiętać, że szerokie pojmowanie art. 8 pozwala również na objęcie jego ochroną przyszłych relacji, jakie mogą wytworzyć się między dzieckiem a jego naturalnym ojcem⁴⁴. Uznając naruszenie Konwencji nie przeprowadził jednak rozważań dotyczących *the best interests of the child*, pomimo że na poziomie krajowym taki zarzut ze strony skarżącego się pojawiał. Uwzględnienie również interesów dziecka wzmocniłoby uzasadnienie orzeczenia. Słuszność tej tezy potwierdza również fakt, iż polski TK, który badał zgodność z Konstytucją niemożności wytoczenia powództwa przez mężczyznę, również doszedł do wniosku, że regulacja taka narusza ochronę praw dziecka⁴⁵.

Prawa dziecka i prawa ojca łączą się również w sytuacji, gdy pojawia się problem utrzymania ojcostwa mężczyzny, od którego biologicznie dziecko nie pochodzi. W takim stanie faktycznym konieczne staje się rozpatrzenie zasadności zaprzeczania ojcostwa czy też odmowa wszczęcia takiego postępowania. ETPC wielokrotnie odnosił się do sytuacji związanych z zaprzeczeniem ojcostwa, np. w sprawie *A.L. przeciwko Polsce*⁴⁶, w której to skarżący zarzucał naruszenie prawa do prywatności poprzez odmowę wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. Trudność w takiej sytuacji odnosi się do dwóch aspektów. Po pierwsze, do konieczności rozważenia, czy i na ile stan faktyczny powinien mieć pierwszeństwo przed stanem prawnym, czyli czy wszelkimi siłami należy dążyć do ustalenia, kto faktycznie jest biologicznym ojcem; po drugie, czy stan prawny może dominować nad stanem faktycznym, czyli czy w interesie dziecka jest być uznawanym za dziecko mężczyzny, który z biologicznego punktu widzenia nie jest jego ojcem. W żadnej z tych dwóch sytuacji nie będzie można jednak udzielić jednoznacznej odpowiedzi, co determinuje konieczność bardzo dokładnego zbadania okoliczności każdej sytuacji, która podlega ocenie organów sądowych. Szczególnym elementem, który zdaniem Trybunału przesądził o poprawności przeprowadzonego postępowania, było kompleksowe zbadanie przeciwstawnych interesów skarżącego i uznanego przez niego dziecka, w tym świadomość stanu faktycznego przez

⁴³ Wyrok ETPC w sprawie *Różański przeciwko Polsce* z dnia 18.5.2006, nr skargi 55339/00, § 79.

⁴⁴ Decyzja o dopuszczalności w sprawie *Nylund przeciwko Finlandii*, z dnia 29.6.1999 r., nr sprawy 27110/95, w tym duchu również wyrok ETPC w sprawie *Petkov przeciwko Bułgarii* z dnia 15.7.2014, nr sprawy 2641/06, § 53 oraz wyrok ETPC w sprawie *Rasmussen p. Danii* z dnia 28.11.1984 r., nr sprawy 8777/79, § 41 – jeśli chodzi o kwestie ograniczania dopuszczalności zainicjowania sprawy terminami.

⁴⁵ Wyrok TK z 28.4.2003 r., K 18/02, na ten temat także: I.C. Kamiński, R. Kownacki, K. Wierczyńska, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w polskim systemie prawnym*, w: *Zagadnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 203–204.

⁴⁶ Wyrok ETPC w sprawie *A.L. przeciwko Polsce*, z dnia 18.2.2014 r., nr sprawy 28609/08.

skarżącego. W konsekwencji uznano, że utrzymanie ojcostwa mężczyzny, który nie jest biologicznym ojcem, jest zasadne.

Wśród relacji determinowanych najlepszym interesem dziecka znajdują się również te dotyczące kontaktów między ojcem a dzieckiem. ETPC miał okazję zajmować się tego typu sprawami wielokrotnie, nie zawsze jednak decydował się odwołać bezpośrednio do Konwencji o prawach dziecka, przy jednoczesnym częstym uzasadnianiu swoich rozstrzygnięć w oparciu o koncepcję najlepszego interesu dziecka.

Sytuacja, która powinna być również postrzegana z punktu widzenia najlepszego interesu dziecka, jest chęć utrzymywania kontaktów z dzieckiem, które urodziło się w czasie trwania małżeństwa, ale którego ojciec nie jest mężem matki. Z punktu widzenia prawnego powstają tutaj dwa istotne problemy – po pierwsze, kto w takiej sytuacji powinien zostać uznany jako ojciec dziecka (większość systemów prawnych daje tutaj pierwszeństwo mężowi matki), po drugie, czy w przypadku wpisania jako ojca męża matki, faktycznemu ojcu przysługują prawa związane z utrzymywaniem kontaktów z dziećmi. Problem ten został podstawiony ETPC w sprawie *Anayo przeciwko Niemcom*⁴⁷. Skarżący w tej sprawie zarzucił naruszenie art. 8 z uwagi na fakt, iż uniemożliwiono mu kontakty z bliźniętami, które urodziły się z jego związku z kobietą, która pozostawała w związku małżeńskim i która zdecydowała się wychować dzieci ze swoich dotychczasowym mężem. Wydając swoje rozstrzygnięcie Trybunał odwołał się do utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym dopuszczalność powołania się na relacje rodzinne nie jest ograniczona jedynie do małżeństw⁴⁸. Podkreślił jednak, że tym, co musi ustąpić przed zabezpieczeniem najlepszego interesu dziecka, są interesy rodziców⁴⁹, tym samym konieczne stało się rozstrzygnięcie, czy takie kontakty są w najlepszym interesie urodzonych bliźniąt. Odnosząc się natomiast do ewentualnych działań matki i jej męża zmierzających do utrudnienia kontaktów zauważył, iż działanie takie dopuszczalne może być tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim determinowane byłoby najlepszym interesem dziecka. W tej konkretnej sytuacji, szczególnie biorąc pod uwagę determinację ojca co do kontaktów z bliźniętami, zainteresowanie ich losem oraz działania mające na celu dochodzenia swoich praw, ETPC doszedł do wniosku, że sądy krajowe nie dołożyły należytej staranności w zakresie ustalenia, co jest w najlepszych interesach dzieci, a tym samym dokonały ingerencji w prawa skarżącego, która nie jest konieczna w społeczeństwie demokratycznym. W sprawie tej na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że ETPC nie wypowiedział się

⁴⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Anayo przeciwko Niemcom* z dnia nr 21.12.2010, sprawy 20578/07.

⁴⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Keegan przeciwko Irlandii* z dnia 26.5.1994, nr sprawy 16969/90, § 44, wyrok ETPC w sprawie *L. przeciwko Holandii* nr sprawy 45582/99, § 35 i wyrok w sprawie *Znamenskaya przeciwko Rosji* z dnia 2.6.2005, nr sprawy 77785/01, § 26.

⁴⁹ *Anayo przeciwko Niemcom*, § 65.

na temat tego, czy i w jakim zakresie istniałby najlepszy interes dzieci w kontakcie lub braku kontaktu z ojcem, a wskazał jedynie na nieprawidłowości sądów krajowych, które zignorowały możliwość powstania więzów między dziećmi a ojcem, dając jednocześnie pierwszeństwo relacjom w istniejącym małżeństwie. Oczywisty jest fakt, iż relacje te również podlegają ochronie, ochrona ta jednak musi ustąpić miejsca najlepszym interesom dzieci.

Kolejnym stanem faktycznym, który determinuje relacje między kontaktami z dziećmi jest sytuacja ojca po rozwodzie, tudzież rozpadzie związku z matką dziecka, której przyznano prawo do tego, by dzieci z nią zamieszkiwały. Problemem, który pojawia się w takiej sytuacji, jest kwestia wykonania wytycznych sądu dotyczących kontaktów ojca z dzieckiem, a konkretnie istnienie efektywnych mechanizmów prawnych, zezwalających ojcu na egzekwowanie tego orzeczenia sądu krajowego. Ma to szczególnie istotne znaczenie w kontekście często przedłużających się spraw związanych z przyznaniem opieki oraz ustaleniem miejsca pobytu dziecka. ETPC odniósł się do przedmiotowego zagadnienia w sprawie *Nowak przeciwko Polsce*⁵⁰. Sprawa ta dotyczyła sytuacji, gdy po rozwodzie rodziców bezpośrednia opieka nad dzieckiem została przyznana matce, zaś ojcu pozostawiono prawo do podejmowania decyzji w istotnych dla dziecka sprawach. Skarżący zarzucał, iż w okresie 1996–2000 miał utrudnione kontakty z synem, które wynikały z niechęci matki, a później również z niechęci do tych kontaktów samego dziecka, zwracając uwagę, iż zadaniem Trybunału jest zachowanie równowagi pomiędzy dobrem syna skarżącego i jego matki, interesem skarżącego i interesem ogółu w zapewnieniu poszanowania rządów prawa. Kierując się przede wszystkim wyrażonym zdaniem dziecka o braku chęci utrzymywania kontaktów z ojcem, Trybunał orzekł o braku naruszenia art. 8, z uwagi na istnienie proceduralnego zabezpieczenia dla wykonywania kontaktów. Jednocześnie Trybunał wyraźnie podkreślił, iż nie jest jego zadaniem zastępowanie właściwych organów krajowych w regulowaniu kwestii kontaktów, podejmuje się jedynie zbadania, czy i na ile działania podjęte przez organy państwa były zgodne z postanowieniami Konwencji. Deklaracja taka nie budzi wątpliwości z punktu widzenia zadań Trybunału, jednak pozostawia pewien niedosyt w kontekście kierowania się dobrem dziecka, szczególnie iż Trybunał niejako „obronił” władze krajowe wskazując, iż głównym utrudnieniem dla kontaktów był konflikt między skarżącym i jego żoną⁵¹.

Wyrażony przez dziecko brak woli kontaktów z ojcem uzasadnił również uznanie braku naruszenia art. 8 w sprawie *Sommerfeld przeciwko Niemcom*⁵². Na uwagę w kontekście tego orzeczenia zasługuje jednak opinia

⁵⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Nowak przeciwko Polsce* z dnia 8.6.2010, nr skargi 11118/06.

⁵¹ Ibidem, §51.

⁵² Wyrok ETPC w sprawie *Sommerfeld przeciwko Niemcom* z dnia 8.6.2003, nr sprawy 31871/96, § 91, także M. Freeman, *Article 3. The Best Interests of the Child*, in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 2007, p.14.

odrębna, którą przedstawiło trzech sędziów Trybunału⁵³. Zwrócili oni uwagę na bardzo istotną, a pominiętą w rozważanych ETPC kwestię wpływu, jaki na dziecko wywierać może ten rodzic, z którym dziecko na co dzień przebywa. Podkreślili również zasadność angażowania w tego typu postępowania psychologa oraz próby organizowania przez niego spotkań między dzieckiem a rodzicem, którego widzenia dziecko odmawia. Wydaje się, iż ten podgląd należy uznać za uzasadniony, gdyż zastosowanie jedynie formalnoprawnego aspektu oceny, bez głębszej refleksji nad najlepszym interesem dziecka – może nawet takim, którego nie do końca ma ono świadomość – bliższy jest prawnoczułociemu „duchowi” Konwencji.

Coraz liczniejszą grupą problemów związanych z relacjami między ojcem a dzieckiem, determinowanymi najlepszym interesem tego drugiego, są sytuacje dotyczące wydalenia cudzoziemca. Zagadnieniem tym zajął się Trybunał rozstrzygając sprawę obywatela tureckiego⁵⁴, który w wieku 12 lat wyemigrował do Holandii i tam otrzymał zezwolenie na pobyt stały, a następnie na skutek popełnienia kilku przestępstw deportowano go do Turcji. Kierując swoją skargę do ETPC skarżący podnosił, iż taka deportacja naruszy jego prawo do życia prywatnego i rodzinnego poprzez odłączenie go od bliskich członków rodziny. W orzeczeniu uznano jednak, iż porządek publiczny przeważa nad utrzymaniem obecności skarżącego w Holandii. Tym samym, zastanawiające w kontekście ujęcia i uznania przez ETPC jako koniecznych do rozważania licznych kryteriów związanych z życiem rodzinnym,⁵⁵ jest ostateczne przyznanie dominującego znaczenia interesowi publicznemu. Co więcej, w sprawie tej Trybunał zdecydował się dodać do sformułowanych już w sprawie *Boultif* dwa nowe kryteria, a mianowicie „najlepszy interes dziecka”, w szczególności stopień trudności, które dzieci wnioskodawcy mogą doświadczyć w kraju, do którego wnioskodawca ma być wydalony oraz stopień integralności społecznej, kulturowej i rodzinnej z krajem przyjmującym i z krajem przeznaczenia. Nie zdecydował się jednak poświęcić im głębszych rozważań. Należy uznać za słuszne, że z konkluzją tą nie zgodzili się sędziowie Costa, Zupancic i Turmen. W swojej opinii odrębnej skrytykowali brak

⁵³ *Sommerfeld przeciwko Niemcom*, częściowo odrębne zdanie sędziego Ress oraz sędziów Pastor, Ridruejo i Turmen

⁵⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Üner przeciwko Holandii* z dnia 18.10.2006, nr sprawy 46410/99.

⁵⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Boultif przeciwko Szwajcarii* z dnia 2.8.2001, nr sprawy 54273/00. Do kryteriów tych zaliczono: charakter i wagę przestępstwa popełnionego przez osobę skarżącą, długość pobytu wnioskodawcy w kraju, do którego on lub ona ma być wydalony, czas, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa i zachowanie osoby skarżącej w tym okresie, narodowości poszczególnych osób, sytuację rodzinną osoby skarżącej (długość trwania małżeństwa i inne czynniki wyrażające efektywność życia rodziny), fakt, czy współmałżonek wiedział o przestępstwie w czasie, gdy on lub ona stała się podmiotem stosunku rodzinnego, informacje o tym, czy są dzieci pochodzące z małżeństwa oraz ich wiek, stopień trudności, z którymi małżonek może spotkać się w kraju, do którego wnioskodawca ma być wydalony.

rozważań Trybunału na temat wyrażonej w art. 3 Konwencji o Prawach Dziecka (której Holandia jest stroną) zasady ochrony najlepszego interesu dziecka oraz kierunku interpretacji Konwencji, który zawęży ochronę praw cudzoziemców.

W oparciu o powyższe rozwiązania należy wyrazić nadzieję, że w przyszłości Trybunał z większą rozwagą badać będzie kwestie obejmujące najlepszy interes dziecka oraz że państwa rozszerzą swoje zobowiązania pozytywne po to, by chronić prawo do poszanowania życia rodzinnego⁵⁶. Dowodem na potwierdzenie się tego założenia może być ostatnie orzecznictwo ETPC. W dniu 8 lipca 2014 roku Trybunał wydał orzeczenie dotyczące cudzoziemca ubiegającego się o prawo do pobytu na terytorium Konfederacji Szwajcarskiej⁵⁷. Pochodzący z Ekwadoru skarżący przyjechał do Szwajcarii wraz z pozostałymi skarżącymi: żoną oraz dwójką dzieci, z których jedno było wspólnym dzieckiem małżonków. W okresie, gdy tam przebywali, kilkakrotnie starali się uzyskać prawo pobytu. W międzyczasie pierwszy skarżący popełnił szereg kradzieży oraz inne przestępstwa, za które skazywany był na grzywny, prace publiczne oraz kary pozbawienia wolności. W konsekwencji miał zostać wydalony do Ekwadoru. Wszyscy skarżący zarzucili w związku z tym naruszenie ich prawa do życia prywatnego i rodzinnego. Wydając rozstrzygnięcie odwołano się tutaj do kryteriów sformułowanych w sprawie *Boultif* i uzupełnionych w sprawie *Üner* oraz podobnie jak w przypadku *Üner* zdecydowano się zbadać kwestionowane środki, zachowując sprawiedliwą równowagę pomiędzy odpowiednimi prawami jednostki chronionymi przez Konwencję z jednej strony a interesami wspólnoty z drugiej. Jednak w tym przypadku ETPC nie tylko stwierdził, że Federalny Sąd Administracyjny niewłaściwie ocenił stan faktyczny, gdyż brak znajomości przez wspólną córkę skarżących języka hiszpańskiego, fakt, iż nigdy od czasu gdy w wieku 2 lat przybyła do Szwajcarii nie była w Ekwadorze oraz odległość między państwami powodować będzie duże utrudnienia we wzajemnych kontaktach skarżących. Co więcej, Trybunał uznał za niewłaściwe działania Federalnego Sądu Administracyjnego, który nie przywiązał należytego znaczenie i nie przeprowadził oceny sytuacji w oparciu o najlepsze interesy dziecka. Czyniąc to podkreślił wagę art. 3 Konwencji o prawach dziecka, którego treść determinuje działania dotyczące dzieci, podejmowane przez władze publiczne. W konsekwencji uznał naruszenia art. 8 EKPC.

⁵⁶ J. Czeppek, *Wydalenie cudzoziemca 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 w polskim porządku prawnym*, red. O. Łachacz, J. Galster, Olsztyn 2013, s. 47.

⁵⁷ Wyrok ETPC w sprawie *M.P.E.V. i inni przeciwko Szwajcarii* z dnia 8.7.2014, nr sprawy 3910/13.

Podsumowanie

Koncepcja jest nadal dynamiczna i znajduje się w stanie ciągłego rozwoju. Wynika on z wielu czynników, również tych związanych z zmieniającym się modelem rodziny oraz nowymi wyzwaniami, wynikającymi z rozwoju nauk medycznych i metod wspomaganej prokreacji⁵⁸. W kontekście praw ojca można o niej mówić w trzech kontekstach. Po pierwsze, jako o prawie dziecka do bycia traktowanym zgodnie z najlepszym interesem dziecka. Kontekst ten pojawia się w sytuacji, gdy postępowanie inicjowane jest przez dziecko i ma na celu albo poznanie własnego pochodzenia lub też dziecko próbuje we własnym interesie zapewnić sobie kontakty z ojcem. Po drugie, można również rozważać koncepcje najlepszego interesu dziecka jako zasadę interpretacyjną praw gwarantowanych przez dokumenty międzynarodowego. Taki mechanizm ma miejsce właśnie w kontekście EKPC, gdzie najlepszy interes dziecka staje się dyrektywą interpretacyjną dla wskazania zakresu i standardu realizacji prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Po trzecie, najlepszy interes dziecka jest również elementem proceduralnym. Jak wynika z analizowanego orzecznictwa ETPC, zauważane są „braki” podjęcia tego problemu na etapie postępowań krajowych. Można w związku z tym wysnuć wniosek, że prawidłowo przeprowadzone postępowania, którego uczestnikami są dzieci, lub którego efekty mogą dotknąć dzieci, muszą uwzględniać ich najlepszy interes.

Sama koncepcja ochrony najlepszego interesu dziecka nie jest jednak wolna od niedoskonałości. Zauważyć należy, że bezwarunkowe jej zastosowanie i „przyzwyczajenie się” organów prowadzących postępowania może wprowadzić do postępowań dotyczących najlepszego interesu pewien automatyzm, który nie jest pożądany. Przykładem mogłyby być tutaj sytuacje uznawania, że w najlepszym interesie dziecka jest orzeczenie o utrzymaniu kontaktów z jednym z rodziców, podczas gdy rodzic ten tak naprawdę kontaktów tych nie oczekuje. Można również zauważyć, że koncepcja – szczególnie interpretowana ściśle wedle rozumienia Konwencji o prawach dziecka – prowadzić będzie do przyznania zbyt dużego znaczenia wytycznym organów państwa (jako całkowicie odpowiedzialnych za realizację art. 3. KPD) i w konsekwencji ograniczenia woli i życzeń rodziców (odpowiedzialnych za interes dziecka jedynie w pewnych zakresach). W końcu można uznać, że będzie ona mogła stanowić narzędzie w rękach jednego z rodziców w podejmowaniu działań przeciwko drugiemu. W takiej sytuacji to najczęściej ojcowie mogą ucierpieć z uwagi na fakt, iż dominujące są rozstrzygnięcia sądów, które przyznają szerszą opiekę nad dzieckiem matce. W konsekwencji ojcowie widują dzieci tylko w czasie wyznaczonym przez sąd, często nie mając

⁵⁸ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 489.

wpływu na to, jak matka przedstawia obraz ojca dziecku i jak gwarantuje realizację jego spotkań z dzieckiem. Przy przewlekłości postępowań sądowych dochodzić może do sytuacji, w których początkowo pożądane spotkania z czasem zaczynają być utrudniane, a w konsekwencji dziecko przestaje czuć ich potrzebę. W ten oto sposób koncepcja najlepszego interesu dziecka obraca się przeciwko temu interesowi.

Konkludując, należy uznać, iż zastosowanie koncepcji najlepszego interesu dziecka jest niezwykle pożądanym standardem, przy czym nie ma jednolitego i stałego sposobu jej interpretacji. Jako związana z sferą życia prywatnego i rodzinnego jest sferą, w której pojawiają się coraz to nowe wyzwania. Tylko wówczas, gdy organy prowadzące postępowania będą potrafiły ustrzec się subiektywności i automatyzmu w swoich decyzjach, prawa dzieci i ojców będą mogły liczyć na skuteczne zabezpieczenie. Nie można jednak wymagać podjęcia działań jedynie przez prawo, organy sądowe czy samych prawników. Konieczna wydaje się tutaj pewna zmiana świadomości społecznej, polegająca na upodmiotowieniu dziecka i pamiętaniu jednak o zachowaniu zdrowych relacji między nim a rodzicami, jak i między samymi rodzicami.

THE CONCEPT OF BEST INTERESTS OF THE CHILD IN THE LAW AND PRACTICE OF THE STRASBOURG AUTHORITIES – THE CONTEXT OF THE RIGHTS OF THE FATHER

Key words: child, father's rights, *best interests of the child*, child care, European Court of Human Rights

Summary

The need to protect the *best interests of the child* is the undisputed and universal duty. In principle, however, to implement this obligation first appointment is the parents of the child. The aim of the considerations presented in this article is an attempt to answer the question in which relationships are to each other said *best interests* and the rights of a father. The analysis should begin by showing the same origins and initial recognition of the concept of children's rights. Then pay attention to the rights of the father, and analyze them in the context of these situations that are on it were *at the intersection* of the two issues. In this aspect, particularly important are international standards and matured on the basis of their judgments of international tribunals. In the final part of the set was the challenge of deal will have to face the concept of children's rights with particular emphasis on the challenges facing the issues of the rights of the father.

Vita Zahurovska

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

Naruszenie prawa cudzoziemca do życia rodzinnego na skutek jego wydalenia z terytorium Polski

Słowa kluczowe: cudzoziemcy, wydalenie, życie rodzinne, obywatelstwo, pobyt legalny

Ochrona życia rodzinnego cudzoziemców co do zasady dotyczy kilku aspektów prawnych. Przede wszystkim liczne komplikacje mogą się pojawiać przy określeniu ich statusu w systemie prawnym państwa, na terytorium którego przebywają. Dodatkowo omawiane zagadnienie dotyczy nie tylko zagwarantowanego jednostce w licznych umowach międzynarodowych prawa do poszanowania życia rodzinnego, ale także prawa państwa do decydowania o przebywaniu osób niebędących jego obywatelami na swym terytorium. Realizacja tego ostatniego może polegać na odmowie cudzoziemcom wstępu na jego terytorium lub zarządzeniu opuszczenia jego terytorium¹. Mówiąc o naruszeniu prawa cudzoziemca do życia rodzinnego na skutek jego wydalenia z terytorium Polski należy odpowiedzieć na trzy pytania: komu w świetle prawa polskiego przysługuje status cudzoziemca, jak należy definiować „życie rodzinne” oraz w jakich sytuacjach wydalenie cudzoziemca z terytorium Polski będzie stanowiło naruszenie jego prawa do poszanowania życia rodzinnego. Podstawą prawną dla powyższych rozważań będą zarówno akty prawa krajowego, jak i traktaty międzynarodowe, których stroną jest Polska. Wśród regulacji międzynarodowych należy jednak skupić się w głównej mierze na Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC) oraz jej protokołach dodatkowych, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: MPPOiP) oraz Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP). W polskim systemie prawnym prawa i obowiązki cudzoziemców zostały określone na poziomie ustawy. Z dniem 1 maja 2014 r. weszła w życie nowa ustawa o cudzoziemcach, która zastąpiła wielokrotnie nowelizowaną i w konsekwencji mało czytelną ustawę

¹ Z. Kędzia, *Prawo cudzoziemca do ochrony przed wydaleniem z kraju legalnego pobytu*, [w:] R. Wieruszewski (red.) *Prawa człowieka: Model prawny*, Warszawa–Wrocław–Kraków 1991, s. 485.

o cudzoziemcach z 2003 r. (dalej: u.o.c.). Nowa ustawa wprowadza również szereg zmian w zakresie wydalenia cudzoziemców z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

1. Międzynarodowa ochrona cudzoziemca przed wydaleniem

Na wstępie warto zaznaczyć, że prawo międzynarodowe co do zasady uprawnia państwo do podejmowania w wyjątkowych sytuacjach decyzji o wydaleniu cudzoziemca ze swojego terytorium. Źródłem tego uprawnienia jest suwerenność wewnętrzna, a celem – ochrona szeroko rozumianych interesów państwa². W polskim systemie prawnym interesy państwa nie zostały normatywnie zdefiniowane, co w konsekwencji umożliwia państwu dokonywanie szerokiej interpretacji przesłanek uzasadniających wydalenie³.

W prawie międzynarodowym podstawową normę prawną dotyczącą wydalenia cudzoziemców zawiera art. 13 MPPOiP, który stanowi: „Cudzoziemiec przebywający legalnie na terytorium Państwa-Strony niniejszego Paktu może być z niego wydany jedynie w wykonaniu decyzji podjętej zgodnie z ustawą i będzie miał prawo, jeżeli ważne względy bezpieczeństwa państwowego nie przemawiają przeciw temu, przedłożyć argumenty przeciwko swemu wydaleniu oraz domagać się ponownego zbadania swej sprawy przez właściwe władze albo osobę lub osoby specjalnie przez te władze wyznaczone i być przed nimi w tym celu reprezentowanym”⁴. Z kolei, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie zawiera postanowień dotyczących wydalania cudzoziemców. Dopiero w protokołach dodatkowych nr 4 oraz 7 ta kwestia została uregulowana podobnie jak w przypadku MPPOiP. Artykuł 4 protokołu nr 4 przewiduje zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców⁵. Natomiast w art. 1 protokołu 7 wskazano gwarancje proceduralne dotyczące wydalania cudzoziemców, w świetle których cudzoziemiec legalnie przebywający na terytorium jakiegokolwiek państwa może być z niego wydany na podstawie decyzji podjętej zgodnie z prawem. Dodatkowo, zapewniono cudzoziemcom prawo do przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu, rozpatrzenia jego sprawy oraz bycia reprezentowanym dla tych celów przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ. Cudzoziemiec jednak może zostać wydany bez uprzedniego wykorzystania wymienionych wyżej praw, jeśli jest konieczne z uwagi na porządek

² J. Symonides, *Terytorium państwowe w świetle zasady efektywności*, Toruń 1971, s. 75., A. Bodnar, *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich* [w:] *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Zeszyty OIDE, wyd. 9, s. 77.

³ J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 390.

⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977, Nr 38, poz. 167.

⁵ Protokół nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. 1995, Nr 36, poz. 175 z późn. zm.

publiczny lub uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego⁶. Także w myśl art. 19 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej: „nikt nie może być usunięty z terytorium państwa, wydalony lub wydany w drodze ekstradykcji do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, iż może być poddany karze śmierci, torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu”. Zakazane są również wydalenia zbiorowe⁷.

Z przedstawionych wyżej źródeł prawa międzynarodowego wynika, że prawo międzynarodowe nie chroni cudzoziemca przed samym wydaleniem, lecz wprowadza pewne ograniczenia i gwarancje. Oznacza to, że ani regulacje międzynarodowe, ani krajowe dotyczące wydalenia cudzoziemców nie kwestionują prawa państwa do wydalenia, a jedynie gwarantują cudzoziemcom ochronę przed bezprawnymi aktami władczymi ze strony państwa⁸. Ponadto, cudzoziemcy nie zawsze mogą skorzystać z zagwarantowanych im w wyżej omawianych traktatach praw w trakcie postępowania dotyczącego ich wydalenia. W systemie uniwersalnym MPPOiP wyklucza możliwość skorzystania z gwarancji proceduralnych cudzoziemca, jeżeli jego natychmiastowe wydalenie jest uzasadnione względami bezpieczeństwa państwa. Natomiast EKPC – oprócz bezpieczeństwa państwowego – wymienia także porządek publiczny.

Na uwagę także zasługuje fakt, że zarówno art. 13 MPPOiP, jak i art. 1 protokołu nr 7 do EKPC chroni przed wydaleniem cudzoziemca, który legalnie przebywa na terytorium danego państwa. W przypadku MPPOiP wymóg ten został potwierdzony w Uwagach ogólnych Komitetu Praw Człowieka z 6 kwietnia 1986 r.: „Cudzoziemcy, którzy nielegalnie znaleźli się na terytorium danego państwa oraz ci, których pobyt przedłużył się poza okres, który był wskazany w ich indywidualnych aktach pobytu, lub poza okres dozwolony ogólnymi przepisami ustawowymi, nie są objęci ochroną przewidzianą w art. 13 [...]”⁹. Z kolei mówiąc o EKPC, wymóg legalnego pobytu cudzoziemca nie może być stosowany w oderwaniu od pozostałych regulacji zawartych w konwencji, które nie mogą być uchylone w żadnych okolicznościach. Na tej podstawie można przyjąć, że cudzoziemiec nielegalnie przebywający na terytorium danego państwa nie może zostać z niego wydalony, jeżeli taka decyzja naraziłaby taką osobę na ryzyko doświadczenia kary śmierci bez wyroku sądowego, ryzyko doświadczenia tortur lub innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, ryzyko niewolnictwa lub poddaństwa, lub wymierzenia kary bez podstawy prawnej¹⁰.

⁶ Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. 2003, Nr 42, poz. 364.

⁷ *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Komentarz*, (red.) A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 675.

⁸ J. Białocerkiewicz, *op. cit.*, s. 391.

⁹ General Comment No 15, *The position of aliens under the Covenant*, 11.04.1986, (tekst dostępny na stronie: http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9%28Vol.I%29_%28GC15%29_en.pdf, data: 17.06.2014).

¹⁰ *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op. cit.*, s. 679.

Analizując konstrukcję wymienionych wyżej umów międzynarodowych z zakresu ochrony praw człowieka można stwierdzić, że prawo państwa do wydalenia cudzoziemca jest swoistym ograniczeniem prawa do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania każdej osoby, która legalnie przebywa na terytorium jakiegokolwiek państwa. W obu traktatach (EKPC i MPPOiP) przepisy dotyczące wydalenia cudzoziemca są umieszczone następnie po artykułach gwarantujących prawo swobodnego poruszania się.

2. Katalog podmiotów chronionych w świetle polskiej ustawy o cudzoziemcach

Ustalenie osób, które mogą być uznane za cudzoziemców ma istotne znaczenie dla omawianego zagadnienia. W tym kontekście polski ustawodawca posługuje się zwartą w ust. 2 art. 3 ustawy o cudzoziemcach z 2013 r. definicją negatywną, zgodnie z którą cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego¹¹. Z powyższej definicji wynika, iż obywatel Polski posiadający również obywatelstwo innego państwa nie korzysta w Polsce ze statusu cudzoziemca. Zasady i procedura uzyskania obywatelstwa polskiego zostały uregulowane w Konstytucji RP oraz ustawie o obywatelstwie z 2 kwietnia 2009 r. Zgodnie z art. 34 Ustawy Zasadniczej podstawową zasadą nabycia obywatelstwa polskiego jest zasada krwi, a pomocniczą zasada ziemi¹².

Pojęcie cudzoziemca obejmuje swoim zakresem zarówno obywateli innych państw, jak i apatrydów. W kontekście wydalenia cudzoziemców na szczególną uwagę zasługuje sytuacja tych ostatnich. W związku z zastosowaniem procedury wydaleniowej państwo którego obywatelem jest dana osoba jest zobowiązane umożliwić jej powrót na swoje terytorium. W takich okolicznościach wydalenie bezpaństwowca, który nie ma miejsca stałego osiedlenia się w innym państwie i nie jest obywatelem innego państwa, może być dla niego szczególnie utrudnione¹³. Uwzględniając ich szczególną sytuację Konwencja o statusie bezpaństwowców zakazuje wydalenia legalnie przebywających apatrydów. Nie jest to jednak zakaz bezwzględny, ponieważ państwo-strona Konwencji może wydalić bezpaństwowca ze względu na bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny. Podkreślić w tym miejscu warto, iż Polska nie jest stroną wymienionej wyżej konwencji oraz nie zawiera w prawie o cudzoziemcach odpowiednich przepisów¹⁴.

¹¹ Ustawa z 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, Dz. U. 2013 poz. 1650.

¹² Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.

¹³ Z. Kędzia, *op. cit.*, s. 490.

¹⁴ Convention relating to the Status Stateless Persons from 28 September 1954, (tekst dostępny na stronie: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~3&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en, data: 2.07.2014).

Należy także zastanowić się nad wpływem instytucji obywatelstwa Unii Europejskiej na polskie prawo o cudzoziemcach. Obywatelstwo UE nie jest tożsame z obywatelstwem krajowym i jest określane jako personalna, wzajemna i zależna więź prawna między osobą fizyczną a Unią Europejską¹⁵. Istota obywatelstwa UE została przedstawiona w art. 20 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym ma ono charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego i go nie zastępuje. Uzyskanie obywatelstwa Unii następuje jednocześnie z nabyciem przez jednostkę obywatelstwa państwa członkowskiego, co oznacza, iż każde państwo swobodnie reguluje warunki nadania własnego obywatelstwa¹⁶. Należy zaznaczyć, iż zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie *Micheletti*¹⁷ w sytuacji, w której jednostka posiada obywatelstwo wielokrotne, w tym obywatelstwo państwa członkowskiego UE, nie ma zastosowania zasada efektywnego obywatelstwa, wynikająca z orzeczenia MTS w sprawie *Nottebohm*¹⁸. Oznacza to, że jednostka ta, nawet jeżeli nie posiada stałego miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego UE, jest uznawana za obywatela UE. Powyższe wnioski mają szczególne znaczenie w przypadku ustalenia, czy cudzoziemiec posiadający podwójne obywatelstwo (w tym jedno państwa członkowskiego, z którym nie ma więzi rzeczywistych, oraz obywatelstwo państwa trzeciego) przebywa legalnie na terytorium danego państwa.

Najważniejszym z praw łączących się z obywatelstwem Unii jest prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu. Karta Praw Podstawowych UE w art. 45 jedynie potwierdza prawo przemieszczania się i pobytu, ponieważ zostało ono przyznane obywatelom państw członkowskich już na podstawie Traktatu EWG z 1957 r.¹⁹ Wymienione wyżej prawo obywateli UE stanowi istotne ograniczenie suwerennego prawa państwa do określenia, kto może przebywać na terytorium danego państwa. Potwierdzeniem tego jest Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich²⁰. Co więcej, w przypadku zastosowania procedury wydaleniowej, art. 28 wspomnianej dyrektywy gwarantuje obywatelom UE i członkom ich rodzin znacznie szerszą ochronę, niż obywatelom państw trzecich²¹.

¹⁵ J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1995, s. 193.

¹⁶ I. Skomerska-Muchowska, A. Wyrozumska, *Obywatel Unii*, t. VI, wyd. 1, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, s. 15.

¹⁷ Sprawa C-369/90 *Micheletti* (1992) ECR I-4329.

¹⁸ Sprawa *Nottebohm v. Liechtenstein*, wyrok MTS z 6 kwietnia 1955 r.

¹⁹ A. Bodnar, *Obywatelstwo wielopoziomowe, Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2008, s. 84.

²⁰ Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca, Dz. U. UE 2004, L158/77.

²¹ *Ibidem*, s. 58.

Jak już zaznaczono, cudzoziemiec swoim zakresem pojęciowym obejmuje obywateli innych państw oraz bezpaństwowców. Istnieje jednak kategoria osób, które – mimo że są obywatelami innego państwa – uzyskały zezwolenie na osiedlenie się lub zezwolenie na pobyt obywatela UE na terytorium danego państwa. Niezależnie od faktu, że w świetle prawa państwa, na terytorium którego osoby te przebywają, nadal są one traktowane jako cudzoziemcy, to jednak w stosunku do takich osób nie wydaje się decyzji o wydaleniu. Decyzji takiej nie wydaje się również w stosunku do osób, które uzyskały w RP azyl lub status uchodźcy, ale tylko dopóty, dopóki prawo azylu lub przyznany status uchodźcy nie zostaną cofnięte przez odpowiednie organy władzy państwowej²².

Należy jednak pamiętać, iż niezależnie od tego czy jednostka ludzka jest powiązana z danym państwem węzłem obywatelstwa czy też nie, jest ona co do zasady podmiotem międzynarodowo chronionych praw i wolności²³.

3. Pojęcie życia rodzinnego w polskim systemie prawnym

Zarówno w prawie międzynarodowym praw człowieka, jak i w polskim systemie prawnym nie opracowano definicji rodziny ani też dokumentu kodyfikującego całość ochrony praw rodzinny. Ustawodawca polski nie nadał rodzinie osobowości prawnej. Mimo iż rodzina nie jest podmiotem prawa cywilnego²⁴, to jednak kodeks rodzinny i opiekuńczy chroni „dobro rodziny” założonej przez małżeństwo²⁵. W świetle polskiego prawa rodzinnego małżeństwem jest trwały związek prawny kobiety i mężczyzny, co wyklucza możliwość zawierania związków przez osoby tej samej płci²⁶. Natomiast w doktrynie prawa rodzinnego uważa się, że rodzinę tworzą kobieta i mężczyzna od chwili zawarcia związku małżeńskiego (w tym także małżeństwo bezdzietne) oraz wszystkie naturalne i przysposobione małoletnie dzieci małżonków, a spośród pełnoletnich te, które się jeszcze nie usamodzielniały²⁷. Także nowe prawo o cudzoziemcach nie zawiera definicji życia rodzinnego ani też rodziny. Wprowadzie w ust. 3 art. 159 u.o.c. wskazano, kogo należy uważać za członka rodziny²⁸, jednak dotyczy to jedynie zezwoleń na pobyt czasowy w celu połączenia się z rodziną.

²² *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych, Komentarz*, (red.) R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 278.

²³ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, wyd. III, Toruń 1996, s. 358.

²⁴ T. Sokołowski, *Prawo rodzinne, Zarys wykładu*, wyd. 6, Poznań 2013, s. 29.

²⁵ Potwierdzeniem tego są art. 10 §1 *in fine* oraz art. 23 i 27 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

²⁶ Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. 1964, 9 poz. 59.

²⁷ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 23; J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 28.

²⁸ Za członka rodziny w tym kontekście uważa się: 1) osobę pozostającą z cudzoziemcem w uznawanym przez prawo polskie związku małżeńskim, 2) małoletnie dziecko cudzo-

Prawo polskie nie przewiduje również definicji konkubinatu. Pojęcie to zostało zdefiniowane w orzecznictwie sądowym, mp. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1988 r. konkubinatu określono jako wspólne pożycie analogiczne do małżeństwa z tą różnicą, że pozbawione legalnego węzła. Oznacza ono istnienie ogniska domowego charakteryzującego się duchową, fizyczną i ekonomiczną więzią, łączącą mężczyznę i kobietę. Odwołać się w tym zakresie należy do systemu EKPC, w którym rodzinę rozumie się o wiele szerzej niż rodzina oparta na małżeństwie w kontekście art. 12 Konwencji. W konsekwencji za rodzinę można uznać heteroseksualne związki pozamałżeńskie, nie automatycznie jednak, lecz w związku z ich dziećmi i pod warunkiem wspólnego zamieszkiwania, prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego itp.²⁹

Zarówno art. 17 MPPOiP, art. 8 EKPC jak i art. 7 KPP zapewniają każdemu prawo do poszanowania życia rodzinnego lecz go nie definiują. Również w polskim ustawodawstwie nie została opracowana definicja życia rodzinnego. Odwołać się w tym zakresie należy do orzecznictwa polskich sądów. Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z 16 listopada 2007 r. stwierdził, że: „w świetle orzecznictwa (ETPC) pojęcie życia rodzinnego odnosi się nie tylko do związków wynikających z małżeństwa, ale może obejmować też inne, faktyczne więzi rodzinne, rozumiane jako rzeczywiste, bliskie więzi osobiste. Stwierdzenie faktycznej więzi rodzinnej może nastąpić poprzez odwołanie się do takich kryteriów, jak stopień pokrewieństwa, charakter związku, łącznie z wzajemnym zainteresowaniem, przywiązaniem i zależnością”³⁰. Na tej podstawie ochronie będą podlegały nie tylko więzi rodzinne oparte na związkach małżeńskich, ale także więzi osobiste istniejące między osobami pozostającymi w związku faktycznym oraz więzi rodzinne istniejące między rodzicem a dzieckiem pochodzącym ze związku małżeńskiego, który został rozwiązany przez rozwód³¹. O życiu rodzinnym można też mówić w przypadku relacji pomiędzy osobami pełnoletnimi, w których na przykład pełnoletnie dziecko sprawuje faktyczną opiekę nad chorym rodzicem lub nad niepełnosprawnym krewnym³². Życie rodzinne swoim zakresem pojęciowym obejmuje także stosunki między adoptującym i adoptowanym³³.

ziemca i osoby pozostającej z nim w uznawanym przez prawo polskie związku małżeńskim, w tym także dziecko przysposobione, 3) małoletnie dziecko cudzoziemca, w tym także dziecko przysposobione, pozostające na jego utrzymaniu, nad którym cudzoziemiec sprawuje faktycznie władzę rodzicielską, 4) małoletnie dziecko osoby, o której mowa w pkt 1, w tym także dziecko przysposobione, pozostające na jej utrzymaniu, nad którym sprawuje ona faktycznie władzę rodzicielską.

²⁹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 358.

³⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16.11.2007, sygn. akt: V/SA/Wa 1569/07.

³¹ *Ibidem*.

³² M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej, Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa, 2010, s. 541.

³³ *Ibidem*, s. 542–543.

4. Ochrona prawa cudzoziemca do życia rodzinnego przed jego wydaleniem przewidziana w ustawie o cudzoziemcach z 2013 r.

W przypadku cudzoziemców najczęściej jedność rodziny może być zagrożona w sytuacjach związanych z szeroko pojętą imigracją. W konsekwencji możemy mieć do czynienia ze sprawami związanymi z wydalaniem cudzoziemca z terytorium państwa lub mniej licznymi sprawami dotyczącymi łączenia rodzin. Te ostatnie odnoszą się do problemu wjazdu cudzoziemca na terytorium państwa w celu połączenia się ze swoją rodziną. W związku z powyższym podziałem należy skupić się wyłącznie na pierwszej kategorii spraw związanych z wydalaniem cudzoziemca.

Oceniając czy wydalenie cudzoziemca jest konieczne i proporcjonalne do realizowanego celu, Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjął następujące kryteria: 1) charakter i waga popełnionego przestępstwa, 2) długość pobytu skarżącego w kraju, z którego ma być wydalony, 3) czas, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa i zachowanie skarżącego w tym okresie, 4) obywatelstwo zainteresowanych, 5) sytuacja rodzinna skarżącego (w tym czas trwania małżeństwa oraz inne czynniki wskazujące na rzeczywisty charakter życia rodzinnego), 6) czy przy zakładaniu rodziny wiedział o popełnionym przestępstwie, 7) czy z małżeństwa urodziły się dzieci oraz ich wiek, 8) rodzaj problemów, z którymi małżonek może zetknąć się w państwie, do którego skarżący ma być wydalony³⁴. Również w przypadku wydalenia młodego dorosłego, który nie założył jeszcze własnej rodziny, Trybunał przyjął, iż istotnymi kryteriami w tym zakresie są: 1) natura i waga popełnionego przestępstwa, 2) długość okresu pobytu skarżącego w państwie, z którego ma być wydalony, 3) okres, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa i zachowanie skarżącego w tym czasie, 4) solidność więzi społecznych, kulturalnych i rodzinnych z krajem przyjmującym i z krajem, do którego ma być wydalony³⁵. Zawarte w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kryteria mają ułatwić stosowanie przez sądy krajowe art. 8 w sprawach o wydalenie.

Podstawę prawną decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu w polskim systemie prawnym stanowi art. 302 ustawy o cudzoziemcach z 2013 r., ustanawiający zamknięty katalog przesłanek wydalenia cudzoziemca z terytorium RP. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, wydalenie cudzoziemca następuje w sytuacji, gdy:

1) przebywa lub przebywał na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnej wizy lub innego ważnego dokumentu uprawniającego go do wjazdu

³⁴ Wyrok w sprawie *Boultif v. Szwajcaria* z 2.9.2001, nr skargi 54273/00, §48.

³⁵ Wyrok w sprawie *Maslov v. Austria* z 23.6.2008, nr skargi 1638/03, §62.

na to terytorium i pobytu na nim, jeżeli wiza lub inny dokument są lub były wymagane,

2) nie opuścił terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po wykorzystaniu dopuszczalnego okresu jego pobytu na terytorium wszystkich lub niektórych państw obszaru Schengen, do którego był uprawniony bez konieczności posiadania wizen, w każdym okresie 180 dni, chyba że umowy międzynarodowe stanowią inaczej,

3) nie opuścił terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po wykorzystaniu dopuszczalnego okresu jego pobytu wskazanego w wizie Schengen w każdym okresie 180 dni, lub po wykorzystaniu dopuszczalnego okresu pobytu na podstawie wizen krajowej,

4) wykonuje lub wykonywał pracę bez wymaganego zezwolenia na pracę lub zarejestrowanego w powiatowym urzędzie pracy oświadczenia pracodawcy o zamiarze powierzenia mu wykonywania pracy, lub został ukarany karą grzywny za nielegalne wykonywanie pracy,

5) podjął działalność gospodarczą niezgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

6) nie posiada środków finansowych niezbędnych do pokrycia kosztów pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podróży powrotnej do państwa pochodzenia lub zamieszkania albo tranzytu przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do państwa trzeciego, które udzieli pozwolenia na wjazd, i nie wskazał wiarygodnych źródeł uzyskania takich środków finansowych,

7) obowiązuje wpis danych cudzoziemca do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niepożądany,

8) dane cudzoziemca znajdują się w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu, jeżeli cudzoziemiec przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ramach ruchu bezwizowego lub na podstawie wizen Schengen, z wyłączeniem wizen upoważniającej tylko do wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i pobytu na tym terytorium,

9) wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej,

10) przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom prawa,

11) został skazany prawomocnym wyrokiem w Rzeczypospolitej Polskiej na karę pozbawienia wolności podlegającą wykonaniu i istnieją podstawy do przeprowadzenia postępowania w sprawie przekazania go za granicę w celu wykonania orzeczonej wobec niego kary,

12) przebywa poza strefą przygraniczną, w której zgodnie z zezwoleniem na przekraczanie granicy w ramach małego ruchu granicznego może przebywać, chyba że umowy międzynarodowe stanowią inaczej,

13) przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po upływie okresu pobytu, do którego był uprawniony na podstawie zezwolenia na przekraczanie

granicy w ramach małego ruchu granicznego, chyba że umowy międzynarodowe stanowią inaczej,

14) dalszy pobyt cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej będzie stanowił zagrożenie dla zdrowia publicznego, co zostało potwierdzone badaniem lekarskim, lub dla stosunków międzynarodowych innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej,

15) cel i warunki pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej są niezgodne z deklarowanymi, chyba że przepisy prawa dopuszczają ich zmianę,

16) została wydana decyzja o odmowie nadania statusu uchodźcy lub udzielenia ochrony uzupełniającej lub decyzja o umorzeniu postępowania w sprawie nadania statusu uchodźcy i nie opuścił on terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie i przypadku, o którym mowa w art. 299 ust. 6 pkt 2 u.o.c..

Analizując przedstawiony wyżej artykuł można zauważyć, że nowa ustawa, uwzględniając większość przesłanek zawartych w ustawie o cudzoziemcach z 2003 r., zawiera też kilka nowych warunków wydalenia cudzoziemca, a mianowicie zawartych w pkt. 2), 3), 5), 14), 15) i 16). Dodatkowo niektóre przesłanki wydalenia zostały zmodyfikowane na korzyść cudzoziemca. Na przykład, zgodnie z pkt. 4) art. 302 u.o.c. w stosunku do cudzoziemca, który z winy pracodawcy wykonywał pracę niezgodnie z wydanym pozwoleniem, nie może zostać wydana decyzja o jego wydaleniu z Polski. Zauważyć można również, iż warunkiem wydalenia cudzoziemca może być nie tylko ochrona interesu państwa polskiego, ale także innego państwa członkowskiego UE (pkt. 14).

Jedną z przesłanek negatywnych podjęcia decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu jest jego pozostawanie w związku małżeńskim z obywatelem polskim albo cudzoziemcem posiadającym zezwolenie na pobyt stały lub zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, a celem zawarcia lub istnienia związku małżeńskiego nie jest obejście ustawy o cudzoziemcach. W stosunku do wymienionej wyżej kategorii cudzoziemców nie wykonuje się także decyzji o zobowiązaniu do powrotu wydanej przez organ innego państwa członkowskiego UE.

Organem uprawnionym do stwierdzenia czy dane małżeństwo zostało zawarte dla pozorów jest organ prowadzący postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Zgodnie z nową ustawą o cudzoziemcach organem tym jest właściwy komendant oddziału Straży Granicznej lub komendant placówki Straży Granicznej, a nie wojewoda, jak to miało miejsce wcześniej³⁶. Okolicznościami wskazującymi na to, że zawarty między cudzo-

³⁶ W świetle nowej ustawy o cudzoziemcach decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wydaje z urzędu komendant oddziału lub komendant placówki Straży Granicznej,

ziemcem i którąkolwiek ze wskazanych wyżej osób związek małżeński jest fikcyjny są: 1) niewypełnienie przez małżonków obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa, 2) poznanie się tuż przed zawarciem małżeństwa, 3) brak możliwości komunikowania się w języku zrozumiałym dla obojga małżonków³⁷. Biorąc pod uwagę istotę tzw. fikcyjnego małżeństwa, można domniemywać, że funkcjonariusze Straży Granicznej, podobnie jak wcześniej pracownicy urzędów wojewódzkich, informacje w tego typu sprawach będą pozyskiwać poprzez wnikliwe przesłuchanie stron i świadków, występowanie do innych organów o dodatkowe informacje i opinie, zlecenie przeprowadzenia wywiadów środowiskowych, kompletowanie akt historycznych dotyczących cudzoziemca (np. wyciągi z akt sądowych, policyjnych i prokuratorskich)³⁸.

Mówiąc o zakazie wydalenia cudzoziemca ze względu na poszanowanie życia rodzinnego należy także zastanowić się nad użytymi w tym kontekście – zarówno w regulacjach międzynarodowych, jak i krajowych – pojęciami bezpieczeństwa publicznego i państwowego oraz porządku publicznego. Ze względów oczywistych nie wydaje się możliwe określenie tych pojęć w sposób wyczerpujący w przepisach prawnych. W świetle art. 13 MPPOiP „bezpieczeństwo narodowe” dotyczy sytuacji, które wpływają na suwerenną egzystencję państwa. Muszą to być „ważne” czynniki, co z kolei oznacza niemożność powołania się na bezpieczeństwo państwowe w przypadku zaistnienia okoliczności błahych³⁹. W polskiej doktrynie definicję negatywną bezpieczeństwa publicznego przedstawił S. Sawicki, zgodnie z którą jest to sytuacja, w której państwu ani jego organom, ani wszystkim obywatelom nie grozi żadne niebezpieczeństwo wewnętrzne lub zewnętrzne⁴⁰. Z kolei R. Zakrzewski definiując dwa następne pojęcia zaznaczył, że pod „bezpieczeństwem państwa” „należy rozumieć nie tylko sprawy związane z ochroną ustroju państwa określonego w Konstytucji RP [...], ale również ochronę życia, zdrowia i mienia obywateli oraz majątku ogólnonarodowego przed bezprawnymi zamachami, czyli sprawy związane z bezpieczeństwem publicznym”. Natomiast „porządek publiczny oznacza [...] ogólny ład społeczny, charakteryzujący się poszanowaniem nakazów i zakazów oraz norm współżycia społecznego”⁴¹.

który stwierdzi zaistnienie przesłanki uzasadniającej jej wydanie. Ponadto organami uprawnionymi do występowania do właściwego organu Straży Granicznej z wnioskiem o wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu są także: wojewoda, minister obrony narodowej, Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szef Agencji Wywiadu czy też organ Służby Celnej.

³⁷ Art. 327 ustawy o cudzoziemcach z 12 grudnia 2013 r.

³⁸ Nadużywanie prawa do łączenia rodzin w Polsce. Fikcyjne małżeństwa oraz fałszywe deklaracje ojcostwa. Raport przygotowany przez Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej w Polsce, kwiecień 2012, s. 25–32.

³⁹ Kędzia, *op. cit.*, s. 491.

⁴⁰ S. Sawicki, *Prawo państwa do regulowania międzynarodowego ruchu osobowego*, Warszawa 1986, s. 88–89.

⁴¹ Bezpieczeństwo i porządek publiczny, Teksty jednolite wraz z indeksem rzeczowym i wprowadzeniem dr. Ryszarda Zakrzewskiego, D. Pudzianowska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013, s. 249.

Nieostrość tych pojęć wiąże się z ryzykiem zbyt dużej dowolności ich stosowania przez organy prowadzące postępowania w sprawie wydalenia cudzoziemca. P. Dąbrowski w trakcie badań przeprowadzonych w Komendzie Głównej Straży Granicznej ustalił, że w 75% wszystkich decyzji o wydaleniu wydanych w 2006 r., jako podstawę prawną powoływano właśnie art. 88 ust.1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach z 2003 r.⁴².

W raporcie wyjaśniającym do protokołu nr 7 EKPC podkreślono, że korzystając z możliwości wydalenia cudzoziemca ze względu na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe, należy uwzględnić zasadę proporcjonalności, a skorzystanie z gwarancji proceduralnych powinno być możliwe też po wydaleniu cudzoziemca⁴³. Co prawda, dokument ten nie ma charakteru prawnie wiążącego, jednak uwzględnienie przez państwo zawartych w nim wyjaśnień dotyczących zasady proporcjonalności może w znacznym stopniu przyczynić się do zwiększenia skutecznej ochrony życia rodzinnego cudzoziemców w przypadku zastosowania w stosunku do nich procedury wydaleniowej. Nie można tego jednak powiedzieć o możliwości korzystania z gwarancji proceduralnych po wydaleniu cudzoziemca. W rzeczywistości w sytuacji, gdy cudzoziemiec zostaje wydany, np. do Pakistanu czy Nigerii, nawet po pozytywnym rozpatrzeniu złożonego przez niego odwołania, najczęściej nie ma on realnej możliwości powrotu do kraju, z którego został wydany.

Przykładem naruszenia prawa cudzoziemca do poszanowania życia rodzinnego na skutek jego wydalenia z terytorium RP jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie utrzymującego w mocy decyzję Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców o odmowie udzielenia obywatelowi Armenii zgody na pobyt tolerowany, który w tej sprawie odwołał się do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Podstawą prawną rozstrzygnięcia omawianej sprawy była ustawa o cudzoziemcach z 2003 r. Skarżący w latach 90. jako dziecko przybył do Polski przekraczając granicę na podstawie paszportu matki. Skarżący założył w Polsce rodzinę. Początkowo, pomimo braku paszportu, władze polskie udzielały mu zezwoleń na zamieszkanie na czas oznaczony. Jednak jego ostatni wniosek o zezwolenie na pobyt czasowy został rozpatrzony negatywnie właśnie ze względu na brak paszportu. Wojewoda Mazowiecki i Urząd do spraw Cudzoziemców odmówiły mu także zgody na tzw. pobyt tolerowany, twierdząc, że jako małżonek obywatelki polskiej powinien wnioskować o zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony, co wiązałoby się z wyjazdem do Armenii w celu uzyskania paszportu, a dodatkowo z obowiązkiem odbycia tam służby wojskowej. Te argumenty podzielił WSA w Warszawie.

⁴² P. Dąbrowski, *Cudzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Warszawa 2011, s. 182.

⁴³ Explanatory Memorandum on the Seventh Protocol, CE Doc H 83(3), CE Doc H (83)3.

Natomiast inaczej orzekł Naczelny Sąd Administracyjny twierdząc, że wymogiem zapewnienia realizacji prawa cudzoziemca do życia rodzinnego jest udzielenie mu zezwolenia na pobyt czasowy, przez co nie tylko będzie on mógł przebywać w Polsce legalnie, ale także legalnie zarabiać na utrzymanie siebie i rodziny. NSA stwierdził również, że sytuacja cudzoziemca powinna zostać uznana przez organy za szczególny przypadek i powinny one udzielić mu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, nawet w sytuacji, gdy nie ma on paszportu. W związku z powyższym, utrudnianie cudzoziemcowi uzyskania zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony w takiej sytuacji, w jakiej znalazł się obywatel Armenii, oznacza ingerencję w jego prawo do życia rodzinnego, zagwarantowanego w art. 8 EKPC⁴⁴. Wyrok NSA potwierdził, że poszanowanie życia rodzinnego zobowiązuje organy prowadzące postępowanie nie tylko do uniemożliwienia wydalenia cudzoziemca z terytorium RP, ale także do zapewnienia takiej osobie możliwości legalizacji pobytu. Rozstrzygnięcie sprawy w ten sposób ma istotne znaczenie dla cudzoziemców znajdujących się w podobnej sytuacji, ponieważ tylko legalny pobyt cudzoziemca na terytorium RP umożliwi korzystanie z przysługujących mu m.in. praw socjalnych, a przede wszystkim pozwoli legalnie podjąć pracę, pozwalającą utrzymać rodzinę.

Pozytywne zmiany w tym kontekście wprowadza nowa ustawa o cudzoziemcach, zgodnie z którą w sytuacji, gdy zobowiązanie cudzoziemca do powrotu naruszałoby jego prawo do życia rodzinnego lub prywatnego, w rozumieniu przepisów Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., cudzoziemcowi udziela się zgody na pobyt ze względów humanitarnych na terytorium Polski. Dodatkowo jako przesłankę udzielenia tego rodzaju zgody ustawa wskazuje na naruszenie praw dziecka, określone w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu (art. 349 pkt. 2 i 3). W dalszej części ustawa jednak zawiera katalog okoliczności, na skutek zaistnienia których cudzoziemcowi odmawia się udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych. Do takich okoliczności zaliczono: 1) popełnienie przez cudzoziemca zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu prawa międzynarodowego, 2) działania cudzoziemca sprzeczne z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych określone w Preambule i art. 1 i 2 Karty NZ, 3) popełnienie przez cudzoziemca na terytorium Polski zbrodni, a poza jej granicami czynu, który jest zbrodnią według prawa polskiego, 4) zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 350 ust.1 u.o.c.).

⁴⁴ Wyrok NSA z 6 marca 2014 r., sygn. akt II OSK 2264/12.

Dodatkowo nowa ustawa przewiduje możliwość legalizacji pobytu cudzoziemca na terytorium Polski ze względu na inne okoliczności, wśród których wymieniono konieczność pobytu cudzoziemca na terytorium państwa z uwagi na poszanowanie prawa do życia rodzinnego w rozumieniu EKPC a także naruszenie praw dziecka określonych w Konwencji o prawach dziecka na skutek wyjazdu cudzoziemca z terytorium Polski. Dotyczy to jednak sytuacji, w których dotychczasowy pobyt cudzoziemca na terytorium Polski jest nielegalny (art. 187 pkt. 6 i 7 u.o.c.).

Warto również pamiętać, iż nie każde działanie państwa, wywierające wpływ na życie rodzinne, można uznać za nieuprawnioną ingerencję. W wyroku z dnia 12 marca 2013 r. w przedmiocie wydalenia z terytorium RP skarżącej, zależnego od niej małoletniego dziecka oraz mężczyzny, z którym skarżąca zawarła ślub w obrządku muzułmańskim, wobec braku przesłanek do udzielenia zgody na pobyt tolerowany, WSA w Warszawie uznał, że nie dojdzie do naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego w sytuacji, w której cała funkcjonująca rodzina zostanie wydalona do kraju pochodzenia. W tym wypadku życie rodzinne nie zostanie zerwane, lecz jedynie przeniesione do państwa, którego wydalone osoby są obywatelami⁴⁵.

Podsumowanie

Reasumując, życie rodzinne jako wartość chroniona wymienionymi w artykule umowami międzynarodowymi z zakresu praw człowieka jest jedną z podstawowych przesłanek uniemożliwiających podjęcie decyzji o wydaleniu cudzoziemca. Biorąc pod uwagę fakt, że zagwarantowane w ten sposób prawo nie ma charakteru bezwzględnego, a prawo międzynarodowe praw człowieka i krajowe, w tym także polskie, nie chronią cudzoziemca przed samym wydaleniem, lecz wprowadzają pewne ograniczenia i gwarancje, często wydalenie cudzoziemca może prowadzić do naruszenia jego prawa do poszanowania życia rodzinnego. Pod wpływem rozwiązań europejskich, wynikających zarówno z członkostwa Polski w Unii Europejskiej, jak i Radzie Europy, ustawodawca polski zrobił znaczący krok do przodu w celu zmniejszenia liczby spraw, w których mogłoby dojść do naruszenia życia rodzinnego cudzoziemca na skutek jego wydalenia. Zmiany, które wprowadziła nowa ustawa o cudzoziemcach nie rozwiązują w całości omawianego problemu, lecz, co jest najistotniejsze w tego typu sprawach, dają możliwość legalizacji pobytu cudzoziemców poprzez wyrażenie zgody na pobyt ze względów humanitarnych oraz pobyt ze względu na inne okoliczności. Ze względu na krótki czas obowiązywania nowej ustawy nie można wskazać na jej praktyczną doniosłość. Uzasadnione jednak wydają się obawy, iż największe trudności,

⁴⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r., IV SA/Wa2247/12.

dotyczące realizacji prawa do poszanowania życia rodzinnego przez cudzoziemca zagrożonego wydalaniem, będą wiązały się z niemożliwością wyważenia interesu indywidualnego i publicznego.

VIOLATION OF THE RIGHT OF AN ALIEN TO RESPECT FOR FAMILY LIFE AS A RESULT OF HIS EXPULSION FROM POLISH TERRITORY

Key words: an alien, expulsion, family life, citizenship, stay legal

Summary

The aim of article is to analyse consequences of conflict between two rights – sovereign prerogative of states to regulate the presence of foreigners on their territory and rights of citizens of a country to enter and leave that country. Expulsion is one of the forms, which state may use to realize it's mentioned right. It is now well-established that no one should be expelled, if it would result in a violation of the right to family life of the person concerned. The article presents the types of restrictions which are placed on methods of expulsion in international human rights law and national law, in particular the Polish law. It is also showed, that the main source of difficulties arising in connection with the right to respect for family life by a foreigner who may be expelled, will still be contained in the impossibility of balancing individual and public interest.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Marcin Marcinko

Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego Uniwersytetu Jagiellońskiego

Między humanitaryzmem a koniecznością wojskową – znaczenie zasady proporcjonalności w planowaniu i prowadzeniu operacji militarnych

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo humanitarne, zasada proporcjonalności, operacja militarna, korzyść wojskowa, collateral damage

1. Wprowadzenie

Proporcjonalność – w znaczeniu teoretycznym, jako pewna koncepcja – nie zawiera żadnych gotowych wzorców bądź standardów, lecz raczej odnosi się do właściwej równowagi między wszystkimi branymi pod uwagę czynnikami. Według *Słownika języka polskiego*, termin „proporcjonalność” to „harmonijny stosunek części składowych jakiejś całości do siebie nawzajem lub do tej całości”¹. Słowo to wywodzi się z łacińskiego rzeczownika *proportio*, tłumaczonego jako współmierność, harmonia, stosunek (jednej części do drugiej albo do całości), równowaga, symetria². Koncepcja proporcjonalności znajduje zatem zastosowanie nie tylko w prawie, lecz także w wielu innych dziedzinach, np. w matematyce. W sensie ogólnym, celem zasady proporcjonalności jest wypracowanie możliwie najlepszego rezultatu. Ideałem jest osiągnięcie „właściwej proporcji”. W prawie proporcjonalność jest jednym z pojęć kluczowych dla osiągnięcia sprawiedliwości. Proporcjonalność zawie-

¹ *Słownik języka polskiego* (wersja elektroniczna) – <http://sjp.pwn.pl/szukaj/proporcjonalność> (dostęp: 11.6.2014).

² Zob. *Słownik łacińsko-polski* (oprac. K. Kumaniecki), Warszawa 1983, s. 402. Por. W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1983, s. 345.

ra w sobie rozmaite funkcje i zalety: z pozoru jest pojęciem abstrakcyjnym i formalnym i dzięki temu sugeruje „obiektywność” i neutralność prawa. Jednakże uwzględnia także oceny subiektywne i oparte na wartościowaniu. Ponadto, jest pojęciem zorientowanym na cel i nie narzucającym z góry określonych wyników³.

Zasada proporcjonalności występuje właściwie w każdej dziedzinie prawa – funkcjonuje np. w prawie konstytucyjnym, karnym, administracyjnym oraz w prawie Unii Europejskiej. W prawie międzynarodowym zasada proporcjonalności przyjmuje specyficzne znaczenie w zależności od kwestii, której dotyczy, szerzej zaś – w zależności od dziedziny prawa międzynarodowego, w której znajduje zastosowanie. Zasada ta pojawia się m.in. jako wymóg legalnego użycia siły w ramach realizacji prawa państwa do samoobrony, jako warunek zgodnego z prawem zastosowania środków odwetowych (np. represaliów), jako obowiązek wynikający z międzynarodowych standardów praw człowieka, ciążyący na państwie, które odwołuje się do użycia siły przez służby bezpieczeństwa i porządku publicznego i które powinno użyć tej siły w odpowiedniej proporcji do wagi zagrożenia oraz uzasadnionego celu działania, wreszcie jako zobowiązanie stron walczących, że w trakcie ataku nie dojdzie do nieproporcjonalnych skutków ubocznych⁴. W tym ostatnim znaczeniu, stanowiącym przedmiot analizy w niniejszym artykule, zasada proporcjonalności obowiązuje zarówno na gruncie zwyczajowego, jak i traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH) – ucieleśnieniem koncepcji proporcjonalności w tym prawie są postanowienia Protokołu Dodatkowego I z 1977 roku do konwencji genewskich z 1949 roku, dotyczącego międzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD I)⁵, zaś najbardziej wyrazistym z tych postanowień jest art. 51 ust. 5 lit. (b). Zasada proporcjonalności w prawie humanitarnym służy zatem do ustalenia legalności ataku i polega na określeniu relacji między spodziewaną korzyścią wojskową a przewidywanymi stratami wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym. Innymi słowy, chodzi o ustalenie, czy spodziewane straty cywilne są proporcjonalne w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej.

³ G. Nolte, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, „Law & Ethics of Human Rights” 2010, Vol. 4, issue 2, s. 245, 247.

⁴ Zob. J. D. Wright, *‘Excessive’ ambiguity: analysing and refining the proportionality standard*, „International Review of the Red Cross” 2012, Vol. 94, No. 886, s. 826. Warto wspomnieć, iż w maju 2014 roku ukazała się obszerna publikacja poświęcona proporcjonalności w prawie międzynarodowym, obejmująca takie zagadnienia, jak proporcjonalność w koncepcji wojny sprawiedliwej, zasada proporcjonalności a *ius ad bellum* i *ius in bello*, proporcjonalność z perspektywy praw człowieka i moralności oraz szereg kwestii szczegółowych, np. proporcjonalność a taktyka *targeted killing* czy proporcjonalność a natura wojny i idea „cyberwojny” – zob. M. Newton, L. May, *Proportionality in International Law*, Oxford 2014.

⁵ Protokół Dodatkowy I do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8.6.1977, Dz.U. 1992, Nr 41, poz. 175, załącznik.

Tak ujęta zasada proporcjonalności w międzynarodowym prawie humanitarnym budzi jednak sporo trudności interpretacyjnych oraz niejasności, wynikających ze sformułowań użytych w Protokole Dodatkowym I, trudno więc ją zaakceptować zarówno dowódcom polowym, jak i ekspertom w dziedzinie prawa. Z jednej strony, daje ona przyzwolenie siłom zbrojnym na zabijanie niewinnych osób cywilnych pod warunkiem, że zamierzonym celem operacji są siły wroga, a nie ludność cywilna. Nawet jeśli z góry wiadomo, że ofiarami mogą być osoby cywilne, nie dyskwalifikuje to operacji, chyba że szacowana wielkość ofiar wśród ludności cywilnej jest nadmierna w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej, którą ma przynieść planowany atak. Z drugiej strony, zasada proporcjonalności narzuca pewne ograniczenia na działania militarne, nawet jeśli atak dotyczy uzasadnionego celu wojskowego, w przypadku, gdy działania te mogą spowodować nadmierne straty wśród ludności cywilnej⁶. Spośród zatem wielu kwestii, które wiążą się z interpretacją omawianej zasady, najistotniejsze wydaje się znalezienie odpowiedniej równowagi między względami humanitarnymi a interesami wojskowymi, sporo kłopotu nastęrcza też ocena wartości życia ludzkiego na tle korzyści wojskowej. Kluczem do rozwiązania tego dylematu może być właściwa ocena „nadmierności” strat cywilnych, o której mowa w art. 51 ust. 5 lit. (b) i art. 57 ust. 2 PD I, jak również określenie standardów służących ustaleniu wymienionej w Protokole „oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej” i w rezultacie znalezienie owej proporcji między stratami cywilnymi a korzyścią wojskową podczas prowadzenia działań zbrojnych. O kwestiach tych traktuje niniejszy artykuł, jednak w celu zachowania jasności wyводу, ich analizę poprzedza ogólna prezentacja istoty zasady proporcjonalności.

2. Istota zasady proporcjonalności w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

Zasada proporcjonalności, jako jedna z naczelných zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowi próbę zbalansowania pozostających ze sobą często w konflikcie interesów wojskowych i humanitarnych i jest jednocześnie mocno powiązana z ograniczaniem przypadkowych szkód powstałych w wyniku operacji militarnych⁷. Znajduje ona zastosowanie przy podejmowaniu ataku na dozwolony cel wojskowy, gdy w grę wchodzić mogą straty wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym. Istotne jest zatem, że zasada proporcjonalności nie odnosi się do jakichkolwiek działań zbrojnych, lecz ma zastosowanie w przypadku ataku na cel wojskowy, nie

⁶ A. Cohen, *Proportionality in Modern Asymmetrical Wars*, Jerusalem Center for Public Affairs, Jerusalem 2010, s. 8.

⁷ A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2nd ed., Manchester 2004, s. 17.

zaś na osoby lub obiekty cywilne⁸. Zasada ta wymaga określenia oczekiwań związanych z atakiem oraz ustalenia proporcji – w oparciu o niejasne pojęcie „nadmierności” – między pozostającymi na przeciwległych biegunach stratami i szkodami cywilnymi a oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową⁹.

Wzrastające znaczenie zasady proporcjonalności w prawie humanitarnym oraz coraz większa świadomość, że należy jej przestrzegać podczas planowania i prowadzenia działań zbrojnych, doprowadziły do skodyfikowania tej zasady w Protokole Dodatkowym I, pierwszej umowie międzynarodowej, w której podjęto próbę określenia, jaki poziom przypadkowych strat i szkód, do których dochodzi w trakcie ataku, jest w świetle prawa dopuszczalny, a także jakie środki ostrożności należy podjąć w czasie takiego ataku¹⁰. Co interesujące, w zawartych w PD I postanowieniach dotyczących omawianej zasady nie użyto jednak słowa „proporcjonalność” ani żadnego zbliżonego znaczeniowo terminu, skupiono się raczej na takich kwestiach, jak „ataki bez rozróżnienia” oraz „środki ostrożności”¹¹.

W świetle art. 51 ust. 5 lit. (b) „zabrania się dokonywania ataków, co do których można przypuszczać, że spowodują niezamierzone straty wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową”. W artykule tym sformułowano zasadę proporcjonalności w kontekście wspomnianych ataków bez rozróżnienia oraz wyraźnego zakazu ich dokonywania. Kolejne artykuły PD I, w których wymaga się przestrzegania zasady proporcjonalności, dotyczą natomiast zachowania środków ostrożności w czasie ataku. W świetle art. 57 ust. 2 lit. (a) p. (iii), strony walczące powinny „powstrzymać się od podjęcia ataku, który mógłby spowodować nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Zgodnie zaś z art. 57 ust. 2 lit. (b), strony wojujące mają obowiązek „odstąpić od ataku lub go przerwać, gdy okaże się, że jego cel nie ma charakteru wojskowego lub korzysta ze szczególnej ochrony albo że można oczekiwać, iż wywoła on nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo

⁸ Zob. A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013, s. 41–42.

⁹ R. P. Barnidge, Jr., *The Principle of Proportionality under International Humanitarian Law and Operation Cast Lead*, W. C. Banks (red.), *New Battlefields/Old Laws: Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York 2011, s. 175.

¹⁰ I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden – Boston 2009, s. 247.

¹¹ Por. S. Estreicher, *Privileging Asymmetric Warfare (Part II)?: The „Proportionality” Principle Under International Humanitarian Law*, „New York University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series” 2011, Working Paper No. 11–32, s. 7.

takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Mówiąc ogólnie, art. 57 określa sposób postępowania pozwalający na realizację zobowiązań wynikających z treści art. 51.

Do obowiązku przestrzegania zasady proporcjonalności nawiązuje ponadto art. 85 PD I. W ustępie 3 lit. (b) tego artykułu jest mowa o ciężkim naruszeniu protokołu, polegającym na podejmowaniu „ataku bez rozróżnienia, dotyczącego ludność cywilną lub dobra o charakterze cywilnym, ze świadomością, że taki atak wywoła straty w życiu ludzkim, ranienia osób cywilnych oraz szkody w dobrach cywilnych, nadmierne w rozumieniu ustępu 2 (a) (iii) artykułu 57”. Określenie „ze świadomością” wskazuje na celowe działanie sprawcy, sama zaś kwalifikacja tego działania jako „ciężkiego naruszenia” oznacza, że w istocie czyn ten stanowi zbrodnię wojenną.

Wiele aspektów (jeśli nie wszystkie) zasady proporcjonalności wyrażonych w PD I ma wiążący charakter również na gruncie zwyczajowego prawa humanitarnego, i to zarówno w odniesieniu do zakazu ataków powodujących straty cywilne nadmierne w zestawieniu z korzyścią wojskową, jak i w ramach środków ostrożności. Stanowisko takie prezentuje Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK), który dał temu wyraz w „Studium poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu”¹², będącym rezultatem prowadzonej pod auspicjami Komitetu dziesięcioletniej pracy międzynarodowej grupy ekspertów (wspieranej przez narodowe zespoły specjalistów cywilnych i wojskowych). Celem tego projektu było ustalenie, jakie normy zwyczajowego MPH można drogą indukcji wywieść z praktyki państw i organizacji międzynarodowych. Zgodnie z zasadą 14 „Studium”, zwyczajowe międzynarodowe prawo humanitarne zakazuje wszczynania ataku, co do którego można przypuszczać, że wywoła również straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub połączenie tych strat i szkód, jeśli byłyby one nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową¹³. Natomiast w świetle zasady 15, należy przedsięwziąć wszystkie praktycznie możliwe środki ostrożności w celu uniknięcia, a przynajmniej sprowadzenia do minimum, niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze

¹² Zob. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (red.), *Customary International Humanitarian Law: Rules*, Cambridge 2005; J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (red.), *Customary International Humanitarian Law: Practice*, Cambridge 2005. Katalog zasad zwyczajowego MPH oraz przykłady z praktyki państw w zakresie MPH znaleźć też można na specjalnej stronie internetowej administrowanej przez MKCK – zob. International Committee of the Red Cross, *Customary IHL Database*, <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home> (dostęp: 11.6.2014).

¹³ Zob. J.-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego* (tłum. M. Sajkowski), Warszawa 2006, s. 31.

cywilnym¹⁴. Co istotne, zasada proporcjonalności, stanowiąc część zwyczajowego MPH, znajduje zastosowanie również w przypadku niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. Jej zwyczajowy charakter w prawie międzynarodowym potwierdził również Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, który w swojej opinii doradczej w sprawie legalności grożenia użyciem lub użycia broni jądrowej stwierdził, iż podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego stanowią „nieprzekraczalne zasady” (*intransgressible principles*) międzynarodowego prawa zwyczajowego¹⁵.

W świetle komentarza MKCK do PD I, „siły zbrojne i ich bazy stanowią cele, które mogą być atakowane bez względu na to, gdzie się znajdują, z wyjątkiem sytuacji, gdy atak mógłby doprowadzić do niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze cywilnym, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej bezpośredniej i konkretnej korzyści wojskowej. W strefie działań wojennych często zdarza się, że typowe obiekty cywilne lub dobra o charakterze cywilnym są zajmowane lub wykorzystywane przez siły zbrojne i wówczas takie cele mogą być atakowane, z zastrzeżeniem, że nie prowadzi to do nadmiernych strat wśród ludności cywilnej (...). Poza strefą działań wojennych, wojskowy charakter celów, które mają zostać zaatakowane, musi być wyraźnie ustalony i potwierdzony”¹⁶. Innymi słowy, zasada proporcjonalności ma zapewnić równowagę między dwoma różnymi interesami – z jednej strony koniecznością uwzględnienia potrzeb wojskowych, a z drugiej strony koniecznością uwzględnienia wymogów humanitaryzmu wtedy, gdy prawa czy obowiązki nie zostały sformułowane w sposób bezwzględny¹⁷.

Wspomniana wyżej konieczność wojskowa jest pojęciem sankcjonującym stosowanie przymusu i wszelkiego rodzaju siły w zakresie koniecznym do realizacji celów wojennych, czyli zmuszenia wroga do częściowego lub całkowitego poddania się, w możliwie najszybszym czasie, jak najmniejszym

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, par. 79. Polskie tłumaczenie fragmentów tej opinii – zob. P. Daranowski, J. Połatyńska (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2011, s. 172–178.

¹⁶ Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, s. 620–621, par. 1953–1954.

¹⁷ Polski Czerwony Krzyż, *Międzynarodowe prawo humanitarne – odpowiadamy na twoje pytania*, http://www.pck.org.pl/warszawa/zarzad/dokumenty/MPH_odpowiadamy_na_twoje_pytania.pdf (dostęp: 12.9.2013). Proporcjonalność uznać zatem można za pojęcie elastyczne, ale nie „elastyczne w nieskończoność” – wskazuje ona na dopuszczalność niezamierzonych strat cywilnych, ale tylko do pewnego stopnia; aby doszło do naruszenia zasady proporcjonalności, stosunek strat wśród ludności cywilnej i szkód w dobrach o charakterze cywilnym musi być nieproporcjonalny do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej (zob. G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 274).

nakładem środków i pieniędzy oraz życia ludzkiego. Pojęcie to zatem zakłada, że użycie siły może być kontrolowane i w istocie podlega kontroli, że użycie siły jest niezbędne, aby w możliwie najkrótszym czasie zmusić wroga do częściowego lub całkowitego poddania się oraz, że zakres zastosowanej siły wobec wroga jest nie większy niż wymaga tego konieczność jego pokonania. Konieczności wojskowej nie można rozpatrywać w oderwaniu od reszty aspektów prawa humanitarnego. W szczególności, nie usprawiedliwia ona pogwałcenia tego prawa, gdyż podczas formułowania norm MPH uwzględniono również konieczność wojskową¹⁸.

Co istotne, aby w sposób skuteczny i zgodny z prawem stosować zasadę proporcjonalności, należy najpierw zrozumieć, że konieczność wojskowa jest warunkiem jej realizacji. Konieczność określa bowiem dolną granicę proporcjonalności. Straty cywilne, które nie są konieczne, nigdy nie będą proporcjonalne¹⁹.

Pojęciem związanym z koniecznością wojskową i niejako zawierającym się w niej jest pojęcie humanitaryzmu, które zabrania zadawania cierpienia i ran oraz powodowania zniszczeń, o ile nie jest to konieczne dla osiągnięcia uzasadnionych celów wojskowych. Cel nie uświęca środków i walczący muszą w każdym przypadku respektować co najmniej „wymagania społecznego sumienia” – jeśli więc nie wiedzą, jak się zachować, powinni zachować się w sposób humanitarny. Pojęcie humanitaryzmu zaowocowało wypracowaniem wielu szczegółowych reguł, a w szczególności zakazu zadawania nieuzasadnionego cierpienia. Ponadto, potwierdza podstawową nietykalność osób cywilnych i ich własności, które nie mogą stanowić celów ataków podczas konfliktów zbrojnych. Nietykalność ta nie wyklucza nieuniknionych i przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej, które mogą mieć miejsce w trakcie zgodnych z prawem ataków na cele wojskowe²⁰. Nadrzędnym celem międzynarodowego prawa humanitarnego jest wyeliminowanie i ograniczenie niepotrzebnych strat wśród ludności cywilnej, które nieuchronnie niosą ze sobą działania wojenne. Ryzyko strat wiąże się z działaniami tak obrońców, jak i atakujących i jako takie musi podlegać regulacjom prawnym²¹.

Zasada proporcjonalności ma zatem na celu równoważenie celów wojskowych i wymogów humanitarnych. Dowódca wojskowy nie ma prawa narażać osób cywilnych na straty ani zezwalać na zniszczenia obiektów cywilnych, jeśli pozostają one w dysproporcji do korzyści wojskowej osiągananej w wyniku

¹⁸ W. J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, „Military Law Review” 1982, Vol. 98, s. 93.

¹⁹ J. Dill, *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations*, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, „Policy Briefing”, December 2010, s. 6.

²⁰ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 93–94.

²¹ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 2–3. Por. N. Neuman, *Applying the Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2004, Vol. 7, s. 82.

prowadzonej operacji. Jak jednak słusznie zauważa William J. Fenrick, zdecydowanie łatwiej jest sformułować zasadę proporcjonalności w sposób ogólny niż zastosować ją w konkretnym przypadku, w dużej mierze dlatego, że w ramach tej zasady porównuje się praktycznie nieporównywalne wartości. Trudno bowiem oszacować wartość życia niewinnych osób, gdy zestawiamy ją z korzyścią wynikającą z zajęcia określonego celu wojskowego, np. wzgórza²². Międzynarodowe prawo humanitarne, choć zawiera odnośne normy zwyczajowe i traktatowe dotyczące zasady proporcjonalności, nie określa jednak, jak w trakcie planowania i prowadzenia działań zbrojnych dokładnie porównać ze sobą dwie tak odmienne wartości, jak życie ludzkie i korzyść wojskowa²³.

3. Zasada proporcjonalności a planowanie i prowadzenie operacji militarnych

Potrzeby wojskowe i względy humanitarne są dla ofiar działań wojennych przeciwnymi aspektami wojny, wzajemnie modelującymi swoje wpływy – z jednej strony pojawia się wymóg zwycięstwa i w jego konsekwencji tendencja do używania wszystkich sił i środków dla osiągnięcia celu, z drugiej strony – świadomość życia i niehumanitarności wojny. Wymagania dyktowane potrzebami wojskowymi powinny być jednak realizowane w ramach zachowania proporcji w stosunku do bezpośrednich sukcesów militarnych oczekiwanych po planowanej operacji²⁴.

Przed podjęciem ostatecznej decyzji o przeprowadzeniu ataku należy zatem oszacować jego potencjalne konsekwencje, biorąc pod uwagę konieczność wojskową i spodziewane korzyści militarne (ale i możliwe straty własne), jak również wymagane prawem środki ostrożności oraz jak najmniejsze zagrożenie dla osób i obiektów cywilnych. Do dokonania tej oceny i podjęcia decyzji siły zbrojne posługują się specjalną procedurą, określaną również w polskiej armii angielskim terminem *targeting*. Jest to „proces selekcji i szeregowania pod względem ważności celów oraz dobór odpowiedniego działania, uwzględniając wymagania i możliwości operacyjne”²⁵. Wszystkie decyzje dotyczące namierzania celów, gdy w grę wchodzi ataki, muszą być zgodne z zasadami użycia siły (*rules of engagement* – ROE)²⁶ i międzynarodowym

²² W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 94–95.

²³ Zob. J. Dill, *op. cit.*, s. 3.

²⁴ P. Żarkowski, D. Radziwiłowicz (red.), *Materiał szkoleniowy dla instruktorów do nauczania prawa wojennego*, Warszawa 2002, s. 12.

²⁵ U.S. Department of Defense, Joint Publication 1-02, *Dictionary of Military and Associated Terms*, 2009, s. 538.

²⁶ Ogólnie mówiąc, pod tym pojęciem kryją się „wytyczne, wydane przez kompetentną władzę wojskową, krajową lub międzynarodową, określające okoliczności i ograniczenia, pod jakimi siły zbrojne mogą wszczynać lub kontynuować swe zbrojne zaangażowanie” (A. Tokarczyk, *Mandat operacji pokojowych a uprawnienia żołnierzy do użycia siły w świetle*

prawem humanitarnym, a także uwzględniać fundamentalne zasady konieczności wojskowej, proporcjonalności i rozróżniania oraz zakaz zadawania niepotrzebnego cierpienia. Ponadto, w ramach procedury *targetingu* siły zbrojne obowiązują ogólne ograniczenia prawne: (a) osoby cywilne i ich mienie nie mogą stanowić celu świadomego ataku, (b) akty przemocy mające na celu tylko i wyłącznie sterroryzowanie ludności cywilnej są zabronione i (c) atakować można tylko legalne cele wojskowe. Planiści muszą również podjąć środki ostrożności w celu uniknięcia nadmiernych przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej oraz zniszczeń ich mienia²⁷.

Przypadkowe ofiary wśród ludności cywilnej, jak również zniszczenie ich mienia określa się mianem „szkod ubocznych”, co oznacza „niezamierzone bądź przypadkowe straty lub zniszczenia mienia i osób, które w danych okolicznościach nie są uznawane jako legalne cele wojskowe”²⁸. Planiści i dowódcy przeprowadzający atak oraz każda osoba sprawująca efektywną kontrolę nad atakiem musi go odwołać lub zawiesić, jeśli okaże się, że: (a) dany obiekt nie kwalifikuje się już jako cel wojskowy, (b) obiekt podlega ochronie specjalnej, lub (c) spodziewane straty i skutki uboczne będą nadmierne w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej²⁹.

Określając wzajemny związek między zasadą humanitaryzmu i zasadą konieczności wojskowej, zasada proporcjonalności wskazuje zatem na potrzebę umiarkowania w doborze metod i środków szkodenia nieprzyjacielowi³⁰. Zasada proporcjonalności stanowi więc istotny czynnik, który powinno się uwzględniać przy wyborze celu ataku. Jeśli straty wśród ludności cywilnej są nieuniknione, z uwagi na łączenie obiektów cywilnych i celów wojskowych lub z uwagi na podwójny charakter (cywilno-wojskowy) danego celu, należy odpowiednio wyważyć korzyść wojskową. Należy też ocenić charakter dostępnych metod i środków walki, niektóre rodzaje broni mogą bowiem ze swej natury bądź wskutek ich określonego wykorzystania powodować nadmierne i niepotrzebne straty i szkody³¹. Najlepiej zatem, by atakujący używał tzw. broni precyzyjnej, która pozwoli uderzyć wyłącznie w cel wojskowy. Jeśli jednak strona atakująca nie posiada takiej broni, zobowiązana jest do rozważenia możliwości przeprowadzenia ataku za pomocą innych metod i środków

międzynarodowego prawa humanitarnego na przykładzie PKW w Iraku i Afganistanie, B. Janusz-Pawletta (red.), *Konwencje genewskie 60 lat później. Nowe wyzwania dla międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2010, s. 50).

²⁷ Szerzej – zob. J. D. Wright, „Excessive” Ambiguity: Proportionality from the Practitioner’s Perspective, http://law.huji.ac.il/upload/24_JasonWright_p.pdf, s. 2 (dostęp: 11.6.2014).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ I. Henderson, *op. cit.*, s. 235.

³⁰ E. Mikos-Skuza, *Wprowadzenie do międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, K. Lankosz (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Dęblin 2006, s. 36.

³¹ J. Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, „American Journal of International Law” 1993, Vol. 87, s. 407.

walki, które pozwolą osiągnąć ten sam rezultat przy możliwie maksymalnym ograniczeniu niezamierzonych zniszczeń i strat w życiu ludzkim³². Atak nie może być więc lekkomyślnym działaniem, powodującym niepotrzebne straty wśród ludności cywilnej.

Zasadę proporcjonalności łatwiej jednak sformułować w teorii niż zastosować w praktyce, szczególnie w przypadku, gdy decydując się na metodę walki, która ograniczy przypadkowe straty, strona wojująca zwiększa ryzyko strat wśród własnych oddziałów. Zasada nie precyzuje ani stopnia staranności, jaką żołnierz musi zachować, ani stopnia ryzyka, jakie musi podjąć. Wydaje się jednak, że ryzyko, jakie może ponieść strona atakująca, powinno być czynnikiem branym pod uwagę przy stosowaniu zasady proporcjonalności³³. Dla stron wojujących z pewnością istotne będzie, by nie marnować życia żołnierzy, czasu i amunicji na nieproporcjonalne operacje zbrojne.

Z punktu widzenia wojskowego, zasada proporcjonalności jest użyteczna jako swoiste potwierdzenie przykrej nieuchronności przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej w czasie wojny. Zasady użycia siły (ROE), które zakazywałyby powodowania przypadkowych ofiar wśród osób cywilnych, mogłyby się okazać nieskuteczne. Z kolei reguły dotyczące ataku, które bagatelizowałyby omawianą zasadę, mogłyby nawet doprowadzić do uznawania przez dowódców, że ofiar cywilnych nie da się uniknąć, zatem można je zignorować. Wreszcie, reguły walki, których częścią stałaby się szeroko pojęta zasada obiektywnej proporcjonalności, mogłyby równie dobrze okazać się zbyt mało elastyczne, by je zastosować w nieskończonej liczbie przypadków prowadzenia działań zbrojnych³⁴. Niestety, mimo istniejących uregulowań prawnych, w odniesieniu do *targetingu*, zasadniczym problemem nadal pozostaje to, że niezwykle trudno jest określić, jak w danym przypadku rozumieć „nadmierność” strat cywilnych³⁵.

³² A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 19.

³³ *Ibidem*, s. 20. Por. R. J. Barber, *The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in Armed Conflict in Afghanistan*, „Journal of Conflict & Security Law” 2010, Vol. 15, issue 3, s. 481 („Ryzyko poniesienia ‘strat własnych’ nie jest częścią równania proporcjonalności, opisanego w Protokole I. Niemniej jednak uznaje się powszechnie, że dowódcy wojskowi mają prawo podjąć pewne środki, by zminimalizować ryzyko zagrażające ich żołnierzom”). W podobnym duchu sformułowano tę kwestię w brytyjskim podręczniku prawa konfliktów zbrojnych: „Czasami metoda ataku, która minimalizuje zagrożenie dla osób cywilnych, może zwiększyć zagrożenie dla sił strony atakującej. Prawo nie wyraża się jasno, jeśli chodzi o stopień ryzyka, które atakujący musi zaakceptować. Sama zasada proporcjonalności nie wymaga od napastnika zaakceptowania zwiększonego ryzyka. Wymaga od niego natomiast powstrzymania się od ataków, po których można oczekiwać, że spowodują nadmierne straty i skutki uboczne” (UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford 2004, par. 2.7.1).

³⁴ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 126.

³⁵ I. Henderson, *op. cit.*, s. 247.

3.1. Kwestia określenia poziomu niezamierzonych strat po stronie osób cywilnych

Jednym ze sposobów, w jaki Protokół Dodatkowy I godzi względy humanitarne z nieuniknionym stosowaniem siły w trakcie działań wojennych, jest akceptacja prawdopodobieństwa spowodowania przypadkowych szkód w dobrach o charakterze cywilnym oraz ranienia osób cywilnych w sytuacji, gdy operacje militarne prowadzone są przeciw celom wojskowym. Najlepszym przykładem powyższego dostosowania jest zakaz powodowania „nadmiernych”, niezamierzonych strat wśród osób i obiektów cywilnych, wyrażony w art. 51 ust. 5, art. 57 ust. 2 i art. 85 ust. 3 lit. (b) PD I. Pośrednio zakaz ten przyjmuje, że sporadycznie przypadkowe straty mogą okazać się nieuniknione i będą dopuszczalne, o ile nie są „nadmierne”³⁶.

Nie jest jednak jasne, jaki poziom strat po stronie osób cywilnych uznać należy za nieproporcjonalny – w PD I jest jedynie mowa o stratach i szkodach „nadmiernych”, które należy odnosić do „oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Obecność osób cywilnych nie czyni zatem danego obiektu nietykalnym, jednak strona atakująca zobowiązana jest podjąć odpowiednie środki ostrożności, by zminimalizować przypadkowe, niezamierzone straty wśród ludności cywilnej lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym, uwzględniając przy tym cel misji i dopuszczalne ryzyko dla sił atakującego³⁷. Co ciekawe, sformułowanie „nadmierne straty” użyte w PD I wydaje się być nie tylko bardziej pasujące do treści tego protokołu, lecz także zapewnia solidniejszą, bardziej zasadną podstawę do sądenia naruszeń niż bardziej elastyczne i podatne na manipulację określenie „proporcjonalność”³⁸. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, że przymiotnik „nadmierne” nie został w protokole sprecyzowany. Nie jest bowiem możliwe – zdaniem W. Fenricka – ustalenie jakiegokolwiek rozsądnego, dokładnego „równania proporcjonalności” między stratami wśród ludności cywilnej a korzyścią wojskową. Skoro ataki wymierzone w ludność cywilną są już zakazane na mocy art. 51 ust. 2, jasne jest, że ataki teoretycznie skierowane przeciw celom wojskowym, które powodują takie straty wśród osób cywilnych, iż staje się oczywiste, że w rzeczywistości ataki skierowane były przeciw tym osobom, potraktować można jako ataki powodujące „nadmierne straty”. Protokół Dodatkowy I nie daje jednak odpowiedzi, jak wysoko należy ustawić standard „proporcjonalności” i związany z nim poziom „nadmierności”³⁹.

³⁶ Zob. W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 92.

³⁷ Zob. G. D. Solis, *op. cit.*, s. 276.

³⁸ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 3.

³⁹ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 102. Por. M. N. Schmitt, *The Law of Targeting*, E. Wilshurst, S. Breau (red.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2007, s. 156 (zasada proporcjonalności to „zasada, która stronom wojującym sprawia najwięcej trudności w jej praktycznym zastosowaniu, ponieważ wymaga rozpatrzenia wzajemnych relacji między odmiennymi wartościami, poprzez zastosowanie wysoce subiektywnego standardu, nadmierności”).

Historia negocjacji prowadzonych podczas konferencji dyplomatycznej w celu przyjęcia treści PD I wskazuje jednak, że użycie określenia „nadmierne straty” nie było przypadkowe. W zaproponowanej przez MKCK początkowej wersji art. 46, który był poprzednikiem obecnego art. 51 PD I, mowa jest o stratach „nieproporcjonalnych”:

„Zakazane jest stosowanie środków walki oraz jakichkolwiek metod, które w sposób nieukierunkowany uderzają lub wpływają na ludność cywilną i kombatantów bądź na dobra cywilne i cele wojskowe. W szczególności, zabronione jest (...) (b) przeprowadzanie ataków, po których można się spodziewać, że pociągną za sobą przypadkowe straty wśród ludności cywilnej i spowodują zniszczenia obiektów cywilnych w stopniu nieproporcjonalnym do oczekiwanej, bezpośredniej i istotnej korzyści wojskowej”⁴⁰.

W trakcie negocjacji nad postanowieniami Protokołu dotyczącymi proporcjonalności wykształciły się jednak trzy pozostające w sprzeczności stanowiska: wyraźne, ogólne uznanie proporcjonalności za istotny składnik każdej obowiązującej normy prawnej regulującej prowadzenie działań wojennych, odmowa uznania w jakiegokolwiek formie prawnego znaczenia proporcjonalności z uwagi na fakt, że nie była ona uznana zasadą prawa wojny i jest sprzeczna z humanitarnym celem konferencji oraz częściowe uznanie proporcjonalności, to znaczy akceptacja nieuchronności przypadkowych strat na pewnych ograniczonych obszarach z jednoczesnym zakazem powodowania przypadkowych strat w określonej odległości od celu wojskowego⁴¹.

W odniesieniu do propozycji MKCK, kilka państw bloku wschodniego (w tym Rumunia, Węgry oraz Polska), a także Syria, sprzeciwiły się stanowczo wprowadzeniu do wspomnianych postanowień Protokołu terminu „nieproporcjonalny”, w obawie, że będzie on wymagał porównywania odmiennych wartości i zbyt łatwo będzie można tym terminem manipulować⁴². Ostatecznie omawiana zasada znalazła się w Protokole, jednak postanowiono we wszystkich wymienionych wyżej artykułach PD I zamiast pojęcia „nieproporcjonalne” użyć słowa „nadmierne”⁴³.

Rezygnacja ze słowa „proporcjonalność” wpłynęła jednak negatywnie na próbę utożsamienia „nadmiernych” strat ze „znacznymi/rozległymi” (*extensive*) stratami, którą to próbę podjął MKCK w komentarzu opracowanym dziesięć lat po podpisaniu PD I:

⁴⁰ Cyt. za: W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 103.

⁴¹ Szerzej – zob. W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 102.

⁴² Warto przytoczyć tu polskie stanowisko w omawianej kwestii: „Zasada proporcjonalności wyrażona w propozycji MKCK mogłaby przyznać dowódcom wojskowym praktycznie nieograniczone prawo do decydowania o przeprowadzeniu ataku, jeśli uznaliby, że przyniosłby on korzyść wojskową. Cierpienie osób cywilnych i korzyść wojskowa to dwie wartości, których porównywanie trudno byłoby sobie wyobrazić” (Poland, *Statement at the CDDH*, „Official Records”, Vol. XIV, CDDH/III/SR.8, 19.3.1974, s. 61, par. 13).

⁴³ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 7–8.

„Wysunięto koncepcję (...) w świetle której nawet jeśli straty i zniszczenia dotyczące osób cywilnych są bardzo duże, mogą one być usprawiedliwione w przypadku, gdy wchodząca w grę korzyść wojskowa jest niezmiernie ważna. Koncepcja ta pozostaje w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami Protokołu, w szczególności z artykułem 48 (*zasada podstawowa*) i paragrafami 1 i 2 obecnego artykułu 51. Protokół bowiem nie przewiduje jakiegokolwiek usprawiedliwienia dla ataków powodujących znaczne straty i zniszczenia dotyczące osób cywilnych. Przypadkowe straty i zniszczenia nigdy nie powinny być znaczne”⁴⁴.

Niektórzy autorzy, w tym Yoram Dinstein, uważają, że w komentarzu MKCK po prostu pomyłono pojawiające się w PD I pojęcie „nadmierne” ze słowem „znaczne”⁴⁵. W istocie, to co jest „nadmierne”, niekoniecznie musi być, chociaż może być, „znaczne”, a co z kolei jest „znaczne”, może, ale nie musi być „nadmierne”⁴⁶. Do podobnych wniosków doszli autorzy komentarza do *Podręcznika prawa międzynarodowego stosowanego w wojnie powietrznej i raketowej* z 2009 roku, opracowanego przez międzynarodową grupę ekspertów w ramach *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research* Uniwersytetu Harvarda⁴⁷. Odnośnie do pojęciowego zamieszania wokół słowa „nadmierne”, eksperci biorący udział w projekcie wyjaśnili, iż: „termin *nadmierne* jest często błędnie interpretowany. Nie chodzi o liczbę ofiar cywilnych i porównywanie jej z liczbą kombatantów przeciwnika, którzy zostali wyeliminowani z działania. [Pojęcie to] znajduje zastosowanie, gdy zachodzi znaczna dysproporcja pomiędzy oczekiwaną korzyścią wojskową z jednej strony a spodziewanymi stratami wśród osób cywilnych i szkodami w dobrach o charakterze cywilnym z drugiej strony”⁴⁸. W kwestii stosowania testu proporcjonalności, eksperci podkreślają, że skutki uboczne, które są znaczne, niekoniecznie muszą być nadmierne. Pojęcie „nadmierności” nie jest bowiem absolutne. Mierzy się ją zawsze w oparciu o korzyść wojskową, którą atakujący spodziewa się uzyskać w wyniku ataku. Jeśli oczekiwana korzyść wojskowa jest marginalna, przewidywane skutki uboczne nie muszą

⁴⁴ Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 626, par. 1980.

⁴⁵ Zob. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, s. 120.

⁴⁶ R. P. Barnidge Jr., *op. cit.*, s. 181.

⁴⁷ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Bern, 15.5.2009, <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (dostęp: 11.6.2014). Podręcznik sam w sobie nie jest źródłem wiążących norm prawnych, może jednak służyć jako pomoc przy opracowywaniu krajowych podręczników wojny powietrznej oraz jako punkt wyjścia przy tworzeniu zasad użycia siły (*rules of engagement*, ROE) na potrzeby operacji militarnych prowadzonych przez wielonarodowe siły zbrojne.

⁴⁸ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 2010, s. 92, <http://ihlresearch.org/amw/Commentary%20on%20the%20HPCR%20Manual.pdf> (dostęp: 11.6.2014).

być znaczne, aby być nadmierne – i odwrotnie, znaczne skutki uboczne mogą być prawnie uzasadnione militarną wartością atakowanego celu, z uwagi na wysoką korzyść wojskową spodziewaną jako rezultat ataku⁴⁹.

Wydaje się jednak, że występujące w opracowanym przez MKCK komentarzu do PD I powiązanie strat „nadmiernych” ze „znacznymi” w rzeczywistości nie jest błędną interpretacją czy skutkiem pomyłki, lecz może być konsekwencją przekonania ideologicznego, iż międzynarodowe prawo humanitarne nie może być wykorzystywane w celu sankcjonowania znacznej liczby ofiar śmiertelnych, bez względu na to, na jakie sformułowania w Protokole należały państwa⁵⁰.

Przynajmniej co do jednej kwestii przedstawiciele doktryny (tak prawnicy cywilni, jak i wojskowi) są zgodni – terminu „nadmierne” nie można zdefiniować bądź określić ilościowo, ale można dokonać jego jakościowej oceny, bazując na jednym z dających się zastosować standardów – subiektywnym (odwołującym się do własnej oceny dokonanej przez dowódcę), obiektywnym (opierającym się na wzorcu rozsądnego dowódcy) lub na swoistej hybrydzie obu tych standardów (podejście subiektywno-obiektywne)⁵¹.

3.1.1. Podejście subiektywne

W literaturze przedmiotu tradycyjnie dominuje pogląd preferujący standard subiektywny. W jego ujęciu, określenie nadmierności należy do dowódcy, który powinien dokonać oceny w dobrej wierze, w oparciu o zaistniałe okoliczności⁵². W świetle tego standardu, dowódcy posiadają znaczny margines swobody w decydowaniu o tym, jak wypada porównanie oczekiwanej korzyści wojskowej w stosunku do spodziewanych skutków ubocznych. Takie podejście w zakresie określania nadmierności opiera się zatem wyłącznie na informacjach posiadanych przez dowódcę oraz jego ocenie, dokonanej w dobrej wierze⁵³. Innymi słowy, standard ten jest subiektywny w tym sensie, że oceniając działania dowódcy, należy spojrzeć na sytuację tak, jak on ją widział w chwili podejmowania decyzji, uwzględniając przy tym informacje, które posiadał⁵⁴.

Decyzja o podjęciu takiego ataku, który nie naruszy zasady proporcjonalności i nie będzie powodować nadmiernych strat cywilnych, należy zatem do danego dowódcy. Musi on określić stosunek korzyści wojskowej do przypadkowych strat. Musi ustalić, jakich środków należy użyć, by potwierdzić,

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ A. Cohen, *op. cit.*, s. 15.

⁵¹ J. D. Wright, „*Excessive*” *Ambiguity: Proportionality...*, s. 9.

⁵² Y. Dinstein, *op. cit.*, s. 122; J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004, s. 105–106.

⁵³ J. D. Wright, *‘Excessive’ ambiguity: analyzing...*, s. 839. Por. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 684, par. 2210.

⁵⁴ A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 110; Y. Dinstein, *op. cit.*, s. 122.

że obiekty będące przedmiotem ataku są celami wojskowymi i jakie praktycznie możliwe środki ostrożności można zastosować, by zminimalizować przypadkowe straty. Powinien też porównać różnorodne metody przeprowadzenia ataku, by wybrać tę z nich, która stanowi odpowiednio proporcjonalną metodę prowadzącą do osiągnięcia celu militarnego⁵⁵. Mimo jednak subiektywnego charakteru tej decyzji, powinna być ona podjęta w dobrej wierze, a standard oceny jej legalności powinien odnosić się do wkładu w osiągnięcie wspomnianego celu militarnego całej operacji w stosunku do innych skutków podjętych działań, takich jak ich wpływ na osoby cywilne i dobra o charakterze cywilnym⁵⁶.

3.1.2. Podejście obiektywne

W przeciwieństwie do doktryny prawa międzynarodowego, orzecznictwo międzynarodowych i krajowych sądów i trybunałów, dotyczące zasady proporcjonalności w konfliktach zbrojnych, hołduje podejściu obiektywnemu w zakresie oceny nadmierności skutków ubocznych ataku. Jako przykład, warto przytoczyć dwa orzeczenia (odpowiednio – sądu międzynarodowego i krajowego), w których odniesiono się do standardu proporcjonalności i określenia „nadmierności”. Pierwsze z orzeczeń wydał Międzynarodowy Trybunał Karny do spraw Zbrodni popełnionych w byłej Jugosławii (MTKJ) w sprawie *Prosecutor v. Stanislav Galić*⁵⁷. W 2003 roku MTKJ uznał generała Galića winnym zarzucanych mu zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, polegających m.in. na naruszaniu zasady proporcjonalności w czasie, gdy dowodził oddziałami bośniackich Serbów podczas trwającego 23 miesiące oblężenia Sarajewa. Działania zbrojne oblegających obejmowały wówczas częsty ostrzał artyleryjski i ataki snajperów, zaś ich efektem były tysiące zabitych i rannych osób cywilnych. Odnosząc się do oceny spodziewanych nadmiernych strat, Trybunał przyjął podejście obiektywne – ustalili zatem, iż atak będzie nieproporcjonalny, jeśli „wystarczająco dobrze poinformowana osoba w okolicznościach, w jakich znajduje się rzeczywisty sprawca, czyniąc rozsądny użytek z dostępnych jej informacji, może spodziewać się, że rezultatem ataku będą nadmierne straty wśród ludności cywilnej”⁵⁸. Jeśli zachodzi taka sytuacja, dowódca strony atakującej powinien zaprzestać

⁵⁵ A. P. V. Rogers, *Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population*, „Military Law and Law of War Review” 1982, Vol. 21, s. 311.

⁵⁶ L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed., Manchester 2000, s. 351. Por. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 683–684, par. 2208 („[I]nterpretacja dokonana przez dowódców wojskowych musi być przede wszystkim oparta o zdrowy rozsądek i dobrą wiarę. W przypadku każdego ataku muszą oni starannie wyważyć wchodzące w grę interesy humanitarne i wojskowe”).

⁵⁷ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Judgement, 5.12.2003.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 58.

ataku, przełożyć atak lub odpowiednio go zmodyfikować, łagodząc jego skutki⁵⁹.

Z kolei w orzeczeniu izraelskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Targeted Killing* z 2006 roku pojawia się dostosowana do współczesnych potrzeb interpretacja „nadmiernych strat w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”, odnosząca się nie tylko do ogólnej zasady proporcjonalności, lecz także do działalności terrorystycznej⁶⁰. W omawianej sprawie Sąd zajmował się kwestią legalności prowadzonej przez rząd izraelski polityki *targeted killing*, polegającej na dokonywaniu zabójstw osób uznawanych przez władze za terrorystów, przy czym podczas takich akcji zdarzało się, że przypadkowo ginęły lub były ranne osoby postronne, nie związane z celem ataku. Próbując ustalić, czy likwidowanie takim sposobem palestyńskich bojowników można uznać za legalne przy spełnieniu pewnych warunków, Sąd podkreślił, że przy wyborze i ocenie legalności celu ataku zasada proporcjonalności jest przede wszystkim testem opartym na ocenie wartości, zależnym od równowagi pomiędzy sprzecznymi wartościami i interesami⁶¹. W kwestii określenia „nadmierności” Sąd przyjął, podobnie jak MTKJ, że właściwe jest tu podejście obiektywne, bazujące na wzorcu rozsądnego dowódcy. Należy zatem ustalić, czy decyzja, którą podjął dowódca wojskowy, jest decyzją, która mogłaby zostać zgodnie z prawem podjęta przez rozsądnego dowódcę⁶².

3.1.3. Podejście subiektywno-obiektywne

Trzecie podejście w zakresie oceny „nadmierności” stanowi w istocie połączenie obu wyżej omówionych: subiektywnego i obiektywnego. Ma być ono swoistym „złotym środkiem”, rozwiązaniem proponowanym przede wszystkim prawnikom wojskowym w czynnej służbie, którzy biorą udział w planowaniu i podejmowaniu decyzji dotyczących prowadzenia operacji militarnych. Fakt ten nie powinien zresztą dziwić, zważywszy, że podejście subiektywno-obiektywne proponują właśnie prawnicy wojskowi – Australijczyk, pułkownik Ian Henderson oraz Amerykanin, major Jason D. Wright.

W świetle modelu subiektywno-obiektywnego, ocena oczekiwanej korzyści wojskowej i przewidywalnych skutków ubocznych podlega dowódcy, następnie jednak określenie proporcjonalności wypływające z oceny subiektywnej jest obiektywne. Ogólnie mówiąc, ocena proporcjonalności ataku opiera się na okolicznościach, w których znajduje się dowódca i dostępnych mu informacjach. Jednakże, wyciągnięcie wniosków, czy skutki uboczne są

⁵⁹ G. D. Solis, *op. cit.*, s. 283.

⁶⁰ The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, HCJ 769/02, Judgment, 13.12.2006.

⁶¹ *Ibidem*, par. 45.

⁶² *Ibidem*, par. 57.

„spodziewane” i czy są one „proporcjonalne” oparte jest na tym, co racjonalnie myśląca osoba wydedukowałaby z tych informacji⁶³.

Model subiektywno-obiektywny rozбивa test proporcjonalności na dwie części: (1) *subiektywną* ocenę dokonywaną przez dowódcę operacji mającej przynieść oczekiwaną korzyść wojskową (OKW) i spodziewane skutki uboczne (SSU) oraz (2) *wyznacznik obiektywny* oparty na równoważeniu tych interesów z perspektywy „racjonalnego dowódcy wojskowego”. Innymi słowy, planiści i dowódcy muszą w dobrej wierze dokonać oceny OKW i SSU w świetle istniejących w danym momencie uwarunkowań. Wynikająca z powyższej oceny subiektywnej kalkulacja musi być obiektywnie racjonalna i gwarantować, że liczba ofiar śmiertelnych wśród ludności cywilnej oraz straty i zniszczenia mienia cywilnego nie będą nadmierne⁶⁴.

3.2. Określona korzyść wojskowa

Poza sformułowaniem „nadmierne straty”, terminem, który również nie został sprecyzowany w PD I i wywołuje wątpliwości interpretacyjne, jest „korzyść wojskowa”, a dokładniej – „oczekiwana konkretna i bezpośrednia korzyść wojskowa”. Zgodnie z art. 52 ust. 2, przedmiotem ataku mogą być cele wojskowe, które „wnoszą istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie (...) daje określoną korzyść w danej sytuacji”. Protokół Dodatkowy I nie reguluje jednak, co dla dowódców mogłoby stanowić ową korzyść wojskową i jak ją oceniać. Wymóg stawiany stronom walczącym nie polega bowiem na zadawaniu jak najmniejszych strat osobom i obiektom cywilnym w sensie abstrakcyjnym, lecz na sprowadzaniu do niezbędnego minimum tych strat przy uwzględnieniu „oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”⁶⁵. Dążąc do osiągnięcia tej korzyści, dowódca ma obowiązek w rozsądny sposób zminimalizować straty wśród ludności cywilnej⁶⁶. Korzyść tę należy więc rozumieć raczej jako „konkretną i zauważalną”, nie zaś „hipotetyczną i opartą na domysłach”, w praktyce natomiast odpowiedzialny dowódca powinien być w stanie jasno określić rodzaj oczekiwanej korzyści wojskowej, którą ma przynieść atak i dostarczyć dowody na poparcie tych oczekiwań⁶⁷.

Nie ma wątpliwości, że przydawki „konkretna” i „bezpośrednia” sugerują istnienie prawdziwego i niebagatelnego celu wojskowego. Zgodnie z intencją autorów komentarza MKCK do PD I, określenie „konkretne i bezpośrednie”

⁶³ I. Henderson, *op. cit.*, s. 222.

⁶⁴ J. D. Wright, „Excessive” Ambiguity: Proportionality..., s. 9.

⁶⁵ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 11.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 12.

⁶⁷ A. Boivin, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare*, University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series, 2006, No. 2, s. 21.

miało wskazywać, że oczekiwana korzyść powinna być „znacząca i stosunkowo osiągalna”, w odróżnieniu od korzyści, które są „ledwo zauważalne” i „osiągalne jedynie w dłuższej perspektywie”⁶⁸. Stosownie do powyższego, „korzyść wojskowa” powinna być mierzona w oparciu o konkretny cel taktyczny danej akcji, uwzględniając fakt, że „korzyść wojskowa” w ujęciu kumulatywnym jest, przynajmniej w większości wypadków, „ledwo zauważalna” i „osiągalna jedynie w dłuższej perspektywie”⁶⁹.

Brak przejrzystości zawartego w Protokole pojęcia „korzyści wojskowej” wiąże się z faktem, że nie został sprecyzowany jej rodzaj. W tekście PD I podjęto próbę ograniczenia zastosowania zwrotu do korzyści wojskowych, które są „konkretne i bezpośrednie”, a które MKCK interpretuje jako „znaczące i stosunkowo osiągalne” w odniesieniu do związku przyczynowego. Z uwagi na powyższe, korzyści o mglistym zarysie i nie posiadające przejrzystego związku przyczynowego z atakiem powinny być pomijane. Interpretacja zaproponowana przez niektóre państwa podkreśla jednak, że korzyść wojskowa, którą należy brać pod uwagę, to taka, która jest rezultatem operacji jako całości, nie zaś jednego z jej elementów⁷⁰. Ten punkt widzenia wydaje się uzasadniać pogląd, że osiągniętą korzyść należy oceniać jako efekt całej kampanii, a nie pojedynczej akcji zbrojnej. Zrozumiałe jest, że interpretacja ta podlega pewnym ograniczeniom, ale pozostaje niejasne, jakie one powinny być⁷¹.

Praktyka państw wskazuje zatem na szerszą akceptację „podejścia kumulatywnego”, w świetle którego korzyść wojskowa, oczekiwana w rezultacie przeprowadzenia ataku, w zamierzeniu odnosi się do korzyści oczekiwanej po ataku ocenianym całościowo, z perspektywy operacji militarnej, nie zaś tylko po ataku traktowanym w odizolowaniu lub w odniesieniu do jego poszczególnych części⁷². Podobne stanowisko zajął komitet ustanowiony w celu dokonania oceny kampanii powietrznej NATO przeciw Federalnej Republice Jugosławii – w opinii komitetu, zasada proporcjonalności nie odnosi się do konkretnych zdarzeń, lecz raczej do „całościowej oceny ogółu ofiar cywilnych w zestawieniu z celami kampanii militarnej”⁷³. Biorąc pod uwagę, że

⁶⁸ Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 684, par. 2209.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Szerzej – zob. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (red.), *op. cit.*, tom I, s. 49. Zdaniem Samuela Estreichera, „poprawne jest założenie, że oczekiwana korzyść wojskowa nie ogranicza się do najbliższej bitwy, lecz dotyczy ataku jako całej operacji. Tekst [Protokołu] mówi o *oczekiwanej korzyści wojskowej* lecz nie zawęża tej korzyści do jednej bitwy, gdyż miałyby to niewielki sens militarny. Nie dziwi zatem, że w tym kontekście, przepisy dotyczące odpowiedzialności karnej zawarte w Statucie Rzymskim odnoszą się do *całkowitej korzyści wojskowej*” (S. Estreicher, *op. cit.*, s. 9).

⁷¹ A. Cohen, *op. cit.*, s. 11.

⁷² Zob. N. Neuman, *op. cit.*, s. 99–100.

⁷³ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>, par. 52 (dostęp: 11.6.2014).

w świetle MPH korzyść wojskową uważa się za odnoszącą do kampanii jako całości, a nie do pojedynczych ataków, wydaje się konieczne określić, co sprzyja, a co nie osiągnięciu celów kampanii. Bez aktywnej oceny operacji, dowódca wojskowy nie jest bowiem w stanie zestawić spodziewanych strat wśród ludności cywilnej z oczekiwaną korzyścią wojskową, ponieważ nieznaną mu jest ta korzyść w odniesieniu do konkretnego ataku⁷⁴.

3.3. Stosunek oczekiwanej korzyści wojskowej do spodziewanych skutków ubocznych

Z powyższych rozważań wynika, że rozwiązanie „równania proporcjonalności” wymaga określenia relatywnej wartości korzyści wojskowej uzyskanej przez jedną ze stron konfliktu oraz ofiar wśród osób cywilnych lub szkód wyrządzonych dobrom o charakterze cywilnym znajdującym się na obszarach kontrolowanych przez drugą stronę konfliktu⁷⁵. Dysponując jednak wartościami tak odmiennymi i trudno porównywalnymi, a na dodatek podawanymi różnorodnym interpretacjom, nie jest łatwo rozwiązać to równanie, zwłaszcza, że nie chodzi tu o czystą arytmetykę⁷⁶. Jak zatem przeprowadzić test proporcjonalności? Zdaniem Michaela N. Schmitta, błędem jest przedstawianie tego testu jako zwykłego wyważenia dwóch wartości, tzn. oceny, czy konkretna i bezpośrednia korzyść wojskowa przeważa wynikające z ataku skutki uboczne i przypadkowe ranienia. Jeśli tak, atak jest dozwolony, jeśli nie, atak jest zabroniony. Test taki jest zwykle przedstawiany jako skala, w której najmniejsza różnica przeważa szalę. W takim ujęciu zakazane są jedynie te ataki, w których w ogóle nie zachodzi proporcjonalność między celami do osiągnięcia a spodziewanymi stratami wśród osób cywilnych i szkodami w dobrach o charakterze cywilnym⁷⁷.

Próby stworzenia jakiejś formuły równoważenia korzyści wojskowej i skutków ubocznych wciąż są jednak podejmowane, a wyrazem tych starań jest chociażby dodanie w art. 8 ust. 2 lit. (b) p. (iv) Statutu MTK

⁷⁴ G. Noll, *Analogy at War: Proportionality, Equality and the Law of Targeting*, s. 12, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=gregor_noll (dostęp: 22.5.2014).

⁷⁵ W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia*, „European Journal of International Law” 2001, Vol. 12, s. 501.

⁷⁶ Jedyną chyba próbą wyrażenia omawianego porównania za pomocą działania matematycznego jest propozycja Javiera Gómeza, który wskaźnik proporcjonalności (WP) przedstawia jako wynik stosunku korzyści wojskowej (KW) do skutków ubocznych (SU), w następujący sposób: $WP = KW/SU$. Autor ten nie wyjaśnia jednak, jak wstawić w to równanie odpowiednie liczby (zob. J. G. Gómez, *El Principio de la Proporcionalidad y los Daños Colaterales, un Enfoque Pragmático*, R. P. Sanjuán (red.), *Conduccion de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá 2007, s. 197–243).

⁷⁷ M. N. Schmitt, *Fault Lines in the Law of Attack*, S. C. Breau, A. Jachec-Neale (red.), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2006, s. 293.

przysłówka „wyraźnie” do przymiotnika „nadmierne”, co stwarza pewną gradację, jeśli chodzi o naruszenia zasady proporcjonalności⁷⁸. Szczególnie zaś interesujące rozwiązanie omawianego problemu, opracowane w oparciu o omówione wyżej podejście subiektywno-obiektywne w zakresie określania poziomu nadmiernych strat, proponuje Jason Wright. Stosując hybrydowy model subiektywno-obiektywny, pewne wspólne punkty odniesienia mogą okazać się pomocne przy klasyfikowaniu oczekiwanej korzyści wojskowej (OKW) i spodziewanych skutków ubocznych (SSU) w celu zdefiniowania terminu „nadmierny”. W przypadku części pierwszej metody subiektywno-obiektywnej – czyli subiektywnej oceny w dobrej wierze czynników OKW i SSU – obydwie zmienne można odpowiednio wyskalować, aby określić, czy odpowiednie wartości mają charakter marginalny, umiarkowany czy znaczący. Po przyporządkowaniu subiektywnych wartości dla OKW i SSU, wartości te można następnie zważyć w sposób obiektywny⁷⁹.

Atak byłby zatem proporcjonalny, jeśli:

- OKW jest marginalna i SSU są marginalne;
- OKW jest umiarkowana, a SSU są marginalne;
- OKW jest znacząca, a SSU są marginalne⁸⁰;
- OKW jest umiarkowana i SSU są umiarkowane;
- OKW jest znacząca, a SSU są umiarkowane⁸¹.

W przypadku dysproporcji w ocenianych wartościach, atak będzie „nadmierny” w sensie obiektywnym według międzynarodowego prawa humanitarnego, a zatem strona atakująca powinna zrezygnować z przeprowadzenia ataku (np. marginalna OKW i umiarkowane SSU albo umiarkowana OKW i znaczące SSU). Jeśli pomimo tego atak zostanie rozmyślnie przeprowadzony ze świadomością, że jest on nieproporcjonalny, państwo, które za tym stoi, winne jest ciężkiego naruszenia PD I. Jeśli pomiędzy wartościami zachodzi istotna dysproporcja (np. marginalna OKW i znaczące SSU), atak uważa się za „wyraźnie nadmierny”, a jeśli zostanie przeprowadzony, państwo, które się tego dopuszcza, z całą pewnością popełnia ciężkie naruszenie, zaś osoby odpowiedzialne za wydanie rozkazu ataku podlegają odpowiedzialności karnej⁸².

Jason Wright waha się jednak przy jednoznacznej ocenie sytuacji, gdy oczekiwana korzyść wojskowa wynikająca z ataku jest znacząca, ale znaczące są też spodziewane skutki uboczne. Wright ostatecznie decyduje się uznać

⁷⁸ W myśl art. 8 ust. 2 lit. (b) p. (iv) Statutu MTK, zbrodnią wojenną jest „zamierzone przeprowadzanie ataku ze świadomością, iż atak ten spowoduje przypadkową utratę życia lub zranienie osób cywilnych lub szkodę w obiektach cywilnych, lub rozległą, długotrwałą i poważną szkodę w środowisku naturalnym, które byłyby wyraźnie nadmierne w stosunku do konkretnej, bezpośredniej i całkowitej spodziewanej korzyści wojskowej” (Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Rzym, 17.7.1998, Dz.U. 2003, Nr 78, poz. 708).

⁷⁹ J. D. Wright, „*Excessive*” *Ambiguity: Proportionality...*, s. 9–10.

⁸⁰ Według J. Wrighta, atak byłby wtedy nawet „wyraźnie proporcjonalny”.

⁸¹ Zob. J. D. Wright, „*Excessive*” *ambiguity: analyzing...*, s. 852.

⁸² J. D. Wright, „*Excessive*” *Ambiguity: Proportionality...*, s. 10.

taki atak za proporcjonalny, stawiając jednak przy tym znak zapytania. Być może jest to dowód na to, że określanie sztywnych kryteriów oceny jest – jak zauważył Michael Schmitt – błędne i bezcelowe, być może zaś w takich przypadkach należy zwrócić większą uwagę na względy moralne i zasady etyczne, a nie polegać tylko na „chłodnej” kalkulacji militarno-prawnej. Praktyka państw wynikająca z klasycznych, międzynarodowych konfliktów zbrojnych, zwłaszcza zaś z operacji prowadzonych podczas II wojny światowej (np. zdobycie Saint-Lô przez wojska amerykańskie, walki o Manilę czy choćby zrzućenie bomby atomowej na Hiroszimę i Nagasaki) wskazuje jednak, że w tego rodzaju sytuacjach przeważały względy natury wojskowej⁸³.

4. Wnioski

Zasada proporcjonalności, w takim ujęciu, w jakim została ona określona w art. 51 i 57 PD I, choć wiąże się z koniecznością wojskową, może przynieść znaczące korzyści humanitarne, o ile będzie ona stosowana w dobrej wierze. W świetle tej zasady, personel odpowiedzialny za planowanie operacji militarnych, prawdopodobnie na poziomie dywizji lub wyższym, zobowiązany jest do podjęcia wszelkich możliwych środków w celu oceny potencjalnych, przypadkowych strat cywilnych, do których może dojść w trakcie ataku. Dowódcy i planiści mają obowiązek porównać korzyść wojskową ze stratami cywilnymi, by ustalić, czy straty te będą nadmierne⁸⁴.

⁸³ Przykładowo, w lipcu 1944 r. generał Omar Bradley, dowódca amerykańskiej 1 Armii operującej w Normandii, stanął przed trudną decyzją wyważenia proporcji między stratami i szkodami wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym a korzyścią wojskową. Plan generała zakładał naloty dywanowe na obszar obejmujący pięć mil kwadratowych, w którym znajdowało się niewielkie miasteczko Saint-Lô. Miało ono kluczowe znaczenie dla sił amerykańskich, gdyż pozwalało kontrolować całą sieć drogową zachodniej Normandii, jego zdobycie mogło też przyczynić się do przełamania niemieckiej obrony i otworzyć drogę na Caen. Bombardowanie miało zniszczyć lub przetrzebić oddziały niemieckie na tym obszarze i w rezultacie umożliwić siłom amerykańskim szybkie natarcie. Generał nie zdecydował się jednak ostrzec ludności cywilnej mieszkającej w granicach tego obszaru, obawiając się, że tym samym uprzędi stacjonujące tam siły niemieckie, które mogą się wycofać, wezwać posiłki i przygotować do kontruderzenia. Zdaniem generała Bradley’a, powodzenie całej operacji zależało od zaskoczenia, nawet jeśli miałyby się to wiązać z masakrą niewinnych mieszkańców. Generał osiągnął zakładany cel, naloty okazały się jednak nieprecyzyjne, bomby spadały poza przewidzianym obszarem, powodując większe szkody, a w rezultacie walk zniszczeniu uległo około 95% miasta (zob. S. Badsey, *Normandia 1944. Upadek „Festung Europa”*, Poznań 2010, s. 44). Czy generał Bradley naruszył zasadę proporcjonalności, pozostaje pytaniem otwartym – choć zdaniem Michaela Walzera, amerykańskiego intelektualisty i filozofa polityki, śmierć francuskich cywili prawdopodobnie nie była wygórowaną ceną za przełom, który nastąpił w Normandii i który mógł się okazać zwiastunem końca wojny, a ofiary nie były nadmierne w porównaniu z oczekiwaną, konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową (M. Walzer, *Wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe*, Warszawa 2010, s. 453).

⁸⁴ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 127.

Procedura *targetingu*, której ocena proporcjonalności stanowi integralną część, jest jednak iteracyjna i dynamiczna. Wspomniana ocena musi zatem wybiegać w przyszłość – chodzi o pewne prawdopodobieństwo. Z pewnością wymaga ona od dowódcy dobrej wiary i zdrowego rozsądku. Problem w tym, że poza ustaleniem, jakie wartości należy porównać (straty cywilne i korzyść wojskowa), doktryna prawa humanitarnego nie wyjaśnia, w jaki sposób przeprowadzić tę ocenę, właśnie w sensie proceduralnym. Niektórzy autorzy twierdzą, iż ocena proporcjonalności w prawie humanitarnym ma charakter subiektywny. Inni uważają, że ocena ta powinna być obiektywna. Są też autorzy, według których ocena proporcjonalności odnosi się do wartości nieporównywalnych, niewspółmiernych do siebie⁸⁵. Możliwe jest też obiektywne określenie proporcjonalności na podstawie subiektywnych ocen, niemniej jednak ustalenia te będą trudne do osiągnięcia, ponieważ ludzie mogą w różny sposób oceniać wartość ludzkiego życia oraz interesy humanitarne i wojskowe. Biorąc zaś pod uwagę, że atak, który spowodował nadmierne straty, rodzi odpowiedzialność zarówno strony wojującej, jak i jednostki, ocena proporcjonalności wymaga uwzględnienia czynników obiektywnych⁸⁶.

Wyznaczenie standardu proporcjonalności w działaniach militarnych może prowadzić do „konstruktywnej wieloznaczności” (choćby z uwagi na nie do końca sprecyzowane elementy definicyjne omawianej zasady), jednak standard ten powinien być tak skonstruowany, by wspierać ochronę ludności cywilnej. Intencją twórców PD I było wypracowanie równowagi pomiędzy wymogami konieczności wojskowej a ochroną ludności cywilnej w taki sposób, aby zachować stosunkowo przejrzyste rozróżnienie w interesie osób cywilnych nie zaangażowanych w działania zbrojne, nawet jeśli miałyby to zostać osiągnięte kosztem ochrony pewnych jednostek, które, praktycznie rzecz biorąc, są bojownikami tylko dlatego, że działają w „szarej strefie”⁸⁷. Ma to szczególne znaczenie zwłaszcza w operacjach mających na celu zwalczanie rebelii. Planiści, dowódcy oraz prawnicy wojskowi uczestniczący w takich operacjach zobowiązani są postępować zgodnie z zasadami i normami MPH, lecz przy tym uwzględniać założenia doktrynalne tego typu operacji, bowiem nadmierne straty i szkody nie tylko zwiększają cierpienie ludzkie, lecz także podważają strategiczne cele o charakterze militarnym⁸⁸.

Niewątpliwie, stosowanie zasady proporcjonalności w międzynarodowym prawie humanitarnym jest skomplikowane. Nie czyni to jednak tej zasady nieistotną lub niestosowalną. Odpowiednio sformułowana, zasada proporcjonalności może służyć jako pomocna, a nawet niezbędna zasada regulująca postępowanie sił zbrojnych, m.in. w walce z tzw. przeciwnikiem nieregular-

⁸⁵ G. Noll, *op. cit.*, s. 13.

⁸⁶ Zob. J. D. Wright, *‘Excessive’ ambiguity: analyzing...*, s. 840.

⁸⁷ Zob. G. Nolte, *Thin or Thick...*, s. 255.

⁸⁸ J. D. Wright, *‘Excessive’ ambiguity: analyzing...*, s. 853.

nym – podmiotami niepaństwowymi, organizacjami terrorystycznymi, ugrupowaniami paramilitarnymi i wszystkimi, którzy nie przestrzegają prawa humanitarnego. Tak było w wojnach przeszłych, tak powinno być w wojnach współczesnych i prowadzonych w przyszłości⁸⁹.

**BETWEEN HUMANITY AND MILITARY NECESSITY
– THE IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE
OF PROPORTIONALITY IN PLANNING
AND CONDUCTING MILITARY OPERATIONS**

Key words: international humanitarian law, principle of proportionality, military operation, military advantage, collateral damage

Summary

The principle of proportionality is one of the basic principles of international humanitarian law. According to that principle, a disproportionate attack is an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated. This rule is aimed at establishing an equitable balance between humanitarian requirements and the necessities of war. However, in practice, the principle of proportionality raises some interpretative ambiguities, and the most salient questions relate to the difficulties of balancing humanitarian and military interests. It is difficult enough to evaluate the value of human lives against military advantages. Nevertheless, the principle of proportionality, properly defined, could serve as a useful, and even necessary guiding principle for armed forces, e.g. in asymmetrical conflicts, or within the framework of counterinsurgency operations.

⁸⁹ A. Cohen, *op. cit.*, s. 37.

Agnieszka Szpak

Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych UMK w Toruniu

Dopuszczalność pozbawienia życia kombatanta w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo humanitarne, kombatant, konieczność wojskowa, zasada proporcjonalności użytych środków, zasada rozróżniania

1. Wprowadzenie

W niniejszym artykule skupię się na dość kontrowersyjnym postulatcie dotyczącym stosowania ograniczeń w używanej sile śmiertcionośnej, które w moim przekonaniu powinny mieć zastosowanie do kombatantów oraz członków zorganizowanych uzbrojonych grup walczących w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym (powstańców). Mówiąc o kombatantach mam na myśli również takich powstańców. Zgodnie z tym poglądem, nawet w odniesieniu do kombatantów prawo ich zabicia (wyliminowania) nie jest absolutne i jest regulowane zasadą konieczności wojskowej. Wydaje się, że dopiero w braku innego rozwiązania można zabić kombatanta, zgodnie z zasadą, że można użyć siły koniecznej dla osiągnięcia celu wojskowego w pełni w zgodzie z zasadą humanitaryzmu. Znajduje tu zastosowanie zasada proporcjonalności w zakresie używanych środków – siłę śmiertcionośną (tj. siłę zdolną wywołać śmierć lub poważne zranienia) należy zastosować w ostateczności. Na wstępie chciałabym zauważyć, że pisząc ten artykuł korzystałam z mojej monografii *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*¹, do której odsyłam, a która zawiera szersze uwagi na temat omawianego zagadnienia.

¹ A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, TNOiK, Toruń 2013, s. 175–203.

2. Ograniczenia wynikające z międzynarodowego prawa humanitarnego

Zanim skoncentruję się na postulatcie odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta w kilku słowach wspomnę o ograniczeniach dotyczących atakowania legalnych celów wojskowych wynikających z samego międzynarodowego prawa humanitarnego. Fundamentalną zasadą międzynarodowego prawa humanitarnego jest zasada, zgodnie z którą „prawo wyboru środków szkolenia nieprzyjacielowi nie jest nieograniczone” (tak: art. 22 IV KH, art. 35 (1) PD I)² oraz zakaz zadawania zbytecznych cierpień. Nawet bezpośrednie ataki przeciw legalnym celom wojskowym (co obejmuje także kombatantów) podlegają ograniczeniom prawnym czy to wynikającym z konkretnych przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego, czy też z innych dziedzin prawa międzynarodowego. Z międzynarodowego prawa humanitarnego wynikają takie zasady, które muszą być stosowane w trakcie działań zbrojnych, jak: zasada konieczności wojskowej, zasada rozróżniania i zasada proporcjonalności.

Ograniczenia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych obejmują także zakazy lub ograniczenia w zakresie użycia pewnych broni oraz metod prowadzenia działań zbrojnych oraz ogólną zasadę zakazu zadawania zbytecznych cierpień. Zakazane jest m. in. użycie pocisków o wadze poniżej 400 g, wybuchających lub zawierających materiały piorunujące bądź zapalne³; kul, które łatwo rozszerzają się lub spłaszczają w ciele ludzkim, takich jak kule w twardej powłoce nie pokrywającej całkowicie łożu lub nacinanej (tzw. kule dum-dum)⁴; kul, które zostały pokryte trucizną; różnych rodzajów pocisków odłamkowych, których zasadnicze działanie polega na rażeniu odłamkami niemożliwymi do wykrycia za pomocą promieni Roentgena⁵;

² IV Konwencja haska o prawach i zwyczajach wojny na lądzie z załączonym do niej Regulaminem praw i zwyczajów wojny na lądzie z 18 października 1907 r. [w:] Dz.U. 1927, Nr 21, poz. 161; I Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r., [w:] Dz.U. 1992, Nr 41, poz. 175, załącznik. Przywołując te dokumenty będę się odwoływać do wskazanych pozycji Dziennika Ustaw.

³ Deklaracja petersburska w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru z 1868 r., [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 173–174. Przywołując Deklarację petersburską będę się odwoływać do tego źródła.

⁴ Deklaracja haska o zakazie używania na wojnie kul rozszerzających się lub rozplaszczających z 1899 r., [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 174.

⁵ Art. 23 a Regulaminu Haskiego z 1907 r.; Protokół I do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący niewykrywalnych odłamków z 1980 r., [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

trucizny i broni zatrutej⁶; min przeciwpiechotnych⁷; broni biologicznej i chemicznej⁸ oraz oślepiającej broni laserowej⁹. Z kolei ograniczenia w używaniu broni dozwolonej dotyczą: broni zapalającej¹⁰; min-pułapek¹¹; broni kasetowej¹² czy broni jądrowej¹³. Wśród zakazanych metod prowadzenia działań zbrojnych można wymienić zakaz wiarołomstwa¹⁴, zakaz atakowania osób *hors de combat*¹⁵ czy zakaz niewłaściwego używania znaku Czerwonego Krzyża¹⁶.

⁶ Tak: Art. 23a *Regulaminu Haskiego* z 1907 r.

⁷ *Konwencja o zakazie używania, magazynowania, produkcji i transferu min przeciwpiechotnych i o ich zniszczeniu z 1997 r.*, [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 226–233.

⁸ *Konwencja o zakazie badań, produkcji i magazynowania broni bakteriologicznej (biologicznej) i toksyn oraz ich zniszczeniu z 1972 r.*, [w:] Dz.U. 1976, Nr 1, poz. 1, załącznik. Już w *Deklaracji haskiej z 1899 r. o zakazie używania pocisków gazowych* państwa wyrzekły się stosowania pocisków, których jedynym zadaniem jest rozprzestrzenianie gazów duszących i trujących, zaś *Protokół genewski dotyczący zakazu używania na wojnie gazów duszących, trujących lub podobnych oraz środków bakteriologicznych z 1925 r.* zabronił używania na wojnie gazów duszących, trujących lub podobnych oraz środków bakteriologicznych. Tekst *Deklaracji haskiej i Protokołu genewskiego* [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 174; *Protokół genewski* [w:] Dz.U. 1929, Nr 28, poz. 278).

⁹ *Protokół IV do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący oślepiającej broni laserowej z 1995 r.*, [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

¹⁰ *Protokół III do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący zakazu lub ograniczenia używania broni zapalających z 1980 r.*, [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

¹¹ *Protokół II do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń (Protokół II w postaci zmienionej) z 1996 r.*, [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

¹² *Konwencja o zakazie używania, prowadzenia badań, produkcji, nabywania, składowania, przechowywania lub przekazywania broni kasetowej z 2008 r.*, dostępna na stronie internetowej: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView> (05.01.2014).

¹³ *Opinia doradcza Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w kwestii legalności groźby lub użycia broni jądrowej z 8 lipca 1996 r.* Szerzej na temat ograniczeń i zakazów dotyczących środków i metod prowadzenia działań zbrojnych zob. *Metody i środki walki w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego* [w:] „Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych” (red. K. Lankosz), Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych w Dęblinie, Dęblin 2006.

¹⁴ Art. 37 I Protokołu dodatkowego.

¹⁵ Art. 41 I Protokołu dodatkowego.

¹⁶ Art. 38 I Protokołu dodatkowego.

3. Postulat odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta

Wspomniany wyżej postulat nie jest niczym nowym, ale został wysunięty również przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (dalej: MKCK) m.in. w trakcie trzeciego spotkania ekspertów zorganizowanego pod jego auspicjami (2005 r.) które miało na celu sprecyzowania pojęcia „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”, i w trakcie którego zauważono, że zasada, zgodnie z którą kombatant może zostać zabity przez cały czas, zdezaktualizowała się zarówno na potrzeby międzynarodowego, jak i niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego¹⁷.

Argumenty na rzecz tej tezy można znaleźć już w Deklaracji w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru, tzw. Deklaracji petersburskiej z 1868 r., zgodnie z którą „(...) jednym legalnym celem, jaki państwa winny sobie stawiać w czasie wojny, jest osłabienie sił zbrojnych nieprzyjaciela [a nie ich unicestwienie], [...] w tym celu wystarczy możliwie największą liczbę ludzi uczynić niezdolnymi do walki [a nie ich wyeliminować] [...]. Używanie broni, która by [...] sprowadzała nieuchronnie ich śmierć prowadziłoby poza ten cel; [...] więc używanie podobnej broni byłoby sprzeczne z prawami ludzkości”.

Na tej podstawie można uznać, że nawet w odniesieniu do kombatantów prawo ich zabicia (wyeliminowania) nie jest absolutne i jest regulowane zasadą konieczności wojskowej. Jak już wspomniałam, wydaje się, że dopiero w braku innego rozwiązania można zabić kombatanta¹⁸. Okoliczność, że dana kategoria osób nie jest chroniona przed atakami, nie jest równoznaczna z prawem zabicia takich osób bez żadnych ograniczeń. Jak wskazują Autorzy *Wskazówek interpretacyjnych MKCK dotyczących pojęcia bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego* (w oryginale: *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*), które zostały przyjęte przez MKCK w dniu 26 lutego 2009 r. i dotyczyły przede wszystkim ograniczeń w sile śmiertelności, użytej przeciwko osobom cywilnym biorącym bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, nie oznacza to jednak obowiązku ujęcia danej osoby, zamiast jej zabicia, bez względu na okoliczności¹⁹.

¹⁷ N. Melzer, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Geneva 23–25 October 2005. Summary Report. Co-organized by the International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute*, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2005-09-report-dph-2005-icrc.pdf>, s. 45 (05.01.2014).

¹⁸ Szerzej zobacz: A. Szpak, *Selektywna eliminacja w międzynarodowym prawie humanitarnym*, „Międzynarodowe prawo humanitarne. Selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy”, tom IV, Gdynia 2013, s. 33–44. Tak też: G. Blum, *The Dispensable Lives of Soldiers*, „Journal of Legal Analysis” 2010, Vol. 2, nr 1, s. 116.

¹⁹ N. Melzer, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross”, 2009, Vol. 90, nr 872, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-872-p991.htm>, s. 1041 (05.01.2014).

W niektórych okolicznościach realizacja obowiązku odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta po prostu nie będzie możliwa. Dla przykładu, w przypadku konfrontacji zbrojnej na wielką skalę pomiędzy dobrze wyposażonymi i zorganizowanymi siłami zbrojnymi lub grupami zasady konieczności wojσκowej i humanitaryzmu raczej nie spowodują ograniczenia użycia siły przeciwko legalnym celom wojskowym (poza ograniczeniami wyrażonymi *expressis verbis* w międzynarodowym prawie humanitarnym). Praktyczne znaczenie ograniczającej roli tych zasad będzie wzrastać wraz ze wzrostem możliwości strony konfliktu kontrolowania okoliczności i obszaru, w którym przeprowadzane są działania zbrojne. Zasady te, co więcej, mogą mieć decydujące znaczenie w sytuacji, kiedy siły zbrojne działają przeciwko pojedynczym osobom w warunkach porównywalnych do działań policji w czasie pokoju. Wtedy realizacja postulat ujęcia zamiast zabicia kombatanta czy powstańca będzie bardziej prawdopodobna i możliwa.

W praktyce, realizacja tego postulatu może stać się szczególnie możliwa, kiedy strona konfliktu wykonuje skuteczną (efektywną) kontrolę nad terytorium, przede wszystkim w warunkach okupacji i niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego²⁰. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z IV Konwencją haską z 1907 r., władze okupacyjne powinny przedsięwziąć wszelkie będące w ich mocy środki, celem przywrócenia i zapewnienia, o ile to możliwe, porządku i życia społecznego, przestrzegając, z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód, prawa obowiązujące w tym kraju²¹. Innymi słowy, władze okupacyjne mają prawo i równocześnie obowiązek zapewnić bezpieczeństwo publiczne, przestrzeganie prawa i porządek. Zapewnienie bezpieczeństwa publicznego wpływa na ROE (*Rules of Engagement*) sformułowane przez okupanta. Kiedy strona konfliktu sprawuje efektywną kontrolę nad terytorium, celem okupanta nie jest już pokonanie nieprzyjaciela, lecz raczej zapewnienie porządku i bezpieczeństwa publicznego²².

Jeżeli chodzi o znaczenie tych uwag w kontekście ograniczeń w użyciu siły, żaden traktat międzynarodowego prawa humanitarnego regulujący okupację nie wylicza wyraźnie ograniczeń w użyciu siły podczas okupacji lub gdy siły zbrojne kontrolują terytorium. Jednakże, pozytywny obowiązek zapewnienia

²⁰ N. Melzer, *Wskazówki interpretacyjne...*, s. 1043. Zob. też: T. A. Keck, *Not All Civilians Are Equal: The Principle of Distinction, The Question of Direct Participation in Hostilities And Evolving Restraints on the Use of Force in Wartime*, „Military Law Review” 2010, nr 211, s. 116; K. Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, „American Journal of International Law” 2004, nr 98, s. 8 i 10; A. Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, „American Journal of International Law” 2006, nr 100, s. 589-601. Przeciwnego zdania jest: B. A. Feinstein, *The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel’s Security Barrier*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2005, nr 2, s. 238-302.

²¹ Art. 43 Regulaminu haskiego.

²² T. A. Keck, *op. cit.*, s. 169.

bezpieczeństwa publicznego musi korespondować ze ściślejszymi ograniczeniami w zakresie użycia siły. Siły zbrojne nie mogą być zobowiązane do zapewnienia pokoju i ochrony ludności, a równocześnie posiadać prawo do użycia siły śmiertelności na takich samych zasadach, jak w czasie działań zbrojnych²³.

Komitet Praw Człowieka w końcowych obserwacjach dotyczących sprawozdania złożonego przez Izrael w 2003 r. również stwierdził, że w warunkach okupacji wojennej prawo międzynarodowe praw człowieka znajduje zastosowanie i zanim zostanie użyta siła śmiertelna, należy wyczerpać wszystkie możliwości zaarrestowania osoby podejrzanej o popełnianie aktu terrorystycznego²⁴.

W mojej opinii, nie można zaprzeczyć, że istnieje obowiązek zaarrestowania, a nie zabicia kombatanta lub członka zorganizowanych grup zbrojnych (co dotyczy także osób cywilnych biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych) w sytuacji, kiedy osoba ta może zostać ujęta bez żadnego ryzyka (lub przy minimalnym ryzyku) dla sił zbrojnych. Z drugiej strony nikt nie będzie żądał od sił zbrojnych wykonania samobójczej misji na terytorium kontrolowanym przez stronę przeciwną, na przykład powstańców celem raczej ujęcia osoby niż jej zabicia²⁵.

Mimo że nie jest możliwe dokładne określenie intensywności siły użytej w danej sytuacji przed jej użyciem, zasada humanitaryzmu wymaga, aby nie zadawać większych strat (śmierć, zranienia, zniszczenia) niż jest to konieczne dla osiągnięcia legalnej korzyści wojskowej. Określenie rodzaju i stopnia siły, której użycie jest konieczne dla osiągnięcia korzyści wojskowej z ataku na legalny cel wojskowy, wymaga kompleksowej oceny opartej na wielu operacyjnych i kontekstowych czynnikach. Nie należy zastępować decyzji i osądu dowódcy wojskowego przez szytywne i nierealistyczne standardy²⁶.

Jak stwierdził już J. S. Pictet, zasada humanitaryzmu wymaga, aby stosować swego rodzaju gradację w użytej sile, tzn. jeśli możliwe jest ujęcie danej osoby (kombatanta czy osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych przez czas trwania takiego udziału) to należy ją schwytać, a nie ranić czy zabijać; jeśli możliwe jest zranienie zamiast zabicia (a niemożliwe jest ujęcie), to należy daną osobę zranić. Dopiero w ostateczności można daną osobę zabić. Zarówno schwywanie, zranienie, jak i zabicie

²³ *Ibidem*, s. 170 i 172. Zob. też zalecenie używania w czasie okupacji broni nieśmiertelności: *Nonlethal Weapons and Capabilities, Report of an Independent Task Force Sponsored by the Council on Foreign Relations*, 2004, s. 31–35; dostępne na stronie internetowej: [http://www.cfr.org/defense-technology/nonlethal-weapons-capabilities/p6793\(04.01.2014\)](http://www.cfr.org/defense-technology/nonlethal-weapons-capabilities/p6793(04.01.2014)).

²⁴ *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 2003-08-21 (CCPR/CO/78/ISR)*, punkty 11 i 15; dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28symbol%29/CCPR.CO.78.ISR.en?OpenDocument> (28.12.2012).

²⁵ *Ibidem*, s. 56.

²⁶ N. Melzer, *Wskazówki interpretacyjne...*, s. 1042.

kombatanta (co dotyczy również osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych) mogą skutecznie wyeliminować przeciwnika i co za tym idzie osłabić siły zbrojne strony przeciwnej, w pełni w zgodzie z zasadą proporcjonalności w użytych środkach²⁷. Eliminowanie przeciwnika nie jest grą czy też braniem odwetu, lecz koniecznością wynikającą z sytuacji operacyjnej czy też z zagrożenia dla własnego życia.

4. Koncepcja Gabrieli Blum i jej implikacje

G. Blum proponuje inną niż dotychczas interpretację obowiązujących zasad międzynarodowego prawa humanitarnego. Poświęcę tej propozycji nieco więcej uwagi, gdyż uważam, że jest ona bardzo ciekawa, a zarazem słuszna. Zdaniem wspomnianej Autorki, zaletą dominującej dziś interpretacji, zgodnie z którą kombatant może zostać zabity w każdym czasie, jest jej prostota i łatwość zastosowania w praktyce. W oparciu o status danej osoby żołnierz może ją zaatakować (kombatant) lub nie (osoba cywilna) i nie musi angażować się w proces określenia, czy stanowi ona zagrożenie, czy nie²⁸. Przyjęcie założenia, że kombatanci mogą atakować kombatantów strony przeciwnej, wtedy gdy stanowią oni zagrożenie, pociąga za sobą konieczność dodatkowego przeszkolenia żołnierzy, podejmowania decyzji i monitorowania przestrzegania nowych zasad w praktyce. To z kolei pociąga za sobą dodatkowe koszty, ale należy pamiętać, że te zwiększone koszty należy rozpatrywać biorąc pod uwagę wartość ludzkiego życia²⁹.

G. Blum proponuje, aby zamiast opierać się tylko na samym statusie kombatanta przyjąć obowiązek oceny kombatanta pod kątem tego, czy stanowi on zagrożenie w danym czasie i danym miejscu. Ci, którzy takiego zagrożenia nie stanowią, powinni być oszczędzeni. Jak zauważa Autorka, „jest szczególnie uderzające, że taka ocena podejmowana w każdym przypadku indywidualnie jest co do zasady wymagana w odniesieniu do obiektów stanowiących cele wojskowe [tak: art. 52 (2) I Protokołu dodatkowego – A. Sz.], lecz nie w stosunku do osób stanowiących takie cele”³⁰. To nowe podejście wymagałoby zmiany zasady rozróżniania. Poza rozróżnianiem między kombatantami i osobami cywilnymi, należałoby dodatkowo rozróżnić między kombatantami stanowiącymi zagrożenie, a tymi, którzy zagrożenia nie sta-

²⁷ J. S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Sijthoff, Leiden 1975, s. 32.

²⁸ G. Blum, *op. cit.*, s. 120.

²⁹ *Ibidem*. G. Blum przywołuje krytykę dotychczasowego podejścia ze strony dwóch filozofów: L. May i A. Kasher. Asa Kasher uważa, że przyjęcie założenia, iż żołnierze na wojnie mogą być zabici cały czas jest sprzeczne z obowiązkami państw wobec własnych obywateli, w tym żołnierzy wysyłanych na wojnę. Kasher kwestionuje prawną akceptację w drodze porozumienia międzypaństwowego pozwalającą na zabijanie wszystkich żołnierzy. Podano za: G. Blum, *op. cit.*, s. 118, 138–139.

³⁰ G. Blum, *op. cit.*, s. 154.

nowią. G. Blum dodaje, że podobnie jak w przypadku osób cywilnych i domniemania posiadania statusu osoby cywilnej, w odniesieniu do kombatantów należałoby przyjąć domniemanie, że stanowią oni zagrożenie, które można jednak obalić wykazując, że w danej sytuacji kombatant nie stanowi w ogóle zagrożenia lub jedynie niewielkie³¹. Domniemanie takie wciąż byłoby zgodne z zasadą rozróżniania. Nawet kombatant niestanowiący zagrożenia lub stanowiący niewielkie zagrożenie mógłby zostać zabity w ramach strat incydentalnych lub gdy nie jest możliwe ściśle odróżnienie go od kombatanta stanowiącego zagrożenie. Zasada powinna być taka, że kombatanci niestanowiący zagrożenia nie powinni być umyślnie atakowani, a rozsądne kroki powinny zostać podjęte celem ich oszczędzenia³². Zdaniem G. Blum, oceniając, czy dany kombatant stanowi zagrożenie, czy nie, można wziąć pod uwagę jego funkcję. Dla przykładu, kucharz wojskowy nie wnosi istotnego wkładu w działania zbrojne³³. Poza kucharzem G. Blum wymienia także: wojskowych rzeczników prasowych, personel zarządzający finansami, policję wojskową oraz sędziów wojskowych. Osoby te rzadko biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Współcześnie w wielu przypadkach zadania związane z dbaniem o żołnierzy zostały powierzone prywatnym kontraktorom wojskowym (na przykład, przygotowywanie posiłków)³⁴.

W odniesieniu do takich kombatantów, jak wspomniany kucharz wojskowy, zastosowanie mogłaby znaleźć koncepcja bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Ci kombatanci, którzy nie wykonują funkcji militarnej/bojowej, mogliby zostać zaatakowani, gdyby brali bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (tj. kiedy stanowili realne zagrożenie)³⁵. W tym kontekście G. Blum proponuje przywrócenie koncepcji kombatantów i niekombatantów w siłach zbrojnych z IV Konwencji haskiej z 1907 r.³⁶

Oceniając zagrożenie ze strony kombatanta należy wziąć pod uwagę także wspomniany już czynnik czasu, w tym znaczeniu, że kiedy kombatant śpi, kąpie się lub gra w piłkę nożną nie stanowi zagrożenia i nie powinien być atakowany³⁷. Postulat G. Blum jest bardzo słuszny. Autorka ta zauważa, że „obecnie obowiązujące międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych poświęca żołnierzy w imię ochrony osób cywilnych”³⁸. Zgodnie

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, s. 155.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 156.

³⁷ W tym kontekście G. Blum rozważa szczególnie przypadek wycofujących się sił zbrojnych. Wedle dominującego poglądu mogą być one atakowane, gdyż mogą się następnie przegrupować i ponownie walczyć. Można jednak wskazać argument przeciwko takiemu podejściu: tacy żołnierze mogą już nie wrócić na pole walki lub wojna może się skończyć zanim zdążą to zrobić. Innymi słowy, wcale nie ma pewności, że tacy żołnierze będą w dalszym ciągu walczyć, a więc można ich oszczędzić. Zob. *The Dispensable...*, s. 157–158.

³⁸ *Ibidem*, s. 163.

z tym założeniem, jedno państwo wysłała grupę żołnierzy, aby walczyła z grupą żołnierzy wysłaną przez inne państwo i wynik tej konfrontacji zadecyduje o losie osób cywilnych. Żołnierze są tylko narzędziami wojny. Mundur definiuje ich jako owe narzędzia wojny, eliminując ich indywidualną tożsamość³⁹.

Można w tym miejscu jednak przywołać orzeczenie MTKJ w sprawie *Galicia* z 2003 r., w którym Izba Orzekająca doszła do przeciwnego wniosku i uznała za legalny cel wojskowy kombatantów oglądających mecz piłki nożnej⁴⁰. Jednak ten sam Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Kordicia i Cerkeza* (Izba Apelacyjna) z 2004 r. stwierdził, że „[...] co do zasady – międzynarodowe prawo humanitarne zezwala na akty wojny skierowane przeciwko obiektom wojskowym, na przykład wrogim żołnierzom. Niemniej, ogólna legalność pozbawienia życia lub okaleczenia wrogiemu kombatanta jest ograniczona przez zasadę konieczności i proporcjonalności. «Konieczność wojskowa» została zdefiniowana już w artykule 14 Kodeksu Liebera z 24 kwietnia 1863 r. jako „konieczność tych środków, które są niezbędne dla zapewnienia końca wojny oraz które są zgodne ze współczesnym prawem i zwyczajami wojny”. Dalej wskazuje, że niekonieczne lub arbitralne użycie siły jest zakazane oraz że „osoba walcząca może użyć tylko siły takiego rodzaju i takiej mocy, jaki jest konieczny dla pokonania wroga” [...]”⁴¹. To stwierdzenie jest z kolei argumentem na rzecz ograniczeń w użytej sile śmiercionośnej.

5. Charakter obowiązku ujęcia, a nie zabicia

Pogląd uznający, że kombatant nie może być atakowany cały czas, lecz w ostateczności jest poglądem pro-humanitarystów (jakbym ich nazwała), lecz wciąż jest liczna grupa pro-militarystów (ponownie moje określenie), którzy pozostają przy starej zasadzie. A. P. V. Rogers, zwolennik możliwości atakowania kombatantów cały czas (chyba że są *hors de combat*), uważa, że nie ma prawnego obowiązku aresztowania, a nie zabicia. Wynika to raczej ze zdrowego rozsądku: jeśli to możliwe, należy daną osobę ująć. Zdaniem Rogersa, formułowanie ograniczeń w użyciu siły wykracza poza międzynarodowe prawo humanitarne i poza mandat MKCK⁴². Można się jednak zastanowić, dlaczego z zasady zdrowego rozsądku nie uczynić obowiązku prawnego? Czy nie wszystkie reguły prawne powinny być zgodne ze zdrowym rozsądkiem? Ponadto, jak usiłowałam wykazać, można przywołać kilka ważnych argumentów przemawiających na rzecz zasady ograniczeń w użyciu siły śmiercionośnej.

³⁹ *Ibidem*, s. 163–164.

⁴⁰ *Prokurator przeciwko S. Galiciowi, Izba Orzekająca 2003*, § 387. Orzeczenia MTKJ są dostępne na stronie internetowej: <http://www.icty.org/action/cases/4> (05.05.2014).

⁴¹ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi, M. Cerkezowi, Izba Apelacyjna 2004*, § 686.

⁴² A. P. V. Rogers, *Direct Participation in Hostilities: Some Personal Reflections*, „Military Law and the Law of War Review” 2009, No. 48, s. 148.

Podobnie Y. Dinstein i M. Walzer są zdania, że kombatant może być legalnym celem ataku cały czas⁴³.

W raporcie z piątego spotkania ekspertów, zorganizowanego przez MKCK, wskazano, że spór dotyczył charakteru obowiązku „ujęcia, a nie zabicia”. Jedni wskazywali, że ma on charakter zalecenia lub jedynie obowiązku o charakterze politycznym lub moralnym. Kolejna grupa ekspertów uważała, że obowiązek ten ma charakter postulatu *de lege ferenda*. Inni z kolei byli zdania, że nie jest istotne źródło zobowiązania, lecz jego istota⁴⁴. Wskazywano na brak orzecznictwa na potwierdzenie prawnego charakteru tego obowiązku, poza orzeczeniem Sądu Najwyższego Izraela z 2005 r.

W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził, że zgodnie z prawem zwyczajowym mającym zastosowanie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, osoby cywilne są chronione przed atakami ze strony armii. Jednakże ta ochrona ustaje przez ten czas, gdy osoby cywilne biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Wyrządzanie szkody takim osobom cywilnym, nawet skutkującej śmiercią, jest dozwolone pod warunkiem, że nie można użyć innych mniej szkodliwych środków⁴⁵. Mimo że orzeczenie dotyczyło osób cywilnych biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych to wnioski te można w pełni odnieść do kombatantów i powstańców.

W innej części orzeczenia czytamy, że „[...] jeśli terrorysta biorący bezpośredni udział w działaniach zbrojnych może zostać aresztowany, przesłuchany i osądzony, należy zastosować te środki. [...] Areszt, przesłuchanie i proces sądowy nie zawsze są jednak możliwe do zastosowania. Czasami taka możliwość w ogóle nie istnieje; czasami obejmuje tak duże ryzyko dla życia żołnierzy, że nie jest wymagane skorzystanie z niej [...] Jednakże, jest to możliwość, którą zawsze należy rozważyć. Może to być szczególnie możliwe do wykonania w warunkach okupacji wojennej, w których armia kontroluje obszar, na którym ma miejsce operacja i gdzie aresztowanie, przesłuchanie i proces sądowy są czasami możliwe [...]”⁴⁶. Orzeczenie to stanowi argument na rzecz przyjęcia ograniczeń w użyciu siły w pełni w zgodzie z zasadą proporcjonalności.

Według części uczestników spotkań organizowanych przez MKCK, we *Wskazówkach interpretacyjnych MKCK* nie sformułowano nowej reguły, lecz jedynie doprecyzowano i wyrażono w jasnych słowach dobrze znaną doktrynie wojskowej regułę ekonomii siły (*economy of force*)⁴⁷. Zgodnie z innym

⁴³ Podano za: G. Blum, *op. cit.*, s. 117; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 28.

⁴⁴ N. Melzer, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Summary Report*, ICRC, Genewa 2008, s. 13.

⁴⁵ Sąd Najwyższy Izraela, *Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel*, 2005, http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/A34/02007690.A34.pdf, § 60 (05.05.2014).

⁴⁶ *Ibidem*, § 40.

⁴⁷ N. Melzer, *Fifth Expert Meeting...*, s. 14–16.

ciekawym poglądem, zasady humanitaryzmu i konieczności wojskowej nie przeważają nad traktatowym międzynarodowym prawem humanitarnym, ale rządzą użyciem siły w granicach ustanowionych przez to prawo. Innymi słowy, mają wpływ na stosowanie traktatowych norm międzynarodowego prawa humanitarnego w praktyce⁴⁸.

Jeszcze inni byli zdania, że należy odwołać się do klauzuli Martensa i dojść do podobnych wniosków w zakresie ograniczeń w użyciu siły bez wykraczania poza ramy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych i sięgania do prawa międzynarodowego praw człowieka⁴⁹. Zgodnie z klauzulą Martensa, „(...) w przypadkach nie objętych niniejszym protokołem i innymi umowami międzynarodowymi osoby cywilne i kombatanci pozostają pod ochroną i władzą zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów, zasad humanitaryzmu oraz wymagań powszechnego sumienia (...)” (art. 1 (2) I Protokołu dodatkowego). Można uznać, że gdy przepisy prawa humanitarnego są sformułowane w sposób szeroki i niejasny (innymi słowy, brakuje im precyzji) odpowiedź na pytanie o to, co jest dozwolone, powinna zostać udzielona biorąc pod uwagę zasadę humanitaryzmu wyrażoną w klauzuli Martensa. W razie wątpliwości czy niejasnego uregulowania należy przyjąć zasadę, że to, co nie jest wyraźnie dozwolone, jest zakazane.

Klauzula Martensa może spowodować przekształcenie ogólnych zasad prawa i zasad ludzkości w zakazy określonych zachowań bez uznawania tych zasad za odzwierciedlające prawo zwyczajowe. Podobnie stwierdziła Izba Orzekająca MTKJ w orzeczeniu w sprawie *Kupreskicia*. Uznała, że w świetle sposobu stosowania tej klauzuli przez państwa i trybunały międzynarodowe należy zauważyć, że klauzula Martensa wyraźnie wskazuje, że zasady międzynarodowego prawa humanitarnego mogą się wykształcić jako prawo zwyczajowe z powodu presji zasad ludzkości lub wymagań publicznego sumienia (*under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience*), nawet, gdy praktyka państw jest sporadyczna lub niespójna. Stąd właśnie element *opinio iuris* może być decydujący dla wykształcenia się normy zwyczajowej⁵⁰. Jak zauważa A. Cassese, w zakresie międzynarodowego prawa humanitarnego klauzula Martensa połuźnia (czy też zmniejsza) wymagania dotyczące praktyki jako elementu normy zwyczajowej, a równocześnie nadaje większe znaczenie *opinio iuris*⁵¹. Tak silne oparcie się na *opinio iuris* – w odniesieniu do norm międzynarodowego prawa humanitarnego – można uznać za rozsądne i uzasadnione, gdyż w przypadku prawa humanitarnego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych nie można uznać faktu braku możliwości wyrażenia poparcia dla danej normy w drodze praktyki za brak tejże praktyki jako elementu normy zwyczajowej.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 20.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 23.

⁵⁰ *Prokurator przeciwko Z. Kupreskiciowi, Izba Orzekająca MTKJ 2000*, § 527.

⁵¹ A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 161.

M. N. Schmitt również jest przeciwny ograniczeniom w użyciu siły. Jego zdaniem, zasada humanitaryzmu nie jest regułą pozytywnego prawa i przejawia się w konkretnych przepisach międzynarodowego prawa humanitarne-go konfliktów zbrojnych, a nie jest samodzielnie stosowana⁵². Co ciekawe jednak, ten sam M. N. Schmitt w innej publikacji stwierdza, że atakowanie z zamiarem wyeliminowania osoby spełniającej kryteria kombatanta, której śmierć nie jest konieczna, jest nielegalne⁵³. Odzwierciedla to dokładnie wspomniane ograniczenia w użyciu siły, którym M. N. Schmitt się sprzeciwia.

Przeciwni ograniczeniom w użyciu siły są również W. H. Boothby, R. S. Taylor oraz G. Corn i Ch. Jenks. Ci ostatni uważają, że jest to reguła o charakterze politycznym, strategicznym, operacyjnym, a nie prawnym i jej sformułowanie ma co najwyżej charakter *de lege ferenda*⁵⁴. R. S. Taylor dodaje, że brak wyraźnego uregulowania ograniczeń w ataku w prawie pozytywnym nie oznacza braku tej regulacji, lecz jest wynikiem świadomego pominięcia tych ograniczeń przez autorów I Protokołu dodatkowego. Zdaniem wspomnianego Autora, I Protokół dodatkowy zawiera w art. 49 definicję ataków, które obejmują akty przemocy mogące spowodować zranienia, ale i śmierć. To do stron konfliktu zbrojnego ma należeć ocena rodzaju i stopnia siły, która jest używana przeciwko osobom nieuprawnionym do ochrony przed atakami⁵⁵.

Przepis ten jednak nie wspomina o tym, że ataki są równoznaczne z zadaniem śmierci, skoro określenie „ataki” oznacza „akty przemocy w stosunku do przeciwnika zarówno zaczepne, jak i obronne” (art. 49 PD I). W moim przekonaniu, nie można z tego przepisu wyinterpretować możliwości zabicia/wyeliminowania kombatanta czy też osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych bez żadnych ograniczeń w zakresie użytej siły śmiertelności.

W. Hays Parks również uważa, że przyjęcie takich ograniczeń nie ma podstaw w prawie międzynarodowym oraz że w praktyce ich zastosowanie jest mało realne. Ponadto w jego opinii, sekcja *Wskazówek interpretacyjnych MKCK* dotycząca ograniczeń w użyciu siły narzuca państwom reguły egzekwowania prawa ignorując, fakt, że międzynarodowe prawo humanitarne jest uważane za *lex specialis* mające zastosowanie w czasie konfliktu

⁵² M. N. Schmitt, *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, „Harvard National Security Journal” 2010, No. 1, s. 41.

⁵³ M. N. Schmitt, *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law*, „Yale Journal of International Law” 1992, No. 17, s. 644.

⁵⁴ W. H. Boothby, *Direct Participation in Hostilities – A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance*, „International Humanitarian Legal Studies” 2010, nr 1, s. 164; G. Corn, Ch. Jenks, *Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts*, „University of Pennsylvania Journal of International Law” 2011–2012, No. 33, s. 347–355.

⁵⁵ R. S. Taylor, *The Capture Versus Kill Debate: Is the Principle of Humanity Now Part of the Targeting Analysis When Attacking Civilians Who Are Directly Participating in Hostilities?*, „Army Lawyer” 2010, s. 109–110.

zbrojnego⁵⁶. Zdaniem W. Hays Parks'a, zgodnie ze wspomnianym wyżej poglądem J. S. Picteta, w sytuacji, kiedy możliwe jest wyłączenie z walki przeciwnika poprzez zadanie mu pojedynczej rany, zadanie kolejnej, na przykład kolejny strzał z broni, stanowiłoby zbędne cierpienie i prawdopodobnie zbrodnię wojenną⁵⁷. Taki wniosek jest jednak nadinterpretacją Hays Parks'a, gdyż J. S. Pictet do takiego ani nawet podobnego wniosku nie doszedł.

Ponadto, należy jeszcze raz podkreślić, że formułując zasadę czy też propozycję ograniczeń w użytej sile wyraźnie wskazuje się, że należy je zastosować, jeśli jest to możliwe. A możliwe będzie głównie w sytuacji okupacji wojennej lub sprawowania kontroli nad terytorium oraz w sytuacji konfrontacji z pojedynczymi żołnierzami w warunkach podobnych do pracy policji w czasie pokoju. Żołnierz nie jest w stanie w chwili realnego zagrożenia przeprowadzać całego procesu analizy i decydowania czy możliwe jest ujęcie, zranienie, czy już konieczne jest zabicie żołnierza strony przeciwnej lub osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Decydujące będzie właśnie to realnie istniejące zagrożenie, a decyzja w takiej sytuacji będzie podejmowana w ułamku sekundy. Nikt również w takiej sytuacji nie liczy ilości zadanych ran i nie rozlicza z tego żołnierza.

W moim przekonaniu, obowiązek zastosowania, jeśli to możliwe, ograniczeń w użytej sile, można uznać za obowiązek prawny (co najmniej *in statu nascendi*), a nie tylko moralny; nie jest to tylko niewiążące zalecenie. Obowiązek ten może być zrekonstruowany w oparciu o wskazane wyżej przepisy, w tym z zakresu samego międzynarodowego prawa humanitarnego. Wpływ prawa międzynarodowego praw człowieka jest wyraźny i jest to, moim zdaniem, tendencja słuszna, a zarazem tendencja nie do zatrzymania.

Jeżeli chodzi o argumenty na rzecz prawnego charakteru obowiązku raczej odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta oraz wpływ prawa międzynarodowego praw człowieka to należy zauważyć, że fundamentalne znaczenie zasady rozróżniania między kombatantami a osobami cywilnymi oraz zastosowania ograniczeń w użytej sile, zwłaszcza kiedy dochodzi do użycia siły śmiertelnej, potwierdzone zostało również w orzecznictwie trybunałów praw człowieka.

Jak zauważa P. Grzebyk, najbardziej reprezentatywne w tym kontekście są wyroki w sprawach czeczeńskich, gdyż w tym przypadku istnieją naj-

⁵⁶ W. Hays Parks, *Part IX of the ICRC „Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2009–2010, No. 42, s. 793–830. Zob. też: N. Melzer, *Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2009–2010, No. 42, s. 899–913.

⁵⁷ W. Hays Parks, *Part IX...*, s. 818. Zob. też: J. D. Ohlin, *The Capture-Kill Debate: Lost Legislative History or Revisionist History?*, dostępne na stronie internetowej: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230486 (03.01.2014).

mniejsze wątpliwości co do faktycznego istnienia konfliktu zbrojnego⁵⁸. Dla przykładu, w sprawie *Esmukhambetov przeciwko Rosji*⁵⁹ z 2011 r. ETPC stwierdził, że „użycie siły, którego skutkiem może być pozbawienie życia nie może być większe niż jest to «absolutnie konieczne» [...]”, a siła użyta „musi być ściśle proporcjonalna w stosunku do dozwolonych celów” wymienionych w art. 2 (2) EKPC. W tej sprawie Trybunał zajmował się ostrzelaniem i zbombardowaniem wioski Kogi w Republice Czecheńskiej przez dwa wojskowe statki powietrzne w 1999 r. Jako że w tym ataku zginęło dwoje dzieci i trzy kobiety, a zniszczonych lub uszkodzonych zostało około 30 domów, ETPC uznał, że atak został przeprowadzony przez Rosjan bez rozróżnienia, mimo że atakujący zdawali sobie sprawę z obecności osób cywilnych w wiosce. Co istotne, Trybunał zauważył, że argumentem na rzecz tego wniosku było również to, że w wyniku ataku nie ujęto żadnego bojownika⁶⁰. Zwłaszcza to ostatnie sformułowanie sugeruje, że nawet w odniesieniu do bojowników w wewnętrznych konfliktach zbrojnych (co moim zdaniem, można odnieść także do międzynarodowych konfliktów zbrojnych) należy próbować raczej ich aresztować, zanim się ich zabije. Cechą wspólną tych spraw jest fakt, że nawet w sytuacji uznania osób za bojowników lub terrorystów (czy osób podejrzanych o terroryzm), Trybunał strasburski przyznawał im szeroką gamę praw, w tym prawo do życia, z czego wynikała konieczność unikania użycia siły, zastosowania broni nie powodującej skutków śmiertelnych oraz wcześniejszego ostrzeżenia⁶¹. W innym orzeczeniu w sprawie *Isayewa, Yusupowa i Basayewa przeciwko Rosji* z 2005 r. ETPC potwierdził zastosowalność praw człowieka do sytuacji konfliktu zbrojnego (zwłaszcza że Rosja nie powołała się na klauzulę derogacyjną) i uznał w odniesieniu do operacji militarnych, że jest szczególnie konieczne zbadanie czy operacja została zaplanowana i czy była kontrolowana przez władze celem zminimalizowania w największym możliwym stopniu zastosowania siły śmiertelnej. Władze muszą przedsięwziąć właściwe środki, aby zapewnić, że ryzyko dla życia jest jak najmniejsze⁶². W skrócie można uznać, że osoba musi stanowić poważne zagrożenie, aby możliwe było użycie wobec niej siły⁶³.

⁵⁸ P. Grzebyk, *Ochrona życia osób cywilnych w czasie konfliktu zbrojnego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [w:] E. Karska (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, Wydawnictwo Oficyna Wydawnicza „Mówią Wieki”, Warszawa 2013, s. 69.

⁵⁹ Orzeczenie w sprawie *Esmukhambetov przeciwko Rosji* (2011) jest dostępne na stronie internetowej: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

⁶⁰ *Esmukhambetov przeciwko Rosji* (2011), § 138, 139, 146, 150. Szerzej zob. P. Grzebyk, *Ochrona...*, s. 70–71.

⁶¹ C. Droege, *Elective affinities? Human rights and humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 2008, Vol. 90, No. 871, s. 531.

⁶² *Isayewa, Yusupowa i Basayewa przeciwko Rosji* (2005), orzeczenie dostępne na stronie internetowej: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>; § 171.

⁶³ Zob. N. Quénivet, *The Right to Life in International Humanitarian Law and Human Rights Law*, [w:] R. Arnold, N. Quénivet (red.), *International Humanitarian Law and Hu-*

Warto dodać, że w omawianym kontekście art. 2 (2) EKPC musi być interpretowany w świetle art. 15 (2) stanowiącym o „przypadkach śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych”. Warto w tym miejscu zauważyć, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie stwierdził, że instrumenty z zakresu prawa praw człowieka znajdują zastosowanie również w czasie wojny. Potwierdzenie dla takiego poglądu można znaleźć m.in. w *opinii doradczej w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej* z 1996 r., jak również w *opinii doradczej z 2004 roku dotyczącej prawnych konsekwencji wzniesienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich*. Szczególnie istotna jest pierwsza opinia, w której Trybunał poruszył wspomniany wyżej przypadek legalnego pozbawienia życia. MTS po raz pierwszy musiał wyraźnie orzec na temat związku łączącego międzynarodowe prawo humanitarne i prawo praw człowieka. Trybunał stwierdził, że: „ochrona Międzynarodowego paktu praw politycznych i obywatelskich nie ustaje w czasie wojny, z wyjątkiem powołania się na art. 4 [Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych], zgodnie z którym niektóre prawa mogą zostać zawieszane w czasie niebezpieczeństwa publicznego”⁶⁴. Tym samym MTS uznał ciągle zastosowanie Paktu w czasie konfliktu zbrojnego, z czego można wywieść komplementarność prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne. MTS co prawda stwierdził, że wyjątki od zakazu arbitralnego pozbawiania życia są określone przez prawo humanitarne traktowane jako *lex specialis*, lecz należy podkreślić, że nie oznacza to zastąpienia praw człowieka przez prawo humanitarne. Tak więc to międzynarodowe prawo humanitarne reguluje dopuszczalność pozbawienia kombatanta życia. Jednak T. A. Keck wskazuje, że skoro traktatowe międzynarodowe prawo humanitarne nie reguluje w sposób wyraźny stopnia i rodzaju siły, której użycie jest dozwolone przeciwko legalnym celom wojskowym, to można uznać, że lukę tę wypełnia prawo międzynarodowe praw człowieka⁶⁵. C. Droege wskazuje, że zasada komplementarności traktuje prawo międzynarodowe jako reżim, w którym zestawy norm koegzystują w harmonii. W tym sensie prawa człowieka mogą być interpretowane w świetle międzynarodowego prawa humanitarne i *vice versa*⁶⁶. Zgodnie z zasadą komplementarności, w sytuacji luk w jednej dziedzinie prawa wypełniają je przepisy z drugiej dziedziny prawa. Stosownie do tej koncepcji, międzynarodowe prawo humanitarne jako *lex specialis* reguluje użycie siły

man Rights Law. Towards a New Merger in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston 2008, s. 336.

⁶⁴ *Opinia doradcza MTS z 8 lipca 1996 r. w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej*, § 25, dostępna na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/> (dostęp z dnia: 04.02.2015).

⁶⁵ T. A. Keck, *op. cit.*, s. 153.

⁶⁶ C. Droege, *The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, „Israel Law Review” No. 40 (2007), s. 337.

śmiercionośnej, lecz w przypadku luk lub gdy międzynarodowe prawo humanitarne milczy, prawo międzynarodowe praw człowieka wypełni lukę⁶⁷. Jak usiłowała wskazać wyżej, z samego międzynarodowego prawa humanitarne- go wynika obowiązek odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta, wtedy kiedy nie stanowi on/a zagrożenia i nie wymaga tego konieczność wojskowa. Wskazane wyżej wyroki ETPC implicite to potwierdzają, wtedy kiedy wspo- mina się w nich o bojownikach.

Ponadto, zgodnie ze współczesnymi podręcznikami wojskowymi, zasada konieczności wojskowej pozwala na użycie takiego stopnia i rodzaju siły, niezabronionego przez międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych, który jest wymagany dla osiągnięcia dozwolonej korzyści wojsko- wej, mianowicie całkowitego lub częściowego poddania przeciwnika w jak najwcześniejszym momencie przy minimum zastosowanych środków i strat w życiu ludzkim. Można tu wskazać choćby *Manual of the law of armed conflict* wydany przez brytyjskie Ministerstwo obrony w 2004 r.⁶⁸, *NATO Glossary of the terms and definitions (AAP-6V)* z 2008 r.⁶⁹, amerykański *Field manual 27–10* wydany w 1956 r. przez Departament armii USA⁷⁰, amerykański *Commander's handbook on the law of naval operations* wydany przez Departament marynarki wojennej w 2007 r.⁷¹, *Manual de derecho operacional* Kolumbii wydany w 2009 r., francuski *Manuel de droit des con-*

⁶⁷ T. A. Keck, *op. cit.*, s. 162.

⁶⁸ Brytyjski *Manual of the law of armed conflict* jest dostępny na stronie internetowej: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf (05.01.2014), s. 21–22 (*Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources*).

⁶⁹ *NATO Glossary of the terms and definitions* jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.fas.org/irp/doddir/other/nato2008.pdf> (05.01.2014). Hasło: *minimum force* brzmi: *Force, up to and including deadly force, limited to the degree, intensity and duration necessary to achieve the objective*.

⁷⁰ Amerykański *Field manual 27–10* jest dostępny na stronie internetowej: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/law_warfare-1956.pdf (05.01.2014), s. 3 (*The law of war places limits on the exercise of a belligerent's power in the interests mentioned in paragraph 2 and requires that belligerents refrain from employing any kind or degree of violence which is not actually necessary for military purposes and that they conduct hostilities with regard for the principles of humanity and chivalry*).

⁷¹ Amerykański *Commander's handbook on the law of naval* w punkcie 5.3.1 dotyczą- cym zasady konieczności wojskowej stanowi: *The principle of military necessity recognizes that force resulting in death and destruction will have to be applied to achieve military objectives, but its goal is to limit suffering and destruction to that which is necessary to achieve a valid military objective. Thus it prohibits the use of any kind or degree of force not required for the partial or complete submission of the enemy with a minimum expendi- ture of time, life, and physical resources*. *Commander's handbook on the law of naval* jest dostępny na stronie internetowej: http://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/1-14M_%28Jul_2007%29_%28NWP%29 (05.01.2014).

flits armés wydany przez ministerstwo obrony w 2001 r.⁷², niemiecki *Triservice Manual Zdv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* wydany przez ministerstwo obrony w 1992 r.⁷³ czy szwajcarskie *Regulations 51.007/IV, Bases Légales du Comportement A L'Engagement* wydane w 2005 r.⁷⁴

Należy zwłaszcza zwrócić uwagę na kolumbijski *Manual de derecho operacional*, który jest przejawem najnowszej praktyki państw w zakresie przyjęcia ograniczeń użycia siły, a zgodnie z którym co do zasady, zasada konieczności wojskowej implikuje, że cała działalność związana z walką zbrojną musi zostać uzasadniona celami wojskowymi, podczas gdy działania, które nie są konieczne z wojskowego punktu widzenia, są nielegalne. Elementem nierozłącznie związanym z koniecznością wojskową jest ograniczenie, zgodnie z którym zostanie użyta tylko ta siła, która jest konieczna dla osiągnięcia korzyści wojskowej. Jakikolwiek użycie siły, które wykraczałoby poza tę korzyść jest sprzeczne z zasadą konieczności wojskowej. Podręcznik ten dodaje, że nie we wszystkich okolicznościach możliwe jest dostosowanie zasady konieczności wojskowej do wszystkich sytuacji mających miejsce w warunkach działań zbrojnych. Występuje wiele sytuacji związanych z walką zbrojną, w których nie można zastosować ograniczeń w użyciu siły bez narażania własnych sił zbrojnych na ryzyko lub bez utraty skuteczności operacyjnej⁷⁵. Podręcznik kolumbijski bardzo często odwołuje się do *Wskazówek interpretacyjnych MKCK* i wskazuje, że zalecenie MKCK może mieć jednak praktyczne zastosowanie⁷⁶.

Praktykę państw można podsumować następująco: ogólnie państwa walczące z powstańcami (jako że w chwili obecnej większość konfliktów zbroj-

⁷² *Manuel de droit des conflits armés* jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/droit-des-conflits-armes/droit-des-conflits-armes> (05.01.2014). Pod hasłem *Nécessité militaire* czytamy : *Nécessité militaire: principe en vertu duquel un belligérant exerce le droit de prendre toutes mesures qui seraient nécessaires pour conduire à bien une opération et qui ne seraient pas interdites par les lois de la guerre.* » (AAP 6, glossaire OTAN de termes et définitions d'usage militaire.) *Bien qu'il n'y ait pas de définition juridique universelle de la nécessité militaire, elle s'entend d'une urgence qui impose à un commandant militaire de prendre sans délais les mesures indispensables pour obtenir l'accomplissement de sa mission, le plus rapidement possible, en recourant à des moyens de violence contrôlés et qui ne tombent pas sous l'interdiction du droit des conflits armés. En conséquence, il ne peut être dérogé à une règle du droit des conflits armés en invoquant la nécessité militaire que lorsqu'une telle possibilité est expressément prévue par la règle en question. La nécessité militaire repose sur quatre principes : l'urgence, les mesures limitées à l'indispensable, le contrôle (dans l'espace et dans le temps) de la force employée et le recours à des moyens et méthodes licites.*

⁷³ *Triservice Manual Zdv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* dostępny na stronie internetowej: <http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/ManualZDv15.2.pdf> (05.01.2014). Punkt 130 zawiera następujące stwierdzenie: *In war, a belligerent may apply only that amount and kind of force necessary to defeat the enemy. Acts of war are only permissible if they are directed against military objectives, if they are not likely to cause unnecessary suffering and if they are not perfidious.*

⁷⁴ Zob. też: N. Melzer, *Keeping the Balance...*, s. 908.

⁷⁵ Podano za: *ibidem*, s. 910.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 911.

nych to konflikty międzynarodowe) przyjęły bardziej restrykcyjne i zachowawcze ROE, w wielu przypadkach ograniczając możliwość użycia siły śmiercionośnej przez żołnierzy. Praktykę tę można bez większych wątpliwości rozciągnąć na międzynarodowe konflikty zbrojne, jako że podręczniki te nie rozróżniają rodzaju konfliktu zbrojnego. Jak zauważa T. A. Keck, zadecydowały o tym jednak raczej względy polityki, a nie prawny obowiązek. Jednak w ostatnich latach wielu prawników i sądy uznawały, że prawo międzynarodowe praw człowieka rządzi użyciem siły w czasie okupacji i wewnętrznych konfliktów zbrojnych⁷⁷.

Mimo że pogląd dotyczący ograniczeń w użyciu siły to wciąż pogląd mniejszościowy, nie można go lekceważyć. Należy zauważyć, że sędziowie i wpływowi prawnicy kształtują opinie rządów i wojskowych. Zgodnie z art. 38 Statutu MTS, orzeczenia sądowe stanowią pomocniczy środek określania norm prawnych. Orzeczenia i praktyka sądów i trybunałów krajowych, jak i międzynarodowych mogą przyczynić się więc do wykształcenia normy o wskazanej wyżej treści. Orzecznictwo wpływa również na rozwój międzynarodowego prawa humanitarne, zwłaszcza w tym zakresie, gdzie istnieją luki lub niejasności.

Biorąc pod uwagę istniejącą tendencję do wprowadzania przez państwa ograniczeń w ROE, zastosowanie ograniczeń w użyciu siły przyjętych pod wpływem prawa międzynarodowego praw człowieka może zostać niedługo uznane za wiążącą regułę zwyczajowego prawa międzynarodowego⁷⁸. Niestety, w chwili obecnej praktyka ta nie wydaje się jednak wystarczająca, brakuje również *opinio iuris* w tym zakresie, jako że wciąż dominuje pogląd promilitarystów, zgodnie z którym kombatant jest legalnym celem ataku podczas trwania konfliktu zbrojnego. Jak jednak wspomniano wyżej, zauważalna jest tendencja do przyjmowania ograniczeń w stosowaniu siły śmiercionośnej wobec kombatantów, która to tendencja może z czasem doprowadzić do wykształcenia się normy zwyczajowej.

5. Uwagi końcowe

Podsumowując, podczas gdy walczące siły nie mają obowiązku podejmowania dodatkowego ryzyka dla nich samych lub ludności cywilnej, po to, aby ująć uzbrojonego przeciwnika, to jednak byłoby sprzeczne z zasadą humanitaryzmu zabić przeciwnika lub nie dać mu możliwości poddania się, kiedy jest wyraźnie widoczne, że użycie siły śmiercionośnej nie jest konieczne⁷⁹. Wniosek taki został przyjęty pod wyraźnym wpływem prawa międzynarodowego praw człowieka. W rezultacie konkretna operacja militarna wymagają-

⁷⁷ T. A. Keck, *op. cit.*, s. 176.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 177.

⁷⁹ N. Melzer, *Wskazówki interpretacyjne...*, s. 1043.

ca użycia siły zbrojnej może, a nawet powinna być, oceniana nie tylko w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, ale także w świetle prawa międzynarodowego praw człowieka. Należy także zauważyć, że z reguły na polu walki, w ogniu walki zabicie kombatanta czy osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych jest praktycznie zawsze uzasadnione i legalne⁸⁰.

Argumenty przemawiające za uznaniem prawnego obowiązku prawnego obowiązku postulatów odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta obejmują:

– konkretne przepisy międzynarodowego prawa humanitarnego (Deklaracja petersburska z 1868 r., art. 22 Regulaminu haskiego z 1907 r., art. 35 (1) I Protokołu dodatkowego z 1977 r.);

– praktykę państw znajdującą swoje odbicie w podręcznikach wojskowych oraz ROE uwzględniających omawiane ograniczenia w używanej sile śmiertelności;

– poglądy przedstawicieli doktryny wykazujące się dużą siłą oddziaływania (np. koncepcja J. S. Picteta), a w przyszłości kto wie może także G. Blum;

– zasada ekonomii siły i zdrowego rozsądku, których nie należy lekceważyć.

LEGALITY OF KILLING COMBATANTS IN LIGHT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Key words: international humanitarian law, combatant, military necessity, proportionality in the means used, principle of distinction

Summary

The aim of this paper is to answer the question of legality and proportionality of killing a combatant which term also includes rebels in non-international armed conflicts. Are there any factors that may influence the traditional rule of international humanitarian law that a combatant is a military objective all the time and may be attacked anytime and anywhere, whether he or she fights or sleeps? The author presents the most important principles of international humanitarian law such as principle of distinction and especially principle of proportionality when attacking a legal military objective. Using those principles with the strong emphasis on proportionality the author attempts to answer the question mentioned above. It seems that according to the current state of international humanitarian law killing combatants is legal based only on their status and not any real or perceptive threat they pose, although it should be postulated to use it as a means of last resort. The paper offers many arguments against the traditional interpretation of international humanitarian law. Much attention will be devoted to a very interesting and commendable proposition of G. Blum of an alternative interpretation of the principles of humanitarian law.

⁸⁰ Zob. A. Szpak, *Selektywna eliminacja...*, s. 37. Na temat obowiązku raczej ujęcia niż zabicia zob. również wymianę poglądów jaka nastąpiła na łamach „The European Journal of International Law” pomiędzy R. Goodmanem a M. N. Schmittem (pod koniec 2013 r.): R. Goodman, *The Power to Kill or Capture Enemy Combatants*, „The European Journal of International Law” 2013, nr 3, s. 819–853; M. N. Schmitt, *Wound, Capture, or Kill: A Reply to Ryan Goodman’s ‘The Power to Kill or Capture Enemy Combatants’*, „The European Journal of International Law” 2013, No. 3 s. 855–861.

MISCELLANEA

Justyna Krzywkowska

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Budowanie pokoju w przemówieniach Jana Pawła II do korpusu dyplomatycznego akredytowanego przy Stolicy Apostolskiej

Słowa kluczowe: papież, Jan Paweł II, Stolica Apostolska, korpus dyplomatyczny, pokój

Wprowadzenie

Coroczne spotkania „papieża praw człowieka” Jana Pawła II z korpusem dyplomatycznym akredytowanym przy Stolicy Apostolskiej są wnikliwą diagnozą stanu świata i porządku międzynarodowego¹. Jan Paweł II – podobnie jak Pius XII², Jan XXIII³ czy Paweł VI⁴ – był zdecydowanym przeciwnikiem wojny. Był świadomy zła każdej wojny, jej ceny okupionej płaconej straszonym cierpieniem i śmiercią wielu niewinnych ludzi. W swoich przemówieniach do korpusu dyplomatycznego oraz orędziach wygłaszanych na Światowy Dzień Pokoju⁵ wskazywał, że obowiązkiem każdego człowieka jest stałe i systematyczne budowanie pokoju:

¹ R. Kuźniar, *Wstęp do przemówień do korpusu dyplomatycznego*, w: *Jan Paweł II. Dzieła zebrane*, t. 5: *Orędzia, przestania, przemówienia okolicznościowe*, Kraków 2007, s. 437.

² Pius XII, *Orędzie*, 24.08.1939, AAS 31 (1939) 334: „Przez pokój nic nie ginie, przez wojnę można utracić wszystko”.

³ Jan XXIII, *Encyklika „Pacem in terris” o pokoju między wszystkimi narodami opartym na prawdzie, sprawiedliwości, miłości i wolności*, 11.04.1963, AAS 55 (1963) 257–304.

⁴ Paweł VI, *Encyklika „Populorum progressio” o popieraniu rozwoju ludów*, 26.03.1967, AAS 59 (1967) 257–299.

⁵ Wykaz tematów Światowych Dni Pokoju od 1979 do 2005 r.: „Osiągniemy pokój – wychowując do pokoju” (1979), „Prawda siłą pokoju” (1980), „Chcesz służyć sprawie pokoju – szanuj wolność” (1981), „Pokój dar Boga – powierzony ludziom” (1982), „Dialog na rzecz pokoju – wyzwaniem dla naszych czasów” (1983), „Pokój rodzi się z serca nowego” (1984), „Pokój i młodzi idą razem” (1985), „Pokój jest wartością, która nie zna podziałów na północ-południe, wschód-zachód: Jest tylko jeden pokój” (1986), „Rozwój i solidarność:

(...) człowiek XXI wieku będzie musiał wykształcić w sobie poczucie odpowiedzialności. Przede wszystkim odpowiedzialności osobistej, rozwijając poczucie obowiązku i postawę uczciwości w pracy: korupcja, przestępczość zorganizowana ani bierność nigdy nie mogą prowadzić do prawdziwej i zdrowej demokracji. Ale trzeba do tego dodać także poczucie odpowiedzialności wobec innych: troskę o najuboższych, udział w strukturach wzajemnej pomocy w miejscu pracy i na płaszczyźnie socjalnej, szacunek dla przyrody i środowiska – wszystkie te imperatywy trzeba realizować, aby można było zbudować świat, który umożliwi wyższą jakość wspólnego życia. Nigdy więcej jedni oddzieleni od drugich! Nigdy więcej jedni przeciw drugim! Wszyscy razem, solidarni, świadomi obecności Boga! (2000).

Jedynie poszanowanie uprawnionych aspiracji jednych i drugich, powrót do stołu rokowań i konkretne zaangażowanie wspólnoty międzynarodowej mogą doprowadzić do początku rozwiązania tego konfliktu. Prawdziwy i trwały pokój nie może się ograniczać do zwykłej równowagi stojących naprzeciw siebie sił. Jest on przede wszystkim owocem czynów moralnych i działań prawnych (2004).

Dyplomatyczna działalność Stolicy Apostolskiej

Watykan jest siedzibą najwyższych władz Kościoła rzymskokatolickiego i rezydencją głowy państwa – papieża⁶, natomiast Stolica Apostolska stanowi podmiot prawa międzynarodowego. Znaczenie pojęcia *Stolica Apostolska* zależne jest od kontekstu użycia: może to być sam papież lub papież i Kuria Rzymska, może to być ogólne określenie reprezentacji wspólnoty wiernych Kościoła katolickiego na forum międzynarodowym i wobec innych wspólnot religijnych. Przez Kurie Rzymską rozumie się ogół kongregacji⁷,

dwie drogi wiodące do pokoju” (1987), „Wolność religijna warunkiem pokojowego współżycia” (1988), „Poszanowanie mniejszości warunkiem pokoju” (1989), „Pokój z Bogiem Stwórcą, pokój z całym stworzeniem” (1990), „Poszanowanie sumienia każdego człowieka warunkiem pokoju” (1991), „Wierzący zjednoczeni w budowaniu pokoju” (1992), „Jeśli pragniesz pokoju, wyjdź naprzeciw ubogim” (1993), „Rodzina źródłem pokoju dla ludzkości” (1994), „Kobieta wychowawczynią do życia w pokoju” (1995), „Zapewnijmy dzieciom przyszłość w pokoju” (1996), „Przebac, a zaznasz pokoju” (1997), „Sprawiedliwość każdego człowieka – źródłem pokoju dla wszystkich” (1998), „Poszanowanie praw człowieka warunkiem prawdziwego pokoju” (1999), „Na ziemi pokój ludziom, których Bóg miłuje” (2000), „Dialog między kulturami drogą do cywilizacji miłości i pokoju” (2001), „Nie ma pokoju bez sprawiedliwości, nie ma sprawiedliwości bez przebaczenia” (2002), „Encyklika *Pacem in terris* – nieustanne zobowiązanie” (2003), „Zawsze aktualne zadanie: Wychowywać do pokoju” (2004) i „Nie daj się zwyciężyć złu, ale zło dobrem zwyciężaj” (2005).

⁶ Inaczej Biskup Rzymski, następca Świętego Piotra Apostoła, Głowa Kolegium Biskupów, Zastępca Chrystusa. Na mocy swego urzędu papież posiada władzę najwyższą, pełną (ustawodawczą, wykonawczą, sądowniczą), bezpośrednią i powszechną, jest najwyższym ludzkim prawodawcą w Kościele, ponieważ jedynie prawo Boże oraz cel Kościoła ograniczają jego władzę.

⁷ Jan Paweł II, *Konstytucja apostolska „Pastor bonus”*, 28.06.1988, AAS 80 (1988) 841–934 [skrót PB]: 1. Kongregacja Nauki Wiary z Papieską Komisją Biblijną i Międzynarodową Komisją Teologiczną (PB, III. *Kongregacje*, art. 48–55), 2. Kongregacja Kościołów Wschodnich (PB, III. *Kongregacje*, art. 56–61), 3. Kongregacja ds. Kultu Bożego i Dyscypliny

trybunałów⁸ i urzędów⁹, którymi posługuje się papież w zarządzaniu całym Kościołem. Centralnym organem w Kurii Rzymskiej jest Sekretariat Stanu¹⁰, w skład którego wchodzi dwie sekcje: ds. ogólnych i ds. relacji z państwami¹¹.

Sekcja relacji z państwami, czyli sekcja druga Sekretariatu Stanu zajmuje się międzynarodową i dyplomatyczną działalnością Stolicy Apostolskiej. Sekcją tą kieruje sekretarz obdarzony godnością arcybiskupa tytularnego, który wspomagany jest przez podsekretarza, we współpracy z kardynałami i biskupami. Szczegółowe zadania sekcji drugiej określone zostały w artykule 45–47 Konstytucji apostolskiej *Pastor Bonus* z 1988 roku: prowadzi sprawy, wymagające kontaktów z państwami i organizacjami międzynarodowymi, mającymi charakter organizacji rządowych, w tym także zawieranie konkordatów i temu podobnych umów; reprezentowanie Stolicy Apostolskiej na forum organizacji i konferencji międzynarodowych; w szczególnych okolicznościach – na zlecenie Ojca Świętego i w porozumieniu z kompetentnymi dykasteriami Kurii – obsadzanie urzędów w Kościołach partykularnych, a także ich ustanawianie i zmiana ich struktur; w ścisłej współpracy z Kongregacją ds. Biskupów mianowanie biskupów w krajach, które zawarły ze Stolicą Apostolską traktaty lub umowy oparte na prawie międzynarodowym¹². Ważną rolę odgrywa także Papieska Rada *Iustitia et Pax*, której głównym zadaniem jest troska o rozwój sprawiedliwości i promowanie pokoju na świecie, zgodnie z Ewangelią i katolicką nauką społeczną¹³.

Papieża przy Kościołach partykularnych i państwach oraz organizacjach międzynarodowych reprezentują legaci papiescy trzech kategorii. Pierwszą kategorię legatów stanowią tzw. delegaci apostolscy ustanawiani zazwyczaj w państwach, z którymi Stolica Apostolska nie utrzymuje stałych stosunków dyplomatycznych. Do drugiej kategorii legatów papieskich należą legaci wysłani do Kościołów partykularnych oraz do państw i ich rządów: nuncjusz

Sakramentów (PB, III. *Kongregacje*, art. 62-70), 4. Kongregacja ds. Spraw Kanonizacyjnych (PB, III. *Kongregacje*, art. 71-74), 5. Kongregacja ds. Biskupów wraz z Papieską Komisją dla Ameryki Łacińskiej (PB, III. *Kongregacje*, art. 75-84), 6. Kongregacja Ewangelizacji Narodów, wcześniej zwana Kongregacją Rozkrzewiania Wiary (PB, III. *Kongregacje*, art. 85-92), 7. Kongregacja ds. Duchowieństwa z Papieską Komisją ds. strzeżenia dziedzictwa historyczno-artystycznego całego Kościoła (PB, III. *Kongregacje*, art. 93-104), 8. Kongregacja ds. Instytutów Życia Konsekrowanego i Stowarzyszeń Życia Apostolskiego (PB, III. *Kongregacje*, art. 105-111) i 9. Kongregacja Edukacji Katolickiej (PB, III. *Kongregacje*, art. 112-116).

⁸ Penitencjaria Apostolska, Trybunał Roty Rzymskiej, Najwyższy Trybunał Sygnatury Apostolskiej.

⁹ Np. Kamera Apostolska, Administracja *Patrimonium* Stolicy Apostolskiej, Prefektura Spraw Ekonomicznych.

¹⁰ PB, II. *Sekretariat Stanu*, art. 39-40. J. Krukowski, *Prawo administracyjne w Kościele*, Warszawa 2011, s. 113.

¹¹ Używane w literaturze nazwy: sekcja ds. stosunków z państwami; sekcja ds. kontaktów z państwami.

¹² J. Krukowski, *Prawo administracyjne w Kościele*, dz. cyt., s. 113.

¹³ PB, V. *Papieskie Rady*, art. 142-144.

apostolski, pronuncjusz apostolski i internuncjusz apostolski. Trzecia kategoria legatów papieskich to przedstawiciele Stolicy Apostolskiej przy organizacjach międzynarodowych oraz na kongresach i zjazdach międzynarodowych, m.in. stały obserwator i obserwator *ad hoc*¹⁴. Zadania legatów papieskich w stosunkach wewnątrzkościelnych określa *Kodeks Prawa Kanonicznego* w kan. 364: „Głównym zadaniem legata papieskiego jest zacieśnianie i umacnianie coraz bardziej więzów łączących Stolicę Apostolską z Kościołami partykularnymi”¹⁵. Z kolei kan. 365 § 1 *Kodeksu Prawa Kanonicznego* określa zadania legatów papieskich w stosunkach z państwami: podtrzymywanie i ożywanie więzów między Stolicą Apostolską a Rządem; prowadzenie rokowań w zakresie spraw dotyczących stosunków Kościoła i Państwa oraz w sposób szczególny pertraktowanie o zawarcie konkordatu czy innych tego rodzaju układów, jak również wprowadzenie ich w życie.

Korpus dyplomatyczny akredytowany przy Stolicy Apostolskiej¹⁶ należy odróżnić od korpusu dyplomatycznego akredytowanego w państwie włoskim. Jak podkreślił Jan Paweł II w przemówieniu z 1979 roku Stolica Apostolska wyraża swój szacunek dla tradycji i kultury każdego ludu i narodu, pragnie służyć pokojowi nie poprzez działalność polityczną, ale poprzez wartości duchowe i moralne. Stolica Apostolska utrzymuje kontakty dyplomatyczne ze 180 państwami; jako jedno z ostatnich, 22 lutego 2013 roku, zostały nawiązane stosunki dyplomatyczne z Republiką Sudanu Południowego na szczeblu nuncjatury apostolskiej i ambasady. Z Polską stosunki dyplomatyczne Stolica Apostolska utrzymuje za pośrednictwem nuncjusza apostolskiego. W naszym kraju o tradycjach katolickich przyjęta jest praktyka dająca pierwszeń-

¹⁴ *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, 25.01.1983, AAS 75 II (1983) 1-317. *Kodeks Prawa Kanonicznego*. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984 [skrót KPK 1983], kan. 362-367. J. Krukowski, *Prawo administracyjne w Kościele*, dz. cyt., s. 121-124.

¹⁵ KPK 1983, kan. 364: „Tak więc w odniesieniu do powierzonego mu okręgu, do papieskiego legata należy: 1° przesyłanie do Stolicy Apostolskiej wiadomości na temat warunków, w których znajdują się Kościoły partykularne, i o tym wszystkim, co dotyczy życia samego Kościoła i dobra dusz; 2° wspieranie biskupów czynem i radą, nie naruszając jednak wykonywania przyznanej im prawem władzy; 3° ożywanie częstych kontaktów z Konferencją Episkopatu przez udzielanie jej wszechstronnej pomocy; 4° gdy idzie o nominację biskupów: przesyłanie lub proponowanie Stolicy Apostolskiej nazwisk kandydatów, jak również przeprowadzanie procesu informacyjnego odnośnie do kandydatów, z zachowaniem norm wydanych przez Stolicę Apostolską; 5° usilne popieranie tego, co służy utrwaleniu pokoju, rozwoju postępu i zgodnej współpracy między narodami; 6° podejmowanie wraz z biskupami odpowiednich kontaktów między Kościołem katolickim oraz innymi Kościołami lub wspólnotami kościelnymi, a nawet i religiami niechrześcijańskimi; 7° podejmowanie, działając wspólnie z biskupami, u kierujących państwem obrony tego, co jest związane z misją Kościoła i Stolicy Apostolskiej; 8° wykonywanie ponadto pełnomocnictw oraz wypełnianie innych poleceń, przekazanych mu przez Stolicę Apostolską.”

¹⁶ Obecnie Ambasadorem Nadzwyczajnym i Pełnomocnym Rzeczypospolitej Polskiej przy Stolicy Apostolskiej i Zakonie Kawalerów Maltańskich jest Piotr Nowina-Konopka.

stwo przedstawicielowi Stolicy Apostolskiej¹⁷. Nuncjusz jest zwyczajowo dziekanem korpusu dyplomatycznego i jest to funkcja o charakterze reprezentacyjnym i ceremonialnym (dziekan nie posiada uprawnień władczych w stosunku do pozostałych dyplomatów). Pierwszym nuncjuszem w wolnej Polsce w latach 1919–1921 był kardynał Ambrogio Damiano Achille Ratti, późniejszy papież Pius XI. Od 1989 do 2010 roku nuncjuszem apostolskim w Polsce był arcybiskup Józef Kowalczyk. Dnia 30 czerwca 2010 r. Benedykt XVI mianował nuncjuszem apostolskim w Polsce abpa Celestino Migliore, ówczesnego stałego obserwatora Stolicy Apostolskiej przy Organizacji Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku. Misję nuncjusza apostolskiego w Polsce abp Migliore rozpoczął 10 września 2010 roku.

Ogólna charakterystyka przemówień papieskich do korpusu dyplomatycznego

Na początku każdego roku Ojciec Święty Jan Paweł II spotykał się z członkami korpusu dyplomatycznego akredytowanego przy Stolicy Apostolskiej¹⁸. Spotkanie otwierał dziekan korpusu dyplomatycznego, który składał Ojcu Świętemu życzenia noworoczne i wyrażał uznanie dla działalności Papieża i Stolicy Apostolskiej, służącej dobru całej społeczności międzynarodowej. Dziekan korpusu nawiązywał także do papieskiego orędzia na Dzień Pokoju oraz wypowiedzi na forum różnych organizacji międzynarodowych, w których wystąpił Jan Paweł II. Po wystąpieniu dziekana korpusu dyplomatycznego głos zabierał Ojciec Święty, które dokonywał przeglądu podstawowych problemów, charakteryzujących sytuację na świecie. Przemówienia kończyły się życzeniami, składanymi przez Ojca Świętego, kierowanymi do dyplomatów i ich rodzin, krajów i ludów z których pochodzą oraz krajów, które reprezentują i rządów, w imieniu których pełnią funkcje przy Stolicy Apostolskiej.

W sumie Papież Jan Paweł II wygłosił 29 przemówień do korpusu dyplomatycznego akredytowanego przy Stolicy Apostolskiej:

- 20.10.1978 r., *Służba Kościoła dla ludzkości*¹⁹,
- 12.01.1979 r., *Pokój i postęp dla całego świata*²⁰,
- 14.01.1980 r., *Kościół współczesnego świata w służbie wielkiej sprawy pokoju*²¹,

¹⁷ *Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych*, 18.04.1961 (Dz.U. 1965, Nr 37, poz. 232), art. 16 ust. 3: „Niniejszy artykuł nie stoi na przeszkodzie w stosowaniu praktyki, która jest lub mogłaby być przyjęta przez państwo przyjmujące w odniesieniu do pierwszeństwa przedstawiciela Stolicy Apostolskiej”.

¹⁸ Tradycyjne audiencje dla korpusu dyplomatycznego przy Stolicy Apostolskiej kontynuowane są przez Ojca Świętego Franciszka, który przedstawia stanowisko Stolicy Apostolskiej wobec najważniejszych problemów wspólnoty międzynarodowej.

¹⁹ *Jan Paweł II. Dzieła zebrane*, t. 5, dz. cyt., s. 441–442.

²⁰ *Tamże*, s. 443–446.

²¹ *Tamże*, s. 447–452.

- 12.01.1981 r., *Stolica Apostolska wobec problemów ludzkości*²²,
- 16.01.1982 r., *Kościół wobec największych problemów współczesnego świata*²³,
- 15.01.1983 r., *Założenia i cele międzynarodowej działalności Stolicy Apostolskiej*²⁴,
- 14.01.1984 r., *Nie ma dnia do stracenia*²⁵,
- 12.01.1985 r., *Wzajemność, solidarność, współpraca*²⁶,
- 11.01.1986 r., *Pokój nie jest możliwy bez solidarności i sprawiedliwości*²⁷,
- 10.01.1987 r., *Pokój przekracza ludzkie siły*²⁸,
- 09.01.1988 r., *Od czego zależy prawdziwy i trwały pokój?*²⁹,
- 09.01.1989 r., *Transcendentne podstawy godności i praw człowieka*³⁰,
- 13.01.1990 r., *Europa i świat na progu ostatniej dekady XX wieku*³¹,
- 02.01.1991 r., *Bramy nadziei*³²,
- 11.01.1992 r., *Narody mają prawo do wyboru własnego sposobu myślenia i życia*³³,
- 16.01.1993 r., *Wojna i ubóstwo: dwie plagi nękające ludzkość*³⁴,
- 15.01.1994 r., *Budujmy mosty między ludźmi i narodami*³⁵,
- 09.01.1995 r., *Stolica Apostolska jest głosem, na który czeka ludzkie sumienie*³⁶,
- 13.01.1996 r., *Światła i cienie współczesnego świata*³⁷,
- 13.01.1997 r., *W służbie pokoju, sprawiedliwości i solidarności*³⁸,
- 10.01.1998 r., *Wierność niepisanemu prawu sumienia*³⁹,
- 11.01.1999 r., *Oby wszyscy odkryli miłość Ojca wszechświata*⁴⁰,
- 10.01.2000 r., *Wszyscy jesteśmy odpowiedzialni za wszystkich*⁴¹,
- 19.05.2000 r., *Życie jest darem i trzeba go bronić*⁴²,

²² *Tamże*, s. 453–460.

²³ *Tamże*, s. 461–471.

²⁴ *Tamże*, s. 472–480.

²⁵ *Tamże*, s. 481–486.

²⁶ *Tamże*, s. 487–495.

²⁷ *Tamże*, s. 496–505.

²⁸ *Tamże*, s. 506–512.

²⁹ *Tamże*, s. 513–520.

³⁰ *Tamże*, s. 521–527.

³¹ *Tamże*, s. 528–535.

³² *Tamże*, s. 536–545.

³³ *Tamże*, s. 546–553.

³⁴ *Tamże*, s. 554–562.

³⁵ *Tamże*, s. 563–571.

³⁶ *Tamże*, s. 572–576.

³⁷ *Tamże*, s. 577–582.

³⁸ *Tamże*, s. 583–586.

³⁹ *Tamże*, s. 587–591.

⁴⁰ *Tamże*, s. 592–596.

⁴¹ *Tamże*, s. 597–601.

⁴² *Tamże*, s. 602–603. Przemówienie w dniu 80. rocznicy urodzin Jana Pawła II.

- 13.01.2001 r., *Wszyscy razem ratujemy człowieka*⁴³,
- 10.01.2002 r., *Otwórzmy serca i umysły na wyzwania naszych czasów*⁴⁴,
- 13.01.2003 r., *„Nie” śmierci, egoizmowi i wojnie! „Tak” życiu i pokojowi!*⁴⁵,
- 12.01.2004 r., *W trosce o lepszą przyszłość rodziny ludzkiej*⁴⁶,
- 10.01.2005 r., *Wyzwania stojące przed ludzkością: życie, chleb, pokój i wolność*⁴⁷.

Wszystkie powyższe przemówienia stanowiły komentarz do bieżących spraw międzynarodowych oraz przedmiot refleksji wielu osób zaangażowanych na rzecz zagwarantowania praw i godnego życia wszystkim ludziom na ziemi. Papież przypominał najważniejsze wydarzenia, jakie miały miejsce w okresie minionego roku w relacjach Stolicy Apostolskiej z poszczególnymi państwami:

Dlatego właśnie delegacja Stolicy Apostolskiej musiała zabrać głos na spotkaniu w Belgradzie w październiku 1977 roku, powołując się na deklaracje potwierdzone podczas helsińskiej Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, przede wszystkim na te z nich, które mówią o wolności religijnej (1979).

W tym kontekście tłumaczy się mój czynny udział w dziele mediacji w sporze o tzw. strefę południową, aby godne szacunku i wielkoduszne narody o starodawnej tradycji chrześcijańskiej – Chile i Argentyna – mogły wreszcie wejść na drogę dobrobytu i postępu, bez naruszania tego bezcennego skarbu, jakim jest prawdziwy pokój (1982).

Przywoływał także liczne wizyty szefów państw w Watykanie. W swoim pierwszym przemówieniu z 1978 roku Papież Polak zobowiązał się, że będzie dokładał starań, aby „każdemu narodowi okazywać taki szacunek, do jakiego ma prawo”. Przez cały swój pontyfikat konsekwentnie realizował to zobowiązanie. Pielgrzymował do najbardziej zapalnych punktów świata, aby pomagać w rozwiązywaniu konfliktów. Wielokrotnie angażował się w dialog ze wszystkimi religiami oraz dążył do przywrócenia jedności chrześcijan. Przywoływał historię Polski – jego ojczyzny, która nauczyła go szanować wartości każdego ludu i narodu oraz przypominał pielgrzymki apostolskie, które miały na celu służbę sprawie pokoju:

Miałem też szczególnie dług do spłacenia wobec narodu polskiego, i to był powód mojej pielgrzymki w czerwcu ubiegłego roku. Była to pierwsza wizyta papieża na tej ziemi, u tego narodu, co więcej – była to wizyta pierwszego papieża pochodzącego z polskiej ziemi, pierwszego papieża słowiańskiego. Jakże wyrazić siłę uczuć, które towarzyszyły tej pielgrzymce odzwierciedlającej historię

⁴³ *Tamże*, s. 604–607.

⁴⁴ *Tamże*, s. 608–612.

⁴⁵ *Tamże*, s. 613–617.

⁴⁶ *Tamże*, s. 618–621.

⁴⁷ *Tamże*, s. 622–627.

i współczesność zarazem! Poza aspektem osobistym pielgrzymka ta miała znaleźć swe miejsce w szerszej wizji historycznej, opierającej się na wierze i na tradycji chrześcijańskiej, i miała dać świadectwo jedności, która – pomimo tylu przejść dziejowych, żywych po dziś dzień – łączy Kościół z narodem. Muszę także podkreślić kurtuazję i gościnność wówczas okazane mi przez władze polskie (1980).

Niejednokrotnie podkreślał, że chrześcijanie są odpowiedzialni za dobrą nowinę o pokoju, poprzez przyczynianie się do wzrostu poszanowania życia, godności osoby ludzkiej i jej niezbywalnych praw, sprawiedliwości społecznej.

Papież Polak bezustannie podkreślał jak ważna jest modlitwa o pokój. Wspominał Światowy Dzień Modlitwy o Pokój w Asyżu z 1986 roku, kiedy po raz pierwszy modlili się w swej obecności przedstawiciele 13 religii niechrześcijańskich i wielu chrześcijańskich wspólnot i Kościołów. Modlitwa jednak musi być wyrazem woli działania i pokonywania przeszkód poprzez zdecydowanie zaangażowanie w rzeczywistość pokoju. Nie można prosić o pokój i jednocześnie pozostawać biernym:

(...) jedna strona nie może zbudować pokoju bez udziału drugiej, czyli w sposób unilateralny (1983).

Kościół wzywa do działania z miłością, w duchu braterstwa i służby – czego nauczył się od Chrystusa; jest przekonany, że bez takiego podejścia wielkie słowa o pokoju, sprawiedliwości i solidarności mogą stać się jak cymbały – dźwięczące bez żadnego innego efektu (1984).

Autentyczna modlitwa przemienia ludzkie serca. Bóg zna dobrze nasze potrzeby. Jeżeli zachęca nas do tego, byśmy prosili o pokój, to dlatego, że owa pokorna prośba w tajemniczy sposób przemienia człowieka, proszącego, sprawia, że wkracza on na drogę pojednania i braterstwa (1987).

Jan Paweł II podkreślał, że misją dyplomatów jest poszukiwanie wspólnego dobra w duchu respektowania kompetencji wszystkich stron. Tym wspólnym dobrem ludzkości jest zagwarantowanie praw człowieka. Wielokrotnie nazywał ambasadorów ludźmi pokoju, bowiem ich praca i osobiste powołanie ma na celu zapewnienie rodakom środków do zachowania pokoju. Papież mówił dyplomatom o gnębiącym go smutku z powodu wojen (w krajach Bliskiego Wschodu, Afryki, Azji czy Ameryki Łacińskiej), deptania praw człowieka, prawa do swobodnego wyznawania religii⁴⁸. Wszelkie klęski żywiołowe (niszczycielskie cyklony, inwazja szarańczy), barbarzyńskie akty

⁴⁸ R. Kuźniar, *Wstęp do przemówień do Korpusu Dyplomatycznego*, op. cit., s. 439; G. Feliciani, *La libertà religiosa nel magistero di Giovanni Paolo II*, „Ius Canonicum” 1999, s. 921–929; S. Ferrari, *Verso una nuova politica mediterranea della S. Sede*, „Rivista di Studi Politici Internazionali” 1 (297) (styczeń – marzec 2008), s. 37–52; J. Rabanus, *Europa in der Sicht Papst Johannes Pauls II.: eine Herausforderung für die Kirche und die europäische Gesellschaft*, Verlag Ferd. Schöningh GmbH & Co KG 2004, s. 59n.

terroryzmu, tragiczne zamachy i masakry dokonywane przez terrorystów oraz nieludzka przemoc przepełniały serce Papieża niepokojem:

Moja myśl i modlitwa kieruje się również ku tylu innym problemom poważnie zakłócającym życie świata właśnie w tych dniach, a które ponownie powodują tyle śmierci, zniszczeń i goryczy w krajach, w których mieszka niewielu katolików, a które również drogie są Stolicy Apostolskiej: śledzimy dramatyczne wydarzenia w Iranie i z wielką uwagą wsłuchujemy się w wiadomości na temat kraju Khmerów i całej ludności tak już przecież przez los doświadczonej Azji południowo-wschodniej (1979).

Bowiem cierpi tu nie tylko syn Polski, ale również widzialna Głowa Kościoła katolickiego, odpowiedzialny za Stolicę Apostolską, któremu wszystkie ludu (...) są równie drogie i bliskie (1982).

W swoim ostatnim przemówieniu z 2005 roku Papież ukazał społeczności międzynarodowej cztery wyzwania, które muszą być przez nią podjęte: obrona życia, pokój i wolność oraz walka z głodem. Pierwszorzędnym zadaniem każdego państwa jest ochrona ludzkiego życia i umacnianie jego prawa. Rodzina niestety jest dziś często zagrożona przez czynniki społeczne i kulturowe, które wywierają na nią presję, podważając jej stabilność, bywa że w niektórych krajach rodzina jest też zagrożona przez prawodawstwo (zrównywanie związków partnerskich z małżeństwami). Niezwykle ważna jest pomoc w walce z głodem. Setki milionów ludzi cierpią dotkliwie z powodu niedożywienia, każdego roku miliony dzieci umierają z głodu i chociaż wiele organizacji pozarządowych niesie pomoc potrzebującym, to jednak niezbędna jest wielka mobilizacja moralna opinii publicznej, a zwłaszcza przywódców politycznych⁴⁹. Na całej kuli ziemskiej wojny między państwami, między społecznościami etnicznymi, między ludami i grupami żyjącymi na terytorium jednego państwa są źródłem wielu innych nieszczęść. W wielu krajach także prawo do wolności religijnej do tej pory nie zyskało należytego uznania. Istnieje wiele świadectw naruszania prawa do wolności sumienia i religii⁵⁰. Wyrażał zaniepokojenie próbami pozbawienia chrześcijan ich swobód. Papież upominał się także o uchodźców i wygnańców, a także nielegalnych imigrantów:

Mysząc o odpowiedzialności spoczywającej na wszystkich narodach, które winny zainteresować się sytuacją uchodźców, kieruję gorący apel do władz państw świata, a szczególnie do tych, które otrzymały od Opatrzności hojniejsze dary, aby uczyniły wszystko, co w ich mocy dla zaspokojenia ludzkich dążeń wszystkich, którzy są naszymi braćmi, przyjmując ich lub rozszerzając okazaną im już gościnność (1982).

⁴⁹ *Tysiąc przeciwko Polsce* (orzeczenie – 20.03.2007 r., skarga nr 5410/03).

⁵⁰ Np. dziś w Europie nie ma zgody co do oceny obecności krzyży w szkole. Zakaz wieszania krzyży w szkołach obowiązuje np. we Francji. Por. *Lautsi przeciwko Włochom* (orzeczenie – 18.03.2011 r., Wielka Izba, skarga nr 30814/06).

Ciosem dla pokoju jest wszelkie zaprzeczenie godności osoby ludzkiej. Jan Paweł II wskazywał w swoich przemówieniach pięć filarów podtrzymujących budowę trwałego pokoju: prawda, miłość, wolność, sprawiedliwość i solidarność pojmowaną jako świadomość obowiązków jednostki wobec innych.

Dialog i respektowanie praw człowieka drogą prowadzącą do pokoju

Kościół katolicki uznaje zasadę, że w stosunkach międzynarodowych obowiązkiem jest szanowanie praw każdego narodu. Kościół pragnie uczestniczyć w życiu i przyczyniać się do rozwoju narodów. Pokój jest owocem sprawiedliwości (*iustitia et pax*). Według Papieża ważne jest to, że w budowaniu pokoju na ziemi muszą uczestniczyć narody i ludzie, a nie tylko władza. Kościół i państwo – choć wyraźnie różnią się między sobą – winny służyć dobru człowieka. Dialog oparty na wzajemnym szacunku nie tylko nie zakłóca życia społecznego, ale je wzbogaca. Konieczne jest polepszenie stosunków pomiędzy państwami, ponieważ nad sprawiedliwością coraz częściej bierze górę nienawiść, okrucieństwo i zawziętość.

Pokój w nauczaniu Papieża to „pokój pomiędzy narodami, pokój w danym społeczeństwie, pokój między obywatelami, pokój między wspólnotami religijnymi, pokój w miejscach pracy”. To dzięki Papieżowi Polakowi Kościół katolicki stał się instytucjonalnym obrońcą praw człowieka. W swoich przemówieniach Papież podkreślał wagę respektowania prawa międzynarodowego, rolę organizacji międzynarodowych, dyplomatów, środków społecznego przekazu i badań naukowych:

Pokój to nie tylko brak konfliktów, ale pokojowe rozwiązywanie sporów między narodami i rozwój porządku społecznego oraz międzynarodowego opartego na prawie i sprawiedliwości. Mówiąc dokładniej, należy zabezpieczyć fundamenty pokoju poprzez poszanowanie praw człowieka, a także praw narodów (1988).

Przez długi czas prawo międzynarodowe było prawem wojny i pokoju. Uważam, że winno ono stawać się stopniowo wyłącznie prawem pokoju, pojmowanego jako owoc sprawiedliwości i solidarności (1997).

Do przeszkód utrudniających budowanie międzynarodowej rzeczywistości pokojowej zaliczał: egoizm, nieodpowiedzialność, dążenie do dominacji nad innymi narodami, terroryzm wewnątrzpaństwowy, głód, choroby, biedę.

Stolica Apostolska zawsze popiera sprawiedliwe porozumienie pomiędzy narodami. Pokój jest najcenniejszym dziedzictwem niezbędnym dla pełnego rozwoju człowieka, także w ramach ziemskiej społeczności. Aby stosunki międzynarodowe umacniały sprawiedliwy pokój potrzebna jest równocześnie

wzajemność, solidarność oraz rzeczywista współpraca. Pokój jest nie tylko owocem ugody, rokowań. Pokój powinien być rezultatem ciągłej i usilnej pracy. Należy stale dążyć do dobra wspólnego. Ojciec Święty Jan Paweł II niestrudzenie wzywał do pokoju i wytrwałego dialogu. Konieczne jest wzajemne zrozumienie, prawdziwa sprawiedliwość oraz przestrzeganie prawa moralnego.

Jan Paweł II uważał, że „wojna jest zawsze porażką ludzkości”⁵¹, z autopsji znał jej okrucieństwa. W swoim wystąpieniu do korpusu dyplomatycznego z 1993 roku, gdy trwała wojna na Bałkanach, przypominał: „Społeczność międzynarodowa powinna bardziej zdecydowanie okazać polityczną wolę potępienia agresji i zbrojnych podbojów terytorialnych, a także szaleńczego absurdu czystek etnicznych. Dlatego uważam, że zgodnie ze swoją misją mam obowiązek zwrócić się do wszystkich rządzących państwami, które reprezentujecie, a także do tych, którzy w Europie i gdzie indziej atakują zbrojnie swych braci, i z całą powagą i zdecydowaniem przypomnieć im, że: wojna zaczepna jest niegodna człowieka; zniszczenie moralne lub fizyczne przeciwnika bądź cudzoziemca jest zbrodnią; praktyczna obojętność wobec takich praktyk jest świadomym zaniedbaniem; ten kto dopuszcza się tych aktów przemocy, kto toleruje lub usprawiedliwia, odpowie za to nie tylko przed społecznością międzynarodową, ale przede wszystkim przed Bogiem”.

* * *

Jan Paweł II za swój obowiązek uznawał działania przyczyniające się w budowaniu pokoju na świecie. Wierzył, że wysiłki tworzenia sprawiedliwego świata i pokoju na świecie są warte każdego trudu. Miał realny wpływ na losy świata. Przyczynił się w znacznym stopniu do zmian politycznych choćby w Europie Środkowo-Wschodniej⁵². Współpracował ze wszystkimi instytucjami, którym leżało na sercu zarówno dobro poszczególnych osób, jak i dobro wspólne.

Jan Paweł uznawany był za genialnego dyplomata: „Na czym polegał ów geniusz? Odpowiedź można zawrzeć w kilku określeniach: skromność, prostolinijność, bezpretensjonalna otwartość na każdego, żadnych efektów specjalnych, siła słowa, zaufanie prawdzie i wiara w człowieka. Utańczyło się powiedzenie, że w dyplomacji nie ma rzeczy czarnych i białych, są tylko szare. Jan Paweł II całkowicie przeczył tej tezie. Swoistym akcentem jego aktywności dyplomatycznej było nazywanie rzeczy po imieniu. Nie wahał się jasnych określić dobra i zła, sprawiedliwości i niesprawiedliwości, wolności i zniewo-

⁵¹ Przemówienie z 2003 roku. M. Hörter, *Gerechter Friede und Terrorismusbekämpfung – Anregungen für eine ethisch verantwortbare Terrorismusbekämpfung in kirchlichen Dokumenten*, „Gerechter Krieg – gerechter Frieden” 2009, s. 169–195.

⁵² T. Korczyński, *Papież pokoju*, w: <http://www.naszdziennik.pl/wiara-stolica-apostolska/74689,papiez-pokoju.html>. (dostęp 30.06.2014).

lenia... ‘Tak’ znaczyło ‘tak’, ‘nie’ znaczyło ‘nie’. Ale czynił to zawsze w perspektywie szacunku wobec godności drugiego człowieka. Stosował w dyplomacji personalistyczną i uniwersalną ‘gramatykę etyczną’. Bez wątpienia, niemałe znaczenie miał tu osobisty przymiot Papieża, a mianowicie umiejętność szybkiego nawiązywania kontaktów, nierzadko wspieranych więzią uczuciową oraz niebywała umiejętność wnikliwego słuchania rozmówcy⁵³. Papież Jan Paweł II wiele uczynił dla światowego pokoju⁵⁴. Wzywał do otwartości politycznej, gospodarczej, ekonomicznej i kulturalnej oraz do docenienia chrześcijańskich korzeni Europy. Od chwili swego wyboru Ojciec Święty przyjął na oficjalnych audiencjach w Watykanie, ponad 1350 osobistości politycznych, m.in.: 426 szefów państw oraz koronowanych głów, 187 premierów i 190 ministrów spraw zagranicznych. Listy uwierzytelniające otrzymał od 642 ambasadorów, akredytowanych przy Stolicy Apostolskiej⁵⁵. W Jego pogrzebie uczestniczyły rzesze ludzi różnych wyznań i światopoglądów, głowy państw, zwierzchnicy wspólnot wyznaniowych i przedstawiciele organizacji międzynarodowych.

Jak słusznie podkreśla w swojej książce E. Krzysztofik w nauczaniu Jana Pawła II wielokrotnie ukazywana była potrzeba wychowania do pokoju, które należy rozpocząć od najmłodszych lat, tak aby człowiek wzrastał z poczuciem odpowiedzialności za pokój⁵⁶. Niezmiernie istotny jest fakt, aby nie tylko rządzący państwami, ale i także poszczególni obywatele podejmowali wzajemną i solidarną odpowiedzialność za świat. Nauczanie Jana Pawła II stanowi cenną wskazówkę dla wszystkich ludzi dobrej woli, którzy podejmują codzienny wysiłek, by zwalczać zagrożenia pokoju w świecie. Konieczne jest poszanowanie fundamentalnych praw ludzkich oraz kierowanie się w życiu głosem sumienia. Już we własnej rodzinie należy zacząć wprowadzać pokój oraz rozwijać umiejętność wybaczenia. Wszelkie trudności, które spotykają człowieka w życiu powinny stanowić dla niego lekcję, aby umiał wyciągnąć wnioski i wiedział jak znaleźć odpowiedni sposób na budowanie pokoju. Jan Paweł II poprzez swoją piękną postawę pojednania się z zamachowcem, pokazał całemu światu, ja wiele można wybaczyć.

⁵³ K. Papciak, *Jan Paweł II – mąż stanu, dyplomata i orędownik pokoju*, w: <http://nowezycie.archidiecezja.wroc.pl/numery/102010/01.html> (dostęp 30.06.2014).

⁵⁴ W dniach 11–12 października 2013 roku została zorganizowana przez Uniwersytet Jagielloński w Krakowie oraz Instytut Dialogu Międzykulturowego im. Jana Pawła II w Krakowie Międzynarodowa Konferencja Naukowa pt. „Stolica Apostolska na arenie międzynarodowej w okresie pontyfikatu Jana Pawła II – 1978–2005” Konferencja miała na celu ukazanie uniwersalnego przekazu, doktryny, wartości i działań Stolicy Apostolskiej na arenie międzynarodowej w okresie pontyfikatu Papieża Polaka oraz jego wpływu na ogólną sytuację w Europie i na świecie w latach 1978–2005.

⁵⁵ http://www.swjakub.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=500:ciekawostki&catid=66:jan-paw-e-ii&Itemid=170 (dostęp 30.06.2014).

⁵⁶ E. Krzysztofik, *Wsparcie pokoju we współczesnych stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 294.

BUILDING PEACE IN THE JOHN PAUL II SPEECHES FOR THE DIPLOMATIC CORPS ACCREDITED BY THE HOLY SEE

Key words: the Pope, John Paul II, the Holy See, diplomatic corps, Vatican diplomacy, peace

Summary

Even a cursory reading of 29 speeches of John Paul II for the diplomatic corps accredited by the Holy See testifies that the Polish Pope as a condition of a true peace recognised the human rights. He constantly appealed to the leaders of countries to finish ongoing wars and armed conflicts in which the innocent people are dying. To spread a true peace there are all people called – believers and unbelievers – rulers, diplomats, citizens. The article shows the diplomatic activity of the Holy See and the great role of dialogue, which is the best way of resolving disputes- not only in family, but also between countries. Pope John Paul II in his life undertook a number of initiatives that served the good to the whole International community, therefore he was called the Pope of dialogue.

Marek Jan Wasiński

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Prawo i pięść: ochrona praw człowieka przez afrykańskie trybunały subregionalne

Słowa kluczowe: ochrona praw człowieka w Afryce, międzynarodowe trybunały regionalne, rządy prawa, Regionalne Wspólnoty Ekonomiczne w Afryce, prawo do skargi indywidualnej przeciwko państwu

1. Wprowadzenie

Międzynarodowa ochrona praw człowieka ukazywana jest zwykle, zwłaszcza w wykładach kursowych, w perspektywie funkcjonowania systemu Narodów Zjednoczonych oraz dwóch „wiodących” systemów regionalnych: europejskiego oraz amerykańskiego. System afrykański, o ile w ogóle jest dostrzegany i opisywany, jawi się jako *in statu nascendi* i na ogół ma stałe miejsce w *panopticum* prawa międzynarodowego, obok rutynowych wzmianek o tajemniczej niemożności kreacji systemu azjatyckiego. Wbrew pozorom jednak, afrykański system ochrony praw człowieka funkcjonuje i regularnie dostarcza prawnikom międzynarodowym fascynujących problemów do przemyśleń. Wiązą się one m. in. z procesem swoistej impregnacji systemu, dokonującej się dzięki aktywności afrykańskich trybunałów subregionalnych. W niniejszym artykule przedstawiono bliżej dwa wybrane przypadki, a mianowicie Trybunały *East African Community* oraz *Southern African Development Community*, ukazujące tak sposób, w jaki trybunały te – wpisane w ramy konstytuujących je stypulacji traktatowych – postrzegają swą rolę w dziedzinie ochrony praw człowieka, jak i towarzyszące im oryginalne, polityczne reperkusje.

2. Afrykańskie trybunały międzynarodowe – ogólna charakterystyka kontekstu ich funkcjonowania

2.1. Kontekst historyczny

Afrykańskie trybunały międzynarodowe funkcjonują w swoistym kontekście historycznym, kulturowym oraz ideologicznym. W związku z tym, że nie pozostaje on neutralny dla dokonujących się na jego tle procesów, rozpo-

cząć wypada od nakreślenia jego zarysu (niezwykle ogólnego, z uwagi na ramy tego opracowania).

Wskazane na wstępie, nawykowe wręcz traktowanie przestrzeni afrykańskiej jako – w najlepszym razie – żyznego ugoru, na którym dopiero tworzone są zręby efektywnego systemu ochrony praw człowieka, stanowi rezultat wielu czynników, wśród których oddalenie geograficzne oraz intelektualny europocentryzm nie odgrywają roli najpośledniejszej. Istotnym powodem takiego stanu rzeczy jest jednak również sam kierunek rozwoju afrykańskiej współpracy regionalnej, zapoczątkowany w 1963 r. przez Kartę Organizacji Jedności Afrykańskiej (OJA)¹. Dokument ten, przyjęty w szczycie procesu dekolonizacyjnego, jest bogato inkrustowany wzmiankami o suwerennej równości państw, niemieszaniu się w ich sprawy wewnętrzne, pokojowym rozwiązywaniu sporów, konieczności eliminowania resztek kolonializmu, braterstwie i solidarności etc². Inkantacjom tym towarzyszy skromny *passus* artykułu II, wyznaczającego listę celów OJA. Fragment ów wskazuje na Powszechną Deklarację Praw Człowieka oraz Kartę Narodów Zjednoczonych jako akty, które wyznaczają pożądany kierunek współpracy międzynarodowej – i jest to jedyna w całym traktacie wzmianka o prawach człowieka. Może zdumiewać i zastanawiać takie przemilczenie problematyki ochrony praw człowieka w pierwszym akcie konstytuującym płaszczyznę współpracy międzynarodowej między państwami wolnej Afryki. Należy zauważyć jednak, że każdy traktat jest pochodną złożonych warunków, w których powstał, stanowiąc jednocześnie odpowiedź na te wyzwania, które postrzegane są przez jego strony za najbardziej doniosłe w przyszłości. Tak zatem, jak Karta Narodów Zjednoczonych, wyznaczająca koniec światowego konfliktu zbrojnego, jest instrumentem do głębi antywojennym, tak Karta z Addis Abeby była „tylko” dokumentem antykolonialnym i do następstw systemu kolonialnego, w istocie swej, się odnosiła. Dodać jedynie należy, że idea regionalnego traktatu chroniącego prawa człowieka nie była całkowicie obca afrykańskiej myśli prawniczej tego pionierskiego okresu. Już w 1961 r., a zatem wówczas, gdy jeden miejscowy prawnik przypadał na ok. 120 000 mieszkańców kontynentu (co nie może dziwić, gdy zważyć, że w Afryce funkcjonowało zaledwie siedem szkół prawa), podczas konferencji prawników w Lagos poświęconej zasadzie rządów prawa, jej uczestnicy zgłosili postulat przyjęcia regionalnego traktatu chroniącego prawa człowieka³. Na jego powstanie trzeba było jednak czekać niemal dwie dekady, w czasie których doszło do masakry w Burundi w 1973 r., zbrodni Idi Amina w Ugandzie,

¹ Charter of the Organization of African Unity, 25 maja 1963 r., Addis Ababa, „United Nations Treaty Series” (UNTS) Vol. 479, poz. 6947.

² R. Murray, *Human Rights in Africa. From the OAU to the African Union*, Cambridge University Press 2004, s. 7 i n.

³ M.C. Bassiouni & Z. Motala (red.), *The Protection of Human Rights in African Criminal Proceedings*, The Hague, Kluwer 1995, s. 438; C.S. Rhyne, *Law in Africa: A Report on the Lagos Conference*, „American Bar Association Journal” 1961, Vol. 47, s. 685.

szaleństw Bokassy w Afryce Środkowej czy Nguemy w Gwinei Równikowej. Dopiero w 1981 r. przyjęto w Nairobi Afrykańską Kartę Praw Człowieka i Ludów (Karta Afrykańska)⁴. Weszła ona w życie w 1986 r., stając się wkrótce instrumentem o niemal powszechnym zasięgu regionalnym: jej stronami są wszystkie państwa afrykańskie (poza Sudanem Południowym⁵) i jednocześnie wszystkie państwa członkowskie Unii Afrykańskiej (UA)⁶, która w 2002 r. zastąpiła OJA.

Karta Afrykańska to szczególna umowa międzynarodowa, jeszcze wyraźniej niż Karta OJA osadzona w miejscowej mentalności i historii⁷. Lektura tego traktatu jest niezwykle odświeżająca intelektualnie, dobitnie przekonując, że „zachodni” (posłużmy się tym ogólnikowym, ale – wierzę – zrozumiałym zwrotem) paradygmat sposobu ochrony praw człowieka oraz samych praw człowieka jest jedynie jednym z wielu istniejących. Pomijając w tym miejscu złożony problem stanowiący kanwę dysputy o uniwersalizmie i relatywizmie praw człowieka⁸, warto jedynie zaznaczyć, że jakakolwiek odpowiedź na pytanie: „relatywizm, czy uniwersalizm?” nie pozwala kwestionować rzeczywistego istnienia zróżnicowanych regionalnie poglądów na temat pojmowania praw człowieka oraz środków ich ochrony. Już z perspektywy czysto poznawczej, zgłębianie afrykańskiej percepcji rzeczywistości – czy będzie to filozofia, czy problematyka ochrony praw człowieka – pozwala wyjść poza utarty schemat utrwalonych wzorców i formuł. Doskonałym tego przykładem jest postrzeganie czasu⁹. Czas to tylko kompozycja i wzajemny stosunek zachodzących właśnie wydarzeń, więc jeśli spędzę cały dzień siedząc pod drzewem na ziemi i patrząc w niebo (nie zaś np. przygotowując wykład, czy artykuł), to nie sposób stwierdzić, że „czas został zmarnowany”. Czas nie jest odrębnym, obiektywnie istniejącym bytem: skoro nic nie czynię, to nie tworzę porządkującego wydarzenia czasu. Nie mogę go zatem trwonić. Ten przykład – nie mający, rzecz oczywista, bezpośredniego związku z prowadzonym tu wywodem – ukazuje dobitnie intelektualną odrębność przestrzeni afrykańskiej. Podobnie Karta Afrykańska jest wręcz przesycona podobnym, swoistym podejściem do ochrony praw człowieka. Poniższe przykłady jedynie ilustrują tę tezę.

⁴ African Charter on Human and Peoples' Rights, 27 czerwca 1981 r., Banjul, „International Legal Materials” 1982, Vol. 21, s. 58.

⁵ www.au.int/en/sites/default/files/African%20Charter%20on%20Human%20and%20Peoples%20Rights.pdf (wszystkie strony internetowe podawane w przypisach: data ostatniej wizyty – 20 czerwca 2014 r.).

⁶ Constitutive Act of the African Union, 11 czerwca 2000 r., OAU Doc. CAB/LEG/23.15.

⁷ R.M. D'Sa, *Human and Peoples' Rights: Distinctive Features of the African Charter*, „Journal of African Law” 1985, Vol. 29(1), s. 72–81.

⁸ Zob. np. C. Corradetti, *Relativism and Human Rights, A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer 2009; A.D. Renteln, *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*, Quid Pro Books 2013; J. Donnelly, *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 1984, Vol. 6(4), s. 400.

⁹ J.S. Mbiti, *African Religions and Philosophy*, Hainemann 1990, s. 15–29.

2.2 Kontekst kulturowy

Afrykańscy wykładowcy praw człowieka zwykli powtarzać lokalne porzekadło: *We are, therefore I am*. A zatem jednostka funkcjonuje jedynie jako część pewnej grupy; sama, poza wspólnotą – nie znaczy wiele. Dlatego też w Karcie Afrykańskiej gwarantowane są prawa człowieka wszystkich trzech generacji, m.in. prawa grup, np. do samostanowienia, dysponowania zasobami naturalnymi oraz czystego środowiska naturalnego¹⁰.

Skoro jednostka jest zawsze postrzegana jako część pewnej grupy (rodzinnej, plemiennej czy społecznej), w której przychodzi na świat, żyje i umiera – to jej prywatność nie wymaga szczególnej, odrębnej ochrony traktatowej. Co najwyżej niektóre jej aspekty mieścić się mogą w strukturze innych wartości gwarantowanych w Karcie Afrykańskiej, np. godności ludzkiej¹¹. Co więcej: nierozzerwalne związki między jednostką a grupą prowadzą do wniosku o *wzajemnych* obowiązkach: grupy wobec jednostki i *vice versa*. Karta Afrykańska obowiązkami jednostek wyraźnie wymienia, co (teoretycznie) ułatwiać może państwu wykazanie, że *in casu* ograniczenie prawa jednostki jest zgodne z tą Kartą. W praktyce jednak, stypulacje traktatowe określające obowiązki jednostek (implikujące m.in. konieczność ważenia proporcjonalności ograniczenia prawa jednostki w kontekście interesu społecznego) prowadzą do skutków podobnych do tych, które rodzi klauzula konieczności ograniczenia prawa w społeczeństwie demokratycznym, obecna w klauzulach limitacyjnych wielu przepisów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹².

¹⁰ Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów (Komisja Afrykańska): decyzja w sprawie *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya*, 11–25 listopada 2009, nr skargi 276/03.

¹¹ Zob. np. M. Killander, *African Human Rights Law in Theory and Practice*, S. Joseph, A. McBeth (red.) *Research Handbook on International Human Rights Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2010, s. 388–413.

¹² Komisja Afrykańska: decyzja w sprawie *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, 31 października 1998 r., nr skargi 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, § 68-69: „The only legitimate reasons for limitations to the rights and freedoms of the African Charter are found in , that is, that the rights of the Charter ‘shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.’ The reasons for possible limitations must be founded in a legitimate State interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which are to be obtained”; decyzja w sprawie *Garreth Anver Prince v. republic of South Africa*, 7 grudnia 2004 r., nr skargi 255/02, § 43: „The limitation is inspired by well-established principle that all human and peoples’ rights are subject to the general rule that no one has the right to „engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms” recognised elsewhere. And the reasons for possible limitations must be founded in a legitimate state interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages, which are to be obtained. It is noted that the Respondent State’s interest to do away with the use of cannabis and its abuse/trafficking stems from the fact that, and this is also admitted by the Complainant, cannabis is an undesirable dependence-producing substance” (decyzje Komisji Afrykańskiej: <http://caselaw.ihrrda.org/acmhpr/>).

Oczywisty związek z limitacją praw mają także równie słynne, jak niefortunnie sformułowane tzw. *clawback clauses*¹³. Typowym przykładem jednej z nich jest art. 9 ust. 2 Karty Afrykańskiej, stanowiący, że *Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions within the law*. Zwrot *within the law* jest na tyle ogólny, że *prima facie* oznaczać może m. in. dopuszczalność wyznaczania granic wolności wypowiedzi podlegającej ochronie na gruncie Karty w sposób determinowany treścią przepisów prawa krajowego. Przyjmując takie rozumienie *clawback clauses* nasuwa się wniosek, że twórcy Karty Afrykańskiej wprowadzili do systemu element nieuchronnie niweczący jego praktyczne znaczenie dla ochrony praw człowieka przez poddanie go dowolnie przyjmowanym przez państwa-strony ograniczeniom. Komisja Afrykańska (jeden ze strażników systemu) odrzuciła jednak taką wykładnię podkreślając, że prawo krajowe może ograniczać prawa i wolności gwarantowane w Karcie jedynie o tyle, o ile jest to zgodne z międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka¹⁴. Zauważyć wypada, że Komisja Afrykańska była zdolna przełamać możliwą literalną wykładnię *clawback clauses* m.in. dzięki innemu charakterystycznemu elementowi Karty: odwołaniom pozasystemowym. Jej artykuły 60 oraz 61 pozwalają Komisji Afrykańskiej na to, by w procesie interpretacji dokumentu szukała inspiracji w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz traktatach konstytuujących system ochrony praw człowieka Narodów Zjednoczonych. W rezultacie Komisja Afrykańska wydając decyzje w sprawach indywidualnych i precyzując parametry ochrony praw człowieka na gruncie Karty niezwykle często i chętnie odwołuje się do praktyki innych organów międzynarodowych (np. Trybunału Strasburskiego i Trybunału w San Jose)¹⁵.

¹³ R. Gittleman, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis*, „Virginia Journal of International Law” 1982, Vol. 22(4), s. 691 i n.

¹⁴ Komisja Afrykańska, decyzja w sprawie *Article 19 v. Eritrea*, 2007 r., nr skargi 275/03, § 91-92: „Such provisions of the Charter are sometimes referred to as ‘claw-back clauses,’ because if ‘law’ is interpreted to mean any domestic law regardless of its effect, States Parties to the Charter would be able to negate the rights conferred upon individuals by the Charter. However, the Commission’s jurisprudence has interpreted the so-called claw-back clauses as constituting a reference to international law, meaning that only restrictions on rights which are consistent with the Charter and with States Parties’ international obligations should be enacted by the relevant national authorities. The lawfulness of Eritrea’s actions must therefore be considered against the Charter and other norms of international law, rather than by reference to its own domestic laws alone”.

¹⁵ Komisja Afrykańska, decyzja w sprawie *Legal Resources v. Zambia*, 7 maj 2001 r., nr skargi: 211/98, § 58: „In the task of interpretation and application of the Charter, the Commission is enjoined by and to ‘draw inspiration from international law on human and peoples’ rights’ as reflected in the instruments of the OAU and the UN as well as other international standard setting principles . The Commission is also required to take into consideration other international conventions and African practices consistent with international norms etc”.

2.3 Kontekst ideologiczny procesu rozstrzygania sporów

Afrykańskie podejście do wymiaru sprawiedliwości przepełnione jest dążeniem do osiągnięcia porozumienia między stronami sporu oraz unikania rozstrzygnięć, które mogą uczestników postępowania jednoznacznie pozycjonować jako zwycięzcę i przegranego¹⁶. Wystarczy tu przypomnieć słynny rwandyjski instrument sprawiedliwości tranzytywnej: *gacaca courts*, tzw. sądy siedzących na trawie¹⁷. Organizowano je w ostatnich latach, w oparciu o tradycyjne rady wioskowe, przede wszystkim po to, by tysiącom osób uwikłanych w zbrodnię ludobójstwa roku 1994 dać możliwość wyjawienia swych win i uzyskania przebaczenia ze strony ofiar oraz ich rodzin. Ta koncyliacyjna formuła okresu przejściowego w Rwandzie (praktyka szokująca „zachodnich” obserwatorów, oczekujących pryncypialnego ukarania uczestników tej szczególnie odrażającej zbrodni) doskonale ilustruje wspomniany już wyżej, grupowy wymiar egzystencji jednostki oraz sposobu realizowania przez nią swych praw. Interes wspólnot (w tym przypadku co najmniej dwóch: państwowej i wioskowej), które należy scementować przez pojednanie jej członków w okresie tranzytywnym, przeważa nad indywidualnym dążeniem do odpłaty za krzywdy.

Częściowo refleksem powyższego jest brak w oryginalnym tekście Karty Afrykańskiej postanowień instytucjonalnych, dających podstawę do utworzenia trybunału międzynarodowego, który – jako strażnik systemu – wydawałby wiążące wyroki dotyczące wykonywania przez państwa-strony spoczywających na nich obowiązków traktatowych. Twórcy Karty powołali jedynie do życia Komisję Afrykańską – organ niesądowy i pozbawiony kompetencji do wydawania prawnie wiążących rozstrzygnięć. Dopiero Protokół do Karty z 1998 r. pozwolił na utworzenie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów z siedzibą w Aruszy (Trybunał Afrykański)¹⁸. Trybunał jest instytu-

¹⁶ M. Evans, T. Ige, R. Murray, *The Reporting Mechanism of the African Charter on Human and Peoples' Rights*, M. Evans, R. Murray (red.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System of Practice 1986–2000*, Cambridge University Press 2002, s. 36.

¹⁷ P. Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda Justice without Lawyers*, Cambridge University Press 2010.

¹⁸ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights, 9 czerwca 1998 r., OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III). Gdy chodzi o afrykańskie trybunały regionalne, problematyka instytucjonalna wymaga dokładniejszego wyjaśnienia: Trybunał Afrykański, którego jurysdykcja ogranicza się do ochrony praw człowieka, nie jest jedynym organem sądowniczym UA. 11 lutego 2009 r. wszedł w życie Protokół o Trybunale Sprawiedliwości Unii Afrykańskiej (Protocol of the Court of Justice of the African Union, <http://www.au.int/en/content/protocol-court-justice-african-union>), którego stronami jest 16 spośród 54 państw członkowskich organizacji. Wkrótce potem Protokół o statucie Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości i Praw Człowieka (ATSPCz, Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, OAU Doc.CAB/LEG/67/3 Rev. 5) z 1 lipca 2008 r. dokonał instytucjonalnej fuzji dwóch wymienionych wyżej trybunałów. W związku z tym,

cją działająca, ale uznaną przez jedynie połowę członów UA, związanych Protokołem do Karty z 1998 r.¹⁹ Dodatkowo osłabia jego znaczenie fakt, że może rozpatrywać jedynie te skargi indywidualne, które zostały mu przekazane przez Komisję Afrykańską, chyba że dane państwo-strona złożyło deklarację o uznaniu właściwości Trybunału do orzekania w sprawach bezpośrednio doń kierowanych. Takie deklaracje złożyło jednak zaledwie 7 państw²⁰. Na marginesie wspomnieć należy, że ograniczenia w zakresie kompetencji *ratione personae* są zrekompensowane niezwykle szczodrym wyposażeniem Trybunału Afrykańskiego w zakresie jurysdykcji przedmiotowej. Trybunał może bowiem orzekać o naruszeniu jakiegokolwiek traktatu, dotyczącego praw człowieka, którego stroną jest państwo, przeciwko któremu skargę złożono²¹.

Biorąc pod uwagę ten szczególny, afrykański brak zaufania do sądowych metod rozstrzygania sporów, zdziwienie budzić może ekspansja na kontynencie międzynarodowych trybunałów subregionalnych. Z drugiej zaś strony, zrozumiała staje się alergiczna reakcja nań, widoczna w praktyce niektórych organizacji regionalnych.

3. Afrykańskie subregionalne trybunały międzynarodowe – analiza wybranych przypadków

3.1 Uwagi wstępne

Powstanie tych trybunałów ma swoje źródło w procesach integracyjnych postępujących w Afryce od lat 80' XX w i materializujących się w ramach tzw. REC's – *Regional Economic Communities*²². Prawo pierwotne sześciu REC's przewiduje utworzenie trybunałów regionalnych, jako wspólnotowych organów wymiaru sprawiedliwości, właściwych do orzekania w sporach między państwowych dotyczących wykładni traktatów tworzących wspólnoty. O ile dwa z nich (jeszcze) nie powstały (sądy *Economic Community of Central*

że ten ostatni traktat nie wszedł wciąż w życie (potrzeba do tego jeszcze 10 ratyfikacji) ATSPCz nie rozpoczął swej działalności. W 2012 roku przyjęto jednak projekt kolejnego Protokołu zmieniającego protokół o statucie ATSPCz (Draft Protocol on amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, <http://africanlaw.files.wordpress.com/2012/05/au-final-court-protocol-as-adopted-by-the-ministers-17-may.pdf>) przewidujący utworzenie izby karnej ATSPCz, zob. np. A. Abass, *The Proposed International Criminal Jurisdiction for the African Court: Some Problematical Aspects*, „Netherlands International Law Review” 2013, Vol. 60(1) 2013, p. 27.

¹⁹ http://www.au.int/en/sites/default/files/achpr_1.pdf

²⁰ Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Rwanda, Wybrzeże Kości Słoniowej.

²¹ Art. 3 i art. 7 Protokołu do Karty z 1998 r.

²² Zob. np. Clement Ng'ong'ola, *Regional integration and trade liberalization in the Southern African development community*, „Journal of International Economic Law” 2000, Vol. 3(3), s. 485.

African States oraz *Union du Maghreb Arabe*), działają już cztery inne trybunały subregionalne ustanowione dla: *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA), *East African Community* (EAC), *Economic Community of West African States* (ECOWAS) oraz *Southern African Development Community* (SADC).

W związku ze *stricte* politycznym i ekonomicznym wymiarem integracji, w traktatach tworzących REC's można odnaleźć tylko ogólnikowe (zdawkowe wręcz) odwołania do praw człowieka oraz zasady rządów prawa, zwykle zlokalizowane w zestawieniach „zasad” oraz „celów” danej organizacji²³. Naturalną kolejną rzeczą zatem trybunały regionalne nie zostały zaprojektowane jako instytucje ochrony praw człowieka. Jedynym wyjątkiem jest Trybunał ECOWAS, któremu wyraźnie przyznano kompetencję do orzekania w przedmiocie skarg jednostek podnoszących zarzut naruszenia przez państwo praw człowieka²⁴. O istnieniu realnego zapotrzebowania na tego rodzaju instrument prawny świadczy fakt, że ok. 80% spraw rozpatrywanych przez Trybunał w Abudży stanowią skargi indywidualne dotyczące naruszeń praw człowieka. Trybunał w Abudży jest zresztą jednym z najbardziej „medialnych” afrykańskich trybunałów subregionalnych a jego rozstrzygnięcia wywołują reakcje i komentarze daleko wykraczające poza Afrykę Północno-Zachodnią. Szczególnie duże zainteresowanie wywołał swoisty duet orzecznicy, w którym sąd ten, wraz z Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości²⁵, odnosił się do różnych aspektów sytuacji Hissčne Habré. Były prezydent Czadu, ukrywający się od lat w Senegal, oskarżany jest o organizowanie aktów tortur i czystek etnicznych, w których zginąć miało ok. 400.000 osób²⁶. Trybunał w Abudży orzekł w jego sprawie dwukrotnie. W 2010 roku stwierdził, że Habré nie mógł być sądzony przed sądami senegalskimi, gdyż zbrodnie mu zarzucane: ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości oraz tortury nie stanowiły przestępstw w rozumieniu senegalskiego kodeksu karnego

²³ Np. The Revised Treaty of ECOWAS, Cotonou, 24 lipca 1993 r., w art. 4(g) stanowi, że: „[The High Contracting Parties adheres to the principle on] recognition promotion and protection of human and peoples' rights in accordance with the provisions of African Charter [...]” (<http://www.comm.ecowas.int/sec/index.php?id=treaty&lang=en>). Zgodnie z art 6(e) The Treaty Establishing COMESA, Kampala, 5 listopada 1993 r.: „[Members States adhere to the following principles]: recognition, promotion and protection of human and peoples' rights in accordance with the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights [...]” (http://www.comesa.int/attachments/article/28/COMESA_Treaty.pdf).

²⁴ Art. 3.4 Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 amending the Preamble and Articles 1, 2, 9 and 30 of Protocol A/P.1/7/91 Relating to the Community Court of Justice and Article 4 paragraph 1 of the English version of the said Protocol, Accra, 19 January 2005: „The Court has jurisdiction to determine case of violation of human rights that occur in any Member State”.

²⁵ Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, wyrok w sprawie *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 20 lipca 2012, I.C.J. Reports 2012, s. 422.

²⁶ Mario J. Azavedo, *Roots of Violence. A History of War in Chad*, Routledge London and New York, s. 86 i n.

w brzmieniu obowiązującym w czasie ich rzekomego popełnienia. Senegal powinien zaś wykonać obowiązek wynikający z zasady *aut dedere aut punire* i albo dokonać ekstradycji byłego prezydenta albo postawić go przed odpowiednio ukonstytuowanym sądem hybrydowym²⁷. W związku ze zmaterializowaniem się tej drugiej możliwości, w roku 2013 Habré domagał się stwierdzenia przez Trybunał w Abudży, że senegalskie *Extraordinary African Chambers* zostały ustanowione nielegalnie. Trybunał uchylił się jednak od orzekania w sprawie co do meritum wskazując, że skoro sąd hybrydowy został utworzony na podstawie umowy między UA a Senegalem, to sąd subregionalny, badając legalność ustanowienia i działania *Extraordinary African Chambers*, w sposób nieuprawniony wkraczałby w kompetencje UA²⁸. Na marginesie tej decyzji (euforycznie wręcz przyjętej przez wielu komentatorów²⁹) zauważyć można, że Trybunał Strasburski w podobnym przypadku zachowałby się prawdopodobnie mniej kurtuazyjnie³⁰.

Znaczenie Trybunału ECOWAS dla procesu impregnacji afrykańskiego systemu ochrony praw człowieka jest nie do przecenienia i zasługuje na dokładniejszą analizę, choćby z uwagi na konieczność zbadania wzajemnych zależności między nim a Komisją Afrykańską i Trybunałem Afrykańskim³¹. Dalsza część niniejszego artykułu będzie jednak poświęcona dwóm innym trybunałom subregionalnym, którym prawo pierwotne macierzystych organizacji nie przyznało *expressis verbis* kompetencji do orzekania w sprawach związanych z ochroną praw człowieka: Trybunałowi EAC (EACC) oraz Trybunałowi SADC (SADCC).

²⁷ Trybunał ECOWAS, wyrok w sprawie *Hissein Habre v. Republic of Senegal*, 18 listopada 2010 r., NO: ECW/CCJ/JUD/06/10, http://jurisafrika.org/html/pdf_ecowa.pdf.

²⁸ Trybunał ECOWAS, wyrok w sprawie *Hissein Habre v. Republic of Senegal*, 5 listopada 2013 r., ECW/CCJ/RUL/05/13, <http://www.courtecowas.org/>.

²⁹ Human Rights Watch, . *ECOWAS Court Rejects Chad Ex-Dictator's Bid to Halt Proceedings*, <http://www.hrw.org/news/2013/11/05/senegal-case-against-habre-set-continue-0>.

³⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka, Wielka Izba, wyrok w sprawie *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim "irketi v. Ireland*, 30 czerwca 2005 r., No. 45036/98, § 154. Zobacz także: Tobias Lock, *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2010, Vol. 10 (3), s. 529.

³¹ Solomon T. Ebobrah, *Litigating Human Rights Before Sub-Regional Courts in Africa: Prospects and Challenges*, „African Journal of International and Comparative Law” 2009, Vol. 17, s. 79; Solomon T. Ebobrah, *Critical Issues in the Human Rights Mandate of the ECOWAS Court of Justice*, „Journal of African Law” 2010, Vol. 54 (1), s. 1; Solomon T. Ebobrah, *Towards a Positive Application of Complementarity in the African Human Rights System: Issues of Functions and Relations*, „The European Journal of International Law” 2011, Vol. 22(3), s. 663.

3.2 Trybunał EAC

EACC, z siedzibą w tanzańskiej Aruszy, działa na podstawie tworzącego Wspólnotę Traktatu z Aruszy z 1999 roku (EACT)³². Nawet bardzo pobieżna lektura tego dokumentu przekonuje, że jest to umowa tworząca, przede wszystkim, płaszczyznę współpracy politycznej i ekonomicznej między państwami regionu. Nie nakłada na państwa-strony szczegółowych zobowiązań dotyczących przestrzegania praw człowieka, a jedynie w art. 6 – traktującym o podstawowych zasadach, jakimi kierują się państwa-strony dążąc do osiągnięcia postawionych przed wspólnotą celów – wskazuje na „bliskość zasadom demokracji, rządy prawa [...] promowanie i ochronę praw człowieka i ludów zgodnie z postanowieniami Karty Afrykańskiej”. Art. 7 EACT, wymieniając zasady operacyjne Wspólnoty, również ogólnikowo postanawia, że na państwach-stronach spoczywa obowiązek „utrzymywania ogólnie akceptowanego standardu ochrony praw człowieka”. Zakres kompetencji przedmiotowej samego EACC określony został w art. 27 EACT, stanowiącym m.in., że Trybunał będzie początkowo orzekał jedynie w sprawach dotyczących interpretacji oraz wykonywania umowy (ust. 1). Dopiero w przyszłości ma zostać przyjęty protokół rozszerzający jurysdykcję organu sądowiczego na inne sprawy, m. in. dotyczące praw człowieka (ust. 2). Zgodnie z art. 30 EACT, *locus standi* przed EACC przysługuje osobom fizycznym, które – o ile zamieszkują na terytorium jednego z państw-stron – mogą zwrócić się do Trybunału o stwierdzenie niezgodności aktu państwa-strony albo organu Wspólnoty z postanowieniami EACT.

Przedstawiony zarys regulacji instytucjonalnych nie pozwala na to, by traktować system prawny EAC (w jego obecnej postaci), jako platformę skutecznej ochrony praw człowieka. Przemawia przeciw temu zarówno brak odpowiednich postanowień materialnych, precyzyjnie określających pożądany wzorzec postępowania, jak i symptomatyczne odsunięcie w nieokreśloną przyszłość momentu ekspansji kompetencji organu sądowiczego i objęcia przezeń *human rights jurisdiction*. Sam EACC jawi się, w tej perspektywie, jako sąd międzynarodowy skoncentrowany na orzekaniu w mało interesujących szerszą opinię publiczną międzypaństwowych sporach gospodarczych oraz w sporach pracowniczych między personelem organizacji międzynarodowej a jej organami.

Okazja do pogłębionej autorefleksji nad zakresem aktualnie przysługującej jurysdykcji *ratione materiae* EACC pojawiła się jednak wraz z wniesieniem doń przez Jamesa Katabazi skargi indywidualnej przeciwko Ugandzie³³. Stan faktyczny w sprawie nie był szczególnie zawiły. Katabazi został

³² The Amended Treaty for the Establishment of EAC, Arusha, 30 listopada 1999 r., <http://www.eac.int/treaty/>.

³³ EACC, *Katabazi & Others v. Secretary-General of the East African Community & Another*, wyrok z dnia 1 listopada 2007, „African Human Rights Law Reports” 2007, s. 119.

w 2004 roku tymczasowo aresztowany w związku z oskarżeniami o zdradę stanu. Zwolniony za kaucją przez sąd krajowy, został natychmiast (tzn. tuż po opuszczeniu budynku sądu – sic!) ponownie pozbawiony wolności przez żołnierzy armii ugandyjskiej, wykonujących polecenia rządu. W skardze do EACC Katabazi domagał się stwierdzenia, że Uganda naruszyła art. 6 oraz art. 7 EACT. W odpowiedzi na skargę państwo podniosło, co dosyć oczywiste, zarzut braku kompetencji *ratione materiae* EACC do rozpatrywania spraw związanych z zarzutem naruszenia praw człowieka. Podkreślono zwłaszcza, że państwa członkowskie EAC wciąż nie przyjęły przewidzianego w art. 27 ust. 2 EACT protokołu, który ustanawiałby granice kompetencji Trybunału w zakresie rozstrzygania skarg dotyczących naruszeń praw człowieka.

EACC w rozstrzygnięciu przyznał, w lapidarnym passusie, że dopóty, dopóki nie przyjęto protokołu dodatkowego, rozszerzającego jego kompetencje, nie przysługuje mu jurysdykcja do orzekania w sprawach dotyczących naruszeń praw człowieka *per se* (*disputes concerning violation of human rights*). Podkreślił wszakże, że na wykonywanie wyraźnie przyznanego mu władztwa do orzekania w przedmiocie przestrzegania EACT przez państwa-strony nie ma żadnego wpływu okoliczność, iż w konkretnym przypadku pogwałcenie jednego z postanowień traktatu może być związane z naruszeniem praw człowieka. Przyznając dalej, że art. 6 oraz art. 7 EACT są nośnikami zobowiązań spoczywających na państwach-stronach, EACC rozpoznał sprawę co do meritum i stwierdził m.in., że interwencja władz ugandyjskich uniemożliwiająca wykonanie ważnego rozstrzygnięcia sądu krajowego, naruszała zasadę rządów prawa, obowiązek respektowania której wynika z art. 7 ust. 2 EACT³⁴.

Wyrok w sprawie *Katabazi przeciwko Ugandzie* stanowił pożywkę dla krytyki akcentującej nadmierny aktywizm sędziowski³⁵, wyrażający się w uzurpowaniu uprawnień nieprzewidzianych przez EACT. Wbrew niej jednak zainicjował także proces przyjmowania i rozpoznawania przez EACC skarg indywidualnych, których autorzy wiązali naruszenie traktatu z ograniczeniami praw jednostek wyraźnie w EACT niewymienionych. Np. w sprawie *Samuel Mukira Mohochi przeciwko Ugandzie*³⁶ skarżący, obywatel Kenii,

³⁴ Nadając materialną zawartość zasadzie rządów prawa EACC orzekł inaczej, niż uczynił to sześć lat później Trybunał Afrykański w swym pierwszym wyroku merytorycznym. Wskazano w nim, że zasada rządów prawa – zresztą niewspominana w Karcie Afrykańskiej – ma tak ogólny charakter, że nie sposób oprzeć na niej konkretnego zarzutu w postępowaniu przed Trybunałem, wyrok w sprawie *Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre & Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, 14 czerwca 2013 r., § 121, <http://www.african-court.org/en/images/documents/case/Judgment%20-%20Rev%20Christopher%20Mtikila%20v.%20Tanzania.pdf>.

³⁵ Lucylina Nkatha Murungi & Jacqui Gallinetti, *The Role of Sub-Regional Courts in the African Human Rights System*, „International Journal of Human Rights” 2010, Vol. 7, s. 133.

³⁶ EACC, wyrok w sprawie *Samuel Mukira Mohochi v. The Attorney General of the Republic of Uganda*, 17 maja 2013, <http://caselaw.ihrrda.org/eacj/>.

twierdził, że arbitralne wydalenie go z terytorium Ugandy przez lokalne służby imigracyjne było niezgodne z szeregiem postanowień Karty Afrykańskiej, a zatem umowy, do której art. 6(d) EACT odsyła, jako do wzorca rządów prawa oraz praw człowieka i ludów. Skarżący podnosił, że Uganda naruszyła m. in. zakaz dyskryminacji, prawo do rzetelnego postępowania, prawo do informacji oraz prawo do swobodnego poruszania się. EACC w wyroku przyznał rację skarżącemu, wychodząc od oczywistej konstatacji, że traktat tworzący Wspólnotę nie chroni praw człowieka, ale stanowi instrument prawny służący pogłębieniu integracji politycznej, ekonomicznej, społecznej, kulturalnej i naukowej. Trybunał podkreślił przy tym, że żadne z postanowień tej umowy nie może być określone jako *human rights provision*: takiego charakteru nie mają w szczególności art. 6 oraz art. 7.2 EACT, zobowiązujące strony m.in. do utrzymywania „ogólnie akceptowanego standardu ochrony praw człowieka”. EACC zauważył jednak, że oba przepisy są nieodłącznymi postanowieniami umowy międzynarodowej, której pogwałcenie przez państwo może być podstawą skargi wniesionej przeciw niemu przez jednostkę w trybie art. 30 EACT. Zważywszy, że art. 6 oraz art. 7 EACT wskazują jedynie ogólny kierunek ochrony, nie precyzując wyraźnie jej parametrów, dla ich zidentyfikowania należy odwołać się do konkretnych, poszczególnych postanowień Karty Afrykańskiej, pozwalających wypełnić treścią ramowe postanowienia EACT. W tym stanie rzeczy sędziowie stwierdzili m. in., że wydalenie skarżącego z terytorium Ugandy bez zagwarantowania mu *the due process of law* było niezgodne z art. 7 ust. 2 EACT³⁷.

3.3 Trybunał SADC

Jakkolwiek ekspansywne stanowisko EACC może budzić, jak już wspomniano, zastrzeżenia, to jednak nie spotkało się ono z bardziej zdecydowanym oporem ani ze strony politycznych organów EAC, ani poszczególnych państw członkowskich. Całkowicie odmiennie zatem, niż w przypadku sądu innej organizacji regionalnej – SADC.

Podstawą prawną funkcjonowania SADCC jest Protokół o SADCC z 2000 roku³⁸, przyznający mu m. in. jurysdykcję do orzekania w sporach

³⁷ W powołanych rozstrzygnięciach wyraźnie pobrzmiewają echa orzecznictwa luksemburskiego, w których wskazywano, że jakkolwiek Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie orzeka na podstawie Konwencji Europejskiej o Ochronie Praw Człowieka, to jednak wywodzi z niej zasadę prawa wspólnotowego: wyrok w sprawie *Stauder v. City of Ulm, Sozialamt*, 12 listopada 1969 r., „European Court Reports” (ECR) 1969 r., s. 419; wyrok w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft przeciwko EVGF*, 17 grudnia 1970 r., ECR 1970, s. 1125; *Nold, Kohlen und Baustoffsgroßhandlung przeciwko Commission of the European Communities*, 14 maja 1974 r., ECR 1974, s. 491. Warto w tym kontekście zauważyć, że choć EACC relatywnie często odwołuje się do dziedzictwa judykatury europejskiej, to jednak w rozpatrywanym przypadku tego nie uczynił.

³⁸ Protocol on Tribunal in the Southern African Development Community (Protocol), Windhoek, 7 sierpnia 2000 r., <http://www.sadc-tribunal.org/?instruments=tribunal-and-rules-of-procedure>

między osobami fizycznymi i prawnymi a państwami członkowskimi, dotyczącymi interpretacji i stosowania Traktatu ustanawiającego Wspólnotę z 1992 roku (SADCT)³⁹. Podobnie, jak EACT, SADCT – określając zasady, jakimi kieruje się organizacja – wskazał ogólnikowo na „prawa człowieka, demokrację oraz rządy prawa” (art. 4(c) SADCT).

Pierwszy wyrok SADCC dotyczył dosyć banalnego sporu pracowniczego między funkcjonariuszem SADC a jednym z organów Wspólnoty i potwierdził oczywistą, *stricte* administracyjną kompetencję organu⁴⁰. Już druga jednak sprawa, dotycząca reformy rolnej w Zimbabwie, wypchnęła Trybunał na wzburzone i – jak się wkrótce okazało – zdradliwe wody polityki międzynarodowej⁴¹. Skargę przeciwko Zimbabwie złożył Mike Campbell, weteran armii południowoafrykańskiej i właściciel doskonale prosperującej farmy Mount Carmel. Posiadłość została mu odebrana przez władze na podstawie kontrowersyjnej 17 poprawki do Konstytucji Zimbabwe⁴². Przepis ten upoważniał ministrów rządu Zimbabwe do wywłaszczenia nieruchomości na dowolny cel, ze skutkiem natychmiastowym, bez odszkodowania oraz bez możliwości zażalenia decyzji do sądu.

W skardze do SADCC Campbell oraz 78 innych osób fizycznych i prawnych podnosiło zarzut naruszenia przez Zimbabwe zakazu dyskryminacji (ofiarami 17 poprawki padali głównie biali farmerzy) oraz prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości. W odpowiedzi rząd Zimbabwe powielił stanowisko wyrażone przez Ugandę w sprawie *Katabazi* rozpatrywanej przez EACC zaledwie rok wcześniej: SADCT nie jest traktatem przyjętym w celu ochrony praw człowieka. Nie tylko sam nie ustanawia żadnych standardów ich ochrony, ale nie odsyła nawet do Karty Afrykańskiej, czy innych umów międzynarodowych. W tym stanie rzeczy kreowanie *ad hoc* przez SADCC takiego standardu stanowiłoby traktatowo nieuprawnioną działalność prawodawczą i oznaczałoby narzucanie państwu zobowiązań, na które się nie zgodziły. Akceptacja takiego poglądu prowadziłaby jednak do wniosku, że wręcz rytualne powtarzanie w statutach afrykańskich organizacji regionalnych litanii praw człowieka, demokracji i rządów prawa nie miało dla twórców traktatu

³⁹ Treaty of the Southern African Development Community, Windhoek, 17 sierpnia 1992 r., <http://www.sadc.int/documents-publications/show/865>.

⁴⁰ SADCC, wyrok w sprawie *Ernest Francis Mtingwi v. SADC Secretariat*, 27 maja 2008 r., SADC (T) 01/20007 (wyroki SADCC dostępne na stronie: http://www.sadc-tribunal.org/?page_id=1872).

⁴¹ Zob. np. William H. Shaw, *‘They Stole Our Land’: debating the expropriation of white farms in Zimbabwe*, „Journal of Modern African Studies” 2003, Vol. 41(1), s. 75-89; Bill H. Kinsey, *Land Reform, Growth and Equity: Emerging Evidence from Zimbabwe’s Resettlement Programme*, „Journal of Southern African Studies” 1999, Vol. 25(2), s. 173-196; Frederic Cowell, *The Death of the Southern African Development Community Tribunal’s Human Rights Jurisdiction*, „Human Rights Law Review” 2013, Vol. 13(1), s. 153-165; Erika de Wet, *The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa*, „ICSID Review” 2013, Vol. 28(1), s. 45-63.

⁴² <http://www.parlzim.gov.zw/CMS/UsefulResources/ZimbabweConstitution.pdf>

żadnego większego znaczenia. Oznaczałoby, że te regulacje traktatowe stanowiły jedynie swoistą mantrę, nadającą traktatowi pożądany liberalny „sznyt”, ale pozbawione były waloru *justiciability*: nie tworzyły praw i obowiązków, o których mógłby orzekać trybunał międzynarodowy. SADCC nie zgodził się ze stanowiskiem Zimbabwe⁴³. Jakkolwiek przyznał, że SADCT nie tworzy precyzyjnie zdefiniowanego standardu ochrony praw człowieka, o których wspomina art. 4, to jednak art. 21 Protokołu o SADCC nakazuje Trybunałowi stosować SADCT oraz rozwijać własną jurysprudencję przez odniesienie do traktatów, ogólnych zasad prawa międzynarodowego oraz zasad prawa państw członkowskich SADC. W związku z tym SADCC zrekonstruował wiążący państwa członkowskie SADC standard prawa do sądu oraz zakazu dyskryminacji rasowej odwołując się m. in. do orzecznictwa regionalnych trybunałów praw człowieka i krajowych trybunałów konstytucyjnych, do praktyki Komisji Afrykańskiej oraz do umów międzynarodowych (m. in. Karty Afrykańskiej i Konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej). Wskazując następnie, że polityka rolna Zimbabwe prowadzona w oparciu o 17 poprawkę była niezgodna z tymi standardami, SADCC orzekł o obowiązku odszkodowawczym państwa oraz nakazał mu powstrzymanie się od kontynuowania akcji wyłączeniowej.

W związku z niepodjęciem przez władze Zimbabwe jakichkolwiek kroków w celu wykonania orzeczenia (Robert Mugabe określił wyrok mianem „nierodzącego skutków prawnych nonsensu”)⁴⁴, SADCC zwrócił się do Szczytu Głów Państw – organu politycznego SADC – wnosząc o zastosowanie przeciwko Zimbabwe odpowiednich środków dyscyplinujących. Szczyt zajął się sprawą pośród znamienitych wypowiedzi przedstawicieli państw, jednoznacznie wskazujących na rozminięcie się oczekiwań członków SADC oraz poglądów sędziów SADCC na temat roli, jaką miałyby odgrywać Trybunał w strukturze organizacji. Jakaya Kikwete – prezydent Tanzanii – nie wahał się nazwać Trybunału „potworem, który pochłonie nas wszystkich”⁴⁵. Wtórowała mu minister sprawiedliwości Namibii Pendukeni Iivula-Ithana, podkreślając, że SADCC powinien zostać „dopasowany do interesów państw”⁴⁶. Szczyt nie podjął żadnych kroków przeciwko Zimbabwe, kierując ostrze politycznej represji przeciwko samemu SADCC⁴⁷: wprowadzono moratorium na rozpo-

⁴³ SADCC, wyrok w sprawie *Mike Campbell (Pvt) Ltd. And Others v. The Republic of Zimbabwe*, 28 listopada 2008 r., SADC (T) 02/2007.

⁴⁴ SADCC, wyrok w sprawie *William Michael Campbell and Richard Thomas Etheredge v. The Republic of Zimbabwe*, 5 czerwca 2009 r., SADC (T) 3/2009.

⁴⁵ <http://www.economist.com/blogs/baobab/2012/08/sadc-summit>.

⁴⁶ <http://allafrica.com/stories/201107280042.html>.

⁴⁷ Communiqué of the 30th Jubilee Summit of SADC Heads of State and Government, 20 sierpnia 2010 r., <http://www.thepresidency.gov.za/pebble.asp?relid=139&t=79>.

⁷ Final Communiqué of the 32nd Summit of SADC Heads of State and Government, 18 August 2012 r., http://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Generic-Documents/Communique_32nd_Summit_of_Heads_of_States.pdf.

znawanie przezeń nowych spraw oraz podjęto decyzję o niepowoływaniu nowych sędziów, co – wobec wygaśnięcia kadencji pozostałych – definitywnie uniemożliwiło Trybunałowi orzekanie⁴⁸.

4. Uwagi końcowe

Śmierć Mike Campbella w wyniku pobicia przez nieznaną sprawców oraz sparaliżowanie prac SADCC (jego opustoszała siedziba w Windhoek znajduje się *nomen omen* przy Robert Mugabe Avenue) nie oznaczała definitywnego zakończenia sprawy. Członkowie rodziny Campbella skierowali zawiadomienie do Komisji Afrykańskiej twierdząc, że państwa członkowskie SADC, paraliżując prace SADCC, naruszyły szereg postanowień Karty Afrykańskiej (statuujących m.in. zasadę niezawisłości władzy sądowniczej)⁴⁹. Postępowanie niejawnie przed Komisją Afrykańską wywoływało szereg pytań: Czy akt organu politycznego SADC może być przypisany państwu członkowskim? Czy autorzy zawiadomienia znajdowali się pod jurysdykcją państw członkowskich SADC w chwili rzekomego naruszenia ich praw? Czy jednomyślna decyzja Szczytu SADC o zamrożeniu prac Trybunału stanowiła rzeczywiście rażące pogwałcenie zobowiązań międzynarodowych, czy też stanowiła zgodną z prawem międzynarodowym zmianę traktatu w wyniku praktyki stron podczas stosowania tego traktatu⁵⁰?

Postępowanie przed Komisją Afrykańską zostało zakończone decyzją z 30 kwietnia 2014 r.⁵¹ Jakkolwiek organ rozstrzygający nie miał większych wątpliwości co do tego, że na dwa pierwsze z postawionych wyżej pytań należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, to jednak (po szokująco wręcz zwięzłym odniesieniu się do problemu) nie dopatrzył się ani naruszenia prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości⁵², ani gwarancji niezawisłości sądów⁵³.

⁴⁸ Admark Moyo, *Defending human rights and the rule of law by the SADC Tribunal: Campbell and beyond*, „African Human Rights Law Journal” 2009, Vol. 9(2), s. 590.

⁴⁹ Communication nr 409/12, Letter of Communication of 16 November 2012, Ref. ACHPR/COMM/409/12/0.5/1115/12.

⁵⁰ Marek Jan Wasiński, *The Campbell Case: A New Chapter of the Saga*, „Slovak Yearbook of International Law” 2014, Vol. IV, s. 61–84.

⁵¹ Komisja Afrykańska, decyzja w sprawie *Luke Munyandu Tembani and Benjamin John Freeth (represented by Norman Tjombe) v. Angola and Thirteen Others*, nr skargi: 409/12.

⁵² *Ibidem*, §135-142.

⁵³ *Ibidem*, § 143-145.

**THE LAW AND THE FIST – PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS IN THE PRACTICE
OF AFRICAN SUB-REGIONAL TRIBUNALS**

Key words: protection of human rights in Africa, international regional tribunals, rule of law, Regional Economic Communities in Africa, right to individual petition against state

Summary

The article refers to an increased judicial activity of African sub-regional tribunals – courts of REC's (Regional Economic Communities). An increasing case-load upon adjudication is coupled with their efforts to define the scope of *ratione materiae* competence. While acting within the limits of institutional provisions – reflecting political and economic aspects of regional integration – tribunals decide to deal with individual applications for relief for alleged violations of human rights by states. The article presents selected examples of this practice placing them within the broader context of the protection of human rights in Africa.

Mieczysław Różański

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Prawo do życia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku

Słowa kluczowe: prawo do życia, konstytucja, ochrona, śmierć

1. Uwagi wstępne

Prawo do życia jest najważniejszym prawem każdego człowieka. Respektowanie i ochrona tego prawa jest warunkiem koniecznym do korzystania i realizacji z innych praw przynależnych człowiekowi. Jest ono także najistotniejszym zagadnieniem społecznym i kulturowym, a poziom jego ochrony jest miarą demokratyzacji państwa¹. Jak zauważono, sam podmiot czyli samo życie jest zjawiskiem interdyscyplinarnym, podlegającym takim naukom jak: filozofia, biologia, socjologia, psychologia i oczywiście prawo. Odnosnie do interesującego nas problemu, nasze zainteresowanie skierujemy na prawo konstytucyjne, które zawiera w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. odpowiedni zespół norm.

Prawo do ochrony życia należy także postrzegać w kontekście wyzwań, jakie niesie dynamiczny rozwój nauk biomedycznych. Ich postęp spowodował pojawienie się w końcu XX wieku nowych problemów etycznych, a w konsekwencji także prawnych, które wymagać będą nowego zdefiniowania pojęć, w tym także pojęcia prawa do życia. Stąd wynika kilka konsekwencji, a przede wszystkim przypisywanie coraz większego znaczenia normom prawnym gwarantującym ochronę życia. Mają one zastosowanie już nie tylko do samej ochrony życia, lecz także do prób uzasadnienia stanowisk przeciwnych np. prawa do śmierci. Po drugie, zmienia się treść przypisywana tym normom, które można określić jako teoretyczny i faktyczny zakres ochrony. Wydaje się, że obecnie największy wpływ na zmiany w obszarze tych zagadnień ma nie sama nauka prawa lecz biotechnologia, która dzięki postępowi medycznemu powoduje odkrywanie nowych stanów faktycznych, które wymagają uregulowania prawnego².

¹ B. Przybyszewska-Szter, *Wolności i prawa osobiste*, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2008, s. 99.

² A. Preisner, *Zamiast zakończenia. Rozwój technologiczny a przyszłość praw jednostki*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 881–925.

Już dziś nowej analizy prawnej wymaga coraz więcej zagadnień z dziedziny bioetycznej, takich jak status prawny embrionów używanych do eksperymentów medycznych, status prawny organizmów żywych powstałych w wyniku klonowania, dysponowanie organami ludzkimi po śmierci dawcy czy kwestie dotyczące eutanazji. To tylko niektóre z zagadnień prawnych, przed którymi staje dziś ustawodawca.

2. Prawo do życia w normach Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

Pierwsze regulacje odnoszące się do prawnej ochrony życia człowieka w XX-wiecznej Polsce zawarte zostały w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 r.³, która w art. 95 zd. 1 stanowiła, że „Rzeczypospolita Polska zapewnia na swoim obszarze zupełną ochronę życia, wolności i mienia wszystkim bez różnicy pochodzenia, narodowości, języka, rasy lub religii” Niestety, kolejna Konstytucja z dnia 23 kwietnia 1935 r. nie sformułowała już w tak stanowczy sposób prawa do życia, określając tylko w art. 68 ust. 2, że zapewnia człowiekowi nietykalność osobistą⁴. Także Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r.⁵ nie zawierała takich gwarancji prawa.

Regulacje prawne dotyczące problematyki praw i wolności jednostki znajdują się w prawie wszystkich obowiązujących ustawach zasadniczych państw europejskich. Najczęściej są one zdefiniowane w formie osobnego rozdziału. Obecnie obowiązująca Konstytucja Rzeczypospolitej zawiera taki rozdział, który jest drugim z kolei i nosi tytuł - Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela. Jest on inspirowany wieloma aktami międzynarodowymi, które wiążą nasze państwo. Najbardziej podstawowym z nich jest Karta Narodów Zjednoczonych, która co prawda nie zawiera katalogu praw człowieka, ale wskazuje na nie poprzez umieszczenie w preambule deklaracji o przywróceniu wiary w jej podstawowe prawa⁶. Najważniejszym dokumen-

³ Dz.U. 1921, Nr 44, poz. 267.

⁴ Dz.U. 1935, Nr 30, poz. 227; E. Gdulewicz, A. Gwiżdż, Z. Witkowski, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1935 r.*, [w:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, red. M. Kallas, t. 2, Warszawa 1990, s. 177–179.

⁵ Dz.U. 1952, Nr 33, poz. 232; M. Rybicki, A. Burda, J. Stembrowicz, *Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r.*, [w:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, red. M. Kallas, t. 2, Warszawa 1990, s. 356–360.

⁶ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych podpisane w San Francisco dnia 26 czerwca 1945 r., Dz.U. 1947, Nr 23, poz. 90; G. L. Seidler: *O prawach człowieka*, [w:] *Konstytucyjny ustrój państwa, Księga jubileuszowa Profesora Wiesława Skrzydły*, pod red. T. Bojarskiego, E. Gdulewicz, J. Szreniawskiego, Lublin 2000, s. 251–252.

tem międzynarodowym, dotyczącym praw człowieka, jest podpisana Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, która wyznaczyła międzynarodowe standardy w tej dziedzinie i stała się wzorcem do uregulowań tak na gruncie międzynarodowym jak i krajowym (art. 3)⁷. Postanowienia tej Deklaracji odnoszące się do ochrony życia znalazły potwierdzenie w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 6 ust 1)⁸ oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych⁹ i w Konwencji o Prawach Dziecka (art. 6)¹⁰. W międzynarodowym prawie europejskim najważniejszym dokumentem dotyczącym prawa do życia jest Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 2 ust 1)¹¹, a zakazującym kary śmierci – Protokół nr 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 1-4)¹². Dalsze podnoszenie standardów ochrony życia w państwach członkowskich Rady Europy umożliwia Protokół nr 13 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który dotyczący zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach (preambuła, art. 1)¹³. Na straży zachowania praw człowieka w Europie stoi Trybunał Praw Człowieka wyposażony w prawo wyrokowania i prowadzenia spraw o naruszenie praw człowieka.

Zawarty w konstytucji Katalog wolności i praw osobistych jednostki otwiera art. 38 w który zawarte jest prawo do życia. Artykuł ten brzmi następująco: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Taki zapis ma charakter bardzo ogólny i nie rozstrzyga o najbardziej istotnych elementach tego prawa, jakimi są początek i koniec ochrony życia. Oczywiście nie można mieć wątpliwości, że ochrona życia rozumiana pod podstawą biologicznej egzystencji każdego człowieka jest podstawą funkcjonowania każdego cywilizowanego państwa¹⁴. Prawo do prawnej ochrony życia przysługuje każdemu człowiekowi, zatem nie jest to tylko prawo obywatelskie, ale prawo jednostkowe, ukierunkowane na każdego człowieka. Należy uznać, że „prawo do prawnej ochrony życia” może zapewnić jedynie prawodawca, czyli rozmaite organy władzy publicznej powołane

⁷ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Paryż, dnia 10 grudnia 1948 r. [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Przekład i opracowanie: B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 15–20.

⁸ Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 169.

⁹ Sam pakt nie obejmuje praw do życia, ale zawarte w nim prawa ściśle związane są z prawem do życia i wspólnie z art. 6 MPPOiP tworzą minimalny standard jego ochrony.

¹⁰ Dz.U. 1991, Nr 120 poz. 526.

¹¹ Dz.U. 1993, Nr 61 poz. 284.

¹² Protokół nr 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzony w Strasburgu w dniu 28 kwietnia 1983 r.; Dz.U. 2001, Nr 23, poz. 266.

¹³ Protokół nr 13 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzony w Wilnie w dniu 3 maja 2002 r. Tekst za stroną internetową: http://www.coe.org.pl/re_konw/ETS_187.pdf

¹⁴ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 38 Konstytucji RP*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 2.

do stanowienia bądź sankcjonowania prawa. Zatem przez ochronę prawną należy rozumieć ochronę wprowadzoną na drodze przepisów ustawowych lub ratyfikowanych na podstawie zgody wyrażonej w ustawie umów międzynarodowych¹⁵.

Należy jednocześnie pamiętać, że ochrona prawa do życia mieści się nie tylko w treści art. 38, ale także w ogólnych zasadach konstytucyjnych, wynikających zwłaszcza z art. 1 i 2 Konstytucji¹⁶. A z norm tych wynika, że prawodawca ma stać na straży prawnej ochrony życia. Oczywiście, nie jest to prawo absolutne i w pewnych sytuacjach osoby, które pozbawią innego człowieka życia nie będą podlegać karze. Chodzi oczywiście o takie sytuacje, jak obrona konieczna czy działania zbrojne, ale każde takie odstępstwo od reguły musi być reglamentowane¹⁷.

Analizując artykuł 38 należy mieć na uwadze, że milczenie w kwestii granic ochrony życia jest celowym zabiegiem, pozostawiającym szczegółowe regulacje tej kwestii przepisom ustawowym. Wynika to kompromisu między rzecznikami zagwarantowania ochrony życia od chwili poczęcia do naturalnej śmierci a zwolennikami bardziej otwartej formuły¹⁸. Burzliwa dyskusja na ten temat toczyła się podczas prac w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego i prezentowania jej wyników w parlamencie¹⁹. Doprowadziły one do przyjęcia rozwiązania, które nie przesądza ostatecznie o granicach ochrony życia w Polsce. Dlatego większość wniosków dotyczących ochrony życia daje się wyprowadzić tylko w drodze wykładni funkcjonalnej, a czasami także wykładni systemowej. Sam przepis pozbawiony jest jakichkolwiek określeń, które pozwalałyby na proste odczytanie jego funkcji i nie dostarcza odpowiedzi na podstawowe pytania dotyczące dopuszczalności aborcji, eutanazji czy też kary śmierci. Wykładnia tego przepisu możliwa jest jedynie pod warunkiem sięgnięcia do innych przepisów, a to powoduje rozbieżności, jakie pojawiają się przy próbach interpretacji art. 38. W związku z tym należy się spodziewać, że interpretacje zawartości treściowej tego artykułu Konstytucji RP będą zabarwione subiektywnym poglądem autora analizy, dotyczącym problematyki ochrony życia ludzkiego.

¹⁵ Tamże, s. 4.

¹⁶ Art. 1 stanowi, że „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”, zaś art. 2 stanowi, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

¹⁷ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 38 Konstytucji RP*, *op. cit.*, s. 5.

¹⁸ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej, Komentarz*, art. 38, <http://lex.onli-ne.wolterskluwer.pl.lex.han.uwm.edu.pl/WKPLOnline/index.rpc#content.rpc?nro=201335370&wersja=0> z dnia 5.05.2014.

¹⁹ M.in. podczas drugiego czytania projektu Konstytucji w dniu 25 lutego 1997 r.

3. Początek ochrony

Niezwykle istotną kwestią, której wyjaśnienie jest niezbędne przy omawianiu prawa do życia, jest określenie momentu, od którego rozpoczyna się jego ochrona. Jego wskazanie nie jest zabiegiem prostym. Istnieją różne teorie dotyczące życia oparte na różnych przesłankach filozoficznych i ideologicznych. Wydaje się, że należy zgodzić się z tezą wygłoszoną przez J. Giezek i R. Kokot, którzy twierdzą, że „chodzi tu o rozstrzygnięcie dwóch różnych kwestii, z których pierwsza ma charakter ontologiczny (dotyczy bowiem życia oraz jego granic w sensie czysto biologicznym), druga zaś zdaje się być zagadnieniem przede wszystkim normatywnym, sprowadzającym się w istocie do odpowiedzi na pytanie, od jakiego momentu życie powinno podlegać prawnocarnej ochronie”²⁰.

Z istniejących koncepcji jedynie Kościół katolicki nigdy nie miał problemów z ustaleniem momentu, w którym rozpoczyna się życie człowieka i zawsze był to moment poczęcia. Z tego wypływa prosta konsekwencja, że przerwanie życia poczętego było zawsze przez Kościół uznawane jako zabicie człowieka²¹. Inne poglądy nie są już tak bardzo precyzyjne. Warto podać kilka, np. wg M. Tarnowskiego zaczyna się ono z chwilą wystąpienia bólów porodowych²², a wg J. Śliwowskiego ochrona zaczyna się dopiero po całkowitym opuszczeniu przez płód łona matki²³. W te rozważania wpisuje się także ostatnie stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej, które wskazuje na moment prawnocarnej ochrony, gdy płód jest w stanie funkcjonować poza organizmem matki.

Artykuł 38 Konstytucji RP nie zawiera ustalenia momentu początkowego przewidzianej ochrony życia. Ustrojodawca postanowił, że te kwestie rozstrzygnie ustawodawstwo zwykłe. Potwierdzeniem tego stała się m.in. uchwalona już 7 stycznia 1993 r. ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²⁴, która w pierwotnym brzmieniu w art. 1 ust.1 stanowiła: „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia”. W uzasadnieniu jej powoływano się na fakt zachowania godności człowieka, której charakter pozostaje ściśle przyrodzony i wynikający z prawa naturalnego. W 1996 r. znowe-

²⁰ J. Giezek, R. Kokot, *Granice ludzkiego życia a jego prawna ochrona*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 105–106.

²¹ Papież Paweł VI, *Encyklika Humanae vitae*, Warszawa 1968; R. Sztymmler, *Ochrona prawa do życia dziecka poczętego*, [w:] *Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, red. B. Sitek, G. Dammacco, M. Sitek, J. J. Szczerbowski, Olsztyn–Bari 2007, s. 281–288.

²² M. Tarnowski, *Zabójstwo uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1981, s. 22.

²³ J. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 351–352.

²⁴ Dz.U. 1993, Nr 17, poz. 78 z późn. zm.

lizowano tę ustawę i art. 1 otrzymał brzmienie „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie”²⁵.

Ustawa ta dopuszcza dokonanie zabiegu aborcyjnego w trzech wyraźnie określonych przypadkach:

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

Ustawa ta od samego początku wywoływała i dalej wywołuje ogromne emocje i duże kontrowersje. Występują w tej kwestii dwa stanowiska; jedno opowiada się za całkowitą ochroną życia od momentu poczęcia; drugie chce zalegalizować aborcję ze względów socjalnych (głównie materialnych). W toczący się spór nad kształtem ochrony życia poczętego został włączony także Trybunał Konstytucyjny, który rozpatrywał wniosek grupy senatorów, dotyczący m.in. stwierdzenia zgodności z Konstytucją noweli ustawy dnia 30 sierpnia 1996 r., która to dopuszczała możliwość dokonywania aborcji ze względów społecznych. W wydanym orzeczeniu Trybunał stwierdził m.in. „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej. (...) Konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia dziecka poczętego wywodzić należy przede wszystkim z konstytucyjnej wartości życia ludzkiego, także w fazie prenatalnej. Ochrona życia ludzkiego nie może być rozumiana wyłącznie jako ochrona minimum funkcji biologicznych niezbędnych do egzystencji, ale jako gwarancje prawidłowego rozwoju a także uzyskania i zachowania normalnej kondycji psychofizycznej, właściwej dla danego wieku rozwojowego (etapu życia). (...) Życie ludzkie, co zresztą podkreśla sama preambuła ustawy, stanowi fundamentalne dobro człowieka. Prawo kobiety ciężarnej do niepogarszania swojego położenia materialnego wynika z konstytucyjnej ochrony wolności kształtowania w sposób swobodny swoich warunków życiowych i związanego z nią prawa kobiety do zaspokajania potrzeb materialnych jej oraz jej rodziny. Ochrona ta jednak nie może prowadzić tak daleko, iż łączy się z naruszeniem fundamentalnego dobra, jakim jest życie ludzkie, w stosunku do którego warunki egzystencji mają charakter wtórny i mogą podlegać zmianie. Jak wspomniano, w przypadku przesłanki wskazu-

²⁵ Dz.U. 1996, Nr 139, poz. 646.

jącej na trudną sytuację osobistą, w kolizji z ochroną życia ludzkiego w fazie prenatalnej pozostawać może kompleks rozmaitych dóbr prawnych związanych z dobrym imieniem, prawidłowymi relacjami z innymi osobami, możliwością korzystania z określonych praw i wolności. Ustawodawca nie sprecyzował wszakże, o jaką wartość konstytucyjną mu chodzi. Użyte przez ustawodawcę pojęcie trudnej sytuacji osobistej nie pozwala bowiem choćby w przybliżeniu przyporządkować mu określonych desygnatów. Komplikacja powiększa się, gdy podejmie się próbę zdefiniowania tego terminu w kontekście wskazań wynikających z wykładni systemowej. Trudna sytuacja osobista nie jest bowiem sytuacją związaną z zagrożeniem dla życia lub zdrowia (o czym mówi art. 4a ust. 1 pkt 1), nie ma charakteru trudnej sytuacji materialnej, bo wyraża to, choć również niezbyt precyzyjnie zbyt ciężkie warunki życiowe. Trudna sytuacja osobista charakteryzuje nadto stan, który nie jest zwykłą konsekwencją ciąży, bo owe zwykłe utrudnienia nie wystarczają dla legalizacji spędzenia płodu²⁶. Przedmiotowe orzeczenie zostało wydane przed wejściem w życie obecnie obowiązującej Konstytucji. Trybunał analizował w nim przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw²⁷. Trybunał przyjął w konsekwencji, że życie ludzkie powinno podlegać ochronie nawet w prenatalnej fazie rozwoju przyszłego człowieka. Mimo to zwrócił uwagę na fakt, że intensywność, z jaką ochrona ta jest udzielana, nie może być identyczna w każdej fazie życia.

Także następane orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, wydane na podstawie obecnie obowiązującej Konstytucji nie pozostawiają jakiegokolwiek wątpliwości w kwestii ustalenia początkowego momentu ochrony. Tak więc życie ludzkie podlega w Polsce ochronie konstytucyjnej już od fazy poczęcia²⁸.

Problematyka ochrony początku ludzkiego życia była wielokrotnie podejmowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁹. Przyjęta linia orzecznicza nie daje bezwzględnie prawa do życia płodu ludzkiego. Pierwszy raz ten wniosek został orzeczony w sprawie *X v. Wielka Brytania* (1980 r.)³⁰,

²⁶ Orzeczenie z dnia 28 maja 1997 r., OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

²⁷ Dz.U. 1996, Nr 139, poz. 646.

²⁸ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 56. Zob. także Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r. K. 44/07; S. Bułajewski, *Prawo do życia w świetle konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia Elckie” 13(2011), s. 275–277.

²⁹ Orzecznictwo to związane jest z interpretacją art. 2 EKPCz – czy należy go rozumieć jako: uznający bezwzględnie „prawo do życia” płodu?; czy uznający „prawo do życia” płodu z pewnymi domniemanymi ograniczeniami?; czy nieodnoszący się do płodu w ogóle; J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 128.

³⁰ Sprawa *X. v. Wielka Brytania*, cytowana również jako *Paton v. Wielka Brytania*, skarga nr 8416/78,

a potem był kontynuowany w sprawach *H. v. Norwegia* (1992 r.)³¹ oraz *Boso v. Włochy* (2002 r.)³². Sprawy te były zainicjowane przez partnerów kobiet ciężarnych, którzy usiłowali uniemożliwić im usunięcie ciąży. Inny charakter miała sprawa *Vo v. Francja* (2004)³³, w której skarżąca zarzucała ustawodawcy brak ochrony dziecka poczętego i niemożność oskarżenia lekarza o nieumyślne zabójstwo embrionu lub płodu. W tej sprawie Trybunał argumentował: „dziecko nienarodzone nie jest uznawane za «osobę» korzystającą z bezpośredniej ochrony na podstawie art. 2 EKPCz, a jeśli nienarodzonemu przysługuje jakieś «prawo» do «życia», to jest ono z istoty rzeczy ograniczone prawami i interesami matki»³⁴.

Poza sferą rozwiązań legislacyjnych w Polsce pozostają w dalszym ciągu przeprowadzane zabiegi zapłodnienia *in vitro*, które nie są objęte przepisami ustawy o zawodzie lekarza i dentysty, w której w art. 21 ust 2 uregulowano eksperymenty medyczne³⁵. Brak stosownych przepisów uprawnia do stawiania pytania o prawną ochronę embrionów w Polsce, o dopuszczalność ich zamrażania czy też o legalność ich niszczenia.

4. Koniec ludzkiego życia

Niezwykle trudne jest także ustalenie końcowej granicy życia ludzkiego. Należy bowiem pamiętać, iż śmierć jest procesem rozciągniętym w czasie, a tym samym precyzyjne ustalenie momentu śmierci jest praktycznie niemożliwe. Klasyczna definicja śmierci, z którą łączono całkowite ustanie czynności krążenia i oddychania, jest już zweryfikowana i zmieniona w związku z najnowszymi osiągnięciami wiedzy medycznej³⁶. Analizując literaturę medyczną możemy jednak wskazać trzy etapy:

- etap pierwszy – śmierć kliniczna, która wiąże się z ustaniem krążenia i oddychania,
- etap drugi – śmierć osobnicza, która powiązana jest z ustaniem pracy mózgu, oraz
- etap trzeci – śmierć biologiczna, która z kolei wiąże się z całkowitą destrukcją wszystkich tkanek³⁷.

³¹ *H. v. Norwegia*, skarga nr 17004/90, decyzja Komisji z dnia 19 maja 1992 r.

³² *Boso v. Włochy*, skarga nr 50490/99, decyzja z dnia 5 września 2002 r.

³³ *Sprawa Vo v. Francja* z dnia 8 lipca 2004 r., skarga nr 53924/00.

³⁴ „It follows from this recapitulation of the case-law that in the circumstances examined to date by the Convention institutions – that is, in the various laws on abortion – the unborn child is not regarded as a ‘person’ directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a ‘right’ to ‘life’, it is implicitly limited by the mother’s rights and interests”; <http://www.echr.coe.int> (baza danych HUDOC).

³⁵ Dz.U. 1997, Nr 28, poz. 152 z późn. zm.

³⁶ R. Raszeja, W. Nasiłkowski, J. Markiewicz, *Medycyna sądowa dla studentów*, Warszawa 1990, s. 42–43.

³⁷ A. Jakliński, J. S. Kobiela, *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1983, s. 18.

W obecnym systemie prawnym funkcjonuje identyczna ochrona wszystkich istot ludzkich niezależnie od stopnia ich rozwoju psychicznego i fizycznego. Co więcej dziecko, które jest upośledzone fizycznie, umyślowo lub społecznie należy traktować, wychowywać i otaczać szczególną opieką, z uwzględnieniem jego stanu zdrowia i warunków życiowych³⁸.

Wśród niektórych komentatorów art. 38 Konstytucji RP istnieje przekonanie, że wyklucza on dopuszczalność stosowania kary śmierci. P. Sarnecki argumentuje ten fakt następująco: każdy podsądny niezależnie od tego, o jaką zbrodnię byłby oskarżany, niewątpliwie nie przestaje być „człowiekiem” i stąd również jest adresatem działań państwa mających na celu ochronę i jego życia³⁹. Inne działanie państwa byłoby sprzeczne z art. 30 konstytucji, z wymogiem ochrony godności ludzkiej.

Osobnym problemem jest kwestia samobójstwa i eutanazji. Samobójstwo wynika z uznania prawa człowieka do dysponowania swoim własnym życiem i to w zasadzie w sposób nieograniczony. Przez wieki było ono uznawane za przestępstwo, a do dziś w literaturze przedmiotu ścierają się dwa poglądy: liberalny, traktujący prawo do odebrania sobie życia jako prawo człowieka, z którego jednostka może swobodnie skorzystać i restryktywny, który nie wyraża zgody na ten akt. Zgodnie z polskim kodeksem karnym jedynie namowa lub pomoc w samobójstwie jest karalna, natomiast namowa lub pomoc w samobójstwie dla osoby małoletniej, niepoczytalnej częściowo czy też całkowicie może być potraktowana jako czynność spełniająca znamiona art. 151 k.k. i traktowana jako zabójstwo⁴⁰.

Samo pojęcie pochodzi z greki (*euthanateo*) i oznacza „dobrą śmierć” – nienaturalną, ale godną i bezbolesną⁴¹.

W eutanazji możemy wyróżnić dwie postacie:

– *sensu largo* (tzw. eutanazja bierna, tj. działania lub zaniechania, których efektem końcowym jest umyślne pozbawienie życia człowieka pod wpływem współczucia dla niego),

– *sensu stricto* (tzw. eutanazja czynna tj. świadome i czynne działanie lekarza, który poprzez swój udział doprowadza do skrócenia życia cierpiącego, nieuleczalnego, hospitalizowanego pacjenta)⁴².

Zczasami sens tego rozróżnienia bywa kwestionowany. Podnoszona jest wówczas kwestia, że dla samej oceny danego zachowania nie ma znaczenia, czy przybiera ono postać działania, czy też zaniechania, gdyż istotny jest skutek, jakim jest śmierć pacjenta spowodowany przez osobę trzecią w określonych okolicznościach. W takim ujęciu nie ma znaczenia, czy sprawca po-

³⁸ Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

³⁹ P. Sarnecki, *Komentarz*, dz. cyt., s. 6.

⁴⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, dz. cyt., s. 220.

⁴¹ R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków 2000, s. 375–376.

⁴² S. Bułajewski, *Prawo do życia*, art. cyt., s. 279.

dejmuje działania (np. podaje pacjentowi substancje powodujące jego śmierć), czy też dopuszcza się zaniechania (np. nie stosuje terapii podtrzymującej życie). Nie ma także znaczenia, czy śmierć następuje na skutek wyrażenia woli przez samego pacjenta (np. na jego żądanie), czy też w wyniku braku takiego oświadczenia albo nawet wbrew woli pacjenta⁴³.

W polskim prawodawstwie w Kodeksie karnym z 1997 r. w art. 150 po raz pierwszy uregulowane zostało zabójstwo eutanatyczne. Znamiona tego przestępstwa wymagają spełnienia łącznie dwóch przesłanek. Po pierwsze zabójstwo następuje na wyraźną prośbę ofiary, a po drugie, działanie sprawcy powodowane jest współczuciem dla przyszłej ofiary, czyli szczególną humanitarną pobudką. Kodeks nie wskazuje jednak, jaki ma być powód współczucia, komentatorzy zgodnie uważają, że powodem tym powinny być cierpienia fizyczne osoby nieuleczalnie chorej, chociaż takie ograniczenia nie wynikają z ustawy⁴⁴. Do takiego rozumienia przychylił się też Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 6 sierpnia 2013 r., który stwierdził, że „nie zawsze tam, gdzie sprawca wprowadzie spotyka się z życzeniem człowieka, by zadano mu śmierć i zabija pod wpływem współczucia, można mówić o spełnieniu znamion występku przewidzianego w art. 150 § 1 k.k. (...) Nie ulega wątpliwości, że w przepisie art. 150 § 1 k.k. chodzi wyłącznie o ważne powody, związane z ciężkim cierpieniem i beznadziejnością sytuacji, w jakiej człowiek cierpiący się znalazł. Myli się sąd I instancji, który wiąże owe ważne powody wyłącznie z przypadkami medycznymi, choć one z pewnością są najczęstsze (...) nie może być uznana za takie żądanie reakcja wywołana gwałtownym bólem, tym bardziej, że pokrzywdzona J. N. nie znajdowała się w sytuacji beznadziejnej, mimo głębokiej rany ciętej uda, którą sobie zadała. Miała szansę na uratowanie życia, gdyby oskarżony wezwał pomoc, zamiast chwycić za siekiere⁴⁵. Nie można zatem mówić o zabójstwie eutanatycznym wówczas, gdy współczucie wywołane jest cierpieniami psychicznymi człowieka, takimi jak straty materialne, wieloletnie kalectwo, zawód miłosny, ani też wtedy, gdy dotyczy innej osoby lub osób, niż ofiara.

5. Podsumowanie

Prawo do życia nie tylko w polskiej konstytucji, ale i w podpisanych przez Polskę aktach międzynarodowych zajmuje właściwe miejsce. Prawo to w katalogu praw człowieka posiada pozycję nadrzędną. Bez zagwarantowa-

⁴³ M. Syska, *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawoporównawczym*, Syska <http://lex.online.wolterskluwer.pl.lex.han.uwm.edu.pl/WKPLOnline/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc?nro=151164959&wersja=0> z dnia 5.05.2014.

⁴⁴ A. Marek, *Komentarz do art. 150 Kodeksu Karnego*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl.lex.han.uwm.edu.pl/WKPLOnline/index.rpc#content.rpc?nro=587262395&wersja=-1> z dnia 5.05.2014.

⁴⁵ LEX nr 1356556, KZS 2013/11/79, OSA 2014/1/27-38

nia tego prawa jednostce nie może być mowy o realizowaniu i gwarantowaniu innych praw. Wynika ono z poszanowania wolności i godności jednostki. Prawo do życia w polskiej Konstytucji jest rezultatem kompromisu, stąd jego nieostrość, która pozbawiona jest elementów aksjologicznych i światopoglądowych. Zadanie to przejęły na siebie ustawy, które wyrażają kompromis różnych sił społecznych i wyzwań spowodowanych dynamicznym rozwojem nauk medycznych.

THE RIGHT TO LIFE IN CIVIL RIGHTS

Key words: the right to life, constitution, protection, death

Summary

The right to life is the most important right of each human being. In the constitution of the Republic of Poland from 1997, the legal protection of the human life is directly stated in the Article 38. It has a very broad character though and does not determine the most important elements of this law: the actual beginning and end of the human life. The silence in respect the boarders of the life protection has been a purposeful approach there, for it was left to be specified in the statutory legal acts. The issue of the life commencement is determined in the Legal Act from the 7th of January 1993 on the family planning, the human foetus protection and the abortion permissibility conditions. In regarding the termination of life, there is still a lack of legal regulations.